

# Une nouvelle ère dans le régime de la reprise de biens?

## Remarques critiques à propos de l'ATF 128 III 178 s.\*

### Table des matières

- |   |   |
|---|---|
| I. L'arrêt et sa portée                                       | III. Délimitations adéquates et inadéquates du champ d'application des dispositions relatives aux reprises de biens |
| II. Raison d'être et contenu du régime de la reprise de biens | IV. Conclusion  |

Dans l'arrêt 128 III 178 s., le Tribunal fédéral fait un énoncé quant au champ d'application des dispositions relatives aux reprises de biens à vrai dire un peu surprenant: Dans les termes – abrégés ici<sup>1</sup> – du chapeau de l'arrêt:

«Ne tombe pas sous le coup de l'art. 628 al. 2 CO [...] l'acquisition [...] de biens [...] faisant [...] partie des activités statutaires de la société.»

En d'autres mots: dès lors qu'une acquisition de biens rentre dans le cadre du but social, qu'elle ait été décidée avant la fondation ou qu'elle soit seulement envisagée à ce stade, les formalités protectrices relatives aux reprises de biens (art. 628 al. 2 CO) ne seraient pas applicables.

Qu'en est-il de cet énoncé? Le Tribunal fédéral entend-il réellement exclure du champ d'application du régime relatif aux reprises de biens tous les actes rentrant dans le but social accomplis ou envisagés avant la fondation? Et – dans l'affirmative – cette vision des choses est-elle raisonnable, souhaitable et voulue comme telle par le législateur? Où – dans l'hypothèse contraire – comment définir le champ d'application de l'art. 628 al. 2 CO de façon éventuellement différente et, peut-être, plus appropriée?

Dans la présente prise de position qui tourne autour de ces questions, je vais reprendre d'abord les éléments cardinaux de l'arrêt avant de me laisser emporter par la tentation de spéculer sur sa portée (I.). Ensuite, je me pencherai sur la question de la raison d'être et des principes des normes relatives aux reprises de biens

\* Je tiens à remercier mes assistants, Mlle Catrina Erb et M. Christian Habegger, licenciés en droit, qui ont accompagné activement, aussi par leurs réflexions critiques, les travaux de rédaction finaux. La traduction en langue française est l'œuvre de mon assistant, M. Salvatore Camodeca, DEA Sc. pol., qui, à son tour, entend remercier M. Nicolas Turin, dr. en droit, Office fédéral du registre du commerce, pour ses précieuses indications. Depuis l'achè-

vement de cet essai en avril 2003, deux autres approfondissements critiques ont été consacrés à l'ATF 128 III 178 s.: LUKAS GLANZMANN, *Wann liegt eine (beabsichtigte) Sachübernahme vor?*, RSDA 2003 p. 166 ss et PETER RUF, *Die Offenlegungspflicht für Sachübernahmen*, BN 2003 p. 29 ss. Ledit arrêt a été publié intégralement avec un résumé en langue allemande dans Reprax 1/2003 p. 18 ss.

<sup>1</sup> Je reviendrai plus tard aux éléments omis.

(II.). Etant donné que – comme j’entends le démontrer<sup>2</sup> – la lettre de l’art. 628 al. 2 CO donne lieu à une interprétation par trop étendue de la notion de reprise biens, je me poserai la question de savoir comment l’on pourrait procéder à une limitation de celle-ci qui tienne compte à la fois de la raison d’être et des finalités de cette disposition (III.). Enfin, je terminerai mon raisonnement par une conclusion concise (IV.).

## I. L’arrêt et sa portée

### 1. Faits et considérants de l’ATF 128 III 178 s.

Les développements du Tribunal fédéral ne sont guère débordants<sup>3</sup>: ils couvrent à peine une page et demie – une demi page d’introduction ainsi qu’une page consacrée au considérant en droit, indications relatives aux faits incluses.

- a) Quant aux faits, deux aspects méritent d’être mentionnés:
  - Le cas d’espèce concernait l’achat d’un complexe hôtelier par une société dont le *but social* mentionnait *explicitement* l’acquisition d’immeubles aux fins d’exploitation hôtelière. L’arrêt met d’une part en relief cet aspect dans le chapeau; le Tribunal fédéral place d’autre part ce fait au cœur même de son raisonnement: il occupe la plus grande partie du considérant.
  - Il s’agissait d’une acquisition réalisée lors d’une *vente aux enchères* dans le cadre d’une poursuite en réalisation de gage. Or, bien que cet élément soit mentionné dans le chapeau de l’arrêt, le Tribunal fédéral n’en tire dans le considérant *aucune conclusion en droit* – nous reviendrons sur la question de savoir s’il a bien fait<sup>4</sup>.
- b) Le considérant en droit reproduit dans le Recueil officiel ne comporte que quatre alinéas:
  - aa) Le premier alinéa reprend presque textuellement le libellé de l’art. 628 al. 2 CO.
  - bb) Dans le deuxième alinéa, le Tribunal fédéral se réfère correctement aux deux manuels standard consacrés au droit de la société anonyme, celui de BÖCKLI et celui de FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL<sup>5</sup>, en faisant valoir que «ne constituent pas une reprise de biens [...] les opérations courantes faisant partie de la marche normale de la (future) société [...]»<sup>6</sup>. Ceci dit, nous montrerons que cet énoncé ne coïncide pas avec les considérants ultérieurs des juges fédéraux.

<sup>2</sup> Cf. *infra* II.3.

<sup>3</sup> Ceci n’est pas seulement vrai eu égard aux extraits publiés dans le cadre du Recueil officiel, mais vaut également – du moins pour ce qui concerne le régime de la reprise de biens – pour le texte intégral de l’arrêt; cf. Reprax 2/2003 p. 18 ss, 23 s.

<sup>4</sup> Cf. *infra* III.5.

<sup>5</sup> A vrai dire, «Meier-Hayoz» s’écrit avec un seul «y»!

<sup>6</sup> ATF 128 II 178 s., consid. 4c; de même p. ex. ATF 83 II 289.

cc) Le raisonnement de la cour, quant à lui, ne se développe que sur une bonne demi page. Le Tribunal fédéral part du constat que la société-acheteur avait été *constituée dans le but* «[...] d'exploiter des «commerces, en particulier dans le domaine hôtelier et activités y relatives, y compris l'acquisition d'immeubles aux fins d'exploitation hôtelière ou commerciale.»»

