

## Droit des sociétés

Examen mai-juin 2021

Princess Fiadonu – Note : 5.5.

### Question 1 :

La société Clean Energy SA est une société spécialisée dans la fabrication, l'installation et la vente de matériel et d'équipement pour la production d'énergie renouvelable. Son actionnariat est composé de Antoine, Béatrice et Camille. Chacun détient 3'000 actions entièrement libérées de CHF 100 de valeur nominale. Il y a quelques jours Antoine est décédé et a laissé pour héritier Marc, qui a donc hérité 3'000 actions de Clean Energy SA. Ce dernier vient vous consulter aujourd'hui car il a quelques doutes au sujet de son futur statut dans la société.

Il vous indique qu'il est actionnaire unique de Energie SA, société concurrente de Clean Energy SA et que les statuts de cette dernière contiennent la clause d'agrément suivante :

« Le transfert des actions est soumis à l'approbation du conseil d'administration. La société peut notamment refuser l'agrément lorsque l'acquéreur est un concurrent. »

Veuillez choisir au moins une réponse :

- a. Si la société entre en liquidation dans 10 jours, Marc aura droit à une éventuelle part de liquidation même si la société a refusé son approbation au transfert des actions. **Vrai. Cf. art. 685c al. 2 CO. Les droits patrimoniaux passent à Marc immédiatement après le décès de son père et cela indépendamment de l'agrément de la société. Il aura donc droit à une éventuelle part de liquidation même si la société a refusé son approbation au transfert des actions. De plus, lorsque la société entre en liquidation toutes les restrictions à la transmissibilité tombent (685a al. 3 CO).**
- b. Toutes les autres affirmations sont fausses.
- c. Si Clean Energy SA avait été une société à responsabilité limitée, Marc ne pourrait pas voter lors de l'assemblée des associés qui aura lieu dans dix jours tant que celle-ci ne donne suite à sa requête en reconnaissance de sa qualité d'associé. **Vrai. Cf. 788 al. 1 et 2 CO.**
- d. Marc peut exiger de la société qu'elle lui rachète ses actions à la valeur réelle.
- e. Clean Energy SA pourra refuser l'agrément de Marc en invoquant un juste motif.
- f. Marc ne pourra pas voter lors de l'assemblée générale de la société qui aura lieu dans un mois si le conseil d'administration de la société ne donne aucune suite à ses diverses requêtes en reconnaissance de sa qualité d'actionnaire. **Vrai. Cf. art. 685c al. 2 CO. Les droits sociaux sont suspendus jusqu'à l'approbation de la société.**
- g. Si Clean Energy SA avait été une société cotée, elle ne pourrait en aucun cas refuser l'agrément de Marc. **Vrai. Cf. 685d al. 3 CO.**

Votre réponse est correcte.

Les réponses correctes sont : Marc ne pourra pas voter lors de l'assemblée générale de la société qui aura lieu dans un mois si le conseil d'administration de la société ne donne aucune suite à ses diverses requêtes en reconnaissance de sa qualité d'actionnaire., Si la société entre en liquidation dans 10 jours, Marc aura droit à une éventuelle part de liquidation même si la société a refusé son approbation au transfert des actions., Si Clean Energy SA avait été une société à responsabilité limitée, Marc ne pourrait pas voter lors de l'assemblée des associés qui aura lieu dans dix jours tant que celle-ci ne donne suite à sa requête en reconnaissance de sa qualité d'associé., Si Clean Energy SA avait été une société cotée, elle ne pourrait en aucun cas refuser l'agrément de Marc.

**Question 2 :**

Ballon SA est une société (non cotée) spécialisée dans le commerce de balles destinées aux sports et à la gymnastique. Le capital de la société est divisé en 1'000 actions de CHF 600.- de valeur nominale.

Voici le bilan d'ouverture de Ballon SA au 1<sup>er</sup> janvier 2020.

