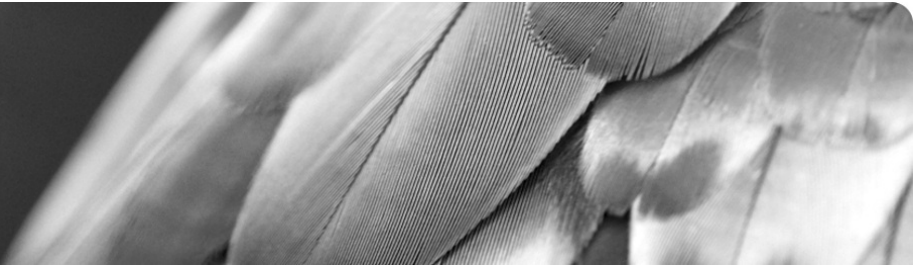




CJN



Commentaire de : Arrêt [4A_16/2015](#) du 2 juin 2015
Domaine : Droit des sociétés
Tribunal : Tribunal fédéral
Cour : Ire Cour de droit civil
CJN - domaine juridique : Droit commercial

[De](#) | [Fr](#) | [It](#)

Affectation à la réserve générale en cas de superdividende

Le Tribunal fédéral confirme l'approche de la doctrine et de la pratique

Auteur

Sébastien Bettschart



Rédacteur/ Rédactrice

Jean-Yves De Both



Dans la lignée de l'ATF 140 III 533 (« cash pooling »), le Tribunal fédéral confirme l'approche de la doctrine et de la pratique selon laquelle l'assemblée générale d'une société anonyme n'est pas tenue d'affecter 10% du superdividende à la réserve générale (art. 671 II 3 CO) si celle-ci a déjà atteint la moitié du capital-actions (art. 671 III CO). Cet arrêt donne également l'occasion de revoir quelques notions relatives au cas – rare – de l'action en annulation d'une décision de l'assemblée générale intentée par le conseil d'administration.

Résumé des faits

[1] A SA a pour seul actif un bâtiment d'habitation à Genève. Son capital-actions s'élève à CHF 50'000.–, divisé en 50 actions à CHF 1'000.–. Le capital-actions est détenu par les hoirs de feu L. K est usufruitière à raison de 16 de ces actions. X est administrateur unique d'A SA.

[2] L'assemblée générale ordinaire d'A SA relative à l'exercice 2008 s'est tenue le 14 octobre 2010. Les comptes présentaient un bénéfice de CHF 186'953.– et une réserve générale de CHF 29'000.–. Ils ont été approuvés sans opposition par l'ensemble des actionnaires.

[3] Lors de cette assemblée générale, X a proposé de renoncer à toute distribution de dividende et de reporter le bénéfice à l'exercice 2009. Il exposait à cet égard que des frais de remise en état de l'immeuble appartenant à A SA, urgents et importants, étaient inévitables, et qu'il s'imposait de prévenir une situation de grave surendettement. Contre l'opposition de K, l'assemblée a toutefois rejeté cette proposition et a décidé la distribution d'un dividende de CHF 185'000.–.

[4] Le 24 décembre 2010 (soit probablement après le délai de deux mois de l'art. 706a I [CO](#)), X et K ont conjointement ouvert action contre A SA devant le Tribunal de première instance du canton de Genève en concluant à la nullité de la décision de l'assemblée générale concernant la distribution du dividende ou, subsidiairement, à son annulation.

[5] Le Tribunal de première instance a désigné un représentant d'A SA pour la défense de celle-là dans le procès. Ce denier a conclu au rejet de l'action.

[6] Le Tribunal de première instance a rejeté l'action le 28 février 2014. La Cour de justice a confirmé le jugement le 21 novembre 2014.

[7] Le Tribunal fédéral a rejeté le recours et a condamné X (K étant décédée en cours de procédure en première instance) aux frais et dépens.

Décision du Tribunal fédéral

[8] Le Tribunal fédéral rappelle tout d'abord que le conseil d'administration et chaque actionnaire peuvent attaquer en justice les décisions de l'assemblée générale qui violent la loi ou les statuts (art. 706 I [CO](#)). En l'occurrence, X exerce cette action au titre d'administrateur unique d'A SA.

[9] Le Tribunal fédéral rappelle ensuite que les sociétés anonymes doivent constituer dans leurs comptes une réserve dite générale alimentée à raison de 5% du bénéfice de l'exercice jusqu'à ce que la réserve générale atteigne 20% du capital-actions libéré (art. 671 I [CO](#) ; première affectation).

[10] Même lorsque cette limite est atteinte, les sociétés anonymes doivent continuer à alimenter la réserve générale à hauteur de 10% des montants qui sont répartis comme part de bénéfice après paiement d'un dividende de 5% (art. 671 II 3 [CO](#) ; seconde affectation).

[11] Tant que la réserve générale ne dépasse pas la moitié du capital-actions, elle ne peut être employée qu'à couvrir des pertes ou à prendre des mesures permettant à l'entreprise de se maintenir en temps d'exploitation déficitaire, d'éviter le chômage ou d'en atténuer les conséquences (art. 671 III [CO](#)).