Lors de la vente aux enchères, *objet de l'acquisition* était

«[...] un immeuble comprenant un hôtel (M.), des restaurants, un casino, un centre commercial, une salle de spectacles, des parkings et quatre appartements.»<sup>7</sup>

Le Tribunal fédéral en tire la conclusion suivante:

«Ces acquisitions font incontestablement partie des activités statutaires des sociétés respectives, de sorte qu'elles ne tombent pas sous le coup de l'art. 628 al. 2 CO.»

dd) Ceci dit, les juges fédéraux parviennent au constat final, selon lequel «[...] le grief de violation de l'art. 628 al. 2 CO doit donc être rejeté.»

c) La portée de cet arrêt est à la fois vaste et surprenante:

Les dispositions relatives aux reprises de biens ne seraient ainsi pas applicables dès lors que l'opération envisagée ou déjà décidée ferait «partie des activités statutaires», c'est-à-dire dès lors qu'elle serait couverte par le but social. Cette façon de voir n'est pas seulement incompatible avec la lettre de l'art. 628 al. 2 CO, elle est également en rupture avec tous les développements que la doctrine et la jurisprudence ont consacré à cette disposition. C'est pourquoi il nous semble légitime de poser la question:

## 2. Le Tribunal fédéral entend-t-il réellement ce qu'il énonce?

Malgré ce positionnement univoque – bien que quelque peu grossier – du Tribunal fédéral, des doutes surgissent quant à l'aptitude de cette jurisprudence à fournir des indications utiles pour la pratique des avocats et des notaires:

a) Un constat s'impose d'entrée: Le Tribunal fédéral a décidé *avec plein pouvoir d'examen* et non pas dans le contexte du pouvoir d'examen limité en matière de registre commerce<sup>8</sup>. La conclusion en question ne constitue donc pas seulement une opinion «fondée»<sup>9</sup> mais, de son avis, *la seule qui s'impose*.

b) Il saute aux yeux que le Tribunal fédéral d'une part n'omet pas de mentionner, ni dans le chapeau de l'arrêt ni même dans le résumé des faits, que le cas d'espèce concernait une vente aux enchères dans le cadre d'une poursuite en réalisation de gage, et que d'autre part il délaisse ce fait dans le considérant, bien que la décision concrète aurait très bien pu être motivée en faisant référence à cet aspect<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Suivent des raisonnements identiques quant à une deuxième société ainsi qu'à l'acquisition opérée par celle-ci.

<sup>8</sup> Cf. quant à l'étendue du pouvoir d'examen ATF 121 III 368 consid. 2 et pour la doctrine la polémique entre PETER FORSTMOSER et

ROLF BÄR dans Reprax 2/1999 p. 1 ss et 1/2000 p. 53 ss.

<sup>9</sup> Au sens du terme allemand «vertretbar»; cf. ATF 117 II 186 consid. 1.

<sup>10</sup> Cf. *infra* III.5.

Nous pouvons en déduire qu'il entendait attribuer à son énoncé une portée générale qui ne soit pas réduite au cas d'espèce particulier qu'il venait de trancher.

c) Si, par conséquent, le champ d'application des normes relatives à la reprise de biens devait être circonscrit à l'avenir par le but social et non pas par *la nature et l'importance de l'acte juridique en question*, nous aurions assisté à un revirement jurisprudentiel révolutionnaire. Il semble douteux que le Tribunal fédéral en ait été pleinement conscient. Probablement, tel n'était pas le cas, s'il est vrai que tout au long de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, les revirements de pratique sont annoncés comme tels lors de la publication dans Recueil officiel et qu'une telle indication fait défaut dans l'ATF 128 III 178 s.

d) Le fait que le Tribunal fédéral n'ait pas été conscient de la portée de son énoncé est en outre corroboré par un considérant excessivement pauvre, réduit à dix-sept lignes, sans une quelconque prise en considération de la doctrine et la jurisprudence.

e) Enfin, il est également tout à fait patent que les deux ouvrages cités disent tout sauf ce que nous dit le Tribunal fédéral: Les deux textes – et nous venons d'indiquer que le Tribunal fédéral s'y réfère correctement – font valoir que les opérations courantes, faisant partie de la marche normale de la (future) société ne doivent pas tomber sous le coup de l'art. 628 al. 2 CO. Or, les transactions faisant l'objet de l'examen du Tribunal fédéral – acquisition de grands complexes immobiliers – *ne constituaient précisément pas des transactions faisant partie de la marche normale des sociétés en question et auraient par conséquent dû tomber, suivant la jurisprudence antérieure et l'opinion dominante en doctrine, sous le régime relatif aux reprises de biens*. La décision du Tribunal fédéral n'épouse donc pas du tout l'opinion dominante en doctrine<sup>11</sup>, comme les juges fédéraux veulent le faire croire, mais est en rupture avec celle-ci.

f) Après ce qui vient d'être dit, l'arrêt en question semble faire figure plutôt d'*accident de parcours* que de produit rayonnant du «juge-législateur»<sup>12</sup>. Malgré cela, il nous paraît opportun, eu égard à l'éminente importance pratique qui lui revient, de l'approfondir – innovateur ou erratique qu'il soit; et il nous paraît raisonnable de le faire dans l'optique de l'ordre légal.

<sup>11</sup> Ceci vaut – au-delà des textes standard cités par le Tribunal fédéral – aussi pour les monographies et les commentaires en la matière, cf. p. ex. JOSEPH-ALEXANDER BAUMANN, *Gegenstand und Bewertung von Sacheinlagen und Sachübernahmen nach Privat- und Steuerrecht*, thèse Zurich 1972, p. 20 ss; FRANZ SCHENKER, *Kommentar zu Art. 628 OR*, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/

ROLF WATTER (édit.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Obligationenrecht II: Art. 530–1186 OR*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle/Genève/ Munich 2002, N 9; ALFRED SIEGWART, *Zürcher Kommentar zum Aktienrecht: Art. 620–659*, Zurich 1945, Art. 628 N 56.

<sup>12</sup> ARTHUR MEIER-HAYOZ, *Der Richter als Gesetzgeber*, thèse d'habilitation, Zurich 1951.

## II. Raison d'être et contenu du régime relatif aux reprises de biens

L'appréciation de l'application restrictive des dispositions particulières relatives aux reprises de biens opérée dans l'ATF 128 III 178 s. doit partir d'un examen de la *raison d'être* de celle-ci (ch. 1) ainsi que de la *concrétisation dont elle a fait objet dans la loi* (ch. 2). Ce faisant, il s'agit de tenir compte du fait que la doctrine et la jurisprudence ont postulé depuis toujours une interprétation tendant à *restreindre* la lettre – par trop large – de la disposition légale qui nous intéresse ici (ch. 3).

### 1. Raison d'être des dispositions relatives aux reprises de biens

a) En cas de *fondation qualifiée* d'une société – c'est-à-dire d'apport en nature, de *reprise de biens*, d'avantage particulier ainsi que de libération par compensation – il existe un risque d'*affaiblissement* de la *société* dès le stade qui précède sa constitution ainsi qu'un risque de *discrimination* de certains actionnaires ou de futurs créanciers sociaux. Dans le cas de l'apport en nature et celui de la reprise de biens, le risque que les biens apportés ou devant faire objet de la reprise soient *surévalués* est particulièrement important. Dans cette hypothèse, le capital-actions n'est pas couvert dès la constitution de la société, du fait que certains actifs comptabilisés ne sont présents qu'en apparence<sup>13</sup>.

b) La reprise de biens, quant à elle, est considérée comme un cas de fondation qualifiée et a donc été assimilée par le législateur aux apports en nature, parce celui-ci voulait avant tout éviter un *détournement* de la réglementation des apports en nature qui serait par trop simple: il suffirait en effet de fonder la société par des apports en espèces tout en reprenant, une fois la société constituée, auprès de certains fondateurs, des biens en vertu d'accords conclus ou du moins envisagés avant la fondation<sup>14</sup>.