<b>Actifs</b>		<b>Passifs</b>	
Trésorerie	700'000	600'000	Capital-actions
Stock	100'000	200'000	RIB+RIK
<b>Total</b>	<b>800'000</b>	<b>800'000</b>	<b>Total</b>

1) Veuillez dresser le bilan d'ouverture du nouvel exercice de la société après le versement d'un dividende de CHF 200'000.-, en sachant qu'au cours de l'année 2020 les seules activités de Ballon SA ont été la vente de l'intégralité de son stock pour cinq fois sa valeur d'acquisition.

**Attention : indiquez les montants sans espace ni ponctuation (ex : 12345)**

**Attention : indiquez les montants sans espace ni ponctuation (ex : 12345)**

Actifs		Passifs	
Trésorerie	1000000	600000	Capital-actions
Stock	0	220000	RIB+RIK
		180000	Bénéfice
<b>Total</b>	1000000	1000000	<b>Total</b>

2) En vous fondant sur le bilan que vous avez dressé après le versement du dividende en question, veuillez indiquer :

**Attention : indiquez les montants sans espace ni ponctuation (ex : 12345)**

a) la fortune nette de la société : 1000000

b) la valeur réelle d'une action : 1000

c) le montant des fonds disponibles pour effectuer un rachat d'actions propres :

100000

d) combien d'actions la société pourrait, valablement, au maximum racheter à la valeur réelle dans le cadre d'un rachat d'action : 100

## Corrigé

1)

1<sup>ère</sup> étape : fin d'exercice

Vu que la société a vendu la totalité de son stock à un prix 5 fois plus élevé que sa valeur d'acquisition au cours de l'année 2020, du côté des actifs il faut supprimer le poste stock qui n'existe plus et augmenter la trésorerie de CHF 500'000.- (5x100'000). Le total des actifs s'élèvera donc fin 2020 à CHF 1'200'000.-. A ce stade la société réalise un bénéfice de CHF 400'000.-.

Bilan en fin d'exercice

Actifs		Passifs	
Trésorerie	1'200'000 (700'000+500'000)	600'000	Capital-actions
Stock	0	200'000	RIB+RIK
		400'000	Bénéfice
Total	1'200'000	1'200'000	Total

2<sup>ème</sup> étape : attribution à la RIB

La société souhaite verser un dividende de CHF 200'000, il faut donc clôturer les comptes et possiblement effectuer l'attribution de l'art. 672 al. 1 CO. Pour rappel, cette attribution a lieu à chaque fois que la société clôture ses comptes en réalisant un bénéfice net (« net » ici veut dire que si l'année d'avant elle a subi des pertes et que celles-ci n'ont pas pu être compensées selon l'art. 674 CO, il faudra les compenser avec les bénéfices réalisés cette année selon la lettre de l'art. 672 al. 1 in fine).

Notre bilan indique que RIB+RIK est inférieure à 50% du capital-actions. Il faut donc effectuer l'attribution du bénéfice à la RIB (art. 672 al. 1 CO).

Ici on prend 5% de CHF 400'000.- (donc CHF 20'000.-) que l'on « transfère » du bénéfice à un poste RIB.

Bilan après attribution à la RIB

Actifs		Passifs	
Trésorerie	1'200'000	600'000	Capital-actions
Stock	0	220'000 (200'000+20'000)	RIB+RIK
		380'000 (400'000 - 20'000)	Bénéfice
Total	1'200'000	1'200'000	Total

### 3<sup>ème</sup> étape : versement du dividende

Ensuite il faut réduire le poste trésorerie de CHF 200'000.-, à savoir l'équivalent du montant du dividende et on diminue aussi le poste bénéfice du même montant pour équilibrer le bilan.

Bien évidemment le capital-actions ne change pas ni le poste RIB+RIK car il ne dépasse pas les 50% du montant du capital de sorte que ces réserves ne peuvent pas être utilisées pour la distribution d'un dividende.

