

Bord Mélanie

**Analyse juridique des formes de
propriété et de propriétaires
collectifs en Suisse**

Working paper de l'IDHEAP 10/2006
Chaire Politiques publiques et durabilité



Institut de hautes études en administration publique
Swiss Graduate School of Public Administration
Institut universitaire autonome

L'Université pour le service public

Analyse juridique des formes de propriété et de propriétaires collectifs en Suisse

MélanieBord

Chaire Politiques publiques et durabilité

Working paper de l'IDHEAP no 10/2006
novembre 2006

Ce document se trouve sur notre site Internet: <http://www.idheap.ch/>

© 2006 IDHEAP, Chavannes-près-Renens

Dans le cadre du projet "Propriété foncière et aménagement durable du territoire. Les stratégies politiques et foncières des grands propriétaires fonciers collectifs en Suisse et leurs effets sur la durabilité des usages du sol", dirigé par les Professeurs Peter Knoepfel et Stéphane Nahrath et financé par le Fonds National Suisse (FNS, division I), l'ARE, l'OFS, Armasuisse ainsi que Pro Natura, une analyse juridique des différentes formes de propriété et de propriétaires collectifs en Suisse a été réalisée. La présente expertise donne une description détaillée des formes d'organisation juridique des grands propriétaires fonciers collectifs en Suisse sur la base de l'analyse du Code civil, du Code des obligations, de la doctrine ainsi que de la jurisprudence. L'objectif de ce *screening* juridique est de répondre à la question suivante, s'agissant de l'organisation interne des différents types juridiques de grands propriétaires fonciers collectifs: "qui avec l'approbation de qui d'autre, selon quelles règles de procédure ou décisionnelles, éventuellement à approuver par quelle instance étatique, est habilité à prendre des décisions relatives à la gestion du patrimoine foncier et à la définition des différentes règles (p. ex. comptables) relatives au traitement de la valeur foncière des biens-fonds se trouvant dans les mains dudit propriétaire foncier collectif?".

TABLE DES MATIERES

TABLE DES ABREVIATIONS.....	IX
I. INTRODUCTION.....	1
II. LES NOTIONS.....	3
2.1. NECESSITE DE DEFINIR DES NOTIONS GENERALES DE DROIT REEL* (DINGLICHE RECHTE).....	3
2.2. LA PROPRIETE FONCIERE (DAS GRUNDEIGENTUM).....	3
2.3. LES DROITS RÉELS LIMITÉS (DIE BESCHRÄNKTEN DINGLICHEN RECHTE).....	4
2.3.1. Généralités.....	4
2.3.2. Les servitudes foncières (die Grunddienstbarkeiten).....	5
2.3.2.1. L'usufruit (die Nutzniessung).....	5
2.3.2.2. Le droit d'habitation (das Wohnrecht).....	6
2.3.2.3. Le droit de superficie (das Baurecht).....	6
2.3.3. Les charges foncières (die Grundlasten).....	7
2.3.4. Les droits de gage immobiliers (die Grundpfände).....	7
2.4. LES DROITS PERSONNELS (DIE PERSÖNLICHE RECHTE).....	8
2.4.1. Généralités.....	8
2.4.2. Les droits de préemption, d'emption et de réméré (das Vorkaufsrecht, das Kaufsrecht und das Rückkaufsrecht).....	8
2.4.3. Le contrat de bail à loyer (die Miete).....	9
2.4.4. Le contrat de bail à ferme (die Pacht).....	9
III. LA COPROPRIETE ORDINAIRE (ART. 646SS CC), LA PROPRIETE PAR ETAGES (PPE ; ART. 712A SS CC) ET LA PROPRIETE COMMUNE (ART. 652SS CC).....	11
3.1. INTRODUCTION.....	11
3.2. DEFINITIONS.....	12
3.2.1. La copropriété ordinaire (das Miteigentum).....	12
3.2.2. La propriété par étages (PPE ; das Stockwerkeigentum).....	12
3.2.3. La propriété commune (das Gesamteigentum).....	13
3.3. COPROPRIETE (ART. 646SS CC).....	13
3.3.1. L'objet de la copropriété.....	13
3.3.2. La structure de la copropriété.....	14
3.3.2.1. La copropriété ordinaire.....	14
3.3.2.2. La part de copropriété* (der Anteil).....	14
3.3.2.3. La quote-part (die Wertquote).....	14
3.3.3. La gestion de la copropriété.....	14
3.3.3.1. Les généralités.....	14
3.3.3.2. Les actes d'administration courante (art. 647a CC).....	16
3.3.3.3. Les actes d'administration plus importants (art. 647b CC).....	16
3.3.3.4. Les travaux de construction (art. 647c à 647e CC).....	17
3.3.3.5. Les actes de disposition (art. 648 CC).....	19
3.3.3.5.1. Généralités et aliénation.....	19
3.3.3.5.2. La constitution de droits réels limités.....	19
3.3.3.5.3. La constitution de gages immobiliers (art. 648 al. 3 CC).....	19
3.3.3.5.4. Le changement dans la destination de la chose.....	20
3.3.4. La gestion d'une part de copropriété.....	20
3.3.4.1. Les généralités.....	20
3.3.4.2. Les restrictions légales à la liberté d'aliéner.....	21
3.3.4.3. La constitution de droits réels limités.....	21
3.3.4.4. La constitution de gages immobiliers (art. 648 al. 3 CC).....	22
3.3.4.5. Les droits personnels.....	22
3.4. PROPRIETE PAR ETAGES (PPE ; ART. 712A SS CC).....	22
3.4.1. L'objet de la PPE.....	22
3.4.2. La structure de la PPE.....	23
3.4.2.1. La part d'étage*.....	23
3.4.2.2. L'unité d'étage.....	23
3.4.2.3. La quote-part*.....	24

Table des matières

3.4.2.4. Les parties communes.....	24
3.4.3. La gestion de la PPE.....	24
3.4.3.1. Les généralités.....	24
3.4.3.2. Les actes de disposition.....	25
3.4.3.3. La constitution de droits réels limités.....	25
3.4.3.4. La constitution d'un droit de superficie.....	26
3.4.3.5. La constitution de gages immobiliers.....	26
3.4.3.6. Les droits personnels.....	27
3.4.3.7. Arrêt valaisan : droit d'usage particulier et servitude.....	27
3.4.4. La gestion d'une part d'étage.....	29
3.4.4.1. Les généralités.....	29
3.4.4.2. La constitution de droits réels limités.....	29
3.4.4.3. L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs.....	30
3.4.4.4. Les droits personnels.....	32
3.4.4.5. Exemple de cession de droits exclusifs et de droit de stationnement à usage particulier dans le cadre d'une PPE.....	33
3.4.4.6. Vente d'une part d'étage.....	36
3.5. PROPRIETE COMMUNE (ART. 652SS CC).....	36
3.5.1. La structure de la propriété commune.....	36
3.5.2. L'objet de la propriété commune.....	36
3.5.3. La gestion de la propriété commune.....	37
3.5.4. La gestion d'une quote – part ?.....	37
3.5.5. Les règles spécifiques à l'hoirie (die Erbengemeinschaft).....	37
3.5.5.1. Les généralités.....	37
3.5.5.2. Les actes de disposition.....	38
3.5.5.3. Cas pratique.....	38
IV. LES PERSONNES MORALES (DIE JURISTISCHE PERSON).....	39
4.1. LA DEFINITION DE LA PERSONNE MORALE.....	39
4.2. LA CLASSIFICATION DES PERSONNES MORALES.....	39
4.3. LA REGLEMENTATION GENERALE DES PERSONNES MORALES.....	40
4.3.1. La personnalité juridique des personnes morales (art. 52 CC).....	40
4.3.2. La jouissance des droits civils d'une personne morale (die Rechtsfähigkeit, art. 53 CC).....	41
4.3.3. L'exercice des droits civils d'une personne morale (die Handlungsfähigkeit, art. 54 CC).....	42
4.3.4. Dévolution des biens d'une personne morale à la corporation publique (art. 57 CC).....	42
4.3.5. Les personnes morales régies par le Code civil.....	43
V. PERSONNES MORALES DU CODE CIVIL: LES ASSOCIATIONS (DIE VEREINE ; ART. 60SS CC).....	45
5.1. DÉFINITION DE L'ASSOCIATION.....	45
5.2. LEGISLATION RELATIVE A L'ASSOCIATION.....	46
5.3. CONSTITUTION ET PERSONNALITE JURIDIQUE DE L'ASSOCIATION.....	46
5.4. ORGANISATION DE L'ASSOCIATION.....	46
5.4.1 L'assemblée générale* de l'association (AG ; die Mitgliederversammlung).....	46
5.4.1.1. Définition et convocation.....	46
5.4.1.2. Compétences.....	47
5.4.1.3. Décisions de l'assemblée générale.....	48
5.4.2. La direction de l'association (der Vorstand).....	49
5.4.2.1. Importance de la direction et membres de cet organe.....	49
5.4.2.2. Compétences.....	50
5.4.2.3. Décisions.....	50
5.4.2.4. Responsabilité.....	50
5.4.3. Autres organes de l'association.....	51
5.5. LES ASSOCIES D'UNE ASSOCIATION.....	51
5.5.1. Qualité d'associé.....	51
5.5.2. Droits et obligations des associés.....	52
5.5.2.1. Droits.....	52
5.5.2.2. Obligations.....	52
5.6. FIN DE L'ASSOCIATION.....	52

VI. PERSONNES MORALES DU CODE CIVIL: LES FONDATIONS (<i>DIE STIFTUNGEN</i> ; ART. 80SS CC).	55
6.1. INTRODUCTION.....	55
6.2. DEFINITION DE LA FONDATION.....	55
6.2.1. <i>Eléments de définition.</i>	55
6.2.2. <i>Types de fondations.</i>	56
6.3. CONSTITUTION DE LA FONDATION.....	57
6.3.1. <i>Les motifs.</i>	57
6.3.2. <i>Les conditions.</i>	57
6.3.3. <i>Constitution d'une fondation par une personne morale.</i>	58
6.4. ORGANISATION ET SURVEILLANCE D'UNE FONDATION.....	59
6.4.1. <i>Organisation.</i>	59
6.4.1.1. <i>Le conseil de fondation*</i>	59
6.4.1.2. <i>L'organe de révision.</i>	60
6.4.1.3. <i>La responsabilité civile.</i>	60
6.4.2. <i>Surveillance.</i>	61
6.5. LES FONDATIONS A CARACTERE SPECIAL (VERSUS LES FONDATIONS ORDINAIRES).....	63
6.5.1. <i>Les fondations de famille.</i>	63
6.5.2. <i>Les fondations ecclésiastiques.</i>	63
6.5.3. <i>Les fondations de prévoyance en faveur du personnel.</i>	64
6.5.4. <i>Les fondations d'entreprise (die Unternehmenstiftungen).</i>	64
6.5.4.1. <i>La controverse doctrinale.</i>	64
6.5.4.2. <i>La jurisprudence.</i>	65
6.5.4.3. <i>Comparaison avec la société anonyme (SA).</i>	66
6.6. MODIFICATION ET DISSOLUTION D'UNE FONDATION.....	68
6.6.1. <i>Modification.</i>	68
6.6.2. <i>Dissolution.</i>	68
6.7. CONCLUSION.....	69
VII. LES SOCIETES COMMERCIALES : INTRODUCTION ET NOTIONS COMMUNES	71
7.1. GENERALITES.....	71
7.1.1. <i>Définition de la société (die Gesellschaft).</i>	71
7.1.2. <i>Eléments de définition.</i>	71
7.1.2.1. <i>Nature contractuelle.</i>	71
7.1.2.2. <i>Groupement de personnes.</i>	71
7.1.2.3. <i>But social.</i>	72
7.1.2.4. <i>Collaboration.</i>	73
7.1.3. <i>Comparaison entre les sociétés commerciales et d'autres groupements de personnes.</i>	73
7.2. PERSONNALITE JURIDIQUE DES SOCIETES COMMERCIALES.....	73
7.3. REGISTRE DU COMMERCE (RC).....	74
7.4. ORGANISATION SPATIALE DES SOCIETES COMMERCIALES : ETABLISSEMENTS SECONDAIRES, FILIALES ET SUCCURSALES.....	76
7.5. REPRESENTANTS COMMERCIAUX DES SOCIETES COMMERCIALES.....	77
7.6. CLASSIFICATION DES SOCIETES.....	78
7.7. DEBUT, VIE ET FIN D'UNE SOCIETE.....	80
VIII. LA SOCIETE SIMPLE (<i>DIE EINFACHE GESELLSCHAFT</i>, ART. 530SS CO), LA SOCIETE EN NOM COLLECTIF (SNC ; <i>DIE KOLLEKTIVGESELLSCHAFT</i> ; ART. 552SS CO) ET LA SOCIETE EN COMMANDITE (SC ; <i>DIE KOMMANDITGESELLSCHAFT</i>, ART. 594SS CO).	81
8.1. INTRODUCTION.....	81
8.2. SOCIÉTÉ SIMPLE (<i>DIE EINFACHE GESELLSCHAFT</i> ; ART. 530SS CO).....	81
8.2.1. <i>Généralités.</i>	81
8.2.1.1. <i>Définition de la société simple.</i>	81
8.2.1.2. <i>Eléments essentiels.</i>	82
8.2.1.3. <i>Désignation de la société simple.</i>	83
8.2.2. <i>Constitution et personnalité juridique de la société simple.</i>	83
8.2.3. <i>Rapports internes dans une société simple.</i>	84
8.2.3.1. <i>Définition.</i>	84
8.2.3.2. <i>Les obligations des associés.</i>	84
8.2.3.3. <i>Les droits des associés.</i>	85

8.2.3.4. La gestion.....	86
8.2.4. Rapports externes dans une société simple.....	87
8.2.4.1. La représentation (art. 543 CO).....	87
8.2.4.2. La responsabilité des associés (art. 544 CO).....	88
8.2.4.3. Capacité d'ester en justice et de poursuivre.....	88
8.2.5. Fin de la société simple.....	88
8.2.5.1. Dissolution.....	88
8.2.5.2. Liquidation.....	89
8.2.6. La société simple et les autres structures juridiques.....	90
8.2.6.1. Choisir la société simple.....	90
8.2.6.2. Comparaison avec d'autres entités juridiques.....	90
8.2.7. Vue d'ensemble.....	92
8.2.8. Exemple de contrat de société simple.....	93
8.3. SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF (SNC ; DIE KOLLEKTIVGESELLSCHAFT ; ART. 552SS CO).....	94
8.3.1. Définition de la SNC.....	94
8.3.2. Constitution et personnalité juridique de la SNC.....	94
8.3.3. Rapports internes dans une SNC.....	94
8.3.3.1. Introduction.....	94
8.3.3.2. Obligations des associés.....	95
8.3.3.3. Droits des associés.....	95
8.3.3.4. Gestion.....	96
8.3.4. Rapports externes dans une SNC.....	96
8.3.4.1. Introduction.....	96
8.3.4.2. La représentation (art. 563ss CO).....	96
8.3.4.3. La responsabilité (art. 568ss CO).....	97
8.3.5. Fin d'une SNC.....	98
8.3.5.1. Dissolution.....	98
8.3.5.2. Liquidation.....	98
8.3.6. La SNC et les autres structure juridiques.....	98
8.3.6.1. Choisir la SNC.....	98
8.3.6.2. La SNC et la société simple.....	99
8.3.6.3. La SNC et la société en commandite (SC).....	99
8.3.7. Vue d'ensemble.....	100
8.3.8. Exemple de contrat de SNC.....	101
8.4. SOCIÉTÉ EN COMMANDITE (SC ; DIE KOMMANDITGESELLSCHAFT ; ART. 594SS CO).....	104
8.4.1. Généralités.....	104
8.4.1.1. Définition de la SC.....	104
8.4.1.2. Avantages.....	104
8.4.1.3. Comparaison avec d'autres entités juridiques.....	105
8.4.2. Vue d'ensemble.....	105
8.4.3. Exemple de contrat de SC.....	107
IX. LA SOCIÉTÉ ANONYME (SA ; DIE AKTIENGESELLSCHAFT ; ART. 620SS CO), LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE PAR ACTIONS PRO MEMORIA (SCA ; DIE KOMMANDITAKTIENGESELLSCHAFT ; ART. 764SS CO) ET APERÇU DE LA SOCIÉTÉ A RESPONSABILITÉ LIMITE (SARL ; DIE GESELLSCHAFT MIT BESCHRÄNKTER HAFTUNG ; ART. 772SS CO).....	111
9.1. GENERALITES SUR LA SA.....	111
9.1.1. Statistiques.....	111
9.1.2. Définition de la SA.....	111
9.1.2.1. Groupement de personnes.....	111
9.1.2.2. Personne morale.....	112
9.1.2.3. Organes.....	112
9.1.2.4. Société de capitaux.....	112
9.1.2.5. Responsabilité pour les dettes sociales.....	112
9.1.2.6. Qualité d'actionnaire.....	112
9.1.2.7. But, raison sociale et siège.....	112
9.1.3. Avantages et inconvénients d'une SA.....	113
9.2. FONDATION DE LA SA.....	114
9.3. LES STATUTS D'UNE SA.....	114

Table des matières

9.3.1. Généralités.....	114
9.3.2. Contenu.....	115
9.3.3. Modification.....	115
9.4. LE CAPITAL–ACTIONS ET LES ACTIONS DANS UNE SA.....	116
9.4.1. Notions.....	116
9.4.2. Le capital–actions.....	116
9.4.3. L'action.....	117
9.4.4. Les bons de participation et le capital–participations*.....	117
9.5. LES RESERVES* DANS UNE SA.....	118
9.5.1. Généralités.....	118
9.5.2. Les réserves légales.....	118
9.5.3. Les réserves statutaires.....	119
9.5.4. Les réserves extraordinaires.....	119
9.5.5. Les réserves latentes.....	120
9.6. L'ORGANISATION D'UNE SA.....	121
9.6.1. Les organes.....	121
9.6.2. Les compétences des organes.....	122
9.7. L'ASSEMBLEE GENERALE DES ACTIONNAIRES DANS UNE SA (AG).....	122
9.7.1. Notion.....	122
9.7.2. Convocation de l'AG.....	123
9.7.3. Déroulement de l'AG.....	124
9.7.4. Compétences de l'AG.....	124
9.7.5. Décisions de l'AG.....	125
9.7.5.1. Le principe.....	125
9.7.5.2. Le quorum de présence.....	126
9.7.5.3. La majorité simple.....	126
9.7.5.4. La majorité absolue.....	126
9.7.5.5. Les majorités plus importantes.....	126
9.7.5.6. Cas pratique sur les majorités.....	127
9.7.5.6. Les règles particulières.....	127
9.7.5.7. La représentation.....	128
9.7.6. Annulabilité et nullité des décisions de l'AG.....	128
9.7.6.1. Généralités.....	128
9.7.6.2. Procédure d'annulation*.....	129
9.7.6.3. Procédure de constatation de nullité.....	129
9.8. LE CONSEIL D'ADMINISTRATION DANS UNE SA (CA).....	129
9.8.1. Généralités.....	129
9.8.2. Élection du CA.....	130
9.8.2.1. Généralités.....	130
9.8.2.2. Conditions d'éligibilité.....	130
9.8.3. Compétences.....	131
9.8.3.1. Généralités.....	131
9.8.3.2. La gestion.....	131
9.8.3.3. La représentation.....	133
9.8.3.4. Les décisions.....	133
9.8.4. Organisation.....	134
9.8.5. Devoirs et droits des administrateurs.....	135
9.8.6. Durée et perte de la qualité d'administrateur.....	136
9.9. L'ORGANE DE REVISION DANS UNE SA (OR).....	136
9.9.1. Généralités.....	136
9.9.2. Conditions d'éligibilité.....	137
9.9.3. Durée et fin de la fonction.....	138
9.9.4. Compétences de l'OR.....	138
9.9.4.1. Vérification des comptes.....	138
9.9.4.2. Les rapports.....	139
9.10. FIN DE LA SA.....	139
9.10.1. Dissolution.....	139
9.10.2. Liquidation.....	140
9.11. LA REVISION DU DROIT DE LA SA.....	140
9.12. VUE D'ENSEMBLE.....	141

9.13. EXEMPLE DE STATUTS D'UNE SA.	143
9.14. LA SOCIÉTÉ HOLDING (PRO MEMORIA ; HOLDINGGESELLSCHAFT)	147
9.15. LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE PAR ACTIONS (PRO MEMORIA ; SCA ; DIE KOMMANDITAKTIENGESELLSCHAFT ; ART. 764SS CO).	148
9.16. LA SOCIÉTÉ A RESPONSABILITÉ LIMITÉE (SARL ; DIE GESELLSCHAFT MIT BESCHRÄNKTER HAFTUNG ; ART. 772SS CO).	148
9.16.1. Révision du droit de la SARL.	148
9.16.2. Vue d'ensemble.	148
9.16.3. Exemple de statuts de SARL.	150
X. LA COOPERATIVE (COOP. ; DIE GENOSSENSCHAFT ; ART. 828SS CO).....	155
10.1. GENERALITES.	155
10.1.1. Définition de la Coop.	155
10.1.2. Eléments essentiels.	155
10.1.2.1. Le sociétariat.	155
10.1.2.2. Les apports.	157
10.1.2.3. Le but.	157
10.1.2.4. La raison sociale (die Firma).	158
10.1.2.5. Le siège.	158
10.1.2.6. Les statuts.	158
10.1.2.7. Le capital et les parts sociales.	159
10.2. CONSTITUTION ET PERSONNALITÉ JURIDIQUE DE LA COOP.	160
10.3. ORGANISATION DE LA COOP.	161
10.3.1. Généralités.	161
10.3.2. Assemblée générale dans une Coop. (AG).	161
10.3.2.1. Généralités, convocation et ordre du jour.	161
10.3.2.2. Déroulement de l'AG.	162
10.3.2.3. Compétences de l'AG.	163
10.3.2.4. Droit d'attaquer les décisions de l'AG.	164
10.3.3. Administration dans une Coop.	164
10.3.3.1. Généralités et membres.	164
10.3.3.2. Décisions de l'administration.	165
10.3.3.3. Compétences de l'administration.	165
10.3.3.4. Est-il possible d'annuler une décision de l'administration ?	166
10.3.4. Organe de contrôle dans une Coop.	166
10.3.5. Organes facultatifs dans une Coop.	168
10.4. RAPPORTS INTERNES DANS UNE COOP.	168
10.4.1. Généralités.	168
10.4.2. Obligations des associés.	168
10.4.2.1. L'obligation légale.	168
10.4.2.2. Les obligations statutaires.	168
10.4.3. Droits des associés.	170
10.4.3.1. Les droits sociaux.	170
10.4.3.2. Les droits patrimoniaux.	171
10.4.4. Gestion d'une Coop.	172
10.5. RAPPORTS EXTERNES DANS UNE COOP.	173
10.5.1. Représentation.	173
10.5.2. Responsabilité.	174
10.5.2.1. Responsabilité des associés.	174
10.5.2.2. Autres responsabilités.	174
10.5.3. Capacité d'ester en justice et de poursuivre.	174
10.6. FIN DE LA COOP.	174
10.6.1. Dissolution.	174
10.6.2. Liquidation.	175
10.7. LES COOP. ET LES CORPORATIONS DE DROIT PUBLIC.	176
10.7.1. La reprise d'une Coop. par une corporation de droit public.	176
10.7.2. La participation d'une corporation de droit public à une Coop.	176
10.7.3. Les coopératives de droit public (pro memoria).	176
10.8. LES FÉDÉRATIONS DE COOPERATIVES.	176
10.9. EXEMPLE DE STATUTS DE COOPERATIVE.	177

XI.	FONDS DE PLACEMENT.....	185
11.1	LEGISLATION SUR LES FONDS DE PLACEMENT ET REVISION.....	185
11.2	DEFINITION DU FONDS DE PLACEMENT.....	185
11.3	TYPES DE FONDS DE PLACEMENT.....	186
11.4	LES FONDS DE PLACEMENT.....	187
11.4.1	<i>Champ d'application de la loi fédérale sur les fonds de placement (LFP).....</i>	<i>187</i>
11.4.2	<i>Le contrat de placement collectif.....</i>	<i>187</i>
11.4.3	<i>Organes et acteurs au sein d'un fonds de placement.....</i>	<i>188</i>
11.4.3.1	<i>La direction du fonds de placement.....</i>	<i>188</i>
11.4.3.2	<i>La banque dépositaire.....</i>	<i>189</i>
11.4.3.3	<i>Les distributeurs.....</i>	<i>189</i>
11.4.3.4	<i>Les investisseurs.....</i>	<i>190</i>
11.4.3.5	<i>L'autorité de surveillance.....</i>	<i>190</i>
11.4.4	<i>Fiscalité.....</i>	<i>190</i>
11.4.5	<i>Dissolution d'un fonds de placement.....</i>	<i>191</i>
11.4.6	<i>Cas particulier : les fonds de placement immobilier.....</i>	<i>191</i>
11.4.6.1	<i>Généralités.....</i>	<i>191</i>
11.4.6.2	<i>Constitution et fonctionnement.....</i>	<i>191</i>
11.4.6.3	<i>Placements directs, placements indirects et alternatives.....</i>	<i>192</i>
XII.	LES REGLES COMPTABLES.....	195
12.1	INTRODUCTION.....	195
12.2	SYSTEMES DE NORMES COMPTABLES.....	195
12.2.1	<i>Généralités.....</i>	<i>195</i>
12.2.2	<i>Règles comptables du Code des obligations (CO).....</i>	<i>195</i>
12.2.3	<i>Recommandations relatives à la présentation des comptes (normes RPC).....</i>	<i>196</i>
12.2.4	<i>International Accounting Standards (normes IAS / IFRS).....</i>	<i>197</i>
12.2.5	<i>International Public Sector Accounting Standards (normes IPSAS).....</i>	<i>197</i>
12.3	QUEL SYSTEME COMPTABLE POUR QUEL TYPE DE SOCIETE ?.....	197
12.4	IMMOBILISATIONS CORPORELLES (SACHGÜTER).....	198
12.4.1	<i>Les généralités.....</i>	<i>198</i>
12.4.2	<i>Immobilisations corporelles selon le CO.....</i>	<i>198</i>
12.4.3	<i>Immobilisations corporelles selon les normes RPC.....</i>	<i>199</i>
12.4.4	<i>Immobilisations corporelles selon les normes IAS / IFRS.....</i>	<i>200</i>
12.4.5	<i>Immobilisations corporelles selon les normes IPSAS.....</i>	<i>201</i>
12.5	EXEMPLES CHIFFRES.....	202
12.6	CONCLUSION.....	203
XIII.	FISCALITE.....	205
13.1	INTRODUCTION.....	205
13.2	PERSONNES MORALES ASSUJETTIES.....	205
13.3	IMPOT SUR LE BENEFICE.....	205
13.4	LA FISCALITE DES ASSOCIATIONS ET DES FONDATIONS.....	206
13.5	TAUX DE L'IMPOT SUR LE BENEFICE.....	207
13.6	IMPOT SUR LE CAPITAL.....	207
13.7	IMPOSITIONS DES PERSONNES MORALES EN CHIFFRE (PERIODE FISCALE 2001).....	207
XIV.	LOI FEDERALE SUR LA FUSION, LA SCISSION, LA TRANSFORMATION ET LE TRANSFERT DE PATRIMOINE (LFUS).....	211
14.1	INTRODUCTION.....	211
14.2	FUSION DES SOCIÉTÉS (FUSION VON GESELLSCHAFTEN).....	211
14.3	SCISSION DE SOCIÉTÉS (SPALTUNG VON GESELLSCHAFTEN).....	213
14.4	TRANSFORMATION DE SOCIÉTÉS (UMWANDLUNG VON GESELLSCHAFTEN).....	214
14.5	TRANSFERT DE PATRIMOINE (VERMÖGENSÜBERTRAGUNG).....	215
14.6	QUESTIONS PARTICULIERES.....	215
XV.	LE DROIT ANGLAIS : LE TRUST.....	217
15.1	INTRODUCTION ET HISTORIQUE DU TRUST.....	217
15.2	DEFINITION DU TRUST.....	217
15.3	GESTION DU PATRIMOINE EN « TRUST » ET DROITS DE DISPOSITION.....	219

Table des matières

15.4. USAGES LES PLUS FREQUENTS ET BRITISH NATIONAL TRUST.	220
15.5. COMPARAISON ENTRE LE TRUST ET DES NOTIONS JURIDIQUES SUISES.	221
15.6. RECONNAISSANCE DU TRUST VOIRE INTRODUCTION DE CETTE INSTITUTION EN DROIT SUISSE (?).....	222
XVI. BIBLIOGRAPHIE.	225
XVII. ANNEXES	229
16.1. GLOSSAIRE.	229
16.2. AUTRES ANNEXES.	241
<i>Annexe 1 : extrait du registre foncier recto / verso (version manuelle).</i>	<i>241</i>
<i>Annexe 2 : extrait du registre foncier (version informatique).</i>	<i>243</i>
<i>Annexe 3 : sphère propre et sphère commune de chaque copropriétaire (d'étage).</i>	<i>245</i>
<i>Annexe 4 : les droits du copropriétaire (d'étage) sur sa part.</i>	<i>246</i>
<i>Annexe 5 : les personnes morales.</i>	<i>247</i>
<i>Annexe 6 : les autorités cantonales de surveillance des fondations.</i>	<i>248</i>
<i>Annexe 7 : classification des sociétés selon leur statut juridique et le rôle que joue la personnalité de leurs membres.</i>	<i>250</i>
<i>Annexe 8 : distinction des sociétés selon le critère de la personnalité juridique.</i>	<i>251</i>
<i>Annexe 9 : classification des sociétés selon leur but et les moyens utilisés.</i>	<i>252</i>
<i>Annexe 10 : distinction entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux.</i>	<i>253</i>

TABLE DES ABRÉVIATIONS

al.	alinéa(s)
All. E. R. (Rep.)	<i>The All England Law Reports, (Reprint)</i>
art.	article(s)
ATF	Journal officiel des arrêts du Tribunal fédéral
CC ou CCS	Code civil suisse, 1907
ch.	chiffre(s)
cf.	<i>confere</i>
CO	Code des obligations suisse, 1911
consid.	considérant(s)
Coop	coopérative
ECS	Expert-comptable suisse
édit.	éditeur(s)
FF	Feuille fédérale
FJS	Fiche juridique suisse
FOSC	Feuille officielle suisse du commerce
fr.	francs
HEC	Haute école commerciale, (Université)
IAS	<i>International Accounting Standards</i> , dernière mise à jour fin juin 2004
<i>i.f.</i>	<i>in fine</i>
IFRS	<i>International Financial Reporting Standards</i> , dernière mise à jour fin juin 2004
<i>i.i.</i>	<i>in initio</i>
IPSAS	<i>International Public Sector Accounting Standards</i>
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des tribunaux
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé, 1987
LFAIE	Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, 1983
LFors	Loi fédérale sur les fors, 2000
LFP	Loi fédérale sur les fonds de placement, 1994
LFus	Loi sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, 2003
LHID	Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes, 1990
LIFD	Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, 1987
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, 1989.
LPP	Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, 1982
n°	numéro(s)
OFF	Ordonnance du Conseil fédéral sur les fonds de placement, 1994
OFF-CFB	Ordonnance de la commission fédérale des banques sur les fonds de placement, 2001
OPP2	Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, 1984
ORC	Ordonnance sur le registre du commerce, 1937
p.	page
p. ex.	par exemple

Table des abréviations

PJA	Pratique juridique actuelle
P-LPCC	Projet de loi sur les placements collectifs de capitaux, 2004
pp.	pages
PPE	propriété par étages
RC	Registre du commerce
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de Droit International, La Haye
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RNRF	Revue suisse du notariat et du registre foncier
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RPC	Recommandations relatives à la présentation des comptes, 2005
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSV	Recueil systématique vaudois
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
s.	suivante
SA	société anonyme
SÀRL	société à responsabilité limitée
SC	société en commandite
SJ	Semaine judiciaire
SNC	société en nom collectif
spéc.	spécialement
ss	suivantes
TF	Tribunal fédéral
USGaap	<i>United States Generally Accepted Accounting Procedure</i>
v.	<i>versus</i>

I. INTRODUCTION¹

La chaire politiques publiques et durabilité de l'Institut de hautes études en administration publique (IDHEAP) a mis sur pied le projet « Propriété foncière* et aménagement durable du territoire. Les stratégies politiques et foncières des grands propriétaires fonciers collectifs en Suisse et leurs effets sur la durabilité des usages du sol ». Ce projet est dirigé par les Professeurs Peter Knoepfel et Stéphane Nahrath². Il est financé par le Fonds National Suisse (FNS, division I), l'ARE, l'OFS, Armasuisse ainsi que Pro Natura.

L'étude des grands propriétaires fonciers nécessite des connaissances juridiques précises principalement en droits réels et en droit commercial, c'est pourquoi nous avons effectué une expertise juridique. Nous avons eu un peu plus de six mois pour les recherches et la rédaction. Cette expertise est destinée à être un outil de travail ainsi qu'une référence pour des non-juristes.

Ce document donne une description détaillée des formes d'organisation juridique des grands propriétaires fonciers collectifs en Suisse sur la base de l'analyse du Code civil, du Code des obligations, de la doctrine ainsi que de la jurisprudence. L'objectif de ce *screening* juridique est de répondre à la question suivante, s'agissant de l'organisation interne des différents types juridiques de grands propriétaires fonciers collectifs : « qui avec l'approbation de qui d'autre, selon quelles règles de procédure ou décisionnelles, éventuellement à approuver par quelle instance étatique, est habilité à prendre des décisions relatives à la gestion du patrimoine foncier et à la définition des différentes règles (p. ex. comptables) relatives au traitement de la valeur foncière des biens-fonds se trouvant dans les mains dudit propriétaire foncier collectif ? »

Par « grand propriétaire foncier collectif » nous entendons ici notamment, les banques, les assurances, les fonds et fondations de placements, les caisses de pension, les sociétés immobilières, la Confédération (notamment le Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports), les cantons et les communes, les anciennes régies fédérales (CFF, La Poste, Swisscom), les Bourgeoisies, les églises, etc.

En premier lieu, nous allons définir des notions couramment utilisées en matière de propriété foncière. Ensuite, nous allons examiner les institutions prévues par le Code civil et le Code des obligations, à savoir la copropriété ordinaire*, la propriété par étages*, la propriété commune, les personnes morales prévues par le CC (l'association* et la fondation*) ainsi que les personnes morales prévues par le CO (la société anonyme*, la société à responsabilité limitée* et la coopérative*) avec une brève présentation de la société simple*, de la société en nom collectif*, de la société en commandite* ainsi que des fonds de placement*. En outre, ce document serait incomplet sans des informations générales sur la comptabilité et la fiscalité des grands propriétaires fonciers ainsi qu'un chapitre consacré à la loi sur la fusion (LFus). Enfin, nous effectuerons un bref voyage en droit anglais avec l'étude du *trust**.

¹ La majorité des mots juridiques ou techniques utilisés dans ce texte sont définis dans le glossaire qui se trouve à l'annexe 16.1. A chaque fois qu'un terme défini dans le glossaire apparaît pour la première fois dans l'ouvrage, il est suivi d'une astérisque (*).

² Les autres membres de l'équipe de recherche sont Jean-David Gerber, Katrin Däpp et Marie Fauconnet.

II. LES NOTIONS³

2.1. *Nécessité de définir des notions générales de droit réel* (dingliche Rechte)*⁴.

Il est nécessaire de définir ci – dessous des notions générales relatives à la propriété foncière car elles nous seront utiles lors de l'étude des différents propriétaires collectifs fonciers en Suisse.

Les droits réels sont soumis à un *numerus clausus*. Ce dernier « s'explique pas le fait que le droit réel est opposable à tous (...), avec la conséquence que chacun doit pouvoir déterminer clairement le contenu des droits réels constitués »⁵. Cela serait impossible si la création de droits réels était libre.

2.2. *La propriété foncière (das Grundeigentum).*

La propriété est régie par les articles 641ss CC. La propriété immobilière (*versus* propriété mobilière) a pour objet les immeubles* (art. 655 CC).⁶

« *La propriété absorbe toutes les utilités de la chose* »⁷. Cela signifie que le propriétaire peut user, jouir et disposer de la chose qu'il a en propriété. User de la chose (*usus*) signifie se servir de la chose et jouir de la chose (*fructus*) est en percevoir les fruits. Enfin, il est possible de disposer (*abusus*) d'une chose soit matériellement, par transformation ou destruction, soit juridiquement, par aliénation.⁸

Exemple : lorsqu'un propriétaire vend son immeuble, il en dispose. Il s'agit d'une aliénation.

Cependant, « *le propriétaire peut lui – même restreindre sa maîtrise, soit en conférant à un tiers un droit réel limité* sur la chose, soit (indirectement) en constituant en faveur d'un tiers un droit personnel* en relation avec celle – ci* »⁹.

³ Nous souhaitons remercier PIOTET D. , Professeur de droit à l'Université de Lausanne, pour avoir répondu à nos nombreuses questions sur les droits réels.

⁴ Les articles de loi relatifs aux droits réels immobiliers et au Registre foncier vont être partiellement modifiés. Cf. le site internet de la Confédération:

www.ofj.admin.ch/bj/fr/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/immobiliarsachen-.html.

⁵ STEINAUER, Tome I, n°120.

⁶ Cf. STEINAUER, Tome II, n°502 et LEIMBACHER J. / PERLER TH. pour davantage d'informations.

⁷ STEINAUER, Tome I, n°1005.

⁸ Cf. STEINAUER, Tome I, n°30.

⁹ STEINAUER, Tome I, n°1008.

Le tableau ci – dessous présente les différentes restrictions qu’un propriétaire peut accorder sur sa propriété.

PROPRIETE FONCIERE	
Droits réels limités:	Droits personnels
servitudes foncières:	droit de préemption*
usufruit*	droit d’emtion*
droit d’habitation*	droit de réméré*
droit de superficie*	bail à loyer*
charges foncières	bail à ferme*
droits de gage immobilier	

Tableau 1: droits réels limités et droits personnels

Toutes les informations relatives à la propriété foncière se trouvent dans le registre foncier*. Tous les immeubles doivent être portés dans ce registre, à l’exception des immeubles publics (art. 942 – 943 et art. 644 CC).

Chaque immeuble (au sens juridique) fait l’objet d’un feuillet au registre foncier. Chaque feuillet comporte un numéro renvoyant à un plan. Ce plan est effectivement divisé en parcelles représentant l’ensemble du territoire.

Le registre foncier est composé d’un grand livre, de documents complémentaires et d’un journal. Le grand livre contient toutes les fiches des immeubles de l’arrondissement. Il s’agissait de fiches cartonnées mobiles mais récemment le registre foncier s’est peu à peu informatisé (art. 942 al. 2, 945 et 946 al. 1 CC)¹⁰. Ensuite, les documents complémentaires sont notamment le plan et les pièces justificatives (art. 942 al. 2 CC). Enfin, le journal est la liste des demandes d’écriture établie dans un ordre chronologique (art. 942 al. 2 CC).

2.3. Les droits réels limités (*die beschränkten dinglichen Rechte*).

2.3.1. Généralités.

Le propriétaire d’une chose en a la maîtrise totale alors que le titulaire d’un droit réel limité n’a qu’une maîtrise partielle de la chose¹¹.

Les droits réels limités sont soumis à un *numerus clausus* (cf. *supra* 2.1). Par conséquent, en droit suisse, seuls les servitudes*, les charges foncières et les droits de gage sont des droits réels limités.¹²

« Parmi les droits réels limités, les servitudes restreignent l’usage et / ou la jouissance de la chose, alors que les charges foncières restreignent le droit d’en disposer (...) »¹³.

¹⁰ Cf. dans le présent ouvrage, annexes 1 et 2.

¹¹ Cf. STEINAUER, Tome II, n°2134.

¹² Cf. STEINAUER, Tome I, n°35.

¹³ STEINAUER, Tome I, n°1009.

2.3.2. Les servitudes foncières (*die Grunddienstbarkeiten*).

La servitude est «un droit réel limité qui procure à son titulaire l'usage et/ou la jouissance d'une chose ». ¹⁴ Par définition, en tant que droit réel limité, la servitude ne peut pas prendre toute la place du droit de propriété. ¹⁵

« La servitude peut d'ailleurs être affirmative, lorsque son objet est de permettre au titulaire d'exercer certains droits sur la chose, ou au contraire négative si elle ne tend qu'à obliger le propriétaire de la chose à s'abstenir de certaines formes d'exercice de son droit » ¹⁶. En tout cas, il ne s'agit jamais de prestations positives (art. 730 CC). En effet, le propriétaire du fonds grevé par une servitude n'a pas une obligation d'agir.

« Les servitudes peuvent avoir des contenus très divers : droit de passage*, droit de source*, interdiction de bâtir, etc. ; l'usufruit* est la servitude qui confère en principe un droit de jouissance complet sur la chose (art. 745 CC). » ¹⁷

Exemples : l'usufruit (art. 745ss CC), le droit d'habitation (art. 776ss CC), le droit de superficie (art. 779 CC) et le droit de source personnel (art. 780 CC) sont des servitudes.

Lors de l'étude de la gestion du patrimoine foncier, il convient de s'intéresser tout particulièrement aux servitudes immobilières (art. 730ss CC). Ces dernières peuvent être foncières ou personnelles ¹⁸:

- la servitude foncière (art. 730 à 744 CC) assujettit un fonds (fonds servant) à un autre fonds (fonds dominant). Cela signifie que la servitude appartient au propriétaire actuel d'un certain fonds et qu'elle est dirigée contre le propriétaire actuel d'un autre fonds. Si les fonds changent de propriétaire, la servitude subsiste. ¹⁹
- la servitude personnelle (art. 745 à 781 CC) est attachée à une personne déterminée et non à un fonds. Il y a toujours un fonds servant mais pas un fonds dominant. Le droit appartient à une personne en tant que telle et non parce que celle-ci est propriétaire du fonds. ²⁰

2.3.2.1. L'usufruit (*die Nutzniessung*).

L'usufruit est « une servitude qui confère à une personne déterminée la jouissance complète d'une chose ou d'un droit » ²¹ (art. 745ss CC). L'usufruitier a la possession, l'usage ainsi que la jouissance de la chose et doit la gérer (art. 755 CC). Il s'agit du droit réel limité le plus étendu puisqu'il comprend tous les usages de la chose.

¹⁴ STEINAUER, Tome II, n°2186.

¹⁵ SJ 1982 p. 607.

¹⁶ CARRANZA / MICOTTI, p. 3.

¹⁷ STEINAUER, Tome I, n°37 et 123.

¹⁸ Cf. CARRANZA / MICOTTI, p. 3 et plus spécialement les pp. 66 à 75 pour les servitudes foncières. Cf. STEINAUER, Tome II, n°2186ss.

¹⁹ Cf. STEINAUER, Tome II, n°2191.

²⁰ Cf. STEINAUER, Tome II, n°2192.

²¹ CARRANZA / MICOTTI, p. 76 et cf. *idem* pp. 76 à 85.

L'usufruitier doit observer les règles d'une bonne administration (art. 755 al. 3 CC). Cette obligation générale comprend un devoir négatif et un devoir positif. Tout d'abord, il doit utiliser la chose sans en attaquer la substance car il ne doit pas nuire au propriétaire²². Ensuite, il doit maintenir l'objet afin que ce dernier puisse servir conformément à l'usage auquel il est destiné. Si l'usufruitier n'administre pas la chose avec diligence, il engage sa responsabilité.

L'usufruitier doit entretenir la chose à ses frais mais il s'agit d'un entretien ordinaire (art. 764 al. 1 CC). Il n'est pas responsable de l'usure normale de la chose ou d'un cas fortuit. En outre, il n'est pas tenu d'effectuer d'importants travaux ou réparations (art. 764 al. 2 et 3 CC)²³.

L'usufruitier ne peut céder l'usufruit mais peut en céder l'exercice.²⁴

Exemple : le titulaire d'un usufruit sur un appartement (l'usufruitier) peut conclure un bail à loyer portant sur cet objet avec une personne tierce²⁵.

Le droit s'éteint donc au plus tard à la mort de l'usufruitier. Si l'usufruitier est une personne morale*, l'usufruit s'éteint à sa dissolution* mais au plus tard après cent ans.

2.3.2.2. Le droit d'habitation (*das Wohnrecht*).

Le droit d'habitation est « *une servitude qui confère à une personne déterminée le droit de demeurer dans une maison ou d'en occuper une partie* »²⁶. Ce droit est une forme restreinte de l'usufruit et en suit les règles (art. 776ss CC).

Le droit d'habitation est intransmissible. Il prend donc fin à la mort du bénéficiaire.

2.3.2.3. Le droit de superficie (*das Baurecht*).

La propriété immobilière en droit suisse obéit au principe de l'accession (art. 667 CC). Ainsi le propriétaire d'un terrain est également propriétaire des constructions qui s'y trouvent. La seule exception à ce principe est le droit de superficie.

Le droit de superficie est « *la servitude en vertu de laquelle une personne a la faculté « d'avoir ou de faire des constructions, soit sur le fonds grevé, soit au – dessous » (art. 779 al. 1) »*²⁷.

Ce droit réel est réglementé par l'article 675 du Code civil et permet de dissocier la propriété du sol et la propriété des constructions qui y sont érigées. Le titulaire du droit de superficie devient propriétaire des constructions se trouvant sur l'immeuble grevé²⁸.

²² En réalité, lorsqu'il y a un usufruit, les juristes parlent plus volontiers du « nu-propriétaire ».

²³ Cf. STEINAUER, Tome III, n°2401ss

²⁴ ATF 103 II 176 / JdT 1978 I 342.

²⁵ Cf. FABBIO *in* RNRF 82 (2001) p. 201.

²⁶ CARRANZA / MICOTTI, p. 86 et cf. STEINAUER, Tome III, n°2496ss.

²⁷ STEINAUER, Tome III, n°2513.

²⁸ Cf. CARRANZA / MICOTTI, pp. 24, 28 et 88 à 93 et STEINAUER, Tome III, n°2513ss.

2.3.3. Les charges foncières (*die Grundlasten*).

La charge foncière* « procure à son titulaire la faculté d'exiger du propriétaire actuel d'un immeuble certaines prestations (...), dont ce dernier ne répond que sur cet immeuble (art. 782 al. 1) »²⁹ (art. 782ss CC).

Les charges foncières tendent à des prestations positives à l'inverse des servitudes. Le propriétaire de l'immeuble doit effectivement agir selon ce qui a été prévu.

Exemple : le propriétaire d'un immeuble peut être astreint par une charge foncière à livrer du bois à son propriétaire voisin.³⁰

2.3.4. Les droits de gage immobiliers (*die Grundpfände*).

Le droit de gage* immobilier « permet à son titulaire de faire réaliser l'immeuble qui en est l'objet, afin d'obtenir le paiement de la créance garantie »³¹ (art. 793ss CC). En effet, « faute par le débiteur de satisfaire à ses obligations, le créancier a le droit de se payer sur le prix de l'immeuble » par une poursuite en réalisation de gage (art. 816 al.1 CO et art. 151ss loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)). Ce type de poursuite peut déboucher sur la vente de l'immeuble, généralement aux enchères.

Pour notre analyse juridique, nous allons nous concentrer sur les gages immobiliers (*versus* gages mobiliers) qui sont au nombre de trois (*numerus clausus*) : l'hypothèque*, la cédule hypothécaire et la lettre de rente³². Un des gages les plus utilisés est l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs*³³.

L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est utilisée par les artisans et les entrepreneurs qui ont fourni du travail et du matériel ou seulement du matériel lors de la construction ou la transformation d'un immeuble. Ils ont ainsi une garantie supplémentaire pour le paiement des travaux. La jurisprudence sur ce type d'hypothèque est abondante. En effet, il s'agit d'un moyen de pression important dans la mesure où cette hypothèque peut être inscrite provisoirement au registre foncier.³⁴

Exemple : M. X veut construire sa future maison ou entamer des travaux de transformation. Il doit donc recourir aux services d'architectes, d'ingénieurs, d'ouvriers, etc... . Après un certain temps, M. X ne paye plus les professionnels qui travaillent pour lui. Ces derniers demandent donc l'inscription provisoire d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. M. X n'en a cure, souhaite poursuivre ses travaux mais n'a pas assez d'argent pour ça. C'est à ce moment – là que l'hypothèque en question constitue un véritable moyen de pression. En effet,

²⁹ STEINAUER, Tome III, n°2578 et cf. CARRANZA / MICOTTI, pp. 4 ainsi que pp. 94-95 : Les charges foncières sont considérées comme des droits réels limités car le droit d'exiger la prestation contient la faculté de faire réaliser l'immeuble grevé en cas d'inexécution (art. 791 al. 1 CC). Ce droit à la réalisation est un droit réel limité similaire au droit de gage.

³⁰ Cet exemple est donné par STEINAUER, Tome III, n°2578.

³¹ CARRANZA / MICOTTI, pp. 96. Cf. *idem* pp. 97-113 et STEINAUER, Tome III, n°2618ss.

³² Cf. CARRANZA / MICOTTI, p. 4. Cf. *idem* pp. 114 à 117 pour l'hypothèque; pp. 122 à 135 pour la cédule hypothécaire et pp. 136 à 137 pour la lettre de rente.

³³ Cf. CARRANZA / MICOTTI, pp. 118 à 121.

³⁴ Cf. dans le présent ouvrage, annexes 1 et 2.

les banques ne vont pas ou rarement accorder un crédit à M. X dans une telle situation. Ce dernier est alors contraint de payer le personnel s'il souhaite que son ouvrage soit terminé.

2.4. Les droits personnels (*die persönliche Rechte*).

2.4.1. Généralités.

Nous avons vu qu'il existe deux types de restrictions volontaires de la propriété, à savoir les droits réels limités (cf. *supra* 2.3) et les droits personnels.

Les dettes, respectivement les créances, sont des droits personnels. La loi prévoit que certains de ces droits peuvent être renforcés par une annotation au registre foncier³⁵. La dette (droit principal) est renforcée par un droit réel (droit accessoire). Le droit personnel est alors opposable à tout droit postérieurement acquis sur l'immeuble.

Exemples : Le droit de préemption, le droit d'emption, le droit de réméré ainsi que les baux à loyer et à ferme sont des droits personnels qui peuvent être annotés au registre foncier lorsque cela est expressément prévu par la loi.

M. X a un bail annoté au registre foncier. M. Y, propriétaire de l'immeuble où se trouve M. X, vend son bien immobilier à M. Z. Ce dernier devient alors propriétaire de l'immeuble mais avec le droit annoté. En effet, le bail de M. X est opposable à M. Z. L'annotation confère à la relation juridique entre le locataire et le bailleur des effets qui sont généralement réservés aux droits réels.³⁶

« (...) *les droits personnels peuvent affecter l'usage (par exemple, un bail à loyer ou un prêt), la jouissance (par exemple, un bail à ferme) ou la disposition de la chose (par exemple, un droit de préemption)* »³⁷.

2.4.2. Les droits de préemption, d'emption et de r  m  r  ³⁸ (*das Vorkaufsrecht, das Kaufsrecht und das R  ckkaufsrecht*).

Le droit de préemption « *est la faculté en vertu de laquelle une personne (le pr  empteur) peut exiger d'une autre personne (le promettant) le transfert de la propriété d'une chose, dans l'éventualité où le promettant vend cette chose à un tiers* »³⁹. Il peut être l  gal⁴⁰ ou conventionnel*.

³⁵ Cf. dans le présent ouvrage, annexes 1 et 2.

³⁶ Il est extrêmement difficile de définir ce qu'est un « droit personnel annoté au Registre foncier ». Il faut surtout retenir que l'annotation renforce le bail ou tout autre droit personnel.

³⁷ STEINAUER, Tome I, n  1009.

³⁸ Cf. CARRANZA / MICOTTI, pp. 56 à 63. Les droits de préemption, d'emption et de réméré conventionnels sont régis par l'article 216 CO. Ces mêmes droits sont régis par les articles 681ss CC lorsqu'ils sont expressément prévus par la loi. Ces droits sont surtout utilisés en droit foncier et rural.

³⁹ STEINAUER *in* FJS n  320, p. 2.

⁴⁰ Cf. STEINAUER *in* FJS n  320, p. 6: les droits de préemption légaux sont régis par les articles 680 à 681b du Code civil. Le droit de préemption des copropriétaires est un exemple de droit de préemption légal (art. 682 CC).

Ensuite, le droit d’emption est « *la faculté en vertu de laquelle une personne (l’emteur) peut se porter acheteur d’une chose par une simple déclaration unilatérale de volonté et exiger ainsi d’une autre personne (le promettant ou le concédant) le transfert de la propriété de la chose moyennant paiement du prix* ». ⁴¹

Exemple : M. A achète un droit d’emption à M. B en relation avec la maison de ce dernier. M. A (l’emteur) peut désormais se porter acheteur de l’immeuble par une simple déclaration unilatérale de volonté et exiger ainsi de M. B (le promettant) le transfert de la propriété de l’immeuble moyennant paiement du prix.

Le droit de préemption n’est d’ailleurs rien d’autre qu’un droit d’emption avec une condition supplémentaire, à savoir que le propriétaire vend la chose à un tiers.

Enfin, le droit de réméré est « *la faculté en vertu de laquelle une personne (le vendeur d’une chose) peut exiger d’une autre personne (l’acheteur de la chose, le promettant) qu’elle lui retransfère la propriété de la chose moyennant paiement du prix* » ⁴². Le droit de réméré est proche du droit d’emption à la différence que le bénéficiaire est un ancien propriétaire.

2.4.3. Le contrat de bail à loyer (*die Miete*).

« *Le bail à loyer est un contrat par lequel le bailleur s’oblige à céder l’usage d’une chose au locataire, moyennant un loyer* » (art. 253ss et 216b CO). Le bail à loyer est un contrat. Le bailleur est propriétaire de la chose et le locataire en est le possesseur ⁴³.

Si le bail à loyer est annoté au registre foncier, il est opposable à tout nouvel acquéreur de l’immeuble (cf. *supra* 2.4.1).

2.4.4. Le contrat de bail à ferme (*die Pacht*).

« *Le bail à ferme est un contrat par lequel le bailleur s’oblige à céder au fermier, moyennant un fermage, l’usage d’un bien ou d’un droit productif et à lui en laisser percevoir les fruits ou les produits* » (art. 275 CO).

⁴¹ STEINAUER, Tome II, n°1695. Le droit d’emption ne doit pas être confondu avec le droit d’expropriation. En effet, ce dernier est prévu par une loi administrative, doit reposer sur une base légale et poursuit un but d’intérêt public alors que le droit d’emption peut être créé par convention et ne poursuit pas nécessairement un but d’intérêt public.

⁴² STEINAUER, Tome II, n°1717.

⁴³ La possession est la maîtrise effective de la chose. Le possesseur d’une chose est présumé en être le propriétaire mais il existe plusieurs cas où le possesseur n’est pas le propriétaire. Par exemple, lorsqu’un bail à loyer est conclu, le possesseur de la chose (le locataire) n’est pas le propriétaire de cette dernière. Le propriétaire de l’objet en location est, en effet, le bailleur. Le raisonnement est le même en cas d’usufruit. Pour des détails sur la notion de propriété, cf. LEIMBACHER J. / PERLER TH.

III. LA COPROPRIETE ORDINAIRE (ART. 646SS CC), LA PROPRIETE PAR ETAGES (PPE ; ART. 712A SS CC) ET LA PROPRIETE COMMUNE (ART. 652SS CC)

3.1. Introduction

« La propriété ne peut prendre que les formes prévues par la loi : propriété individuelle, copropriété ordinaire, (co)propriété par étages, propriété commune »⁴⁴ conformément au *numerus clausus* des droits réels. Nous allons nous intéresser ici non pas à la propriété individuelle mais aux trois types de propriétés collectives prévues par le Code civil.

Nous sommes en présence d'une propriété collective lorsqu'un droit de propriété est exercé par plusieurs personnes sur une même chose⁴⁵. La copropriété ordinaire, la propriété par étages et la propriété commune sont des propriétés collectives et sont régies par le Code civil.

La doctrine a pour habitude de considérer la propriété par étages comme un cas particulier de la copropriété ordinaire⁴⁶. Elle établit, en revanche, une distinction importante entre la copropriété ordinaire et la propriété commune, deux institutions très différentes⁴⁷.

En effet, la propriété commune repose toujours sur une propriété préalable. Il existe d'ailleurs un *numerus clausus* des cas de propriétés en main commune⁴⁸. Il y a l'hoirie* (art. 602ss CC) mais également des cas qui relèvent de la libre volonté des parties et non de la loi, à savoir le contrat de société simple (art. 530ss CO), la société en nom collectif (SNC ; art. 552ss CO) et la société en commandite (SC ; art. 594ss CO). Si la propriété collective étudiée n'est pas fondée sur une de ces communautés, il s'agit d'une copropriété⁴⁹.

La propriété commune nécessite donc qu'une communauté soit déjà formée alors que la copropriété ordinaire ne requiert aucun lien antérieur entre les copropriétaires. En outre, la propriété commune est gérée de manière collective alors que la copropriété ordinaire obéit à une gestion plus individualiste.

⁴⁴ STEINAUER, Tome I, n°123.

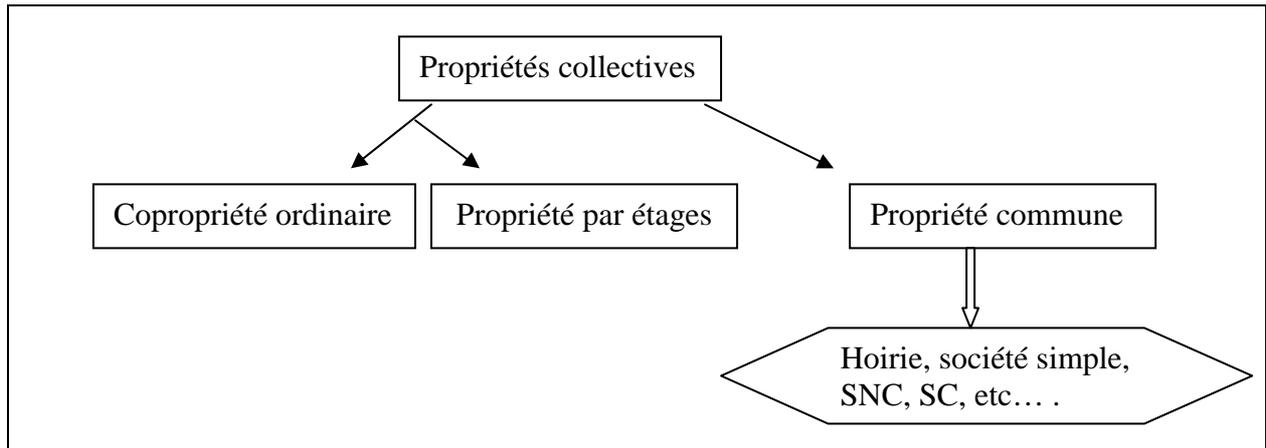
⁴⁵ Cf. STEINAUER, Tome I, n°1108.

⁴⁶ Ci – après « copropriété » et « PPE ».

⁴⁷ Cf. STEINAUER in FJS 290, p. 5.

