



Commentaire de : Arrêt [4A\\_288/2011](#) du 13 février 2012, publié en tant que [BGE 138 III 204](#)

Domaine : Droit des sociétés

Tribunal : Tribunal fédéral

Cour : Ire Cour de droit civil

CJN - domaine juridique : Droit commercial

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

## Procédure d'accordéon dans le cadre d'un assainissement

Un plan d'assainissement est-il une condition de validité ?

Auteur

Sébastien Bettschart



Rédacteur/ Rédactrice

Jean-Yves De Both



Lorsqu'une procédure de réduction du capital-actions à zéro avec ré-augmentation simultanée ne suffit pas à elle seule à faire disparaître le surendettement, le conseil d'administration doit soumettre un plan d'assainissement à l'assemblée générale, faute de quoi les décisions prises sont annulables avec effet rétroactif.

### Résumé des faits

[1] Le 5 novembre 2004, A SA (défenderesse) – société de sauvetage (Auffanggesellschaft) d'une entreprise en faillite – a été fondée par X (demandeur), deux autres actionnaires et Y. X et les deux autres actionnaires détiennent chacun 10% du capital-actions d'A SA, Y en détenant le solde (70%). Le conseil d'administration est composé des quatre actionnaires; Y en est le président.

[2] Outre sa fonction d'administrateur, X remplissait la fonction de controller et était chargé de la surveillance et de l'application du business plan d'A SA.

[3] Fin 2006, en raison du surendettement d'A SA, Y a postposé son prêt actionnaire à hauteur de CHF 4'900'000.-.

[4] Le 28 décembre 2007, Y a convoqué le conseil d'administration à une séance à laquelle X n'a pas pu prendre part. Lors de cette séance, le conseil d'administration a décidé de convoquer une assemblée générale extraordinaire ("AGE") pour le 18 février 2008 avec comme ordre du jour la réduction du capital-actions d'A SA à zéro et sa ré-augmentation simultanée, ainsi que la révocation d'X.

[5] Le 29 janvier 2008, des bulletins de souscription ont été notifiés aux actionnaires d'A SA avec l'indication que, en vue de l'augmentation du capital-actions prévue, il était nécessaire de déterminer avant le 8 février 2008 quel actionnaire avait l'intention d'exercer son droit de souscription préférentiel et dans quelle proportion. Si le bulletin de souscription n'était pas retourné d'ici cette date, il serait dès

lors considéré que le droit de souscription préférentiel n'avait pas été exercé.

[6] Par courrier du 1<sup>er</sup> février 2008, X a demandé à Y de répondre à diverses questions concernant l'assainissement et a demandé à consulter les livres d'A SA. Par courrier du 3 février 2008, X a communiqué à A SA qu'il ne pouvait pas se prononcer sur l'exercice de son droit de souscription préférentiel compte tenu des questions encore ouvertes.

[7] Par courrier du 18 février 2008, soit le jour même de l'AGE, Y a répondu aux questions d'X en soulignant que la situation financière de la société, en sa qualité de controller, lui était connue.

[8] Tous les actionnaires ont participé à l'AGE. Sur la base des comptes provisoires 2007 (montrant, avant corrections de valeur, un résultat négatif de CHF 184'000.- et une perte au bilan de 4'509'353.-), l'assemblée générale a décidé de réduire le capital-actions de CHF 500'000.- à CHF 0.- et de le ré-augmenter simultanément au même montant par conversion d'un prêt d'actionnaire. X a été révoqué de ses fonctions d'administrateur. La proposition d'X qu'il soit répondu à son courrier du 1<sup>er</sup> février 2008 a été rejetée. Aucune information sur les autres mesures prévues en vue de l'assainissement d'A SA n'a été communiquée.

[9] L'augmentation du capital-actions a été immédiatement exécutée. Par ailleurs, Y a abandonné sa créance contre A SA à hauteur de CHF 3'750'000.-.

[10] Par courrier du 19 février 2008, X a informé Y qu'il exerçait à titre provisionnel son droit de souscription préférentiel pour au moins une action. Il a par ailleurs formé opposition contre l'inscription au Registre du commerce (art. 162 de l'Ordonnance du registre du commerce); le blocage fut par la suite levé.