#### Bilan après le versement du dividende

Actifs		Passifs	
Trésorerie	1'000'000 (1'200'000-200'000)	600'000	Capital-actions
Stock	0	220'000	RIB+RIK
		180'000 (380'000-200'000)	Bénéfice
Total	1'000'000	1'000'000	Total

2)

En vous fondant sur le bilan que vous avez dressé après le versement du dividende en question veuillez indiquer :

a) la fortune nette de la société : 1'000'000

Correction : FN : AS-FT, donc,  $1'000'000 - 0 = 1'000'000$

b) la valeur réelle d'une action : 1'000

Correction : Vu que la société vaut CHF 1'000'000.- et que son capital-actions est divisé en 1'000 actions, chaque action de la société vaut CHF 1'000.- en valeur réelle.

c) le montant des fonds disponibles pour effectuer un rachat d'actions propres : 180'000

Correction : Vu que RIB + RIK ne dépasse pas la moitié du capital seuls les bénéfices sont des FPLD. Ils s'élèvent donc à CHF 180'000.-.

d) combien d'actions la société pourrait, valablement, au maximum racheter à la valeur réelle dans le cadre d'un rachat d'action : 180

Correction : Vu que la société vaut CHF 1'000'000 et que son capital-actions est divisé en 1'000 actions, chaque action de la société vaut CHF 1'000.- en valeur réelle. Vu que la société dispose de CHF 180'000.- de FPLD elle peut racheter au maximum 180 actions à la valeur réelle ( $180'000/1'000$ ).

### Question 3 :

ARCHITECT SA est une société qui a pour but d'effectuer toutes activités dans le domaine de la construction, l'architecture, la direction de travaux, le pilotage de promotion, d'entreprise générale.

Le capital de ARCHITECT SA, de CHF 1'200'000.-, est détenu, depuis la fondation en février 2019, à parts égales par quatre architectes A, B, C et D. Lors de la fondation, il a été prévu que les actions devaient être émises au pair et entièrement libérées. Il a été convenu que C libérerait ses actions par l'apport d'une arcade à Bernex dont il a fait estimer la valeur par une société de la place spécialisée dans les transactions portant sur les locaux commerciaux et que D ferait apport de la clientèle de son bureau d'architecture, estimée elle aussi par un professionnel, à CHF 300'000.-. A, la fille de D, ainsi que son ami B, qui commencent dans la profession, devaient libérer leurs actions en espèces. La notaire N s'est assurée que toutes les formalités nécessaires soient respectées.

D a été désignée administratrice unique de la société.

A étant très jeune et assez désargentée n'avait pas les fonds nécessaires à la libération de sa participation. C'est pourquoi, après en avoir parlé avec sa mère D et sa Banque X, auprès de laquelle les espèces devaient être consignées, la Banque a suggéré que D prête les fonds nécessaires à sa fille et les récupère aussitôt la société inscrite au registre du commerce. B et C ignoraient tout de cet accord.

Quelques jours avant la fondation, A a ainsi consigné la somme de CHF 300'000.- auprès de la Banque X, laquelle a émis une attestation de consignation qui a été jointe au dossier de la fondation remis au registre du commerce ; lorsque, après l'inscription d'ARCHITECT SA au registre du commerce, la banque a mis les fonds à sa libre disposition, D lui a donné l'ordre de virer la somme de CHF 300'000.- sur son propre compte, ordre qui fut immédiatement exécuté.

Jusqu'à il y a peu, ni B ni C n'ont eu connaissance de ce remboursement, ce d'autant que la société a toujours été florissante sous la gestion de D. Il y a quelques semaines, cependant, D est tombée malade et a dû être remplacée en tant qu'administratrice unique d'ARCHITECT SA. C'est B qui a été désigné administrateur en son lieu et place.

C'est en reprenant les comptes que B s'est rendu compte du pot aux roses. L'amitié qui le lie à A cependant l'empêche de faire quelque chose. Il s'en est ouvert à C, qui estime que cette affaire est inadmissible.