[12] Un dividende ne peut être fixé qu'après les affectations légales à la réserve générale (art. 674 I [CO](#)).

[13] Enfin, le Tribunal fédéral rappelle que les sociétés peuvent librement disposer de la part de la réserve générale qui excède la moitié du capital-actions (art. 671 III [CO](#) a contrario). Il en résulte que si la réserve générale atteint ce minimum, la société ne serait pas tenue, toujours selon le Tribunal fédéral, d'y affecter l'agio visé par l'art. 671 II 1 [CO](#) ; elle est au contraire autorisée à le distribuer à ses actionnaires ([ATF 140 III 533](#) c. 6.2.2).

[14] Le Tribunal fédéral considère que cette interprétation de l'art. 671 III [CO](#) peut être transposée au superdividende de l'art. 671 II 3 [CO](#) en ce sens que cette disposition n'exige aucune affectation à la réserve générale dès lors que celle-ci a atteint la moitié du capital-actions.

[15] Par ailleurs, le Tribunal fédéral retient que le demandeur ne parvient pas à démontrer que les statuts d'A SA auraient prévu des attributions supérieures aux minimums légaux (art. 672 I et 674 [CO](#)).

[16] Enfin, le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur les griefs d'X relatifs aux comptes d'A SA de l'exercice 2008 qui auraient dû comprendre, selon lui, une provision pour risques et charges en vue des prochains travaux de remise en état de l'immeuble – retenant au passage qu'X était responsable de leur établissement (art. 716a I 6 [CO](#)) – faute pour le demandeur d'avoir mis en cause la décision de l'assemblée générale d'approuver les comptes.

[17] Partant, la décision de l'assemblée générale d'A SA de distribuer un dividende de CHF 185'000.– est conforme à l'art. 675 II [CO](#) et ne saurait être jugée invalide au regard de l'art. 706b III [CO](#).

Commentaires

La seconde affectation de l'art. 671 II 3 CO

[18] A notre connaissance, c'est la première fois que le Tribunal fédéral se prononce sur la question de savoir si la seconde affectation prévue à l'art. 671 II 3 [CO](#) (10% du superdividende) est nécessaire lorsque la réserve générale (les réserves légales issues du capital et du bénéfice selon la terminologie de l'art. 959a II 3 b-c [CO](#)) a atteint la moitié du capital-actions. Le Tribunal fédéral parvient à la

conclusion que cela n'est pas le cas.

[19] Alors que l'art. 671 I [CO](#) (première affectation du bénéfice de l'exercice) prévoit une limite chiffrée (20% du capital-actions libéré), cela n'est pas le cas de l'art. 671 II [CO](#) qui prévoit expressément que les affectations à la réserve générale prévues à cet alinéa doivent être effectuées même lorsque la limite de 20% prévue au premier alinéa est atteinte.

[20] Dès lors, la seconde affectation prévue à l'art. 671 II 3 [CO](#) – et qui était seule en cause dans la présente affaire – ne devrait pas être plafonnée.

[21] Toutefois, doctrine dominante et pratique considèrent que l'on peut renoncer à cette seconde affectation dans la mesure où la réserve générale a déjà atteint la moitié du capital-actions (art. 671 III [CO](#) a contrario). Cette interprétation tient au fait que cela n'aurait pas de sens d'exiger une telle affectation alors même que la partie de la réserve générale qui dépasse la moitié du capital-actions n'est pas bloquée et peut donc être distribuée comme dividende (PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4e éd., Zurich 2009, § 12 N. 525b, avec références à d'autres auteurs; BSK OR II – NEUHAUS / BALKANYI, Art. 671 N. 14. CR CO II – TORRIONE, Art. 671 N. 14. Contra: HANS CASPAR VON DER CRONE, *Aktienrecht*, Berne 2014, § 9 N. 11, qui considère que la seconde affectation n'est pas soumise à une limite quantitative). L'assemblée générale devrait être rendue attentive au fait qu'il n'est pas procédé à la seconde affectation (CHK – MARK / LIPP, Art. 671 N. 9; Chambre fiduciaire (éd.), *Manuel d'audit suisse*, Tome « Tenue de la comptabilité et présentation des comptes », Zurich 2014, p. 234).

[22] Se fondant sur le récent arrêt rendu en matière de « cash pooling » ([ATF 140 III 533](#)), le Tribunal fédéral entérine cette approche.

[23] Il sera dit en passant que le Tribunal fédéral ne se prononce pas sur la question de savoir si le superdividende doit être calculé sur la partie qui dépasse le 5 % de la valeur du capital-actions nominal (BÖCKLI, op. cit., § 12 N. 525b ; CR CO II – TORRIONE, Art. 671 CO N. 15), du capital-actions libéré Chambre fiduciaire, op. cit., p. 233 ; BSK OR II – NEUHAUS / BALKANYI, Art. 671 N. 12) ou du bénéfice de l'exercice (VON DER CRONE, op. cit., § 9 N. 11).