⁴⁸ Cf. STEINAUER, Tome I, n°1373 et *idem*, Tome I, n°1374 pour la liste exhaustive: “*La communauté de biens* entre époux, sous ses diverses formes (art. 221ss); l’indivision (art. 336ss); la communauté héréditaire (art. 602ss), y compris la communauté prolongée; la société simple (art. 530ss CO); toutefois le contrat de société peut prévoir que les associés seront copropriétaires du patrimoine commun (art. 544 CO); la société en nom collectif (art. 552ss CO); la société en commandite (art. 594ss CO), le commanditaire étant aussi un communiste (...); les communautés auxquelles le droit privé cantonal aurait, en se fondant sur une réserve au sens propre, lié une propriété commune (...).*”

⁴⁹ Nous étudierons la société simple, la société en nom collectif et la société en commandite dans le chapitre consacré aux sociétés commerciales comme il est d'usage de le faire dans le monde juridique et en raison de la logique imposée par le Code des obligations, cf. dans le présent ouvrage, chapitre VIII.



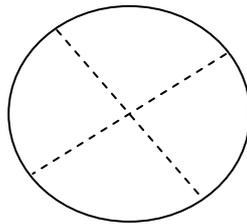
Il s'agit d'examiner ci – dessous comment ces propriétés collectives gèrent leur patrimoine foncier lorsqu'elles en sont propriétaires. Nous allons tout d'abord définir la copropriété ordinaire, la propriété par étages et la propriété commune afin de comprendre ces notions de manière précise. Ensuite, nous examinerons chacune de ces formes de propriété collective séparément et en détails.

3.2. Définitions.

3.2.1. La copropriété ordinaire (*das Miteigentum*).

« La copropriété est la forme de propriété collective qui n'exige pas l'existence d'une communauté antérieure entre les propriétaires collectifs et dans laquelle chaque titulaire a une part idéale de la chose (voir l'art. 646 al. 1). Il s'agit d'un droit de propriété unique, dont plusieurs personnes sont titulaires. »⁵⁰

La copropriété peut être représentée par un gâteau. Les parts (pas nécessairement égales) sont attribuées à des copropriétaires mais restent néanmoins liées :



3.2.2. La propriété par étages (PPE ; *das Stockwerkeigentum*).

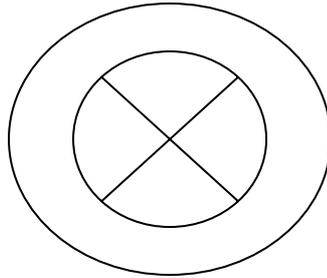
La PPE « est une forme particulière de copropriété immobilière, qui se caractérise principalement par le fait que la part de chaque copropriétaire est assortie d'un droit exclusif* d'utiliser et d'aménager intérieurement des parties déterminées d'un bâtiment (art. 712a al. 1). »⁵¹

⁵⁰ STEINAUER, Tome I, n° 1116. Cf. *idem* in FJS n° 291 p. 2 et in FJS n° 290, p. 5.

⁵¹ STEINAUER in FJS n°290, p. 5 et cf. WERMELINGER, p. 46 n°1.

Le copropriétaire d'étages a donc à la fois un droit de copropriété portant sur l'immeuble tout entier et un droit exclusif de jouissance et d'administration sur des parties déterminées de l'immeuble. Les parties de la PPE qui ne font pas l'objet d'un droit exclusif sont des parties communes⁵².

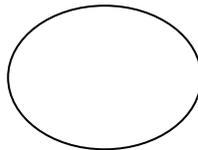
La copropriété par étages* peut aussi être représentée par un gâteau. Le centre du gâteau doit alors être divisé en parts représentant les appartements en PPE. L'extérieur du gâteau n'est pas découpé et représente les parties communes :



3.2.3. La propriété commune (*das Gesamteigentum*).

La propriété commune est « la forme de propriété collective qui suppose l'existence entre les propriétaires d'un lien personnel antérieur et dans laquelle les propriétaires ne peuvent en principe exercer leurs droits qu'au sein et par l'intermédiaire de cette communauté »⁵³.

La propriété commune peut également être représentée par un gâteau. Ce dernier n'est pas divisé en parts car chaque communiste est propriétaire du tout et ne peut disposer des biens individuellement avant que le partage soit effectué.



3.3. Copropriété (art. 646ss CC).

3.3.1. L'objet de la copropriété.

La copropriété peut porter aussi bien sur un immeuble (au sens juridique ; cf. art. 655 CC) que sur un meuble (art. 713 CC)⁵⁴.

⁵² Cf. VOUILLOZ, p. 45 et STEINAUER, Tome I, n°1125.

⁵³ STEINAUER, Tome I, n°1368 et *idem* in FJS 290, p. 5.

⁵⁴ Cf. STEINAUER in FJS n° 291 p. 6 et *idem* in FJS n° 291 p. 2: les articles 646ss CC peuvent aussi être appliqués lorsque plusieurs personnes sont co – titulaires d'une servitude.

Les immeubles en copropriété ordinaire sont nombreux en Suisse. Les copropriétaires peuvent être deux mais ils peuvent aussi être bien plus nombreux. Il arrive que des immeubles appartiennent à vingt copropriétaires.

3.3.2. La structure de la copropriété.

3.3.2.1. La copropriété ordinaire.

« La copropriété est la forme de propriété collective qui n'exige pas l'existence d'une communauté antérieure entre les propriétaires collectifs et dans laquelle chaque titulaire a une part idéale de la chose (voir l'art. 646 al. 1). Il s'agit d'un droit de propriété unique, dont plusieurs personnes sont titulaires. »⁵⁵

3.3.2.2. La part de copropriété* (*der Anteil*).

La part de copropriété est « une entité juridique qui représente l'ensemble des droits d'un copropriétaire sur la chose. »⁵⁶.

3.3.2.3. La quote-part (*die Wertquote*).

La quote – part est « un moyen technique, mathématique, qui permet d'exprimer sous forme de fraction la grandeur d'une part de copropriété par rapport à la chose en copropriété »⁵⁷.

Un copropriétaire n'a pas une part matérialisée de la chose mais dispose au contraire d'une part idéale. Si un immeuble est détenu en copropriété par M. X et M. Y, ces derniers peuvent être propriétaires respectivement à raison d'un tiers et de deux tiers ou selon une autre proportion. Par contre, il serait faux de dire que M. X est propriétaire de l'appartement du deuxième ainsi que du toit et que M. Y dispose du second appartement et du garage.

3.3.3. La gestion de la copropriété.

3.3.3.1. Les généralités.

Il s'agit ici d'étudier « la gestion de la chose dans l'intérêt commun, par opposition à l'usage et à la jouissance dans l'intérêt individuel des copropriétaires »⁵⁸.

Le Code civil a réglementé la copropriété aux articles 646ss CC. Les copropriétaires peuvent néanmoins adopter un règlement* d'utilisation et d'administration qui leur convient davantage et déroger ainsi à la loi (art. 647 al. 1 CC). Ils doivent néanmoins respecter deux dispositions légales impératives, à savoir les articles 647 al. 2 ch. 1 et 647 al. 2 ch. 2 CC:

⁵⁵ STEINAUER, Tome I, n° 1116. Cf. *idem* in FJS n° 291 p. 2 et in FJS n° 290, p. 5.

⁵⁶ STEINAUER in FJS n° 291 p. 5 et cf. *idem*, Tome I, n°1198.

⁵⁷ STEINAUER in FJS n° 291 p. 5 et cf. *idem*, Tome I, n°1117 et 1198ss.

⁵⁸ STEINAUER in FJS n° 291b p. 9.

- a) Chaque copropriétaire doit avoir le droit de demander l'exécution des actes indispensables au maintien de la valeur de la chose et de l'utilité de la chose (art. 647 al. 2 ch. 1 CC). Sont des actes d'administration indispensables « *toutes les mesures qui permettent d'éviter la destruction, la dégradation ou la détérioration de la chose en copropriété* »⁵⁹. Il faut éviter que l'objet en propriété perde de la valeur ou devienne inutilisable alors qu'une mesure efficace peut être entreprise.

Exemples : la réfection du toit d'une maison en copropriété, arraché suite à un événement naturel, est un acte d'administration indispensable⁶⁰.

L'expulsion d'un locataire est également un acte indispensable au sens de l'article 647 al. 2 ch. 1 CC. En effet, l'expulsion d'un locataire est un moyen utilisé en dernier recours et après qu'un congé extraordinaire ait été donné.⁶¹

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a rejeté le recours* d'un locataire contre la requête d'expulsion demandée par l'entreprise bailleuse. Le locataire (A) vivait dans un des appartements de l'immeuble appartenant à X. SA. Les voisins de A se sont plaints à de multiples reprises du comportement de A qui, selon leurs dires, mettait de la musique en pleine nuit, criait et tapait sur les murs. X SA a envoyé plusieurs fois un courrier à A afin de lui rappeler le comportement adéquat à adopter vis – à – vis de son voisinage. A a également été informé par ce courrier qu'un congé lui serait signifié s'il persistait à déranger ses voisins. A n'a pas changé d'attitude et X SA a donc résilié le bail pour justes motifs le 18 septembre 2001 avec effet au 31 octobre 2001.

Le 18 octobre 2001, la police a dû intervenir deux fois au domicile de A puisque ce dernier a fait un bruit excessif, s'est enfermé dehors et a agressé un de ses voisins. X SA a déposé une requête d'expulsion auprès de l'autorité spécialisée. A. a contesté cette requête et les deux parties sont allées devant le Tribunal fédéral. Ce dernier a donné raison à l'entreprise bailleuse, X. SA.⁶²

Contre – exemple : pour le Tribunal fédéral, la conclusion d'un bail pour un loyer plus élevé n'est pas un acte tombant sous le coup de l'article 647 al. 2 ch. 1 CC.

« *Le litige opposant les deux copropriétaires à parts égales d'un bâtiment où se trouve une salle de cinéma, né du fait que l'un des copropriétaires veut résilier le bail d'une société anonyme qui exploite le cinéma et dont les actions appartiennent à l'autre copropriétaire, pour conclure un nouveau bail prévoyant un loyer plus élevé, ne porte pas sur un acte d'administration indispensable au maintien de la valeur et de l'utilité de la chose, au sens de l'art. 647 al. 2 chiffre 1 CC.* »⁶³

- b) Tout copropriétaire doit avoir le droit de prendre lui – même les mesures urgentes requises pour préserver la chose d'un dommage imminent ou s'aggravant et ceci aux frais des copropriétaires (art. 647 al. 2 ch. 2 CC). Une mesure est urgente « *lorsque,*

⁵⁹ STEINAUER in FJS n° 291b p. 10.

⁶⁰ Cf. dans le présent ouvrage, annexe 3.

⁶¹ Cf. STEINAUER, Tome I, n° 1246a sur la base de l'ATF 97 II 320 / JdT 1972 I 381.

⁶² Arrêt du Tribunal fédéral du 22 novembre 2005 4c. 273 / 2005.

⁶³ ATF 97 II 320 / JdT 1972 I 381. L'article 647 al. 2 ch. 1 CC peut porter aussi bien sur un acte matériel, (p. ex. la réparation d'un toit), que sur un acte juridique, (p. ex. un contrat de bail). L'article 647 al. 2 ch. 2 CC ne peut porter que sur des actes matériels.

d'une part, elle est indispensable pour maintenir la valeur, l'utilité ou le rendement de la chose (...) et que, d'autre part, la situation concrète exige objectivement une intervention immédiate»⁶⁴.

Exemple : la réparation d'une conduite qui fuit est une mesure urgente.

Il est impossible de déroger à l'article 647 al. 2 CC pour des raisons pratiques évidentes. Il est, en effet, difficile de réunir toutes les personnes concernées et de leur demander de prendre des décisions en très peu de temps alors qu'il s'agit de problèmes nécessitant une solution quasi-immédiate et efficace.

Nous allons examiner ci – dessous les autres dispositions prévues par la loi. Elles seront appliquées dans l'hypothèse où les copropriétaires n'ont pas adopté de règlement ou dans celle où le règlement serait incomplet (art. 647a ss CC)⁶⁵.

3.3.3.2. Les actes d'administration courante (art. 647a CC)⁶⁶.

Chaque copropriétaire a la capacité de prendre des décisions relatives aux actes d'administration courante pour le compte de tous. L'article 647a al. 1 CC en dresse une liste non – exhaustive⁶⁷ qui comprend notamment les réparations d'entretien ainsi que les travaux de culture et de récolte.

Exemple et contre-exemples : percer un mur extérieur et poser des canalisations d'amenée et de renvoi d'air ne sont pas des actes d'administration courante au sens de l'article 647a CC⁶⁸.

3.3.3.3. Les actes d'administration plus importants (art. 647b CC).

Les actes d'administration plus importants nécessitent « *une décision prise à la majorité de tous les copropriétaires, représentant en outre, leurs parts réunies, plus de la moitié de la chose* » (art. 647b al. 1 CC). Les copropriétaires n'ont pas toujours des parts égales. Nous constatons ici que cela peut avoir une influence sur la prise de décisions.

L'article 647b al. 1 CC dresse une liste non-exhaustive des actes d'administration plus importants⁶⁹. Certains exemples ont attiré notre attention comme les changements de culture ou d'utilisation de la copropriété, la conclusion ou la résiliation de baux à loyer et à ferme et la participation à des améliorations du sol.

⁶⁴ STEINAUER in FJS n° 291b p. 11.

⁶⁵ Cf. VOUILLOZ, pp. 89ss concernant l'application des articles 647ss CC dans le cadre d'une PPE. Les copropriétaires peuvent adopter un règlement d'administration et d'utilisation de la copropriété conformément à l'article 647 al. 1 CC (cf. STEINAUER, Tome I, n°1271a).

⁶⁶ Cf. Annexe 1.

⁶⁷ Art. 647a al. 1 CC: "(...) tels que réparations d'entretien, travaux de culture et de récolte, garde et surveillance de courte durée, de même que pour conclure des contrats à cet effet et exercer les attributions découlant de ces contrats de baux à loyer et à ferme ou de contrats d'entreprises, y compris le pouvoir de payer et d'encaisser des sommes d'argent pour l'ensemble des copropriétaires." Cf. STEINAUER, Tome I, n°1243ss et *idem* in FJS n° 291b p. 9.

⁶⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 5c. 16 / 2004 : cet arrêt porte sur une propriété par étages. Nous verrons ci – dessous qu'une PPE obéit, comme une copropriété ordinaire, aux articles 647a ss CC.

⁶⁹ La liste des exemples est précédée par un « *notamment* » dans le texte légal.

Exemples : Le remaniement parcellaire des terrains à bâtir en zone urbaine ou encore le remaniement parcellaire en zone agricole tombent sous le coup de l'article 647b al. 1 CC⁷⁰.

La participation à des améliorations du sol⁷¹ peut consister à demander des subsides pour cultiver des légumes à la place des fleurs.

Cet alinéa mentionne également la possibilité de désigner un administrateur afin de faciliter la gestion de la copropriété.

3.3.3.4. Les travaux de construction (art. 647c à 647e CC).

Il existe trois types de travaux de construction, c'est-à-dire les travaux nécessaires, les travaux utiles et les travaux somptuaires.

Les *travaux nécessaires* peuvent être entrepris si la majorité des copropriétaires donne son consentement. Il s'agit de travaux d'entretien, de réparation et de réfection qu'exige le maintien de la valeur et de l'utilité de la chose mais qui ne sont pas des actes d'administration courante (art. 647c CC)⁷².

Exemple : « dans la règle, la suppression de défauts de construction dans des parties de bâtiment communes est indispensable au maintien de la valeur de la maison et (...) les travaux qu'elle implique doivent en principe être considérés comme nécessaires au sens de l'art. 647c CC. »⁷³

Les *travaux plus importants* sont des travaux utiles destinés à augmenter la valeur de la chose ou à améliorer son rendement ou son utilité. Ils ne peuvent être entrepris qu'avec l'accord de la majorité des copropriétaires. En outre, les parts réunies des copropriétaires constituant la majorité doivent représenter plus de la moitié de la chose (art. 647d al. 1 CC)⁷⁴.

Exemple : Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de déterminer si, dans une copropriété comprenant des hôtels et des appartements, la construction d'une installation « *wellness* » tombe sous le coup de l'article 647d CC. Il convient de répondre par l'affirmative si l'installation est dans l'intérêt de tous les propriétaires⁷⁵.

Les *travaux somptuaires*, quant à eux, servent uniquement à embellir la chose ou à la rendre plus commode⁷⁶. Les copropriétaires doivent tous donner leur consentement à ces travaux afin qu'ils puissent être réalisés (art. 647e al. 1 CC). Si un seul copropriétaire s'y oppose et que les travaux n'entravent pas durablement son droit d'usage et de jouissance, la décision peut être prise à la majorité des copropriétaires représentant en outre, leurs parts réunies, plus de la moi-

⁷⁰ Cf. WERMELINGER, p. 78 n°112 au sujet de la PPE.

⁷¹ La loi utilise les termes d'"améliorations du sol". Il s'agit d'améliorations foncières.

⁷² Cf. STEINAUER, Tome I, n°1280ss.

⁷³ ATF 107 II 141 / JdT 1982 I 207.

⁷⁴ Cf. STEINAUER, Tome I, n°1282ss. S'agissant de la problématique d'un copropriétaire pouvant être lésé par des travaux utiles, voir l'article 647d alinéas 2 et 3 CC.

⁷⁵ ATF 130 III 441 / JdT 2004 I 254.

⁷⁶ Arrêt du tribunal fédéral du 15 octobre 2002 : 5c. 110 / 2001.

tié de la chose. Les autres copropriétaires doivent alors indemniser le copropriétaire récalcitrant et prendre en charge sa part de frais (art. 647e al. 2 CC)⁷⁷.

Exemple : Le Tribunal cantonal valaisan s'est prononcé sur la question de savoir si la construction d'un escalier extérieur et l'ouverture d'un accès sur la façade d'un immeuble font partie des travaux somptuaires. Il a repris les règles que nous avons exposées ci – dessus de manière systématique et le raisonnement vaut aussi bien pour une PPE, comme en l'espèce, qu'une copropriété ordinaire: « lorsque, comme en l'espèce, il n'y a pas de règlement de PPE qui déroge au système légal, les règles de la copropriété s'appliquent à la compétence pour procéder à des actes d'administration et à des travaux de construction sur les parties communes (art. 712g al. 1 CC). Les art. 647 à 647e CC, qui déterminent les conditions auxquelles des travaux peuvent être exécutés sur les parties communes de la PPE, distinguent selon que ceux-ci sont nécessaires, utiles ou somptuaires. Par conséquent, avant d'examiner si la construction de l'escalier litigieux est licite ou non, il y a lieu d'examiner la nature des travaux entrepris.

(...) La distinction entre travaux nécessaires, utiles ou somptuaires ne peut être opérée abstraitement et dépend de la situation concrète. Les travaux qu'exige le maintien de la valeur ou de l'utilité de la chose ou qui sont imposés par la loi sont nécessaires. Ceux qui sont destinés à augmenter la valeur de la chose ou à améliorer son rendement sont utiles. Enfin, les travaux exclusivement destinés à embellir la chose, à en améliorer l'aspect ou à en rendre l'usage plus aisé doivent être qualifiés de somptuaires (...).

(...) Le défendeur a indiqué que le déplacement des escaliers de l'arrière du bâtiment à l'avant de celui-ci devait faciliter l'accès au magasin. Ces travaux ne sont donc pas nécessaires, au sens précité, dès lors que l'ancienne entrée permet déjà d'accéder à ce local. Peu importe, de ce point de vue, que l'escalier d'origine soit vétuste. Seule sa réfection pourrait apparaître nécessaire.

Par ailleurs, il n'est pas établi que cet aménagement permet d'améliorer le rendement du nouveau commerce. Tout au plus en facilite-t-il l'usage. La modification ne profite en outre qu'à un des propriétaires d'étages. De surcroît, l'autorisation de construire prévoit le déplacement de l'escalier déjà existant; il ne s'agit donc pas d'améliorer l'accès au bâtiment en ouvrant une entrée supplémentaire. Par conséquent, si le magasin de sport bénéficie ainsi d'un accès direct à la voie publique, il n'en ira plus ainsi des autres locaux situés à l'étage, puisque, selon le défendeur, l'ancien escalier sera démoli prochainement, sur ordre de l'administration communale. Globalement, la valeur de l'immeuble n'est donc pas augmentée. Dans ces conditions, les travaux doivent être qualifiés de somptuaires (...).»⁷⁸

Résumé : dans chaque cas concret, le juge doit déterminer si les travaux sont nécessaires, utiles ou somptuaires. Il va examiner les raisons pour lesquelles ces travaux sont entrepris et l'objectif qui doit être atteint. En l'espèce, il s'agissait de travaux somptuaires car il n'était pas nécessaire de construire ces escaliers. En effet, ils ne permettaient notamment pas d'améliorer l'activité commerciale.

⁷⁷ Cf. STEINAUER, Tome I, n°1285s.

⁷⁸ RVJ 2004 148.

3.3.3.5. Les actes de disposition (art. 648 CC).

3.3.3.5.1. Généralités et aliénation⁷⁹.

Au sens de l'article 648 al. 1 CC, « *chaque copropriétaire peut veiller aux intérêts communs ; il jouit de la chose et en use dans la mesure compatible avec le droit des autres* ». Mais à l'inverse d'un propriétaire unique, le copropriétaire ne peut pas aliéner la chose, constituer des droits réels ou effectuer des changements dans la destination de la chose sans le concours des autres copropriétaires (art. 648 al. 2 CC)⁸⁰.

Pour que la vente de la copropriété puisse être effectuée, il faut recueillir le consentement de tous les copropriétaires et respecter les dispositions sur la vente ainsi que sur le transfert de propriété. L'aliénation de l'immeuble met fin à la copropriété.

La vente d'une part de copropriété peut être restreinte par le droit de préemption légal de l'article 682 al. 1 CC (cf. *supra* 3.3.4.2.)⁸¹. En revanche, le Code civil n'a pas prévu une telle restriction s'agissant de l'aliénation de l'immeuble en entier⁸².

3.3.3.5.2. La constitution de droits réels limités.

Les copropriétaires doivent tous donner leur accord pour grever la chose d'un droit réel limité.

Exemple : le Tribunal fédéral s'est prononcé dans une affaire où un copropriétaire bénéficiait d'un droit de stationnement (un droit d'usage), sur des parties communes de la propriété.⁸³ Le copropriétaire a voulu constituer ce droit d'usage en servitude afin qu'un tiers puisse en profiter. Or « *sans l'accord de tous les autres copropriétaires, un seul copropriétaire n'est pas habilité à constituer en servitude des droits d'usage particuliers (en l'espèce un droit de stationnement) que le règlement lui attribue sur des parties communes; il peut concéder de tels droits à bail, pour autant que le règlement le permette ou que l'assemblée des copropriétaires y consente.* »⁸⁴

Les charges foncières, quant à elles, obéissent à l'article 648 al. 3 CC au même titre que les gages immobiliers (cf. *infra* 3.3.3.5.3.).

3.3.3.5.3. La constitution de gages immobiliers (art. 648 al. 3 CC).

Il est possible de constituer des droits de gages sur des parts de copropriété alors que l'immeuble est déjà grevé (art. 648 al. 3 CC et voir aussi art. 800 al. 1 CC). En revanche, la

⁷⁹ Cf. dans le présent ouvrage, annexe 3.

⁸⁰ Cf. VOUILLOZ, p. 66.

⁸¹ Cf. dans le présent ouvrage, annexe 4.

⁸² Cf. STEINAUER, Tome I, n°1210b.

⁸³ Il s'agissait en l'occurrence d'une PPE mais le raisonnement est également valable pour une copropriété ordinaire.

⁸⁴ STEINAUER, Tome I, n°1127 qui renvoie à l'ATF 115 II 340 / SJ 1990 125 déjà cité. Une servitude peut être créée sur une copropriété aussi bien en faveur d'un tiers qu'en faveur d'un copropriétaire. En revanche, seul un copropriétaire peut bénéficier d'un droit d'usage prévu dans le règlement de la copropriété.

chose entière ne peut en principe pas être grevée si les parts de copropriété le sont déjà elles-mêmes⁸⁵.

« *Interprétée selon son esprit et le but visé par le législateur, cette prescription légale n'interdit pas de grever la chose elle-même d'un droit de gage qui prime les droits de gage grevant déjà les parts de copropriété, moyennant l'accord de tous les intéressés, en particulier des créanciers garantis par des droits de gage grevant les parts de copropriété. Il suffit que ces créanciers donnent leur consentement par une déclaration écrite.* »⁸⁶.

3.3.3.5.4. Le changement dans la destination de la chose.

Au sens de l'article 648 al. 2 CC, le consentement de tous les copropriétaires est nécessaire pour convenir d'une modification importante du but de la chose en copropriété. La règle est ici aussi stricte que pour l'aliénation de la chose ou la constitution de droits réels. STEINAUER précise que l'alinéa 2 de l'article 648 CC s'applique aussi bien lorsque le but est complètement modifié que lorsque le but initial apparaît secondaire après le changement.

Exemple : La transformation d'un immeuble agricole en terrain d'aviation est un changement complet alors qu'un chemin agricole partiellement affecté au trafic d'un train d'aviation est un changement partiel.

Les deux hypothèses sont soumises à l'article 648 al. 2 CC : « *l'affectation au trafic d'un aéroport de deux fonds en nature de chemin utilisés précédemment à des fins exclusivement agricoles implique un changement de leur destination, lequel exige, en vertu de l'art. 648 al. 2 CC, le concours de tous les copropriétaires, à moins que ceux-ci n'aient unanimement établi d'autres règles à cet égard.* »⁸⁷

Exemple et contre exemple : La transformation de jardins potagers en places de parc ou encore de places de jeux en terrain de basket sont également des changements dans la destination de la chose⁸⁸. En revanche, « *le remplacement, dans un apparthôtel, d'un tennis couvert existant par une installation de "wellness" ne change pas la destination du complexe, comprenant hôtel et appartements (consid. 2).* »⁸⁹

3.3.4. La gestion d'une part de copropriété.

3.3.4.1. Les généralités.

Selon l'article 646 al. 3 CC, chacun des copropriétaires a les droits et les charges du propriétaire en raison de sa part qu'il peut aliéner ou engager et que ses créanciers peuvent saisir⁹⁰. Le principe est que chaque copropriétaire dispose librement de sa part à condition de respecter les règles relatives à la vente, à la donation ou à tout autre transfert de propriété.⁹¹

⁸⁵ Cf. STEINAUER, Tome I, n° 1226ss et 1258ss ainsi que *idem*, Tome III, n°2655.

⁸⁶ ATF 95 I 568 / JdT 1970 I 570. Cf. STEINAUER, Tome I, n°1226ss et 1258ss ainsi que *idem*, Tome III, n°2656.

⁸⁷ ATF 95 II 397 / JdT 1971 I 244. Cf. STEINAUER, Tome I, n°1260s.

⁸⁸ Cf. WERMELINGER, p. 77 n°112.

⁸⁹ ATF 130 III 441 / JdT 2004 I 254 déjà cité.

⁹⁰ Cf. STEINAUER, Tome I, n°1117 et 1159 et dans le présent ouvrage, annexe 4.

⁹¹ Cf. STEINAUER, Tome I, n°1204.

Exemple : chaque copropriétaire peut vendre ou donner sa part.

L'acheteur, quant à lui, devient copropriétaire et va donc être de plein droit lié par toute décision et tout règlement d'administration en relation avec la copropriété existant au moment de l'acquisition de la quote – part (art. 649a CC).

3.3.4.2. Les restrictions légales à la liberté d'aliéner.

Le copropriétaire dispose librement de sa part dans les limites imposées par le droit.

Tout d'abord, si la part appartient en copropriété à des époux sous le régime de la participation aux acquêts*, l'un ne peut disposer de la part sans le consentement de l'autre (art. 201 al. 2 CC)⁹².

En outre, il existe un droit de préemption légal en cas de copropriété ordinaire sur un immeuble (art. 681ss et spéc. art. 682 al. 1 CC)⁹³. Les titulaires de ce droit de préemption sont les copropriétaires vis – à – vis de tout acquéreur d'une part.

Ce droit de préemption peut être exercé lorsqu'une part est vendue à une personne qui n'est pas déjà copropriétaire de l'immeuble en cause et que la part concernée n'est pas rattachée à un autre immeuble⁹⁴.

Exemple : Une copropriété sur un immeuble appartient à trois copropriétaires (A, B et C). A souhaite vendre sa part de copropriété à X. Selon l'article 682 al. 1 CC, B et C peuvent utiliser leur droit de préemption en leur qualité de copropriétaire et ainsi proposer à A d'acheter sa part. A ne peut pas refuser. Si B et C ne se manifestent pas ou ne sont pas intéressés par cette part, A peut vendre sa part à X.

Le copropriétaire – vendeur (A) doit informer les autres copropriétaires (B et C) de la vente (art. 681a al. 1 CC). Ces derniers peuvent alors, s'ils respectent les délais prévus à l'article 681a al. 2 CC, acquérir cette part en priorité⁹⁵.

Les copropriétaires doivent payer le prix convenu entre le vendeur et le tiers à moins qu'un autre prix ait été convenu (art. 681 al. 1 *i.f.* CC)⁹⁶. Il est possible de supprimer, modifier ou de renoncer à ce droit de préemption (art. 681b CC)⁹⁷.

3.3.4.3. La constitution de droits réels limités⁹⁸.

« Les parts de copropriété (...) peuvent en principe faire l'objet de droits réels limités ; s'agissant de servitudes ou de charges foncières, il faut cependant que la part se prête à l'utilisation ou à la prestation promise. »⁹⁹

⁹² Cf. STEINAUER, Tome I, n°1206.

⁹³ Cf. dans le présent ouvrage, annexe 4.

⁹⁴ Cf. STEINAUER, Tome I, n°1210ss ainsi que n°1203. Voir aussi ATF 115 II 331 / JdT 1991 I 150.

⁹⁵ Cf. STEINAUER, Tome I, n°1213ss.

⁹⁶ Cf. STEINAUER, Tome I, n°1214.

⁹⁷ Cf. STEINAUER, Tome I, n°1216ss.

⁹⁸ Cf. dans le présent ouvrage, annexe 4.

Exemple : dans une affaire portée devant le Tribunal fédéral, le propriétaire d'un appartement sis dans un immeuble en PPE s'est engagé par convention à faire poser une moquette dans sa demeure pour améliorer l'isolation contre le bruit des pas (il s'agit d'une servitude).¹⁰⁰

Les parts de copropriété se prêtent également très bien à l'usufruit ou à la création d'un droit de passage. En revanche, il est inconcevable de créer un droit de superficie ou un droit de source. En effet, au sens de l'article 675 al. 2 CC, un droit de superficie peut être créé sur l'entier d'une construction mais non sur des parties déterminées.¹⁰¹

Le consentement du conjoint est nécessaire comme pour une aliénation totale (art. 201 al. 2 CC)¹⁰².

3.3.4.4. La constitution de gages immobiliers (art. 648 al. 3 CC)¹⁰³.

Il est toujours possible de grever des parts de copropriété d'un droit de gage que l'immeuble principal soit lui – même grevé ou non (art. 648 al. 3 CC et voir aussi art. 800 al. 1 CC ; cf. *infra* 4.3.3.5.3)¹⁰⁴.

Si la part appartient en copropriété à des époux sous le régime de la participation aux acquêts, l'un ne peut engager la part sans le consentement de l'autre (art. 201 al. 2 CC)¹⁰⁵.

« Une hypothèque légale d'artisan ou d'entrepreneur (art. 837 al. 1 ch. 3) ne peut pas être inscrite sur une seule part de copropriété ordinaire d'un immeuble, car une telle part n'est pas « localisée ». »¹⁰⁶ Nous verrons que la réglementation est différente pour la PPE (cf. *infra* 3.4.4.3.).

3.3.4.5. Les droits personnels¹⁰⁷.

« Le copropriétaire (...) peut louer sa part, la prêter, accorder à son sujet un droit de pré-emption, d'emption ou de réméré »¹⁰⁸.

3.4. Propriété par étages (PPE ; art. 712a ss CC).

3.4.1. L'objet de la PPE.

Une PPE peut être constituée sur un bien-fonds* à condition qu'il soit constructible et qu'il puisse comprendre un bâtiment pouvant lui – même comporter plusieurs locaux¹⁰⁹.

⁹⁹ STEINAUER, Tome II, n°2138.

¹⁰⁰ ATF 106 II 315 / JdT 1981 I 306. Cf. STEINAUER, Tome II, n°1521 et 2200b.

¹⁰¹ Cf. STEINAUER, Tome I, n°1226 et 1227ss ainsi que *idem*, Tome II, n°1630.

¹⁰² Cf. STEINAUER, Tome I, n°1227b.

¹⁰³ Cf. dans le présent ouvrage, annexe 4.

¹⁰⁴ Cf. STEINAUER, Tome III, n°2654 et ATF 95 I 568 / JdT 1970 I 570 déjà cité.

¹⁰⁵ Cf. STEINAUER, Tome I, n°1226d qui renvoie au n°1206a.

¹⁰⁶ STEINAUER, Tome I, n°1226c.

¹⁰⁷ Cf. dans le présent ouvrage, annexe 4.

¹⁰⁸ Cf. STEINAUER, Tome I, n°1229.

La PPE ne peut porter que sur des immeubles (au sens juridique) alors que la copropriété ordinaire porte sur des immeubles mais également sur des meubles.

3.4.2. La structure de la PPE.

Le propriétaire d'étage a un droit de copropriété sur l'ensemble de l'immeuble mais il a également un droit de jouissance et d'administration, appelé droit exclusif, sur une ou plusieurs parties déterminées de l'immeuble constituant son unité d'étage*¹¹⁰. Le copropriétaire a le droit d'utiliser, d'administrer et d'aménager intérieurement ses parties exclusives (art. 712a CC).

Si nous reprenons l'image du gâteau (cf. *supra* 3.2.2), les parts représentent les différents appartements sur lesquels les copropriétaires d'étages peuvent avoir un droit exclusif. Le bord du gâteau représente, quant à lui, les parties communes.

« Peuvent être l'objet du droit exclusif les étages ou parties d'étages qui, constitués en appartements ou en locaux commerciaux ou autres, forment un tout disposant d'un accès propre, la possibilité d'englober des locaux annexes distincts étant réservée » (art. 712b al. 1 CC). L'alinéa 2 de l'article 712b CC précise que certaines parties de la PPE ne peuvent faire l'objet d'un droit exclusif, à savoir « 1. Le bien – fonds et, le cas échéant, le droit de superficie en vertu duquel le bâtiment a été construit ; 2. Les parties importantes pour l'existence, la disposition et la solidité du bâtiment ou des locaux d'autres copropriétaires ou qui déterminent la forme extérieure et l'aspect du bâtiment ; 3. Les ouvrages et installations qui servent aussi aux autres copropriétaires pour l'usage de leurs locaux ». Ces parties sont donc des parties « communes ».

3.4.2.1. La part d'étage*.

La part d'étage « est l'ensemble des droits conférés par le Code civil à un propriétaire d'étages »¹¹¹. Il s'agit d'une notion juridique.

3.4.2.2. L'unité d'étage.

L'unité d'étage est « l'ensemble des parties exclusives du propriétaire d'étages. Elle se compose des locaux principaux (appartement, local commercial), des locaux annexes, (caves, galetas, etc.) et des parties intégrantes de ces locaux, (armoire murale, revêtement du sol et des parois, installation sanitaire, etc...) »¹¹². Il s'agit ici d'une réalité matérielle correspondant à la notion juridique de part d'étage.

¹⁰⁹ WERMELINGER, p. 52 n°14 et STEINAUER, Tome I, n°1127. Une PPE peut également porter sur un droit de superficie.

¹¹⁰ Cf. MOOSER, p. 101; WERMELINGER, p. 35 n°21 et p. 110 n° 2 ; CARRANZA / MICOTTI, p. 43 sur la base de l'arrêt du Tribunal fédéral 5c. 195/2002 du 23 décembre 2002 et STEINAUER *in* FJS n° 291 p. 3.

¹¹¹ WERMELINGER, p. 36 n°27 et 28.

¹¹² WERMELINGER, p. 37 n°29-30.

3.4.2.3. La quote-part*.

La quote-part est « un chiffre exprimé en pour-cent ou en pour-mille (art. 712e al. 1), qui indique la relation entre l'ensemble des droits relatifs à l'immeuble constitué en propriété par étages et les droits relatifs à la part d'étage (...) »¹¹³. Il s'agit d'une fraction.

3.4.2.4. Les parties communes.

Les parties communes « sont les éléments matériels du bâtiment objet d'une propriété par étages qui sont soustraits au droit exclusif des propriétaires d'étages individuels »¹¹⁴.

3.4.3. La gestion de la PPE.

3.4.3.1. Les généralités.

« La propriété par étages version suisse est une copropriété définie de manière particulière. La singularité de celle-ci réside dans le fait que le copropriétaire jouit d'un droit exclusif sur la partie d'un bâtiment déterminé. Une autre particularité est que la propriété par étages, du point de vue économique, est essentiellement traitée comme une propriété exclusive. Une troisième particularité concerne la communauté des copropriétaires: la communauté des propriétaires d'étages est une entité - contrairement à la communauté ordinaire des copropriétaires - bénéficiant d'une jouissance et de l'exercice limité des droits civils. »¹¹⁵

La PPE obéit pour l'essentiel aux dispositions relatives à la copropriété ordinaire (art. 646ss et spéc. 647ss CC)¹¹⁶. Par conséquent, nous allons nous concentrer ci – dessous sur les différences entre une copropriété ordinaire et une PPE tout en précisant certains points déjà examinés ci-dessus¹¹⁷.

Il est nécessaire d'indiquer trois règles particulières *pro memoria*. Un copropriétaire d'étage peut administrer les locaux dont il a l'utilisation exclusive¹¹⁸. En outre, il a le droit d'exiger l'adoption d'un règlement d'administration et d'utilisation au sens de l'article 712g al. 3 CC et de demander au juge la nomination d'un administrateur au sens de l'article 712q al. 1 CC¹¹⁹.

Les articles 712g ss CC régissent l'administration et l'utilisation dans le cadre d'une PPE. Il faut souligner que chaque propriétaire d'étage paye les frais et les charges relatifs à sa part. En revanche, les frais et charges découlant de l'administration commune sont répartis entre tous les propriétaires proportionnellement à la valeur de leurs parts à moins que ces derniers aient

¹¹³ WERMELINGER, p. 38 n°37.

¹¹⁴ WERMELINGER, p. 37 n°33.

¹¹⁵ Cf. KOLLER in PJA 2004 p. 933, introduction traduite par VON PLANTA F.

¹¹⁶ Cf. dans le présent ouvrage, annexe 3.

¹¹⁷ Nous ne traiterons pas ici spécifiquement de l'assemblée des copropriétaires ainsi que de l'administrateur car cela ne nous semble pas pertinent. Cependant, pour un complément d'informations : cf. VOUILLOZ, pp. 45ss et STEINAUER, Tome I, n°1287ss.

¹¹⁸ Par opposition aux parties communes que les copropriétaires d'étages doivent administrer ensemble. Cf. STEINAUER, Tome I, n°1242.

¹¹⁹ Cf. STEINAUER, Tome I, n°1242a.

prévus une autre répartition (art. 712h al. 1 CC). Si un des propriétaires d'étage ne se sert que très peu ou pas du tout de certaines parties du bâtiment, il faut en tenir compte dans la répartition des frais (art. 712h al. 3 CC ; voir aussi art. 712 al. 1 ch. 6 CC s'agissant des assurances)¹²⁰.

Exemples : les impôts et les réparations font partie des frais et des charges découlant de l'administration commune (art. 712h al. 2 CC).

La liste de frais établie à l'article 712h al. 2 CC n'est pas exhaustive.

Exemple : les frais d'exploitation des parties communes, comme les frais d'électricité ou la consommation d'eau, tombent sous le coup l'article 712h.¹²¹

3.4.3.2. Les actes de disposition¹²².

L'article 648 al. 2 CC régit les actes de disposition dans le cadre d'une copropriété et exige que les décisions relatives à ces actes soient prises à l'unanimité (cf. *supra* 3.3.3.5). La PPE obéit également à cette disposition¹²³.

L'article 648 al. 2 CC ne vise que la situation économique où la chose elle – même est vendue et non toutes les parts d'étages ensemble. En effet, dans cette seconde hypothèse, il y a autant de contrats que de parts aliénées et il faut alors se référer aux règles régissant l'aliénation des parts (cf. *infra* 3.4.4.1.).

L'aliénation de l'immeuble (la vente) met automatiquement fin à une copropriété ordinaire mais pas à une PPE. L'acquéreur peut néanmoins demander que la PPE soit radiée (art. 712f al. 2 *i.f.*)¹²⁴.

3.4.3.3. La constitution de droits réels limités.

La servitude constituée sur une PPE « doit avoir pour objet les parties communes de l'immeuble ; une servitude qui ne conférerait des droits qu'à charge d'une partie du bâtiment soumise au droit exclusif ne peut grever que la part d'étage concernée (...). »¹²⁵ Nous verrons ci – dessous comment constituer une servitude sur une part de PPE* (cf. *infra* 3.4.4.2.).

De même, « il est nécessaire de grever l'immeuble de base lorsque l'utilisation qu'implique la servitude limite les droits de plusieurs copropriétaires et qu'il n'est donc pas possible de ne grever qu'une seule part »¹²⁶.

¹²⁰ Cf. WERMELINGER, pp. 356ss n°4ss.

¹²¹ Cf. WERMELINGER, p. 361 n°27.

¹²² Pour davantage d'informations, cf. MOOSER, pp. 102ss.

¹²³ Cf. MOOSER, pp. 104ss. Voir aussi ATF 111 II 330 / JdT 1986 I 165 : « En vertu de l'art. 648 al. 2 CC, le concours de tous les copropriétaires est nécessaire en pareil cas, à moins qu'ils n'aient unanimement établi d'autres règles à cet égard. Ce principe est applicable en matière de PPE ».

¹²⁴ Cf. MOOSER, p. 106.

¹²⁵ MOOSER, p. 108.

¹²⁶ MOOSER, p. 109.

En résumé, il faut que la servitude soit en adéquation avec l'objet sur lequel elle porte. Il y a des servitudes qui doivent grever l'immeuble car elles concernent plusieurs parties de l'immeuble ou essentiellement des parties communes. Les servitudes concernant plus précisément une part d'étage doivent grever la part concernée.

Un droit réel limité peut également être constitué en faveur de l'immeuble de base et non pas à sa charge. Cela signifie que les propriétaires d'étages pourraient, par exemple, obtenir une servitude en faveur de leur immeuble sur un terrain ou un immeuble voisin. Cette décision est également soumise au consentement de tous les copropriétaires.

Une servitude ne peut être constituée sur l'immeuble en PPE qu'avec le consentement de tous les propriétaires d'étages ; toutefois, « *un copropriétaire (...) peut requérir seul la constitution d'un droit réel au profit de l'immeuble dont il est copropriétaire que si (...) ce droit réel est constitué à titre gratuit et qu'il n'entraîne aucune obligation pour les autres copropriétaires* »¹²⁷.

La théorie juridique relative aux servitudes sur un immeuble en PPE est assez complexe, il convient donc de donner un exemple pratique.

Exemple : une copropriété par étages porte sur un immeuble dont le jardin est une partie commune. Le voisin de l'immeuble en PPE peut parfaitement obtenir un droit de passage à travers ce jardin. Il s'agit alors d'une servitude grevant une PPE et soumise au consentement de tous les propriétaires d'étages¹²⁸.

3.4.3.4. La constitution d'un droit de superficie.

Le droit de superficie est un « droit de construire » sur un immeuble au sens juridique (p. ex. un terrain ou une construction) qui appartient à autrui. Il est possible de grever une construction entière d'un droit de superficie mais non une partie de cette dernière (cf. *infra* 3.4.4.2.)¹²⁹.

Cependant, l'article 675 al. 2 CC « *empêche la constitution, à charge de l'immeuble de base, d'une servitude de superficie qui autoriserait son titulaire à surélever le bâtiment et à s'approprier les étages ainsi construits* ». ¹³⁰ Cette règle vise à empêcher les intéressés d'éluder les règles sur la PPE. Sinon il serait possible de construire un étage supplémentaire grâce au droit de superficie et de s'approprier ensuite l'étage nouvellement bâti.¹³¹

3.4.3.5. La constitution de gages immobiliers.

L'article 648 al. 3 CC est applicable aussi bien à la copropriété ordinaire qu'à la propriété par étages (cf. *infra* 4.3.3.5.3)¹³².

¹²⁷ ATF 108 II 35 et cf. MOOSER, pp. 109-110.

¹²⁸ Voir un autre exemple, plus technique : RNRF 86 (2005) pp. 235ss / RVJ 2004 p. 290.

¹²⁹ Cf. STEINAUER, Tome II, n°1630.

¹³⁰ MOOSER, p. 108.

¹³¹ ATF 111 II 134 / JdT 1986 I 627.

¹³² Cf. MOOSER, pp. 110ss.

« L'art. 648 al. 3 s'applique aussi à l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs ; l'immeuble sur lequel est constituée une propriété par étages ne peut donc pas être grevé d'une telle hypothèque lorsqu'un gage immobilier ou une charge foncière grève déjà une unité de propriété par étages (...) »¹³³.

3.4.3.6. Les droits personnels.

Une décision unanime des copropriétaires est nécessaire pour la constitution de droits de préemption ou d'emption mais aussi pour la création de baux à loyer¹³⁴.

3.4.3.7. Arrêt valaisan : droit d'usage particulier et servitude.

Il est envisageable de constituer des droits d'usage particulier sur une partie commune. Il est donc possible d'établir un droit d'usage de places de stationnement ou d'un jardin sans en faire une servitude. La décision appartient alors à l'assemblée des copropriétaires¹³⁵.

Le tribunal cantonal du Valais a été confronté à un droit d'usage sur une partie commune d'une PPE alors qu'aucune servitude n'avait été constituée. Cet arrêt a repris plusieurs règles importantes : « *les parties communes ne sont pas nécessairement à la disposition de tous les propriétaires d'étages. La communauté des propriétaires d'étages peut en effet accorder à certains de ses membres, en général moyennant contre-prestation, un droit exclusif d'utiliser certaines parties communes, comme une terrasse, une place de parc ou une partie du jardin (...). Un tel droit peut notamment être attribué sous la forme d'une servitude, qui sera réelle si elle est rattachée à une part de PPE ou personnelle (...), ou sous la forme d'un droit personnel, appelé droit d'usage particulier (...). Un droit d'usage particulier peut être accordé individuellement à l'un des copropriétaires ou rattaché à une part d'étage déterminée (...). La constitution d'un droit exclusif sur une partie commune relève de la compétence de l'assemblée des copropriétaires (...). Il peut être prévu directement dans l'acte de constitution de la PPE ou dans un règlement auquel il renvoie ou constitué ultérieurement par une décision des copropriétaires (...). Une telle décision doit en vertu de la loi revêtir la forme écrite qu'elle soit prise par voie de circulation ou oralement au cours d'une assemblée, puis dûment portée au protocole (...).* » « *Selon la jurisprudence, alors même qu'un droit d'usage particulier est rattaché à une part de PPE, le propriétaire peut, sans l'accord de l'assemblée des copropriétaires, le céder à un autre propriétaire d'étage indépendamment de sa part (...). Cette jurisprudence a suscité des critiques dans la doctrine. Certains auteurs considèrent en effet que lorsque le droit d'usage particulier est rattaché à une part de PPE, la cession du droit indépendamment de la part est exclue, sans l'accord de l'assemblée des copropriétaires (...). De l'avis de la doctrine, une telle cession à un tiers non propriétaire d'étage n'est en tout cas pas possible sans l'accord de l'assemblée des copropriétaires (...). Dans un ATF relativement ancien, le Tribunal fédéral, en se fondant sur l'art. 647b al. 1 CC auquel renvoie l'article 712g al. 1 CC, a posé, dans un obiter dictum*, que le propriétaire d'étage au bénéfice d'un droit d'usage particulier ne pouvait louer la partie commune à un tiers sans l'accord de l'assemblée des copropriétaires (ATF 115 II 340). Cette opinion a été saluée par Rey (...), mais*

¹³³ ATF 113 II 157 / JdT 1987 I 660 et cf. STEINAUER, Tome III, n°2657.

¹³⁴ Cf. MOOSER, pp. 113-114 : pour les droits personnels relatifs à l'administration de la PPE ou à des travaux de construction, il faut se référer aux dispositions y relatives dans le cadre de la copropriété ordinaire.

¹³⁵ Cf. MOOSER, pp. 114-115.

critiquée par Zobl, qui défend l'avis contraire (...).» « Selon la jurisprudence développée à l'ATF 122 III 145, un propriétaire d'étage peut céder un droit d'usage exclusif sur une partie commune rattaché à sa part de PPE à un autre propriétaire d'étage, sans lui transférer simultanément sa PPE, créant ainsi une dichotomie entre la titularité de la PPE auquel est rattaché selon l'acte constitutif le droit d'usage particulier et le bénéficiaire effectif de ce droit. Le Tribunal fédéral a en effet considéré que seul comptait le fait que le transfert n'entraîne pas une modification de la nature, du contenu ni du but de l'obligation des autres membres de la communauté, ceux-ci restant exclus dans la même mesure de l'usage particulier réservé au seul copropriétaire autorisé. Dans l'affaire qui nous occupe, la situation est exactement l'inverse du cas de figure examiné dans l'ATF 122 III 145. Les appelés ont transféré la PPE à laquelle était rattaché le droit d'usage particulier tout en le conservant. Le résultat est cependant le même: il n'y a plus identité entre le titulaire de la PPE et le bénéficiaire du droit d'usage. Cependant, celui-ci appartient toujours à des propriétaires d'étage, de sorte que l'obligation des autres membres de la PPE reste identique. La position du débiteur ne se trouve pas péjorée par l'aliénation de la PPE sans le droit d'usage. Au vu de la motivation développée dans l'ATF précité, il faut admettre la licéité du transfert de la PPE sans cession simultanée du droit d'usage, même sans l'accord de l'assemblée des copropriétaires. » « Cela étant, les appelés étaient-ils fondés à louer ces locaux à un tiers? La réponse est négative si l'on suit l'ATF 115 II 340. Cet arrêt, qui n'examine la question que de façon succincte, dans un obiter dictum, n'emporte pas conviction. L'art. 647b al. 1 CC, invoqué dans cette jurisprudence, ne paraît en effet pas faire obstacle à la location d'une partie commune qui fait déjà l'objet d'un droit d'usage particulier. Le but de cette disposition est de protéger les copropriétaires des décisions qui peuvent avoir un impact important sur leurs droits et leurs obligations. S'agissant de la conclusion d'un bail portant sur une partie commune, elle s'explique par le fait que l'octroi d'un droit d'usage à un tiers restreint le droit de chaque copropriétaire sur les locaux objets du bail. Il en va toutefois différemment lorsque la partie commune fait déjà l'objet d'un droit d'usage particulier en faveur d'un propriétaire d'étage. En effet, les autres propriétaires sont déjà limités dans leur jouissance de ces locaux, de sorte que la conclusion d'un bail ne modifie en rien leur situation. S'agissant d'un droit de nature purement obligationnelle, il n'existe pas non plus de risque qu'un tiers non propriétaire acquiert durablement des droits sur une partie commune. En effet, à l'instar du sous-locataire qui doit restituer les locaux à l'échéance du bail principal, si l'assemblée des copropriétaires supprime le droit d'usage particulier, le locataire, indépendamment de toute résiliation du contrat de bail, ne sera plus fondé à invoquer le droit dérivé du propriétaire d'étage pour fonder un droit à la possession des locaux. La location d'une partie commune n'est à cet égard pas comparable à la constitution par le propriétaire au bénéfice du droit d'usage particulier d'une servitude en faveur d'un tiers, cas visé dans l'ATF 115 II 340. En effet, d'une part, personne ne peut céder plus de droits qu'il a lui-même. D'autre part, la constitution d'une servitude suppose la décision unanime de la communauté des propriétaires d'étages (...). En définitive, la Cour de céans considère que les appelés étaient au bénéfice d'un droit d'usage particulier qui les autorisait à louer la réception au recourant. »¹³⁶

¹³⁶ RVJ 2004 p. 290 / (extrait) ZBGR 86 (2005) p. 235. Cet arrêt est souvent cité par la doctrine mais est très technique. Il convient surtout d'en retenir l'esprit et de se souvenir de la distinction entre droit d'usage particulier et servitude.

3.4.4. La gestion d'une part d'étage¹³⁷.

3.4.4.1. Les généralités.

L'article 712a al. 2 CC précise que « *le copropriétaire a le pouvoir d'administrer, d'utiliser et d'aménager ses locaux dans la mesure où il ne restreint pas l'exercice du droit des autres copropriétaires, n'endommage pas les parties, ouvrages et installations communs du bâtiment, n'entrave pas leur utilisation ou n'en modifie pas l'aspect extérieur* ».

Les règles relatives à la gestion d'une part de copropriété ordinaire s'appliquent pour la plupart *mutatis mutandis* à la gestion d'une part d'étage dans une PPE (cf. *supra* 3.3.4)¹³⁸.

Il convient cependant de préciser ci – dessous quelques points sous l'angle, non pas de la PPE dans son ensemble, mais de la part de PPE.

Tout d'abord, il est possible de constituer une PPE avant l'achèvement du bâtiment et, si c'est le cas, le copropriétaire d'étages peut alors disposer de sa part avant que la construction soit terminée¹³⁹.

En outre, « *la structure particulière de la propriété par étages postule que les parts d'étages ne soient pas grevées de droits réels ou personnels qui puissent entrer en collision avec les droits des autres propriétaires d'étages ou qui soient de nature à léser les droits de la communauté en relation avec la chose commune* »¹⁴⁰.

Enfin, « *l'acquéreur de la part d'étage ne devient pas seulement propriétaire foncier. Il devient en outre membre de la communauté des propriétaires d'étages (...)* »¹⁴¹.

3.4.4.2. La constitution de droits réels limités¹⁴².

Une servitude peut être constituée uniquement sur les locaux dont le copropriétaire à l'usage exclusif afin de ne pas affecter les droits des autres copropriétaires. Ensuite, la part d'étage doit se prêter à l'utilisation promise. Enfin, les dispositions topiques relatives aux servitudes doivent être respectées (voir art. 730ss CC)¹⁴³.

Une part d'étage se prête bien à la constitution d'un usufruit ou d'un droit d'habitation (art. 712c al. 2 CC).

¹³⁷ Cf. CARRANZA / MICOTTI, p. 46 pour un schéma sur la part de copropriété ou la part d'étages.

¹³⁸ Cf. STEINAUER, Tome I, n°1202ss. Pour un exemple de vente d'un lot avec un raisonnement sur les défauts de la chose vendue, cf. l'arrêt du Tribunal fédéral du 29 août 2005 4c. 151/2005.

¹³⁹ Cf. MOOSER, p. 119; STEINAUER, Tome I, n°1205a et ATF 107 II 211.

¹⁴⁰ MOOSER, pp. 116.

¹⁴¹ WERMELINGER, p. 184 n°114.

¹⁴² Cf. dans le présent ouvrage, annexe 4.

¹⁴³ Cf. MOOSER, p. 134 et WERMELINGER, p. 171 n°62ss.

Exemples: Un copropriétaire peut constituer une servitude de passage sur sa part d'étage. Si le garage souterrain d'un bâtiment est une unité d'étage de l'immeuble en PPE, il est tout à fait possible de constituer une servitude de passage en faveur des autres unités d'étages ou d'immeubles voisins sur cette unité¹⁴⁴. Il est également possible de constituer un droit d'utilisation d'une piscine ou encore une servitude limitant l'activité commerciale du propriétaire¹⁴⁵.

En revanche, le droit de superficie et le droit de source n'ont, en principe, pas lieu d'être comme pour une part de copropriété¹⁴⁶. L'article 675 al. 2 CC précise que « *les divers étages d'une maison ne peuvent être l'objet d'un droit de superficie* ».

Exemple : Le Tribunal fédéral s'est prononcé sur une PPE sur laquelle un droit de superficie avait été accordé à un tiers. Ce droit prévoyait que la personne tierce pouvait construire un étage supplémentaire. Cela a été considéré comme contraire à l'article 675 al. 2 CC.

« *La seule voie licite consisterait à constituer d'abord avec le tiers une copropriété et à lui attribuer ensuite un étage sous la forme de propriété par étages, à construire même ultérieurement* ». Le Tribunal fédéral a néanmoins précisé *qu'une exception est prévue lorsque la nouvelle habitation à construire est, du point de vue de la technique de construction, tout à fait indépendante de l'immeuble existant et accessible de l'extérieur, sans qu'il soit fait usage des parties communes (escaliers) de l'immeuble en question* »¹⁴⁷.

3.4.4.3. L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs¹⁴⁸.

Il est tout à fait possible de constituer une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs sur une part d'étage (art. 837 al. 1 ch. 3 CC). Il s'agit d'une spécificité de la PPE.

Il faut prêter attention au fait que la règle de l'article 648 al. 3 CC est valable ici comme pour tout autre gage. Cela signifie que l'hypothèque légale de l'article 837 CC ne peut être constituée sur l'immeuble en PPE dès l'instant où une telle hypothèque grève déjà une ou plusieurs parts d'étages.

Exemple : Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se pencher sur une PPE avec constitution d'une hypothèque légale sur plusieurs parts: « *Peter Pfenninger AG fournit des matériaux et du travail pour le système d'aération de l'ensemble immobilier (Überbauung) Darlux à Bergün. L'ensemble comprend quatre bâtiments (134A à 134D). Il est constitué par la suite en propriété par étages (PPE). Pour le solde du prix de l'ouvrage, Peter Pfenninger AG requiert de l'Autorité d'arrondissement de Bergün l'inscription provisoire d'une hypothèque légale d'artisans et entrepreneurs de 40000 fr. grevant, proportionnellement à leur valeur, les unités d'étages des bâtiments 134A et 134C. L'Autorité fait droit à la requête. En temps utile, Peter Pfenninger AG ouvre deux actions dirigées, l'une contre les 23 propriétaires d'unités d'étages du bâtiment 134A (Waltraud Diesing et cons.), l'autre contre la propriétaire des 9 unités*

¹⁴⁴ Cf. MOOSER, p. 135 spéc. note 211.

¹⁴⁵ Cf. MOOSER, p. 135 pour plus de détails et d'autres exemples.

¹⁴⁶ Cf. MOOSER, pp. 135-136 ; WERMELINGER, p. 58 n°40 et p. 71 n°86-87; STEINAUER, Tome I, n°1227a et *idem*, Tome I, n°1127. Cf. ATF 99 Ib 140 / JdT 1973 I 568 ; ATF 130 III 306 / JdT 2004 I 185 et RVJ 2004 p. 290.

¹⁴⁷ ATF 99 Ib 140 / JdT 1973 I 568.