### 2. Mesures protectrices relatives aux reprises de biens

Le législateur répond aux dangers spécifiques pour la société anonyme, ses actionnaires et ses créanciers, résultant de faits qualifiés et notamment de reprises de biens, par des exigences plus contraignantes en matière de fondation et d'augmentation de capital qualifiées. Lors de la dernière révision du droit des sociétés anonymes, ce régime protecteur a été développé sensiblement et renforcé. Les mesures de protection peuvent être résumées schématiquement comme suit:

<sup>13</sup> Cf. avant tout PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Zürich 1996, N 67 ss et PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996, § 15 N 7.

<sup>14</sup> Cf. avant tout BÖCKLI (note 13) N 71; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 13)

§ 15 N 20; ROLF WATTER, *Bemerkungen zur Unlogik der Sacheinlage- und Sachübernahmenvorschriften im Schweizer Aktienrecht*, PJA 1994 p. 147 ss; Message du Conseil fédéral concernant la révision du droit des sociétés anonymes du 23 février 1983, FF 1983 II p. 757 ss, p. 876 s.

- *Exigences de forme*: Les contrats ayant pour objet des apports en nature doivent être passés en forme écrite ou authentique<sup>15</sup>. Cette règle vaut par analogie également pour les reprises de biens, pour autant que les parties aient déjà contracté.
- *Obligation de rendre compte*: Les fondateurs doivent rendre compte de la transaction en établissant un *rapport écrit* de fondation<sup>16</sup>. En cas de reprise de biens, le rapport doit rendre compte «de la nature et de l'état» des biens repris ainsi que «du bien-fondé de leur évaluation»<sup>17</sup>.
- *Vérification*: Le rapport doit être vérifié par un *réviseur*<sup>18</sup>. Celui-ci «atteste par écrit qu'il [le rapport de fondation] est complet et exact»<sup>19</sup> ou, en d'autres termes, que le rapport fait état de tous les faits qualifiés et que l'évaluation des apports en nature et des reprises de biens apparaisse pour le moins fondée.
- *Transparence*: Enfin, les faits qualifiés sont *rendus publics*, permettant ainsi non seulement aux personnes ayant pris part à la fondation de la société, mais également, et de manière durable, au public, d'en tenir compte lors de l'acquisition d'actions ou lors de la conclusion d'actes juridiques avec la société. C'est pourquoi les faits qualifiés *doivent figurer* – en tant que clauses facultativement nécessaires – *dans les statuts*<sup>20</sup>, et le *rapport de fondation* doit être annexé à la réquisition d'inscription comme pièce justificative<sup>21</sup>, en rendant ainsi *accessible* son contenu *à tout le monde*.

### 3. Nécessité d'une interprétation restrictive de la notion de reprise de biens

a) Le texte de l'art. 628 al. 2 CO décrit sans restriction aucune la notion de reprise de biens en mentionnant le fait d'une reprise de biens auprès «d'un actionnaire ou d'un tiers» ou le fait qu'une telle acquisition soit au moins envisagée. En vertu de la lettre de cette disposition, *il n'est guère de fondations autres que de fondations avec reprise de biens*, tant il est vrai que toute fondation est régulièrement envisagée pour promouvoir la réalisation de certains buts (souvent économiques), qui nécessitent des reprises de biens et, plus génériquement, la conclusion de contrats, ne serait-ce que l'acquisition de papier à lettre pour la future société anonyme ou de matériel de bureau ou encore la location de locaux commerciaux. Par ailleurs, la fondation d'une société en l'absence d'une finalité spécifique et sans que celle-ci ait été concrétisée par la conclusion de certains contrats, ne fait pas seulement défaut au but légitime, elle n'est surtout pas véritablement tolérée, en tant que fondation en réserve, par l'ordre juridique<sup>22</sup>.

b) Il est hors de question que le législateur ait voulu soumettre tous ces cas – et ainsi, au fond, toutes les fondations – aux dispositions particulières concernant les

<sup>15</sup> Art. 634 ch. 1 CO.

<sup>16</sup> Art. 635 CO.

<sup>17</sup> Art. 635 ch. 1 CO.

<sup>18</sup> Art. 635a CO.

<sup>19</sup> Art. 635a CO.

<sup>20</sup> Cf. l'art. 628 al. 2 CO pour les reprises de biens.

<sup>21</sup> Art. 78 al. 2 let. a ORC.

<sup>22</sup> Cf. ATF 93 II 256.

fondations qualifiées. Le *Tribunal fédéral* lui-même a eu l'occasion de le constater sans équivoque déjà sous le régime du droit de 1936<sup>23</sup>. Il va ainsi sans dire, aux termes de l'ATF 83 II 284 ss, consid. 3c, p. 289, que

«[...] nicht jede geringfügige Anschaffung von Möbeln, Bureauaterial und dergl. für die künftige A.-G. eine Sachübernahme im Sinne des Gesetzes darstellt [...]»

et que l'on n'ait entendu viser que des

«[...] Geschäfte von grösserer wirtschaftlicher Bedeutung [...]»

susceptibles de porter atteinte à la fortune sociale.

La *doctrine*, quant à elle, partage cette vision des choses tout en soulignant que la notion de reprise de biens au sens de la loi ne doit en particulier pas saisir les transactions courantes rentrant dans la (future) *marche normale* de la société<sup>24</sup>.

c) Dans le but d'exclure l'application des dispositions particulières relatives aux reprises de biens, le Tribunal fédéral semble vouloir remplacer (ou du moins compléter), dans son dernier arrêt, les critères de la transaction «économiquement importante» et de l'acquisition dépassant «l'opération courante dans le cadre de la marche normale» par celui de la reprise de biens «faisant partie des activités statutaires»<sup>25</sup>. Que devons-nous en penser? Et quels critères alternatifs sont concevables en vue de délimiter adéquatement le champ d'application des dispositions relatives aux reprises de biens?

### III. Délimitations adéquates et inadéquates du champ d'application des dispositions relatives aux reprises de biens

#### 1. Refus d'une limitation du champ d'application aux contrats formels

Autrefois, la question était controversée de savoir si les dispositions particulières relatives aux fondations par reprises de biens devaient être appliquées dans les hypothèses où l'on n'était pas en présence de contrats formels. Le Tribunal fédéral a répondu à cette question il y a longtemps déjà par l'affirmative, en conformité avec la doctrine dominante<sup>26</sup>. Le nouveau droit a tranché de manière uni-

<sup>23</sup> Cf. à ce propos ROLAND RUEDIN, *La reprise de biens: Un terme technique à définir*, in: *Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1992, p. 333.

<sup>24</sup> Cf. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 13) § 15 N 23; le critère de l'acquisition «de peu de valeur» avancé par la doctrine et la jurisprudence est remis en question par BÖCKLI (note 13) N 75, cf. à ce propos *infra* près des note 29 s.