[24] Quoi qu'il en soit, l'art. 671 II 3 [CO](#) sera peut-être bientôt de l'histoire ancienne. En effet, l'avant-projet de révision du droit de la société anonyme (reprenant sur ce point le projet de révision de 2007, Art. 672 P-CO. FF 1407 1480) abandonne complètement la seconde affectation de l'art. 671 II 3 [CO](#) pour ne conserver que la première affectation de 671 I [CO](#). Celle-ci devra toutefois être effectuée jusqu'à ce que la réserve légale issue du bénéfice atteigne 50 % du capital-actions inscrit au registre du commerce, et non 20% du capital-actions libéré comme le prévoit actuellement l'art. 671 I [CO](#) (art. 672 AP-CO. Rapport explicatif relatif à la modification du Code des obligations (droit de la société anonyme) du 28 novembre 2014, p. 96).

[25] Par ailleurs, l'avant-projet, à l'instar de l'[ATF 140 III 533](#) c. 6.2.2 mais en s'écartant sur ce point du projet de révision de 2007 (art. 671 P-CO. [FF 2008 1478](#) s.), prévoit expressément que les réserves légales issues du capital (y compris l'agio) et du bénéfice peuvent être distribuées aux actionnaires dès qu'elles dépassent la moitié du capital-actions inscrit au registre du commerce. L'avant-projet prévoit toutefois qu'un expert-réviseur agréé doit attester que le remboursement aux actionnaires ne compromet pas l'exécution des créances et qu'il n'existe pas de raison sérieuse d'admettre que la société sera insolvable dans les douze mois à venir (art. 671 II 4 et 671 III AP-CO. Rapport explicatif précité, p. 95 s.). Cette exigence a été critiquée dans la procédure de consultation.

[26] Le Tribunal fédéral aurait pu tenir compte de ces deux éléments dans sa réflexion.

L'action en annulation intentée par le conseil d'administration

[27] Il est rare en pratique que le conseil d'administration intente une action en annulation contre une décision de l'assemblée générale, ne serait-ce que parce que ladite assemblée générale est également en position de révoquer les membres du conseil d'administration.

[28] La décision du conseil d'administration d'intenter une action en annulation est une décision

collective prise à la majorité des voix émises (713 [CO](#)). Les membres du conseil d'administration ne disposent pas individuellement du droit d'intenter l'action.

[29] Le conseil d'administration n'est pas soumis à une obligation générale d'intenter une action en annulation contre une décision de l'assemblée générale qui violerait la loi ou les statuts. Cette obligation pourrait toutefois exister dans certains cas particuliers si la décision devait contrecarrer la capacité opérationnelle de la société ou la capacité du conseil d'administration de remplir ses tâches essentielles, ou si la décision violait gravement le droit public ou tombait sous le coup de dispositions pénales (sur cette question, cf. BÖCKLI, op. cit., § 16 N. 103).

[30] Compte tenu du conflit d'intérêts auquel le conseil d'administration serait confronté s'il devait agir à la fois comme demandeur et comme représentant de la société défenderesse, le tribunal doit désigner un représentant de la société (art. 706a II [CO](#)). Ce représentant doit défendre les intérêts de la société de manière indépendante, sans que les organes de la société, en particulier le conseil d'administration, ne puissent lui donner des instructions (BÖCKLI, op. cit., § 16 N. 102). La jurisprudence – critiquée – selon laquelle le conseil d'administration ne peut pas disposer de l'objet du litige en passant expédient ou en transigeant ([ATF 122 III 279](#) c. 3c/aa = JdT 1998 I 605. BÖCKLI, op. cit., § 16 N. 138 ss) devrait également s'appliquer au représentant (dans ce sens CR CO II – PETER / CAVADINI, Art. 706a N. 4). En l'occurrence, le représentant s'était opposé à la demande.

[31] On se demande dans le cas d'espèce pourquoi l'administrateur unique n'a pas été révoqué par l'assemblée générale, en tout cas dès le décès de K, ce qui aurait, selon toute vraisemblance, mis fin à la procédure. En effet, le nouveau conseil d'administration désigné par l'actionnaire majoritaire (les hoirs de feu L) aurait a priori pu retirer la demande et les hoirs de feu L auraient probablement pu faire de même compte tenu de l'extinction de l'usufruit suite au décès de K.

[32] De même, on se demande s'il était bien raisonnable de la part d'X d'intenter cette procédure (et d'en supporter les frais) en sa qualité d'administrateur unique d'A SA, respectivement si son désaccord avec la décision de l'assemblée générale n'aurait pas dû le conduire à démissionner de ses fonctions, cas échéant après avoir avisé le juge du surendettement (art. 725 II [CO](#)), X ayant indiqué que le report de bénéfice s'imposait afin de prévenir une situation de grave surendettement. Ce dernier point n'a cependant pas été examiné par le Tribunal fédéral dans cet arrêt.

Proposition de citation : Sébastien Bettschart, Affectation à la réserve générale en cas de superdividende, in : CJN, publié le 18 juillet 2015

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Cybersquare | Laupenstrasse 1 | 3008 Bern
T +41 31 380 57 77 | F +41 31 380 57 78 | info@weblaw.ch

www.weblaw.ch