¹⁴⁸ Cf. dans le présent ouvrage, annexe 4.

d'étages du bâtiment 134C (Masse en faillite Bergbahnen- und Restaurationsbetriebe Bergün-Darlux AG). La demanderesse sollicite l'inscription d'hypothèques légales grevant les parts de copropriété des défendeurs en proportion de leur valeur, soit à raison de 65 fr. 07 par millième. Le Tribunal du district de l'Albula puis le Tribunal cantonal des Grisons (arrêt du 24 octobre 1983) admettent la demande, mais seulement à concurrence de 40 fr. par millième. D'où un recours en réforme que le TF a rejeté.*

Motifs:

2. Le Tribunal cantonal admet (avec la demanderesse) que l'installation d'aération ne dessert effectivement que les bâtiments 134A et 134C. Il s'agit néanmoins, dit-il, d'une installation commune. Elle représente une plus-value pour tout l'immeuble, donc un avantage pour tous les propriétaires d'étages de l'ensemble immobilier. L'hypothèque légale du fournisseur doit grever (en principe) toutes les parts de copropriété au prorata de leur valeur, donc à concurrence de 40 fr. par millième, pour une créance de 40000 fr. Les parts des défendeurs seront grevées dans cette mesure-là. Les parts des copropriétaires que la demanderesse n'a pas recherchées (bâtiments 134B et 134D) resteront franches du gage en question.*

3. D'après la demanderesse, un droit de gage légal indirect comme l'hypothèque des entrepreneurs ne doit pas grever toute la chose -- l'immeuble comme tel -- mais bien les parts de copropriété. La majorité des auteurs est de cet avis (...). De même le TF, pour la charge hypothécaire des parts de copropriété en général (...). Aux termes de l'art. 648 al. 3 CC, si des parts de copropriété sont grevées de gage, les copropriétaires ne peuvent plus grever la chose elle-même de tels droits. Cette disposition ne vise-t-elle que les droits de gage conventionnels ou s'étend-elle aux droits de gage légaux? En l'espèce, il n'est pas nécessaire de trancher. Il suffit de constater qu'il est en principe possible de grever d'une hypothèque d'entrepreneur les parts de PPE, proportionnellement à leur valeur.

4. Autre chose est de savoir si, dans tous les cas, l'hypothèque des entrepreneurs grèvera proportionnellement toutes les parts de PPE ou si elle ne pourrait grever que certaines d'entre elles (en l'espèce, celles des bâtiments 134A et 134C).

*a) Dans le système de la PPE, chaque propriétaire d'étage est copropriétaire de tout le bien-fonds (et de ses parties intégrantes comme les bâtiments) mais il a le droit exclusif d'utiliser et d'aménager intérieurement certaines parties (les "parties exclusives") d'un bâtiment (art. 712a al. 1er CC). Le droit exclusif se rapproche d'un droit de propriété proprement dit. L'immeuble en PPE n'en constitue pas moins une unité. Les prestations de l'entrepreneur en accroissent globalement la valeur. Il en va ainsi sans égard à l'avantage direct qu'un propriétaire d'étage déterminé peut en retirer. L'hypothèque de l'entrepreneur devra donc grever toute la chose. **En principe, elle s'étendra dès lors à toutes les parts de copropriété.***

b) Le principe souffre une exception si les travaux de l'entrepreneur portent sur l'aménagement intérieur d'une partie exclusive (par opposition à une "partie commune"; cf. Message du Conseil fédéral du 7 décembre 1962, FF 1962 II 1445 ss, spéc. 1461 ss). Le paiement de ces travaux sera garanti par une hypothèque légale grevant la part de copropriété en question.*

c) La demanderesse prétend déduire de l'art. 712h al. 3 CC une autre exception au principe. Selon le premier alinéa de cette disposition, les copropriétaires contribuent aux charges et frais communs proportionnellement à la valeur de leurs parts. Toutefois, aux termes du troisième alinéa, si certaines parties du bâtiment, certains ouvrages ou installations ne servent

*que très peu ou pas du tout à certains propriétaires, il en est tenu compte dans la répartition des frais. Ainsi -- pour la répartition des frais -- il ne faut pas distinguer seulement entre les travaux exécutés dans les parties exclusives et les travaux exécutés dans les parties communes. Il faut en plus, pour ces derniers, avoir égard au troisième alinéa de l'art. 712h, s'il s'agit d'ouvrages qui ne servent que très peu ou pas du tout à certains propriétaires (...). La demanderesse ne saurait déduire de cette réglementation un argument en sa faveur. L'art. 712h CC a trait à la répartition des frais entre les propriétaires, dans leurs relations internes. Les rapports entre la communauté des propriétaires d'étages, d'une part, et l'entrepreneur qui a exécuté un ouvrage dans une partie commune, d'autre part, sont des rapports externes. **La clé de répartition des frais adoptée par les copropriétaires pour leurs rapports internes (non sans une certaine liberté d'appréciation) ne saurait être opposable à l'entrepreneur.***

5. Selon la juridiction cantonale, l'hypothèque légale s'étend en principe à toutes les unités d'étages de l'ensemble immobilier à raison de 40 fr. par millième. Elle grèvera à concurrence de ce montant les parts des copropriétaires recherchés par la demanderesse. La décision entreprise ne viole pas le droit fédéral. »¹⁴⁹

Les copropriétaires peuvent encore prévoir un droit d'opposition (art. 712c al. 2 CC)¹⁵⁰. En effet, « l'acte constitutif ou une convention ultérieure peut prévoir qu'un étage ne sera valablement aliéné, grevé d'un usufruit ou d'un droit d'habitation ou loué que si les autres copropriétaires n'ont pas, en vertu d'une décision prise à la majorité, formé opposition dans les quatorze jours après avoir reçu communication de l'opération. » L'alinéa 3 précise encore que cette opposition doit être fondée sur un juste motif.

Il faut noter que le délai de quatorze jours est extrêmement court. Il est difficile de réunir l'assemblée des propriétaires d'étages en si peu de temps.

3.4.4.4. Les droits personnels¹⁵¹.

Le copropriétaire d'étage peut créer des droits personnels au même titre qu'un copropriétaire ordinaire au sens de l'article 712c CC¹⁵².

Le Code civil n'a pas prévu de droit de préemption légal en cas d'aliénation d'une part d'étage alors qu'il en a prévu un en cas d'aliénation d'une part de copropriété ordinaire. Néanmoins, les copropriétaires d'étages peuvent prévoir un droit de préemption conformément à l'article 712c al. 1 CC¹⁵³.

Enfin, la conclusion d'un bail peut être limitée par un droit d'opposition (art. 712c al. 2 CC) ou être limitée en raison de la destination de la chose telle qu'indiquée, le cas échéant, dans le règlement¹⁵⁴.

¹⁴⁹ ATF 111 II 31 / JdT 1987 I 124. Voir également ATF 125 III 113 / JdT 2000 I 22 résumé par CARRANZA / MICOTTI, p. 37.

¹⁵⁰ Cf. WERMELINGER, p. 175 n° 78ss; STEINAUER, Tome I, n°1226c et dans le présent ouvrage, annexe 4.

¹⁵¹ Cf. dans le présent ouvrage, annexe 4.

¹⁵² Les copropriétaires peuvent constituer un droit de préemption, d'emption ou de réméré sur leur part (art. 712 c CC). Un copropriétaire peut également louer ou prêter cette dernière à un autre copropriétaire ou à un tiers. Cependant, « le droit d'usage particulier ne peut être cédé à une personne qui n'est pas propriétaire d'étages sans l'accord de l'assemblée des propriétaires d'étages » (MOOSER, p. 140). Cf. WERMELINGER, p. 58 n°40.

¹⁵³ Cf. MOOSER, p. 121 et STEINAUER, Tome I, n°1218ss.

¹⁵⁴ Cf. MOOSER, p. 138; WERMELINGER, p. 196 n°163 et 167 ainsi que STEINAUER, Tome I, n°1229.

3.4.4.5. Exemple de cession de droits exclusifs et de droit de stationnement à usage particulier dans le cadre d'une PPE¹⁵⁵.

« Immeuble appartenant à une société anonyme comprenant des appartements et des places de stationnement, dix d'entre elles étant couvertes et quatorze en plein air, constitué en copropriété par étages. -- Ventes successives des différentes parts de copropriété par étages avec une ou plusieurs places de stationnement aux acquéreurs qui le désiraient. -- Places restantes vendues avec la dernière part de copropriété à l'acquéreur de cette part. -- Action intentée au dernier acquéreur par la communauté des copropriétaires d'étages qui conteste la validité de la vente des places de stationnement au motif qu'elle n'a pas obtenu le consentement de l'assemblée des copropriétaires d'étages. -- Demande rejetée en première instance, mais admise en appel. -- Recours en réforme du dernier acquéreur admis par le TF. Art. 648, 712b al. 2 ch. 1 et art. 712g CC; art. 164 CO.

Les places de stationnement couvertes d'un immeuble constitué en copropriété par étages peuvent être l'objet d'un droit exclusif si elles forment un tout et sont séparées les unes des autres par un mur ou une grille qui peut être fermée.

Les places de stationnement en plein air peuvent être l'objet d'un droit d'usage particulier qui oblige les autres copropriétaires, en vertu d'une obligation de nature personnelle, à respecter le droit d'usage particulier et à permettre l'utilisation prévue.

Sauf convention contraire, un droit d'usage particulier qui appartient, propter rem*, au propriétaire d'une part de copropriété par étages peut être cédé à un autre copropriétaire sans le consentement de l'assemblée des copropriétaires.

Tribunal fédéral

A. En 1983, la société anonyme B. SA a constitué une propriété par étages (PPE) sur sa parcelle no xx du registre foncier du district de Bellinzone sur laquelle s'élève un immeuble comprenant des appartements. Toutes les places de stationnement sises sur le bien-fonds de base, à savoir dix places couvertes et quatorze places en plein air, ont été concédées en droit d'usage particulier à la part de copropriété par étages no yy, conformément à l'acte constitutif et au tableau d'attribution planimétrique annexé au règlement d'administration et d'utilisation de la propriété par étages, mentionné au registre foncier.

B. SA a vendu ensuite toutes les parts de copropriété par étages en attribuant aux acquéreurs qui le désiraient une ou plusieurs places de stationnement en usage particulier, qu'elle a détachées du feuillet PPE no yy auquel elles avaient été attribuées initialement et les a transférées à la part vendue. Lors de la vente, le feuillet PPE no yy a été amputé des droits d'usage particulier sur les places de stationnement restantes, qui ont été transférées sur le feuillet PPE no xx et, par la suite, sur le feuillet PPE no zz, qui est resté la propriété de B. SA. En 1986, la société a vendu à A. cette dernière part de copropriété dont elle était encore propriétaire et qui comprenait toutes les places de stationnement non encore attribuées, à savoir quatre places couvertes et dix places en plein air. Toutes les nouvelles attributions de places de stationnement ont été mentionnées au registre foncier avec référence aux pièces justificatives.*

¹⁵⁵ ATF 122 III 145 / JdT 1999 I 42.

B. Par demande du 30 octobre 1990, la communauté des copropriétaires d'étages a ouvert contre les copropriétaires titulaires de droits d'usage particulier sur des places de stationnement, leurs ayants cause et la société anonyme susmentionnée, une action tendant à ce que les contrats de vente portant sur les places de stationnement soient déclarés nuls et le conservateur du registre foncier invité à corriger les mentions inscrites en ce sens que toutes les places de stationnement soient attribuées au feuillet PPE no yy, subsidiairement à ce qu'il soit constaté que les transferts de propriété des places de stationnement avaient été effectués en violation du règlement. Par jugement du 29 novembre 1993, le préteur du district de Bellinzone a rejeté la demande. Statuant le 31 octobre 1995, sur un appel de la demanderesse, la Ire Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin a admis l'appel et adjugé à la recourante ses conclusions principales.

C. Agissant par la voie d'un recours en réforme, A. requiert le TF de rejeter la demande. La demanderesse a conclu au rejet du recours et à la confirmation de l'arrêt entrepris.

Considérant en droit:

3. a) Les places de stationnement en plein air ne peuvent pas être l'objet d'un droit exclusif du moment qu'elles constituent impérativement des parties communes en vertu de l'art. 712b al. 2 ch. 1 CC (...). Les places couvertes ne peuvent être l'objet d'un droit exclusif que si elles sont isolées les unes des autres par des murs ou pour le moins par des grilles qui peuvent être fermées (...).

b) Dans la réalité, il arrive souvent que le promoteur d'un immeuble destiné à la propriété par étages se réserve, dans l'acte constitutif de la PPE, quelques droits de stationnement à usage particulier qu'il transférera ensuite, selon les demandes des intéressés et en règle générale moyennant contre-prestation, au moment de la vente des différentes parts de copropriété par étages. Le droit d'usage particulier sur la place de stationnement est ainsi déterminé par l'acte de vente des différentes parts de copropriété par étages. Selon la doctrine, il n'est pas nécessaire que, dans l'acte constitutif de la propriété par étages, tous ces droits d'usage particulier soient attribués à une part de copropriété par étages, comme cela a été fait dans le cas présent, mais il suffit qu'une telle faculté soit prévue dans le règlement (...). Un tel système permet de tenir compte, au fur et à mesure que l'on vend les différentes parts de copropriété par étages, des besoins individuels des acquéreurs (...); il entraîne toutefois comme conséquence que toutes les places de stationnement non encore attribuées au jour de la vente de la dernière part de copropriété par étages restent, comme en l'espèce, à l'acquéreur de cette part.

4. a) En revanche, le TF n'a pas encore eu l'occasion de décider si un droit d'usage particulier peut aussi être cédé par chaque copropriétaire et, le cas échéant, si une pareille cession exige le consentement de l'assemblée des copropriétaires. Dans l'arrêt publié in ATF 115 II 340, non traduit au JdT, mais traduit dans la Semaine judiciaire 1990 p. 125, il a laissé indécis le point de savoir si, en principe, un copropriétaire peut céder un tel droit à des tiers étrangers à la communauté des copropriétaires sans transférer en même temps au même sujet de droit sa propre part de copropriété. Il a néanmoins souligné qu'une transaction de ce genre ne pouvait être opérée sans le consentement de l'assemblée des copropriétaires. Il s'agit en effet d'éviter que des tiers étrangers à la communauté des copropriétaires puissent acquérir des droits avec effet réel qui s'exercent sur des parties communes avec l'accord d'un seul copropriétaire. En effet, selon l'art. 648 al. 2 CC, il faut le consentement de tous les copropriétaires pour constituer de tels droits, à moins que les copropriétaires n'aient unani-

mement adopté d'autres règles à cet égard (c. 2c).

b) Les droits d'usage particulier sont des droits d'utilisation sur une partie commune qui ont une fonction exclusive à l'encontre des autres copropriétaires non autorisés; ceux-ci sont tenus, sur la base d'une obligation personnelle, de respecter le droit d'usage particulier et d'en permettre l'utilisation prévue (...). Les droits d'usage particulier ne sont pas des droits réels, mais des droits personnels renforcés, parce qu'ils sont fixés dans le règlement d'une copropriété et produisent des effets assez semblables aux droits réels (...). Lorsque, comme en l'espèce, la titularité d'un droit d'usage particulier est établie en relation avec la propriété de telle ou telle part de copropriété par étages, on est en présence d'une obligation réelle ou obligation propter rem (...). En cas de transfert du droit réel dont la titularité détermine le bénéficiaire du droit personnel propter rem, la cession de celui-ci ne résulte pas des art. 164 ss CO, puisque la créance propter rem suit, en pareil cas, le droit réel (...). Les art. 164 ss CO sont en revanche applicables à la cession d'une créance propter rem sans transfert du droit réel auquel elle est liée.

c) Selon l'art. 164 al. 1er CO, le créancier peut céder son droit à un tiers sans le consentement du débiteur, à moins que la cession ne soit interdite par la loi, la convention ou la nature de l'affaire. Aucune disposition légale n'empêche la cession entre copropriétaires d'étages d'un droit d'usage particulier sur une partie commune. Il ne résulte pas non plus des constatations de l'autorité cantonale qu'une telle cession soit interdite par le règlement d'administration et d'utilisation de la propriété par étages. Il faut examiner par conséquent si une telle cession est exclue par la nature de l'affaire. Selon la jurisprudence, la cession d'un droit sans le consentement du débiteur est interdite à ce titre lorsque la créance est si intensément liée à la personne du créancier que la substitution d'une autre personne à celui-ci impliquerait un changement du caractère, du contenu ou du but de l'obligation; en particulier, la cession est exclue quand le changement de créancier emporte une aggravation de la situation du débiteur (...).

Un droit d'usage particulier concédé au propriétaire d'une unité spécifique de la copropriété sur une partie commune a pour unique effet d'en exclure -- dans la mesure fixée par l'extension de ce droit -- l'utilisation par les autres copropriétaires, en dérogation à l'art. 648 al. 1er CC. Un changement du titulaire d'un tel droit au sein de la communauté des copropriétaires d'étages ne modifie ni la nature, ni le contenu, ni le but de l'obligation des autres membres de la communauté; ceux-ci restent exclus dans la même mesure de l'usage particulier réservé au seul copropriétaire autorisé (...). La circonstance que la cession d'un droit d'usage particulier à un autre copropriétaire pourrait perturber l'équilibre à l'intérieur de la communauté des copropriétaires (...) n'est pas décisive. En effet, s'il est vrai que la copropriété par étages présente, outre une composante réelle, également une composante personnelle ou communautaire (...), il est vrai d'autre part que sa fonction se limite à la disposition, à l'utilisation, à l'administration et à l'entretien de la valeur économique du bien immobilier commun (...). Le lien institué par la loi entre les copropriétaires par étages n'est pas si étroit qu'il implique l'approbation par l'assemblée des copropriétaires de chaque acte propre à modifier l'équilibre à l'intérieur de la communauté. En outre, contrairement à l'aliénation partielle d'une part de copropriété, qui suppose nécessairement -- étant donné le lien indissoluble entre la part de copropriété et le droit exclusif -- l'aliénation simultanée d'une part de copropriété (...), la cession d'un droit d'usage particulier de nature personnelle ne requiert pas l'aliénation d'une part de copropriété. Celle-ci ne comporte cependant pas impérativement une modification de la valeur des parts qui exigerait, pour être valable, outre le consentement de toutes les personnes directement intéressées, l'approbation de l'assemblée des copropriétaires (art.712e al.

2 CC).

d) Il découle de ces considérations que le propriétaire d'une part de copropriété par étages qui est titulaire, propter rem, d'un droit d'usage particulier sur une partie commune peut céder ce droit à un autre copropriétaire par étages sans le consentement de l'assemblée des copropriétaires, sauf convention contraire. Une cession de ce genre n'est interdite ni par la loi, ni par la nature des rapports entre les copropriétaires d'étages. C'est dès lors à tort que la Cour cantonale a admis les conclusions de la demande et ordonné au conservateur du registre foncier de Bellinzone de biffer des feuillets des différentes parts de copropriété par étages de l'immeuble de base no xx du registre foncier du district de Bellinzone les mentions relatives aux droits d'usage particulier sur les places de stationnement. L'arrêt entrepris doit dès lors être réformé en ce sens que la demande est rejetée. Il devient par conséquent superflu d'examiner si les autres griefs soulevés par la recourante, notamment ceux qui ont trait au prétendu défaut de légitimation active de la demanderesse et à l'abus de droit de celle-ci. »¹⁵⁶

3.4.4.6. Vente d'une part d'étage.

Un propriétaire d'étage peut parfaitement vendre sa part à un tiers. Ce dernier doit prêter attention au fait que, certes il acquiert un bien, mais il prend la place de l'ancien propriétaire d'étage (le vendeur).

Cela n'est pas sans conséquences. Il devra notamment respecter le règlement d'administration de la PPE.

3.5. Propriété commune (art. 652ss CC).

3.5.1. La structure de la propriété commune.

La propriété commune ne peut être constituée pour elle – même puisqu'elle est « *toujours liée à une communauté préexistante entre les intéressés* »¹⁵⁷.

3.5.2. L'objet de la propriété commune.

L'objet de la propriété commune est chacune des choses qui font partie de son patrimoine prises individuellement¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Une obligation réelle ou *propter rem* est une obligation où la qualité de débiteur est liée à la titularité d'un droit sur l'immeuble. Exemple : si une servitude de passage permet à A de passer sur le chemin de son voisin B., A doit entretenir le chemin. Il s'agit d'une obligation *propter rem*. Si la servitude est transférée, l'obligation réelle l'est également.

¹⁵⁷ STEINAUER, Tome I, n°1372.

¹⁵⁸ Cf. STEINAUER, Tome I, n°1372.

3.5.3. La gestion de la propriété commune.

Au sens de l'article 653 al. 1 et 2 CC, les « communistes » peuvent aliéner la chose s'ils sont unanimement d'accord et que la communauté dont ils font partie n'obéit pas à d'autres règles. Dès le moment où la chose est aliénée, la propriété commune s'éteint (art. 654 al. 1 CC)¹⁵⁹.

3.5.4. La gestion d'une quote – part ?

Le communiste n'a pas une quote – part dont il peut disposer (art. 653 al. 3 CC). Le droit de chacune des personnes formant la communauté porte sur la chose entière¹⁶⁰.

S'il pouvait aliéner sa part, le communiste perdrait sa qualité de membre de la communauté et donc son droit d'obtenir quelque chose à la liquidation*.

3.5.5. Les règles spécifiques à l'hoirie (*die Erbengemeinschaft*).

3.5.5.1. Les généralités.

La propriété commune est réglementée succinctement par le Code civil. Cela s'explique par le fait que l'article 653 al. 1 CC renvoie aux dispositions légales de la communauté concernée. Il est donc indispensable d'étudier ici en détails un des cas de propriété commune et nous avons choisi l'hoirie¹⁶¹.

L'hoirie est la communauté héréditaire formée par les héritiers entre l'ouverture et le partage d'une succession¹⁶². Les biens dont les héritiers ont hérité sont en propriété commune.

Selon l'article 602 al. 1 CC, « *s'il y a plusieurs héritiers, tous les droits et obligations compris dans la succession restent indivis jusqu'au partage* ». « *Les biens de la communauté héréditaire constituent un patrimoine particulier, juridiquement distinct de celui de chaque héritier. Il s'agit d'une propriété en main commune* ». ¹⁶³

Nous avons vu que les dispositions sur la propriété commune prévoient l'unanimité pour la prise de décisions relatives à l'administration et aux actes de disposition des biens. Le Code civil n'a pas prévu d'exception pour l'hoirie. Toutefois « *le Tribunal fédéral et la doctrine dominante reconnaissent à chaque héritier le pouvoir d'agir de son propre chef pour le compte de la communauté dans les cas d'urgence* ». ¹⁶⁴

Si les héritiers n'arrivent pas à s'entendre sur l'administration de l'héritage, l'un d'entre eux peut demander au juge de leur désigner un représentant (art. 602 al. 3 CC). Ils peuvent égale-

¹⁵⁹ Cf. STEINAUER, Tome I, n°1376 et 1383ss.

¹⁶⁰ Cf. STEINAUER, Tome I, n°1381.

¹⁶¹ Cf. STEINAUER, Tome I, n°1382. Notre choix s'est porté sur l'hoirie car il est courant de trouver des biens fonciers dans la succession d'un défunt, biens qui doivent être transférés dans le patrimoine des héritiers. Nous aurons l'occasion d'étudier la société simple, la société en nom collectif et la société en commandite dans le chapitre consacré aux sociétés commerciales ; cf. dans le présent ouvrage, chapitre VIII.

¹⁶² Cf. GUINAND/STETTLER, n°451.

¹⁶³ GUINAND/STETTLER, n°452.

¹⁶⁴ GUINAND/STETTLER, n°455.

ment recourir à un représentant conventionnel ou désigner l'un d'entre eux comme représentant. En outre, si un exécuteur testamentaire a été désigné, il doit se charger de l'administration de la communauté¹⁶⁵.

3.5.5.2. Les actes de disposition.

Il est impossible de céder sa qualité d'héritier. En revanche, un héritier peut céder une créance en liquidation future à un tiers (art. 635 CC). Le tiers ne devient pas héritier mais acquiert un droit personnel contre le cédant. Ce dernier devra remettre les biens au cessionnaire lors du partage de la succession, instant à part duquel il n'y aura plus d'hoirie¹⁶⁶.

3.5.5.3. Cas pratique.

Le Tribunal fédéral s'est prononcé récemment sur le cas d'une hoirie et a rappelé quelques principes de base repris dans un extrait de considérants : « *après le décès de T, son épouse et sa fille ont acquis de plein droit les droits et obligations découlant du bail à loyer en question. La succession n'ayant pas été partagée, les héritières forment une communauté héréditaire, soit un bail commun, et doivent prendre unanimement leurs décisions concernant les biens de la succession. L'épouse et sa fille doivent dès lors agir en commun pour requérir l'annulation du congé ou la prolongation du bail. Un membre de l'hoirie ne peut agir séparément qu'en cas d'urgence, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Il ne se justifie donc aucunement de se départir du principe de l'unanimité.* »¹⁶⁷

¹⁶⁵ Cf. GUINAND/STETTLER, n°453 s.

¹⁶⁶ Cf. GUINAND/STETTLER, n°460. En – dehors du respect des règles du Code civil relatives aux propriétés collectives, toute personne ou collectivité doit respecter les conditions requises pour chacun des actes étudiés au cours de cet article. Par exemple, le transfert de la propriété d'un immeuble ou d'une part ou encore la constitution de droits réels limités sur ceux – ci nécessitent un titre d'acquisition et une opération d'acquisition ; cf. MOOSER, pp. 101-102. WERMELINGER, p. 59 n°44 rappelle, en outre, que ces actes doivent être effectués dans le respect de l'aménagement du territoire et de la police des constructions.

¹⁶⁷ Arrêt du Tribunal fédéral du 30 mai 2002 4c. 37 / 2001. Extrait des considérants Assistalex 2001 n°8661.

IV. LES PERSONNES MORALES (*DIE JURISTISCHE PERSON*)

4.1. *La définition de la personne morale.*

Une personne morale est une entité juridique, pourvue de la jouissance et de l'exercice des droits civils*, qui va individualiser soit un groupement de personnes soit une masse de biens affectée à un but particulier¹⁶⁸.

La copropriété ordinaire (art. 646ss CC), la propriété par étages (712a ss CC), la propriété commune (art. 652ss CC) ainsi que la société simple (art. 530ss CO) n'ont pas la personnalité juridique* et ne sont donc pas des personnes morales. Ce sont les personnes qui composent ces entités juridiques qui sont titulaires de droits et d'obligations et non les entités juridiques elles – mêmes.

Les sociétés en commandites (SC, art. 562 CO) et les sociétés en nom collectif (SNC, art. 602 CO) font partie d'une catégorie intermédiaire dans la mesure où elles ont des attributs de personnalité. Elles peuvent notamment poursuivre, être poursuivies et agir en justice même si elles n'ont pas la pleine personnalité juridique. Les juristes parlent à ce sujet de « quasi-personnalité juridique »¹⁶⁹.

4.2. *La classification des personnes morales.*

Il faut tout d'abord distinguer les corporations* (*Körperschaften*) des établissements* (*Anstalten*).

Les corporations sont des groupements de personnes qui se proposent d'atteindre un but déterminé en se dotant d'une organisation appropriée. Les corporations sont donc constituées de personnes ou de membres¹⁷⁰.

Les établissements, quant à eux, sont des masses de biens individualisées au service d'un but particulier. Il n'y a donc pas de membres¹⁷¹.

¹⁶⁸ La *jouissance des droits civils* et l'*exercice des droits civils* sont les composantes de la personnalité juridique aussi bien pour une personne physique (un individu) que pour une personne morale. Cela signifie que ces personnes morales (associations, fondations, sociétés commerciales, etc...) peuvent accomplir des actes juridiques qui produisent des effets et ester en justice. Nous aurons l'occasion de revenir sur ces notions.

¹⁶⁹ Nous étudierons la société simple dans le chapitre consacré à la SNC et la SC même s'il ne s'agit pas d'une personne morale. En effet, la SNC et la SC sont régies par des dispositions spécifiques mais ces dernières renvoient souvent aux dispositions régissant la société simple. Cf. dans le présent ouvrage, chapitre VIII.

¹⁷⁰ Cf. HAUSHEER / AEBI – MÜLLER, p. 271 n°17.31 et RIEMER, p. 186 n°482s.

¹⁷¹ Cf. HAUSHEER / AEBI – MÜLLER, p. 271 n°17.32 et RIEMER, p. 186 n°484.

Il s'agit maintenant de donner quelques exemples de corporations et d'établissement aussi bien de droit privé que de droit public¹⁷².

➤ *Corporations de droit privé :*

- *fédérales et à but économique* : les sociétés anonymes (SA ; art. 620 CO), les sociétés à responsabilité limitée (SARL ; art. 772 CO) et les coopératives (Coop. ; art. 828 CO) ;
- *fédérales et à but non – économique* : les associations (art. 60 CC) ; et
- *cantoniales* : les sociétés d'allmends (voir art. 59 / 3 CC).

➤ *Etablissements de droit privé* : les fondations (art. 80ss CC)

➤ *Corporations de droit public :*

- *fédérales* : la Confédération ;
- *cantoniales* : les cantons ; et
- *communales* : les communes

➤ *Etablissements de droit public :*

- *fédéraux* : Pro Helvetia ;
- *cantonaux* : l'Université, l'hôpital et l'aéroport ;
- *communaux* : envisageable. Pas d'exemple.

4.3. La réglementation générale des personnes morales.

Les personnes morales bénéficient toutes de dispositions spécifiques dans le Code civil, le Code des obligations ou encore en droit public. Le législateur a néanmoins estimé qu'une partie générale relative aux personnes morales était nécessaire. Il s'agit des articles 52ss CC.

4.3.1. La personnalité juridique des personnes morales (art. 52 CC).

La personnalité juridique est composée de la *jouissance des droits civils** et de l'*exercice des droits civils**. La jouissance des droits civils (capacité civile passive*) est la capacité de devenir sujet de droits et d'obligations indépendamment de tout comportement. L'exercice des droits civils (capacité civile active*) est la capacité de produire des effets juridiques par ses propres actes. Cela comprend notamment le droit de conclure des actes juridiques et d'ester en justice*.

Toute personne physique*, tout être humain, a la jouissance des droits civils (art. 11 CC). En revanche, certaines conditions doivent être remplies pour bénéficier également de l'exercice des droits civils et donc de la pleine personnalité juridique (art. 12 CC). En effet, il faut être

¹⁷² Cf. dans le présent ouvrage, annexe 5.

majeur* (art. 14 CC), avoir la capacité de discernement (art. 16 CC) et ne pas être interdit* (art. 17 et 368ss CC : ne pas être sous tutelle*, p.ex.). Si un de ces éléments fait défaut, la personne physique ne peut accomplir que certains actes ou aucun acte sans le consentement d'un représentant légal* (p. ex. un tuteur).

Les personnes morales ont la personnalité juridique ce qui leur permet d'accomplir des actes juridiques. En revanche, elles ne l'acquièrent pas comme une personne physique. En effet, elles ont la pleine personnalité juridique lorsqu'elles sont constituées conformément à la loi.¹⁷³

« *Les sociétés organisées corporativement, de même que les établissements ayant un but spécial et une existence propre, acquièrent la personnalité en se faisant inscrire au registre du commerce** » (art. 52 al. 1 CC). Les corporations et les établissements de droit public, les associations qui n'ont pas un but économique, les fondations ecclésiastiques* et les fondations de famille n'ont pas besoin de s'inscrire au registre du commerce pour avoir la personnalité juridique (art. 52 al. 2 CC).

Exemples : Une association, une fondation, une SNC, une SC, une SA, une SCA, une SARL et une Coop. peuvent acquérir des biens et en devenir propriétaires, constituer des droits réels limités et disposer de leur patrimoine. En outre, les personnes morales peuvent agir en justice. Il faudra alors simplement consulter les codes de procédure pour savoir si, dans un cas d'espèce, elles remplissent les conditions pour agir.

Les personnes morales qui poursuivent un but illicite ou contraire aux mœurs peuvent perdre leur personnalité juridique et être dissoutes (art. 52 al. 3 CC)¹⁷⁴.

4.3.2. La jouissance des droits civils d'une personne morale (*die Rechtsfähigkeit*, art. 53 CC).

Les personnes morales ont la jouissance des droits civils. Ainsi elles « *peuvent acquérir tous les droits et assumer toutes les obligations qui ne sont pas inséparables des conditions naturelles de l'homme, telles que le sexe, l'âge ou la parenté* » (art. 53 CC)¹⁷⁵.

Contre – exemple et exemples : une personne morale ne peut pas se marier puisqu'il s'agit d'un acte intimement lié aux conditions naturelles d'une personne physique.¹⁷⁶

En revanche, une personne morale peut devenir sujet de droits et d'obligations notamment en matière de droits réels (propriété, possession, servitude et gages) ou encore de procédure avec

¹⁷³ Cf. dans le présent ouvrage, chapitres V et suivants.

¹⁷⁴ L'article 52 al. 3 CC énonce expressément que ces sociétés n'acquièrent tout simplement pas la personnalité juridique. Mais dans un de ses arrêts (ATF 107 Ib 12 / JdT 1983 I 142), le Tribunal fédéral a été confronté à une société qui ne respectait pas la Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par les étrangers (LFAIE). Il a précisé que cette société devait être dissoute conformément à l'article 52 al. 3 CC mais qu'elle avait la personnalité juridique dans la mesure où elle avait été inscrite valablement au Registre du commerce. Elle avait donc la qualité pour recourir.

¹⁷⁵ Cf. STEINAUER, Personnes physiques, p. 17 n°41.

¹⁷⁶ Cf. VAN DER MEER / PERREN, pp. 138s. Nous étudierons la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (ci – après LFus) dans le chapitre XIV. La fusion de deux personnes morales n'a aucun rapport avec le mariage régi par le Code civil qui ne peut concerner que deux personnes physiques.

la possibilité d'être partie à un procès ou à une poursuite. Ainsi, une personne morale peut, par exemple, être propriétaire d'un immeuble¹⁷⁷.

« La jouissance des droits civils existe indépendamment de tout comportement de son titulaire et elle est reconnue même si le titulaire est dans l'impossibilité d'agir. »¹⁷⁸

4.3.3. L'exercice des droits civils d'une personne morale (*die Handlungsfähigkeit*, art. 54 CC).

« La capacité civile active est l'aptitude à faire produire à un comportement déterminé des effets juridiques (voulus ou non). »¹⁷⁹ Une personne physique a l'exercice des droits civils lorsqu'elle est majeure, capable de discernement et pas interdite (art. 12ss CC)¹⁸⁰. Les personnes morales ont cette capacité mais sur la base d'un autre critère.

En effet, « les personnes morales ont l'exercice des droits civils dès qu'elles possèdent les organes que la loi et les statuts* exigent à cet effet » (art. 54 CC). Le groupe de personnes ou la personne physique formant la personne morale ne peut être considérée comme un organe. En effet, un organe* est formé « de personnes ou de groupes de personnes qui, de par la situation qu'ils occupent dans l'affaire et les pouvoirs qui leurs sont dévolus par les statuts ou les règles qui régissent l'organisation interne de l'affaire, participent effectivement et d'une façon décisive à la formation de la volonté sociale* ». ¹⁸¹

La personne morale exprime donc sa volonté par le biais de ses organes (art. 55 al. 1 CC). La personne morale est responsable des actes de ces derniers (art. 55 al. 2 CC). Toutefois, pour que les actes des organes engagent la personne morale, « il faut que l'organe ait agi comme tel, c'est – à – dire que le dommage soit la conséquence d'opérations qui, vu la nature de l'organe, soient de sa compétence ». De plus, la responsabilité des organes peut s'ajouter à celle de la personne morale (art. 55 al. 3 CC).

Exemple : Une personne morale a la capacité civile et peut par conséquent acquérir un immeuble afin d'en devenir propriétaire¹⁸².

4.3.4. Dévolution des biens d'une personne morale à la corporation publique (art. 57 CC).

Si la personne morale est dissoute (prend fin) et que rien n'a été prévu s'agissant de son patrimoine dans les statuts, les actes de fondation ou les actes des organes compétents, les biens reviennent à la corporation publique dont la personne morale relève. Il peut s'agir d'une autorité fédérale, cantonale ou communale (art. 57 al. 1 CC).

¹⁷⁷ Cf. RUEDIN, p. 127 n°667.

¹⁷⁸ STEINAUER, Personnes physiques, p. 17 n°37.

¹⁷⁹ STEINAUER, Personnes physiques, p. 22 n°55.

¹⁸⁰ Cf. STEINAUER, Personnes physiques, pp. 25ss n°71ss.

¹⁸¹ VAN DER MEER / PERREN, p. 139 et ATF 122 III 225 / JdT 1997 I 195 qui distingue clairement les organes des auxiliaires.

¹⁸² Cf. RUEDIN, p. 129 n°673 qui donne en exemple l'acquisition d'ordinateurs.

L'autorité compétente doit essayer, dans la mesure du possible, de gérer ces biens en fonction de leur destination originaires (art. 57 al. 2 CC).

En outre, « *la dévolution au profit d'une corporation publique aura lieu, nonobstant toute autre disposition, si la personne morale est dissoute parce que son but était illicite ou contraire aux mœurs* » (art. 57 al. 3 CC).

4.3.5. Les personnes morales régies par le Code civil.

Nous allons étudier ci-après les personnes morales auxquelles le Code civil consacre des dispositions spécifiques, à savoir les associations (art. 60ss CC) ainsi que les fondations (art. 80ss CC).

Nous mentionnons ici pour mémoire l'existence de l'article 59 CC qui procède à plusieurs renvois. L'article 59 al. 1 CC précise que « *le droit public de la Confédération et des cantons demeure réservé pour les corporations ou les établissements qui lui sont soumis et pour ceux qui ont un caractère ecclésiastique* ». L'alinéa 2 renvoie, quant à lui, au droit des sociétés (CO) pour les organisations corporatives qui ont un but économique. Enfin, l'alinéa 3 renvoie au droit cantonal pour les sociétés d'allmends et les autres sociétés de droit civil cantonal.

V. PERSONNES MORALES DU CODE CIVIL: LES ASSOCIATIONS (*DIE VEREINE* ; ART. 60SS CC)

5.1. Définition de l'association.

L'association est une corporation de droit privé régie par le Code civil et plus spécifiquement « *ein Zusammenschluss von mindestens zwei oder mehreren natürlichen oder juristischen Personen aufgrund schriftlicher Statuten zur gemeinsamen Verfolgung ideeller Ziele mit gemeinsamen Mitteln* »¹⁸³.

La caractéristique fondamentale d'une association est la poursuite d'un but idéal qu'il soit politique, religieux, scientifique ou encore artistique (art. 60 al. 1 CC)¹⁸⁴.

L'association peut exercer une activité commerciale mais seulement en vue d'atteindre le but idéal qu'elle s'est fixée. Le commerce ne doit pas être une fin en soi. La structure de l'association n'a, en effet, pas été conçue pour une telle activité. Il faut laisser ce type d'activités aux sociétés commerciales soumises aux règles du CO (voir art. 61 al. 2 CC)¹⁸⁵.

La jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière a souvent fluctué. Pendant longtemps, il a admis que les associations puissent exercer une activité en la forme commerciale. Dans l'arrêt *Miniera* (1962)¹⁸⁶, il a changé de politique et a estimé qu'une association devait poursuivre un but purement idéal. Enfin, il a rétabli sa jurisprudence antérieure dans un arrêt consacré à l'Association suisse des fabricants de cigarettes, en 1964, et a ainsi jugé que « *l'association n'a un but économique – qui l'empêche d'acquérir la personnalité morale – que si elle exerce elle – même une industrie en la forme commerciale* »¹⁸⁷. « *Cela signifie que ces associations, organisations professionnelles, patronales, ouvrières, cartels, etc. ont pour but, selon leurs statuts et en réalité, la défense des intérêts économiques communs de leurs membres. Ceux – ci ne se partagent cependant pas des « bénéfiques* »* »¹⁸⁸. Les intérêts économiques communs des membres étaient, en l'espèce, la réglementation des conditions de vente et la fixation des prix obligatoires des produits fabriqués par les membres de l'association.

Les associations qui exercent une industrie en la forme commerciale (comme moyen) ont l'obligation de s'inscrire au registre du commerce (art. 61 al. 2 CC). Les autres associations peuvent le faire mais n'y sont pas contraintes (art. 61 al. 1 CC)¹⁸⁹.

La doctrine considère que les personnes préparant la « naissance » de l'association forment une société simple et doivent donc obéir aux articles 530ss CO jusqu'à que l'association soit constituée¹⁹⁰.

¹⁸³ VAN DER MEER / PERREN, p. 146.

¹⁸⁴ Cf. VAN DER MEER / PERREN, p. 144.

¹⁸⁵ Cf. PERRIN, pp. 22ss et VAN DER MEER / PERREN, pp. 144 et 145.

¹⁸⁶ ATF 88 II 209 / JdT 1963 I 109.

¹⁸⁷ ATF 90 II 333 / JdT 1965 I 201, (citation tirée du Regeste). L'arrêt porte également sur la problématique des cartels.

¹⁸⁸ PERRIN, p. 24 et cf. VAN DER MEER / PERREN, p. 145.

¹⁸⁹ Cf. PERRIN, pp. 42ss.

¹⁹⁰ Cf. PERRIN, pp. 54ss et dans le présent ouvrage, chapitre VIII.

5.2. *Législation relative à l'association.*

L'association est régie par les articles 60ss CC¹⁹¹. Les statuts peuvent prévoir d'autres règles quant à l'organisation de l'association ou ses rapports avec les sociétaires mais ils doivent respecter les dispositions impératives de la loi (art. 63 CC)¹⁹².

5.3. *Constitution et personnalité juridique de l'association.*

La constitution d'une association obéit à deux conditions :

- a) Il faut tout d'abord la *volonté de créer* une telle institution (art. 60 al. 1 CC). Par conséquent, il faut des membres fondateurs. L'association est en effet constituée de membres contrairement à la fondation qui est une masse de biens¹⁹³.
- b) Ensuite, il est nécessaire de rédiger et d'adopter des *statuts* destinés à régler le fonctionnement de l'association. Les statuts doivent contenir des indications sur le but, les moyens de l'atteindre ainsi que l'organisation de l'association (art. 60 al. 2 CC). La loi n'impose pas la mention dans les statuts du nom et du siège de l'association mais, en pratique, les fondateurs préfèrent faire figurer ces informations. Par ailleurs, la majorité des auteurs considèrent que ces renseignements devraient obligatoirement être mentionnés dans les statuts¹⁹⁴.

Une fois que l'association est constituée, elle acquiert la personnalité juridique (cf. *supra* 4.3.1). Si l'« association » ne remplit pas ou pas encore les conditions requises, elle est assimilée à une société simple (art. 62 CC qui renvoie aux art. 530ss CO)¹⁹⁵.

5.4. *Organisation de l'association.*

Une association a l'obligation légale d'avoir au moins deux organes, c'est – à – dire l'assemblée des associés et la direction*. Elle peut librement créer d'autres organes (p. ex. une commission) si elle le souhaite.

5.4.1 L'assemblée générale* de l'association (AG ; *die Mitgliederversammlung*).

5.4.1.1. Définition et convocation.

L'assemblée générale est l'organe suprême de l'association (art. 64 al. 1 CC)¹⁹⁶. Elle peut regrouper tous les membres mais, surtout dans les grandes associations, il est souvent plus

¹⁹¹ Cf. VAN DER MEER / PERREN, p. 144.

¹⁹² Cf. PERRIN, pp. 60ss et RIEMER *ad* art. 63 n°33 et 34. Selon PERRIN, les dispositions suivantes sont impératives : art. 60, 64 al. 1 et 3, 65 al. 3, 68, 70 al. 2, 75 et 76 CC.

¹⁹³ Cf. PERRIN, pp. 26ss et VAN DER MEER / PERREN, p. 146.

¹⁹⁴ Cf. PERRIN, pp. 29ss et VAN DER MEER / PERREN, p. 146 et pp. 148s.

¹⁹⁵ Cf. PERRIN, pp. 50ss ; VAN DER MEER / PERREN, p. 146 et dans le présent ouvrage, chapitre VIII.

¹⁹⁶ Cf. PERRIN, p. 66.

pratique de désigner des délégués¹⁹⁷. Les associations choisissent aussi parfois d'avoir recours au vote par correspondance.

L'assemblée générale est convoquée par la direction (art. 64 al. 2 CC), mais la loi ne dit pas à quelle fréquence. En pratique, les statuts prévoient généralement que l'assemblée générale est convoquée une fois par an. Il peut aussi y avoir des séances extraordinaires si le besoin s'en fait ressentir. En outre, l'assemblée générale doit être convoquée lorsque 20% des sociétaires en font la demande (art. 64 al. 3 CC)¹⁹⁸.

« *La violation des prescriptions statutaires ou légales qui concernent les modalités évoquées ci – dessus peut être « guérie » par la présence et l'accord de tous les sociétaires.* »¹⁹⁹ Ainsi, si tous les sociétaires sont présents, la décision prise par l'assemblée générale est valable alors même que les conditions exigées par la loi ou les statuts ne sont pas respectées.

5.4.1.2. Compétences.

Les compétences de l'assemblée générale sont régies par l'article 65 CC qui n'est cependant pas exhaustif. Cet organe a quatre types de pouvoirs²⁰⁰ :

- *un pouvoir constitutif* : l'assemblée générale crée l'association et peut également la dissoudre (art. 76 CC) ;
- *un pouvoir législatif* : l'assemblée générale adopte et modifie les statuts. Elle adopte également des règlements complémentaires ;
- *un pouvoir administratif* : l'assemblée générale règle toutes les affaires qui ne sont pas du ressort des autres organes (art. 65 al. 1 CC). Il est envisageable d'énumérer exhaustivement les tâches de l'assemblée générale dans les statuts.

L'article 65 al. 1 CC présume encore que l'assemblée générale se prononce sur l'admission ainsi que l'exclusion des membres et nomme la direction sauf disposition contraire des statuts.

- *un pouvoir de contrôle* : l'assemblée générale a la possibilité de contrôler l'activité des organes et de les révoquer (art. 65 al. 2 CC). Elle peut ainsi « *évoquer toute question et exiger des explications, des rapports circonstanciés, demander des comptes, etc.* »²⁰¹.

Le plus souvent l'assemblée générale va désigner des vérificateurs pour exercer ce pouvoir de contrôle, les statuts lui réservant néanmoins le vote de la décharge*. Ce dernier est « *une décision d'approbation de la gestion et des comptes. On dit en pratique que l'assemblée générale approuve les « rapports » de gestion et les comptes.*

¹⁹⁷ Cf. PERRIN, p. 68.

¹⁹⁸ Cf. PERRIN, pp. 69 à 72 et VAN DER MEER / PERREN, pp. 150 et 151.

¹⁹⁹ PERRIN, p. 72 : application par analogie de l'article 884 CO régissant les sociétés coopératives.

²⁰⁰ Cf. PERRIN, pp. 75ss et VAN DER MEER / PERREN, p. 150.

²⁰¹ PERRIN, p. 78.

Cette attribution implique évidemment la possibilité de refuser d'approuver les activités des organes contrôlés et de prendre les décisions qui s'en suivent. »²⁰².

L'attribution donnée à l'article 65 al. 2 n'appartient pas impérativement à l'assemblée générale. Seule la révocation pour justes motifs selon l'alinéa 3 relève uniquement de sa compétence. Les statuts peuvent donc donner le pouvoir de révoquer pour des motifs déterminés à un autre organe. PERRIN conseille aux associations de ne pas faire usage de cette possibilité afin d'éviter des conflits de compétence²⁰³.

5.4.1.3. Décisions de l'assemblée générale²⁰⁴.

Le législateur a prévu des cautèles* afin d'assurer la régularité des décisions de l'assemblée générale :

- a) les décisions sont prises en assemblée générale et cette dernière doit être convoquée par la direction (art. 66 al. 1 et 64 al. 2 CC). Cependant, « *la proposition à laquelle tous les sociétaires ont adhéré par écrit équivaut à une décision de l'assemblée générale* » (art. 66 al. 2 CC) ;
- b) les décisions ne peuvent pas porter sur des points qui ne sont pas à l'ordre du jour à moins que les statuts prévoient le contraire (art. 67 al. 3 CC)²⁰⁵ ; et
- c) chaque associé a le droit de participer à l'assemblée générale et de voter (art. 66 al. 1 et 67 al. 1 CC).

Les décisions sont prises à la majorité des voix des membres présents (art. 67 al. 2 CC). « *Ce-la a pour conséquence que les abstentions et les suffrages nuls sont comptés pour le calcul de la majorité. (...) C'est pour cette raison que les statuts des associations prévoient souvent la majorité des votants.* »²⁰⁶ La loi ne précise pas s'il s'agit d'une majorité simple* ou absolue. Cette question est controversée mais PERRIN, reprenant l'opinion d'ENGEL, estime que si la loi n'a pas donné plus de précisions, il s'agit d'une majorité simple²⁰⁷.

Les voix ont toutes la même valeur (art. 67 al. 1 CC). Cet alinéa 1 n'est cependant pas de droit impératif*.

Exemples : Les statuts peuvent prévoir que certaines catégories de personnes sont privées du droit de vote à condition qu'il ne s'agisse pas de discriminations injustifiables. Ils peuvent également conférer un droit de vote plural à certaines catégories de membres (p. ex. : les fondateurs), envisager qu'en cas d'égalité la voix du président soit décisive voire que le droit de vote s'exerce par représentation²⁰⁸.

²⁰² PERRIN, p. 79.

²⁰³ Cf. PERRIN, pp. 79-80.

²⁰⁴ Cf. PERRIN, pp. 83ss.

²⁰⁵ Cf. PERRIN, pp. 100ss.

²⁰⁶ PERRIN, p. 98.

²⁰⁷ Cf. PERRIN, pp. 99-100.

²⁰⁸ Cf. PERRIN, pp. 92ss.

Les statuts peuvent même prévoir un *quorum** auquel cas un minimum de membres doit être présents à l'assemblée générale afin que les décisions puissent être prises valablement²⁰⁹.

Au sens de l'article 68 CC, un associé doit s'abstenir de voter sur une décision qui le touche directement afin d'éviter tout conflit d'intérêt²¹⁰.

Selon l'article 75 CC « *tout sociétaire est autorisé de par la loi à attaquer en justice, dans le mois à compter du jour où il en a eu connaissance, les décisions auxquelles il n'a pas adhéré et qui violent les dispositions légales ou statutaires* »²¹¹.

Le droit de l'associé de contester devant le juge les décisions de l'association est prévu par l'article 75 CC.

Ce droit est soumis à trois conditions²¹² :

- a) *La décision concernée doit avoir été prise par l'assemblée générale. S'agissant des décisions des autres organes, l'article 75 peut être appliqué mais à certaines conditions et notamment à celle d'avoir épuisé toutes les voies de recours internes prévues par l'organisation;*
- b) *La décision doit être contraire à la loi ou aux statuts ; et*

Exemple : le droit de participer à l'assemblée générale ou les modalités du droit de vote ont été violés.

- c) *L'associé n'a pas donné son accord à cette décision.*

Si ces conditions sont remplies, le juge peut prononcer la nullité* ou seulement l'annulabilité* de la décision concernée.

Une décision nulle est dépourvue d'effet *ex tunc*. Cela signifie qu'elle ne peut pas produire d'effets. Par conséquent tous les effets produits par cette décision depuis qu'elle a été prise sont nuls. En revanche, une décision annulée est dépourvue d'effet *ex nunc*. Cela signifie que la décision ne produit plus d'effets dès l'instant où elle a été annulée. Par contre, elle a pu produire des effets valables avant son annulation.

5.4.2. La direction de l'association (*der Vorstand*)²¹³.

5.4.2.1. Importance de la direction et membres de cet organe.

La direction est en quelque sorte l'organe exécutif de l'association. Cet organe, souvent appelé « comité », est indispensable. La preuve en est que l'association doit être dissoute conformément à l'article 77 CC s'il n'y a plus de direction.

²⁰⁹ Cf. VAN DER MEER / PERREN, p. 151.

²¹⁰ Cf. PERRIN, pp. 103ss.

²¹¹ Cf. VAN DER MEER / PERREN, pp. 152 et 153.

²¹² Cf. PERRIN, pp. 172ss.

²¹³ Cf. VAN DER MEER / PERREN, pp. 153 et 154.

Les statuts précisent quels sont les membres de la direction et, le cas échéant, le mode de leur nomination. En règle générale, les membres du comité sont élus par l'assemblée générale mais il est possible de prévoir que certaines personnes soient membres de droit. Même des personnes non – membres de l'association peuvent être élues. La direction peut également désigner ses nouveaux membres²¹⁴.

5.4.2.2. Compétences²¹⁵

La direction gère et administre l'association.

Elle représente également l'association vis – à – vis des tiers (art. 69 CC). « *Cela signifie qu'elle constitue l'organe qui exprime la volonté de l'association lorsque celle – ci souscrit à des actes juridiques qui l'engagent au plan externe.* »²¹⁶

L'assemblée générale de l'association est désignée comme l'organe suprême. Cependant, en pratique, la direction a beaucoup de pouvoir. C'est l'organe qui agit et qui correspond aux organes « exécutifs » au sein des sociétés commerciales.

5.4.2.3. Décisions²¹⁷.

En générale, les décisions au sein de la direction sont prises à la majorité dans la mesure où les statuts ne prévoient pas le contraire (art. 67 al. 2 CC par analogie). Elles peuvent également être prises par voie de circulation.

5.4.2.4. Responsabilité²¹⁸.

« *A l'égard des tiers, le membre de la direction d'une association répond des conséquences et d'une faute commise en qualité d'organe* »²¹⁹ (art. 55 CC et art. 41ss CO).²²⁰

L'article 55 prévoit que l'association répond des actes de ces organes. Ces derniers peuvent néanmoins engager leur responsabilité à ses côtés.

Il est intéressant de noter que si l'assemblée générale vote la décharge, elle exprime sa décision de ne pas se retourner contre ses organes. « *Cette déclaration constitue l'expression de l'intention de ne pas invoquer la responsabilité contractuelle ou délictuelle du ou des membres de l'organe dirigeant.* »²²¹

²¹⁴ Cf. PERRIN, pp. 110ss.

²¹⁵ Cf. PERRIN, pp. 118ss.

²¹⁶ PERRIN, p. 119.

²¹⁷ Cf. PERRIN, pp. 115ss.

²¹⁸ Cf. PERRIN, pp. 122ss.

²¹⁹ PERRIN, p. 122.

²²⁰ Cf. dans le présent ouvrage, chapitre IV.

²²¹ PERRIN, p. 124.

5.4.3. Autres organes de l'association.

Une association est souvent dotée d'un organe statutaire (prévu dans les statuts) chargé de contrôler les comptes de l'association. Il peut également y avoir un secrétaire, des délégués, une commission disciplinaire, des tribunaux d'honneur ou encore des tribunaux arbitraux.²²²

5.5. Les associés d'une association.

5.5.1. Qualité d'associé²²³.

Un associé peut être une personne physique mais également une personne morale. L'associé n'a pas un droit de propriété sur les biens de l'association ou sur l'actif social*. Il n'est d'ailleurs pas responsable pour les dettes et les engagements de l'association.

Personne ne peut être contraint à faire partie d'une association et respectivement aucune association n'a l'obligation d'accueillir un membre en son sein. Il est possible d'être associé dès le départ ou au cours de l'existence de l'association auquel cas une requête d'admission est nécessaire (voir art. 70 al. 1 CC)²²⁴.

Une personne peut perdre sa qualité d'associé :

- a) *par décès* puisqu'il s'agit d'un droit intransmissible ;²²⁵
- b) *par la survenance d'une condition résolutoire*. Les statuts peuvent, en effet, prévoir la perte automatique du sociétariat lorsque des conditions déterminées sont remplies ;

Exemple de condition résolutoire : un changement de profession ou de domicile²²⁶

- c) *par sa démission*. Les statuts peuvent prévoir les modalités de la sortie mais ils doivent de toute façon respecter le délai de six mois prévu par l'article 70 al. 2 CC, cet alinéa étant impératif. Les statuts peuvent être moins exigeants que l'alinéa 2 mais pas davantage ; ou²²⁷
- d) *par son exclusion* (art. 72 CC) : « ¹Les statuts peuvent déterminer les motifs d'exclusion d'un sociétaire ; ils peuvent aussi permettre l'exclusion sans indication de motifs. ²Dans ces cas, les motifs pour lesquels l'exclusion a été prononcée ne peuvent donner lieu à une action en justice. ³Si les statuts ne disposent rien à cet égard, l'exclusion n'est prononcée que par décision de la société et pour de justes motifs. »²²⁸.

Il faut préciser ici que « *les membres sortants ou exclus perdent tout droit à l'avoir social* » (art. 73 al. 1 CC). Les statuts peuvent prévoir des modalités dérogatoires mais il ne faut pas

²²² Cf. VAN DER MEER / PERREN, pp. 154 et 155.

²²³ Cf. VAN DER MEER / PERREN, pp. 155 et 159.

²²⁴ S'agissant des différentes modalités, cf. PERRIN, pp. 126.

²²⁵ Cf. PERRIN, pp. 132ss.

²²⁶ Cf. PERRIN, p. 131.

²²⁷ Cf. PERRIN, pp. 129 – 131.

²²⁸ PERRIN, pp. 146ss.

qu'elles mettent en péril l'autonomie patrimoniale de l'association. Quoiqu'il en soit, l'association poursuit un but idéal et les membres sont donc censés avoir apporté leurs contributions de manière désintéressée.²²⁹

5.5.2. Droits et obligations des associés.

5.5.2.1. Droits²³⁰.

Tout associé a un droit d'administration (*Mitbestimmungsrechte*) et un droit de jouissance (*Benutzungsrechte*). Le droit d'administration comporte le droit de participer aux décisions de l'association et le droit d'attaquer les décisions auprès du juge. Le droit de jouissance est le droit de profiter des services et des prestations de l'association parfois à certaines conditions.

L'associé a, en outre, le droit d'être protégé contre les abus de la majorité (*Schutzrechte*). L'article 74 CC dit, en effet, que « *la transformation du but social ne peut être opposée à aucun sociétaire* ». Il s'agit d'une disposition impérative. Le législateur exige ici l'unanimité pour modifier le but de l'association car ce dernier est en quelque sorte l'âme de l'association.²³¹

5.5.2.2. Obligations.

Les cotisations sont fixées par les statuts. Ces derniers se contentent généralement de désigner quel organe est compétent pour les fixer. Depuis la modification de l'article 71 CC par la nouvelle loi fédérale du 8 octobre 2004 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006, il n'est plus obligatoire de prévoir des cotisations.

L'associé a des obligations non – pécuniaires vis – à – vis de l'association.

Exemples d'obligations non – pécuniaires : il a un devoir de fidélité et ceci même si cela n'est pas précisé dans les statuts. Il a également le devoir de se soumettre au pouvoir de sanction de l'association²³².

5.6. *Fin de l'association.*

Une association prend fin²³³ :

- a) *de par la loi* lorsque, notamment, elle n'est plus solvable ou que la direction ne peut plus être constituée statutairement (art. 77 CC).

L'insolvabilité doit être durable. Une difficulté de trésorerie ou un manque de liquidités ne suffisent pas.

²²⁹ Cf. PERRIN, pp. 158 – 159.

²³⁰ Cf. VAN DER MEER / PERREN, pp. 156 et 157.

²³¹ Cf. PERRIN, pp. 165ss.

²³² Cf. VAN DER MEER / PERREN, pp. 158 et 159.

²³³ Cf. VAN DER MEER / PERREN, pp. 163 et 164.

La direction peut ne plus être constituée statutairement pour différentes raisons.