<sup>25</sup> L'arrêt lui-même ne permet pas de déterminer si le Tribunal fédéral visait le remplacement desdits critères ou s'il entendait seulement les compléter, du moment où les juges fédéraux se réfèrent, en l'approuvant, à la doctrine dominante qui postule le critère de l'importance économique, tout en fondant leur décision sur une opinion différente, centrée, quant à elle, sur le critère du but social.

<sup>26</sup> La dernière fois dans l'ATF 109 Ib 97.

voque ce point: en vertu de la lettre de la loi, les dispositions particulières relatives aux reprises de biens ne sont pas seulement applicables lorsque la société «reprend» un bien, mais également lorsqu'elle «*envisage*» une telle reprise.

## 2. Une opportunité délaissée: Limitation aux actes juridiques avec des (futurs) actionnaires ainsi qu'avec les personnes proches des actionnaires

Les règles applicables aux reprises de biens sont avant tout censées – nous l'avons déjà mentionné<sup>27</sup> – éviter que *les normes applicables aux apports en nature ne soient éludées*. En réalité, un tel risque ne se présente que lorsqu'une société – sur le point d'être constituée ou lors d'une augmentation du capital-actions – envisage d'acquérir certains biens auprès de (futurs) actionnaires ou de personnes qui leur sont proches. Par contre, aucun risque semblable n'existe lorsque les *biens en question sont acquis auprès de tiers*, car la société et ses organes doivent aussi bien lors de la fondation ou de l'augmentation de capital, comme lors de toute transaction indépendamment du moment où elle est réalisée, faire prévaloir les intérêts de la société. C'est donc à juste titre que la doctrine juge que la soumission généralisée des reprises de biens aux formalités particulières prévues par la loi va trop loin<sup>28</sup>.

Lors de la révision du droit de la société anonyme de 1968/1991, le législateur n'a pas saisi l'opportunité de clarifier ce point<sup>29</sup>. Ainsi, la formule «rattrape-tout» a été conservée, laquelle saisit toutes les transactions décidées ou envisagées indépendamment de la personne de l'aliénateur. Dès lors, eu égard au caractère univoque de la lettre de la loi et du choix conscient opéré à cet égard par le législateur<sup>30</sup>, il n'y a vraisemblablement aucune place pour une correction jurisprudentielle.

## 3. Reconnue par la doctrine et la pratique: L'exception relative aux acquisitions de petite valeur et celle relative aux opérations courantes rentrant dans la marche normale de la société

a) De même, la lettre de la loi ne tolère aucune limitation du champ d'application matériel des dispositions relatives aux reprises de biens. Bien évidemment, la doctrine et la jurisprudence ont posé des restrictions, ne serait-ce que pour des raisons de praticabilité. De telles délimitations sont envisageables, tant sur le plan *quantitatif* que sous l'aspect *qualitatif*:

- Sur le plan *quantitatif*, on peut se demander si n'importe quelle acquisition de biens envisagée – et donc également celles de valeur négligeable – doit mener à l'application des dispositions relatives aux reprises de biens.

<sup>27</sup> Cf. *supra* II.1.

<sup>28</sup> Cf. avant tout WATTER (note 14) p. 147 ss; cf. en outre BÖCKLI (note 13) N 71.

<sup>29</sup> Ceci est d'autant moins compréhensible si l'on sait que le Message du Conseil fédéral concernant la révision du droit des sociétés anonymes, déjà, constatait que l'acquisition

de biens auprès de tiers ne constitue pas «[...] de danger de détournement de cette disposition sur les apports en nature, si ce tiers est pleinement indépendant et n'est en aucune façon proche d'autres actionnaires»; cf. Message (note 14) p. 876.

<sup>30</sup> Cf. Message (note 14) *ibid*.

- Dans une optique *qualitative* on doit examiner s'il y a lieu d'appliquer les dispositions particulières seulement en cas d'acquisitions d'ordre extraordinaire ou également dans l'hypothèse d'une opération courante faisant partie de la marche normale de la société.

La doctrine ainsi que la jurisprudence n'ont pas attaché l'importance qu'elle mérite à la distinction entre ces deux critères visant à délimiter le champ d'application des normes relatives aux reprises de biens<sup>31</sup>. On ne s'est pas rendu compte que d'une part une acquisition de peu de valeur peut très bien être effectuée en dehors du cadre de la marche normale de la société, et que, d'autre part, des transactions de valeur considérable peuvent faire figure aussi d'opérations courantes faisant partie de la marche normale de la société<sup>32</sup>.

b) La jurisprudence constante du Tribunal fédéral a exclu du champ d'application des normes relatives aux reprises de biens les contrats portant sur des transactions de *petite valeur économique*<sup>33</sup>. Selon les termes du Tribunal fédéral: pour qu'une opération rentre dans la notion de reprise de biens au sens de la loi, on doit être en présence de

«[...] Geschäfte von grösserer wirtschaftlicher Bedeutung [...], durch welche das Grundkapital geschwächt wird und die deswegen geeignet sind, auf den Kaufentschluss späterer Aktienerwerber oder die Kreditgewährung allfälliger Gläubiger einen Einfluss auszuüben.»<sup>34</sup>

La doctrine partage cette vision des choses unanimement. En effet, elle correspond à l'*esprit* des normes relatives aux fondations et augmentations de capital qualifiées: il s'agit d'éviter, afin de protéger le capital-actions, qu'on reprenne des biens dont la valeur objective serait inférieure à celle de la contre-prestation de la société<sup>35</sup> et, le cas échéant, de faire en sorte que la transaction soit soumise à une certaine publicité.

<sup>31</sup> Cf. p. ex. FORSTMOSE/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 13) § 15 N 23, où l'on cite d'abord l'ATF 83 II 289, aux termes duquel les acquisitions de petite valeur ne tombent pas sous le régime de l'art. 628 CO (cf. *supra* près de note 24) et où l'on fait valoir ensuite, en guise de conséquence, qu'une reprise de biens n'est pas donnée lorsque «lediglich Verträge für den (künftigen) laufenden Geschäftsgang abgeschlossen werden.»

<sup>32</sup> En doctrine, acquisition «extraordinaire» équivaut en règle générale à «économiquement de grande valeur», et – parallèlement – opération «courante» correspond à «économiquement de petite valeur», cf. p. ex. PETER BALASTÈR, *Die qualifizierte Kapitalerhöhung bei Aktiengesellschaften*, thèse, Zurich, 1953, p. 42 ss; BEAT HESS, *Die mangelhafte Kapitalerhöhung*, thèse, Zurich 1977 (SSHW 24) p. 35; BAUMANN (note 11) p. 20 ss.

Quant à la *jurisprudence*, un arrêt récent du Tribunal fédéral mérite d'être mentionné; celui-ci, il est vrai, part du présupposé que des *opérations courantes faisant partie de la marche normale* de la société devraient être exclues du champ d'application des règles relatives aux reprises de biens, mais déclare en même temps que la transaction visée dans le cas d'espèce devait être qualifiée «[...] von seiner Art und Grössenordnung her [...]», c'est-à-dire eu égard à sa nature et à son importance (économique), en tant que reprise de biens au sens de la loi (cf. ATF 2A. 555/1996 consid. 3b; ital. ajoutés).