[11] Par demande du 17 avril 2008, X a conclu à la nullité des décisions relatives à la réduction du capital-actions et sa ré-augmentation simultanée prises lors de l'AGE et de la séance du conseil d'administration du 18 février 2008, subsidiairement, s'agissant des décisions de l'AGE, à leur annulation avec effet rétroactif. X a par la suite également conclu à ce qu'A SA soit condamnée à le reconnaître comme actionnaire à hauteur de 10%.

[12] La demande d'X a été rejetée par le Tribunal de district et le Tribunal cantonal de Bâle-Campagne. Le Tribunal fédéral a admis le recours d'X, annulé la décision de l'instance inférieure et renvoyé l'affaire pour nouvelle décision sur les frais et les dépens cantonaux.

### **Décision du Tribunal fédéral**

[13] Le Tribunal fédéral rappelle tout d'abord les conditions auxquelles une société anonyme peut réduire son capital-actions à zéro avec ré-augmentation simultanée. Cette procédure, dite de l'accordéon, ne se conçoit que dans le cadre d'un assainissement, lorsque le capital-actions est, sur la base d'un examen objectif, entièrement perdu, c'est-à-dire que la société est surendettée (ce qui était apparemment le cas d'A SA qui présentait des fonds propres négatifs à hauteur de CHF 4'399'177.-). Dans un tel cas, l'ensemble des droits qui résultent de la participation au capital-actions doit disparaître.

[14] L'article 732a I CO prévoit ainsi que les droits des actionnaires sont supprimés et les actions détruites (mettant ainsi fin au régime des actionnaires fantômes créé par l'[ATF 121 III 420](#) = JdT 1997 I 111). Compte tenu du caractère en principe inaliénable du sociétariat, les actionnaires conservent cependant un droit "inconditionnel et inaliénable de prendre part à l'augmentation du capital, proportionnellement à leur participation antérieure" (Message du Conseil fédéral concernant la révision du code des obligations du 19 décembre 2001, in FF 2001 2949, p. 3030), principe que le législateur a codifié à l'article 732a II CO.

[15] En l'espèce, le besoin d'assainissement à l'époque de l'AGE a été démontré. Toutefois, l'existence d'un besoin d'assainissement ne suffit pas, il faut aussi que la procédure d'accordéon permette l'assainissement.

[16] La notion "à des fins d'assainissement" au sens de l'article 732a I CO n'étant pas définie, le Tribunal fédéral constate que la doctrine se rapporte à la notion d'assainissement de l'article 725 CO et exige que la procédure d'accordéon soit conduite dans le cadre d'un véritable assainissement, ce par quoi il faut entendre l'ensemble des mesures destinées à rétablir la situation financière de la société. Dans le cadre d'un surendettement, le but à court terme de ces mesures est d'éviter l'avis au juge.

[17] Si la procédure d'accordéon ne suffit pas à elle seule à faire disparaître complètement le surendettement, le but d'assainissement peut néanmoins être atteint par l'adoption d'autres mesures complémentaires.

[18] Le Tribunal fédéral rappelle par ailleurs qu'il n'est pas nécessaire d'aviser le juge lorsque le conseil d'administration prend immédiatement des mesures tendant à un assainissement concret et dont les perspectives de succès apparaissent comme sérieuses ([ATF 132 III 564](#) c. 5.1). Le conseil d'administration doit disposer d'un plan d'assainissement qui, indépendamment d'éventuelles postpositions, le délie de son devoir d'aviser le juge.

[19] Le Tribunal fédéral continue en indiquant que, si la procédure d'accordéon ne suffit pas à elle seule à faire disparaître le surendettement, le conseil d'administration doit informer l'assemblée générale – qui est compétente pour se prononcer sur ladite procédure (art. 732 I CO) – des autres mesures qui permettront d'atteindre le but d'assainissement. Si l'assemblée générale ne dispose pas d'un plan d'assainissement global, elle ne peut en effet pas juger si la procédure d'accordéon participe au but d'assainissement.

[20] En l'occurrence, aucune information sur d'autres mesures d'assainissement n'a été présentée lors de l'AGE. L'abandon de la créance en remboursement du prêt d'actionnaire n'a pas été mis en perspective et aucun plan d'assainissement n'a été présenté aux actionnaires.