Exemples : Il peut s'agir d'une impossibilité consécutive à la réduction du nombre de sociétaires (dans la mesure où les statuts prescrivent un nombre minimum de membres) ou consécutive au refus des membres d'assumer les fonctions au sein de la direction. S'il s'agit d'une impossibilité passagère ou accidentelle, il est envisageable d'instaurer une curatelle* au sens de l'article 393 ch. 4 CC.

L'article 77 CC s'applique aussi lorsque le but social est atteint ou qu'il ne peut pas être atteint.

Exemples : une association créée uniquement pour l'organisation d'une manifestation cessera d'exister à la fin de cette dernière.

En outre, les organisateurs d'une manifestation doivent obtenir les autorisations nécessaires. S'ils ne les obtiennent pas, la manifestation ne peut avoir lieu et l'association n'a donc plus lieu d'être.²³⁴

- b) *par la volonté de l'association* elle – même (art. 76 CC). Les statuts peuvent déterminer quels sont les cas visés et de quelle manière la décision doit être prise²³⁵ ;
ou
- c) *par décision judiciaire* soit sur requête soit d'office lorsque le but de l'association est illicite ou contraire aux mœurs (art. 78 CC et voir art. 19 et 20 CO).²³⁶

5.7. Conclusion.

L'association est constituée de membres contrairement à la fondation qui est constituée d'un patrimoine. Elle ne procure aucun avantage économique à ses membres ni directement comme les sociétés commerciales ni indirectement comme les sociétés coopératives.

La structure d'une association est relativement souple par rapport à celle de la fondation (cf. *infra* 6.3.). Cela paraît logique dans la mesure où elle poursuit un but idéal et non une activité d'intérêt public particulièrement intéressante pour l'Etat à l'inverse de la plupart des fondations.

²³⁴ Cf. PERRIN, pp. 196ss.

²³⁵ Cf. PERRIN, pp. 188ss.

²³⁶ Cf. PERRIN, pp. 203ss.

VI. PERSONNES MORALES DU CODE CIVIL: LES FONDATIONS (*DIE STIFTUNGEN* ; ART. 80SS CC).

6.1. Introduction.

Les articles portant sur les fondations, à savoir les articles 80ss CC, ont subi d'importantes modifications et ont été complétés par la loi fédérale du 8 octobre 2004 sur le droit des fondations entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006²³⁷.

La révision du droit des fondations vise avant tout à rendre la constitution de fondations plus attractive, à inciter un plus grand nombre de personnes à renoncer à une partie de leur fortune et à soutenir ainsi l'Etat dans l'accomplissement de tâches de service public ou d'utilité publique. Pour ce faire, il a été prévu d'alléger les dispositions relatives à la modification du but et à la dissolution de la fondation ainsi que de favoriser les avantages fiscaux.²³⁸

Nous précisons ici (*pro memoria*) que la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct a également été modifiée (art. 33a al. 1 et 59 al. 1 let c. LIFD). Le plafond des déductions fiscales permettant d'encourager les versements bénévoles a été rehaussé. Il est, en effet, désormais possible de déduire jusqu'à 20 % du revenu net, (respectivement du bénéfice net), les versements faits en faveur de personnes morales poursuivant des buts de service public ou d'utilité publique. Les versements pris en compte sont non seulement les versements en espèces mais aussi les versements en nature. Il s'agit désormais d'autoriser la déduction d'«autres valeurs patrimoniales» et, en particulier, d'admettre la déductibilité fiscale de valeurs matérielles telles que les immeubles afin d'en favoriser le don à des fondations.²³⁹

6.2. Définition de la fondation.

6.2.1. Eléments de définition.

La fondation est un établissement de droit privé. Il s'agit d'une masse de biens individualisée, affectée à un but déterminé et dotée de la personnalité juridique (art. 80 CC)²⁴⁰.

Tout d'abord, les biens regroupés en masse peuvent être des valeurs de toute sorte. Le patrimoine doit être déterminé ou déterminable objectivement.²⁴¹

Exemples de biens : des meubles, (p. ex. une collection d'art), des immeubles ou encore des droits réels limités, (p. ex. un usufruit). « *De même tout un patrimoine, avec actifs* et passifs*, peut être affecté à la fondation (par exemple, une entreprise), pour autant que les actifs soient supérieurs aux passifs* »²⁴² (art. 181 CO).

²³⁷ RO 2005 4545 4549 et FF 2003 7425. Nous avons tenu compte de ces changements dans notre article.

²³⁸ Cf. Bulletin des Associations de notaires des cantons romands, février 2005 et VEZ, p. 23 n°75.

²³⁹ Cf. Bulletin des Associations de notaires des cantons romands, février 2005 et dans le présent ouvrage, chapitre XIII.

²⁴⁰ Cf. VEZ, p. 1 n°4 et p. 27 n°83 et VAN DER MEER / PERREN, p. 164.

²⁴¹ ATF 75 I 269 / JdT 1950 I 236.

²⁴² VEZ, p. 119 n°402.

Ensuite, la masse de biens est individualisée dans la mesure où la fondation est indépendante de son fondateur et des autres tiers. Les biens ne sont pas transférés à une personne pour qu'elle les gère. Une fondation est ainsi tout à fait différente d'un *trust* ou le *settlor* confie des biens à un *trustee* afin qu'il les gère en faveur de bénéficiaires déterminés ou déterminables.²⁴³

En outre, « *l'affectation de biens pose de plus en plus de problèmes aux autorités chargées de la surveillance, car elle est trop souvent insuffisante. Selon la jurisprudence, il doit exister un rapport approprié entre les biens et le but assigné à la fondation ; en d'autres termes, le patrimoine de la fondation doit permettre d'en assurer l'existence. Il s'agit d'une condition matérielle qui doit être remplie pour que la constitution d'une fondation soit valable. Au niveau fédéral, une jurisprudence récente a fixé les nouvelles exigences posées au financement, qui doit être approprié pour que la fondation soit constituée valablement (jurisprudence des autorités administratives de la Confédération JAAC 52 n. 57). Selon la pratique de l'autorité fédérale de surveillance des fondations, le montant minimal du capital initial doit être de Fr. 50'000.--. Si le capital de dotation est insuffisant, le fondateur doit apporter tout moyen de preuve attestant qu'après sa création, la fondation pourra sérieusement compter sur d'autres apports* suffisants.* »²⁴⁴

Enfin, le but de la fondation ne doit être ni illicite ni contraire aux mœurs et doit être possible ainsi qu'assez déterminé. Il est fixé librement par le fondateur.²⁴⁵ Une fondation a la personnalité juridique de par la volonté de ce dernier, à condition que la fondation soit valablement constituée et que le but de la fondation respecte les conditions susmentionnées.

6.2.2. Types de fondations.

Il y a plusieurs types de fondations :

- a) les fondations privées ordinaires ;
- b) les fondations privées spéciales :
 - les fondations de famille,
 - les fondations ecclésiastiques ;
- c) les fondations de prévoyance ; et
- d) les fondations d'entreprise (leur admissibilité est controversée, cf. *infra* 6.5.4.).

²⁴³ Cf. dans le présent ouvrage, chapitre XV.

²⁴⁴ Guide pratique, p. 1 sur le site internet www.edi.admin.ch/ et cf. VEZ, p. 119s n°404s ainsi que VAN DER MEER / PERREN, p. 166.

²⁴⁵ Cf. VEZ, pp. 30ss n°92ss.

6.3. Constitution de la fondation.

6.3.1. Les motifs.

Les fondations en Suisse sont nombreuses, (environ 23'000 à la fin des années 90), et ont un poids économique considérable²⁴⁶. Il est intéressant d'étudier certaines des raisons qui expliquent un tel engouement pour une structure aussi rigide²⁴⁷.

« Lorsque son but est d'intérêt général, la fondation joue un rôle non négligeable dans la vie publique en assumant des fonctions qui relèvent, dans leur grande majorité, du secteur étatique. »²⁴⁸ Elles sont certes soumises à une surveillance étatique mais elles sont soustraites, en principe, à une influence directe de l'Etat. Elles sont d'ailleurs très appréciées pour leur autonomie.

De plus, « la constitution de la fondation permet de disposer d'une plate-forme politiquement neutre et économiquement indépendante pour assurer aux fondateurs et aux donateurs subséquents la poursuite d'un but commun, sans qu'aucun d'entre eux ne puisse marquer la fondation de son empreinte personnelle »²⁴⁹.

En outre, la création d'une fondation peut permettre de bénéficier d'avantages fiscaux.²⁵⁰

Enfin, « certaines associations détachent de leur patrimoine une masse de biens qu'elles affectent à une fondation pour que leurs moyens propres apparaissent moins élevés au bilan* et que la recherche de sponsors soit ainsi facilitée »²⁵¹.

6.3.2. Les conditions.

La constitution d'une fondation requiert l'accomplissement de deux conditions :

a) Il faut *un acte de fondation**. Il s'agit d'un acte juridique unilatéral par lequel le fondateur manifeste sa volonté de créer une fondation²⁵².

La personne qui crée l'acte de fondation doit avoir l'exercice des droits civils. En effet, il doit être majeur, avoir la capacité de discernement et ne pas être interdit s'il veut pouvoir disposer des biens affectés à la fondation. L'acte de fondation doit être fait en la forme authentique ou par disposition pour cause de mort (art. 81 al. 1 CC ; p. ex. le testament). Cet acte doit contenir la volonté de créer une fondation, la quantité de biens, la désignation des organes, le nom et le siège de la fondation (art. 83 al. 1 CC).

Au sens de l'article 83 al. 2 CC si « l'organisation prévue par l'acte de fondation n'est pas suffisante, que la fondation ne possède pas les organes prescrits ou qu'un de ces

²⁴⁶ Cf. VEZ, pp. 6ss n°23ss.

²⁴⁷ VEZ donne encore d'autres motifs que ceux mentionnés ci – dessus mais nous préférons nous concentrer sur les points permettant d'éclairer notre étude.

²⁴⁸ VEZ, p. 5 n°18.

²⁴⁹ VEZ, p. 5 n°19 et p. 6 n°22.

²⁵⁰ Cf. VEZ, p. 6 n°21 et dans le présent ouvrage, chapitre XIII.

²⁵¹ VEZ p. 6 n°22.

²⁵² Cf. VEZ, pp. 116 – 117 n°395ss et pp. 123ss n°418ss ainsi que VAN DER MEER / PERREN, pp. 167s.

organes n'est pas composé conformément aux prescriptions, l'autorité de surveillance prend les mesures nécessaires ». En outre, « *lorsque la fondation ne peut être organisée conformément à son but, l'autorité de surveillance remet les biens à une autre fondation dont le but se rapproche autant que possible de celui qui avait été prévu* » (art. 83 al. 3 CC) ; et

b) La fondation doit être inscrite au *registre du commerce* (art. 81 al. 2 CC)²⁵³. Seules les fondations de famille et les fondations ecclésiastiques n'ont pas l'obligation de s'inscrire mais elles peuvent néanmoins le faire (art. 87 al. 1 CC). L'inscription au registre du commerce permet aux tiers de savoir quelles sont les fondations existantes et facilite la surveillance des fondations par l'Etat.

Une fondation acquiert la personnalité juridique une fois qu'elle est inscrite au registre du commerce (art. 52ss CC)²⁵⁴.

6.3.3. Constitution d'une fondation par une personne morale.

Toute personne physique peut constituer une fondation à condition, sauf exceptions, d'être majeure, capable de discernement et non interdite. Elle doit donc avoir l'exercice des droits civils (art. 17 CC). Une personne morale peut également constituer une fondation. VEZ a examiné cette question dans le détail:

« Si le fondateur est une personne morale, la décision de constitution doit émaner de l'organe compétent selon les règles légales ou internes régissant le type de personne fondatrice.

Bien que dépourvues de la personnalité morale, les sociétés de personnes (société en nom collectif, art. 552ss CO, et société en commandite, art. 594ss CO) peuvent également constituer une fondation (art. 562 et 602 CO).

Pour les sociétés anonymes et les sociétés coopératives, la décision de constitution d'une fondation de prévoyance en faveur du personnel appartient toujours à l'assemblée générale (art. 674 al. 3 et 863 al. 3 CO) ; pour les autres types de fondation, à défaut de dispositions statutaires, cette attribution est du ressort respectivement du conseil d'administration* ou de l'administration, en vertu de la clause générale de compétence (art. 716 al. 1 ; 899 CO), lequel peut la déléguer en respectant le prescrit de l'article 716b ou de l'article 898 CO. Ces mêmes règles s'appliquent à la société en commandite par actions (art. 764 al. 2 CO).*

Dans les sociétés à responsabilité limitée, sauf dispositions statutaires contraires, la compétence d'ériger une fondation appartient à l'assemblée des associés (art. 805 CO pour les fondations de prévoyance en faveur du personnel et art. 808 al. 1 CO pour les autres fondations).

Pour les associations, cette compétence est du ressort de l'assemblée générale (art. 65 al. 1 i.f. CC), à moins que les statuts n'en disposent autrement.

²⁵³ Cf. VEZ, pp. 135ss n°463ss et VAN DER MEER / PERREN, pp. 168s.

²⁵⁴ VAN DER MEER / PERREN, p. 166 et dans le présent ouvrage, chapitre IV.

*Si la personne morale fondatrice est elle-même une fondation, elle ne peut constituer une nouvelle personne morale que si l'acte de fondation le prévoit expressément. Si tel est le cas, la compétence d'ériger la fondation appartient à l'organe supérieur de la fondation, à moins que les dispositions internes de la fondation n'attribuent cette compétence à un autre organe. »*²⁵⁵

6.4. Organisation et surveillance d'une fondation.

6.4.1. Organisation.

Avant le 1^{er} janvier 2006, la loi était extrêmement laconique au sujet de l'organisation de la fondation. Désormais, avec l'introduction de l'article 83a CC, toute fondation doit être dotée d'un organe chargé de l'administration mais également d'un organe de révision*.²⁵⁶

Sous l'empire de l'ancien droit (avant 2006), la plupart des fondations avaient déjà désigné un organe de révision sur une base volontaire, afin de favoriser, par exemple, les dons de tiers par une transparence dans la gestion du patrimoine.²⁵⁷

L'acte de fondation peut tout à fait prévoir des organes supplémentaires.

6.4.1.1. Le conseil de fondation*.

L'organe chargé de l'administration de la fondation peut être une personne ou un collège, auquel cas il faut parler d'un conseil de fondation.

Le conseil de fondation gère les biens de la fondation dans le but fixé par l'acte de fondation. « *Le conseil de fondation est responsable de la direction générale de la fondation; toutes les compétences qui ne sont pas expressément attribuées à un autre organe par les statuts (acte de fondation, règlement(s) de la fondation lui incombent. (...)*

*Dans la pratique, on exige qu'un conseil de fondation soit constitué d'au moins trois personnes physiques ou juridiques. Les fondations à caractère international doivent en outre comprendre au moins un membre qui soit citoyen suisse, domicilié en Suisse et qui dispose du droit de signature au sein du conseil de fondation. »*²⁵⁸

Il est primordial de rappeler ici qu'une fondation n'a pas de membres. Il est possible de parler de membres du conseil de fondation mais pas des membres de la fondation. « *En tant que telle, la fondation ne compte aucun membre; elle ne représente qu'un capital affecté à un but. Seul le conseil de fondation a des membres auxquels le droit des associations s'applique par analogie (...).* »²⁵⁹

En revanche, une fondation a des destinataires qui vont bénéficier de ce qu'elle peut leur offrir en fonction de son but. Le cercle des destinataires doit être, comme le but de la fondation, déterminé ou au moins déterminable. Cela peut être des destinataires directs ou indirects.

²⁵⁵ Cf. VEZ, pp. 113s n°385s.

²⁵⁶ Cf. VEZ, p. 161 n° 558 et VAN DER MEER / PERREN, p. 165.

²⁵⁷ Cf. Bulletin des Associations des notaires des cantons romands, février 2005.

²⁵⁸ Guide pratique, p. 3 sur le site internet www.edi.admin.ch/.

²⁵⁹ Guide pratique, p. 3 sur le site internet www.edi.admin.ch/ et cf. VAN DER MEER / PERREN, p. 170.

Exemples : Ils sont directs lorsque ce sont des membres de la famille dans une fondation de famille* ou des employés dans une fondation qui fournit des emplois. Dans le cas où une fondation a pour but d'ouvrir et de conserver un musée, le public est le destinataire indirect des prestations de la fondation.²⁶⁰

En définitive, le conseil de fondation a un grand pouvoir d'action au même titre que la direction dans une association (cf. *supra* 5.4.2).

6.4.1.2. L'organe de révision.

L'organe de révision est désigné par l'organe suprême de la fondation qui est, en principe, le conseil de fondation (art. 83a al. 1 CC). « *Les personnes mandatées pour la révision doivent être indépendantes de la fondation* » (art. 83a al. 2 CC). Il est envisageable que l'autorité de surveillance dispense une fondation d'avoir un organe de révision (art. 83a al. 4 CC et art. 1 de l'ordonnance concernant l'organe de révision de la fondation).

L'organe de révision est chargé de vérifier les états financiers et la situation patrimoniale de la fondation. Il établit un rapport à ce sujet qu'il transmet à l'organe suprême de la fondation (art. 83b CC). En effet, les fondations sont désormais légalement contraintes de tenir une comptabilité conforme au CO (art. 84b CC)²⁶¹ : « *pour autant qu'aucune disposition concernant la gestion du patrimoine ne figure dans l'acte de fondation ou dans le règlement de fondation, il convient de respecter les principes de liquidité, de rendement, de sûreté, de répartition des risques et de préservation du capital (...). Selon la pratique de l'autorité fédérale de surveillance des fondations, le patrimoine de la fondation doit être administré selon les principes commerciaux reconnus. Les risques doivent être répartis. Le patrimoine ne doit pas être mis en péril par des placements spéculatifs, sans toutefois être administré de manière trop réservée.* »²⁶²

En outre, en cas de surendettement et d'insolvabilité de la fondation, l'organe de révision doit examiner un bilan intermédiaire dressé par l'organe suprême. Si l'organe de révision pense que cette situation est durable, il doit transmettre ce même bilan à l'autorité de surveillance qui se chargera de prendre les mesures nécessaires (art. 84a CC).

L'Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité contient une règle sur la tenue régulière de la comptabilité pour les fondations de prévoyance professionnelle (art. 47 OPP2). Il renvoie aux règles générales du CO sur la comptabilité (art. 957ss CO) et précise que les fondations de prévoyance professionnelle doivent également suivre les normes comptables Swiss Gaap RPC dont nous parlerons ci – après (art. 47 al. 2 OPP2).²⁶³

6.4.1.3. La responsabilité civile.

Les articles 80 à 89bis CC ne contiennent pas de dispositions topiques sur la responsabilité et il faut donc se référer aux règles relatives aux personnes morales en général, à savoir les arti-

²⁶⁰ Cf. VEZ, p. 37 n°117.

²⁶¹ Cf. dans le présent ouvrage, chapitre XII.

²⁶² Guide pratique, p. 4 sur le site internet www.edi.admin.ch/.

²⁶³ Cf. dans le présent ouvrage, le chapitre XII où nous donnons des informations sur les normes comptables en Suisse et notamment les normes RPC.

cles 55ss CC. Selon l'article 55 CC «¹ *La volonté d'une personne morale s'exprime par ses organes.* ² *Ceux – ci obligent la personne morale par leurs actes juridiques et par tous autres faits.* ³ *Les fautes commises engagent, au surplus, la responsabilité personnelle de leurs auteurs.* »²⁶⁴

Par conséquent, lorsque les organes de la fondation causent un préjudice à un tiers par la commission d'actes illicites, la fondation répond de ces derniers si les conditions de l'article 41 CO²⁶⁵ sont remplies et si les organes concernés ont agi dans l'exercice de leur fonction (art. 55 al. 2 CC).²⁶⁶

Selon l'article 55 al. 3 CC, en relation avec les articles 41ss CO, les organes de la fondation peuvent être amenés à répondre de leurs actes illicites. Ainsi les organes peuvent engager leur responsabilité à côté de celle de la fondation elle – même.²⁶⁷

6.4.2. Surveillance.

Une autorité de surveillance est nécessaire dans la mesure où une fondation n'a pas de membres et n'a donc pas d'assemblée générale permettant d'exercer une activité de contrôle. En effet, il est nécessaire de protéger les intentions du fondateur mais également le but que poursuit la fondation dans la mesure où, le plus souvent, il intéresse l'Etat.²⁶⁸

« *La fondation ordinaire est la seule personne morale du droit privé fédéral soumise, en raison de sa forme juridique, à une surveillance étatique. D'autres personnes morales du droit privé peuvent être soumises à une surveillance non pas en raison de leur forme juridique, mais de l'activité qu'elles exercent, en particulier les banquiers ou les assurances privées.* »²⁶⁹

La surveillance est exercée par la corporation publique dont la fondation relève par son but (art. 84 al. 1 CC) :

- a) *Les fondations soumises à la surveillance de la Confédération* : les fondations concernées poursuivent un but relevant de la Confédération et exercent leur activité sur l'ensemble du territoire national. Sont également visées les fondations qui poursuivent un but relevant des cantons ou des communes mais dont le rayon d'activité s'étend à toute la Suisse.

<u>Exemple</u> : Pro Juventute.

Enfin les fondations ayant un caractère international sont aussi soumises à la surveillance de la Confédération.

²⁶⁴ VAN DER MEER / PERREN, p. 179.

²⁶⁵ L'article principal en matière de responsabilité est l'article 41 CO. Il y a responsabilité civile lorsque il y a un dommage, un acte illicite, une faute et un lien de causalité. Il existe également des responsabilités objectives. Dans cette hypothèse, il est possible d'être responsable sans avoir commis de faute (voir. art. 41ss CO).

²⁶⁶ Cf. VEZ, p. 182 n°638ss.

²⁶⁷ Cf. VEZ, p. 183 n°641ss.

²⁶⁸ Cf. VEZ, pp. 203s n°723s.

²⁶⁹ VEZ, p. 199 n°703.

Selon des statistiques établies en 2005, 2555 fondations sont soumises à cette surveillance. La compétence de la surveillance confédérale a été attribuée au secrétariat général du Département fédéral de l'intérieur formé de juristes et d'avocats (art. 3 al. 2 let. a de l'ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de l'intérieur). « *Toutefois, la surveillance des fondations de prévoyance collectives mises en place par une association professionnelle groupant plusieurs entreprises est du ressort de l'Office fédéral des assurances sociales.* »²⁷⁰

- b) *Les fondations soumises à la surveillance d'un canton* : les fondations concernées doivent poursuivre un but et avoir un rayon d'activité relevant du canton. Si une fondation relève de plusieurs cantons, la surveillance sera suivant les cas soit cantonale soit fédérale.

Les fondations cantonales ou ayant une activité sur plusieurs communes sont soumises à la surveillance de l'autorité mise en place à cet effet par chaque canton.²⁷¹

- c) *Les fondations soumises à la surveillance d'une autre collectivité publique* : les communes, par exemple, peuvent exercer une surveillance sur les fondations qui ont un but et un rayon d'activité communal (art. 84 al. 1 CC)²⁷²

Les fondations de famille, par leur caractère privé, ainsi que les fondations ecclésiastiques, suffisamment surveillées par la communauté religieuse dont elles dépendent, ne sont pas soumises à la surveillance d'une collectivité publique (art. 87 CC).²⁷³

« *Le caractère impératif des dispositions relatives à la surveillance des fondations (...) implique que l'autorité ne peut refuser d'exercer la surveillance (...), et doit intervenir d'office (...). L'intervention de l'autorité peut aussi être consécutive à une dénonciation (...) ou à une plainte (...).* »²⁷⁴

L'article 84 al. 2 CC précise que l'autorité de surveillance a pour tâche de pourvoir « *à ce que les biens des fondations soient employés conformément à leur destination* ». En pratique, cette autorité va également s'assurer que les organes respectent l'acte de fondation et gèrent de manière convenable le patrimoine de cette dernière. Elle peut surveiller le placement des biens et donner des instructions sur ce point. Elle peut également ordonner la rectification des actes incompatibles avec le but de la fondation et assortir sa décision de la menace de sanctions pénales²⁷⁵. En outre, « *l'autorité de surveillance doit non seulement pourvoir à ce que le but de la fondation ne soit pas mis en péril, mais également veiller au bon fonctionnement des organes de la fondation et, par exemple, examiner la question de leur composition* ». ²⁷⁶

²⁷⁰ VEZ, p. 223 n°806.

²⁷¹ Cf. dans le présent ouvrage, annexe 6.

²⁷² Cf. VEZ, pp. 220ss n°795ss et le site internet www.edi.admin.ch/. Ce site contient différents documents relatifs à la surveillance des fondations dont un répertoire électronique des fondations. L'ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de l'intérieur se trouve au RS. 172.212.1.

²⁷³ Cf. VEZ, p. 199 n°706.

²⁷⁴ VEZ, p. 223 n°808.

²⁷⁵ ATF 99 Ib 255 / JdT 1974 I 151.

²⁷⁶ ATF 112 II 97 et cf. VEZ, pp. 200ss n°709ss : il faut préciser que les dispositions relatives à la surveillance des fondations sont de droit impératif.

L'autorité de surveillance peut prendre des mesures préventives ou répressives, le choix de la mesure étant laissé à sa libre appréciation. Néanmoins, elle doit respecter les principes généraux de l'activité administrative et notamment celui de la proportionnalité.²⁷⁷

6.5. Les fondations à caractère spécial (versus les fondations ordinaires).

6.5.1. Les fondations de famille.

La fondation de famille est une fondation constituée d'un patrimoine lié à une famille de telle sorte que le cercle des destinataires se restreint aux membres de la famille (art. 335 al. 1 CC)²⁷⁸. Ces fondations ont un caractère tout à fait privé. C'est pourquoi la loi leur impose moins de contraintes et notamment moins de surveillance qu'aux fondations ordinaires (art. 87 CC).

La loi prévoit que la fondation de famille doit avoir un but déterminé et ceci afin d'éviter que tout le patrimoine soit mis dans la fondation et qu'ainsi un membre de la famille soit déshérité.

Une fondation de famille ne peut être constituée que dans le but d'aider les membres de la famille dans une situation particulière de besoin ou de nécessité (art. 335 al. 1 CC). Il ne s'agit pas de permettre à une famille de mener un plus grand train de vie ou de vivre plus agréablement. « Elle ne peut être destinée qu'au paiement des frais d'éducation, d'établissement et d'assistance des membres de la famille ou à des buts analogues »²⁷⁹.

Exemple : Le Tribunal fédéral a notamment considéré qu'une fondation de famille ayant pour seul but de conserver un château afin que les membres de la famille puissent y séjourner selon l'art féodal et garder leur statut de seigneurs féodaux devait être annulée. En revanche, il a admis la conversion de cette fondation en une fondation ordinaire par la modification du but. En effet, le château a pu être conservé mais en tant que site historique²⁸⁰.

6.5.2. Les fondations ecclésiastiques.

« La doctrine dominante, et la jurisprudence considèrent que pour être qualifiée d'ecclésiastique, une fondation doit cumulativement poursuivre un but religieux et entretenir un lien organique avec une communauté religieuse. »²⁸¹

Elles ne sont pas soumises à la surveillance de la corporation publique (art. 87 CC), et ne sont pas obligées de s'inscrire au registre du commerce car elles dépendent fortement d'une communauté religieuse.

²⁷⁷ Cf. VEZ, p. 233 n°842ss et VAN DER MEER / PERREN, p. 176.

²⁷⁸ Cf. VAN DER MEER / PERREN, p. 181.

²⁷⁹ VEZ, pp. 40 – 41 n°128 et ATF 108 II 393 / JdT 1983 I 587.

²⁸⁰ ATF 93 II 439 / JdT 1969 I 37.

²⁸¹ VEZ, pp. 49 – 50 n°157 qui se réfère notamment aux ATF 106 II 106 c. 3 / JdT 1982 I 220 et 106 II 114 / JdT 1981 I 106. Ce dernier arrêt précise que lorsque une fondation a un but partiellement ecclésiastique mais que le but social est prépondérant, elle est intégralement soumise à la surveillance des autorités civiles. Cf. VAN DER MEER / PERREN, p. 182.

6.5.3. Les fondations de prévoyance en faveur du personnel.

« La fondation de prévoyance en faveur du personnel est constituée par un employeur privé, (personne physique ou morale) en faveur de ses employés et a pour but d'assurer à ces derniers une rente en cas de vieillesse ou d'invalidité ou à leurs survivants en cas de décès. »²⁸²

Ces fondations sont régies par les articles 80ss CC, 331ss CO et par la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP) ainsi que les ordonnances y relatives. Depuis l'entrée en vigueur de la LPP, la prévoyance est obligatoire pour les entreprises. Force est de constater que les articles 80ss CC ne sont pas adaptés aux fondations de prévoyance actuelles²⁸³. La pratique puis la LPP ont finalement pris le dessus.

6.5.4. Les fondations d'entreprise (*die Unternehmenstiftungen*).

6.5.4.1. La controverse doctrinale.

La fondation d'entreprise* « peut être définie (...) comme une masse de biens, dotée de la personnalité et affectée à la poursuite d'un but économique ou érigée dans l'intérêt matériel ou idéal d'un cercle limité de personnes. »²⁸⁴

L'admissibilité de ces fondations d'entreprise est controversée, une partie de la doctrine estimant que la poursuite d'un but purement économique doit être réservé aux sociétés commerciales régies par le CO.

Il existe trois courants doctrinaux : « une partie rejette purement et simplement l'admissibilité des fondations poursuivant un but économique. (...) Une autre partie soutient qu'une fondation ne peut avoir un but économique qu'à titre accessoire. (...) Enfin, une troisième partie, en accord avec la jurisprudence du Tribunal fédéral, admet sans réserve la licéité des fondations à but économique* (...). »²⁸⁵

La doctrine prônant l'interdiction des fondations d'entreprise s'appuient sur trois arguments : « les personnes morales régies par le code civil ne peuvent poursuivre qu'un but idéal (1.) Le droit des fondations est inadéquat pour l'exercice d'une activité économique (2.). Enfin, l'interdiction des fondations à but économique se justifie pour éviter que de telles fondations se substituent aux sociétés anonymes et éludent ainsi les dispositions impératives du Code des obligations (3.). »²⁸⁶

Le second argument avancé par cette doctrine est que les articles 80ss CC ne peuvent régir convenablement les fondations d'entreprise. En effet, premièrement, les collectivités publiques compétentes sont chargées de surveiller les fondations mais « il ne se justifie pas que l'Etat surveille une activité dans le seul intérêt privé »²⁸⁷. Deuxièmement, le Code civil ne contient aucune règle sur la protection des créanciers. Troisièmement, les règles sur les fonda-

²⁸² VEZ, p. 9 n°29.

²⁸³ Cf. VEZ, p. 10 n°33.

²⁸⁴ VEZ, p. 82 n°271 et cf. VAN DER MEER / PERREN, p. 183.

²⁸⁵ VEZ, p. 58 n°186.

²⁸⁶ VEZ, p. 59 n°187.

²⁸⁷ VEZ, p. 61 n°197.

tions sont inconciliables avec l'exercice d'une activité commerciale dynamique car elles sont trop rigides.

Les auteurs soutenant l'existence de fondations d'entreprise avancent, au contraire, que le Code civil ne contient aucune disposition limitant le but d'une fondation à un but idéal laissant ainsi ouverte la possibilité de poursuivre un but économique. En outre, le fondateur est libre de créer une fondation d'entreprise même si cela peut paraître peu avantageux. « *Force est de constater que dans les faits, le besoin d'affecter durablement un patrimoine à la poursuite d'un but économique a parfois le pas sur les inconvénients découlant d'une surveillance étatique ou de la rigidité de la forme de fondations* »²⁸⁸.

Il serait néanmoins judicieux que le législateur adopte des règles adéquates. VEZ propose qu'une fondation d'entreprise soit admise à trois conditions²⁸⁹ :

a) *le fondateur doit être exclu des destinataires*. Si ça n'est pas le cas, le fondateur se soustrait ainsi à la mainmise de ses créanciers ;

b) *la fondation ne doit pas avoir la possibilité de thésauriser ses revenus de façon disproportionnée*. « *Une masse de biens destinée uniquement à s'accroître (fondations de thésaurisation ; Selbstzweckstiftung) équivaudrait à une fondation sans destinataire. La fondation elle – même ne peut être son propre destinataire.* »²⁹⁰ ; et

c) *la durée de la fondation doit être limitée dans le temps*. En effet, un fondateur ne doit pas pouvoir imposer sa volonté indéfiniment à ses héritiers. De plus, « *lors d'un transfert de patrimoine, la collectivité publique perçoit des impôts, dont elle peut être privée si le patrimoine n'est jamais transféré* »²⁹¹.

6.5.4.2. La jurisprudence.

Nous avons vu ci – dessus que la jurisprudence du Tribunal fédéral donne raison à la doctrine soutenant l'admissibilité des fondations d'entreprise. Il a souhaité ainsi tenir compte d'une réalité économique :

Jurisprudence : « *dans la réalité de la vie juridique, les fondations poursuivent, en principe, un but idéal (...). On rencontre certes des fondations qui exploitent des entreprises, mais elles ne jouent pas un rôle important dans la vie économique. Les fondations holding, assez répandues, ont une portée économique non négligeable. (...).*

Dans l'arrêt publié in ATF 75 II 81, JdT 1949 I 588, le TF a admis la licéité d'une fondation holding ayant pour but le maintien d'une entreprise exploitée sous la forme d'une société à responsabilité limitée. Dans l'arrêt publié in ATF 110 Ib 17 c. 3d, p. 22, JdT 1986 I 207 ss, 212, il a relevé - dans un obiter dictum il est vrai - en se référant à l'art. 52 al. 3 CC, que la loi admettait pour la fondation tout but qui n'est pas illicite ou contraire aux moeurs. Les opinions sont partagées en doctrine sur l'admissibilité des fondations d'entreprise.

²⁸⁸ VEZ, pp. 64 – 65 n° 208 et *idem*, pp. 59ss n°187ss.

²⁸⁹ Cf. VEZ, pp. 93ss n°314ss : cet auteur nous donne l'avis de différents auteurs sur cette question.

²⁹⁰ VEZ, p. 97 n°325.

²⁹¹ VEZ, p. 99 n°335.

Selon l'art. 80 CC, la création d'une fondation exige l'affectation de biens à un but spécial (un fine particulore, für einen besonderen Zweck). A la différence du droit des associations, qui n'admet la forme de l'association que pour un but non économique (art. 60 al. 1er et 59 al. 2 CC), le droit des fondations ne limite pas leur but, sauf pour les fondations de famille (art. 335 CC). L'art. 59 al. 2 CC indique, au contraire, que la restriction se rapporte aux organisations corporatives et non aux biens affectés à un but, comme les fondations.

La liberté d'accomplir des actes juridiques et celle de créer des fondations, en particulier, ne permettent pas de n'autoriser qu'un but idéal pour les fondations. On peut se demander, il est vrai, si la surveillance de pareilles fondations par l'Etat est nécessaire et si le lien durable et rigide qui unit le capital d'une société à une personne morale est économiquement adéquat. Mais ces questions doivent être résolues par le législateur et les personnes qui envisagent de créer une fondation. Dans la pratique, le besoin d'affecter durablement des biens à un but économique l'emporte parfois manifestement sur les inconvénients de la surveillance par l'Etat et de la rigidité de la forme juridique de la fondation. »²⁹²

6.5.4.3. Comparaison avec la société anonyme (SA).

Il est possible de se demander si ces « fondations d'entreprise » ne devraient pas être constituées sous une autre forme légale que la fondation.

Nous souhaitons ici comparer la fondation et la société anonyme à actionnaire unique. En effet, « une fondation se distingue fondamentalement d'une société anonyme « typique » par le fait que la première est constituée, en principe, au moyen d'un patrimoine provenant d'une seule personne (le fondateur), alors que la seconde fait en principe appel aux capitaux provenant de plusieurs personnes (les actionnaires).

En contrepartie de leurs apports financiers, les actionnaires d'une société anonyme disposent d'une série de droits inaliénables (cf. art. 660 ss CO) auxquels il est difficile d'imaginer qu'ils renonceraient en investissant dans une fondation. Ainsi, lorsque l'exploitation d'une entreprise nécessite des apports économiques provenant de tiers, personne n'a d'intérêt à constituer une fondation.

En revanche, il est indéniable que la fondation présente un certain nombre de similitudes avec une société anonyme à actionnaire unique, lesquels pourraient inciter une personne à préférer la première à la seconde. Mais elle s'en distingue par une série d'avantages et d'inconvénients lesquels détermineront finalement le choix de la forme d'organisation selon l'objectif visé.

(...) *Les similitudes.*

La constitution tant de la société anonyme à actionnaire unique que de la fondation a pour effet l'affectation d'une partie du patrimoine respectivement de l'actionnaire ou du fondateur à la réalisation d'un but.

Dans les deux cas, une personne parvient à se constituer une double personnalité juridique, alors qu'en réalité, les deux personnes sont maîtrisées par une seule et même volonté. (...)

²⁹² ATF 127 III 337 / JdT 2002 I 359.

Le capital de la société anonyme (art. 620 al. 2 CO) ou la fortune de la fondation répond exclusivement des dettes de la personne morale.

Contrairement aux autres personnes morales de droit privé fédéral, ni l'actionnaire unique, ni le fondateur ne peuvent être tenus d'apports supplémentaires (Nachschusspflicht).

(...)

(...) *Les différences.*

(...) *Les inconvénients de la société anonyme par rapport à une fondation.*

La constitution d'une société anonyme requiert toujours un acte authentique (art. 626ss CO), alors qu'une fondation peut aussi être constituée par [une disposition pour cause de mort (sic !)] (art. 81 al. 1 CC).

La loi impose un capital minimum de 100'000 francs à une société anonyme (art. 621 CO) alors qu'aucun capital minimal n'est prévu pour une fondation.

Le capital de la société anonyme est déterminé à l'avance et en principe constant. Il ne peut être augmenté ou réduit qu'aux conditions rigides des articles 650ss 732ss CO. En revanche, les biens affectés à la fondation peuvent être librement augmentés en tout temps ou réduits jusqu'à néant, si le fondateur en a décidé ainsi dans l'acte de fondation (...).

La fonction principale du capital est de garantir les dettes de la société anonyme. C'est pourquoi la loi contient plusieurs dispositions protégeant le capital, règles dont est dépourvu le droit des fondations.

La responsabilité civile des organes d'une fondation est régie par l'article 55 al. 2 CC (...). Les organes de la société anonyme sont soumis à des règles de responsabilité plus contraignantes prévues aux articles 754ss CO.

Bien qu'en principe la forme de la société anonyme soit prévue pour les cas dans lesquels il existe une pluralité d'actionnaires, l'article 625 al. 2 CO reconnaît implicitement l'admissibilité d'une société anonyme à actionnaire unique. Toutefois, selon cette disposition, une telle société risque en tout temps d'être dissoute à la demande d'un créancier. Un tel risque n'existe pas pour une fondation.

Les statuts d'une société anonyme ont une portée purement interne ; ils ne peuvent ni prévoir des droits, ni imposer des obligations à des tiers. En revanche, l'acte de fondation peut donner de véritables droits à ses destinataires ou à des tiers (...).

Enfin, d'un point de vue fiscal, la forme de la société anonyme est moins favorable que celle de la fondation. Le taux de l'impôt fédéral direct sur le bénéfice est de 4,25% pour une fondation (art. 71 LIFD), alors qu'il s'élève à 8,5% pour une société anonyme (art. 68 LIFD). (...)

(...) *Les avantages d'une société anonyme par rapport à une fondation.*

La valeur économique des biens affectés à la société anonyme reste dans le patrimoine de l'actionnaire unique alors que les biens affectés à une fondation ne font plus partie du patrimoine du fondateur.

*Il en découle que l'actionnaire unique peut librement céder totalement ou partiellement ses actions – et donc la maîtrise effective sur la société – de son vivant ou les transmettre à ses héritiers, tandis que la qualité du fondateur n'est ni cessible, ni transmissible.
(...)*

Enfin, (...) [les fondations] sont, en principe, soumises à une surveillance étatique, alors que les sociétés anonymes en sont, en principe, exemptes. »²⁹³

6.6. Modification et dissolution d'une fondation.

6.6.1. Modification²⁹⁴.

La fondation est un instrument rigide car tout est fixé ou presque dans l'acte de fondation. Une fois que le fondateur a exprimé sa volonté, seules quelques modifications peuvent être apportées.

Tout d'abord, il est possible de modifier le but lorsqu'il est objectivement dépassé et ne correspond plus à la volonté du fondateur (art. 86 CC). Le but peut également être modifié sur requête ou en raison d'une disposition pour cause de mort du fondateur (art. 86a CC).

Ensuite, l'article 85 CC prévoit la possibilité de modifier l'organisation si cela est absolument nécessaire pour conserver les biens ou pour maintenir le but du fondateur.

Exemple : si une fondation voit ses finances fondre, il peut être judicieux de réduire le nombre de membres au sein du conseil de fondation.

L'autorité compétente, désignée soit par le canton soit par le Conseil fédéral, peut procéder à ces modifications. Au niveau cantonal, c'est généralement le gouvernement qui est compétent et il procède en principe aux modifications après avoir écouté les membres du conseil de fondation.

Enfin, l'autorité de surveillance peut procéder à des modifications accessoires « *lorsque celles – ci sont commandées par des motifs objectivement justifiés et qu'elles ne lèsent pas les droits de tiers* (art. 86b CC).

6.6.2. Dissolution²⁹⁵.

La fondation ne peut être révoquée par le fondateur ou par le conseil de fondation.

Quatre cas de dissolution sont envisageables :

²⁹³ VEZ, pp. 83 à 87 n°275 – 295.

²⁹⁴ Pour davantage d'informations, cf. VEZ, pp. 271ss n°989ss.

²⁹⁵ Pour davantage d'informations, cf. VEZ, pp. 295ss n°1085ss.

- a) un cas de dissolution prévu dans l'acte de fondation se réalise ;
- b) l'autorité de surveillance ou n'importe quel intéressé requiert la dissolution de la fondation (art. 89 al. 1 CC) ;
- c) la fondation est dissoute de par la loi (art. 88 al. 1 CC), lorsque le but de la fondation a cessé d'être réalisable et ne peut être modifié en un autre but analogue selon l'article 86 CC ; ou
- d) la fondation est dissoute par jugement car le but poursuivi est illicite ou contraire aux mœurs (art. 88 al. 2 CC).

Enfin, le législateur a récemment adopté La LFus. Or, selon cette loi²⁹⁶ :

- les fondations peuvent fusionner uniquement avec des fondations (art. 78 al. 1 LFus). Les fusions entre des fondations et des associations ou des sociétés commerciales sont interdites ;

- la fusion entre fondations est réglée par les articles 78ss LFus. Sont autorisées aussi bien les fusions par absorption que les fusions par combinaison. La fusion s'effectue sous le contrôle de l'autorité de surveillance (art. 83 LFus) ; et

- le transfert de fortune d'une fondation à une autre est autorisé par les articles 86ss LFus.

6.7. Conclusion.

*« La fondation n'est pas aussi souple qu'une association. Elle est régie par les volontés du fondateur, exprimées de manière définitive dans l'acte de fondation. Il en résulte que la fondation est un organisme rigide et peu dynamique. »*²⁹⁷

Le législateur et la doctrine pensaient, en effet, lors de l'élaboration du Code civil suisse au début du XX^{ème} siècle, qu'une fondation pouvait poursuivre uniquement un but d'intérêt public. La pratique a donné tort à cette conception car il existe de nombreuses fondations à but économique (les fondations d'entreprise) et d'importantes fondations de famille.²⁹⁸

La récente révision du droit des fondations entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006 a permis, notamment, d'imposer un organe de révision aux fondations ordinaires et de favoriser la création de fondations par des avantages fiscaux. Cela n'a malheureusement pas résolu la problématique des fondations d'entreprise. Or ces dernières sont nombreuses et il faudrait que le législateur adopte des dispositions qui leurs soient propres.

²⁹⁶ Cf. VAN DER MEER / PERREN, p. 181 et dans le présent ouvrage, chapitre XIV.

²⁹⁷ Cf. le site internet www.edi.admin.ch/: guide pratique p. 5.

²⁹⁸ Cf. VEZ, p. 1 n°3 et p. 2 n°5.

VII. LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES : INTRODUCTION ET NOTIONS COMMUNES

7.1. Généralités.

7.1.1. Définition de la société (*die Gesellschaft*).

La société est définie à l'article 530 al. 1 CO comme « *un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun* »²⁹⁹.

Il y a un *numerus clausus* des sociétés en droit suisse³⁰⁰. En effet, « *une société d'un type non reconnu par le législateur ne peut exister que comme société simple selon le principe de subsidiarité exprimé à l'art. 530 al. 2 CO* »³⁰¹.

Les sociétés régies par le Code des obligations sont la société simple (art. 530ss CO)³⁰², la société en nom collectif (SNC ; art. 552ss CO), la société en commandite (SC ; art. 594ss CO), la société anonyme (SA ; art. 720ss CO), la société en commandite par actions (SCA ; art. 764ss CO), la société à responsabilité limitée (SARL ; art. 772ss CO) et la société coopérative (Coop. ; art. 828ss CO).

Nous allons présenter les principes et règles s'appliquant généralement à toutes les sociétés avant d'étudier en détails les structure juridiques qui nous intéressent plus particulièrement.

7.1.2. Eléments de définition.

7.1.2.1. Nature contractuelle.

La société est un contrat (art. 530 al. 1 CO). « *Souvent multilatéral, le contrat de société se distingue des contrats bilatéraux principalement par le fait qu'il crée une communauté d'intérêts.* »³⁰³

7.1.2.2. Groupement de personnes.

Les sociétés simples (art. 530 al. 1 CO), les SNC (art. 552 al. 1 CO), les SC (art. 594 al. 1) et les SARL (art. 772 al. 1 CO) doivent être composées de deux membres au moins. En revanche, la SA (art. 625 al. 1 CO) ainsi que la SCA (art. 764 al. 2 CO) doivent être formées de trois membres et la coopérative (art. 831 al. 1 CO) de sept membres au minimum. La société comprenant un membre unique est une entreprise individuelle mais cette institution ne nous intéresse pas ici.

²⁹⁹ Cf. RUEDIN, pp. 73ss n°400ss.

³⁰⁰ Cf. OBERSON, Titre VI, p. 138 et RUEDIN, p. 111 n°605.

³⁰¹ OBERSON, Titre VI, p. 138.

³⁰² La société simple est régie dans le chapitre consacré aux contrats et non dans celui régissant les sociétés commerciales. Il est néanmoins d'usage d'étudier toutes ces institutions ensemble.

³⁰³ RUEDIN, p. 74 n°405.

Les sociétés simples, les SNC et les SC dont le nombre de membres descend à un sont dissoutes et liquidées. Le dernier associé peut néanmoins reprendre les actifs et les passifs de la société et transformer la société en entreprise individuelle (art. 579 CC).

Les SA, SCA, SARL et Coop. « dont le nombre des associés tombe à un sont tolérées par la loi, celle – ci ne prévoyant pas de dissolution automatique. (...) Le juge peut prononcer la dissolution de la société sur requête d'un associé ou d'un créancier, à moins que la société ne rétablisse la situation légale dans un délai convenable »³⁰⁴.

La loi n'impose pas un nombre maximum d'associé³⁰⁵.

7.1.2.3. But social.

Les associés d'une société doivent poursuivre un but commun. La notion de « but » est primordiale dans la mesure où elle permet de choisir le type de société adéquat dans le CO, d'interpréter le contrat de société et de définir les limites des pouvoirs des représentants. En outre, si le but de la société est atteint ou devient impossible à réaliser, la société doit être dissoute (art. 545 al. 1 ch. 1 CO).³⁰⁶

La majorité des sociétés poursuivent un but économique. « Un but est économique lorsqu'il vise des avantages exprimables en argent en faveur de ses associés, autrement dit lorsqu'il vise l'amélioration de la situation patrimoniale de ses associés. Il peut être pécuniaire ou matériel :

- *Le but final économique est pécuniaire (...) lorsque la société cherche à satisfaire ses associés par son intermédiaire, autrement dit lorsqu'elle tente d'abord de réaliser des bénéfices pour les distribuer ensuite à ses associés, en principe sous la forme neutre d'argent.*

[Exemple :] *la société anonyme cherche à réaliser des bénéfices pour verser des dividendes* à ses actionnaires.*

- *le but final économique est matériel lorsque la société cherche à satisfaire des associés directement, c'est – à dire sans réaliser préalablement des avantages pour elle – même, en principe sous forme de prestation en nature.*

[Exemple :] *la société coopérative de consommation vend à ses coopérateurs des produits au prix le plus avantageux possible pour eux, en renonçant à faire elle – même un bénéfice. »³⁰⁷*

Au cours de notre étude, nous allons souvent faire référence à l'exploitation d'une entreprise en la forme commerciale. Une entreprise commerciale* est « l'exécution indépendante d'un programme d'opérations économiques semblables ayant pour conséquences la réalisation d'un chiffre d'affaires et dont la nature et l'importance nécessitent une organisation particu-

³⁰⁴ OBERSON, Titre VI, p. 129.

³⁰⁵ Cf. RUEDIN, p. 78 n°425.

³⁰⁶ Cf. OBERSON, Titre VI, pp. 131s.

³⁰⁷ RUEDIN, p. 80 n°441-443.

lière »³⁰⁸. Une société peut parfaitement poursuivre un but économique et ne pas exploiter une entreprise en la forme commerciale.

Les SNC, SC, SA, SCA et SARL exploitent généralement une entreprise en la forme commerciale et sont conçues à cet effet. En revanche, il est rare qu'une coopérative exploite une entreprise en la forme commerciale et pour la société simple, c'est même impossible³⁰⁹.

7.1.2.4. Collaboration.

Les associés doivent collaborer pour réaliser le but commun. Nous faisons référence ici à l'*animus societatis*, à savoir la volonté commune de constituer une société.³¹⁰

7.1.3. Comparaison entre les sociétés commerciales et d'autres groupements de personnes.

Toutes les sociétés commerciales ont une base contractuelle et se distinguent ainsi des groupements de personnes procédant directement de la loi.

Exemples : l'hoirie³¹¹ est formée de par la loi dès le moment où il y a décès (art. 602 CC). La Confédération, les cantons et les communes existent également de par la loi (voir art. 59 CC).³¹²

Une société ont des membres et sont donc très différentes des établissements³¹³.

Exemple : les fondations (art. 80ss CC), les écoles polytechniques fédérales et l'Université de Lausanne sont des établissements (art. 5 al. 1 de la loi fédérale sur les écoles polytechniques fédérales et art. 1 de la loi vaudoise sur l'Université³¹⁴).³¹⁵

7.2. *Personnalité juridique des sociétés commerciales.*

La majorité des sociétés commerciales sont des personnes morales³¹⁶. « *La personne morale peut être définie comme une entité autonome dotée de la personnalité juridique. Avoir la personnalité juridique, c'est être un sujet de droits reconnu par l'ordre juridique, disposer de la jouissance des droits (art. 53 CC) et de l'exercice des droits (art. 54 CC)* »³¹⁷. La société, par sa personnalité juridique, a une existence indépendante de celle de ses associés³¹⁸.

³⁰⁸ OBERSON, Titre II, p. 26 et cf. MONTAVON, p. 6.

³⁰⁹ Cf. OBERSON, Titre VI, p. 153. Cf. dans le présent ouvrage, annexe 7.

³¹⁰ Cf. RUEDIN, p. 91 n°506-507.

³¹¹ Cf. dans le présent ouvrage, chapitre III.

³¹² Cf. OBERSON, Titre VI, p. 134.

³¹³ Cf. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 1 n°4.

³¹⁴ Respectivement RS 414.110 et RSV 414.11.

³¹⁵ Cf. OBERSON, Titre VI, p. 135.

³¹⁶ Cf. dans le présent ouvrage, annexe 5.

³¹⁷ OBERSON, Titre VI, p. 141 et pour davantage d'informations, cf. dans le présent ouvrage, chapitre IV.

³¹⁸ Cf. RUEDIN, p. 136 n°702.

Néanmoins, certaines sociétés n'ont pas la personnalité juridique ou ont seulement une « quasi – personnalité ». Premièrement, la société simple n'a pas la personnalité juridique. Elle n'a donc pas une existence indépendante de celle de ses associés. Deuxièmement, la SNC ainsi que la SC n'ont que certains des attributs de la personnalité juridique³¹⁹. En effet, elles n'ont pas une pleine personnalité juridique mais peuvent accomplir un certain nombre d'actes. Elles peuvent, notamment, « *sous leur raison sociale**, *acquérir des droits et s'engager, actionner et être actionnées en justice (art. 562 et 602 CO) ; elles répondent des actes illicites d'un associé commis dans la gestion des affaires sociales (art. 567 al. 3 et 602 CO) ; elles peuvent bénéficier d'un cautionnement solidaire* de la part d'un associé (art. 568 al. 3 CO (...))* »³²⁰. La doctrine parle alors souvent de « quasi – personnalité juridique »³²¹.

7.3. *Registre du commerce (RC)*³²².

Le RC est « *une institution de l'Etat qui enregistre officiellement et publie avec des effets juridiques les faits juridiques déterminants pour le commerce* »³²³. Le RC est régi principalement par les articles 927 à 943 CO ainsi que l'ordonnance sur le registre du commerce (ci – après ORC).

Selon le Tribunal fédéral, « *le but du registre du commerce est de faire connaître au public et aux créanciers, de manière claire, la situation et le régime de responsabilité de maisons de commerce soumises à l'inscription à ce registre* »³²⁴.

Certaines sociétés ont l'obligation de s'inscrire au RC ; celles qui n'y sont pas contraintes peuvent généralement le faire si elles le souhaitent. Les juristes opposent la notion d' *inscription obligatoire* à celle d' *inscription facultative*.

L'inscription est *obligatoire* pour la SA (art. 640 et 643 CO), la SCA (764 al. 2 CO qui renvoie aux dispositions sur la SA), la SARL (art. 783 CO) et la Coop. (art. 838 CO) ainsi que la SNC (art. 553 CO) et la SC (art. 595 CO) lorsqu'elles n'exploitent pas une entreprise en la forme commerciale. Ces sociétés ne peuvent exister que lorsqu'elles sont valablement inscrites au RC.³²⁵

Il existe d'autres sociétés qui doivent être inscrites au RC mais dont l'existence ne dépend pas de leur inscription dans ce registre. La SNC, la SC (art. 552 al. 2 et 594 al. 3 CO), les associations (art. 61 al. 2 CC) et les établissements publics (p. ex. les banques cantonales) ont l'obligations de s'inscrire au RC lorsqu'ils exercent une industrie en la forme commerciale.³²⁶

Enfin, certaines sociétés n'ont aucune obligation de s'inscrire mais peuvent le faire si elles le souhaitent (art. 934 al. 2 CO et 52ss CC). Il s'agit de l' *inscription facultative*. La loi donne expressément le droit de s'inscrire aux associations n'exploitant pas une entreprise en la

³¹⁹ Cf. dans le présent ouvrage, annexe 7.

³²⁰ OBERSON, Titre VI, p. 146. La raison sociale est le nom de la société.

³²¹ Cf. RUEDIN, p. 150 n°754 et dans le présent ouvrage, annexe 7.

³²² Cf. MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, pp. 129ss n°5ss pour des informations sur le fonctionnement du RC et plus particulièrement sur les inscriptions des sociétés dans ce registre.

³²³ OBERSON, Titre III, p. 42.

³²⁴ ATF 108 II 122 / JdT 1982 I 519. Cf. MONTAVON, p. 27.

³²⁵ Cf. OBERSON, Titre III, pp. 56 – 57. Les fondations sont également obligées de s'inscrire au RC (art. 52 et 81 al. 2 CC).

³²⁶ Cf. OBERSON, Titre III, p. 57.

forme commerciale (art. 61 al. 1 CC), aux fondations ecclésiastiques et familiales (art. 52 al. 2 CC) ainsi qu'aux corporations et établissements publics n'exploitant pas une entreprise en la forme commerciale (art. 52 al. 2 CC).³²⁷

Sont inscrits au registre du commerce:	Art. 10, al. 1 ORC
- les entreprises individuelles	Art. 934 ss CO
- les sociétés en nom collectif	Art. 552 ss COI
- les sociétés en commandite	Art. 594 ss CO
- les sociétés anonymes	Art. 620 ss CO
- les sociétés en commandite par actions	Art. 764 ss CO
- les sociétés à responsabilité limitée	Art. 772 ss CO
- les sociétés coopératives	Art. 828 ss CO
- les associations exerçant une industrie en la forme commerciale	Art. 60 ss CC
- les fondations, à l'exception des fondations de famille et des fondations ecclésiastiques	Art. 80 ss CC
- les instituts autonomes de droit public	
- les succursales*	Art. 935 CO
- les procurations non commerciales	Art. 458, al. 3 CO
- les représentants d'indivisions	Art. 341, al. 3 CC

Tableau 2 : entités juridiques inscrites au RC³²⁸.

L'inscription contient des indications essentielles sur l'entreprise, à savoir la raison de commerce* (le nom commercial de la société : art. 956 CO), le siège et le but de la société. Elle indique également quelles sont les personnes pouvant valablement engager la société et notamment les pouvoirs de représentation accordés en dérogation ou en complément au système légal. En outre, le RC indique qui engage sa responsabilité dans l'entreprise et répond des dettes de cette dernière.³²⁹ Ce sont des informations indispensables pour les tiers qui sont en relation avec les entreprises concernées.

³²⁷ Cf. OBERSON, Titre III, p. 58 et MONTAVON, p. 32.

³²⁸ Site internet de la Confédération :

www.ofj.admin.ch/bj/fr/home/themen/wirtschaft/handelsregister/eingetragene_unternehmen.html.

³²⁹ Cf. OBERSON, Titre III, pp. 63s.

7.4. Organisation spatiale des sociétés commerciales : établissements secondaires, filiales et succursales.

Une grande entreprise est généralement composée de plusieurs types d'établissements :

- l'établissement secondaire* est «*un établissement sans indépendance économique et juridique* »³³⁰. Il n'a pas d'existence juridique propre puisqu'il s'agit d'une simple décentralisation spatiale.

Exemples : les entrepôts, les ateliers de fabrication sans direction commerciale ou les bureaux d'expédition sont des établissements secondaires.

- la succursale* (*das Filialgeschäft*) est «*un établissement commercial qui, dans la dépendance d'une entreprise principale dont il fait juridiquement partie, exerce de façon durable, dans des locaux séparés, une activité similaire, en jouissant d'une certaine autonomie dans le monde économique et celui des affaires* »³³¹.

La succursale est juridiquement dépendante de l'entreprise principale mais bénéficie d'une certaine indépendance économique. Elle doit donc se trouver dans des locaux distincts de ceux du siège principal, avoir une activité durable et avoir sa propre direction.

La succursale n'a pas de personnalité juridique propre mais, en raison de son indépendance économique, elle a néanmoins un statut particulier. Par conséquent, elle doit être inscrite au registre du commerce sous le nom de l'établissement principal (art. 935 et 952 CO ainsi que 70 ORC).³³²

- la filiale* (*die Tochtergesellschaft*) est «*une entité juridiquement indépendante, mais économiquement dépendante d'une autre entité juridiquement indépendante, qu'on appelle usuellement la société mère* »³³³. Le statut de la filiale est exactement l'inverse du statut de la succursale puisque la filiale n'a aucune indépendance économique mais une certaine indépendance juridique. En définitive, la filiale est une société à part entière. En pratique il s'agit souvent d'une SA ou d'une SARL.