<sup>33</sup> Cf. ATF 83 II 289, cité *supra* près de II.3b, confirmé dans ATF 2A.555/1996, consid. 3a.

<sup>34</sup> ATF 83 II 289; de même ATF 2A. 555/1996 consid. 3a.

<sup>35</sup> Cf. – parmi beaucoup d'autres – RUEDIN (note 23) p. 334.

c) BÖCKLI<sup>36</sup>, de son côté, a raison de mettre en relief le fait que le critère s'attachant à l'opération de «peu de valeur» est, en réalité, impraticable: «Die Wesentlichkeitsschwelle ist hier so niedrig angesetzt, dass sie in allen denkbaren Streitfällen als überschritten gelten wird.» Cela dit, on doit se poser la question de savoir si, au même titre, les acquisitions d'une certaine importance économique devraient être exclues du champ d'application des dispositions relatives aux reprises de biens, dès lors qu'elles feraient partie de la marche normale de la société. En d'autres termes: doit-on tenir compte également, au-delà du critère *quantitatif* de la transaction de «peu de valeur», de l'aspect *qualitatif* de l'opération courante rentrant dans «marche normale» de la société?

La réponse doit être recherchée à l'aide de la *ratio legis* de l'art. 628 al. 2 CO. Cette norme est censée protéger la société de transactions susceptibles d'affaiblir sérieusement la fortune sociale. Ces opérations doivent ainsi être motivées, doivent faire objet d'une vérification quant à l'adéquation de leur valeur et sont soumises à une certaine publicité.

Si l'on part de cette finalité protectrice du législateur, il semble légitime de pouvoir *oultrepasser, avec modération, la limite des transactions de «peu de valeur»* lorsqu'on est en présence d'acquisitions courantes faisant partie de la marche normale de la société. Ce genre de transactions est prévisible, d'où le caractère superflu de la soumission aux normes relatives à la transparence. Pourtant, elles aussi peuvent porter atteinte à la fortune sociale, ce qui rend nécessaire le maintien d'une limite d'ordre quantitatif. Pour ce qui concerne les cas d'espèces, il convient d'opérer – comme j'entends l'illustrer<sup>37</sup> – une distinction entre, d'un côté, l'hypothèse de la fondation, et, de l'autre, celle de l'augmentation du capital-actions; dans ce dernier cas, une application plus restrictive des dispositions relatives aux reprises de biens s'impose.

d) Les opérations qui *ne font pas figure de transactions courantes rentrant dans la marche normale de la société* doivent être systématiquement soumises aux dispositions relatives aux reprises de biens, exception faite des acquisitions de «peu de valeur»; on est là au cœur même de la notion de reprise de biens. Les *acquisitions d'immeubles*, comme celles faisant objet de l'ATF 128 III 178 s. font en règle générale partie de cette catégorie. Une exception peut éventuellement entrer en question pour les sociétés immobilières ou encore les sociétés holding dont le but social consiste – indirectement – en l'acquisition et l'administration d'immeubles<sup>38</sup>. Toutefois, dans le cas examiné, le Tribunal fédéral n'avait pas à faire à une société immobilière. Le but social consistait en des opérations commerciales, en particulier dans le domaine hôtelier; la possibilité d'acquérir des immeubles ne figurait dans la disposition concernée qu'à titre accessoire, «aux fins d'exploitation hôtelière ou commerciale».

e) Les critères visant à délimiter le champ d'application des règles relatives aux reprises de biens présentés jusqu'ici ne justifient donc pas la décision du Tribunal fédéral: il n'y avait ni transaction de «peu de valeur», ni encore une opération cou-

<sup>36</sup> Cf. BÖCKLI (note 13) N 75.

<sup>37</sup> Cf. *infra* III.6.

<sup>38</sup> Cf. toutefois *infra* III.4 let. b.

rante faisant partie de la marche normale de la société<sup>39</sup>. Par ailleurs, le Tribunal fédéral ne le postule même pas<sup>40</sup>, il a recours à un critère inédit:

#### 4. Une exception introduite par le Tribunal fédéral: L'exception relative aux acquisitions rentrant dans le cadre de la poursuite du but social

a) Le Tribunal fédéral justifie la non-application des dispositions relatives aux reprises de biens dans le cas présent en faisant valoir que ces acquisitions font «[...] partie des activités statutaires des sociétés respectives, de sorte qu'elles ne tombent pas sous le coup de l'art. 628 al. 2 CO.»

S'il en devait être ainsi, les normes particulières relatives aux reprises de biens demeuraient *sans objet*: tout acte juridique, et les contrats portant sur des acquisitions ne font certes pas exception, fait partie, du moins dans un sens large, des «activités statutaires», car les représentants d'une société anonyme ne peuvent, par définition, accomplir au nom de la société que des actes rentrant dans le but social (au sens large)<sup>41</sup>.

Il est donc peu vraisemblable que le Tribunal fédéral ait pensé à cela. Il doit avoir songé à autre chose: à une *notion de but social plus étroite*, probablement limitée aux activités nommées explicitement dans le but formel, comme par exemple «l'acquisition d'immeubles» dans le cas des sociétés dont il est question ici<sup>42</sup>. L'énoncé du Tribunal fédéral, serait-t-il au moins défendable sous l'angle d'une restriction du champ d'application des règles relatives aux reprises de biens qui en limiterait l'application aux transactions rentrant dans la poursuite du but formel?

b) La question a été débattue jusque-là surtout en ce qui concerne les *sociétés holding* et les *sociétés immobilières*. On a fait valoir que dans le cas de ces sociétés, le but formel indique déjà qu'elles envisagent des reprises de participations ou d'immeubles, de sorte que le respect des dispositions protectrices particulières deviendrait superflu.

L'opinion dominante s'est toutefois opposée à cette vision des choses en soulignant que l'aspect décisif doit être seulement celui de savoir si oui ou non l'acquisition de valeurs patrimoniales a été envisagée déjà avant la fondation<sup>43</sup>. Le Tribunal fédéral, à son tour, a expressément relevé dans un arrêt récent que les dispositions relatives aux reprises de biens sont également applicables aux *socié-*

<sup>39</sup> Est problématique à cet égard également un arrêt du Tribunal cantonal du Canton d'Argovie, cf. AGVE 1974 p. 49 ss, p. 51, où une acquisition d'immeubles de grande importance financière visant l'expansion des activités d'exploitation fut qualifiée d'opération courante rentrant dans la marche normale de la société.

<sup>40</sup> Reste que les références faites à la doctrine font naître l'apparence – trompeuse – d'une cour qui se sert du critère des opérations courantes rentrant dans la marche normale de la société.

<sup>41</sup> Art. 718a al. 1 CO; cf. p. ex. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 13) § 21 N 5 et § 30 N 92.

<sup>42</sup> De même que – en vertu d'une clause statutaire standard que l'on fait régulièrement figurer dans les statuts – dans le cas de la plupart des sociétés anonymes suisses.