**1. L'actionnaire C aimerait mettre en œuvre tous les moyens possibles contre toutes les personnes impliquées pour « guérir » l'irrégularité. Comment doit-il procéder et à quoi aboutiront ces moyens ? Précisez aussi si vous excluez des prétentions contre certain•es des protagonistes mentionné•es dans l'énoncé en expliquant ce qui vous amène à les exclure.**

**2. B, en sa qualité d'administrateur, aurait-il disposé d'autres moyens que C ? Le cas échéant veuillez indiquer (exclusivement) le ou les moyens dont C ne disposait pas ?**

**NB : Il n'est pas suffisant de citer les bases légales ; nous attendons que vous rapportiez chaque fois l'état de fait aux dispositions citées et que vous chiffriez d'éventuelles prétentions.**

Question 1

Nous sommes dans le cadre d'une libération fictive du capital par A. Il y a libération fictive du capital car en soit A remplit toutes les conditions pour faire l'apport en espèce de 300'000.- à la société mais celle-ci n'a pas réellement l'intention de remettre ledit apport à la SA et elle a l'intention de le reprendre, comme nous le dit l'énoncé, une fois que la société est inscrite au RC (art. 653 CO, inscription obligatoire et constitutif au RC). La libération fictive du K ne s'applique qu'aux apports en espèce. Dans ce cas, la société ne reçoit pas d'apport de la part de son actionnaire, en l'occurrence A. De ce fait, sur le principe l'obligation de libérer le K subsiste. Analysons les différents voies de droit qui peuvent entrer en ligne de compte dans une telle situation :

- C qui agit: Si la société n'arrive pas à récupérer ce qui lui est dû et subit ainsi un dommage de 300000.- (cf. supra, suite à la procédure du bas faite par B), l'action en responsabilité pour les actes de fondation au sens de l'art. 753 CO sera la plus intéressante. Cette action permet de récupérer le dommage subi par la société. C'est le ch. 2 qui entre en ligne de compte pour le chef de responsabilité. Rien ne l'énoncé ne nous dit que nous sommes en faillite, donc déjà c'est l'art. 756 CO qui s'applique. La qualité pour agir appartient notamment à C, actionnaire, qui agit en paiement pour la société. La qualité pour défendre appartient aux fondateurs au sens large, soit la Banque X; D et A. Nous sommes dans le cadre d'une violation des règles concernant la libération du capital mentionnées plus haut. La faute est clairement donnée et est intentionnelle pour les 3 qui ont la QD, car celle-ci savaient que A. allait reprendre l'argent une fois la société inscrite au RC. Le lien de causalité est clairement donné également car A. n'avait pas repris l'argent, il y aurait eu 300000.- de plus dans les actifs. Concernant la mise en œuvre de l'action il faut appliquer l'art. 756 CO. Les fondateurs sont solidairement responsables au sens de l'art. 759 CO et le produit de l'action va à la société. Et aussi les exceptions pouvant être opposées à la société est le consentement unanime au dommage et la décharge au sens de l'art. 758 al. 1 CO. Et pour les actionnaires, pour celui qui a consenti à la décharge lors de l'AG, la décharge au sens de l'art. 758 al. 1 CO et pour celui qui n'aurait pas consenti, la décharge peut lui être opposée mais qu'après un délai de 12 mois (758 al. 2 CO). Ici, honnêtement, rien de l'énoncé ne nous indique qu'une des exceptions serait pertinente. Enfin le

au sens de l'art. 758 al. 1 CO et pour celui qui n'aurait pas consenti, la décharge peut lui être opposée mais qu'après un délai de 12 mois (758 al. 2 CO). Ici, honnêtement, rien de l'énoncé ne nous indique qu'une des exceptions serait pertinente. Enfin, le délai de prescription est défini à l'art. 760 CO. on peut exclure les prétentions contre B et C, la condition de faute n'étant pas remplie.

On peut enfin penser à la dissolution pour vice de la fondation au sens de l'art. 643 al. 3 CO, mais le délai de 3 mois de cette action est relativement court. nous savons qu'en principe l'inscription au RC a un effet guérisseur des vices (en vertu de l'art. 643 al. 1 CO) à moins que les vices soient si graves et déranfent les actionnaires.