« (...) *La filiale est une personne juridique, soit un sujet de droit. Elle est inscrite au RC et peut acquérir et s'obliger, ester en justice, poursuivre, être poursuivie et avoir une activité dans un domaine différent de celui de la société mère.* »³³⁴

Les sociétés préfèrent généralement créer une succursale plutôt qu'une filiale parce que c'est moins coûteux, que la succursale est plus facile à intégrer et que son fonctionnement est plus simple. Cependant, la filiale est aussi appréciée puisqu'elle permet de répartir les risques de l'entreprise.³³⁵

³³⁰ OBERSON, Titre II, p. 37.

³³¹ OBERSON, Titre II, p. 38.

³³² ATF 108 II 122.

³³³ OBERSON, Titre II, p. 41.

³³⁴ OBERSON, Titre II, p. 41.

³³⁵ Cf. OBERSON, Titre II, p. 41.

7.5. Représentants commerciaux des sociétés commerciales.

Une société commerciale a, en principe, une clientèle variée et nombreuse. Aussi a-t-elle besoin d'auxiliaires pour la représenter :

- le fondé de procuration* (*die Prokura*) est une : « *personne qui reçoit du chef d'entreprise l'autorisation générale de gérer les affaires de l'entreprise et de signer au nom de celle-ci* »³³⁶ (art. 458 al. 1 CO). Il peut accomplir tous les actes que comporte le but du commerce ou de l'entreprise au nom du chef de la maison (art. 459 al. 1 CO). Néanmoins, il ne peut aliéner ou grever des immeubles sans avoir obtenu une procuration spéciale (art. 459 al. 2 CO). Le représenté peut tout à fait prévoir des restrictions au pouvoir du fondé de procuration (art. 460 CO)³³⁷.

Lorsque un fondé de procuration représente la société, il va « *signer par procuration en se servant de la signature de la maison* » (art. 458 al. 1 i.f.).

Exemple : ABC & Cie, pp ou ppon X.³³⁸

- le mandataire commercial* (*die Handlungsvollmacht*) est : « *celui qui, sans avoir la qualité de fondé de procuration, a reçu du chef de l'entreprise une procuration générale à caractère plus limité, qui peut viser tous les actes ordinaires de l'entreprise ou certains aspects particuliers* »³³⁹ (art. 462 al. 1 CO). Le représenté décide s'il confère au mandataire commercial une procuration générale, lui permettant ainsi d'être compétent pour toutes les affaires de l'entreprise, ou s'il lui confère une procuration spéciale, à savoir pour certaines opérations uniquement. Néanmoins, il est exclu que le mandataire commercial emprunte ou plaide (art. 462 al. 3 CO).

Le mandataire commercial signe par mandat en utilisant la raison de commerce de l'entreprise.

Exemple : pour ABC & Cie, sign. X³⁴⁰.

Le mandataire commercial a moins de pouvoirs que le fondé de procuration même lorsqu'il est au bénéfice d'une procuration générale. En effet, il est admis qu'un fondé de procuration peut faire tout ce qui n'est pas directement exclu par le but de l'affaire alors que la mandataire peut s'occuper des affaires courantes mais devrait demander une procuration spéciale pour des actes plus importants.³⁴¹

- le voyageur de commerce* (*der Handelsreisende*) est « *le travailleur qui s'engage à négocier ou à conclure des affaires hors de l'établissement pour le compte de l'exploitant d'une entreprise commerciale qui se charge de la rémunérer* »³⁴² (art. 347 CO).

³³⁶ OBERSON, Titre II, p. 29 et cf. MONTAVON, pp. 62-63.

³³⁷ Cf. MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, pp. 200ss n°12ss,

³³⁸ Cf. OBERSON, Titre II, p. 30.

³³⁹ OBERSON, Titre II, p. 32 et cf. MONTAVON, p. 64.

³⁴⁰ Cf. OBERSON, Titre II, p. 34.

³⁴¹ Cf. OBERSON, Titre II, p. 33 et MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, pp. 207ss n°41ss.

³⁴² OBERSON, Titre II, p. 35.

Il y a deux types de voyageurs de commerce :

- a) le voyageur de commerce négociateur : il a pour mission de mener à bien des négociations ou des pourparlers en vue de la conclusion d'un contrat mais n'a pas la possibilité de signer.
 - b) Le voyageur de commerce stipulateur : il a pour mission de négocier mais il peut également conclure l'affaire au nom et pour le compte de son patron. Pour ce faire, il doit disposer de pouvoirs écrits (art. 348b al. 1 CO).³⁴³
- l'agent* (*der Agent*) est « celui qui se charge à titre permanent de négocier ou de conduire des affaires pour une personne sans être liée à elle par un contrat de travail »³⁴⁴ (art. 418a CO). L'agent est juridiquement indépendant puisqu'il exploite une entreprise qui lui est propre. Il est présumé avoir uniquement le pouvoir de négocier (art. 418e al. 1 CO).³⁴⁵

7.6. Classification des sociétés.

Le Code des obligations contient de nombreuses dispositions sur les sociétés commerciales. Ces dernières peuvent être classées en trois catégories. En effet, il y a tout d'abord les *sociétés de personnes*, basées sur la personnalité de leurs membres, ensuite les *sociétés de capitaux*, basées sur la participation financière de leurs membres et enfin les *sociétés mixtes*, basées sur la personnalité et la participation financière de leurs membres³⁴⁶. Nous avons déterminé ci – dessous à quelle catégorie appartiennent les sociétés régies par le droit suisse, quelle est leur utilité et quel but elles poursuivent:

- la société simple (*die einfache Gesellschaft*) est une société de personnes* (art. 530ss CO). Elle peut poursuivre aussi bien des buts économiques que non – économiques. Elle n'est pas « destinée à exploiter une entreprise en la forme commerciale mais à coordonner certaines activités d'autres sociétés ou de personnes physiques »³⁴⁷. Il s'agit de la structure la plus élémentaire.
- la société en nom collectif (SNC ; die Kollektiv Gesellschaft) est une société de personnes (art 552ss CO). Elle poursuit généralement un but économique mais la poursuite d'un but non – économique ne lui est pas interdite (cf. art. 620 al. 3 CO). Elle « est faite pour exploiter une entreprise commerciale petite ou moyenne, ne nécessitant pas de capitaux importants, aux risques modestes ou en tout cas maîtrisables »³⁴⁸

<p><u>Exemple</u> : deux frères reprennent l'entreprise viticole de leur père sous forme de SNC³⁴⁹.</p>
--

- la société en commandite (SC ; die Kommanditgesellschaft) est une société de personnes (art. 594ss CO). Elle poursuit généralement un but économique mais la poursuite

³⁴³ Cf. OBERSON, Titre II, pp. 35 – 36.

³⁴⁴ OBERSON, Titre II, p. 36.

³⁴⁵ Cf. OBERSON, Titre II, p. 36.

³⁴⁶ Cf. OBERSON, Titre VI, pp. 147 et 150 et dans le présent ouvrage, annexes 7 à 10.

³⁴⁷ RUEDIN, p. 114 n°625.

³⁴⁸ RUEDIN, p. 114 n°627.

³⁴⁹ Cf. RUEDIN, p. 114 n°627.

d'un but non – économique n'est pas interdite (cf. art. 620 al. 3 CO). Elle « *est faite pour exploiter une entreprise commerciale petite ou moyenne, nécessitant des capitaux d'une certaine importance, aux risques modestes ou en tout cas maîtrisables.* (...) »

[Exemple :] *deux jeunes architectes décident d'ouvrir un bureau sous forme de société en commandite, dont le financement sera assuré par l'oncle de l'une d'elles* ³⁵⁰.

- la société anonyme (SA ; die Aktiengesellschaft) est une société de capitaux* (art. 620ss CO). Elle poursuit généralement un but économique mais la poursuite d'un but non – économique ne lui est pas interdite (art. 620 al. 3 CO). Elle est destinée à exploiter une entreprise commerciale nécessitant des capitaux importants et impliquant des risques importants.

[Exemples : Nestlé SA et Novartis SA sont des exemple connus de SA sises en Suisse. ³⁵¹.

- la société en commandite par actions (SCA ; die Kommanditaktiengesellschaft) est une société mixte puisqu'elle est le résultat d'un mélange entre la SNC et la SA (art. 764ss CO). Elle poursuit généralement un but économique mais la poursuite d'un but non – économique ne lui est pas interdite (voir art. 620 al. 3 CO). « *Elle est destinée aux entreprises commerciales moyennes, voire grandes, nécessitant des capitaux d'une certaine importance, impliquant des risques importants.* » ³⁵²
- la société à responsabilité limitée (SARL ; die Gesellschaft mit beschränkter Haftung) est une société mixte puisqu'elle est le résultat d'un mélange entre la SNC et la SA (art. 772ss CO). Elle poursuit toujours un but économique puisque la poursuite d'un but idéal lui est interdite. « *Elle est conçue pour exploiter une entreprise commerciale petite ou moyenne, nécessitant des capitaux d'une certaine importance, impliquant des risques moyens.* » ³⁵³

[Exemple : deux personnes s'associent sous forme de SARL pour créer une entreprise de teinturerie ³⁵⁴.

- la société coopérative (Coop. ; die Genossenschaft) est une société de personnes (art. 828ss CO). Elle poursuit généralement un but économique mais la poursuite d'un but non – économique ne lui est pas interdite (voir art. 620 al. 3 CO). « *Contrairement aux autres formes de sociétés, la société coopérative ne vise pas à réaliser un bénéfice pour elle – même en vue de le distribuer ensuite à ses associés. Elle cherche à favoriser directement les intérêts économiques de ses associés.* »

[Exemple :] *une société coopérative d'habitation cherche à mettre à la disposition de chacun de ses associés un appartement à prix avantageux.* » ³⁵⁵

³⁵⁰ RUEDIN, pp. 114 – 115 n°628.

³⁵¹ Cf. RUEDIN, p. 115 n°629.

³⁵² RUEDIN, p. 115 n°631.

³⁵³ RUEDIN, p. 116 n°633.

³⁵⁴ Cf. RUEDIN, p. 116 n°633.

³⁵⁵ RUEDIN, p. 116 n°634.

Les SA sont très nombreuses en Suisse. En revanche, les sociétés en commandite sont presque en voie de disparition. Voici quelques chiffres pour avoir une idée du succès de chaque société en Suisse :

	1992	2003
SA	170'597	174'370
SNC	16'041	15'455
Coop.	14'124	12'529
SC	3'397	2'727
SARL	2'964	68'633
Total	207'123	273'714

Tableau 3 : nombre de sociétés commerciales au 31 décembre 1992 et au 31 décembre 2003³⁵⁶

7.7. Début, vie et fin d'une société.

Il s'agit maintenant d'examiner comment les sociétés sont créées, comment elles sont organisées, quels sont les droits et obligations de leurs associés, quelles sont les personnes engageant leur responsabilité et comment elles disparaissent.

³⁵⁶ Cf. MONTAVON, p. 5.

VIII. LA SOCIÉTÉ SIMPLE (*DIE EINFACHE GESELLSCHAFT*, ART. 530SS CO), LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF (SNC ; *DIE KOLLEKTIVGESELLSCHAFT* ; ART. 552SS CO) ET LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE (SC ; *DIE KOMMANDITGESELLSCHAFT*, ART. 594SS CO).

8.1. Introduction.

Nous avons regroupé la société simple, la SNC et la SC dans un même chapitre car il s'agit de sociétés commerciales qui n'ont pas la pleine personnalité juridique contrairement aux SA, aux SCA, aux SARL et au Coop. En outre, les rapports entre leurs associés (rapports internes) sont similaires.

En revanche, leur statut diffère s'agissant des rapports entre leurs associés et les tiers (rapports externes)³⁵⁷.

8.2. Société simple (*die einfache Gesellschaft* ; art. 530ss CO).

8.2.1. Généralités.

8.2.1.1. Définition de la société simple.

L'article 530 al. 1 CO définit la société simple comme « *un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun* ».

Elle est régie par les articles 530ss CO qui se trouvent dans la partie du CO consacrée aux contrats et non dans la partie consacrée aux sociétés commerciales. « *En doctrine, elle est toutefois généralement exposée dans les ouvrages de droit commercial car elle est le fondement des sociétés commerciales de personnes (SNC, SC). Par ailleurs elle régit les relations internes et externes des fondateurs des SA, SCA, SARL et SCOOP jusqu'à l'inscription de ces sociétés au RC (...).* »³⁵⁸

Exemple : une SA n'est valablement constituée que dès l'instant où elle remplit les conditions exigées à cet effet par les articles 720ss CO. Tant que ce n'est pas le cas, la future « SA » est considérée comme une société simple et ses fondateurs sont donc soumis aux articles 530ss CO.

³⁵⁷ Cf. OBERSON, Titre VII, p. 18.

³⁵⁸ MONTAVON, p. 85 et cf. OBERSON, Titre VII, p. 1 et 3.

La loi exige que la société simple ait au moins deux associés mais n'impose pas de limite maximale. Si au cours de la vie de la société simple le nombre des associés tombe à un, la société ne peut plus exister.

Les associés peuvent être des personnes physiques ou des personnes morales.³⁵⁹ « *En soi, une communauté de personnes, telle une hoirie, peut également être partie à une société simple. Par ce biais, tous les mêmes membres de la communauté deviennent à leur tour membres de la société, mais conjointement* »³⁶⁰.

Remarque : une hoirie ne peut entrer en tant que telle dans une société simple puisqu'elle n'a pas la personnalité juridique et n'est donc pas une personne morale distincte de ses membres. Ce sont donc toutes les personnes faisant partie de l'hoirie qui deviennent membres de la société simple concernée. En revanche, une SA peut parfaitement devenir associée d'une société simple puisqu'elle est une entité juridique en tant que telle.

8.2.1.2. Éléments essentiels.

Les éléments essentiels de la société simple sont les apports et le but commun. En outre, le contrat ne doit pas remplir les conditions exigées pour une autre société commerciale, la société simple ayant un caractère subsidiaire (cf. *infra*).

Tout d'abord, chaque associé effectue un apport (art. 531 al. 1 CO).

Exemples : un associé peut apporter dans la société simple de l'argent, des biens matériels comme un immeuble ou des apports en industrie (p. ex. un travail).³⁶¹

Ensuite, les membres d'une société simple doivent poursuivre un but commun. En effet, il est impossible de créer une société sans l'*animus societatis*.³⁶²

Les membres d'une société simple peuvent poursuivre un but économique ou idéal³⁶³. « *Il ne doit cependant pas être impossible, illicite ou contraire aux mœurs et ne peut viser une activité commerciale (ce qui n'exclut pas un but économique)* »³⁶⁴. La poursuite d'un but économique est difficilement envisageable dans la mesure où une société simple ne peut pas exercer une entreprise en la forme commerciale.

Enfin, la société simple a un caractère subsidiaire. En effet, « *une société est une société simple, (...), lorsqu'elle n'offre pas les caractères distinctifs d'une des autres sociétés réglées par la loi* » (art. 530 al. 2 CO).

Exemple : si une société remplit toutes les conditions exigées pour la constitution d'une SNC, il est impossible de considérer qu'il s'agit d'une société simple. Ce sera une SNC.

³⁵⁹ Cf. MONTAVON, pp. 85 et 87 et OBERSON, Titre VII, p. 1.

³⁶⁰ OBERSON, Titre VII, p. 2.

³⁶¹ Cf. MONTAVON, p. 84.

³⁶² ATF 110 II 287 / JdT 1985 I 146.

³⁶³ Cf. dans le présent ouvrage, chapitre VII et annexe 9.

³⁶⁴ MONTAVON, p. 84.

8.2.1.3. Désignation de la société simple.

Une société simple n'a pas de raison sociale. Par conséquent, elle est désignée par l'énumération des noms de ses membres en cas de procédure et dans le cadre de poursuites. En – dehors de ces actes importants, elle peut choisir un « nom de fantaisie ».³⁶⁵

8.2.2. Constitution et personnalité juridique de la société simple.

La société étant un contrat, sa constitution obéit aux articles 1ss CO régissant la conclusion des contrats³⁶⁶. Les associés doivent se mettre d'accord au moins sur le but social, la personne des associés et tout élément qu'ils considèrent comme essentiels.

Une société simple ne peut pas s'inscrire au RC mais, en revanche, chacun des associés peut s'inscrire individuellement s'il le souhaite.³⁶⁷

Une société simple n'a pas la personnalité juridique. « *Par conséquent, elle ne peut acquérir aucun droit ni s'engager en son propre nom. Elle ne peut ni ester en justice comme demanderesse ou défenderesse ni poursuivre ou être poursuivie. Seuls les membres qui la composent peuvent être titulaires de droits et d'obligations et être parties à un procès ou à une poursuite.* »³⁶⁸ De plus, la société simple ne peut pas être propriétaire ou constituer des droits réels.

Exemple : une société simple ne peut être propriétaire d'un immeuble. Par conséquent, les immeubles sont immatriculés au registre foncier au nom de tous les associés ou sous une désignation précisant qu'il s'agit d'une société simple (art. 31 al. 1 ORF). Si nous étions, au contraire, en présence d'une SNC, les immeubles seraient immatriculés au nom de cette dernière puisqu'elle a la quasi – personnalité juridique (cf. *infra* 8.3.2.).³⁶⁹

Cependant, même si la société simple n'a pas d' « actifs sociaux » au sens juridique du terme, il existe souvent un patrimoine commun qui apparaît surtout lors de la liquidation de la société simple. Les « actifs sociaux » sont alors « *l'ensemble des biens transférés à la société ou acquis par elle (apports, bien acquis en cours de vie sociale) et destinés à la réalisation du but social* »³⁷⁰. Ces biens appartiennent en commun aux associés sauf convention contraire (art. 544 al. 1 CO). Il s'agit généralement d'une propriété en main commune (art. 652 CC) mais les associés sont libres de prévoir un autre régime, par exemple celui de la copropriété ordinaire (art. 646ss CC).³⁷¹

L'absence de personnalité juridique empêche toute société simple d'agir en justice ou d'entamer des poursuites en relation avec des créances. La capacité d'agir en justice appar-

³⁶⁵ Cf. OBERSON, Titre VII, p. 12.

³⁶⁶ Cf. MONTAVON, p. 87.

³⁶⁷ Cf. OBERSON, Titre VII, pp. 13ss.

³⁶⁸ OBERSON, Titre VII, p. 16 et cf. MONTAVON, p. 85.

³⁶⁹ SJ 1979 27 et cf. OBERSON, Titre VII, p. 17.

³⁷⁰ OBERSON, Titre VII, p. 16. Nous examinerons la notion d' « apport » ci – après.

³⁷¹ Cf. OBERSON, Titre VII, pp. 16s ; SJ 1997 396 ; ATF 116 II 49 / JdT 1992 I 66 et dans le présent ouvrage, chapitre III.

tient aux membres de la société simple et ces derniers doivent nécessairement agir ensemble.³⁷²

8.2.3. Rapports internes dans une société simple.

8.2.3.1. Définition.

Les rapports internes (*versus* rapports externes) dans une société sont les rapports des associés entre eux. « *Au plan interne, l'associé entrant participe aux résultats de la société dès son entrée sauf convention contraire. Au plan externe l'associé entrant n'est pas obligé par les dettes de la société à moins de signer une reprise de dettes (art. 175ss CO) avec les créanciers intéressés (...).* »³⁷³

8.2.3.2. Les obligations des associés³⁷⁴.

Les associés ont les obligations suivantes:

- a) l'obligation d'effectuer un apport (art. 531 CO) ;
- b) l'obligation de participer aux pertes* (art. 533 CO) ;
- c) l'obligation de fidélité ; et
- d) l'obligation de diligence.

a) Tout associé doit effectuer un apport (cf. *supra* 8.2.1.2). L'article 531 al. 1 CO énonce que l'apport peut consister en argent, en créances, en d'autres biens ou en industrie. En réalité, cet article est encore trop restrictif. En effet, l'apport est une « *prestation (Leistung) qui peut être de valeur économique ou idéale, positive (dare ou facere) ou négative (non facere ou pati)* »³⁷⁵.

Un associé peut promettre de s'abstenir de faire quelque chose qu'il serait en droit de faire mais qui ne serait pas en faveur de la société simple, par exemple dans le cadre de cartels ayant pris la forme de la société simple. Il s'agirait alors d'une prestation négative. Les prestations positives, quant à elles, peuvent être matérielles ou personnelles. Sont des prestations matérielles l'argent, les créances, les meubles, les immeubles, les brevets d'invention et les droits d'auteur. Lorsque l'apport consiste en un bien, l'ensemble des associés en devient propriétaire. Le propriétaire initial du bien peut donc céder la propriété mais il peut aussi en céder uniquement l'usage aux associés et garder ainsi le titre de propriétaire. Enfin, un travail pour la société simple est une prestation personnelle.

Exemple : une société simple est constituée dans le but de construire une maison locative. Il est parfaitement envisageable qu'un des associés amène un terrain en apport mais en reste propriétaire.³⁷⁶

³⁷² Cf. OBERSON, Titre VII, p. 17.

³⁷³ MONTAVON, pp. 88 – 89.

³⁷⁴ Cf. OBERSON, Titre VII, pp. 23ss.

³⁷⁵ OBERSON, Titre VII, p. 18.

³⁷⁶ ATF 105 II 204 / JdT 1980 I 173.

Les apports sont généralement déterminés par le contrat de société. Si rien n'a été prévu contractuellement, l'article 531 al. 2 dit que « *les apports doivent être égaux, et de la nature et importance qu'exige le but de la société* ». La doctrine dominante estime qu'il est impossible de libérer un associé de cette obligation.³⁷⁷

« *Les associés acquièrent la propriété commune (...) sur les biens, créances et droits réels et immatériels transférés ou acquis (...) à moins que les associés aient convenu d'en être copropriétaires par quote-parts.* »³⁷⁸

b) Selon l'article 533 al. 1 CO « *sauf convention contraire, chaque associé a une part égale dans les bénéfices et dans les pertes, quelles que soient la nature et la valeur de son apport* ». Un associé peut être libéré de cette obligation par convention si son apport consiste en une industrie, à savoir en travail (art. 533 al. 3 CO). La perte est « *une diminution de la fortune sociale au dessous du montant pour lequel les apports ont été acceptés par les associés* »³⁷⁹.

Exemple : si les apports ont été effectués à hauteur de 300'000 francs, il y a perte au sens de l'article 533 CO lorsque la fortune sociale est inférieure à 300'000 francs. Il n'est pas nécessaire d'arriver en – dessous de 0 pour qu'il s'agisse d'une perte.

c) Tout associé a l'obligation de fidélité. Il doit donc s'abstenir de tout ce qui pourrait empêcher la réalisation du but commun et il a notamment une prohibition générale de concurrence concrétisée par l'article 536 CO.

d) Chaque associé a également une obligation de diligence (art. 538 CO). Il doit donc « *se comporter de manière à favoriser la réalisation du but social dans l'exercice des activités liées à la société* »³⁸⁰.

8.2.3.3. Les droits des associés.³⁸¹

Les droits des associés sont les suivants :

- a) le droit de prendre part aux décisions sociales (art. 534 CO) ;
- b) le droit de gestion (art. 535 CO) ;
- c) le droit de contrôle (art. 541 CO) ;
- d) le droit à certaines indemnités (art. 537 CO) ; et
- e) le droit à une part du bénéfice (art. 532 et 533 CO).

a) Tout associé a le droit de prendre part aux décisions sociales*, ce qui comprend le droit d'être convoqué aux réunions, de participer aux débats et de voter (art. 534 CO). Une décision sociale est « *une manifestation de volonté qui résulte de la coopération au moins possible de tous les associés* »³⁸².

³⁷⁷ Cf. OBERSON, Titre VII, p. 20.

³⁷⁸ MONTAVON, p. 89.

³⁷⁹ OBERSON, Titre VII, p. 21.

³⁸⁰ OBERSON, Titre VII, p. 23.

³⁸¹ Cf. OBERSON, Titre VII, pp. 24ss.

³⁸² OBERSON, Titre VII, p. 24.

Les décisions se prennent à l'unanimité mais le contrat peut prévoir la majorité afin de faciliter le fonctionnement de la société (art. 534 al. 2 CO). L'article 535 al. 3 CO précise encore que « *le consentement unanime des associés est nécessaire pour nommer un mandataire général, ou pour procéder à des actes juridiques, excédant les opérations ordinaires de la société ; à moins toutefois qu'il n'y ait péril en la demeure* ».

b) Le droit de gestion est « *le droit de s'occuper des affaires de la société sur le plan interne* »³⁸³. Le contrat de société ou une décision de la société peut conférer ce droit à certains associés seulement ou à des tiers (art. 535 al. 1 CO).

c) Selon l'article 541 CO, le droit de contrôle est le « *droit de se renseigner personnellement sur la marche des affaires sociales, de consulter les livres et les papiers de la société, ainsi que de dresser, pour son usage personnel, un état sommaire de la situation financière* »³⁸⁴. Ce droit ne peut être supprimé (art. 541 al. 2 CO).

d) L'associé, dans le cadre de ses activités pour la société, peut faire des dépenses, assumer des obligations et faire des pertes. Des indemnités sont prévues à cet effet par l'article 537 CO. En outre « *les avances faites par un associé lui donnent le droit selon la loi à un intérêt (art. 537 al. 2 CO), alors que pour les apports, un intérêt n'est dû que si le contrat le prévoit (art. 558 al. 2 CO applicable par analogie)* »³⁸⁵.

e) Tout associé a évidemment droit à une part de bénéfice conformément à l'article 532 CO, le bénéfice étant « *une augmentation de la fortune sociale au dessus du prix total pour lequel les apports ont été acceptés* »³⁸⁶.

L'article 533 al. 1 CO prévoit que le bénéfice est réparti à parts égales entre les associés. Ces derniers peuvent prévoir un autre type de répartition.

8.2.3.4. La gestion.³⁸⁷

Nous avons vu que l'article 535 al. 1 CO prévoit que tous les associés ont le droit de gérer la société. Ils peuvent alors agir seul, sans le concours des autres, à moins qu'un autre système ait été prévu (art. 535 al. 2 CO). Chaque associé a un droit de veto qu'il peut faire valoir avant qu'un associé agisse (art. 535 al. 2 *i.f.* CO). Ce droit de veto peut être supprimé si les associés le souhaitent. De plus, la gestion peut être conférée, par contrat ou par décision sociale, à un ou plusieurs associés voire à des tiers engagés sur la base d'un contrat de travail ou de mandat.

Les personnes ayant un pouvoir de gestion peuvent accomplir tous les actes qui ne sont pas prévus par l'article 535 al. 3 CO selon lequel une décision sociale est nécessaire « *pour nommer un mandataire général, ou pour procéder à des actes juridiques excédant les opérations*

³⁸³ OBERSON, Titre VII, p. 25.

³⁸⁴ OBERSON, Titre VII, p. 26.

³⁸⁵ OBERSON, Titre VII, p. 27.

³⁸⁶ OBERSON, Titre VII, p. 27.

³⁸⁷ Cf. OBERSON, Titre VII, pp. 29ss. Nous préférons ici le terme de « gestion » à celui d' « administration » utilisé par la loi. Nous estimons qu'il prête moins à confusion.

ordinaires de la société ; à moins toutefois qu'il n'y ait péril en la demeure », c'est – à – dire à moins qu'il y ait une urgence.

En résumé, soit il s'agit d'une opération ordinaire et l'associé gérant peut agir seul soit il s'agit d'une opération extraordinaire et une décision sociale doit être prise avant toute action³⁸⁸. La distinction s'opère notamment en fonction du but poursuivi par la société.

Exemples : des achats ou des ventes courants voire l'engagement de personnel sans pouvoir de représentation sont des opérations ordinaires. En revanche, des opérations de cautionnement pour un montant élevé ou l'acquisition d'immeubles seront vraisemblablement considérées comme des opérations extraordinaires.

La société simple n'est pas tenue de tenir une comptabilité car elle n'est pas inscrite au RC. « *Toutefois, si un des membres de par son activité commerciale a l'obligation d'être inscrit au RC et que la société simple fait partie de son activité commerciale, la société simple doit obligatoirement tenir une comptabilité en vertu du principe d'intégralité des comptes auquel est soumis l'associé en question.* »³⁸⁹ En outre, les sociétés simples destinées à durer devraient envisager contractuellement d'avoir une comptabilité régulière avec un bouclage périodique³⁹⁰.

8.2.4. Rapports externes dans une société simple.

8.2.4.1. La représentation (art. 543 CO)³⁹¹.

La société simple n'a pas la personnalité juridique (cf. *supra* 4.3.1) et ne peut donc exprimer sa volonté par des organes. Par conséquent, dans leur relation avec un tiers, **les associés doivent agir en commun pour être engagé envers celui – ci tous ensemble.**

La loi présume que tous les associés ont le pouvoir de gérer la société (art. 535 al. 1 CO). Or, selon l'article 543 al. 3 CO, « *un associé est présumé avoir le droit de représenter la société ou tous les associés envers les tiers, dès qu'il est chargé d'administrer* ». Les associés ont donc tous le pouvoir de représenter la société simple. Toutefois, si ce pouvoir est conféré uniquement à un ou plusieurs associés voire à des tiers, les autres associés ne peuvent plus valablement représenter la société simple.

L'article 543 al. 1 CO traite de la représentation indirecte : « *l'associé qui traite avec un tiers pour le compte de la société, mais en son nom personnel, devient seul créancier ou débiteur de ce tiers* ». Une cession de créance (art. 164 CO) ou une reprise de dette (art. 175 CO) seront nécessaires pour que cet acte oblige également les autres associés.

L'article 543 al. 2 traite de la représentation directe : « *lorsqu'un associé traite avec un tiers au nom de la société ou de tous les associés, les autres associés ne deviennent créanciers ou débiteurs de ce tiers qu'en conformité des règles relatives à la représentation* », à savoir les articles 32ss CO.

³⁸⁸ SJ 1982 251 et SJ 1979 27.

³⁸⁹ MONTAVON, p. 93.

³⁹⁰ Cf. OBERSON, Titre VII, p. 22.

³⁹¹ Cf. MONTAVON, pp. 94-95 et OBERSON, Titre VII, pp. 35ss.

8.2.4.2. La responsabilité des associés (art. 544 CO)³⁹².

La responsabilité d'un associé est différente selon qu'il s'agit de dettes personnelles ou de dette sociales.

La dette personnelle est « *celle qu'un associé contracte en son nom et sans engager ses associés* »³⁹³. La seule personne qui peut être attaquée pour ce type de dette est l'associé et ceci de façon illimitée et sur l'entier de son patrimoine.

Les dettes « sociales » sont en quelque sorte les dettes de la société. Cependant, les créanciers de dettes sociales ne peuvent attaquer la société simple puisqu'elle n'est pas une personne morale et doivent donc se tourner vers les associés³⁹⁴. Il est important de souligner que chaque associé est solidaire et répond donc pour le tout de façon illimitée et sur tout son patrimoine sauf convention contraire. L'associé qui se voit contraint de payer le tout ou du moins plus que sa part peut se retourner contre les autres associés³⁹⁵.

8.2.4.3. Capacité d'ester en justice et de poursuivre.

La société simple n'a pas la personnalité juridique (cf. *supra* 4.3.1) et ne peut donc ester en justice. « *La capacité d'être partie tant activement que passivement ne lui est pas reconnue.* »³⁹⁶ Il appartient aux associés d'agir conjointement.

Pour la même raison, une société simple ne peut ni poursuivre ni être poursuivie au sens de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP). Par conséquent, il appartient ici aussi aux associés d'agir conjointement.³⁹⁷

8.2.5. Fin de la société simple.

8.2.5.1. Dissolution.

Une société simple est dissoute lorsque :

- a) le but social est atteint (art. 545 al. 1 ch. 1 CO) ;
- b) le but social est devenu impossible à atteindre (art. 545 al. 1 ch. 2 CO) ;
- c) un associé décède (art. 545 al. 1 ch. 2 CO), est déclaré absent (art. 35ss CC) ou une des sociétés membres de la société simple prend fin. Il est possible de prévoir conventionnellement que la société simple continuera avec les héritiers.³⁹⁸ ;

³⁹² Cf. OBERSON, Titre VII, pp. 39ss.

³⁹³ OBERSON, Titre VII, p. 39.

³⁹⁴ Cf. MONTAVON, p. 95.

³⁹⁵ Cf. MONTAVON, p. 95.

³⁹⁶ MONTAVON, p. 98.

³⁹⁷ Cf. MONTAVON, p. 98.

³⁹⁸ Cf. OBERSON, Titre VII, pp. 43s.

d) la part de liquidation* d'un associé est l'objet d'une exécution forcée ou lorsque l'un des associés tombe en faillite (art. 545 al. 1 ch. 3 CO). La part est « *une valeur patrimoniale qui fait partie de la garantie offerte aux créanciers personnels de cet associé* »³⁹⁹. Pour que cette part puisse être isolée et satisfaire les créanciers, il faut liquider la société et donc préalablement la dissoudre ;

e) un associé devient interdit (art. 545 al. 1 ch. 3 CO). Cela signifie qu'il est mis sous tutelle (cf. art. 369ss CC). Les associés peuvent avoir prévu conventionnellement que la société simple poursuit son activité avec l'aide du tuteur dans la mesure où l'autorité de surveillance a donné son accord (art. 422 ch. 3 CC).⁴⁰⁰ ;

f) les associés l'exigent à l'unanimité (art. 545 al. 1 ch. 4 CO) ;

g) le moment convenu pour la dissolution de la société à durée déterminée est survenu (art. 545 al. 1 ch. 5 CO). La dissolution est alors automatique.

h) un associé dénonce unilatéralement le contrat (art. 545 al. 1 ch. 6 et 546 CO). L'associé n'a pas besoin de donner des motifs. Cela est envisageable si « *ce droit de dénonciation a été réservé dans les statuts, ou si la société a été formée soit pour une durée indéterminée, soit pour toute la vie de l'associé* ». En outre, la dénonciation doit être annoncée six mois à l'avance (art. 546 al. 1 CO) et ne pas être faite en temps inopportun (art. 546 al. 2 CO) ; et

i) un jugement de dissolution pour justes motifs a été prononcé (art. 545 al. 1 ch. 7 CO). Cette forme de dissolution nécessite forcément un procès.

« *En principe, la réalisation d'une cause de dissolution a pour effet de dissoudre automatiquement la société. La vie sociale continue d'exister, mais avec un but différent qui est sa liquidation* »⁴⁰¹.

8.2.5.2. Liquidation⁴⁰².

La liquidation est « *un droit que chaque associé peut faire valoir dès qu'une cause de dissolution est réalisée* »⁴⁰³.

Il s'agit de dénouer les rapports juridiques créés par la société simple, réaliser les actifs, payer les dettes sociales (art. 549 al. 1 CO), rembourser les dépenses et les avances faites par les associés (art. 549 al. 1 CO), restituer les apports (art. 548 CO) et de répartir les bénéfices ou les pertes entre les associés (art. 549 al. 1 et al. 2 CO).⁴⁰⁴

S'agissant des biens appartenant en commun aux associés, ils retournent dans la propriété individuelle de ces derniers. Il faut prêter attention, par exemple, aux règles sur le transfert

³⁹⁹ OBERSON, Titre VII, p. 44.

⁴⁰⁰ Cf. OBERSON, Titre VII, p. 45.

⁴⁰¹ OBERSON, Titre VII, p. 48 et cf. MONTAVON, p. 97.

⁴⁰² Cf. OBERSON, Titre VII, pp. 50ss.

⁴⁰³ OBERSON, Titre VII, p. 50.

⁴⁰⁴ Cf. OBERSON, Titre VII, p. 51.

des immeubles. Pour qu'ils puissent faire partie à nouveau de la propriété d'un ou plusieurs associés il faut un contrat de liquidation et une inscription au registre foncier.⁴⁰⁵

Un compte final doit être établi lors de la liquidation de la société simple (art. 949 CO) alors même que les sociétés simples ne sont pas astreintes à tenir une comptabilité commerciale au sens de l'article 957 CO⁴⁰⁶.

En outre, la responsabilité des associés reste pleine et entière quant aux dettes sociales (art. 551 CO).

Une fois la liquidation effectuée, la société simple n'existe plus.

8.2.6. La société simple et les autres structures juridiques.

8.2.6.1. Choisir la société simple.

La société simple est une forme adéquate lorsque les associés concernés sont peu nombreux, que le but est étroitement délimité, que l'entreprise n'est pas destinée à durer très longtemps, que les rapports avec les tiers sont limités et que la publicité n'est pas une priorité.⁴⁰⁷

Exemple : Si deux personnes achètent une voiture en commun afin de partir en vacances avant de revendre la voiture, il s'agit d'une société simple. Ils n'ont pas besoin d'une structure plus complexe. En effet, ils ne sont que deux, l'achat d'une voiture est un but étroitement délimité, l'entreprise ne va durer que le temps des vacances, ils ont peu de rapports avec les tiers (vendeur de la voiture et assureur) et il ne leur sert à rien de se faire connaître par des tiers.⁴⁰⁸

8.2.6.2. Comparaison avec d'autres entités juridiques.

Tout d'abord, une société simple est un contrat par opposition aux groupements de personnes procédant directement de la loi (p. ex. l'hoirie).

Une société simple est fondée sur la personnalité juridique de ses membres au même titre qu'une association et à l'inverse d'une fondation⁴⁰⁹.

En pratique, il est parfois difficile de faire la différence entre une société simple et une association. Néanmoins, la société simple n'a pas de personnalité propre et peut poursuivre un but économique ou idéal alors que l'association a une personnalité juridique propre et poursuit un but principalement idéal.⁴¹⁰ En outre, leur nom et le fait que les dispositions relatives aux associations exigent qu'elles aient des statuts écrits, ce qui n'est pas le cas pour une société

⁴⁰⁵ Cf. OBERSON, Titre VII, p. 54.

⁴⁰⁶ ATF 91 IV 188 / JdT 1966 IV 41.

⁴⁰⁷ Cf. OBERSON, Titre VII, p. 5.

⁴⁰⁸ Cf. OBERSON, Titre VII, pp. 5ss. et ATF 99 II 315 / JdT 1974 I 458 : « en accord avec les parties, les juridictions cantonales ont admis avec raison l'existence d'un contrat de société simple au sens des art. 530 s. CO, dont le but était l'achat, l'utilisation et la revente d'une voiture d'occasion ».

⁴⁰⁹ Cf. dans le présent ouvrage, annexe 10.

⁴¹⁰ Cf. MONTAVON, pp. 86 – 87.

simple, sont également des éléments permettant une identification précise de la structure en cause.

Il est également difficile de faire la différence entre une société simple et une SNC mais il est néanmoins possible de s'appuyer sur certains indices. Tout d'abord, si la société est composée de personnes morales, il ne peut s'agir que d'une société simple car la SNC ne peut avoir des personnes morales parmi ses membres (art. 552 al. 1 CO). En outre, si la société en question exploite une entreprise en la forme commerciale sous une raison sociale, il s'agit généralement d'une SNC.⁴¹¹

La distinction entre une société simple et une SA, une SCA, une SARL ou une Coop est aisée puisque ces dernières ont l'obligation de s'inscrire au RC et qu'elles peuvent exercer une entreprise en la forme commerciale⁴¹². Cependant, il convient de rappeler ici qu'elles sont soumises aux règles sur la société simple tant qu'elles ne sont pas valablement constituées (art. 530 al. 2 CO ; SA : art. 645 al. 1 CO ; SCA : 764 al. 2 CO ; SARL : 783 al. 2 CO, Coop. : 838 al. 2 CO).⁴¹³

⁴¹¹ ATF 124 III 363 / SJ 1999 p. 38.

⁴¹² Cf. MONTAVON, p. 86.

⁴¹³ Cf. OBERSON, Titre VII, pp. 3s.

8.2.7. Vue d'ensemble⁴¹⁴.

Raison sociale	Société Simple (ou contrat de société) (pas de raison sociale)
Nombre d'associés	Minimum: 2 personnes physiques ou morales.
Personnalité juridique	Aucune, il s'agit d'un contrat.
Registre du commerce (RC)	L'inscription de la société simple est impossible. Inscription pour chaque associé sous forme de raison individuelle (obligatoire à partir de CHF 100'000.– de recette brute annuelle).
Raison de commerce	Le nom de famille du ou de la titulaire (avec ou sans prénom) constitue impérativement l'élément essentiel de la raison de commerce (art. 945, al. 1 CO). Des adjonctions sont admises, sous réserve des dispositions générales sur la formation des raisons de commerce.
Capital social	Aucune limite légale.
Parts sociales	Apports obligatoires (argent, créances, biens, travail). Sauf accord contraire, apports d'une valeur égale.
Statuts	Pas nécessaires. Contrat écrit entre associés possible et conseillé. Accord tacite ou par actes concludants possible.
Décisions	Par le consentement de tous les associés ou à la majorité si prévu par contrat.
Mode de scrutin	Selon contrat de société.
Gestion	Par tous les associés, sauf convention contraire. Chacun peut agir sans le concours des autres, sauf si ceux-ci s'y opposent avant. Consentement unanime pour nommer un mandataire général.
Représentation	Présomption en faveur de l'associé gérant. Pour les autres, règles sur la représentation s'appliquent (traitent au nom de la société). Si l'associé traite en son nom, il répond seul. Rapports associés/gérants: règles du mandat.
Responsabilité	Vis-à-vis des tiers: Responsabilité solidaire et illimitée des dettes sociales contractées par un associé gérant. Idem si l'associé traite au nom des coassociés et y est habilité; responsabilité personnelle de l'associé pour les dettes contractées en son propre nom pour le compte de la société. Entre associés: associé non gérant agissant pour le compte de la société ou associé gérant outrepassant ses pouvoirs, règles sur la gestion d'affaires.
Droits et devoirs des associés	Parts égales sur les bénéfices et les pertes (sauf convention contraire). Prohibition de concurrence. Remboursement proportionnel des dépenses ou obligations faites ou assumées pour les affaires de la société. Intérêts sur les avances faites. Pas d'indemnité pour travail personnel. Devoir de diligence. Droit de se renseigner sur les affaires de la société. Consentement unanime pour l'introduction d'un nouvel associé. Droit proportionnel sur les biens, créances et droits réels transférés ou acquis.
Comptabilité	Obligatoire pour chaque associé dès que le chiffre d'affaires est supérieur à CHF 100'000.–.
Fiscalité(voir rubrique séparée)	Assujettissement individuel de chaque associé.
Remarques	La société simple peut être créée tacitement ou par actes concludants.
AVS/AI/ APG	Associés = indépendants.

⁴¹⁴ GUIDE DU CREATEUR D'ENTREPRISE DANS LE CANTON DE GENEVE, p. 9.

8.2.8. Exemple de contrat de société simple⁴¹⁵.

**Contrat de société simple
J. CROSET et S. RIVE**

I. Parties contractantes

1. Julie Croset, Bureautique Croset, ch. du Tilleul 16 à Vevey,
2. Monsieur Serge Rive, Ameublement de bureaux Rive, rue du Sommet 1 à Yverdon,

II. But de la société

Les parties contractantes exploitant chacune un magasin, pour l'une, d'articles de bureaux et, pour l'autre, d'ameublement de bureaux à respectivement Vevey et Yverdon, elles conviennent d'exploiter au mieux leurs synergies et expériences commerciales en réalisant notamment des campagnes publicitaires dans le canton de Vaud et les régions limitrophes sous leurs raisons de commerce respectives. Les parties tendront également à mettre en place un concept d'offres de services d'entretien de bureaux.

III. Apports et bilan d'ouverture

Les moyens requis pour la réalisation du but poursuivi sont apportés par chacun des associés comme suit valeur 20 février 2004:

- Madame Julie Croset : apport en capital de fr. 6'000.- (six mille),
- Monsieur Serge Rive : apport en capital de fr. 6'000.- (six mille).

IV. Principe de la coopération

Les parties affectent leurs apports à des campagnes publicitaires dans le Canton de Vaud et les régions limitrophes et précisent que les commandes parvenues sur leurs supports publicitaires communs seront attribuées entre elles en fonction des produits demandés. Les parties conviennent que le 3 % de chaque commande payée par les clients sera affecté au financement de leurs campagnes publicitaires communes. En cas de surcapitalisation, l'excédent est redistribué pour moitié à parts égales et pour moitié en proportion des montants apportés.

V. Participation aux gains et pertes

Les parties bénéficient individuellement des gains réalisés sur les ventes de leurs produits mais supportent les charges à parts égales ainsi que tous les risques qui sont liés à leurs activités communes. Sur le capital propre de chaque associé, il n'est pas servi d'intérêt annuel. Lors du calcul des bénéfices et des pertes, les honoraires convenus pour le travail d'un associé sont assimilés à une dette de la société.

VI. Fors

En cas de litiges les fors sont Yverdon et Vevey.

VII. Dispositions finales

Pour tout ce qui n'est pas réglé par leur accord, les parties s'en remettent aux art. 530 ss du Code des obligations.

Yverdon, le 20 février 2004

Julie CROSET Serge RIVE

⁴¹⁵ Modèle tiré de MONTAVON, pp. 99.

8.3. Société en nom collectif (SNC ; die Kollektivgesellschaft ; art. 552ss CO).

8.3.1. Définition de la SNC.

« La société en nom collectif est celle que contractent deux ou plusieurs personnes physiques, sous une raison sociale et sans restreindre leur responsabilité envers les créanciers de la société, pour faire le commerce, exploiter une fabrique ou exercer en la forme commerciale quelque autre industrie » (art. 552 al. 1 CO). Les SNC doivent être inscrite au RC (art. 552 al. 2 CO).

L'article 553 CO mentionne encore les SNC qui n'exploitent pas une entreprise en la forme commerciale auquel cas elles n'existent que dès l'instant où elles sont inscrites au RC.⁴¹⁶

8.3.2. Constitution et personnalité juridique de la SNC.

La SNC est fondée sur un contrat de société conformément à l'article 530 al. 1 CO. Les associés doivent notamment s'accorder sur une raison sociale, ce qui n'est pas nécessaire pour le contrat de société simple.⁴¹⁷

La doctrine majoritaire ainsi que la jurisprudence estiment que « la SNC n'est pas une corporation mais constitue une communauté soumise au principe de la main commune à l'instar de la société simple »⁴¹⁸.

Néanmoins, une SNC a plusieurs attributs de la personnalité morale de par la loi et les auteurs parlent le plus souvent d'une « quasi – personnalité juridique ».

S'agissant des rapports internes, la SNC est totalement dépourvue de personnalité juridique. Les biens sont, en effet, soumis aux règles de la propriété en main commune. En outre, la SNC n'est pas un sujet de droit fiscal. En effet, les associés payent l'impôt sur la fortune et l'impôt sur le revenu. En revanche, la SNC a quelques attributs de personnalité sur le plan externe ce qui lui permet d'agir et d'avoir des relations avec des tiers (art. 562 CO).⁴¹⁹

8.3.3. Rapports internes dans une SNC.

8.3.3.1. Introduction.

Les rapports internes dans le cadre d'une SNC sont définis par le contrat de société (art. 557 al. 1 CO). En outre, ils sont régis par les articles relatifs aux rapports internes dans une société simple (cf. *supra* 8.2.3) parfois légèrement modifiés par les articles 558ss CO (art. 557 al. 2 CO).

⁴¹⁶ Cf. OBERSON, Titre VIII pp. 65s.

⁴¹⁷ Cf. OBERSON, Titre VIII, p. 64.

⁴¹⁸ OBERSON, Titre VIII, p. 67 et ATF 116 II 651 / JdT 1991 I 381.

⁴¹⁹ Cf. OBERSON, Titre VIII, p. 67s.

8.3.3.2. Obligations des associés⁴²⁰.

Les associés d'une SNC ont les obligations suivantes :

- a) l'obligation de fidélité (art. 561 CO) ;
- b) l'obligation de diligence (art. 538 CO) ;
- c) l'obligation d'amener des apports (art. 531 et 560 al. 2 CO) ; et
- d) l'obligation de tenir une comptabilité⁴²¹.

Les obligations des associés d'une SNC correspondent largement à celles des associés d'une société simple à l'exception de la dernière, à savoir l'obligation de tenir une comptabilité régulière (art. 558 et 957ss CO).

Cette exigence est utile dans la mesure où les associés ne travaillent en principe pas pour rien dans une SNC. Ils peuvent ainsi exercer leur droit de contrôle mais aussi prendre connaissance des bénéfices, des pertes et de la valeur de leur part. La loi présume la gratuité des services. Par conséquent, si les associés souhaitent fonctionner avec un système d'honoraires, ils doivent le prévoir dans le contrat de société (art. 537 al. 3 par renvoi de l'art. 557 al. 2 CO).

La comptabilité de la SNC comprend notamment un compte de pertes et profits (art. 558 al. 1 CO). Il ne faut pas oublier de déduire les dettes dues aux tiers, les impenses, les honoraires et les intérêts dus aux associés avant de déterminer le résultat.

Trois hypothèses de résultat sont envisageables :

- l'exercice est bénéficiaire : chaque associé a droit à sa part de bénéfice ;
- l'exercice est déficitaire : les associés ne reçoivent rien puisqu'il n'y a pas de bénéfices à partager ; ou
- l'exercice est bénéficiaire mais suit un exercice déficitaire : dans une telle situation, l'associé « *ne peut retirer des bénéfices avant que sa part ait été reconstituée* » (art. 560 al. 1 CO). Cela signifie que l'associé ne pourra toucher des bénéfices que lorsque la situation financière sera à nouveau celle qui avait cours avant l'exercice déficitaire. Cependant, l'alinéa 1 de l'article 560 CO n'est pas de droit impératif et le contrat peut donc prévoir d'autres dispositions.

8.3.3.3. Droits des associés⁴²².

Les associés d'une SNC ont les droits suivants :

- a) le droit de prendre part aux décisions sociales ;
- b) le droit de gestion ; et
- c) le droit de contrôle.

⁴²⁰ Cf. OBERSON, Titre VIII, pp. 70ss.

⁴²¹ Cf. dans le présent ouvrage, chapitre XII.

⁴²² Cf. OBERSON, Titre VIII, pp. 70ss.

Ils correspondent aux droits reconnus aux associés d'une société simple (cf. *supra* 8.2.3.3). Néanmoins, dans le cadre d'une SNC, le droit de contrôle prend tout son sens dans la mesure où les associés sont obligés de tenir une comptabilité commerciale (art. 558 CO).

8.3.3.4. Gestion.

Nous renvoyons ici à ce qui a été dit à propos de la société simple (cf. art. 557 al. 2 CO).

8.3.4. Rapports externes dans une SNC.

8.3.4.1. Introduction.

Les sociétés de personnes sont très différentes les unes des autres du point de vue de leurs rapports externes. Il ne suffit donc pas ici de renvoyer aux dispositions sur la société simple.

8.3.4.2. La représentation (art. 563ss CO)⁴²³.

Selon l'article 562 CO « *la société peut, sous sa raison sociale, acquérir des droits et s'engager, actionner et être actionnée en justice* ». Elle a une « quasi – personnalité juridique ». Par conséquent, « *lorsque quelqu'un traite au nom de la SNC, c'est la société elle – même qui devient créancière et débitrice* »⁴²⁴. La SNC est ici très différente de la société simple.

La règle de base est que tous les associés sont présumés avoir le droit de représenter la SNC, à moins que le RC indique le contraire (art. 563 al. 1 CO). « *Par conséquent, la loi fait bénéficier les tiers de bonne foi d'une présomption : aussi longtemps que les tiers ignorent ou peuvent ignorer non fautivement (art. 3 CC) que l'associé qui a traité n'avait pas de pouvoirs de représentation, ils peuvent s'en prendre à la SNC. Celle – ci est alors liée et ne peut faire prévaloir la réglementation différente des pouvoirs de représentation qui aurait été adoptée sur le plan interne* »⁴²⁵.

« *Les associés autorisés à représenter la société ont le droit de faire au nom de celle – ci tous les actes juridiques que peut impliquer le but social* » (art. 564 al. 1 CO). Le droit de représenter la SNC peut être retiré au sens de l'article 565 CO.

De plus, la SNC peut avoir des mandataires commerciaux et des fondés de procuration (art. 586 CO)⁴²⁶.

Enfin, l'article 567 al. 3 consacre la responsabilité de la SNC pour les actes illicites commis par un associé. La SNC engage sa responsabilité délictuelle uniquement si l'associé a agi dans

⁴²³ Cf. OBERSON, Titre VIII, pp. 79ss.

⁴²⁴ OBERSON, Titre VIII, pp. 79ss. Il ne faut pas confondre la représentation ordinaire des articles 32ss CO adaptée ici à la SNC avec la représentation d'une société par ses organes.

⁴²⁵ OBERSON, Titre VIII, p. 80.

⁴²⁶ Cf. dans le présent ouvrage, chapitre VII.

le cadre de la gestion des affaires sociales et dans le cadre de ses pouvoirs de représentation⁴²⁷.

8.3.4.3. La responsabilité (art. 568ss CO)⁴²⁸.

« Chaque associé répond de toutes les dettes sociales solidairement, de façon illimitée, sur tout son patrimoine, mais subsidiairement. En d'autres termes, les créanciers sociaux reçoivent comme débiteurs principalement la société et, en quelque sorte comme caution, chaque associé, qu'il soit ou non gérant. (...) »

[La SNC] assume cette responsabilité sur la fortune sociale, qui, bien qu'étant la propriété commune des associés, constitue tout de même un patrimoine réservé en priorité au paiement des dettes sociales. Cependant, à la différence des sociétés de capitaux comme la Sàrl et la SA, la SNC n'est pas propriétaire d'un patrimoine séparé de celui de ses membres et ne dispose donc pas d'un capital social intangible constituant le gage des créanciers sociaux⁴²⁹.

Tout associé répond donc des dettes de la société :

- a) de façon illimitée : il n'y a pas de limites s'agissant des montants ;
- b) sur tout son patrimoine : les créanciers peuvent se « servir » sur la fortune sociale de la SNC et sur la fortune personnelle de l'associé (art. 568 al. 1 CO) ;
- c) solidairement : un créancier peut attaquer un seul associé pour le tout s'il le souhaite. L'associé concerné devra alors payer et se retourner contre la SNC pour la somme qu'il a payée en trop (art. 568 al. 1 CO). Toutefois, « si l'associé ne peut pas se faire désintéresser par la société, il a un recours contre ses co – associés, mais à condition que ceux – ci puissent être recherchés personnellement selon l'art. 658 al. 3 CO »⁴³⁰ ; et
- d) subsidiairement : en principe, les créanciers doivent attaquer d'abord la SNC. Cependant, l'article 568 al. 3 a prévu trois cas où l'associé peut être recherché personnellement :
 - lorsque l'associé est en faillite ;
 - lorsque la société est dissoute ; et
 - lorsque des poursuites contre la SNC sont restées infructueuses (cas rare).

Tout nouvel associé répond de toutes les dettes sociales y compris les dettes contractées avant son entrée dans la SNC (art. 569 CO). En outre, tout associé qui sort de la société reste responsable des dettes de cette dernière durant cinq ans (art. 591 CO ; voir exceptions à l'art. 592 CO).

⁴²⁷ ATF 105 II 289 / JdT 1980 I 373.

⁴²⁸ Cf. OBERSON, Titre VIII, pp. 84ss.

⁴²⁹ OBERSON, Titre VIII, p. 84.

⁴³⁰ OBERSON, Titre VIII, p. 89.

8.3.5. Fin d'une SNC.

8.3.5.1. Dissolution⁴³¹.

Les cas de dissolution de la SNC sont en principe les mêmes que ceux prévus pour la société simple (art. 574 al. 1 CO ; cf. *supra* 8.2.5.1). Il est néanmoins utile d'étudier quelques spécificités relatives à la SNC.

Tout d'abord, une SNC peut tomber en faillite (art. 574 al. 1 CO) alors que ce n'est pas le cas pour une société simple. Il s'agit d'un cas de dissolution supplémentaire. De plus, la saisie ou la faillite d'un associé de la SNC est une cause de dissolution comme dans le cadre d'une société simple. Cependant, le droit de la SNC donne la possibilité d'éviter la dissolution de la société dans cette hypothèse (art. 575 et 578 CO).

En outre, si les associés d'une SNC sortent de la société sauf un, ce dernier a la possibilité de reprendre l'affaire sous la forme d'une entreprise individuelle après avoir donné aux autres associés la part de l'actif social qui leur revient (art. 579 CO)⁴³².

Enfin, le RC doit mentionner que la SNC est dissoute.

8.3.5.2. Liquidation⁴³³.

Une fois la SNC dissoute, il faut procéder à sa liquidation afin d'y mettre définitivement un terme (art. 583ss CO). La liquidation consiste alors dans « *le paiement du passif au moyen de l'actif, le surplus éventuel étant réparti entre les associés* »⁴³⁴.

Les liquidateurs d'une SNC sont, sauf exception, les associés gérants (art. 583 CO). La procédure est relativement similaire à celle de la société simple (art. 585ss ; cf. *supra* 8.2.5.2). En outre, la SNC doit être radiée au RC (art. 589 CO).

Enfin, l'article 590 al. 1 CO *in fine* précise que « *les livres et autres documents de la société dissoute sont conservés, pendant dix ans, à compter de la radiation de la raison sociale* ».

8.3.6. La SNC et les autres structure juridiques.

8.3.6.1. Choisir la SNC.

Si l'on en croit les statistiques, il y a nécessairement des avantages à constituer une SNC. En effet, fin 1998 il y avait 16'793 SNC inscrites au RC.

Exemples : de nombreuses PME et banques privées sont des SNC.⁴³⁵

⁴³¹ Cf. OBERSON, Titre VIII, pp. 103ss et 98ss.

⁴³² Cf. OBERSON, Titre VIII, p. 101 : la loi parle uniquement du cas où la SNC comprend deux associés et que l'un des deux sort mais la doctrine admet unanimement que l'article 579 CO s'appliquent quelque soit le nombre d'associés sortant.

⁴³³ Cf. OBERSON, Titre VIII, pp. 105ss.

⁴³⁴ OBERSON, Titre VIII, p. 105.

⁴³⁵ Cf. OBERSON, Titre VIII, p. 63.

La SNC est souvent préférée à une société simple car elle est plus structurée et réglementée. Une bonne structure est importante lorsque la société en question a de nombreux rapports avec les tiers. En outre, elle peut également être préférée à une société de capitaux (p. ex. une SA) pour des raisons de crédit. En effet, les créanciers prennent le risque avec une SA qu'elle soit mal capitalisée alors que dans le cadre d'une SNC, ils peuvent s'en prendre à tout le patrimoine.⁴³⁶

8.3.6.2. La SNC et la société simple.

Il existe plusieurs critères permettant de distinguer une SNC d'une société simple. Tout d'abord les associés d'une SNC ne peuvent être que des personnes physiques (art. 552 al. 1 CO) alors que les associés d'une société simple peuvent aussi bien être des personnes physiques que des personnes morales. En outre le but d'une SNC est avant tout économique alors que le but d'une société simple peut être idéal ou économique. De plus, la SNC exploite généralement une entreprise en la forme commerciale ce qui est une activité formellement interdite à toutes les sociétés simples. La SNC a une « quasi-personnalité » juridique (art. 562 CO) alors que la société simple n'a aucun des attributs de la personnalité juridique. Par ailleurs, la responsabilité des associés pour les dettes de la société est subsidiaire. Cela signifie que la SNC répond des dettes sociales avant les associés. Enfin, la SNC a une raison sociale (art. 562 CO) et doit être inscrite au RC (art. 554 CO).⁴³⁷

8.3.6.3. La SNC et la société en commandite (SC).

La SNC et la SC sont deux sociétés similaires. Néanmoins deux grandes différences les opposent. Premièrement, les associés d'une SNC sont responsables des dettes sociales de manière illimitée alors que dans une SC, les associés ne répondent qu'à raison de leur commandite* (cf. *infra* 8.4.1.1.). Deuxièmement, une SC n'est pas nécessairement composée uniquement de personnes physiques à l'inverse de la SNC.⁴³⁸

⁴³⁶ Cf. OBERSON, Titre VIII, p. 63.