<sup>43</sup> Cf. avant tout PETER FORSTMOSER, *Schweizerisches Aktienrecht* V/1, Zürich 1981 § 10 N 76.

*tés holding*, «[...] obwohl diese (vorab) den Erwerb und das Halten von Beteiligungen bezwecken»<sup>44</sup>.

c) A mon avis, cette vision des choses doit être partagée – du moins pour ce qui est de la *fondation*<sup>45</sup>: Les actes qui remplissent les conditions posées à l'art. 628 al. 2 CO tombent sous le coup des dispositions particulières prévues pour les reprises de biens, même s'ils entrent dans le but social expressément mentionné dans les statuts. Ceci ne vaut pas seulement à titre de règle générale, mais aussi en particulier pour les sociétés holding et les sociétés immobilières.

En effet, déjà une brève comparaison entre la mention dans la disposition statutaire consacrée au but social d'une part et le respect des dispositions particulières relatives aux reprises de biens de l'autre, permet d'illustrer le fait que la mention dans le but formel ne pourra satisfaire aux besoins de protection des actionnaires et du public au même titre que les normes relatives aux reprises de biens:

- Les exigences particulières relatives à la *forme des contrats*<sup>46</sup> ne doivent pas être respectées, un aspect qui, pour la vérité, ne revêt qu'une importance secondaire, étant donné que cette formalité protectrice n'aura aucun impact dans les cas fréquents où la reprise de certains biens n'est qu'envisagée.
- Bien plus important: le *rapport de fondation écrit* fait défaut<sup>47</sup>.
- En outre, il n'y a pas de *vérification* de la part du réviseur, celui-ci devant, entre autres, attester le bien-fondé de l'évaluation des biens à reprendre.
- Enfin, le but formel n'assure qu'une *transparence* rudimentaire, ce qui n'a pas tardé à se manifester dans le cas de l'arrêt critiqué: au lieu d'une disposition statutaire contenant «[...] l'objet de la reprise, le nom de l'aliénateur et la contre-prestation de la société»<sup>48</sup> et dont ces indications sont davantage précisées par les éléments contenus dans le rapport de fondation accessible au public<sup>49</sup>, les intéressés ne trouvent, dans le cas des sociétés en question, qu'une indication précisant que le but social consiste dans l'exploitation des «commerces, en particulier dans le domaine hôtelier et activités y relatives, y compris l'acquisition d'immeubles aux fins d'exploitation hôtelière ou commerciale.»

Des *quatre* formalités protectrices que le législateur a prévu en cas de fondation qualifiée, une seule *est remplie* – bien que de façon rudimentaire – par les indications contenues dans le but formel: on assure, bien que de façon minimale, la transparence. Toutes les autres dispositions spécifiques – et en particulier les acquis de la révision du droit de la société anonyme – demeurent négligées.

d) Ainsi, l'ATF 128 III 178 s. semble, dans son résultat, vouloir écarter les dispositions concernant la fondation qualifiée pour faire place à celles qui règlent le but social formel; cet arrêt doit donc être *rejeté*, non seulement eu égard de l'inter-

<sup>44</sup> ATF 2A.555/1996 consid. 3a.

<sup>45</sup> Pour ce qui est de la situation dans l'hypothèse d'une augmentation du capital-actions, cf. *infra* III.6.

<sup>46</sup> Cf. *supra* note 14.

<sup>47</sup> Art. 635 CO.

<sup>48</sup> Art. 628 al. 2 CO.

<sup>49</sup> Cf. les art. 9 et 78 al. 2 let. a ORC.

prétation grammaticale, mais également en considération des aspects systématiques et téléologiques<sup>50</sup>.

e) Pour autant, il n'y a pas lieu de jeter le bébé avec l'eau du bain: on doit rendre hommage à l'intention du Tribunal fédéral visant à délimiter le champ d'application des règles relatives aux reprises de biens, qui est – en raison de la lettre de l'art. 628 al. 2 CO – trop étendu<sup>51</sup>. Mais la question reste posée de savoir par quels autres biais l'on pourrait y parvenir, tout en respectant les intérêts devant être protégés conformément à la volonté du législateur.

Une première délimitation a déjà été nommée: sont exclus les acquisitions de «peu de valeur» ainsi que – dans un cadre élargi – les opérations courantes faisant partie de la marche normale de la société<sup>52</sup>. Deux autres critères pourraient éventuellement être utiles:

## 5. Pas d'application des dispositions relatives aux reprises de biens en cas de vente aux enchères?

a) L'arrêt critiqué tournait autour de faits particuliers: l'acquisition était envisagée dans le cadre d'une vente aux enchères. Le Tribunal fédéral fait mention de cet aspect, mais n'en tire – nous l'avons déjà constaté – aucune conclusion en droit. Ceci étonne d'autant plus que, à mon sens, le résultat recherché par le Tribunal fédéral aurait pu être atteint par le biais d'une argumentation centrée sur les *particularités de la vente aux enchères*:

b) En premier lieu, il aurait été légitime de se poser la question préalable de savoir *si*, en vertu de la jurisprudence antérieure du Tribunal fédéral, *les normes relatives aux reprises de biens auraient été applicables*:

La reprise de biens dans le cadre d'une procédure de vente aux enchères ne constitue jamais – par définition – une transaction déjà décidée, mais toujours une *opération seulement envisagée*, car il résulte de la nature même de la vente aux enchères qu'avant l'adjudication de la chose, la société ne peut jamais être certaine du fait de la réalisation de la transaction. Or, suivant la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'acquisition envisagée ne constitue une reprise de biens au sens de la loi que si et dans la mesure où *son exécution peut être considérée comme étant relativement sûre*<sup>53</sup>. Il me paraît pour le moins douteux que cette condition soit réalisée dans l'hypothèse d'une vente aux enchères.

<sup>50</sup> Cette conclusion est confortée également par une interprétation historique qui, elle aussi, s'oppose au résultat auquel parvient l'ATF 128 III 178 s. Ainsi, le Message concernant la révision du droit des sociétés anonymes prévoyait: «L'introduction de la vérification de la fondation pour lutter contre la criminalité économique répond à une exigence capitale formulée depuis longtemps» et: «[e]n introduisant la vérification de la fondation dans le cas où elle a lieu par apports en nature, comme dans les autres cas de fondations qualifiées

(cession en nature et privilèges des fondateurs), on entend apporter une contribution essentielle à la lutte contre les fraudes lors de fondations», ceci étant censé «[...] empêcher que le capital ne soit libéré que partiellement ou ne le soit que fictivement, par la cession d'éléments de fortune sans valeur ou surévalués»; cf. Message (note 14) p. 806.

<sup>51</sup> Cf. déjà *supra* II.3.

<sup>52</sup> Cf. à ce propos *supra* III.3.