## Question 2

Comme B est administrateur unique : On a tout d'abord la prétention en libération au sens de l'art. 680 al. 1 CO, selon cette norme, les actionnaires sont tenus aux prestations auxquelles ils ont souscrit lors de la fondation de la SA (630 CO), soit de libérer les actions à leur prix d'émission. Donc A, en consignait les 300'000 à la banque, comme le suggère l'art. 633 CO, pour ce qui est des apports en espèce et en les reprenant par la suite, soit dès l'inscription de la société au RC, ne libère pas, comme dit ses actions alors que les parties ont prévu une libération intégrale dès la fondation de la société (et non pas une libération partielle au sens de l'art. 632CO). De ce fait, A. reste tenu de 300'000. Mais aux termes de l'énoncé elle n'a pas beaucoup d'argent... Donc si elle refuse de libérer ses actions, on pourrait éventuellement penser à la procédure de déchéance au sens de l'art. 681 et 682 CO, la société, le CA, après l'avoir sommé de venir payer, ce qu'elle doit encore et éventuellement suite à l'octroi d'un délai de grâce de 30 jours (682 al. 1 CO) peut éventuellement l'exclure et tenter de céder ses actions à un nouvel actionnaire qui serait disposé à payer quelque chose (681 al. 2 CO). Ainsi, A. perdra son sociétariat.

## **Corrigé Architect SA**

### **1. Analyse de l'état de fait**

L'énoncé nous indique que A a effectué un apport en espèces sans réelle volonté de libérer ses actions. Ce faisant il s'agit d'une libération fictive. La conséquence est que la libération est considérée comme non effectuée.

L'objectif recherché est ici de « guérir » ce vice. Nous pouvons donc d'ores et déjà exclure les solutions prônant la déchéance ou la dissolution pour vices de la fondation.

### **2. Action fondée sur CO 680**

En l'absence de libération, l'art. CO 680 s'applique. Cette action a pour but la libération du solde non versé par le souscripteur.

Ce solde s'élève ici à 300 000 frs. Il convient de souligner que cette action est ouverte indépendamment de toute faute.

La qualité pour agir revient ici à la société par l'intermédiaire de son administrateur : in casu il s'agit de B.

La qualité pour défendre revient elle au souscripteur : in casu A.

La prescription étant de 10 ans, toutes les conditions sont données : l'action de CO 680 est ouverte mais pour B uniquement. C n'a pas la qualité pour intenter cette action.

### **3. Action en responsabilité pour les actes de fondation (CO 753)**

Dans l'hypothèse où l'administrateur ne ferait pas valoir l'action de CO 680 déjà mentionnée, on se pose la question de l'action en responsabilité contre les fondateurs. Cette action ayant pour but d'obtenir la réparation du dommage subi par la société il convient d'analyser si ses conditions sont remplies.

La qualité pour défendre revient aux fondateurs au sens large.

In casu nous retenons cette qualité pour A en tant que souscripteur, D en sa qualité de prêteur d'argent, la banque qui consigne les fonds, le notaire qui établit l'acte de fondation et supervise la naissance de la société ainsi que B, C et D en tant que souscripteurs.

La violation du droit a pour fondement CO 753 ch. 2. En effet nous avons l'inscription au RC sur la base de faux documents (i.c. l'attestation de consignation). On peut aussi soutenir que CO 753 ch. 3 s'applique dans la mesure où l'on retient que A est insolvable et que l'on accepte sa souscription. Il faut en revanche exclure le ch. 1, dès lors qu'il n'y a ici ni apport en nature ni avantages de fondateurs.

La faute est intentionnelle ou par négligence grave pour A et D dans l'application de CO 753 ch. 2 ; elle est intentionnelle pour CO 753 ch. 3.

En ce qui concerne la banque, celle-ci a été certes au courant des mouvements de fonds mais ne pouvait pas nécessairement connaître la vraie intention des fondateurs. L'intention, exigée par CO 753 ch. 3, n'est clairement pas donnée ; dans le cadre de CO 753 ch. 2, il faut préférer l'absence de toute faute, mais nous avons aussi admis la qualification de négligence légère.

B, C et le notaire ignorent quant à eux, tout.

Le dommage est de 300 000 frs dans l'hypothèse où CO 680 n'est pas mis en application.

Le lien de causalité est donné car il n'y aurait pas eu de dommage s'il n'y avait pas eu de libération fictive et une fausse attestation ; idem si on n'avait pas accepté une personne insolvable.