⁴³⁷ Cf. OBERSON, Titre VIII, pp. 61s.

⁴³⁸ Cf. OBERSON, Titre VIII, pp. 63s.

8.3.7. Vue d'ensemble⁴³⁹.

Raison sociale	Société en Nom Collectif (SNC) NOM d'un ou plusieurs associé(s) + « & Cie » ou « & Fils »
Nombre d'associés	<ul style="list-style-type: none"> Minimum: 2 personnes physiques.
Personnalité juridique	<ul style="list-style-type: none"> Incomplète. La société peut néanmoins acquérir des droits, s'engager, actionner et être actionnée en justice.
Registre du commerce (RC)	<ul style="list-style-type: none"> Inscription obligatoire: <ul style="list-style-type: none"> société commerciale: inscription déclarative, société non commerciale (profession libérale, artisanale ou agricole, moins de CHF 100'000.- de chiffre d'affaires): inscription constitutive. Demande signée par tous les associés. Dépôt de la signature des associés gérants.
Raison de commerce	<ul style="list-style-type: none"> Le nom de famille du ou de la titulaire (avec ou sans prénom) constitue impérativement l'élément essentiel de la raison de commerce (Art. 945, al. 1 CO). Des adjonctions sont admises, sous réserve des dispositions générales sur la formation des raisons de commerce.
Capital social	<ul style="list-style-type: none"> Aucune limite légale.
Parts sociales	<ul style="list-style-type: none"> Sous forme de « participation personnelle », dont le montant est prévu par tous les associés.
Statuts	<ul style="list-style-type: none"> Pas nécessaires. Signature d'un contrat de société conseillée.
Décisions	<ul style="list-style-type: none"> A défaut de règles contractuelles, règles de la société simple.
Mode de scrutin	<ul style="list-style-type: none"> Selon contrat de société.
Gestion	<ul style="list-style-type: none"> Sauf dispositions contraires inscrites au RC, chaque associé a le droit de représenter la société.
Représentation	<ul style="list-style-type: none"> Sauf dispositions contraires inscrites au RC, chaque associé a le droit de faire, au nom de la société, tous les actes juridiques impliqués par le but social.
Représentation	<ul style="list-style-type: none"> Vis-à-vis des tiers: responsabilité solidaire et illimitée de tous les associés pour les dettes sociales ; les biens sociaux répondent en premier lieu. Celui qui entre dans une société en nom collectif est tenu des dettes déjà existantes solidairement, sur tous ses biens. L'action d'un créancier contre un associé se prescrit 5 ans après sa sortie ou la dissolution de la société. Entre associés: selon le contrat de société. De la société: elle répond des actes illicites des associés.
Droit et devoirs des associés	<ul style="list-style-type: none"> Droit de contrôle ; approbation des comptes annuels et répartition des bénéfices. Prohibition de concurrencer la société. Droit aux bénéfices, intérêts et honoraires de l'exercice écoulé, et à la part de liquidation.
Comptabilité	<ul style="list-style-type: none"> Obligatoire.
Fiscalité (voir rubrique séparée)	<ul style="list-style-type: none"> Assujettissement individuel de chaque associé.
Dissolution	<ul style="list-style-type: none"> Par l'ouverture de sa faillite. La liquidation peut également être décidée par le consentement de tous les associés ou par une majorité si prévu dans le contrat de société.

⁴³⁹ GUIDE DU CREATEUR D'ENTREPRISE DANS LE CANTON DE GENEVE, pp. 10 – 11.

Remarques

- La sortie d'un associé, dans une SNC de 2 associés, ainsi que la continuation des affaires par l'un des associés (inscription au RC), ne mettent pas fin à la SNC, mais l'associé restant ne peut continuer sous cette forme juridique.

AVS/AI/APG

- Associés = indépendants.

8.3.8. Exemple de contrat de SNC⁴⁴⁰.

CROSET & RIVE Cie Entretien de bureaux (Société en nom collectif)

I. Les parties contractantes

1. Madame Julie Croset, ch. du Tilleul 16 à Vevey
2. Monsieur Hans Croset, ch. du Tilleul 16 à Vevey
3. Monsieur Serge Rive, rue du Sommet 1 à Yverdon – les – Bains.

II. But de la société

Les parties contractantes ont pour but l'offre de services d'entretien de bureaux par l'entreprise « CROSET & RIVE Cie Entretien de bureaux » dont le siège sera à Yverdon avec une succursale à Vevey.

L'entreprise pourra également exercer toute activité en rapport direct et indirect avec son but dont notamment l'offre de meubles et matériels de bureaux.

III. Apports, inventaire et bilan d'ouverture

Les moyens requis pour la réalisation du but poursuivi sont apportés par chacun des associés comme suit valeur 20 avril 2004:

- Madame Julie Croset : apport en capital pour le fonds de commerce de fr. 7'000.- (sept mille) et mise à disposition à titre gratuit d'un ordinateur, d'une imprimante et d'une installation HIFI dont elle reste propriétaire,
- Monsieur Hans Croset : apport en capital pour le fonds de commerce de fr. 8'000.- (huit mille) et mise à disposition à titre gratuit d'un ordinateur et d'une imprimante dont il reste propriétaire,
- Monsieur Serge Rive : apport en capital pour le fonds de commerce de fr. 15'000.- (quinze mille).

Les fr. 15'000.- d'apport de M. Serge Rive sont constitués par un prêt accordé par son épouse, Mme Claudine Rive, selon photocopie de contrat ci-annexé pour être opposable aux parties contractantes.

IV. Participation aux gains et pertes

Les parties bénéficient des gains et supportent les pertes à parts égales ainsi que tous les risques qui sont liés à leur activité commune. Le bénéfice éventuel, après maintien dans la société d'un montant d'accroissement du capital d'exploitation déterminé après chaque exercice est versé aux parties en espèces à la fin de l'exercice commercial correspondant. Sur le capital propre de chaque associé, il est servi un intérêt annuel de 5%.

Lors du calcul des bénéfices et des pertes, les honoraires convenus pour le travail d'un associé sont assimilés à une dette de la société.

⁴⁴⁰ Modèle tiré de MONTAVON, pp. 125ss.

V. Comptes bancaires et postal d'exploitation

Les parties exercent toutes les activités commerciales exclusivement par les comptes bancaires et postal ouverts au nom de la société. Les sociétaires disposent de l'avoir des comptes par leur signature collective à deux.

VI. Exercice commercial et exercice comptable.

Le premier exercice commercial débute le 20 avril 2004 et prend fin au 31 décembre 2004.

Le bilan et les comptes de pertes et profits qui doivent être bouclés à la fin de chaque exercice commercial sont établis de façon analogue aux prescriptions en vigueur pour la société anonyme selon le droit des obligations et en tenant compte, selon l'usage commercial, des amortissements* et des provisions* appropriées. Ils doivent être établis au plus tard quatre mois après la clôture de l'exercice commercial.

Chaque sociétaire a la compétence de prendre connaissance en tout temps de la comptabilité de la société ainsi que de l'ensemble des documents relatifs à la société.

Chaque sociétaire a le droit de faire vérifier à ses propres frais la comptabilité et les bilans annuels par un réviseur neutre.

VII. Organisation et gestion commerciale

L'assemblée de la société composée de tous les sociétaires exerce les fonctions d'organe supérieur. Chaque sociétaire possède une voix. Les décisions se prennent à la majorité de deux voix. Si une décision importante devait ne pas pouvoir être prise en raison de tensions notoires de sorte que la continuation de la société en soit mise en cause, les sociétaires se soumettent à la décision définitive émanant des sociétaires ayant investi le plus de capital propre. L'art. XI est réservé.

En général les mesures qui sont particulièrement importantes et qui dépassent l'activité commerciale habituelle requièrent une décision des sociétaires mise à l'ordre du jour 10 jours à l'avance sauf accord de tous les sociétaires.

L'assemblée de la société décide en particulier selon l'alinéa précédent de:

- a) la dissolution,
- b) la modification des buts de la société,
- c) la fin et du renouvellement du contrat de bail à loyer concernant les locaux de la société,
- d) l'emprunt de crédits, l'octroi de prêts ainsi que de participations dans d'autres entreprises,
- e) l'ouverture d'actions en justice,
- f) la déclaration d'insolvabilité,
- g) l'adoption du bilan, du compte de pertes et profits, du budget de l'année suivante,
- h) l'accroissement des fonds privés des sociétaires dans la société.

Chaque sociétaire a le droit de réclamer la convocation d'une assemblée. La convocation a lieu à bref délai selon les disponibilités des associés. Elle est dans tous les cas valablement établie 10 jours à l'avance, par écrit, avec l'indication des points à traiter.

La gestion commerciale revient à chacun des sociétaires avec signature collective à deux. Les sociétaires doivent représenter les intérêts de la société à l'extérieur et exécuter les décisions de l'assemblée des sociétaires. Tous actes, tous contrats d'importance seront dans la règle signés par Mme Julie Croset et M. Serge Rive.

VIII. Durée et fin de la société

La société existe pour une durée indéterminée.

La dissolution du contrat de société se produit :

- a) par suite de faillite,
- b) lorsqu'il est devenu impossible d'atteindre les buts poursuivis par le contrat,
- c) par un accord réciproque,
- d) lorsque la part de liquidation d'un des sociétaires tombe en réalisation forcée ou qu'un des sociétaires fait faillite et que la société ou les associés ne sont pas en mesure de désintéresser les requérants de l'associé défaillant,
- e) par une décision émanant d'un juge en cas de dissolution pour des motifs importants; on entend notamment par motif important la transgression du principe de la collégialité dans la gestion de la société,
- f) par la mort d'un associé ou son interdiction si un accord de continuation de l'entreprise avec les héritiers ou les autorités de tutelle ne peut être trouvé dans l'année suivant le décès.

IX. Entrée et sortie d'un sociétaire

Les associés décident à l'unanimité de l'entrée d'un nouveau sociétaire et des conditions financières y relatives. Une nouvelle convention de sociétariat est préparée à cet effet et signée par tous les associés. Le nouveau sociétaire est expressément rendu attentif à sa responsabilité patrimoniale solidaire et illimitée pour les dettes existantes de la société à son entrée, sous réserve de convention spéciale à effet interne.

Chaque sociétaire a le droit de résilier par écrit à l'adresse de chaque sociétaire le contrat de société après au moins une année de sociétariat en observant un délai de résiliation de 6 mois pour le 31 décembre de chaque année. Une résiliation en temps inopportun peut toutefois être refusée par les associés compte tenu d'importants intérêts en jeu. L'art. XI est réservé.

Un sociétaire peut être exclu de la société pour des motifs importants; on entend par motifs importants la mise sous tutelle ainsi que notamment la violation d'une obligation contractuelle majeure telle qu'une gestion déloyale des affaires, un comportement contraire à l'intérêt commun.

En cas de sortie, une équitable indemnité de départ est établie selon un bilan intermédiaire au jour du départ. L'échéance du paiement est déterminée par les associés selon les liquidités dont dispose la société. La sortie d'un associé ne peut mettre en péril financièrement la société, cas échéant le paiement de l'indemnité peut être reporté au plus de trois ans à compter du jour du départ. Les sociétaires qui poursuivent la gestion reprennent les droits et les devoirs du démissionnaire.

Sauf disposition légale contraire et conformément à la loi, l'associé qui quitte la société reste subsidiairement personnellement et solidairement tenu des dettes sociales existantes à ce moment-là. Sa responsabilité se prescrit par cinq ans dès la publication de sa sortie dans la FOSC.

X. Liquidation

La liquidation est entreprise par les sociétaires ou un mandataire. Le bilan de liquidation et le décompte de clôture doivent être déposés dans un délai de 6 mois à compter de la publication de la dissolution dans le Registre du commerce.

Si après paiement des dettes de la société, compensations des dépenses et impenses de chaque sociétaire et remboursement des biens propres, il demeure un excédent, celui-ci est réparti, pour moitié, entre les sociétaires à parts égales, pour moitié, selon la moyenne des apports de capital de chaque sociétaire des trois dernières années. Cette clause peut être modifiée en tout temps par accord écrit.

XI. Convention de conciliation.

Tous les litiges concernant les affaires de la société entre la société et ses sociétaires, ou entre sociétaires, sont réglés prioritairement à toute voie judiciaire par une commission de conciliation présidée par un tiers arbitre. A la suite de la séance de conciliation le tiers arbitre rend une proposition de médiation écrite succinctement motivée. Une motivation étayée peut être requise aux frais du ou des sollicitants. Après dix jours dès la notification de la proposition de médiation, respectivement de sa motivation, chaque partie peut dans les vingt jours intenter action pour faire valoir ses droits. A défaut d'avoir intenté action dans le délai prescrit, les parties sont réputées avoir admis la proposition de médiation qui a dès lors force de chose conciliée.

Les délais précités sont sans effets si les parties doivent préserver des droits par l'observation de délais légaux. Le principe de la commission de conciliation et sa procédure demeurent cependant applicables dans la mesure

où les droits des parties ne sont pas mis en péril. Chaque partie peut en requérir l'application.

XII. Devoir de non concurrence

Aucun des associés ne peut, dans la branche exploitée par la société et sans le consentement des autres, faire des opérations pour son compte personnel ou pour le compte d'un tiers, ni s'intéresser à une autre entreprise à titre d'associé indéfiniment responsable ou de commanditaire, ni faire partie d'une société à responsabilité limitée.

XIII. For

En cas de litige entre les parties, le for est Yverdon-les-Bains.

XIV. Dispositions finales

Les ajouts et les modifications apportés au contrat de société nécessitent une décision unanime des sociétaires et doivent être faits par écrit.

Les dispositions du Code des obligations relatives à la société en nom collectif, subsidiairement à la société simple, sont applicables dans la mesure où le présent contrat ne contient pas de prescriptions particulières.

Le présent contrat est établi en quatre exemplaires et signé par les sociétaires. Chaque sociétaire conserve un exemplaire en sa possession et un exemplaire est archivé dans les dossiers de la société.

Yverdon-les-Bains, le 20 avril 2004

Julie CROSET Hans CROSET Serge RIVE

8.4. Société en commandite (SC ; die Kommanditgesellschaft ; art. 594ss CO).

8.4.1. Généralités.

8.4.1.1. Définition de la SC.

L'article 594 al. 1 CO donne la définition de la société en commandite : "*société que contractent deux ou plusieurs personnes, sous une raison sociale, pour faire le commerce, exploiter une fabrique ou exercer en la forme commerciale une autre industrie quelconque, lorsque l'un au moins des associés est indéfiniment responsable et qu'un ou plusieurs autres, appelés commanditaires, ne sont tenus qu'à concurrence d'un apport déterminé, dénommé commandite*".

La commandite est « *un montant déterminé, inscrit au registre du commerce (art. 596 al. 2 ch. 2 CO) qui définit la participation du commanditaire* »⁴⁴¹.

Exemples : Les SC, comme les SNC, sont souvent des sociétés de famille ou encore des banques.

8.4.1.2. Avantages.

⁴⁴¹ OBERSON, Titre IX, p. 109 et ATF 100 V 140 (144). A ne pas confondre avec les apports.

« Parmi les sociétés de personnes, la SC est celle qui est le mieux susceptible d'intégrer un élément « capitaliste », puisqu'elle permet de réunir des personnes qui désirent principalement placer des capitaux en limitant les risques, et d'autres qui désirent en revanche participer personnellement à la gestion de l'entreprise. »⁴⁴²

Néanmoins, il semblerait que les entrepreneurs préfèrent la SA dans la mesure où elle limite les risques encourus par ses membres⁴⁴³. Par conséquent, il y a peu de SC en Suisse.⁴⁴⁴

8.4.1.3. Comparaison avec d'autres entités juridiques.

La SC ressemble énormément à la SNC mais ces deux types de société sont néanmoins différents sur deux points. Premièrement, une SC a aussi bien des associés indéfiniment responsables (*Komplementäre*) que des associés commanditaires (*Kommanditäre*) alors que la SNC n'a qu'un type d'associé, qui correspond d'ailleurs aux associés indéfiniment responsables de la SC.⁴⁴⁵

En outre, les commanditaires d'une SC peuvent être des personnes physiques ou des personnes morales alors que les associés d'une SNC ne peuvent être que des personnes physiques (art. 594 al. 2 CO)⁴⁴⁶.

De toute manière, le choix de base des associés n'entraîne pas des conséquences trop importantes car il est aisé de transformer une SNC en SC.⁴⁴⁷

8.4.2. Vue d'ensemble⁴⁴⁸.

Notre étude porte sur les grands propriétaires collectifs fonciers en Suisse et il ne nous paraît donc pas nécessaire de commenter en détails les articles 594ss CO étant donné que les SC sont peu nombreuses et ne sont généralement pas très importantes.

Néanmoins voici un aperçu des principales caractéristiques de la SC⁴⁴⁹ :

⁴⁴² OBERSON, Titre IX, p. 110.

⁴⁴³ Cf. dans le présent ouvrage, chapitre IX.

⁴⁴⁴ Cf. OBERSON, Titre IX, p. 111.

⁴⁴⁵ Cf. OBERSON, Titre IX, p. 109.

⁴⁴⁶ Cf. OBERSON, Titre IX, p. 110.

⁴⁴⁷ Cf. dans le présent ouvrage, chapitre XIV et ATF 95 II 547 / JdT 1971 I 48 c. 2.

⁴⁴⁸ GUIDE DU CREATEUR D'ENTREPRISE DANS LE CANTON DE GENEVE, pp. 12 – 13.

⁴⁴⁹ GUIDE DU CREATEUR D'ENTREPRISE DANS LE CANTON DE GENEVE, p. 10.

Raison sociale	Société en Commandite Simple NOM d'un ou plusieurs associé(s) + « & Cie » ou « & Fils »
Nombre d'associés	<ul style="list-style-type: none"> - Minimum: 2 personnes. - Associés indéfiniment responsables: personnes physiques. - Commanditaires: personnes physiques, morales ou sociétés commerciales.
Personnalité juridique	<ul style="list-style-type: none"> - Incomplète. L'un au moins des associés est indéfiniment responsable ; un ou plusieurs autres (les commanditaires) ne sont tenu(s) qu'à concurrence de leur apport (commandite).
Registre du commerce (RC)	<ul style="list-style-type: none"> - Inscription obligatoire: <ul style="list-style-type: none"> - elle est déclarative pour les sociétés commerciales, - elle est constitutive pour les sociétés non-commerciales. Inscription de montant de la commandite. - Demande signée par tous les associés. - Dépôt de la signature des associés indéfiniment responsables.
Raison de commerce	<ul style="list-style-type: none"> - Le nom de famille du ou de la titulaire (avec ou sans prénom) constitue impérativement l'élément essentiel de la raison de commerce (Art. 945, al. 1 CO). Des adjonctions sont admises, sous réserve des dispositions générales sur la formation des raisons de commerce.
Capital social	<ul style="list-style-type: none"> - Aucune limite légale.
Parts sociales	<ul style="list-style-type: none"> - Apports (en espèces, en nature ou en industrie). - Commandite déterminée dans le contrat de société (versement en argent ou apports en nature).
Statuts	<ul style="list-style-type: none"> - Pas nécessaires. Signature d'un contrat de société conseillée.
Décisions	<ul style="list-style-type: none"> - A défaut de règles contractuelles, règles de la société en nom collectif.
Mode de scrutin	<ul style="list-style-type: none"> - Selon contrat de société.
Gestion	<ul style="list-style-type: none"> - Assurée par le ou les associé(s) indéfiniment responsable(s).
Représentation	<ul style="list-style-type: none"> - Associé indéfiniment responsable. - Commanditaire: fondé de procuration, mandataire commercial.
Responsabilité	<ul style="list-style-type: none"> - Vis-à-vis des tiers: les associés sont indéfiniment et solidairement responsables des dettes de la société. Les biens sociaux répondent en premier lieu. - Le commanditaire répond jusqu'à concurrence de la commandite inscrite au RC, sauf: <ul style="list-style-type: none"> - si son nom figure dans la raison sociale ou, - s'il conclut des affaires pour la société sans déclarer expressément n'agir qu'en qualité de fondé de procuration ou de mandataire, ou - si la société a conclu des affaires avant d'être inscrite au RC.
Droit et devoirs des associés	<ul style="list-style-type: none"> - Commanditaire: intérêts et bénéfices dans la mesure où il ne résulte pas une diminution de la commandite. - Remboursement des dépenses et honoraires. - Droit de contrôle sur les comptes. - Associés indéfiniment responsables: droit de gestion et de représentation. - Bénéfices, intérêts et honoraires de l'exercice écoulé.
Comptabilité	<ul style="list-style-type: none"> - Obligatoire.
Fiscalité (voir rubrique séparée)	<ul style="list-style-type: none"> - Assujettissement individuel des associés et commanditaires.

Dissolution	▪ Les dispositions régissant la société en nom collectif sont applicables à la dissolution et à la liquidation de la société en commandite, ainsi qu'à la prescription des actions contre les associés.
Remarques	▪ Il existe une variante à cette forme juridique, la société en commandite par actions.
AVS/AI/APG	▪ Associés = indépendants.

8.4.3. Exemple de contrat de SC⁴⁵⁰.

CROSET & Cie Entretien de bureaux
(Société en commandite)

I. Les parties contractantes

1. Madame Julie Croset, ch. du Tilleul 16 à Vevey, associée indéfiniment responsable,
2. Monsieur Hans Croset, ch. du Tilleul 16 à Vevey, associé indéfiniment responsable,
3. Monsieur Serge Rive, rue du Sommet 1 à Yverdon-les-Bains, associé commanditaire.

II. But de la société

Les parties contractantes ont pour but l'offre de services d'entretien de l'eau sous la raison sociale « CROSET & Cie Entretien de bureaux » dont les locaux seront sis à Vevey.

L'entreprise pourra également exercer toute activité en rapport direct et indirect avec son but dont notamment l'offre de matériel et ameublement de bureaux.

III. Apports, inventaire et bilan d'ouverture

Les moyens requis pour la réalisation du but poursuivi sont apportés par chacun des associés comme suit valeur 20 février 2004:

- Madame Julie Croset : apport en capital pour le fonds de commerce de fr. 7'000.- (sept mille) et mise à disposition à titre gratuit d'un ordinateur, d'une imprimante et d'une installation HIFI dont elle reste propriétaire,
- Monsieur Hans Croset : apport en capital pour le fonds de commerce de fr. 8'000.- (huit mille) et mise à disposition à titre gratuit d'un ordinateur et d'une imprimante dont il reste propriétaire,
- Monsieur Serge Rive : apport en capital pour le fonds de commerce de fr. 15'000.- (quinze mille) à titre de commandite, inscrite comme telle au Registre du commerce.

Les fr. 15'000.- d'apport de M. Serge Rive sont constitués par un prêt accordé par son épouse, Mme Claudine Rive, selon photocopie de contrat ci-annexé pour être opposable aux parties contractantes.

IV. Participation aux gains et pertes

Les parties bénéficient des gains et supportent les pertes à parts égales ainsi que tous les risques qui sont liés à leur activité commune. Le bénéfice éventuel, après maintien dans la société d'un montant d'accroissement du capital d'exploitation déterminé après chaque exercice est versé aux parties en espèces à la fin de l'exercice commercial correspondant. Sur le capital propre de chaque associé, il est servi un intérêt annuel de 5%.

Les associés conviennent dans quelle mesure l'apport de l'associé commanditaire est augmenté et dans quelle mesure le capital augmenté est inscrit au Registre du commerce. Si l'apport de l'associé commanditaire est augmenté mais non dans la même mesure la commandite inscrite au Registre du commerce, seul le montant

⁴⁵⁰ Modèle tiré de MONTAVON, pp. 129ss.

inscrit, conformément à la loi, vaut pour les tiers commandite, mais, au plan interne, l'apport augmenté entier participe cas échéant aux bénéfices et aux pertes.

Lors du calcul des bénéfices et des pertes, les honoraires convenus pour le travail d'un associé sont assimilés à une dette de la société.

V. Comptes bancaires et postal d'exploitation

Les parties exercent toutes les activités commerciales exclusivement par les comptes bancaires et postal ouverts au nom de la société. Les sociétaires disposent de l'avoir des comptes par leur signature collective à deux.

VI. Exercice commercial et exercice comptable

Le premier exercice commercial débute le 20 février 2004 et prend fin au 31 décembre 2004.

Le bilan et les comptes de pertes et profits qui doivent être bouclés à la fin de chaque exercice commercial sont établis de façon analogue aux prescriptions en vigueur pour la société anonyme selon le droit des obligations et en tenant compte, selon l'usage commercial, des amortissements et des provisions appropriées. Ils doivent être établis au plus tard quatre mois après la clôture de l'exercice commercial.

Chaque sociétaire a la compétence de prendre connaissance en tout temps de la comptabilité de la société ainsi que de l'ensemble des documents relatifs à la société.

Chaque sociétaire a le droit de faire vérifier à ses propres frais la comptabilité et les bilans annuels par un réviseur neutre.

L'associé commanditaire a en particulier le droit de réclamer une copie du compte de profits et perte et du bilan, d'en contrôler l'exactitude en consultant les livres et autres documents ou d'en remettre ce contrôle aux soins d'un expert qui n'a pas d'intérêt dans la société. En cas de contestation, l'expert est désigné par le juge.

VII. Organisation et gestion commerciale

L'assemblée de la société composée de tous les sociétaires exerce les fonctions d'organe supérieur. Chaque sociétaire possède une voix. Les décisions se prennent à la majorité de deux voix. Si une décision importante devait ne pas pouvoir être prise en raison de tensions notoires de sorte que la continuation de la société en soit mise en cause, les sociétaires se soumettent à la décision définitive émanant des sociétaires ayant investi le plus de capital propre. L'art. XI est réservé.

En général les mesures qui sont particulièrement importantes et qui dépassent l'activité commerciale habituelle requièrent une décision des sociétaires mise à l'ordre du jour 10 jours à l'avance sauf accord de tous les sociétaires.

L'assemblée de la société décide en particulier selon l'alinéa précédent de :

- a) la dissolution,
- b) la modification des buts de la société,
- c) la fin et du renouvellement du contrat de bail à loyer concernant les locaux de la société,
- d) l'emprunt de crédits, l'octroi de prêts ainsi que de participations d'autres entreprises,
- e) l'ouverture d'actions en justice,
- f) la déclaration d'insolvabilité,
- g) l'adoption du bilan, du compte de pertes et profits, du budget de l'année suivante,
- h) l'accroissement des fonds privés des sociétaires dans la société.

Chaque sociétaire a le droit de réclamer la convocation d'une assemblée. La convocation a lieu à bref délai selon les disponibilités des associés. Elle est dans tous les cas valablement établie 10 jours à l'avance, par écrit, avec l'indication des points à traiter.

La gestion commerciale et la représentation de la société est l'affaire des seuls associés indéfiniment responsa-

bles lesquels engagent la société avec leur signature collective à deux. Les associés gérants représentent les intérêts de la société à l'extérieur et exécutent les décisions de l'assemblée des sociétaires.

VIII. Durée et fin de la société

La société existe pour une durée indéterminée.

La dissolution du contrat de société se produit:

- a) par suite de faillite,
- b) lorsqu'il est devenu impossible d'atteindre les buts poursuivis par le contrat,
- c) par un accord réciproque,
- d) lorsque la part de liquidation d'un des sociétaires tombe en réalisation forcée ou qu'un des sociétaires fait faillite et que la société ou les associés ne sont pas en mesure de désintéresser les requérants de l'associé défaillant,
- e) par une décision émanant d'un juge en cas de dissolution pour des motifs importants; on entend notamment par motif important la transgression du principe de la collégialité dans la gestion de la société,
- f) par la mort d'un associé indéfiniment responsable si un accord de continuation de l'entreprise avec les héritiers ne peut être trouvé dans l'année suivant le décès.

IX. Entrée et sortie d'un sociétaire.

Les associés décident à l'unanimité de l'entrée d'un nouveau sociétaire et des conditions financières y relatives. Une nouvelle convention de sociétariat est préparée à cet effet et signée par tous les associés. Le nouveau sociétaire est expressément rendu attentif à sa responsabilité patrimoniale solidaire et illimitée ou du moins cas échéant à concurrence de sa commandite pour les dettes existantes de la société à son entrée, sous réserve de convention spéciale à effet interne.

Chaque sociétaire a le droit de résilier par écrit à l'adresse de chaque sociétaire le contrat de société après au moins une année de sociétariat en observant un délai de résiliation de 6 mois pour le 31 décembre de chaque année. Une résiliation en temps inopportun peut toutefois être refusée par les associés compte tenu d'importants intérêts en jeu. L'art. XI est réservé.

Un sociétaire peut être exclu de la société pour des motifs importants; on entend par motifs importants la mise sous tutelle ainsi que notamment la violation d'une obligation contractuelle majeure telle qu'une gestion déloyale des affaires, un comportement contraire à l'intérêt commun.

En cas de sortie, une équitable indemnité de départ est établie selon un bilan intermédiaire au jour du départ. L'échéance du paiement est déterminée par les associés selon les liquidités dont dispose la société. La sortie d'un associé ne peut mettre en péril financièrement la société, cas échéant le paiement de l'indemnité peut être reporté au plus de trois ans à compter du jour du départ. Les sociétaires qui poursuivent la gestion reprennent les droits et les devoirs du démissionnaire.

Sauf disposition légale contraire et conformément à la loi, l'associé qui quitte la société reste subsidiairement personnellement et solidairement tenu des dettes sociales existantes à ce moment-là. Sa responsabilité se prescrit par cinq ans dès la publication de sa sortie dans la FOSC.

X. Liquidation

La liquidation est entreprise par les sociétaires ou un mandataire. Le bilan de liquidation et le décompte de clôture doivent être déposés dans un délai de 6 mois à compter de la publication de la dissolution dans le Registre du Commerce. Si après paiement des dettes de la société, compensations des dépenses et impenses de chaque sociétaire et remboursement des biens propres, il demeure un excédent, celui-ci est réparti, pour moitié, entre les sociétaires à parts égales, pour moitié, selon la moyenne des apports de capital de chaque sociétaire des trois dernières années. Cette clause peut être modifiée en tout temps par accord écrit.

XI. Convention de conciliation.

Tous les litiges concernant les affaires de la société entre la société et ses sociétaires, ou entre sociétaires, sont réglés prioritairement à toute voie judiciaire par une commission de conciliation présidée par un tiers arbitre. A la suite de la séance de conciliation le tiers arbitre rend une proposition de médiation écrite succinctement motivée. Une motivation étayée peut être requise aux frais du ou des sollicitants. Après dix jours dès la notification de la proposition de médiation, respectivement de sa motivation, chaque partie peut dans les vingt jours intenter action pour faire valoir ses droits. A défaut d'avoir intenté action dans le délai prescrit, les parties sont réputées avoir admis la proposition de médiation qui a dès lors force de chose conciliée.

Les délais précités sont sans effets si les parties doivent préserver des droits par l'observation de délais légaux. Le principe de la commission de conciliation et sa procédure demeurent cependant applicables dans la mesure où les droits des parties ne sont pas mis en péril. Chaque partie peut en requérir l'application.

XII. Devoir de non concurrence

Aucun des associés ne peut, dans la branche exploitée par la société et sans le consentement des autres, faire des opérations pour son compte personnel ou pour le compte d'un tiers, ni s'intéresser à une autre entreprise à titre d'associé indéfiniment responsable ou de commanditaire, ni faire partie d'une société à responsabilité limitée.

XIII. For

En cas de litige, le for est Vevey.

XIV. Dispositions finales

Les ajouts et les modifications apportés au contrat de société nécessitent une décision unanime des sociétaires et doivent être faits par écrit. Les dispositions du Code des obligations relatives à la société en commandite, subsidiairement à la société en nom collectif et à la société simple, sont applicables dans la mesure où le présent contrat ne contient pas de prescriptions particulières. Le présent contrat est établi en quatre exemplaires et signé par les sociétaires. Chaque sociétaire conserve un exemplaire et un exemplaire est archivé dans les dossiers de la société.

Yverdon-les-Bains, le 20 février 2004

Julie CROSET Hans CROSET Serge RIVE

IX. LA SOCIÉTÉ ANONYME (SA ; *DIE AKTIEN-GESELLSCHAFT* ; ART. 620SS CO), LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE PAR ACTIONS *PRO MEMORIA* (SCA ; *DIE KOMMANDITAKTIENGESELLSCHAFT* ; ART. 764SS CO) ET APERÇU DE LA SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ LIMITÉE (SARL ; *DIE GESELLSCHAFT MIT BESCHRÄNKTER HAFTUNG* ; ART. 772SS CO)

9.1. Généralités sur la SA.

9.1.1. Statistiques.

Les SA sont nombreuses en Suisse. Il s'agit d'ailleurs du type de société qui a le plus de succès sur le territoire national. En effet, les SA étaient 170'597 en 1992 et 174'370 en 2003 sur 207'123 respectivement 273'714 sociétés en Suisse.⁴⁵¹

9.1.2. Définition de la SA⁴⁵².

Au sens de l'article 620 al. 1 CO, une SA est une « *société qui se forme sous une raison sociale, dont le capital-actions est déterminé à l'avance, divisé en actions*, et dont les dettes ne sont garanties que par l'actif social* ».

Les SA sont des sociétés de capitaux. Les plus grandes sociétés suisses sont des SA⁴⁵³.

Exemples : Nestlé SA et Novartis SA sont des exemples connus de SA sises en Suisse.
--

9.1.2.1. Groupement de personnes.

Une SA brasse d'importants capitaux mais elle est un groupement de personnes et non un établissement. Les associés d'une SA peuvent être des personnes physiques, des personnes morales voire des sujets de droit public comme l'Etat.

La majorité des membres du conseil d'administration doit être de nationalité suisse et avoir élu domicile en Suisse (art. 708 al. 1 CO).⁴⁵⁴

⁴⁵¹ Cf. dans le présent ouvrage, chapitre VII.

⁴⁵² Cf. MONTAVON, p.155.

⁴⁵³ Cf. dans le présent ouvrage, chapitre VII et annexes 7 et 10.

⁴⁵⁴ Cf. OBERSON, Titre XIII, p. 5.

9.1.2.2. Personne morale.

Une SA est une personne morale et, à ce titre, elle a la personnalité juridique (art. 53 CC). Elle est un sujet de droit en tant que tel qu'il faut distinguer de ses actionnaires.⁴⁵⁵

9.1.2.3. Organes.

Les organes de la SA engagent cette dernière par leurs actes juridiques ou par leurs actes illicites (art. 55 CC et art. 722 CO)⁴⁵⁶.

9.1.2.4. Société de capitaux⁴⁵⁷.

Toute SA a un capital social. Il doit s'élever au moins à 100'000.- francs (art. 621 CO) et il est déterminé à l'avance dans les statuts (art. 620 al. 1 CO). D'un point de vue comptable, l'actif social de la SA est un passif puisqu'il s'agit d'une source de financement de la société.⁴⁵⁸

L'actif social est composé du capital-actions et parfois d'un capital-participation. Le capital-actions est divisé en actions dont la valeur nominale* est définie à l'avance (art. 626 CO). Le capital-participation est divisé en bons de participation* (art. 656a CO ; cf. *infra* 9.4.4. pour davantage d'informations sur ces notions).⁴⁵⁹

9.1.2.5. Responsabilité pour les dettes sociales.

La SA est seule responsable pour ses dettes (voir art. 620 al. 2 CO).⁴⁶⁰

9.1.2.6. Qualité d'actionnaire.

Le législateur a tenu à faciliter la transmissibilité de la qualité d'actionnaires en permettant la cession d'actions sans trop de conditions. Il s'agit, en effet, d'éviter que les montants prévus dans les statuts de la SA ne soient plus respectés lorsqu'un associé ne souhaite plus détenir des actions.⁴⁶¹

9.1.2.7. But, raison sociale et siège.

Tout d'abord, une SA a généralement un but économique et cherche donc à procurer des avantages patrimoniaux à ses membres. Soit la SA cherche à faire du profit et distribue des

⁴⁵⁵ Cf. OBERSON, Titre XIII, p. 6 et dans le présent ouvrage, chapitre IV.

⁴⁵⁶ ATF 98 II 219 / SJ 1973

⁴⁵⁷ Cf. dans le présent ouvrage, annexe 7 et 10.

⁴⁵⁸ Cf. OBERSON, Titre XIII, p. 6 et dans le présent ouvrage, chapitre XII.

⁴⁵⁹ Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 6 – 7.

⁴⁶⁰ Cf. OBERSON, Titre XIII, p. 7.

⁴⁶¹ Cf. OBERSON, Titre XIII, p. 7.

dividendes aux actionnaires soit elle leur donne de l'argent mais également des avantages matériels.

La majorité des SA poursuivant un but économique exploite une entreprise en la forme commerciale (art. 934 al. 1 CO et art. 52ss ORC). Une SA peut aussi poursuivre un but non – économique.⁴⁶²

Exemple : elle peut procurer des avantages patrimoniaux à des tiers au lieu de les procurer à ses actionnaires (art. 620 al. 3 CO).

Ensuite, la raison sociale est le nom économique de la SA. Elle est mentionnée au RC (art. 620 al. 1, 641 ch. 2 et 944ss CO).

Enfin, le siège est le lieu où la SA peut être actionnée en justice (art. 43 ORC et LFors).⁴⁶³

9.1.3. Avantages et inconvénients d'une SA.

« *Les avantages pour les sociétaires sont les suivants :*

- *l'absence de responsabilité personnelle des associés ;*
- *la faculté de pouvoir transférer aisément les sommes investies, représentées par des actions ;*
- *l'absence de lien obligatoire entre la participation au capital et la gestion de l'entreprise, la SA n'agissant pas au travers de ses associés mais de ses organes ;*
- *la faculté pour les actionnaires de conserver l'anonymat ;*
- *la possibilité de modifier la composition de l'actionnariat ;*
- *la facilité des ventes d'actions entre actionnaires (qui est une pratique courante). »⁴⁶⁴*

Ces avantages ne vont pas sans quelques contraintes. En effet, une SA doit être fondée par au moins trois actionnaires, le capital–actions doit s'élever au minimum à 100'000.- francs et la comptabilité des SA obéit à des exigences élevées.⁴⁶⁵

⁴⁶² Cf. OBERSON, Titre XIII, p. 8 et dans le présent ouvrage, annexe 9.

⁴⁶³ Cf. OBERSON, Titre XIII, p. 8. Pour plus d'informations sur le but, la raison sociale et le siège, cf. MONTAVON, pp. 155s.

⁴⁶⁴ OBERSON, Titre XIII, p. 4.

⁴⁶⁵ Cf. OBERSON, Titre XIII, p. 4.

9.2. Fondation de la SA⁴⁶⁶.

La fondation d'une SA comprend trois étapes :

a) Dans une première phase, les fondateurs discutent des différents éléments essentiels de la future SA, à savoir son but, son organisation, ses statuts, etc. Pendant cette longue période de préparation, les futurs actionnaires forment une société simple (art. 530ss CO)⁴⁶⁷.

b) Dans une seconde phase, les fondateurs adoptent un acte constitutif (art. 629 CO). Cet acte doit être signé lors d'une assemblée constitutive par tous les fondateurs. Ces derniers doivent être au moins au nombre de trois (art. 625 al. 1 *i.f.* et 698 al. 2 ch. 1 CO). L'acte de fondation contient la volonté de constituer une SA, le texte des statuts et la désignation des organes (art. 626 al. 1 CO). De plus, les actionnaires souscrivent leurs actions et constatent que toutes les actions ont été valablement souscrites, que les apports promis (argent, biens ou avantages) correspondent au prix total d'émission et qu'ils ont été effectués conformément aux exigences légales et statutaires (art. 626 al. 2 CO).

En résumé, les actionnaires « échangent » un apport contre un certain nombre d'actions.

c) Enfin, dans une troisième phase, la société est inscrite au RC et devient ainsi une véritable SA avec la personnalité juridique. Cette dernière phase est décisive.⁴⁶⁸

9.3. Les statuts d'une SA.

9.3.1. Généralités.

Une SA est certes régie par des textes légaux mais elle et ses associés peuvent adopter des actes à portée interne comme :

- a) les statuts ;
- b) les règlements ; ou
- c) les conventions d'actionnaires*.

a) Les statuts sont « un ensemble de règles adoptées à l'unanimité par les fondateurs et modifiables ultérieurement par décision au moins majoritaire de l'AG »⁴⁶⁹. Ils sont destinés à régler le fonctionnement de la SA.⁴⁷⁰

b) Les règlements sont « des normes écrites de portée interne, touchant des points de l'organisation et de l'activité de la société qui ne sont pas déjà réglés par la loi ou les

⁴⁶⁶ Cf. cf. MONTAVON, pp. 159ss.

⁴⁶⁷ Cf. dans le présent ouvrage, chapitre VIII.

⁴⁶⁸ Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 19ss.

⁴⁶⁹ OBERSON, Titre XIII, p. 10.

⁴⁷⁰ Cf. OBERSON, Titre XIII, p. 11 et MONTAVON, p. 157.

statuts ou qui ne leur sont pas exclusivement réservés »⁴⁷¹. En pratique, il appartient généralement au conseil d'administration de les adopter.

- c) Les conventions entre actionnaires sont « *des accords privés conclus entre actionnaires à titre individuel et personnel sous la forme de sociétés simples* »⁴⁷². Ils ne lient pas la SA et il ne sert donc à rien de contester une décision de l'assemblée générale sur la base de tels accords.⁴⁷³

Exemple : les actionnaires peuvent établir une convention sur les modalités du droit de vote.

L'adoption des statuts ainsi que les modifications qui y sont apportées ultérieurement doivent être faites en la forme authentique, à savoir chez un notaire (art. 629 al. 1 et 647 al. 1 CO). Les statuts doivent être adoptés à l'unanimité (art. 534 CO)⁴⁷⁴.

La loi contient un certain nombre de règles auxquelles les statuts doivent impérativement obéir mais elle laisse aussi une grande marge de manœuvre. Les statuts contiennent beaucoup d'informations et priment les autres dispositions que la SA peut adopter.⁴⁷⁵

9.3.2. Contenu.

Les statuts doivent impérativement contenir un certain nombre d'informations, à savoir la raison sociale et le siège de la société (art. 626 ch. CO) ; le but de la société (art. 626 ch.2 CO), le montant du capital-actions et des apports effectués (art. 626 ch. 3 CO ; art. 621 CO : capital-actions au min. 100'000.- francs), le nombre, la valeur nominale et l'espèce des actions (art. 626 ch. 4 CO), la convocation de l'assemblée générale et le droit de vote des actionnaires (art. 626 ch. 5 CO), les organes chargés de l'administration et de la révision (art. 626 ch. 6 CO) ainsi que la forme à observer pour les publications de la société (art. 626 ch. 7 CO).

L'article 627 CO dresse une liste importante d'éléments qui peuvent figurer uniquement dans les statuts et pas dans d'autres actes mais que les fondateurs ne sont pas obligés de mentionner.

9.3.3. Modification⁴⁷⁶.

Il appartient à l'AG d'adopter mais également de modifier les statuts de la SA (art. 698 al. 2 ch. 1 CO) à moins qu'il s'agisse de modifier le capital social (art. 653g al. 1 CO : compétence du conseil d'administration), la raison sociale (art. 67 ORC : le juge peut enjoindre le préposé

⁴⁷¹ OBERSON, Titre XIII, p. 11.

⁴⁷² OBERSON, Titre XIII, p. 12.

⁴⁷³ Cf. OBERSON, Titre XIII, p. 12.

⁴⁷⁴ Nous rappelons ici que ce sont les règles de la société simple (art. 530ss CO) qui s'appliquent tant que la SA n'est pas inscrite au RC, cf. dans le présent ouvrage, chapitre VIII.

⁴⁷⁵ Cf. OBERSON, Titre XIII, p. 37.

⁴⁷⁶ Cf. MONTAVON, pp. 163s.

au RC de procéder à la modification) ou qu'il s'agisse uniquement de corrections rédactionnelles.⁴⁷⁷

L'AG prend ses décisions à la majorité des voix attribuées aux actions représentées (art. 703 CO). La modification des statuts obéit à la même règle mais l'article 704 al. 1 CO prévoit dans cette hypothèse un nombre important d'exceptions. Pour ces dernières, la loi requiert une double majorité, à savoir deux tiers des voix attribuées aux actions représentées et la majorité absolue* des valeurs nominales des voix attribuées à l'assemblée générale. L'article 704 al. 1 CO est impératif dans la mesure où il n'est pas possible d'alléger cette règle. En revanche, il est envisageable de prévoir une règle plus stricte.

Tout décision portant sur la modification des statuts doit faire l'objet d'un acte authentique (auprès d'un notaire) et doit être inscrite au RC (art. 647 CO).⁴⁷⁸

9.4. Le capital-actions et les actions dans une SA⁴⁷⁹.

9.4.1. Notions.

Il ne faut pas confondre :

- le capital-social, qui est la somme du capital-actions et du capital-participations ;
- la fortune sociale : qui est le résultat comptable au bilan des actifs moins les engagements à l'égard des tiers ; et
- l'actif social, qui est la somme des actifs circulants* et des actifs immobilisés*.⁴⁸⁰
L'actif social permet d'évaluer la valeur réelle des actions.⁴⁸¹

Exemples : les actifs circulants sont destinés à se transformer à brève échéance en liquidité ou en créances. Les immeubles et les brevets sont quant à eux des actifs immobilisés.

9.4.2. Le capital-actions.

Le capital-actions est en principe déterminé à l'avance, intégralement souscrit, ne varie en principe pas, correspond à un montant minimum (100'000.-) et fait l'objet d'une publication. Il représente la somme de la valeur nominale de toutes les actions mais également la somme de tous les apports.⁴⁸²

⁴⁷⁷ Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 42 – 43.

⁴⁷⁸ Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 42ss.

⁴⁷⁹ Cf. MONTAVON, pp. 157ss pour les notions de capital – action, de capital- participation, d'actions, de bons de participation et de bons de jouissance.

⁴⁸⁰ Cf. dans le présent ouvrage, chapitre XII.

⁴⁸¹ Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 47s.

⁴⁸² Cf. OBERSON, Titre XIII, p. 48.

Le capital–actions sert avant tout à « *garantir aux tiers la solvabilité de la société* »⁴⁸³. C'est pour cette raison que le capital–actions est fixé dans les statuts et que sa modification obéit à une procédure particulière (cf. *supra* 9.3.3).

9.4.3. L'action.

L'action est une fraction du capital–actions (cf. *supra* 9.4.2). « *Chaque actionnaire détient donc une certaine part du capital–actions et ses droits patrimoniaux (...) seront en principe proportionnels à cette part* »⁴⁸⁴. En outre, les droits sociaux rattachés à la qualité de membre d'une SA sont incorporés dans l'action.⁴⁸⁵

La valeur nominale est « *la part du capital–actions que représente l'action* »⁴⁸⁶. Ce montant, indiqué dans les statuts, est exprimé en francs suisses. La valeur nominale doit être au moins d'un centime (art. 622 al. 4 CO).

Certaines actions procurent des avantages particuliers soit sociaux soit patrimoniaux :

a) Les actions procurant un avantage social sont les actions à droit de vote privilégié. Elles sont courantes. Au sens de l'article 692 al. 1 CO, « *les actionnaires exercent leur droit de vote à l'assemblée générale proportionnellement à la valeur nominale de toutes les actions qui leur appartiennent* » et chaque actionnaire a de toute façon droit à une voix au moins (art. 692 al. 2 CO). Cette règle de principe peut être modifiée et devenir plus avantageuse. En effet, l'AG peut décider à une majorité qualifiée de créer des actions à droit de vote privilégié (art. 704 al. 1 ch. 2 CO). « *Les statuts peuvent déclarer que le droit de vote sera exercé proportionnellement au nombre des actions de chaque actionnaire sans égard à leur valeur nominale, de telle sorte que chaque action donne droit à une voix* » (art. 693 al. 1 CO). Cette possibilité est néanmoins limitée par l'article 693 al. 2 et 3 CO.

b) Les actions procurant un avantage patrimonial sont les actions dites privilégiées (art. 654 et 656 CO). L'assemblée générale décide d'introduire ces actions à la majorité absolue des voix attribuées aux actions représentées (art. 703 CO). Ces actions apportent un avantage patrimonial.⁴⁸⁷

9.4.4. Les bons de participation et le capital–participations*.

Le bon de participation est une sorte d'action sans droit de vote. Il s'agit d'un titre ayant une valeur nominale, d'un centime au moins, incorporant éventuellement certains droits sociaux (art. 656c et 656d CO) mais ne conférant aucun droit de vote à l'AG (art. 656a al. 1 CO). Les détenteurs d'actions et les détenteurs de bons de participation sont traités à égalité s'agissant des droits patrimoniaux (art. 656f al. 1 CO).

⁴⁸³ OBERSON, Titre XIII, p. 49.

⁴⁸⁴ OBERSON, Titre XIII, p. 52.

⁴⁸⁵ Cf. OBERSON, Titre XIII, p. 52.

⁴⁸⁶ OBERSON, Titre XIII, p. 53.

⁴⁸⁷ Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 58s.

Les bons de participations ont été créés par la pratique dans les années 60. « *Ils permettaient aux sociétés (...) d'obtenir des fonds propres supplémentaires sans que les actionnaires ne voient leurs droits de vote dilués* »⁴⁸⁸. Le législateur s'est inspiré de la pratique et depuis, étonnamment, les sociétés s'y intéressent beaucoup moins.

La somme des bons de participation est le capital-participation. Une SA n'est pas obligée de prévoir un capital-participations mais si elle le fait, elle doit l'indiquer dans les statuts (art. 656a al. 1 et 656b CO).

Les actionnaires sont les seuls à pouvoir modifier les statuts. Néanmoins « *toute atteinte à la position des détenteurs de bons qui ne touche pas les actionnaires de façon équivalente doit recueillir l'approbation d'une assemblée spéciale des participants* »⁴⁸⁹ (art. 656f al. 3 CO).⁴⁹⁰

9.5. Les réserves* dans une SA.

9.5.1. Généralités.

« *Les réserves de la SA sont des fonds propres qui ne proviennent pas d'apports (et ne font donc pas partie du capital social) mais qui ont été générés par l'activité de la société elle – même.* »⁴⁹¹ Elles apparaissent lorsque les bénéfices s'accumulent et ne sont pas distribués. « *Les réserves permettent à la SA de financer elle – même ses investissements importants, d'éponger d'éventuelles pertes et de distribuer des dividendes dépassant le montant des bénéfices réalisés au cours d'un exercice.* »⁴⁹²

Les réserves peuvent être *ouvertes* ou *latentes*. Une réserve est ouverte lorsqu'elle figure au bilan. En revanche, elle est latente lorsqu'elle n'apparaît pas au bilan mais « *résulte d'une différence entre la valeur réelle d'un actif ou d'une dette et le montant inscrit au bilan* »⁴⁹³.

Les réserves ouvertes peuvent être légales, statutaires ou extraordinaires.

9.5.2. Les réserves légales.

Il existe trois types de réserves légales⁴⁹⁴ :

- a) la réserve générale (art. 671 CO) : elle vise la consolidation progressive de la SA grâce à une augmentation régulière de l'excédent des actifs sur les dettes.
- b) la réserve pour actions propres (art. 671a CO) : une SA a la possibilité d'acheter jusqu'à 10% (art. 659 al. 1 CO) ou même 20% (art. 659 al. 2 CO) de ses propres ac-

⁴⁸⁸ OBERSON, Titre XIII, p. 62.

⁴⁸⁹ OBERSON, Titre XIII, p. 65.

⁴⁹⁰ Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 61ss.

⁴⁹¹ OBERSON, Titre XIII, p. 71 et cf. dans le présent ouvrage, chapitre XII.

⁴⁹² OBERSON, Titre XIII, p. 72.

⁴⁹³ OBERSON, Titre XIII, p. 71.

⁴⁹⁴ Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 72ss.

tions mais elle doit alors « affecter à une réserve particulière – la réserve pour actions propres – un montant correspondant à la valeur d’acquisition de ces actions »⁴⁹⁵.

c) la réserve de réévaluation (art. 671b CO) : lorsqu’il y a une perte importante au bilan et qu’elle a pour conséquence que la moitié du capital–actions et des réserves n’est plus couverte (art. 725 al. 1 CO), il est possible de procéder à certaines réévaluations et notamment à la réévaluation des immeubles. Pour ce faire, il faut que la valeur réelle de ces immeubles dépasse le prix d’acquisition ou le coût de revient*. Il est possible de réévaluer ces immeubles au maximum à leur valeur réelle (art. 670 al. 1 CO). Il faudra alors créer une réserve de réévaluation au bilan (voir art. 671b CO). Pour ce type d’opérations, l’organe de révision doit donner son aval par écrit à l’AG (art. 670 al. 2 CO).

9.5.3. Les réserves statutaires.

Les statuts peuvent parfaitement prévoir d’autres réserves, à savoir :

- une majoration de la réserve générale (art. 672 al. 1 CO)
- une réserve dont les statuts détermineront la destination et l’emploi (art. 672 al. 2 CO)
- une réserve à des fins de prévoyance en faveur des travailleurs (art. 673 CO).⁴⁹⁶

9.5.4. Les réserves extraordinaires.

L’AG a le droit de constituer des réserves qui ne sont prévues ni par la loi ni par les statuts (art. 674 al. 2 CO). Si elle utilise cette compétence, le droit au dividende des actionnaires est nécessairement atteint, c’est pourquoi l’AG ne peut agir ainsi que dans trois cas précis, à savoir :

- lorsque la création d’une réserve est nécessaire à des fins de remplacement (art. 674 al. 2 ch. 1 CO). Il s’agit d’une situation d’urgence ;

<u>Exemple</u> : une installation est sur le point d’exploser

- lorsqu’il faut « assurer d’une manière durable la prospérité de l’entreprise ou la répartition d’un dividende aussi constant que possible compte tenu des intérêts de tous les actionnaires » (art. 674 al. 2 ch. 2 CO) ; et

- lorsqu’elle souhaite « créer et soutenir des institutions de prévoyance au profit de travailleurs de l’entreprise ou des institutions analogues » (art. 674 al. 3 CO).⁴⁹⁷

⁴⁹⁵ OBERSON, Titre XIII, p. 75.

⁴⁹⁶ Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 76s.

⁴⁹⁷ Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 77s.

9.5.5. Les réserves latentes.

« Les réserves [latentes] découlent de la différence entre la valeur à laquelle les biens et les engagements sont portés au bilan et leur valeur réelle, c'est – à – dire la valeur à laquelle ces mêmes biens et engagements seraient portés au bilan s'ils étaient évalués objectivement. »⁴⁹⁸. Leur création est exigée par le principe de la prudence.

Les réserves latentes n'apparaissent pas au bilan contrairement aux réserves ouvertes. En outre, la compétence de créer ce type de réserves revient à l'administration, à savoir au conseil d'administration. Ce dernier doit dire à l'organe de révision quelles sont les réserves latentes qu'il a créées (art. 669 al. 4 CO).

Les réserves latentes sont généralement très avantageuses pour la SA dans la mesure où elles augmentent sa solvabilité réelle et où ces montants ne sont pas déclarés au fisc⁴⁹⁹. Mais il faut prendre garde à ce que la société n'utilise pas ces réserves latentes afin de détourner des dispositions du CO ou de droit fiscal.

Voici quelques exemples de constitution de réserves latentes. Certaines d'entre elles sont illicites mais se pratiquent malgré tout :

- la sous – évaluation d'actifs : cette opération est basée sur le principe de la prudence. Mais il n'est pas admis de sous – évaluer des actifs en raison de risques qui n'existent pas réellement ;
 - l'omission d'actifs : c'est une opération illégale. Il n'est pas question d'enlever des postes au bilan ;
 - la non – activation de dépenses qui doivent être activées : c'est une opération illégale ;
- Exemple : si une SA achète une machine mais ne l'active pas et met la valeur de la machine directement dans le compte des charges, il s'agit d'une opération illégale. En effet, au cours de l'année où la machine a été achetée, l'entreprise va économiser des impôts dans la mesure où le bénéfice va diminuer à raison de la valeur de la machine.
- la surévaluation du passif : cette opération est basée sur le principe de la prudence ;
 - l'introduction de dettes fictives, notamment en inscrivant au passif des opérations qui ne devraient pas y être portées : c'est une opération illégale ;
 - des amortissements excessifs : ils peuvent être envisagés dans les limites admises par l'administration fiscale ; et
 - des provisions pour risques et charges superflues ou exagérées : ces provisions sont basées sur le principe de la prudence mais elles ne doivent pas être excessives.

⁴⁹⁸ OBERSON, Titre XIII, p. 78 et cf. dans le présent ouvrage, chapitre XII.

⁴⁹⁹ Lorsque les réserves latentes sont réalisées (p. ex. lors de la vente d'un bien), il y a une imposition. Cf. dans le présent ouvrage, chapitre XIII.

Il peut également arriver que des réserves latentes soient constituées « *involontairement lorsqu'un actif atteint pour des raisons économiques particulières, indépendantes de l'activité de l'entreprise, une valeur plus élevée que celle qu'elle aurait acquise en temps normal (plus – value économique ou monétaire).* »⁵⁰⁰

Les réserves latentes sont dissoutes soit volontairement par le conseil d'administration soit involontairement lorsqu'un actif sous – évalué perd de sa valeur. L'organe de révision doit être mis au courant lorsque des réserves latentes sont dissoutes (art. 669 al. 4 CO).⁵⁰¹

9.6. L'organisation d'une SA.

9.6.1. Les organes⁵⁰².

Une SA exprime sa volonté par le biais de ses organes.

L'organe au sens strict est « *la personne ou le groupe de personnes (...) ayant pour fonction de former directement la volonté de la personne morale par ses actes (y compris ses actes illicite, ATF 98 II 219 / SJ 1973 p. 104), et en particulier de la représenter vis – à vis des tiers* »⁵⁰³.

Le CO impose trois organes à une SA :

- a) l'AG des actionnaires ;
- b) le conseil d'administration ; et
- c) l'organe de révision (voir art. 626 et 625 al. 2 CO).

La SA peut bien entendu avoir d'autres organes.

Exemple : un organe de direction.

« *La création de tels organes est cependant limitée par la loi en ce qu'ils ne peuvent pas empiéter sur les compétences que la loi attribue impérativement aux trois organes nécessaires* »⁵⁰⁴.

Les organes engagent la responsabilité de la SA par leurs actes juridiques et même par leurs actes illicites à condition qu'ils aient agi dans le cadre de leurs compétences (art. 55 CC et 722 CO en relation avec les art. 41ss CO). Il est envisageable que les organes engagent leur responsabilité à côté de celle de la SA (art. 752ss CO).⁵⁰⁵

⁵⁰⁰ OBERSON, Titre XIII, p. 81.