<sup>53</sup> Cf. ATF 83 II 290; ATF 109 Ib 97.

c) Quoi qu'il en soit, *l'application* des dispositions relatives aux reprises de biens *n'est guère aisée* en cas de vente aux enchères:

Ainsi, il résulte également de la nature de la vente aux enchères que la *valeur de la contre-prestation* de la société (c'est-à-dire du prix d'achat), qui est en quelque sorte au cœur de l'obligation de transparence de l'art. 628 al. 2 CO, *n'est pas connue avant l'adjudication* du bien. Etant donné que le montant de la contre-prestation ne pourra pas, dans ces conditions, figurer dans les statuts, force est de constater que l'on ne pourra donner suite au devoir de transparence que de façon très approximative<sup>54</sup>. Or, si l'indication du prix d'achat fait défaut, le *rapport de fondation* ainsi que *l'attestation de vérification* n'ont plus de raison d'être<sup>55</sup>.

Comme alternative, le *prix d'estimation* du bien repris pourrait faire l'objet de la transparence. Etant donné toutefois que celui-ci peut sensiblement varier par rapport au prix de vente effectif, cette solution ne se prête pas comme solution dans la perspective des finalités des dispositions relatives aux reprises de biens.

Si la société devait rendre public non pas le prix effectif du bien repris, mais le *montant maximal* qu'elle serait prête à payer<sup>56</sup>, ceci réduirait considérablement ses chances de pouvoir reprendre le bien en question à des conditions plus favorables, sans compter que ce faisant, elle pourrait avoir *influencé de manière illicite la procédure des enchères*<sup>57</sup>.

d) Par ailleurs, dans la perspective du but poursuivi par les normes relatives aux reprises de biens, il *n'est pas nécessaire* de respecter les formalités protectrices dans le cas d'une vente aux enchères: le but des dispositions concernant la fondation qualifiée est d'éviter l'affaiblissement ou la discrimination de la société et de ses *stakeholders*, dès le stade de sa fondation. Dans le cas des enchères, il n'y a nul besoin de ce type de protection, étant donné que la transaction – du moins lorsque la procédure ne fait pas objet de manœuvres illicites<sup>58</sup> – se déroule aux conditions du marché. De même, il n'y a pas de danger que les dispositions relatives aux reprises de biens soient éludées.

e) A la lumière d'une interprétation téléologique et systématique, il n'y a donc pas lieu d'appliquer les dispositions relatives à la fondation qualifiée en cas de vente aux enchères.

<sup>54</sup> Cf. sur ce point *supra* II.2.

<sup>55</sup> Cf. *ibid.*

<sup>56</sup> Comme postulé par une partie de la doctrine du moins en cas de vente «ordinaire»; cf. SCHENKER (note 11) Art. 628 N 11.

<sup>57</sup> Art. 230 al. 1 CO; cf. sur ce point *infra* note 58.

<sup>58</sup> Sont prohibés notamment les accords entre enchérisseurs ainsi que, de manière générale, tout comportement ayant altéré de façon illicite ou contraire aux mœurs le résultat des enchères, ou, en d'autres termes, ayant fait obstacle à la concurrence libre et loyale entre enchérisseurs (art. 230 al. 1 CO). Cf. p. ex. RETO TH. RUOSS, *Kommentar zu Art. 230 OR*, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/WOLFGANG WIEGAND (édit.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Obligationenrecht I: Art. 1–529*, 3<sup>e</sup> éd., Bâle/Genève/Munich 2003, N 1 ss; ANTON PESTALOZZI, *Der Steigerungskauf: Kurzkommentar und Zitate zu Art. 229–236 OR*, Zürich 1997, N 598 ss.

## 6. Un champ d'application plus restreint en cas d'augmentation du capital-actions?

a) Le système légal des reprises de biens au *stade de la fondation* – qui a été au centre de l'attention au cours des développements qui précèdent – et celui relatif aux cas d'*augmentation du capital-actions* sont, pour l'essentiel, les mêmes; en effet, pour l'augmentation du capital, la loi renvoie de manière générale aux dispositions concernant la fondation<sup>59</sup>. Une réglementation particulière résulte uniquement du fait que les dispositions relatives au rapport ainsi que celles touchant l'attestation de vérification ont été adaptées afin de tenir compte du fait que, à ce stade, la société existe et est dotée de ses propres organes: tandis que le rapport de fondation est établi par les fondateurs, c'est le conseil d'administration qui est responsable de la rédaction du rapport d'augmentation<sup>60</sup>. Et, pour ce qui est de l'attestation de vérification, celle-ci ne peut pas être produite par un réviseur autorisé quelconque, mais doit être rédigée par l'organe de révision de la société concernée<sup>61</sup>.

b) L'assimilation de la fondation et de l'augmentation de capital ne peut être opérée que *mutatis mutandis*, car les différences sont *patentes*:

«Während im Gründungsverfahren abzugrenzen ist zwischen der Sachübernahme und den «im Namen der zu bildenden Gesellschaft» eingegangenen Verpflichtungen gemäss OR 645 II, ist für das Erhöhungsverfahren zu unterscheiden zwischen den *Sachübernahmen* und den *Geschäften der ordentlichen Betriebsführung*: In diesem Stadium besteht eben eine rechts- und handlungsfähige Gesellschaft, die durch ihre Organe direkt berechtigt und verpflichtet werden kann.»<sup>62</sup>

Pour cette raison, on a pu faire valoir en doctrine qu'en cas d'augmentation du capital-actions, les reprises de biens seraient impossibles<sup>63</sup>. Cette façon de voir doit être rejetée, du moins pour ce qui est du droit en vigueur, tant il est vrai que la reprise de biens est expressément mentionnée dans la loi en relation avec l'augmentation du capital<sup>64</sup>. Même sous le régime du droit de 1936, la jurisprudence considérait la faculté de procéder à des reprises de biens dans le contexte d'une procédure d'augmentation du capital comme allant de soi<sup>65</sup>.

Ceci dit, reste le fait que les *intérêts en présence lors d'une augmentation du capital-actions ne sont pas les mêmes de ceux auxquels on a affaire au moment de la fondation*<sup>66</sup>: nous sommes en présence, cette fois-ci, d'une personne morale dotée d'organes destinés à veiller «fidèlement aux intérêts de la société»<sup>67</sup>; la so-

<sup>59</sup> Art. 652c CO.

<sup>60</sup> Cf. art 635 ch. 1 en relation avec art. 652e ch. 1 CO.

<sup>61</sup> Cf. art. 635a en relation avec art. 652f al. 1 CO.

<sup>62</sup> FORSTMOSER, *Aktienrecht* (note 43) § 15 N 151, avec renvoi à BALASTÈR (note 32) p. 44 ss et HESS (note 32) p. 35.

<sup>63</sup> Ainsi A. WIELAND *in*: RDS 1958 p. 1 ss, p. 157 note 2.

<sup>64</sup> Cf. art. 652e ch. 1, art. 652f al. 2 et art. 652g al. 3 CO.

<sup>65</sup> Cf. p. ex. BJM 1958 p. 31; AGVE 1974 p. 49 ss.

<sup>66</sup> Cf. les approfondissements de BALASTÈR (note 32) p. 44 ss.