[21] Dès lors, l'AGE ne pouvait pas se prononcer sur le point de savoir si la procédure d'accordéon remplissait le but d'assainissement. Les actionnaires ne pouvaient pas non plus se prononcer en connaissance de cause ("informierter Entscheid") sur la question de savoir s'ils voulaient continuer à participer à la société en faisant usage de leur droit de souscription préférentiel. Les conditions de l'article 732a I CO n'étant pas remplies, la procédure d'accordéon dont est question s'avère par conséquent illicite.

[22] Après avoir rappelé les conditions de l'annulation et de la nullité des décisions de l'assemblée générale, le Tribunal fédéral indique que la violation de l'article 732a I CO a pour conséquence l'annulation (art. 706 I CO) des décisions prises à l'AGE, avec effet rétroactif, et non leur nullité. Quant aux décisions d'exécution de l'augmentation du capital-actions prises par le conseil d'administration (art. 650 I, 2<sup>e</sup> phrase, CO), elles sont nulles au sens de l'article 714 CO faute de décision de principe prise par l'assemblée générale.

## **Commentaires**

[23] C'est la première fois que le Tribunal fédéral se prononce sur l'article 732a CO. Cette disposition est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008 avec la révision du droit de la Sàrl.

[24] Contrairement aux deux instances cantonales, le Tribunal fédéral a jugé que la manière de procéder choisie par le conseil d'administration d'A SA n'était pas conforme aux dispositions de l'article 732a CO, plus précisément à son premier alinéa.

[25] Sur la base de l'interprétation des termes "aux fins d'assainissement" ("zum Zwecke der Sanierung"; "a fini di risanamento") contenus à l'article 732a I CO, le Tribunal fédéral a considéré que l'AGE du 18 février 2008 n'était pas en mesure de se prononcer valablement sur la procédure d'accordéon, faute d'avoir en mains les éléments permettant d'apprécier si cette mesure participait effectivement à l'assainissement de la société (sur la ratio legis de la référence à la notion d'assainissement à l'article 732a I CO, cf. Urs KÄGI, Revision des Kapitalherabsetzungsrechts, GesKR

[26] La présentation par le conseil d'administration d'un plan d'assainissement, dans le cas où la procédure d'accordéon ne suffit pas à elle seule à faire disparaître le surendettement, est ainsi érigée par le Tribunal fédéral comme condition de validité de la décision prise par l'assemblée générale.

[27] Il s'agit là d'une interprétation extensive qui n'est pas soutenue, à notre avis, par la lettre et le but de l'article 732a I CO (cf. notamment Message du Conseil fédéral concernant la révision du code des obligations du 19 décembre 2001, in FF 2001 2949, p. 3030).

[28] En effet, si la majorité des actionnaires ne s'estiment pas suffisamment informés, il leur est loisible de rejeter la proposition du conseil d'administration. S'ils ne le font pas, on ne voit pas pour quelle raison un tribunal viendrait sanctionner la décision ainsi prise, sous réserve de cas spécifiques, par exemple si les actionnaires ont été trompés par les renseignements fournis (cf. à ce sujet OR II – TRUFFER / DUBS, Art. 706 N. 7).

[29] Le fait qu'un actionnaire minoritaire puisse obtenir que les actionnaires majoritaires reçoivent des informations en quelque sorte contre leur gré nous semble conduire à un formalisme peu souhaitable.

[30] Concrètement, cet arrêt a pour conséquence que l'assemblée générale d'A SA devra être reconvoquée et que le conseil d'administration devra présenter aux actionnaires un plan d'assainissement, sans que cela n'ait une quelconque incidence sur le résultat du nouveau vote puisque Y détient, quoi qu'il en soit, 70% du capital-actions d'A SA.

[31] Dès lors, la vraie question dans le contexte de l'article 732a I CO est, de notre point de vue, de savoir si la procédure d'accordéon, couplée ou non à d'autres mesures, permet effectivement d'assainir la société (dans ce sens déjà: [ATF 76 I 162](#) c. 3 = JdT 1951 I 11). Si ce but est atteint, on ne voit pas en quoi une information prétendument lacunaire aurait pour conséquence l'annulation de la décision de l'assemblée générale.

[32] Autre et bien plus importante est, à notre avis, la question de l'information que chaque actionnaire est en droit de recevoir dans le contexte de l'exercice de son droit de souscription préférentiel (sur la question de l'information des actionnaires dans le cadre d'une procédure d'accordéon, cf. Michel HEINZMANN, Die Herabsetzung des Aktienkapitals, Fribourg 2004, N. 524; Walter A. STOFFEL, Droits des actionnaires dans les procédures de financement des sociétés, in CEDIDAC N. 43, Lausanne 2001, p. 33).