⁵⁰¹ Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 78ss.

⁵⁰² Cf. MONTAVON, pp. 212ss.

⁵⁰³ OBERSON, Titre XIII, p. 83.

⁵⁰⁴ OBERSON, Titre XIII, p. 85.

⁵⁰⁵ Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 83ss et SJ 2001 I 186.

9.6.2. Les compétences des organes.

L'AG est l'organe suprême de la SA (art. 698 al. 1 CO ; voir. art. 698ss CO).

Le conseil d'administration, quant à lui, gère les affaires de la société, la représente et « peut prendre des décisions sur toutes les affaires qui ne sont pas attribuées à l'assemblée générale par la loi ou les statuts » (art. 716 al. 1 CO ; voir art. 707ss CO).

L'organe de révision contrôle les comptes de la SA et s'assure que le bénéfice est employé conformément à la loi et aux statuts (art. 727ss CO). L'AG peut étendre les compétences de l'organe de révision au sens de l'article 731 CO.⁵⁰⁶

9.7. L'assemblée générale des actionnaires dans une SA (AG)⁵⁰⁷.

9.7.1. Notion.

L'AG est l'organe suprême de la SA (art. 698 al. 1 CO). Par conséquent, elle a des compétences extrêmement importantes. Néanmoins, il est hors de question qu'elle s'empare d'une ou plusieurs compétences attribuées de manière inaliénable à un autre organe.

Tous les actionnaires ont le droit de participer à l'AG et personne ne peut les en priver. Si tel n'est pas le cas, les décisions de l'AG sont nulles. De plus, l'actionnaire doit être présent ou doit envoyer un représentant puisqu'il est interdit de procéder par vote par correspondance ou par voie de circulation (art. 689 CO).

Une AG peut être :

- a) ordinaire : il s'agit de l'assemblée qui se tient chaque année dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice comptable (art. 699 al. 2 CO). Elle se prononce alors sur les points qui doivent être examinés une fois par an (art. 698 ch. 2 et 3 CO) ;

Exemples : la nomination des membres du conseil d'administration ou de l'organe de révision ou encore l'approbation des comptes.

- b) extraordinaire : les AG extraordinaires sont convoquées lorsque cela est nécessaire (art. 699 al. 2 CO) ; ou

Exemples : une AG doit être convoquée si la moitié des membres du conseil d'administration démissionne et qu'il faut les remplacer. En outre, elle est convoquée dans deux cas prévus expressément par la loi : premièrement, lorsque « *un ou plusieurs actionnaires représentant ensemble 10 pour cent au moins du capital-actions* » le requièrent (art. 699 al. 3 CO) ; deuxièmement lorsque le conseil d'administration l'ordonne en raison d'une perte de capital et d'un surendettement nécessitant des mesures d'assainissement (art. 725 al. 1 CO).

⁵⁰⁶ Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 87ss.

⁵⁰⁷ Cf. MONTAVON, pp. 215ss.

c) universelle : il y a AG universelle lorsque tous les actionnaires ou leurs représentants sont présents alors qu'il n'y a pas eu de convocation régulière. La seule présence de l'ensemble des personnes concernées suffit à rendre les décisions de l'AG valables (art. 701 CO).⁵⁰⁸

9.7.2. Convocation de l'AG.

En principe, c'est au conseil d'administration que revient la compétence de convoquer l'AG (art. 699 al. 1 *i.i.* CO). Néanmoins, en cas de carence grave de l'administration, l'organe de révision peut s'en charger (art. 699 al. 1 CO).⁵⁰⁹

D'autres personnes peuvent convoquer l'AG, à savoir un ou plusieurs actionnaires représentant ensemble 10% ou plus du capital-actions (art. 699 al. 3 CO), des liquidateurs (art. 699 al. 1 *i.f.* CO), l'AG elle-même (art. 700 al. 3 CO) et les porteurs de bons de participation si les statuts le prévoient (art. 656c CO).

Les statuts doivent prévoir les modalités relatives à la convocation de l'AG (art. 626 ch. 5 CO). La loi exige qu'au moins tous les actionnaires soient avertis. Les actionnaires figurant dans le registre des actions (actions nominatives) reçoivent une convocation personnelle et les autres (actions au porteur) sont convoqués par une publication dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC ; art. 696 al. 2 CO).

La convocation doit se faire au moins 20 jours avant l'AG (art. 700 al. 1 CO). Elle doit indiquer le lieu où se tiendra l'AG et contenir le rapport de gestion, le rapport de révision (art. 696 al. 1 CO) ainsi que l'ordre du jour. Ce dernier mentionne « *les objets portés à l'ordre du jour, ainsi que les propositions du conseil d'administration et des actionnaires qui ont demandé la convocation de l'assemblée ou l'inscription d'un objet à l'ordre du jour* » (art. 700 al. 2 CO).⁵¹⁰

« *Les décisions prises lors d'une AG irrégulièrement convoquée sont attaquables pour vice de forme (art. 706 et 706b CO). Elles sont en principe annulables mais validées si elles n'ont pas été mises en cause dans un délai de deux mois (art. 706a CO). Certains vices de forme peuvent cependant entraîner la nullité des décisions.* »⁵¹¹ (cf. *infra* 9.7.6.). La sanction dépend de la gravité de la violation. L'annulabilité n'est prononcée que si la décision est attaquée. De plus, la décision produit des effets valables tant que le juge ne s'est pas prononcé. En revanche, une décision qui est nulle ne peut produire aucun effet valable et ceci dès l'instant où elle a été prononcée.

Exemple : si la convocation a eu lieu 18 jours et non pas 20 jours avant l'AG, les décisions prises lors de l'AG ainsi convoquée sont seulement annulables. En revanche, si la convocation n'indique pas une augmentation du capital, la décision de l'AG sera probablement considérée comme nulle.

⁵⁰⁸ Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 90ss.

⁵⁰⁹ SJ 2001 I 445.

⁵¹⁰ Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 94ss.

⁵¹¹ OBERSON, Titre XIII, p. 98.

9.7.3. Déroulement de l'AG.

Le déroulement de l'AG est, en principe, largement réglé par les statuts de la SA. La loi contient néanmoins certaines dispositions y relatives.

Tout d'abord, les actionnaires ont le droit de participer à l'AG mais personne ne peut les y contraindre. Ensuite, les administrateurs doivent aller à l'AG en raison de leur devoir de diligence et leur devoir de se renseigner (art. 717 al. 1 et 697 CO). Enfin, l'organe de révision doit être représenté lorsque l'AG doit approuver les comptes annuels ou décider de l'emploi du bénéfice résultant du bilan (art. 729c al. 1 CO). Toutefois l'AG peut y renoncer par une décision prise à l'unanimité (art. 729c al. 3 CO).⁵¹²

Le conseil d'administration doit s'occuper en grande partie du bon déroulement de l'AG. Il doit, en effet, « effectuer un contrôle de la qualité d'actionnaire à l'entrée du lieu où se déroule l'assemblée ; prendre les mesures nécessaires pour que l'assemblée se tienne régulièrement ; prendre les mesures nécessaires pour constater le droit de vote des actionnaires (art. 702 al. 1 CO) ; organiser le décompte des voix lors des votations et élections (nommer des scrutateurs ou prévoir un vote électronique) ; diriger l'AG en la faisant présider par l'un de ses membres, s'assurer de la rédaction d'un procès – verbal (...) (art. 702 al. 2 CO) (...) enfin veiller à l'exécution des décisions prises par l'AG (art. 716a al. 1 ch. 6 CO) »⁵¹³.

9.7.4. Compétences de l'AG.

L'AG a des compétences inaliénables. Par définition, ces dernières ne peuvent être jamais attribuées à un autre organe. Elle a la compétence inaliénable (art. 698 al. 2 CO) :

- « 1. D'adopter et de modifier les statuts ;
2. De nommer les membres du conseil d'administration et de l'organe de révision ;
3. D'approuver le rapport annuel et les comptes de groupe ;
4. D'approuver les comptes annuels et de déterminer l'emploi du bénéfice résultant du bilan, en particulier de fixer le dividende et les tantièmes* ;
5. De donner décharge aux membres du conseil d'administration ;
6. De prendre toutes les décisions qui lui sont réservées par la loi ou les statuts. »

Nous souhaitons donner des informations supplémentaires sur certaines de ces compétences. L'AG élit les membres du conseil d'administration, à savoir des actionnaires, mais doit néanmoins respecter certaines règles imposées par la loi. En effet, la majorité des membres du conseil d'administration doit être de nationalité suisse et être domiciliée en Suisse (art. 707 – 708 CO ; voir aussi art. 709 CO). L'AG procède également à l'élection des membres de l'organe de révision, c'est – à dire des réviseurs et, le cas échéant, de leurs suppléants (art. 727 al. 1 CO). Elle peut aussi élire des experts pour vérifier la gestion de la SA ainsi que, sauf exception, des liquidateurs (art. 731 al. 2 et 740 al. 1 CO). « L'AG peut révoquer en tout temps et pour n'importe quel motif les personnes qu'elle a désignée »⁵¹⁴ (art. 707 CO).

⁵¹² Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 98ss.

⁵¹³ OBERSON, Titre XIII, pp. 99s.

⁵¹⁴ OBERSON, Titre XIII, p. 102.

Ensuite, l'AG approuve le rapport de gestion composé des comptes annuels, du rapport annuel et parfois des comptes de groupe (art. 662 al. 1 et 663e CO). Elle ne peut le faire que sur la base d'un rapport de révision et en la présence d'un réviseur (art. 729c CO). Si l'AG refuse de donner son approbation, le conseil d'administration doit préparer un nouveau rapport sur lequel une nouvelle AG devra se prononcer.

Puis, l'AG doit fixer les dividendes et les tantièmes à savoir la part de bénéfices distribuée respectivement aux actionnaires et aux administrateurs. Les actionnaires ont droit à ce dividende (art. 660 al. 1 CO) alors que les administrateurs n'ont droit à leurs tantièmes que si cela est prévu par les statuts (art. 622 ch. 2 et 677 CO). « *En pratique, ils ont aujourd'hui presque disparus, en particulier pour des raisons fiscales. En effet, l'attribution de tantièmes étant considérée comme une utilisation du bénéfice, elle n'est pas déductible du bénéfice imposable.* »⁵¹⁵

L'AG vote également la décharge du conseil d'administration ; ainsi « *elle reconnaît n'avoir aucune créance en dommage – intérêts contre l'administration de la société en raison de sa gestion pour l'exercice terminé. (...) Elle exclut toute action ultérieure à l'encontre du CA.* »⁵¹⁶. Cette décharge ne s'applique qu'aux faits connus et ne lie que les actionnaires qui l'ont votée (art. 758 CO). « *Les personnes qui ont coopéré d'une manière quelconque à la gestion des affaires sociales ne peuvent prendre part aux décisions qui donnent ou refusent décharge au conseil d'administration* » (art. 695 al. 1 CO). En outre, les actionnaires doivent avoir eu la possibilité d'accéder aux comptes de la société et au rapport de l'organe de révision sans quoi le vote de la décharge est nul.

Les statuts peuvent attribuer plus de pouvoir à l'AG mais doivent impérativement respecter la liste des ses compétences inaliénables.⁵¹⁷

9.7.5. Décisions de l'AG.

9.7.5.1. Le principe.

Pour que les décisions prises par l'AG soient valables, il faut :

- a) que l'AG ait été convoquée selon les règles exposées ci – dessus ;
- b) que les décisions en cause portent sur un point inscrit à l'ordre du jour (sauf exception) ;
- c) que chacun ait eu la possibilité de s'exprimer ; et
- d) que la majorité exigée par la loi ou les statuts pour la décision en cause soit atteinte.

⁵¹⁵ OBERSON, Titre XIII, p. 104.

⁵¹⁶ OBERSON, Titre XIII, p. 105.

⁵¹⁷ Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 100ss.

9.7.5.2. Le *quorum* de présence.

La loi ne prévoit pas de *quorum* de présence mais les statuts peuvent le faire « *pour autant qu'il ne soit pas contraignant au point de rendre certaines décisions impossibles à prendre* »⁵¹⁸.

9.7.5.3. La majorité simple.

« *Une décision est prise à la majorité simple lorsque la proposition adoptée est celle qui réunit le plus grand nombre de voix* »⁵¹⁹.

Exemple : 100 actions représentées :
- 45 oui
- 25 non
- 15 abstentions
→ majorité simple des « oui » qui l'emporte.

Il est rare qu'une AG prenne ses décisions à la majorité simple si ce n'est pour des questions annexes comme l'apéritif. En revanche, cela arrive plus souvent au conseil d'administration.

9.7.5.4. La majorité absolue.

La règle de principe est que l'AG prend ses décisions à la majorité absolue (art. 703 CO). Une décision est prise à la majorité absolue lorsque la proposition adoptée est celle qui réunit plus de la moitié des voix des actions représentées. Les abstentions et les votes nuls sont assimilés ici à des rejets. Par conséquent, tout ce qui n'est pas un « oui » équivaut à un « non ».⁵²⁰

9.7.5.5. Les majorités plus importantes.

L'article 704 al. 1 CO prévoit une liste de décisions très importantes qui doivent recueillir « *au moins les deux tiers des voix attribuées aux actions représentées et la majorité absolue des valeurs nominale représentées* » pour être acceptées. Cette disposition est de droit impératif. Dans certains cas, la loi prévoit même l'unanimité mais c'est extrêmement rare car difficilement réalisable en pratique.⁵²¹

Exemple : l'AG peut renoncer à la présence d'un réviseur par une décision prise à l'unanimité (art. 729c al. 3 CO).

En outre, les statuts peuvent prévoir pour certaines décisions des majorités plus contraignantes que celles envisagées par la loi (art. 704 al. 2 CO). « *La clause statutaire prévoyant une*

⁵¹⁸ OBERSON, Titre XIII, p. 109.

⁵¹⁹ OBERSON, Titre XIII, p. 109. Les exemples chiffrés que nous avons repris dans cette section sur les « majorités » ont été aussi repris de OBERSON, Titre XIII.

⁵²⁰ Cf. OBERSON, Titre XIII, p. 110.

⁵²¹ Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 112s.

aggravation de la majorité doit être adoptée selon la majorité qu'elle prévoit (exemple : l'adoption d'une majorité des 3/4 doit être décidée par une majorité des 3/4). »⁵²²

9.7.5.6. Cas pratique sur les majorités.

Exemples⁵²³ :

- capital-actions : 1'200 actions, toutes de mêmes valeur nominale et sans privilège de vote
- actions représentées à l'AG : 1'000 actions
- voix exprimées lors du vote : 800
- abstentions : 200
- bulletins blancs : 70
- oui : 410
- non : 320

→ Décision prise à la majorité simple : il faut prendre en compte uniquement les « oui » et les « non » : $(410 + 320) \div 2 = 365$. Pour que la décision puisse être adoptée il faut au moins $365 \text{ oui} + 1 = 366$. En l'espèce, la majorité simple est atteinte puisqu'il y a 410 « oui ».

→ Décision prise à la majorité absolue des voix exprimées : les bulletins blancs comptent ici comme des « non » car ce sont des voix exprimées. Par contre, les votes nuls ou les abstentions ne sont pas pris en compte. Les votes blancs (70) + les « non » (310) sont au nombre de 390. Ce sont donc toujours les « oui » qui triomphent.

→ Décision prise à la majorité des voix représentées : ici, les votes blancs et les abstentions sont comptés comme des « non », à savoir $200 + 70 + 320 = 590$, chiffre plus élevé que le nombre de « oui » qui est de 410. En outre, nous aurions aussi pu constater que la majorité n'est pas atteinte en prenant le nombre d'actions représentées : $(1000 \div 2) + 1 = 501$, chiffre largement supérieur au nombre de « oui ».

→ Décision prise à la majorité absolue du capital-actions : là aussi, la majorité n'est pas atteinte. Le capital-actions est de 1200. Par conséquent la majorité absolue du capital-actions est de $(1200 \div 2) + 1 = 601$ alors qu'il y a seulement 410 « oui ».

9.7.5.6. Les règles particulières⁵²⁴.

Tout d'abord, les statuts peuvent prévoir que la voix du président de l'AG est prépondérante en cas d'égalité des voix. Si les statuts ne prévoient rien à ce sujet, la proposition est tout simplement rejetée.

Ensuite, tout actionnaire a droit à une voix au moins. Cependant, les détenteurs de plusieurs voix peuvent voir leur droit de vote plafonné par les statuts (art. 692 al. 2 CO). Il s'agit alors d'éviter que certains actionnaires deviennent trop influents.

⁵²² OBERSON, Titre XIII, p. 110.

⁵²³ Cf. OBERSON, Titre XIII, p. 111.

⁵²⁴ Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 113s.

Enfin, il est possible d'envisager une double assemblée, auquel cas la décision requiert l'accord de l'AG mais également celui d'une assemblée spéciale composée des actionnaires concernés par la décision.

9.7.5.7. La représentation.

Tout actionnaire peut représenter lui – même ses actions ou les faire représenter par un tiers. Ce dernier, sauf disposition contraire des statuts, n'est pas nécessairement un actionnaire (art. 689 al. 2 CO).

« Dans les grandes sociétés, il est fréquent que la plupart des actionnaires ne se rendent pas à l'AG. Pour éviter qu'une minorité d'actionnaires en profite pour prendre le contrôle de la société, le droit de la SA tente de faciliter la représentation des actions grâce à trois modes de représentation collective⁵²⁵. Il s'agit premièrement de la représentation par un organe de la société ou une autre personne dépendant d'elle.

Exemple : un membre du conseil d'administration mais jamais le conseil d'administration lui – même car il serait curieux qu'il participe au vote de sa propre décharge.

Deuxièmement, la représentation peut se faire par un représentant indépendant.

Exemple : un avocat.

Troisièmement, les actions peuvent être représentées par un dépositaire (art. 689d CO).

Exemples : une banque ou un gérant de fortune.

Enfin, il existe encore quelques modes particuliers de représentation, à savoir la représentation d'une action ayant plusieurs propriétaires (art. 690 al. 1 CO), la représentation d'actions grevées d'un usufruit (art. 690 al. 2 CO) et la représentation d'actions mises en gage, déposées ou prêtées (art. 689b al. 2 CO)⁵²⁶.

9.7.6. Annulabilité et nullité des décisions de l'AG⁵²⁷.

9.7.6.1. Généralités.

Lorsque les décisions de l'AG ne sont pas adoptées conformément à toutes les règles étudiées ci – dessus, il est possible de les contester.

Ces décisions viciées peuvent être annulées ou considérées comme nulles⁵²⁸. Les articles 706 et 706b CO donnent des exemples respectivement de décisions annulables et nulles. Cependant, pour chaque cas il convient de se référer à la doctrine et à la jurisprudence pour déterminer la gravité de la situation et la sanction à appliquer.

⁵²⁵ OBERSON, Titre XIII, p. 115.

⁵²⁶ Cf. OBERSON, Titre XIII, p. 115s.

⁵²⁷ Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 117ss.

⁵²⁸ Pour les notions d'annulabilité et de nullité, cf. dans le présent ouvrage, chapitre V.

9.7.6.2. Procédure d'annulation*.

Les personnes ayant la qualité pour ouvrir une procédure d'annulation sont les actionnaires et le conseil d'administration (art. 706 al. 2 et 706a al. 2 CO). L'actionnaire doit avoir un intérêt à l'annulation de la décision. Évidemment, un actionnaire qui a voté en faveur de la décision contestée ne peut entreprendre une procédure en annulation. La procédure doit être ouverte contre la SA dans les deux mois qui suivent l'AG (art. 706a al. 1 CO).

« Si l'action aboutit, le jugement déploie ses effets *ex tunc*. Si l'action est introduite hors délai, rejetée en jugement ou si aucune action n'est introduite, la décision continue à déployer ses effets. »⁵²⁹

9.7.6.3. Procédure de constatation de nullité.

Les personnes ayant la qualité pour agir dans le cadre d'une procédure de constatation de nullité sont les actionnaires, mêmes s'ils ont voté « oui », et toutes les personnes ayant un intérêt à la constatation de la nullité de la décision de l'AG. Cette action n'est soumise à aucun délai.

Exemples : les créanciers ou les détenteurs de bon de jouissance peuvent avoir un intérêt à la constatation de la nullité de la décision de l'AG.

« Une décision constatée comme nulle ne déploie aucun effet »⁵³⁰. Par conséquent, si elle en a déployé entre le moment où elle a été prise et le moment où la nullité a été constatée, ces effets sont nuls.

9.8. Le conseil d'administration dans une SA (CA⁵³¹).

9.8.1. Généralités.

Le CA est « l'organe exécutif de la société »⁵³². Il doit s'occuper de la gestion de la SA, représenter cette dernière et prendre toutes les décisions qui ne sont pas dans la compétence de l'AG (art. 716 al. 1 CO). « Ce sont des tâches qui, pratiquement, ne pourraient revenir ni à l'AG (constituée d'un trop grand nombre de personnes), ni aux actionnaires (lesquels sont empêchés par la loi d'assumer une quelconque responsabilité personnelle envers les tiers). »⁵³³

Le CA peut avoir plusieurs formes. Il peut y avoir un seul organe pour la gestion et la représentation mais le CA peut aussi déléguer tout ou partie de la gestion à un ou plusieurs administrateurs voire à des tiers.⁵³⁴

⁵²⁹ OBERSON, Titre XIII, p. 115. Le jugement déploie ses effets « *ex tunc* ». Cela signifie qu'il n'a pas d'effet rétroactif. Tous les effets que la décision a produit jusqu'au jugement sont valables. La décision est annulée que lorsque le juge s'est prononcé sur sa validité.

⁵³⁰ OBERSON, Titre XIII, p. 122.

⁵³¹ Cf. MONTAVON, pp. 233ss.

⁵³² OBERSON, Titre XIII, p. 124.

⁵³³ OBERSON, Titre XIII, p. 124.

⁵³⁴ Cf. OBERSON, Titre XIII, p. 124.

9.8.2. Élection du CA.

9.8.2.1. Généralités.

Le CA est élu par l'AG. Cette compétence est inaliénable (art. 698 al. 2 ch. 2 CO ; voir art. 762 al. 1 CO lorsqu'une corporation publique participe à une SA et art. 709 al. 1 CO lorsqu'il y a plusieurs catégories d'actions). La décision se prend à la majorité des voix attribuées aux actions représentées (art. 703 CO ; cf. *supra* 9.7.5.4). « *Les statuts peuvent prévoir des dispositions particulières pour protéger les minorités ou certains groupes d'actionnaires* » (art. 709 al. 2 CO).

Exemples : les détenteurs de bons de jouissance et les travailleurs peuvent être protégés par les statuts.

Le CA se compose d'un ou plusieurs membres (art. 707 al. 1 CO). Le nom, le domicile et la nationalité des membres du CA sont inscrits au RC (art. 641 ch. 9 CO).⁵³⁵

9.8.2.2. Conditions d'éligibilité.

Pour être élu au CA, il faut⁵³⁶ :

- a) être actionnaire de la SA (art. 707 al. 1 et al. 2 CO) ;
- b) être une personne physique (*versus* une personne morale). Il suffit d'être capable de discernement. Il est donc envisageable d'avoir un mineur ou une personne sous tutelle au CA (rare) ;
- c) ne pas être réviseur de la SA (voir art. 727c CO); et
- d) que le CA remplisse la condition générale de nationalité et de domicile. En effet, la majorité des membres du CA doit être de nationalité suisse et avoir élu domicile en Suisse (art. 708 CO et 86 ORC). Si cette condition n'est plus remplie au cours de l'existence de la SA et que personne n'y remédie rapidement, la SA est dissoute (art. 708 al. 4 CO).

Les statuts peuvent prévoir des conditions supplémentaires.

L'action en annulation est ouverte aux personnes souhaitant contester l'élection d'un administrateur ne répondant pas aux exigences mentionnées ci – dessus (art. 706 CO).

⁵³⁵ Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 125s.

⁵³⁶ Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 127ss.

9.8.3. Compétences.

9.8.3.1. Généralités.

L'article 716a al. 1 CO dresse une liste, non – exhaustive, des compétences inaliénables et intransmissibles du CA. Les compétences suivantes appartiennent par conséquent uniquement au CA⁵³⁷ :

- « 1. Exercer la haute direction de la société et établir les instructions nécessaires ;
2. Fixer l'organisation ;
3. Fixer les principes de la comptabilité et du contrôle financier ainsi que le plan financier pour autant que celui – ci soit nécessaire à la gestion de la société ;
4. Nommer et révoquer les personnes chargées de la gestion et de la représentation ;
5. Exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données ;
6. Etablir le rapport de gestion, préparer l'assemblée générale et exécuter ses décisions ;
7. Informer le juge en cas de surendettement. »

9.8.3.2. La gestion.

Le CA exerce la haute direction de la SA (art. 716a al. 1 ch. 1 CO). Il ne peut absolument pas déléguer cette compétence qui consiste à développer les buts stratégiques de la SA et à fixer les moyens pour atteindre ces buts.

Ensuite, le CA fixe l'organisation (art. 716a al. 1 ch. 2 CO). « Il incombe au CA (...) de répartir les tâches et de définir les liens de subordination entre les différentes personnes chargées de la prise de décision, ainsi que le devoir de faire rapport. Ces règles sont édictées sous la forme d'un règlement d'administration. Le CA est du reste tenu de rédiger un tel rapport dès lors qu'il délègue une partie de son pouvoir de gestion (art. 716b CO). »⁵³⁸ Il est hors de question que l'AG entrave cette compétence du CA. Elle peut uniquement désigner le président du CA si les statuts le prévoient (art. 712 al. 2 CO).

De plus, le CA fixe les principes touchant à la comptabilité, au contrôle financier et à la planification financière (art. 716a al. 1 ch. 3 CO). Il doit, à cet effet, respecter les dispositions relatives à la comptabilité prévues par le CO.⁵³⁹

Le CA doit aussi s'occuper de la nomination et de la révocation des personnes chargées de la gestion et de la représentation (art. 716a al. 1 ch. 4 CO). Il doit « seulement » désigner les personnes qui lui sont directement subordonnées s'agissant de la gestion. En revanche, pour la représentation, il doit nommer l'ensemble des personnes chargées de s'en occuper (art. 716 al. 2 et 718 al. 2 CO). L'article 726, à ses deux premiers alinéas, précise encore que le CA « peut révoquer en tout temps les comités, délégués, directeurs ainsi que tous fondés de procuration et mandataires nommés par lui. ² De même, il peut en tout temps suspendre dans l'exercice de

⁵³⁷ Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 133ss.

⁵³⁸ OBERSON, Titre XIII, p. 133.

⁵³⁹ Cf. dans le présent ouvrage, chapitre XII.

leurs fonctions les fondés de procuration et mandataires désignés par l'assemblée générale, il convoquera alors immédiatement cette dernière. »

En outre, le CA exerce la haute surveillance⁵⁴⁰ sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données (art. 716a al. 1 ch. 5 CO). Il s'agit de surveiller les personnes à qui le CA a délégué des compétences.

Le CA doit encore établir un rapport de gestion qui doit être écrit. Il doit préparer l'AG et procéder à la convocation de cette dernière. En outre, il doit exécuter les décisions prises par l'AG (art. 716a al. 1 ch. 6 CO).

Enfin, l'article 716a CO mentionne encore l'obligation pour le CA d'informer le juge en cas de surendettement (art. 716a al. 1 ch. 7 et 725 CO). Il doit également proposer des mesures d'assainissement.

*« La gestion est en principe exercées conjointement par tous les membres du CA (art. 716b al. 3 CO). Celui – ci peut toutefois déléguer tout ou partie de la gestion à un ou plusieurs administrateurs (délégués) ou à des tiers (directeurs) aux conditions posées aux art. 716a et 716b CO. »*⁵⁴¹ Mais il ne peut pas déléguer ses compétences, par définition, inaliénables et intransmissibles (art. 716a CO).

Le CA n'est pas libéré de sa responsabilité lorsqu'il délègue. Il doit, en effet, être conscient dans sa manière de déléguer et respecter les principes suivants :

- *la cura in eligendo* (le soin dans le choix) : le CA doit choisir des personnes de confiance possédant les compétences nécessaires à la fonction concernée. Il a également pour tâche de relever un délégué de ses fonctions s'il ne répond plus aux critères exigés ou s'il y a des manquements graves ;

- *la cura in instruendo* (le soin dans les instructions) : le CA doit fixer les modalités de la gestion (art. 716b al. 2 CO). Les fonctions du délégué doivent être définies avec précision. Un règlement d'organisation est établi à cet effet ; et

- *la cura in custodiendo* (le soin dans la surveillance ; art. 716 al. 1 ch. 5 CO).

Si le CA ne suit pas ces trois critères ou que les conditions légales relatives à la délégation ne sont pas remplies, le CA engage sa responsabilité pour les actes accomplis par les personnes qu'il a désignées.⁵⁴²

⁵⁴⁰ Il faut distinguer « la haute surveillance » et la « haute direction » visées par l'article 716a CO d'une simple surveillance ou direction qui peuvent être déléguées ; cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 127ss.

⁵⁴¹ OBERSON, Titre XIII, p. 136.

⁵⁴² ATF 122 III 195.

9.8.3.3. La représentation⁵⁴³.

Le CA représente la SA vis – à vis des tiers (art. 718 al. 1 CO) : « *sauf disposition contraire des statuts ou du règlement d'organisation, chaque membre du conseil d'administration a le pouvoir de représenter la société* ». Les membres du CA agissent en tant qu'organe.

« *Les pouvoirs de représentation du CA sont très étendus : « ils embrassent tous les actes qui, selon un critère objectif, d'une manière générale et abstraite peuvent être justifiés par le but de la société, c'est – à – dire qui ne sont pas exclus par ce but. » »*⁵⁴⁴ (art. 718a al. 1 CO).

Ce pouvoir de représentation peut être délégué à un ou plusieurs membres du CA ou à des tiers (art. 718 al. 2 CO). Cependant, au moins un membre du CA doit avoir qualité pour représenter la société (art. 718 al. 3 CO). En outre, un des membres du CA autorisés à représenter la SA doit être domicilié en Suisse (art. 708 al. 2 CO). Par conséquent, si seulement un membre du CA a des pouvoirs de représentation, il doit impérativement être de nationalité suisse (art. 708 al. 3 CO).

Le nom des personnes habilitées à représenter la SA doit figurer au RC (art. 720 CO). Les représentants engagent la responsabilité de la SA et ceci même lorsqu'ils accomplissent des actes illicites (art. 722 CO).⁵⁴⁵

Enfin, il est nécessaire de préciser que « *le contrat du représentant avec lui – même (...) et la double représentation (...) sont en principe interdits, sauf accord du représenté* »⁵⁴⁶.

Exemples : si la société achète un immeuble dont le représentant est propriétaire, le représentant conclut en quelque sorte un contrat avec lui – même. Cet acte est interdit.

Si le représentant du CA de X SA est aussi représentant du CA de Y SA et qu'il conclut une affaire entre X SA et Y SA, il agit alors d'une double représentation. Cet acte est également prohibé.⁵⁴⁷

9.8.3.4. Les décisions.

Le CA peut prendre toutes les décisions qui ne sont pas dans la compétence de l'AG (cf. *supra* 9.7.4).

Les décisions du CA ne peuvent faire l'objet d'une procédure en annulation mais, en revanche, elles peuvent être nulles (art. 706b CO par renvoi de l'art. 714 CO).⁵⁴⁸

⁵⁴³ Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 138ss.

⁵⁴⁴ OBERSON, Titre XIII, p. 139 qui cite PATRY, Droit suisse des sociétés, vol. II, Berne 1977, p. 248.

⁵⁴⁵ SJ 2001 I 186.

⁵⁴⁶ OBERSON, Titre XIII, p. 143.

⁵⁴⁷ Cf. OBERSON, Titre XIII, p. 143.

⁵⁴⁸ SJ 2001 I 437.

9.8.4. Organisation⁵⁴⁹.

Le CA doit s'occuper de sa propre organisation (art. 716a al. 1 ch. 2 CO). Il est assez libre dans l'élaboration de son règlement d'organisation mais doit au moins respecter l'article 712 CO : «¹ *Le conseil d'administration désigne son président et le secrétaire. Celui – ci n'appartient pas nécessairement au conseil.* ² *Si les statuts le prévoient, le président peut être élu par l'assemblée générale* ».

Il est utile d'examiner certains « postes » de plus près :

- a) le président : il est élu soit par le CA soit par l'AG (art. 712 CO). La loi lui confère des compétences précises et, pour le reste, il convient de se référer au règlement d'organisation.

Exemple : le président s'occupe des séances du CA et signe les procès – verbaux de ces réunions (art. 713 al. 3 CO).

- b) le secrétaire : « *le secrétaire peut être un administrateur mais cela n'est pas obligatoire (art. 712 al. 1 CO). S'il ne l'est pas, il n'est pas non plus un organe de la société, n'a pas besoin d'être actionnaire et peut être lié à la société par un contrat de travail. Le secrétaire assiste aux séances du CA dont il rédige et signe le procès-verbal. Il peut également être chargé d'autres tâches administratives.* »⁵⁵⁰ (voir art. 713 al. 3 CO).
- c) Les comités : le CA peut créer des comités destinés à surveiller ou à exécuter certaines affaires (art. 716a al. 2 CO).

Nous avons mentionnée à plusieurs reprises l'existence de règlements destinés à organiser la SA. Il s'agit

- a) du règlement d'administration que le CA peut adopter afin de donner des précisions sur la répartition des tâches et le déroulement des séances ; et
- b) du règlement d'organisation qui doit être établi lorsque certaines compétences du CA sont déléguées (art. 716b CO).

Le CA est convoqué par son président. Un membre du CA peut demander au président que le CA soit convoqué (art. 715 CO). Les décisions sont prises à la majorité simple des voix émises (art. 713 al. 1 CO) à moins que les statuts ou un règlement ait prévu un autre système. Chaque membre a une voix et, en cas d'égalité, c'est la voix du président qui permet de trancher. Mais les statuts peuvent, dans cette hypothèse, prévoir autre chose. En outre, il est possible que les membres du CA prennent une décision par voie de circulation (art. 713 al. 2 CO). Le secrétaire dresse un procès – verbal. Ce dernier doit être approuvé par le CA et être signé par le président ainsi que le secrétaire (art. 713 al. 3 CO).

⁵⁴⁹ Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 146ss.

⁵⁵⁰ OBERSON, Titre XIII, p. 148.

9.8.5. Devoirs et droits des administrateurs⁵⁵¹.

Les administrateurs ne peuvent être représentés et doivent donc participer personnellement aux séances du CA (voir art. 716b al. 3 CO).

Ils ont certains devoirs, à savoir :

a) le devoir de diligence : l'administrateur doit exercer ses compétences avec toute la diligence requise (art. 717 al. 1 CO). Le Tribunal fédéral estime qu'il doit même être plus diligent que dans ses propres affaires. « *L'administrateur doit notamment disposer des connaissances et du temps nécessaires à l'exercice de son mandat* »⁵⁵² ;

b) le devoir de fidélité qui consiste à veiller fidèlement aux intérêts de la société (art. 717 al. 1 CO). « *Ils doivent ainsi s'abstenir de lui faire concurrence et ne pas utiliser leurs connaissances dans des opérations d'initiés.* »⁵⁵³ L'intérêt de la société passe avant tout ; et

c) le devoir de discrétion complète le devoir de fidélité et « *implique que l'administrateur ne révèle ou n'utilise pas, pendant la durée de son mandat, des faits confidentiels ou des secrets d'affaire dont il a pris connaissance dans l'exercice de ses fonctions.* »⁵⁵⁴ En pratique, le devoir de discrétion est souvent maintenu même après la fin du mandat.

Enfin, « *outre l'obligation d'établir le rapport de gestion (art. 716a al. 1 ch. 6 CO), le CA est tenu d'effectuer les avis obligatoires lorsque la SA est en situation de perte de capital ou de surendettement* »⁵⁵⁵ (voir art. 725 CO et 9.9.4.2.).

Les administrateurs ont des obligations mais également des droits, c'est – à – dire :

a) le droit d'obtenir des renseignements sur les affaires de la SA (art. 715a al. 1 CO). Il faut distinguer la situation où les informations sont demandées en séance de celle où elles sont délivrées hors séance. Dans le premier cas, l'administrateur a le droit de s'informer auprès des autres membres du CA et des personnes chargées de la gestion (art. 715a al. 2 CO). Dans le second cas, « *chaque membre du conseil d'administration peut exiger des personnes chargées de la gestion des renseignements sur la marche de l'entreprise et, avec l'autorisation du président, sur des affaires déterminées* » (art. 715a al. 3 CO). L'administrateur a également le droit de demander la production des livres ou des dossiers s'il en a besoin pour l'accomplissement de ses tâches (art. 715a al. 4 CO)⁵⁵⁶ ;

b) le droit d'être rémunéré. Les administrateurs ont droit à des indemnités ou à des tantièmes (art. 677 CO). Les indemnités n'ont pas besoin d'être prévues dans les statuts. Il s'agit de frais d'exploitation et l'entreprise peut donc déduire ces indemnités dans sa déclaration fiscale. En revanche, les tantièmes doivent être prévus par les statuts (art.

⁵⁵¹ Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 151ss.

⁵⁵² OBERSON, Titre XIII, p. 153.

⁵⁵³ OBERSON, Titre XIII, p. 153.

⁵⁵⁴ OBERSON, Titre XIII, p. 154.

⁵⁵⁵ OBERSON, Titre XIII, p. 155.

⁵⁵⁶ SJ 2001 I 437.

627 ch. 2 CO) et ne sont pas déductibles car il s'agit d'une part du bénéfice. Des jetons de présence sont généralement prévus. Ils sont destinés à indemniser les membres du CA pour les frais occasionnés par leur participation au CA.

Exemple : les frais de déplacements.

Le Tribunal fédéral a précisé que « *la rétribution des administrateurs ne doit pas léser les actionnaires dans leurs droits à une part du bénéfice et son montant doit être proportionnel au travail, aux services rendus et à la situation de l'entreprise* »⁵⁵⁷;

c) le droit d'exiger la convocation immédiate du CA : l'administrateur doit mentionner les motifs pour lesquels il demande cette convocation (art. 715 CO);

d) le droit d'exiger que les délibérations du CA soient orales (art. 713 al. 2 CO) ; et

e) le droit d'être informé sur les tâches attribuées aux autres membres du CA lorsqu'il y a eu une répartition des tâches (art. 716a al. 2 CO) ;

Enfin, le CA dans son ensemble a un droit à ce que l'AG se prononce sur la décharge.

9.8.6. Durée et perte de la qualité d'administrateur⁵⁵⁸.

Les administrateurs occupent leur fonction pendant trois ans (art. 710 CO). Les statuts peuvent prévoir des mandats plus longs mais au maximum de six ans. Les membres du conseil d'administration peuvent être réélus (art. 710 al. 2 CO).

Les administrateurs peuvent démissionner (voir notamment art. 404 al. 1 CO par analogie avec les règles sur le mandat). En outre, l'administrateur perd sa qualité s'il n'est plus capable de discernement, si les conditions d'éligibilité prévues à l'article 707 CO ne sont plus remplies, s'il est révoqué par l'assemblée générale (art. 705 CO) et évidemment s'il décède.

Si un membre du CA perd sa qualité d'administrateur, cela doit être indiqué au RC (art. 711 CO).

Lorsqu'une SA est en phase de liquidation, le CA a moins de compétences mais reste un organe nécessaire (cf. art. 740ss CO).

9.9. L'organe de révision dans une SA (OR⁵⁵⁹).

9.9.1. Généralités.

« Les actionnaires n'ayant pas accès aux livres, ils n'ont aucun moyen de contrôler l'exactitude des comptes. L'AG, quant à elle, approuve les comptes sans pouvoir les vérifier.

⁵⁵⁷ OBERSON, Titre XIII, p. 158 et ATF 86 II 59 / JdT 1961 I 15.

⁵⁵⁸ Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 159ss.

⁵⁵⁹ Cf. MONTAVON, pp. 263ss.

Il est donc nécessaire qu'un organe soit institué pour contrôler la comptabilité »⁵⁶⁰ et il s'agit de l'OR.

Les membres de l'OR sont des réviseurs qui peuvent être des personnes physiques ou morales (art. 727d al. 1 CO) et sont élus par l'AG (art. 727 al. 1, 698 al. 2 ch. 2 et 703 CO). Il est possible de prévoir également des suppléants (art. 727 al. 1 CO). Le nom des réviseurs ou, pour les personnes morales, la raison sociale doivent figurer au RC (art. 641 ch. 10 CO).⁵⁶¹

9.9.2. Conditions d'éligibilité.

« Les réviseurs doivent avoir les qualifications nécessaires à l'accomplissement de leur tâche (art. 727a CO), ce qui implique qu'une personne non qualifiée acceptant un mandat de réviseur commet une faute, alors que le CA, pour avoir toléré un tel réviseur, est coupable de négligence. Le niveau de qualification exigé dépend de la nature, la branche d'activité et l'importance de la société révisée. Les non – professionnels ne sont théoriquement pas exclus mais, en pratique, il est difficilement concevable qu'ils soient aptes à exercer une telle tâche. (...) »⁵⁶² De plus, au moins un des réviseurs doit avoir en Suisse son domicile, son siège ou une succursale inscrite au RC (art. 727 al. 2 CO).

Dans certaines sociétés ou pour certains actes, la loi exige des réviseurs particulièrement qualifiés (art. 727b et 731a CO). Les opérations nécessitant un contrôle par une personne ayant des connaissances plus élevées qu'un réviseur ordinaire sont les suivantes :

- a) la réduction du capital-actions de la SA (art. 732 al. 2 CO). En effet, il ne faut pas que les créances viennent à ne plus être couvertes ;
- b) la répartition anticipée de l'actif d'une société liquidée (art. 745 al. 3 CO) ;
- c) l'émission d'actions et de bons de participation en cas d'augmentation conditionnelle du capital-actions (art. 653f al. 1 CO) ; et
- d) la constatation de l'extinction de droits de conversion ou d'option (art. 653i al. 1 CO).

Les réviseurs particulièrement qualifiés doivent remplir les conditions exigées par l'article 1 de l'Ordonnance sur les qualifications professionnelles des réviseurs particulièrement qualifiés⁵⁶³. Ils doivent soit être experts – comptables diplômés et avoir cinq ans d'expérience, soit être expert fiscal, contrôleur de gestion ou expert fiduciaire et avoir cinq ans d'expérience dont deux – tiers sous la direction d'un réviseur particulièrement qualifié soit encore être licencié en sciences économiques et avoir douze ans d'expérience dont huit sous la direction d'un réviseur particulièrement qualifié. Les personnes morales qui occupent la fonction de réviseur doivent obéir à une seule condition, c'est – à – dire avoir à leur service un réviseur particulièrement qualifié.

⁵⁶⁰ OBERSON, Titre XIII, p. 162.

⁵⁶¹ Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 162s.

⁵⁶² OBERSON, Titre XIII, p. 164.

⁵⁶³ RS 221.302.

Les réviseurs doivent être indépendants de la SA (art. 727c et 727d al. 3 CO). Ils doivent donc être indépendants tout d'abord du CA et, le cas échéant, d'un actionnaire ayant la majorité des voix. Ils ne doivent évidemment pas être membres du CA mais ne doivent pas non plus avoir des relations personnelles avec un ou plusieurs membres du CA ou recevoir des cadeaux de ces derniers. Ensuite, les réviseurs ne doivent pas accepter de travaux incompatibles avec leur mandat.

Exemple : un réviseur n'a pas le droit de tenir la comptabilité de la SA ou de gérer un porte – feuille pour elle.

Enfin, un actionnaire ou un créancier peut exiger une certaine indépendance aussi à l'égard des sociétés appartenant au même groupe.⁵⁶⁴

*« Si l'OR n'a pas l'interdiction absolue d'être actionnaire de la SA, cela risque toutefois de nuire à son indépendance. Les réviseurs ne peuvent en tout cas pas détenir une part importante des actions de la société révisée. »*⁵⁶⁵

9.9.3. Durée et fin de la fonction.

Les statuts fixent la durée du mandat des réviseurs mais dans une limite de trois ans. Les réviseurs peuvent être réélus une ou plusieurs fois (art. 727e al. 1 CO).

L'assemblée générale peut révoquer en tout temps les réviseurs (art. 705 et 727e al. 3 CO). De plus, si un actionnaire ou un créancier constate qu'un réviseur ne remplit plus les conditions requises (cf. *supra* 9.9.2), il peut demander sa révocation (art. 727e al. 3 CO). Enfin, un réviseur peut parfaitement démissionner (art. 727e al. 2 CO).⁵⁶⁶

9.9.4. Compétences de l'OR⁵⁶⁷.

9.9.4.1. Vérification des comptes.

Comme vu ci – dessus, l'OR a pour principale tâche de contrôler les comptes de la SA (art. 728 al. 1 CO). Il doit vérifier que les livres sont tenus conformément aux exigences légales (art. 957 CO) et que les actifs de la société sont correctement évalués⁵⁶⁸. *« Le réviseur d'une grande société ne pouvant évidemment pas tout contrôler, il doit procéder par sondages »*⁵⁶⁹. Pour ce faire, le CA doit remettre les livres ainsi que les pièces justificatives et il doit être à disposition de l'OR pour lui fournir les renseignements demandés (art. 728 al. 2 CO).

⁵⁶⁴ Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 164ss.

⁵⁶⁵ OBERSON, Titre XIII, p. 169.

⁵⁶⁶ Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 169ss.

⁵⁶⁷ Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 172ss.

⁵⁶⁸ Cf. dans le présent ouvrage, chapitre XII et pour davantage d'informations sur le droit comptable dans une SA, cf. MONTAVON, pp. 192ss.

⁵⁶⁹ OBERSON, Titre XIII, p. 173.

9.9.4.2. Les rapports.

L'OR doit rendre un rapport ordinaire à l'assemblée générale (art. 729 al. 1 CO) et un rapport explicatif au conseil d'administration.

Le rapport remis à l'AG porte sur les comptes et la répartition du bénéfice. En outre, « *il recommande l'approbation des comptes annuels avec ou sans réserves, ou leur renvoi au conseil d'administration* » (art. 729 al. 1 CO). Les réviseurs doivent en principe assister à l'AG à moins qu'une décision de l'AG y renonce (art. 729c CO). Mais l'AG ne peut approuver les comptes que sur la base d'un rapport de révision.

« *Si, au cours de sa vérification, l'organe de révision constate des violations de la loi ou des statuts, il en avertit par écrit le conseil d'administration et, dans les cas graves, également l'assemblée générale* » (art. 729b al. 1 CO).

Dans certains cas, le CA a l'obligation de convoquer l'AG. S'il ne le fait pas, l'OR doit le sommer de le faire voire, en dernier recours, agir à sa place.

Exemple : lorsque la société est surendettée au sens de l'article 725 al. 2 CO et que le CA n'avertit pas le juge de cette situation, l'OR doit agir à sa place.

En établissant ses rapports et en donnant des renseignements, l'OR a un devoir de discrétion et doit donc garder le secret des affaires de la société (art. 730 al. 1 CO). En outre, il doit rendre tous les documents qui lui ont été confiés.

9.10. Fin de la SA⁵⁷⁰.

9.10.1. Dissolution.

La loi prévoit différentes causes de dissolution de la SA. Les statuts peuvent en prévoir d'autres⁵⁷¹.

L'article 736 CO prévoit que la société est dissoute :

- « 1. *En conformité des statuts ;*
2. *Par une décision de l'assemblée générale constatée en la forme authentique ;*
3. *Par l'ouverture de la faillite ;*
4. *Par un jugement, lorsque des actionnaires représentant ensemble 10 pour cent au moins du capital – actions requièrent la dissolution pour de justes motifs. En lieu et place, le juge peut adopter une autre solution adaptée aux circonstances et acceptable pour les intéressés ;*
5. *Pour les autres motifs prévus par la loi. »*

La société existe encore après la dissolution mais a alors pour but d'accomplir toutes les étapes nécessaires à la liquidation.

⁵⁷⁰ Cf. MONTAVON, pp. 286ss.

⁵⁷¹ Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 310ss.

9.10.2. Liquidation.

Au sens de l'article 740 al. 1 CO, il revient au CA de procéder à la liquidation. Les statuts ou l'AG peuvent désigner d'autres liquidateurs.

Les liquidateurs n'ont pas besoin d'être actionnaires. En pratique, il est même recommandé de choisir des liquidateurs qui ne sont pas actionnaires afin d'assurer l'égalité de traitement précisément entre actionnaires (art. 717 al. 2 CO par analogie). Il peut s'agir d'une personne physique ou d'une personne morale mais il est essentiel que les liquidateurs aient les qualifications nécessaires. Au moins un des liquidateurs doit être domicilié en Suisse (art. 740 al. 3 CO).

Les liquidateurs doivent mettre un terme aux affaires de la société.

Exemples : ils ont notamment pour tâche de rembourser les dettes si c'est encore possible et sinon d'en informer le juge. Ils doivent aussi dresser des bilans intermédiaires si la dissolution se prolonge.

La phase de liquidation est destinée à mettre définitivement un terme aux activités et à l'existence de la société. Une fois les dettes payées, il arrive qu'il reste un actif. Il s'agit du produit de liquidation. Il est distribué aux actionnaires à moins que les statuts n'aient prévu d'autres modalités.⁵⁷²

9.11. La révision du droit de la SA.

Le droit de la SA et les normes comptables font l'objet d'une importante révision. Le nouveau droit devrait entrer en vigueur en 2008.⁵⁷³

Cette révision est destinée à adapter notre droit aux exigences économiques actuelles. « *Il s'agit, en particulier, de renforcer le gouvernement d'entreprise, de modifier les normes régissant la structure du capital, de réformer le droit comptable, enfin de moderniser les règles de l'assemblée générale.* »⁵⁷⁴

Exemple : la responsabilité du conseil d'administration sera plus clairement définie.

⁵⁷² Cf. OBERSON, Titre XIII, pp. 317ss.

⁵⁷³ Les documents relatifs à cette révision peuvent être trouvés sur le site internet de la Confédération www.ofj.admin.ch/bj/fr/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision.html.

⁵⁷⁴ Le site internet de la Confédération www.ofj.admin.ch/bj/fr/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision.html.

9.12. Vue d'ensemble.⁵⁷⁵

Raison sociale	Société Anonyme (S.A.)
Nombre d'associés	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 3 personnes physiques ou personnes morales au minimum sont nécessaires pour fonder une S.A. ▪ Par la suite, un seul actionnaire peut détenir la totalité des actions.
Personnalité juridique	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Complète, l'actif de la S.A. répondant seul des dettes sociales.
Registre du commerce (RC)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Inscription obligatoire et constitutive.
Capital social	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Minimum CHF 100'000.–, dont 20% (mais min. CHF 50'000.–) doivent être libérés à la fondation. Pas de limite supérieure.
Parts sociales	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Actions nominatives ou au porteur, avec une valeur nominale de CHF 0,01 au minimum. ▪ Peuvent être émis en outre des bons de participation et/ou des bons de jouissance.
Statuts	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Obligatoires. ▪ Doivent contenir des dispositions sur: <ul style="list-style-type: none"> - le but de la société, - sur la raison sociale, - le siège, - le montant du capital-actions et les apports effectués, - le nombre, la valeur nominale et l'espèce des actions, - le mode de convocation de l'assemblée générale (AG), - le droit de vote des actionnaires, - les organes de l'administration et de la révision, et - la forme à observer pour les publications de la société.
Fonctions de l'Assemblée Générale (AG)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ L'AG a le droit inaliénable: <ul style="list-style-type: none"> - de nommer et donner décharge aux membres du Conseil d'Administration (CA), - d'adapter et de modifier les statuts; de nommer les réviseurs, - d'approuver les comptes, - de fixer les dividendes, et - de prendre toute autre décision qui lui est réservée par la loi ou les statuts.
Décisions	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Assemblée générale: à la majorité absolue des voix attribuées aux actions représentées (sauf dispositions légales ou statutaires contraires). Voix proportionnelle à la valeur nominale des actions, mais au moins une voix par actionnaire. ▪ Actions à droit de vote privilégié: voix proportionnelle au nombre des actions détenues (une voix par action).
Gestion	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Incombe au conseil d'administration (CA), sauf délégation à un ou plusieurs membres du CA (délégués) ou à des tiers (directeurs). ▪ Le CA doit être en majorité composé de Suisses domiciliés en Suisse ou citoyens de l'Union Européenne domiciliés en Suisse. ▪ Le CA exerce la haute direction de la société, établit les instructions nécessaires à sa direction et à sa gestion, nomme et révoque les personnes chargées d'exécuter ses décisions, établit le rapport de gestion, prépare et exécute ses décisions.

⁵⁷⁵ GUIDE DU CREATEUR D'ENTREPRISE DANS LE CANTON DE GENEVE, pp. 16 – 17.

Représentation	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Chaque membre du CA, sauf limitation par les statuts ou règlements, ou délégation à un ou plusieurs membres du CA (délégués) ou des tiers (directeurs). ▪ Au moins un membre du CA doit représenter la S.A. ▪ Les modes de signature sont inscrits au RC (individuelle, collective à deux ou plusieurs, etc...). ▪ Le ou les gérant(s) domicilié(s) en Suisse doivent disposer d'un pouvoir de représentation suffisant pour engager la société. ▪ La majorité des membres du conseil d'administration doivent avoir leur domicile en Suisse et être de nationalité suisse ou ressortissants d'un Etat membre de l'Union Européenne ou de l'AELE.
Responsabilité	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Vis-à-vis des tiers: le capital social répond seul des dettes de la société et des actes illicites de ses organes. Responsabilité personnelle pour faute ou négligence des fondateurs pour informations inexactes, dans le prospectus d'émission; des membres du CA pour leur gestion et la liquidation de l'actif, et des réviseurs pour manquement à leurs devoirs. ▪ Vis-à-vis de la société: l'actionnaire lésé peut intenter une action récursoire (pour dommages et intérêts).
Droits et devoirs des associés	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Droit proportionnel au bénéfice et aux produits de liquidation. ▪ Droit de vote. ▪ Droit de contrôle de la gestion et de la révision. ▪ Droit de demander un contrôle spécial. ▪ Droit préférentiel de souscription.
Comptabilité	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Obligatoire. ▪ Doit être tenue avec le soin et détail exigé par la nature et l'étendue de l'entreprise, elle révèle la situation financière de l'entreprise, l'état des dettes et créances, et le résultat des exercices annuels.
Fiscalité (voir rubrique séparée)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Impôt fédéral sur le bénéfice net. ▪ Impôt cantonal sur le bénéfice net et capital. ▪ Taxe professionnelle communale. ▪ Impôt sur le capital dans certaines communes. Le canton et les communes peuvent octroyer d'importantes exonérations pour les nouvelles entreprises.
Dissolution	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Par statuts. ▪ Par décision de l'AG. ▪ Par ouverture de faillite. ▪ Par jugement rendu sur demande motivée à la requête d'actionnaires représentant au moins 10% du capital social.
Remarques	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Comptabilité et administration relativement lourdes.
AVS/AI/APG	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Actionnaires pas soumis. ▪ Société soumise en tant qu'employeur.

9.13. Exemple de statuts d'une SA⁵⁷⁶.

<p>STATUTS DE LA SOCIETE MODELE SA avec siège social à LAUSANNE</p>
<p>I. RAISON SOCIALE, SIEGE ET DUREE DE LA SOCIETE</p>
<p>Art. 1</p> <p>Sous la raison sociale</p> <p style="text-align: center;">MODELE SA</p> <p>est constituée, au sens du titre XXVI^{ème} du Code des obligations et des présents statuts, une société anonyme ayant son siège social à Lausanne.</p> <p>La durée de la société est indéterminée.</p>
<p>II. BUT DE LA SOCIETE</p>
<p>Art. 2</p> <p>La société a pour but xxxxxxxxx</p> <p>Elle peut créer des succursales en Suisse et à l'étranger. Elle peut acquérir et détenir des immeubles en Suisse et à l'étranger. .</p>
<p>II. CAPITAL-ACTIONS</p>
<p>Art. 3</p> <p>Le capital-actions de la société est de Fr. 100'000.- (cent mille), divisé en cent actions nominatives d'une valeur nominale de Fr. l'000.- (mille) chacune entièrement libérées.</p>
<p>Art. 4</p> <p>En lieu et place d'actions, il peut être émis des certificats nominatifs numérotés, représentant une ou plusieurs actions.</p> <p>Les actions et certificats sont signés par deux membres du Conseil d'administration ou par son membre unique.</p>
<p>Art. 5</p> <p>La société tient une liste des propriétaires d'actions nominatives, appelée registre des actions, qui mentionne le nom et le domicile des actionnaires et des usufruitiers.</p>
<p>Art. 6</p> <p>Le transfert des actions est enregistré au registre des actions et subordonné à l'approbation du conseil d'administration. L'approbation est également requise pour la constitution d'un usufruit sur lesdites actions. L'approbation et l'enregistrement peuvent être refusés en invoquant un juste motif. Sont réputés justes motifs:</p>

⁵⁷⁶ Modèle tiré de MONTAVON, pp. 296ss.

- l'exploitation directe et indirecte par l'acquéreur d'une entreprise en concurrence avec le but de la société,
- l'acquisition ou la détention d'actions au nom ou dans l'intérêt de tiers,
- le maintien de la société dans le giron familial ou de ses cadres dirigeants.

En l'absence de juste motif, le conseil d'administration peut refuser son approbation en offrant à l'aliénateur de reprendre les actions pour le compte de la société, pour le compte d'autres actionnaires ou pour celui de tiers, à leur valeur réelle au moment de la requête.

L'assemblée générale peut en tout temps par une modification des statuts décider de convertir les actions nominatives en actions au porteur ou inversement.

IV. ORGANES DE LA SOCIETE

Art. 8

Les organes de la société sont:

- A. l'Assemblée générale;
- B. le Conseil d'administration;
- C. l'Organe de révision.

A. L'ASSEMBLEE GENERALE

Art. 9

L'assemblée générale est l'organe suprême de la société. Elle se tient au siège social ou en tout autre lieu en Suisse ou à l'étranger désigné par l'organe qui convoque.

L'assemblée générale ordinaire est convoquée dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice annuel.

Les assemblées générales extraordinaires sont convoquées aussi souvent qu'il est nécessaire par une décision de l'assemblée générale, du conseil d'administration ou de l'organe de révision.

Un ou plusieurs actionnaires représentant ensemble dix pour cent au moins du capital-actions peuvent aussi requérir la convocation de l'assemblée générale. La convocation doit être requise par écrit en indiquant les objets portés à l'ordre du jour et les diverses propositions soumises aux actionnaires.

Art. 10

L'assemblée générale est convoquée par une seule notification selon la procédure prévue à l'article 29 des présents statuts relatif aux communications aux actionnaires. La notification se fait 20 jours au moins avant la date de l'assemblée générale avec les objets portés à l'ordre du jour, ainsi que les propositions du conseil d'administration. Si des actionnaires ont demandé la convocation d'une assemblée générale ou l'inscription d'un objet à l'ordre du jour, la convocation fait mention des propositions desdits actionnaires.

La convocation mentionne que le rapport de gestion et le rapport de révision sont à la disposition des actionnaires au siège de la société.