En ce qui concerne la mise en œuvre de l'action, nous relevons que le dommage subi par la société s'élève à 300 000 frs et que celle-ci est hors faillite. Nous appliquons donc CO 756.

La qualité pour agir revient à chaque actionnaire qui subit un dommage indirect. Le produit sera alors versé à la société. Ici C subit un dommage indirect en sa qualité d'actionnaire. Elle pourra donc agir.

Quid des exceptions ? Ici nous n'avons ni décharge ni consentement des actionnaires.

La prescription de l'action est de 3 ans dès la connaissance (ici C vient d'apprendre il y a peu) et au maximum 10 ans dès l'événement (fondation en février 2019).

En ce qui concerne la solidarité (CO 759), A et D ont le même degré de responsabilité, on peut admettre une responsabilité différenciée si on admet celle de la banque.

Toutes les conditions étant remplies il en résulte que l'action de CO 753 est ouverte.

Un autre chemin que nous avons également accepté était de considérer que la libération ne posait pas de problème mais que la sortie d'argent violait les règles du pay-out.

### **1. Action fondée sur CO 678**

Dans cette hypothèse nous considérons que A restitue indument des fonds à D. L'action de CO 678 permet d'obtenir le montant restitué à tort et donc de « guérir » la situation.

Le montant ici à prendre en considération est 300 000 frs.

La qualité pour agir revient à toute actionnaire, le produit de l'action ira à la société (CO 678 IV) : in casu C est actionnaire et peut agir.

La qualité pour défendre revient à la personne qui a reçu les prestations : in casu D, proche de l'actionnaire qui reçoit le paiement. Il est aussi soutenable de considérer que l'on peut rechercher A en sa qualité de bénéficiaire indirecte car elle voit sa créance éteinte.

Sur le fond, les conditions sont données car nous avons bien une prestation reçue indument dans la mesure où les 300 000 frs violent CO 680 II pour A, et constituent une prestation sans contreprestation pour D.

La prescription (CO 678a) est de 3 ans dès la connaissance ou 10 ans depuis l'évènement. Comme déjà mentionné l'action n'est pas prescrite.

Par conséquent, l'action sur la base de de CO 678 est ouverte.

## **2. Action en responsabilité pour actes de gestion (CO 754)**

Il s'agit là d'une action concurrente à CO 678 et qui vise à réparer le dommage subi par la société.

La qualité pour défendre revient ici aux organes de gestion de la société. Au sens formel nous avons D qui était administratrice de la société lorsqu'elle a subi le dommage (voir ci-dessous). Nous n'avons ni organes matériels ni des organes de fait.

Les autres protagonistes sont exclus de la gestion car ils n'exercent aucune influence sur celle-ci. B est certes administratrice aujourd'hui mais elle ne l'était pas lors de l'évènement dommageable.

En ce qui concerne la violation des devoirs d'organes de gestion, nous retenons une violation du droit, plus précisément de CO 680 Il car des fonds versés sont restitués à une actionnaire, respectivement l'administratrice accepte de faire un versement sans contreprestation.

Il s'agit bien d'une violation du devoir de fidélité et de diligence : cette restitution n'est pas dans l'intérêt de la société car elle l'appauvrit.

La faute est ici intentionnelle.

Le dommage est de 300 000 frs.

Le lien de causalité est donné : il n'y aurait pas de dommage en l'absence de restitution de cette somme à D.

En ce qui concerne la mise en œuvre de cette action, nous retenons que le dommage est subi par une société qui n'est pas en faillite. Nous appliquons donc l'art. 756 CO.

La qualité pour agir reviendra ainsi à C en tant qu'actionnaire ayant subi un dommage indirect. Le produit de l'action ira à la société.

Quid des exceptions ? In casu pas de décharge à A ni consentement des actionnaires.

L'action se prescrivant 3 ans dès la connaissance et 10 ans depuis la fondation, nous avons déjà relevé que ces délais ne sont pas échus in casu.

En conclusion, l'action de CO 754 est également ouverte.