[33] A cet égard, le Tribunal fédéral a simplement indiqué, de manière générale, que les actionnaires ne pouvaient pas non plus se prononcer en connaissance de cause sur leur participation dans la société post assainissement, faute d'avoir reçu des informations sur le plan d'assainissement (c. 3.3.3 dernière phrase et 3.4 avant-dernière phrase). Cet argument – qui aurait dû être à notre avis le cœur du débat – reste cependant en retrait, venant seulement en appui du raisonnement du Tribunal fédéral relatif à la notion d'assainissement sous l'angle du premier alinéa 1 de l'article 732a CO (c. 3.4 dernière phrase), tel que commenté ci-dessus.

[34] Considérant que l'ensemble de la procédure d'accordéon n'était pas valable, le Tribunal fédéral ne s'est en revanche pas prononcé sur la procédure de souscription prévue par le conseil d'administration d'A SA dans le cas d'espèce (fixation d'un délai antérieur à la tenue de l'assemblée générale pour exercer les droits de souscription préférentiel, sous peine de déchéance), procédure parfois suivie en pratique (cf. à ce sujet HEINZMANN, op. cit., N. 479; critique: OR II – KÜNG / SCHOCH, Art. 732a N. 10).

[35] La question se pose dès lors de savoir si la procédure de déchéance anticipée du droit de souscription serait jugée acceptable par le Tribunal fédéral si tant est que les informations nécessaires à la formation de la volonté des actionnaires (notamment le plan d'assainissement) leur soient fournis avant l'échéance du délai. Nous sommes d'avis que cela devrait être le cas. Si, en revanche, les informations ne sont pas fournies en temps utile, alors cette manière de procéder peut, selon les circonstances, s'avérer problématique du point de vue du respect du droit de souscription préférentiel

des actionnaires (art. 732a II CO).

[36] Enfin, toujours dans le cadre de l'examen du respect du droit de souscription préférentiel (art. 732a II CO), on aurait pu se demander si la manière de procéder choisie par le conseil d'administration d'A SA ne pose pas problème du point de vue de l'égalité de traitement des actionnaires (art. 706 II 3 et 717 II CO) dans la mesure où certains actionnaires ont pu exercer (ou renoncer à) leur droit de souscription préférentiel en connaissance du plan d'assainissement, d'autres apparemment pas.

[37] Cet arrêt appelle encore deux commentaires marginaux.

[38] Premièrement, le Tribunal fédéral semble admettre qu'on ne peut ni retirer, ni limiter le droit de souscription préférentiel dans le cadre de l'article 732a II CO (c. 3.3.3 dernière phrase). Cette question, qui fait l'objet de controverses doctrinales (cf. Peter BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4<sup>e</sup> éd. Zurich 2009, § 2 N. 385 et 391; CR CO II – HEINZMANN, Art. 732a N. 2; Michel JACCARD / Alexandre FELLAY, *Sociétés anonymes privées en crise: l'actionnaire majoritaire démuni face au minoritaire*, GesKR 2/ 2010, p. 214), aurait cependant mérité une discussion plus approfondie de la part du Tribunal fédéral.

[39] Secondement, le Tribunal fédéral confirme implicitement qu'il est possible de convertir en capital-actions une créance postposée (contra mais minoritaire: BÖCKLI, *op. cit.*, § 2 N. 126 et § 13 N. 800), y compris si d'autres mesures sont nécessaires pour assainir la société.

[40] A titre de conclusion, il convient de retenir qu'un conseil d'administration qui souhaite soumettre à l'assemblée générale une procédure d'accordéon qui ne suffit pas à elle seule à mettre fin au surendettement sera bien avisé de présenter aux actionnaires un plan d'assainissement précis, contenant également des indications sur les mesures qui ne relèvent pas de la compétence de l'assemblée générale (p. ex. des abandons de créances) et qui permettent, dans leur ensemble, d'assainir la société. Cela vaut a fortiori dans le cadre d'une déchéance anticipée du droit de souscription préférentiel.

**Proposition de citation** : Sébastien Bettschart, Procédure d'accordéon dans le cadre d'un assainissement, in : CJN, publié le 2 mai 2012

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](mailto:info@weblaw.ch)

[www.weblaw.ch](http://www.weblaw.ch)