<sup>67</sup> Art. 717 al. 2 CO.

ciété, par conséquent, est «weniger schutzbedürftig [...] als ein Gebilde, das das Recht der Persönlichkeit noch nicht erlangt hat.»<sup>68</sup>

Pour cette raison, en cas d'augmentation du capital-actions, les acquisitions qui par *leur nature font figure d'opérations courantes dans le cadre de la marche normale de la société* n'entrent pas, en principe, dans la notion de reprise de biens au sens de la loi. Ceci vaut indépendamment de l'usage qu'on veut ou peut faire de ce critère pour délimiter le champ d'application des normes relatives aux reprises de biens dans le contexte de la fondation<sup>69</sup>. En outre, on s'accorde généralement à reconnaître que la typologie des actes faisant figure d'opérations courantes *ne doit pas être circonscrite de façon par trop étroite*<sup>70</sup>.

c) Ce traitement différencié correspond à la *ratio legis* de l'art. 628 al. 2 CO: cette norme est censée – je l'ai mentionné – protéger la fortune sociale des transactions pouvant lui porter gravement atteinte, d'où l'exigence visant la transparence et celle visant la vérification du bien-fondé des conditions relatives à la réalisation de l'acquisition.

En partant de cela, on retrouve entre l'hypothèse de la fondation d'un côté et celle de l'augmentation du capital-actions de l'autre, des aspects en commun, mais aussi des différences:

- Ce que les deux cas ont en *commun*, c'est qu'une reprise de biens peu avantageuse affaiblit la fortune sociale.
- Une *différence* fondamentale existe pourtant quant aux *acteurs*: dans le premier cas on est en présence de fondateurs auto-proclamés, lesquels – si l'on fait abstraction de l'art. 752 et s. CO – n'ont aucun devoir de fidélité ou de diligence envers la société. Dans l'autre cas, on retrouve un conseil d'administration et une direction qui doivent exercer leurs fonctions exclusivement dans de l'intérêt de la société et qui sont soumis, en cas de violation du devoir de diligence, à un régime de responsabilité sévère.
- Avant la fondation, le cercle des opérations courantes rentrant dans la marche normale de la société ne peut être déterminé – en fonction du *but social* – que de manière approximative. Par contre, l'augmentation du capital-actions se situe dans le contexte d'une société établie dont il est aisé – en vertu d'un examen empirique des *activités exercées jusque-là* – d'identifier les transactions faisant figure d'opérations courantes dans la «marche normale» de la société; ainsi, les actionnaires et les tiers peuvent se faire une idée de la nature de ce type d'acquisitions et en estimer l'importance.
- Pour les transactions réalisées lors d'une augmentation du capital, il est d'autant moins nécessaire qu'en matière de fondation de prévoir des mesures lorsque l'aliénateur est un tiers. Tant en relation avec la réalisation de l'acquisition qu'en vue des conditions contractées avec l'aliénateur, *le mode de financement de l'opération* – que l'on se serve de fonds propres préexistants, que l'on fasse recours à des emprunts auprès de tiers ou encore que l'on se serve de fonds propres nouveaux rassemblés par le biais d'une augmentation

<sup>68</sup> BALASTÈR (note 32) p. 44.

<sup>69</sup> Cf. *supra* III.3.

<sup>70</sup> Pour approfondir cet aspect cf. BALASTÈR (note 32) p. 44.

du capital – *est parfaitement indifférent*. Par ailleurs, étant donné que l'argent est un bien fongible, il n'est guère possible de déterminer la «main» qui effectue les versements.

d) Il résulte de ce qui précède que le respect des dispositions particulières prévues à l'art. 628 CO *ne s'impose pas dans la même mesure* en cas d'augmentation du capital-actions et en matière de fondation. Pour autant qu'une transaction, par sa nature, fait figure d'opération courante rentrant dans la marche normale de la société, l'application du régime relatif aux reprises de biens ne s'impose que lorsqu'elle se situe, par son importance, *au-delà de la limite de ce que l'on pouvait s'attendre*. Cette limite peut être déterminée à partir des transactions réalisées par la société jusque-là.

Concrètement: lorsqu'une acquisition, par sa nature, fait figure d'opération courante rentrant dans la marche normale de la société et qu'elle doit être financée par une augmentation du capital-actions, les formalités protectrices ne doivent être respectées que si et dans la mesure où la transaction *dépasse en importance économique le cadre des acquisitions que la société a pu réaliser jusque-là lors de ses activités ordinaires*.

e) On a pu faire valoir, bien que rarement, tant en doctrine<sup>71</sup> qu'en jurisprudence<sup>72</sup> un autre critère de délimitation, selon lequel il n'y aurait reprise de biens au sens de la loi que si l'augmentation du capital-actions est envisagée en vue de la réalisation de la transaction en question<sup>73</sup>. Par conséquent, les formalités protectrices ne devraient pas être respectées dans les cas où la société augmente son capital uniquement dans le but d'«améliorer le bilan» en vue de corriger le rapport entre les fonds propres et les dettes<sup>74</sup>.

Ce critère ne me paraît guère utile en vue de délimiter le champ d'application de l'art. 628 al. 2 CO:

- S'il s'agit simplement de se procurer davantage de fonds propres, sans qu'une transaction spécifique soit envisagée, les normes relatives aux reprises de biens ne sont de toute façon pas applicables, faute de bien faisant l'objet d'une reprise au sens de l'art. 628 al. 2 CO.
- Si une certaine transaction est envisagée par la société et si l'on décide dans ce contexte d'augmenter le capital social, on ne pourra pas faire valoir que ces nouveaux moyens auront servi à améliorer la structure du bilan tandis que l'acquisition en question aura été financée par d'autres voies.

<sup>71</sup> HESS (note 32) p. 35; SIEGWART (note 11) art. 650 N 32.

<sup>72</sup> AGVE 1974 p. 49 ss, p. 50 s.

<sup>73</sup> HESS (note 32).

<sup>74</sup> AGVE, *ibid.*

## IV. Conclusion

En guise de conclusion il reste à noter:

- *Est laudanda voluntas*: On doit se réjouir du fait que le Tribunal fédéral veuille mettre fin à une extension inopportune du champ d'application des dispositions relatives aux reprises de biens. La lettre de l'art. 628 al. 2 CO dépasse clairement l'intention du législateur<sup>75</sup>, et l'intention du législateur va à son tour trop loin – du fait qu'il considère la question d'une manière trop peu différenciée<sup>76</sup>.
- Par contre, le *critère* de délimitation proposé par le Tribunal fédéral dans l'ATF 128 III 178 s. doit être *rejeté*. Dans les développements qui précèdent, j'ai tenté d'en développer d'autres, peut-être plus appropriés.

<sup>75</sup> Par le fait qu'elle vise *toute* acquisition envisagée et qu'elle n'opère aucune délimitation, ni par le critère du «peu de valeur» ni par celui de «l'opération courante rentrant dans la marche normale», cf. *supra* II.3.

<sup>76</sup> *Tous* les actes juridiques sont visés, et non pas seulement ceux avec les (futurs) actionnaires ainsi qu'avec les personnes proches des actionnaires.