Art. 11

Les propriétaires ou les représentants de la totalité des actions peuvent, s'il n'y a pas d'opposition, tenir une assemblée générale sans observer les formes prévues pour sa convocation. Aussi longtemps que les propriétaires ou les représentants de toutes les actions sont présents, cette assemblée a le droit de délibérer et de statuer valablement sur tous les objets qui sont du ressort de l'assemblée générale.

Art. 12

L'assemblée générale a le droit intransmissible :

1. d'adopter et de modifier les statuts;
2. de nommer et de révoquer les membres du conseil d'administration et de l'organe de révision;
3. d'approuver le rapport annuel et les comptes annuels;
4. d'approuver le bilan et le compte de pertes et profits, de déterminer l'emploi du bénéfice résultant du bilan, en particulier, de fixer le dividende et la rémunération des membres du conseil d'administration;
5. de donner décharge aux membres du conseil d'administration;
6. de prendre toutes décisions sur tous autres objets qui lui sont réservés par la loi et les statuts ou qui lui sont soumis par le conseil d'administration.

Art. 13

Chaque action donne droit à une voix.

Art. 14

Chaque actionnaire peut se faire représenter à l'assemblée générale par un autre actionnaire ou par un tiers. Le représentant doit se justifier par une procuration.

Art. 15

L'assemblée générale est présidée par le président du conseil d'administration ou, à son défaut, par le vice-président, ou encore à défaut par un autre administrateur désigné par l'assemblée. S'il n'y a aucun administrateur présent, l'assemblée désigne un président du jour. Le président de l'assemblée générale désigne le secrétaire et un ou plusieurs scrutateurs qui ne doivent pas nécessairement être actionnaires.

Art. 16

L'assemblée générale prend ses décisions et procède aux élections à la majorité absolue des voix attribuées aux actions représentées sous réserve de l'art. 704 CO. En cas d'élection, si celle-ci n'aboutit pas au premier tour de scrutin, un second tour de scrutin a lieu lors duquel la majorité relative décide.

Chaque actionnaire peut demander que la nomination des membres du conseil d'administration ait lieu au vote secret. Sauf décision contraire de l'assemblée, les autres nominations et votations n'ont pas lieu au scrutin secret.

Art. 17

L'assemblée générale peut, en complément aux cas énoncés à l'art. 704 al. 1 CO, moyennant une décision recueillant au moins les deux tiers des voix attribuées aux actions représentées et la majorité absolue des valeurs nominales de actions représentées décider de:

- faciliter ou supprimer la restriction de la transmissibilité des actions nominatives,
- convertir des actions nominatives en actions au porteur,
- dissoudre la société avec liquidation.

B. LE CONSEIL D'ADMINISTRATION

Art. 18

La société est administrée par un conseil d'administration composé d'un ou plusieurs membres, qui sont nommés par l'assemblée générale pour une année et sont rééligibles. Le premier mandat s'étend jusqu'à la prochaine assemblée générale ordinaire.

En cas d'élections en cours d'exercice annuel, les nouveaux membres terminent la durée de fonction de leurs prédécesseurs.

Art. 19

En cas de pluralité de membres, le conseil d'administration désigne un président et un secrétaire, celui-ci ne fait pas nécessairement partie du conseil d'administration.

Art. 20

Le conseil d'administration se réunit aussi souvent que les affaires de la société l'exigent. Il est convoqué par son président ou son vice-président. Chaque membre du conseil d'administration peut exiger du président, en indiquant les motifs, la convocation immédiate du conseil d'administration à une séance. Il est tenu un procès-verbal des délibérations et décisions, signé par le président et le secrétaire.

Art. 21

Le conseil d'administration prend ses décisions à la majorité des voix émises. En cas d'égalité des voix, celle du président est prépondérante.

Les décisions du conseil d'administration peuvent également être prises en la forme d'une approbation donnée par écrit à une proposition, à moins que la discussion ne soit requise par l'un des membres. Les décisions doivent être inscrites dans un procès-verbal.

Art. 22

Le conseil d'administration a les pouvoirs les plus étendus pour la gestion de la société. Le conseil d'administration a les attributions intransmissibles et inaliénables suivantes:

1. Exercer la haute direction de la société et établir les instructions nécessaires;
2. Fixer l'organisation;
3. Fixer les principes de la comptabilité et du contrôle financier ainsi que le plan financier pour autant que celui-ci soit nécessaire à la gestion de la société;
4. Nommer et révoquer les personnes chargées de la gestion et de la représentation;
5. Exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données;
6. Etablir les rapports de gestion, préparer l'assemblée générale et exécuter ses décisions;
7. Informer le juge en cas de surendettement;
8. Prendre les décisions concernant l'appel ultérieur d'apports relatifs à des actions non intégralement libérées;
9. Prendre les décisions relatives à la constatation d'augmentation du capital et aux modifications des statuts qui en résultent;
10. Examiner les conditions professionnelles des réviseurs particulièrement qualifiés pour les cas dans lesquels la loi prévoit l'engagement de tels réviseurs.

Le conseil d'administration peut répartir entre ses membres, pris individuellement ou groupés en comités, la charge de préparer et d'exécuter ses décisions ou de surveiller certaines affaires.

Art. 23

Le conseil d'administration peut confier tout ou partie de la gestion de la société à un ou plusieurs de ses membres ou à des tiers conformément au règlement d'organisation. Ce règlement fixe les modalités de la gestion, détermine les postes nécessaires, en définit les attributions et règle en particulier l'obligation de faire rapport.

Art. 24

Le conseil d'administration désigne les personnes autorisées à signer pour la société et décide du mode de signature.

C. L'ORGANE DE REVISION

Art. 25

L'assemblée générale désigne un ou plusieurs réviseurs, nommés pour la durée d'un an. Les fonctions peuvent être exercées par une société fiduciaire ou un syndicat de révision. L'exercice du mandat se fait en conformité des articles 728 à 730 du Code des obligations.

Le ou les réviseurs sont rééligibles.

**V. COMPTES ANNUELS, EMPLOI DU BENEFICE RESULTANT
DU BILAN**

Art. 26

Il est dressé chaque année un bilan avec annexe et un compte de profits et pertes de la société, arrêtés à la date du 31 décembre de chaque année et pour la première fois au 31 déc. 2004.

Les comptes annuels, le calcul et l'emploi du bénéfice résultant du bilan sont dressés conformément à la loi et aux principes régissant l'établissement régulier des comptes.

L'assemblée générale peut décider en tout temps la constitution de réserves qui ne sont pas prévues par la loi et peut régler leur emploi.

VI. DISSOLUTION ET LIQUIDATION

Art. 28

L'assemblée générale peut décider la dissolution de la société en tout temps. La dissolution et la liquidation se font en conformité avec les dispositions du Code des obligations. Les liquidateurs sont élus par l'assemblée générale, les membres du conseil d'administration sont éligibles.

VII. PUBLICATIONS

Art. 29

Les communications de la société se font par publication dans la Feuille officielle suisse du commerce. Le conseil d'administration peut désigner d'autres organes de publication.

Les communications de la société aux actionnaires se font valablement par lettre recommandée, à l'adresse de chacun des actionnaires figurant sur le registre des actions.

Statuts adoptés à Lausanne le

9.14. La société holding (pro memoria ; Holdinggesellschaft)

Une société holding est « une société dont le but consiste principalement en la détention et en la gestion de parts dans d'autres sociétés ». ⁵⁷⁷ Les sociétés holdings prennent très souvent la forme d'une SA.

⁵⁷⁷ RUEDIN, n°2224.

Il existe deux grandes catégories de sociétés holding, à savoir :

- a) la société holding de contrôle, qui exerce effectivement la direction unique. Il s'agit d'une véritable société mère ; et
- b) la société holding de placement, une société purement financière.⁵⁷⁸

9.15. La société en commandite par actions (*pro memoria* ; SCA ; *die Kommanditaktiengesellschaft* ; art. 764ss CO).

Il y a seulement une dizaine de sociétés en commandite par actions en Suisse, c'est pourquoi nous avons choisi de ne pas l'étudier en détails. Par conséquent, nous la mentionnons pour mémoire.

9.16. La société à responsabilité limitée (SARL ; *die Gesellschaft mit beschränkter Haftung* ; art. 772ss CO).

9.16.1. Révision du droit de la SARL.

Les articles 772ss régissant la SARL sont en cours de modification. La procédure de révision a débuté au milieu des années 90 avec la rédaction d'un avant-projet par les Professeurs BÖCKLI, FORSTMOSER et RAPP. Après de nombreuses étapes, le Parlement a adopté le nouveau droit de la SARL (16.12.05) ainsi que les modifications apportées aux autres chapitres consacrés aux sociétés commerciales. Le nouveau droit devrait entrer en vigueur en 2007.

La révision a pour but de « *donner à la SARL les attributs d'une véritable société de capitaux à caractère personnel. (...). La réforme doit contribuer à améliorer les conditions – cadres de l'économie* »⁵⁷⁹.

9.16.2. Vue d'ensemble⁵⁸⁰.

⁵⁷⁸ Cf. RUEDIN, n°2225-2227.

⁵⁷⁹ Cf. le site internet de la Confédération suisse : www.ofj.admin.ch/bj/fr/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/gmbh.html.

⁵⁸⁰ GUIDE DU CREATEUR D'ENTREPRISE DANS LE CANTON DE GENEVE, pp. 14 – 15.

Raison sociale	Société à Responsabilité Limitée (S.à.r.l.)
Nombre d'associés	<ul style="list-style-type: none"> - Au minimum 2 personnes ou sociétés commerciales, suisses ou étrangères.
Personnalité juridique	<ul style="list-style-type: none"> - Complète.
Registre du commerce(RC)	<ul style="list-style-type: none"> - Inscription obligatoire et constitutive. - Demande signée par tous les gérants. - Expédition certifiée conforme des statuts et de l'acte constitutif. (Avec preuve de la souscription et de la libération minimale des parts.)
Capital social	<ul style="list-style-type: none"> - Entre CHF 20'000.– et CHF 2'000'000.– . - Peut être versé en espèces ou en nature.
Parts sociales	<ul style="list-style-type: none"> - CHF 1'000.– au moins, ou multiples de CHF 1'000.– ; pas plus d'une part par associé ; libération à la fondation: 50% au minimum. (Voir remarques page 15)
Statuts	<ul style="list-style-type: none"> - Obligatoires. Ils doivent renfermer des dispositions sur: <ul style="list-style-type: none"> - la raison sociale, - le siège, - le but social, - le montant du capital social et des parts sociales, et - la forme pour les publications.
Fonctions de l'Assemblée des Associés	<ul style="list-style-type: none"> - L'assemblée des associés est le pouvoir suprême de la société. - Parmi ses droits inaliénables: <ul style="list-style-type: none"> - le droit d'adopter et de modifier les statuts, - le droit de désigner et de révoquer les gérants, - le droit d'approuver les comptes de profits et pertes, et d'affecter les bénéfices.
Décisions	<ul style="list-style-type: none"> - A la majorité absolue des voix émises. - Une voix par montant de CHF 1'000.–, sauf disposition statutaire contraire.
Gestion et représentation	<ul style="list-style-type: none"> - Tous les associés collectivement, ou attribution, par les statuts ou décision, des pouvoirs de gestion et représentation à: <ul style="list-style-type: none"> - un ou plusieurs associés, ou - à des tiers. - L'un au moins des gérants doit être domicilié en Suisse. - Le ou les gérant(s) domicilié(s) en Suisse doivent disposer d'un pouvoir de représentation suffisant pour engager la société.
Responsabilité	<ul style="list-style-type: none"> - La responsabilité des fondateurs, gérants, contrôleurs et liquidateurs est soumise par analogie aux règles prescrites pour la société anonyme. - Vis-à-vis des tiers: les associés sont solidairement responsables pour les dettes sociales à concurrence du montant du capital social qui n'aurait pas encore été versé. - Entre associés: responsabilité proportionnelle au montant des parts sociales détenues par chaque associé.
Droits et devoirs des associés	<ul style="list-style-type: none"> - Vote: une voix par tranche de CHF 1'000.–. - Droit de contrôle. - Droit au bénéfice, proportionnel au montant des parts. - Le droit de sortie à des conditions prédéterminées peut être prévu dans les statuts.
Comptabilité	<ul style="list-style-type: none"> - Obligatoire. Doit être tenue avec le soin et le détail exigés par la nature et l'étendue de l'entreprise. Elle présente la situation financière de l'entreprise, l'état des dettes et créances, et le résultat des exercices annuels.

Fiscalité (voir rubrique séparée)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Impôt fédéral sur le bénéfice net. ▪ Impôt cantonal sur le bénéfice net et capital. ▪ Taxe professionnelle communale et impôt sur le capital.
Dissolution	<ul style="list-style-type: none"> ▪ En conformité avec les statuts, par décision des trois quarts des associés et du capital, par faillite, ou pour d'autres motifs prévus par la loi. (Art. 820 CO).
Remarques	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Administration sensiblement allégée par rapport à la S.A. Les parts sociales peuvent être difficiles à négocier, dans la mesure où leur transfert ne peut avoir lieu qu'avec le consentement des ¾ des associés et lorsque ceux-ci représentent en même temps les ¾ au moins du capital social. (Art. 791 CO). ▪ Par ailleurs, la loi ne garantit pas aux associés – hors juste motif – le droit de sortir librement de la société, mais les statuts peuvent leur conférer ce droit et en subordonner l'exercice à des conditions déterminées. (Art. 822 CO).
AVS/AI/APG	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Associés pas soumis, sauf s'ils sont également employés de la S.à.r.l. (assujettis en cette qualité seulement). Assujettissement de la société comme employeur.

9.16.3. Exemple de statuts de SARL⁵⁸¹.

<p>STATUTS</p> <p>MODELE S. A R. L.</p>
<p>I. RAISON SOCIALE, SIEGE ET DUREE DE LA SOCIETE</p>
<p>Art. 1</p> <p>Sous la raison sociale</p> <p style="text-align: center;">MODELE S.A.R.L.</p> <p>il est constitué par les propriétaires des parts sociales une société à responsabilité limitée conformément aux présents statuts et au XXVIIIème titre du Code des Obligations, dont le siège social est à xxxxxx.</p> <p>La durée de la société est indéterminée.</p>
<p>II. BUT DE LA SOCIETE</p>
<p>Art. 2</p> <p>Le but de la société est xxxxxx</p> <p>Elle peut créer des succursales en Suisse et à l'étranger. Elle peut acquérir et détenir des immeubles en Suisse et à l'étranger.</p>
<p>III. CAPITAL SOCIAL ET PARTS SOCIALES</p>
<p>Art. 3</p> <p>Le capital social est de frs. 20'000.- (vingt mille). Il est divisé en deux parts sociales, à savoir:</p> <p style="margin-left: 40px;">a) une part sociale de frs. 10'000.- (dix mille) entièrement libérée,</p> <p style="margin-left: 40px;">b) une part sociale de frs. 10'000.- (dix mille) entièrement libérée.</p>

⁵⁸¹ Modèle tiré de MONTAVON, pp. 364ss.

Art. 4

L'article 3 ne peut être modifié qu'avec le consentement de tous les associés.

Art. 5

Toutes les parts sociales sont consignées en un registre. Celui-ci mentionne les noms des associés, la valeur des apports, les prestations de chaque associé, ainsi que les transferts de parts sociales et les modifications qui en découlent.

Art. 6

La cession ou la mise en gage d'une part sociale n'ont d'effets à l'égard de la société que si ces actes de disposition ont été notifiés à cette dernière et inscrits au registre des parts sociales. L'inscription est subordonnée au consentement de tous les associés. La cession d'une part sociale n'est valable que si elle est constatée par acte authentique, les coassociés ont un droit de préemption proportionnel à leur part.

Les associés peuvent sortir de la société moyennant un préavis de six mois. Leur part sociale est reprise par les autres associés à valeur réelle proportionnellement à leur part au moment de la sortie, sauf autre modalité convenue.

IV. ORGANISATION DE LA SOCIETE

Art. 7

Les organes de la société sont :

- A. l'assemblée des associés
- B. les gérants.

A. L'ASSEMBLEE DES ASSOCIES

Art. 8

L'assemblée des associés est le pouvoir suprême de la société. Elle est convoquée par les gérants dans les cas réglés par la loi, ceci aussi souvent que l'intérêt de la société l'exige. L'assemblée des associés se réunit au siège social ou en un autre endroit en Suisse ou à l'étranger, indiqué par les gérants. L'assemblée des associés nomme un président.

L'assemblée ordinaire des associés est convoquée annuellement dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice social.

Art. 9

La convocation de l'assemblée des associés a lieu par lettre recommandée, avec indication de l'ordre du jour au moins 14 jours avant la date de la réunion. En cas d'urgence, l'assemblée peut être convoquée par téléphone ou par télégramme au moins 5 jours avant la date de la réunion. Aucune décision ne peut être prise sur des objets qui ne sont pas prévus à l'ordre du jour.

Art. 10

Tous les associés peuvent, s'il n'y a pas d'opposition, tenir une assemblée des associés sans observation des formes prévues pour sa convocation. Pour autant que tous les associés soient présents, cette assemblée a le droit de délibérer et de statuer valablement sur les objets qui sont du ressort de l'assemblée des associés.

Art. 11

Les gérants peuvent aussi faire prendre des décisions par correspondance sur tous les objets qui sont du ressort de l'assemblée des associés, à condition que ces décisions ne nécessitent pas un acte authentique.

Lorsque les gérants décident de faire prendre des décisions par correspondance, ils sont tenus de communiquer à tous les associés par lettre recommandée l'objet des délibérations. Les associés font part de leur décision par écrit dans un délai fixé par les gérants d'au moins de 15 jours, à partir de la date du timbre postal de l'envoi de l'objet de la consultation. Il n'est pas tenu compte des réponses qui arrivent après ce délai.

Les gérants doivent informer les associés du résultat des délibérations.

Une décision unanime par écrit est aussi valable si les prescriptions de forme ne sont pas observées.

Art. 12

Un associé peut se faire représenter à l'assemblée des associés par un autre associé ou par un tiers muni d'une procuration écrite.

Art. 13

Un procès-verbal signé par le président et le secrétaire enregistre les décisions, les nominations de l'assemblée des associés et les déclarations faites par les associés.

Art. 14

Sauf dispositions contraires de la loi ou des statuts, les décisions sont prises à la majorité absolue des voix émises.

Lorsque la votation a lieu par correspondance, la majorité se calcule sur l'ensemble des voix appartenant aux associés.

Art. 15

Les associés exercent leur droit de vote proportionnellement à la valeur de leurs parts, chaque montant de frs 1'000.-- donnant droit à une voix. Un associé ne peut pas prendre part au vote relatif à sa propre décharge quant à la gestion de la société.

Art. 16

Chaque associé peut demander que les nominations et les décisions aient lieu au vote secret. Dans la règle les nominations et votations n'ont pas lieu au scrutin secret.

Art. 17

1. L'assemblée des associés a le droit inaliénable :
2. d'adopter et de modifier les statuts;
3. de désigner des gérants et de les révoquer;
4. d'approuver le compte de profits et pertes, ainsi que le bilan et de déterminer l'emploi du bénéfice net;
5. de donner décharge aux gérants;
6. de diviser des parts sociales;
7. de prendre toutes décisions sur tous les autres objets qui lui sont réservés par la loi et les statuts ou qui lui sont soumis par les gérants.

B. LES GERANTS

Art. 18

La gestion et la représentation de la société sont attribuées à un ou plusieurs gérants. Ces fonctions peuvent être assumées par des associés et par des tiers. Les gérants sont nommés par l'assemblée des associés pour une durée indéterminée. Au moins l'un des gérants doit avoir son domicile en Suisse.

Les gérants représentent la société envers les tiers et procèdent à la gestion courante de la société. Ils ont le droit de faire au nom de la société tous les actes que peut impliquer le but social, à l'exception des actes qui sont de la compétence d'un autre organe de la société.

S'il y a plusieurs gérants, la société est représentée collectivement par deux gérants ou par un gérant et un fondé de procuration. L'assemblée des associés peut accorder aux gérants le droit de représenter la société individuellement.

Les associés peuvent réglementer les compétences des gérants et notamment statuer que certaines affaires ne peuvent être gérées qu'avec leur consentement. Cas échéant les associés édictent à cet effet un règlement d'organisation.

V. COMPTES ANNUELS ET EMPLOI DU BENEFICE

Art. 19

Les livres et les comptes annuels sont arrêtés au 31 décembre de chaque année, la première fois au 31 décembre 2004. Les dispositions légales, ainsi que les usages commerciaux font règle pour l'établissement des comptes annuels, du calcul et de l'emploi du bénéfice net. Les livres et les dossiers de la société sont tenus à la disposition des associés au siège de la société.

Art. 20

Le profit net, après déduction des frais, des taxes, des intérêts, des pertes et des amortissements nécessaires est à la disposition de l'assemblée des associés conformément aux dispositions du Code des Obligations.

VI. DISSOLUTION ET LIQUIDATION

Art. 21

La dissolution de la société peut être décidée en tout temps par l'assemblée des associés. La dissolution et la liquidation s'opèrent conformément aux dispositions du Code des Obligations. Les gérants fonctionnent en qualité de liquidateurs, si l'assemblée des associés ne nomme pas d'autres personnes à cet effet.

Art. 22

Les associés ont droit à la fortune de la société, après déduction des dettes, et cela proportionnellement à ce qu'ils ont versé sur leur part.

VII. PUBLICATIONS

Art. 23

Les communications de la société se font par publication dans la Feuille officielle suisse du commerce. Les communications de la société aux associés se font par lettre recommandée aux associés inscrits au registre des parts sociales.

Statuts adoptés le

X. LA COOPERATIVE (COOP.; DIE GENOSSENSCHAFT ; ART. 828SS CO)

10.1. Généralités.

10.1.1. Définition de la Coop.

La Coop. est définie à l'article 828 al. 1 CO comme une société « *que forment des personnes ou sociétés commerciales d'un nombre variable, organisées corporativement, et qui poursuit principalement le but de favoriser ou de garantir, par une action commune, des intérêts économiques déterminés de ses membres* ».

Exemples : une Coop. d'habitation peut mettre à la disposition de chacun de ses associés un appartement à prix avantageux.⁵⁸² Les Coop. sont surtout présentes dans les secteurs de l'agriculture, de la distribution, de l'habitation, des assurances et des banques.⁵⁸³

« *Suivant le domaine d'activité propre à chaque société coopérative, celle – ci peut être soumise à une législation spéciale. C'est notamment le cas des coopératives bancaires (p. ex. les banques Raffeisen) et des coopératives d'assurances concessionnaires soumises à des lois spéciales de surveillance (p. ex. les caisses maladies au sens de la LaMal). Par ailleurs, selon l'art. 829 CO, les communautés de droit public poursuivant un but coopératif sont régies par le droit public de la Confédération.* »⁵⁸⁴

Dans une Coop., « *l'élément personnel l'emporte sur l'élément capitaliste : la coopérative ne cherche pas à rassembler des capitaux mais à mettre en commun des forces pour favoriser les intérêts économiques des ses membres* »⁵⁸⁵.

La Coop. a des organes, à savoir une assemblée générale, une administration et un organe de contrôle. Son organisation est extrêmement souple puisque le nombre d'associés (art. 839 al. 1 CO) et le capital social, par ailleurs facultatif, sont variables⁵⁸⁶.

10.1.2. Eléments essentiels.

10.1.2.1. Le sociétariat.

La Coop., à sa constitution, doit être composée de sept membres au minimum (art. 831 al. 1 CO). Si au cours de l'existence de la société les associés viennent à être moins que sept, il est fait procéder à la dissolution. Toutefois, la dissolution peut être évitée dans la mesure où la situation est rétablie dans un délai convenable (art. 831 al. 2 CO).

Les membres d'une Coop. peuvent être aussi bien des personnes physiques que des personnes morales. Les SNC, les SC, les communautés de propriétaires par étage peuvent aussi être

⁵⁸² Cf. RUEDIN, p. 116 n°634.

⁵⁸³ Cf. OBERSON, Titre XV, p. 34.

⁵⁸⁴ MONTAVON, p. 446.

⁵⁸⁵ OBERSON, Titre XV, p. 37 et dans le présent ouvrage, annexe 7.

⁵⁸⁶ Cf. MONTAVON, p. 445.

membres d'une coopératives alors même qu'elles n'ont pas la pleine et entière personnalité juridique.⁵⁸⁷

Les Coop. obéissent au principe de la « porte ouverte ». En effet, un associé peut sortir en tout temps d'un Coop. et un tiers peut y entrer également en tout temps (art. 839 al. 1 et 842 al. 1 CO)⁵⁸⁸. Les statuts peuvent prévoir des conditions à l'entrée d'un nouvel associé mais elles ne doivent pas « rendre l'entrée onéreuse à l'excès » (art. 839 al. 2 CO). C'est en principe l'administration qui se prononce sur l'entrée d'un nouveau membre. Cependant, les statuts peuvent prévoir d'autres modalités.⁵⁸⁹

Le fait de signer les statuts lors de l'assemblée constitutive confère la qualité d'associé (art. 834 al. 4 CO). Il est également possible de se porter candidat (art. 840 CO). En outre, « certains événements peuvent entraîner l'acquisition automatique du sociétariat (...) en outre, l'obligation d'accueillir de nouveaux membres est prévue par certaines lois. »⁵⁹⁰

Exemples : l'article 850 al. 1 CO prévoit que « ¹ la qualité d'associé peut être liée par les statuts à la propriété ou à l'exploitation d'un immeuble ». Par exemple, dans une coopérative d'habitation, les statuts peuvent prévoir que les propriétaires des immeubles concernés ont la qualité d'associé.

Nous avons vu que certaines lois prévoient l'obligation d'accueillir de nouveaux membres. C'est le cas de la LaMal qui prévoit à son article 4 al. 2 que « les assureurs doivent, dans les limites de leur rayon d'activité territorial, accepter toute personne tenue de s'assurer ».⁵⁹¹

La perte de la qualité d'associé est régie principalement par les articles 842ss CO. Un associé perd sa qualité d'associé :

- lorsqu'il démissionne (art. 842ss CO) ;
- lorsqu'il est exclu soit pour de justes motifs soit pour des motifs statutaires. Il revient à l'assemblée générale de se prononcer sur l'exclusion. Elle l'accepte si la majorité absolue des voix représentées est atteinte (art. 846 CO);
- lorsqu'il perd la fonction ou l'emploi dont la qualité d'associé dépend (art. 848 CO) ;
- lorsque le contrat dont le sociétariat dépend prend fin (art. 848 CO) ; et
- lorsqu'il est déchu au sens de l'article 867 al. 2 à 4 CO. Un associé est déchu lorsqu'il n'exécute pas ses obligations patrimoniales alors qu'il a été sommé à deux reprises par lettre recommandée de le faire et qu'il a été menacé de perdre sa qualité d'associé.⁵⁹²

Un membre de la Coop. peut tout simplement perdre sa qualité d'associé mais il est aussi possible que cette qualité soit transférée à une personne tierce. L'article 849 al. 1 précise néanmoins que « la cession des parts sociales et, lorsque la qualité d'associé ou la part sociale est constatée par un titre, le transfert de ce titre ne suffisent pas à conférer à l'acquéreur la qualité d'associé. Celle-ci ne lui est attribuée que par une décision conforme à la loi ou aux statuts ».

⁵⁸⁷ Cf. MONTAVON, p. 452 et dans le présent ouvrage, chapitre VIII.

⁵⁸⁸ Cf. OBERSON, Titre XV, p. 37.

⁵⁸⁹ Sur l'acquisition, la perte et le transfert de la qualité d'associé, cf. MONTAVON, pp. 463ss et OBERSON, Titre XV, pp. 45ss.

⁵⁹⁰ OBERSON, Titre XV, p. 37.

⁵⁹¹ Cf. OBERSON, Titre XV, p. 37.

⁵⁹² Cf. MONTAVON, pp. 464ss et OBERSON, Titre XV, pp. 47ss.

L'article 850 CO prévoit un cas particulier de transfert de la qualité d'associé (cf. *supra*). En effet, les statuts peuvent prévoir que la qualité d'associé est liée à la propriété ou à l'exploitation d'un immeuble (art. 850 al. 1 CO). Dès l'instant où l'immeuble est aliéné ou l'exploitation reprise, l'ancien propriétaire ou exploitant perd sa qualité d'associé au profit de l'acquéreur respectivement du reprenant (art. 850 al. 2 CO).⁵⁹³

10.1.2.2. Les apports.

Il peut y avoir des apports dans une Coop. mais ils ne sont pas imposés par la loi comme c'est le cas pour les autres sociétés étudiées. Il peut notamment y avoir des apports en espèce, en nature et en reprise de biens d'associés ou de tiers. Les biens en nature et les biens repris doivent représenter « *des valeurs permettant d'atteindre de manière directe ou indirecte le but statutaire* »⁵⁹⁴.

Remarque : en pratique, les apports sont des espèces à hauteur de quelques milliers de francs permettant juste à la Coop. de financer son administration.

Les fondateurs doivent remettre les statuts au registre du commerce lorsqu'ils font une demande d'inscription. S'il y a eu une reprise de biens, ils doivent aussi remettre un rapport à ce sujet au RC (art. 833 ch. 2, 834 al. 2 et 835 al. 4 CO).⁵⁹⁵

10.1.2.3. Le but.

Le but doit être inscrit dans les statuts (art. 832 ch. 2 CO). Le but poursuivi par une Coop. doit être un « *but d'entraide économique* »⁵⁹⁶. Il s'agit de favoriser ou de garantir les intérêts économiques des membres de la Coop. (art. 828 al. 1 CO). La Coop. n'exerce pas nécessairement une activité économique pour atteindre son but. Elle peut entretenir des relations d'affaires avec des tiers mais cela doit rester exceptionnel.

Exemple : une coopérative peut offrir à ses membres des biens et des services à prix coopératif ou leur octroyer des ristournes.

Une Coop. peut également poursuivre un but idéal ou d'utilité publique. Néanmoins, l'article 828 CO doit toujours être respecté.

Exemple : une coopérative peut exploiter un centre sportif sur le principe de la couverture des coûts et sans réaliser des actions communes en faveur des associés. Les biens en nature peuvent être des immeubles. Ces derniers peuvent être également repris auprès d'associés ou de tiers.

Il est possible de changer le but au cours de l'existence de la coopérative mais il faut alors procéder à une modification des statuts et à une inscription dans le RC. Toute modification

⁵⁹³ Cf. MONTAVON, pp. 467s et OBERSON, Titre XV, p. 50.

⁵⁹⁴ MONTAVON, p. 454.

⁵⁹⁵ S'agissant des apports, cf. MONTAVON, pp. 452 – 455.

⁵⁹⁶ MONTAVON, p. 446.

statutaire nécessite une décision prise à une majorité des deux tiers des voix émises (art. 888 al. 2 CO). Les statuts peuvent prévoir une majorité plus contraignante.⁵⁹⁷

10.1.2.4. La raison sociale (*die Firma*).

La raison sociale est le nom donné à la coopérative. Il doit être inscrit au RC (art. 836 al. 2 et 944ss CO). La raison sociale de la Coop. peut être formée librement du moment que les règles générales sur la formation des raisons de commerce sont respectées (art. 950 al. 1 CO). Il est possible de faire figurer des noms de personnes dans la raison sociale mais la désignation de société coopérative doit alors être ajoutée (art. 950 al. 2 1^{ère} phrase CO). Il n'est pas obligatoire de faire figurer des noms de personnes. Une Coop. peut parfaitement avoir un nom de fantaisie.⁵⁹⁸

10.1.2.5. Le siège.

Le siège d'une Coop. doit figurer dans les statuts et être inscrit au RC (art. 832 ch. 1 CO). Elle ne peut pas avoir plusieurs sièges.⁵⁹⁹

10.1.2.6. Les statuts.

Les statuts constituent une sorte de loi interne de la Coop. Ils doivent impérativement indiquer la raison sociale, le siège, le but de la société, les prestations en argent ou en autres biens dont pourraient être tenus les sociétaires ainsi que la nature et la valeur de ces prestations, les organes chargés de l'administration et du contrôle ainsi que le mode de représentation de la société et enfin la forme à observer pour les publications de la société (art. 832 CO). L'article 833 indique quant à lui quelles sont les clauses qui ne doivent pas obligatoirement être prévues mais qui, si les associés souhaitent les faire figurer, doivent nécessairement apparaître dans les statuts.⁶⁰⁰

La modification des statuts revient à l'assemblée générale (art. 879 al. 2 ch. 1 CO). La nouvelle version des statuts doit être acceptée par deux tiers des voix émises.

La Coop. peut également édicter des règlements. « *Il s'agit en général de règlements précisant les statuts, soit les modalités de la réalisation des activités coopératives, la détermination des prix des prestations octroyées aux coopérateurs et aux tiers, les modalités éventuelles de redistribution des bénéfices de l'entreprise. Il s'agit également des règlements d'administration et d'organisation de la direction tels que les connaît le droit de la SA.* »⁶⁰¹

⁵⁹⁷ S'agissant du but poursuivi par une coopérative et des exemples de but cf. MONTAVON, pp. 446 – 447 et OBERSON, Titre XV, pp. 37 et 38.

⁵⁹⁸ Cf. MONTAVON, pp. 447 – 448.

⁵⁹⁹ Cf. MONTAVON, p. 448.

⁶⁰⁰ Cf. MONTAVON, pp. 448 – 450 et OBERSON, Titre XV, pp. 41s.

⁶⁰¹ MONTAVON, pp. 449 – 450.

10.1.2.7. Le capital et les parts sociales.

Le capital est beaucoup moins important dans une Coop. que dans une SA. En effet, la coopérative est une société essentiellement fondée sur la personnalité de ses membres⁶⁰².

Une Coop. peut avoir un capital social mais n'y est pas contrainte. La décision de constituer un capital social doit être prise à une majorité qualifiée de deux tiers des voix émises et les clauses y relatives doivent figurer dans les statuts (art. 833 ch. 1 et 888 al. 2 CO).⁶⁰³

Le capital social ne peut être déterminé à l'avance car il peut varier au cours de l'existence de la Coop. (cf. *supra*). Par conséquent, les statuts et le RC n'indiquent pas le montant du capital social. Il semblerait néanmoins que la pratique admette la mention d'un capital social minimum.

En outre, dans certaines situations justifiées objectivement, le montant du capital social (de même que le nombre des associés) est déterminé à l'avance.

Exemple : les Coop. immobilières « dont le nombre des parts sociales est objectivement déterminé par le nombre des unités d'habitation ou commerciales louées aux associés » peuvent avoir un capital social* déterminé à l'avance.⁶⁰⁴

Le capital est divisé en parts sociales qui représentent ainsi des fractions du capital social. « Les parts sociales peuvent être transmissibles mais ce transfert ne confère pas à l'acquéreur la qualité d'associé ; pour cela, il faut une décision conforme à la loi et aux statuts (art. 849 al. 1 CO) »⁶⁰⁵, (exceptions : art. 847 al. 2 ; 849 al. 3 et 850 al. 2 CO).

Chaque associés doit détenir au moins une part sociale (art. 853 al. 1 CO). Leur valeur nominale figure dans les statuts. Les parts sociales confèrent aux associés des droits patrimoniaux au moment de la liquidation de la société et parfois d'autres droits patrimoniaux prévus par les statuts. Cependant, elles ne sont pas de véritables placements financiers puisque les associés sortants n'ont aucun droit sur la fortune sociale et ne reçoivent pas de dividende à moins que le statuts aient prévu le contraire (art. 865 al. 1 et art. 859 al. 1 CO ; attention aux limites fixées par l'art. 859 al. 3 CO). S'agissant des droits sociaux, les membres de la Coop. n'ont qu'une seule voix à l'assemblée générale (art. 885 CO et cf. *infra* 10.4.3.1.).⁶⁰⁶

Le capital social peut être créé au cours de l'existence de la Coop. Sa création entre dans la compétence de l'assemblée générale. Les statuts doivent être modifiés à cet effet et le RC doit être informé de la création d'un capital social (art. 833 ch. 1 CO).

Le capital social varie souvent au cours de l'existence de la Coop. dans la mesure où les associés peuvent sortir librement de la société ou en être exclus et où la Coop. peut accueillir de nouveaux membres à tout moment. A chaque entrée ou sortie, le capital fluctue.

⁶⁰² Cf. dans le présent ouvrage, chapitre VII.

⁶⁰³ Cf. OBERSON, Titre XV, p. 38.

⁶⁰⁴ MONTAVON, p. 450.

⁶⁰⁵ OBERSON, Titre XV, p. 39.

⁶⁰⁶ S'agissant du capital social, cf. MONTAVON, pp. 450 – 451 et pp. 458ss ainsi que OBERSON, Titre XV, p. 39.

Les articles 828ss CO ne règlent pas spécifiquement les questions relatives à l'augmentation, la réduction et la suppression du capital. L'assemblée générale est compétente pour augmenter le capital. Les statuts ne sont pas modifiés si « *des parts sociales de même valeur nominale que les parts existantes sont émises. (...) Si l'augmentation de capital s'effectue par l'augmentation de la valeur nominale des parts, une modification des statuts (...) est nécessaire (...)* »⁶⁰⁷.

L'article 874 al. 2 CO renvoie aux dispositions de la SA pour la réduction et la suppression du capital (art. 732 à 735 CO)⁶⁰⁸. La décision revient dans tous les cas à l'AG. La réduction de capital consiste soit en la réduction du nombre de parts sociales (il doit en rester au moins une par associé) soit en la diminution de la valeur nominale de ces parts. Dans la seconde hypothèse et en cas de suppression du capital social, les statuts doivent être modifiés.

10.2. Constitution et personnalité juridique de la Coop.

Toute coopérative doit être inscrite au RC du lieu où elle a son siège pour exister et ainsi avoir la personnalité juridique au sens des articles 53 et 54 CC (art. 835 et 838 al. 1 CO)⁶⁰⁹. Tant que la Coop. n'est pas inscrite, elle n'est qu'une société en formation et obéit donc aux règles sur la société simple (art. 530ss CO et voir aussi art. 838 al. 2 et 3 CO)⁶¹⁰.

La création d'une Coop. doit suivre plusieurs étapes. Il faut, en effet, que les statuts soient rédigés et que les fondateurs convoquent une assemblée constitutive.

L'assemblée constitutive doit comprendre au moins sept membres (art. 831 al. 1 CO : cf. *supra* 7.1.2.2). Elle est chargée d'approuver les statuts, de discuter du rapport relatif aux apports en nature et aux biens à reprendre et de désigner les organes statutaires nécessaires au fonctionnement de la société (art. 834 CO).⁶¹¹ « *Les art. 894 et 895 CO stipulent que l'administration de la société doit être composée d'au moins trois personnes dont la majorité doit être associée, avoir la nationalité suisse et avoir leur domicile en Suisse.* »⁶¹²

Lorsque l'assemblée constitutive a eu lieu, la Coop. peut être inscrite au RC et acquiert alors la personnalité juridique.

« *Contrairement à ce que permet le droit des SA, SARL, SCA, les fondateurs ne peuvent s'octroyer statutairement ou pratiquement des avantages particuliers qui ne seraient pas objectivement fondés vu l'art. 854 CO, car cela serait contraire au but coopératif de la société.* »⁶¹³

⁶⁰⁷ MONTAVON, p. 460.

⁶⁰⁸ Cf. OBERSON, Titre XV, p. 39 et, dans le présent ouvrage, chapitre IX.

⁶⁰⁹ Cf. MONTAVON, p. 456 et dans le présent ouvrage, chapitre IV.

⁶¹⁰ Cf. dans le présent ouvrage, chapitre VIII.

⁶¹¹ Cf. MONTAVON, pp. 453 – 454 et OBERSON, Titre XV, p. 43.

⁶¹² OBERSON, Titre XV, p. 43.

⁶¹³ MONTAVON, p. 453.

10.3. Organisation de la Coop.

10.3.1. Généralités.

La Coop. doit être dotée de trois organes au même titre qu'une SA (voir art. 54 CC)⁶¹⁴ :

- l'assemblée générale : l'organe législatif de la Coop. ;
- l'administration : l'organe exécutif de la Coop. ; et
- l'organe de contrôle.

Ces trois organes sont essentiels. Si la Coop. n'a pas tous les organes requis par la loi, elle doit être dissoute à moins que la situation soit rétablie dans un délai convenable (art. 831 al. 2 CO).⁶¹⁵

Les statuts peuvent prévoir d'autres organes.

10.3.2. Assemblée générale dans une Coop. (AG).

10.3.2.1. Généralités, convocation et ordre du jour.

L'article 879 al. 1 CO exprime très bien l'importance de l'AG dans une Coop. : « *L'assemblée générale des associés est le pouvoir suprême de la société* ». ⁶¹⁶ Les membres de l'AG sont les associés de la Coop. Ces derniers bénéficient d'un droit de vote (art. 885 CO)⁶¹⁷.

La réglementation de l'AG dans une Coop. diffère sur certains points de la réglementation d'une AG dans une SA ou une SARL. Tout d'abord, « *les sociétés de plus de trois cents membres, de même que celles où la majorité des membres est formée de sociétés coopératives, peuvent disposer, dans leurs statuts, que les attributions de l'assemblée générale sont exercées, en tout ou en partie, par une assemblée de délégués* » (art. 892 al. 1 CO). Ensuite, dans les mêmes hypothèses que celles prévues à l'article 892 al. 1 CO, les statuts peuvent aussi prévoir un vote par correspondance (art. 880 CO)⁶¹⁸. Enfin, une société d'assurance concessionnaire qui a plus de mille membres peut transférer tout ou partie des pouvoirs de l'AG à l'administration à condition que les statuts prévoient cette possibilité (art. 893 al 1 CO ; voir les limites à l'article 893 al. 2 CO).⁶¹⁹

⁶¹⁴ Cf. MONTAVON, p. 490 et OBERSON, Titre XV, p. 62.

⁶¹⁵ Par exemple, s'agissant de l'organe de contrôle, cf. MONTAVON, p. 528.

⁶¹⁶ Nous verrons plus loin que le fait de considérer l'AG comme le pouvoir suprême de la coop. ne signifie pas que l'administration lui est subordonnée. Cf. MONTAVON, p. 491.

⁶¹⁷ Cf. MONTAVON, p. 491.

⁶¹⁸ Pour davantage d'informations sur l'assemblée des délégués et le vote par correspondance, cf. MONTAVON, pp. 502ss.

⁶¹⁹ Cf. MONTAVON, p. 491 et OBERSON, Titre XV, p. 62. Pour davantage d'informations sur le régime spécial des coop. d'assurance concessionnaires, cf. MONTAVON, pp. 494s.

L'AG a lieu une fois par an au minimum (voir art. 879 al. 2 ch. 3 CO, 906 al. 1 et 2 CO ainsi que 980 al. 4 CO). Il s'agit de l'assemblée générale ordinaire⁶²⁰. En outre, « *des assemblées générales extraordinaires peuvent et doivent être convoquées aussi souvent que la situation l'exige* »⁶²¹.

Exemple : l'AG est convoquée lorsque un dixième des associés en fait la demande (art. 881 al. 2 CO).

La convocation de l'AG est de la compétence de l'administration. Les statuts peuvent conférer ce droit à un autre organe social. Les contrôleurs peuvent également convoquer une AG si nécessaire (art. 881 al. 1 CO). L'article 881 al. 2 CO précise que les liquidateurs et les représentants des obligataires ont aussi cette possibilité⁶²².

Tous les associés doivent être convoqués à l'AG. Les statuts doivent régler les modalités de la convocation (art. 882 al. 1 CO ; par lettre ou par publication). Dans les Coop. de plus de 30 membres, il suffit de convoquer une AG par un avis public (art. 882 al. 2 CO). L'AG doit être convoquée au moins cinq jours avant la date de la réunion (art. 882 al. 1 CO). Les statuts peuvent prévoir un délai plus long. « *L'avis de convocation indique les objets portés à l'ordre du jour et, dans le cas d'une révision de statuts, la teneur essentielle des modifications proposées* » (art. 883 al. 1 CO).⁶²³

« *La convocation doit indiquer le lieu, la date de l'assemblée générale et l'ordre du jour. L'ordre du jour doit être complété par les propositions faites par l'administration et les associés qui ont demandé la convocation de l'assemblée. En cas de révision des statuts, la convocation doit également contenir la teneur essentielle des modifications proposées.* »⁶²⁴

10.3.2.2. Déroulement de l'AG.

Les associés mais également les administrateurs, l'organe de contrôle et toute personne invitée par l'administration peuvent assister à l'AG. Le plus souvent le président de l'AG, qui est chargé de diriger les débats, est le président de l'administration⁶²⁵.

Les associés ont chacun une voix (même dans l'hypothèse où il y a un vote par correspondance, art. 855 CO). Les associés peuvent se faire représenter par un autre associé de la Coop. (art. 886 al. 1 CO). Un associé ne peut représenter qu'une seule personne sauf dans les Coop. de plus de mille membres (art. 886 al. 2 CO). Un associé peut également se faire représenter par un membre de sa famille ayant l'exercice des droits civils (art. 886 al. 3 CO)⁶²⁶.

L'article 887 prévoit un cas d'exclusion du droit de vote. En effet, lorsqu'un associé a « *coopéré d'une manière quelconque à la gestion des affaires sociales [il ne peut] prendre part aux décisions qui donnent ou refusent décharge à l'administration* » (art. 887 al. 1 CO). Cette exclusion ne s'applique pas aux contrôleurs (art. 887 al. 2 CO).

⁶²⁰ Cf. MONTAVON, p. 496.

⁶²¹ MONTAVON, p. 496.

⁶²² Cf. MONTAVON, pp. 496s.

⁶²³ Cf. MONTAVON, p. 497 et OBERSON, Titre XV, pp. 62s.

⁶²⁴ MONTAVON, p. 498 et cf. *idem*, p. 496.

⁶²⁵ Cf. MONTAVON, pp. 498 et 499.

⁶²⁶ Pour davantage d'informations sur la représentation de l'associé à l'AG, cf. MONTAVON, pp. 504s.

Les statuts peuvent prévoir un *quorum* de présence. Ils peuvent effectivement prévoir que les décisions de l'AG ne seront prises valablement que si un nombre minimum d'associés est présent à l'AG.

Les décisions de l'AG sont prises suivant les cas :

- à la majorité absolue des voix émises (art. 888 al. 1 CO) : il s'agit de la règle générale. « *Il n'est pas tenu compte des voix des associés absents, de ceux qui ne se sont pas faits représenter et, c'est une différence d'avec le droit de la SA, de ceux qui bien que présents n'ont pas voté. La décision doit ainsi simplement obtenir l'approbation d'au moins la moitié des voix émises plus une. Les abstentions ou les votes nuls, contrairement au droit de la SA, ne sont pas assimilés à des rejets.* »⁶²⁷ Le vote par correspondance obéit aux mêmes règles. Les statuts sont libres d'y déroger;
- à la majorité qualifiée des 2/3 des voix émises (art. 888 al. 2 CO) : cette majorité est nécessaire pour la dissolution de la Coop. et pour la révision des statuts. Les statuts peuvent seulement prévoir une majorité encore plus contraignante; ou
- à la majorité des 3/4 de tous les associés (art. 889 al. 1 CO) : cette majorité est nécessaire lorsqu'il s'agit d'imposer aux associés des versements supplémentaires ou une responsabilité personnelle. Les statuts peuvent prévoir une majorité encore plus contraignante.⁶²⁸

10.3.2.3. Compétences de l'AG.

L'article 879 al. 2 CO énumère les compétences qui ne peuvent revenir qu'à l'AG et à aucun autre organe. L'AG a le droit inaliénable d'adopter et de modifier les statuts, de nommer les administrateurs et contrôleurs, d'approuver les comptes d'exploitation et le bilan, le cas échéant de statuer sur la répartition de l'excédent actif, de donner décharge aux administrateurs⁶²⁹ ainsi que de prendre toutes les décisions qui lui sont réservées par la loi ou les statuts. Cette dernière précision démontre que l'article 879 al. 2 CO n'est pas exhaustif. Néanmoins, les pouvoirs de l'AG s'arrêtent là où ceux de l'administration commencent (art. 902 CO).⁶³⁰

La loi attribue la compétence à l'AG de prendre des décisions dans certains cas précis (art. 870 al. 2 ch. 5 CO) mais les statuts sont libres de lui attribuer des compétences supplémentaires dans les limites prévues par la loi.⁶³¹

⁶²⁷ MONTAVON, p. 500.

⁶²⁸ Cf. MONTAVON, pp. 500s et OBERSON, Titre XV, p. 64.

⁶²⁹ Nous avons déjà rencontré à plusieurs reprises le terme de « décharge ». Selon MONTAVON, p. 493, « *la décharge est le quitus donnée par l'assemblée générale à l'administration pour sa gestion durant l'exercice clôturé, au vu des comptes annuels et de l'exposé de la marche des affaires de la société* ».

⁶³⁰ Cf. MONTAVON, pp. 491ss.

⁶³¹ Cf. OBERSON, Titre XV, p. 64s.

Exemples : certaines clauses doivent impérativement figurer dans les statuts comme la création d'un capital social (art. 833 ch. 1 CO) et l'AG se prononce sur ces clauses puisqu'elle est chargée d'adopter les statuts (art. 879 al. 2 ch. 1 et 833 CO). Il existe de nombreux autres exemples : voir art. 840 al. 3 CO s'agissant de l'admission d'un nouvel associé, art. 863 al. 2 s'agissant des réserves ainsi que art. 890 al. 1 CO pour la révocation des administrateurs et des contrôleurs.⁶³²

10.3.2.4. Droit d'attaquer les décisions de l'AG.

L'article 891 CO permet à l'administration et à tout associé d'attaquer en justice les décisions de l'AG, (y compris celles prises dans le cadre d'un vote par correspondance), dans la mesure où elles violent la loi ou des dispositions statutaires. Ils doivent le faire dans les deux mois qui suivent la décision contestée (art. 891 al. 2 CO). Le jugement est opposable à tous les associés (art. 891 al. 3 CO)⁶³³.

10.3.3. Administration dans une Coop.

10.3.3.1. Généralités et membres.

L'administration est l'organe exécutif de la Coop. par opposition à l'AG qui est l'organe législatif. Même si l'AG est considérée comme l'organe suprême de la Coop., l'administration ne lui est pas subordonnée.⁶³⁴

- « - *Elle exerce la gestion de la société ou haute direction sur la direction si celle – ci a été déléguée ;*
- *elle prend toutes les décisions qui ne sont pas de la compétence de l'assemblée générale ;*
- *elle représente la société envers les tiers. »*⁶³⁵

L'administration est formée de trois membres dont la majorité doivent être des associés (art. 894 al. 1 CO). Les statuts peuvent prévoir que l'administration doit être composée uniquement d'associés. L'article 894 al. 2 CO précise que les personnes morales ou sociétés commerciales ne peuvent être membres de l'administration. En revanche, leurs représentants peuvent l'être.

« *Les administrateurs doivent dans leur majorité être de nationalité suisse et avoir leur domicile en Suisse. L'un au moins des administrateurs suisses domiciliés en Suisse doit avoir qualité pour représenter la société* » (art. 895 al. 1 CO). Si au cours de son existence une Coop. ne remplit plus ces conditions, elle est dissoute à moins que la situation soit régularisée dans le délai fixé par le préposé au RC (art. 895 al. 2 CO).

⁶³² La liste des exemples est loin d'être exhaustive. Cf. MONTAVON, pp. 493s et OBERSON, Titre XV, p. 65.

⁶³³ Cf. MONTAVON, p. 498 et pp. 505ss.

⁶³⁴ Cf. MONTAVON, p. 491.

⁶³⁵ OBERSON, Titre XV, p. 65 et cf. MONTAVON, p. 509.

Les personnes qui souhaitent se faire élire doivent avoir les qualités requises pour devenir administrateurs. Il n'est pas exclu, surtout dans une petite Coop., qu'un administrateur soit également contrôleur.

Les administrateurs sont élus par l'AG (art. 879 al. 2 ch. 2 CO ; s'agissant du vote par correspondance art. 880 CO) ou par l'assemblée des délégués (art. 892 CO). Ils sont élus pour quatre ans au maximum mais peuvent être réélus. Les statuts peuvent prévoir que la réélection est impossible (art. 896 al. 1 CO). L'AG a la compétence de révoquer un administrateur en tout temps (art. 890 al. 1 CO).⁶³⁶

Les membres de l'administration peuvent être rémunérés soit par des indemnités périodiques soit par des parts de bénéfice. « *Ces deux formes de rémunération doivent être proportionnées à l'activité des administrateurs et ne pas léser les associés dans leur droit éventuel à une part de bénéfice.* »⁶³⁷

Un administrateur peut démissionner en tout temps mais doit tâcher de ne pas le faire en temps inopportun (art. 404 al. 2 CO par analogie avec les règles sur le mandat). Il peut également être révoqué en tout temps par l'AG (art. 888 al. 1 et 890 CO) et pour justes motifs lorsque un dixième des associés en fait la demande (art. 890 al. 2 CO).⁶³⁸

10.3.3.2. Décisions de l'administration.

Le mode de prise de décisions de l'administration n'est pas régi par les dispositions sur la Coop. « *Bien que la loi ne le mentionne pas, il y a lieu d'admettre que chaque membre de l'administration ne dispose que d'une voix.* »⁶³⁹ Les décisions se prennent généralement par voie de délibération. Nous pouvons admettre avec MONTAVON que les décisions, sauf disposition contraire des statuts ou d'un règlement, sont prises à la majorité des voix émises (art. 713 al. 1 CO par analogie).⁶⁴⁰

10.3.3.3. Compétences de l'administration.

« *L'administration applique toute la diligence nécessaire à la gestion des affaires sociales et contribue de toutes ses forces à la prospérité de l'entreprise commune* » (art. 902 al. 1 CO).

L'article 902, à ses alinéas 2 et 3, fait mention des compétences de l'administration. Elle doit préparer les délibérations de l'AG et exécuter les décisions de cette dernière (art. 902 al. 2 ch. 1 CO), elle doit surveiller les personnes chargées de la gestion et de la représentation et doit tâcher d'obtenir régulièrement des informations sur la marche des affaires dans la Coop. (art. 902 al. 2 ch. 2 CO). En outre, elle doit tenir les procès – verbaux du conseil de l'AG, les livres nécessaires et la liste des associés⁶⁴¹, répondre de l'établissement du compte d'exploitation et

⁶³⁶ Cf. MONTAVON, pp. 509ss et OBERSON, Titre XV, pp. 65s.

⁶³⁷ OBERSON, Titre XV, p. 67.

⁶³⁸ Cf. MONTAVON, pp. 514s.

⁶³⁹ MONTAVON, p. 523.

⁶⁴⁰ Pour davantage d'informations sur les décisions de l'administration, cf. MONTAVON, pp. 523ss.

⁶⁴¹ Nous ne traitons pas de la liste des associés car cela ne nous paraît pas essentiel mais nous y faisons référence ici afin de respecter au mieux le texte de l'article 902 al. 3 CO.

du bilan annuel ainsi que de la remise de ces pièces aux contrôleurs, et des communications au RC dans les cas où un associé entre ou sort (art. 902 al. 3 CO).⁶⁴²

La loi attribue encore d'autres compétences à l'administration dans des articles épars.

Exemples : en principe, l'administration a la compétence de procéder à la convocation de l'AG (art. 881 al. 1 CO). De plus, l'administration se prononce sur l'admission de nouveaux associés mais aussi, si les statuts le prévoient, sur l'exclusion des membres de la Coop. (art. 840 al. 3 et 846 al. 3 CO).⁶⁴³

L'article 898 CO, quant à lui, traite des possibilités pour l'administration de déléguer certaines de ces attributions : « *les statuts peuvent autoriser l'assemblée générale ou l'administration à confier tout ou partie de la gestion et la représentation à un ou plusieurs gérants ou directeurs qui n'ont pas nécessairement la qualité d'associés* ».

10.3.3.4. Est-il possible d'annuler une décision de l'administration ?

Il n'est pas possible d'annuler une décision de l'administration. En revanche, une décision prise par cet organe peut être nulle dès le départ.⁶⁴⁴

10.3.4. Organe de contrôle dans une Coop.

L'organe de contrôle d'une Coop. ressemble beaucoup à celui d'une SA⁶⁴⁵. Il « *est un organe nécessaire, qui doit être indépendant de l'AG ou de l'administration ; la loi ne pose pas de qualifications particulières pour les personnes (ou la personne morale) exerçant cette activité* ». ⁶⁴⁶

Un organe de contrôle va pouvoir « *procurer aux associés les données nécessaires à l'exercice judicieux de leur droit de vote en vue, notamment, de l'approbation annuelle des comptes et, cas échéant, de l'emploi du bénéfice résultant des comptes annuels. (...) L'organe de contrôle n'a pas pour fonction de juger et sanctionner l'administration de la société, mais d'offrir aux associés une vérification neutre, objective et chiffrée de ses états financiers* »⁶⁴⁷.

L'organe de contrôle est nommé par l'AG (art. 879 al. 2 ch. 2 et 906 al. 2 CO), l'assemblée des délégués (892 CO) ou l'administration lorsqu'il s'agit de sociétés d'assurance (art. 893 CO).

L'AG, ou l'autre organe compétent, doit élire un ou plusieurs contrôleurs pour un an au minimum. Elle peut également désigner des suppléants (art. 906 al. 2 et 879 al. 2 ch. 2 CO). Ces différentes personnes ne sont pas nécessairement des associés (art. 906 al. 3 CO). Des autorités ou des personnes morales sont aussi susceptibles d'être élues (art. 906 al. 4 CO).

⁶⁴² Cf. OBERSON, Titre XV, pp. 66s.

⁶⁴³ Cf. MONTAVON, pp. 516s. et OBERSON, Titre XV, p. 66.

⁶⁴⁴ Cf. MONTAVON, p. 523.

⁶⁴⁵ Cf. dans le présent ouvrage, chapitre IX.

⁶⁴⁶ OBERSON, Titre XV, p. 67.

⁶⁴⁷ MONTAVON, p. 525.

Exemple : une société fiduciaire peut être chargée du contrôle des comptes d'une Coop.

Les personnes élues doivent avoir les connaissances et l'expérience nécessaires à la fonction de contrôleur. Dans certains cas prévus par la loi, il est nécessaire de recourir à un réviseur particulièrement qualifié.

Il est envisageable qu'une personne soit à la fois contrôleur et administrateur. C'est compréhensible « *compte tenu que pour les petites SCOOP il est parfois difficile de trouver des personnes ayant des capacités de gestionnaire et de comptable* »⁶⁴⁸ mais ce type d'arrangement doit rester exceptionnel dans la mesure où l'organe de contrôle doit être indépendant de l'administration.

L'organe de contrôle est compétent pour vérifier la comptabilité (art. 907 CO). A cet effet, l'administration doit lui remettre les livres et les pièces justificatives et lui donner, à sa demande, des renseignements sur l'inventaire et des affaires déterminées (art. 907 al. 2 CO).

L'organe de contrôle est chargé d'établir un rapport écrit avec des propositions et de le soumettre à l'AG (art. 908 CO). Ce rapport est primordial dans la mesure où « *l'assemblée générale ne peut se prononcer ni sur le compte d'exploitation ni le bilan si ce rapport ne lui a pas été soumis* » (art. 908 al. 2 CO). L'organe de contrôle est d'ailleurs tenu d'assister à l'AG (art. 908 al. 4 CO).

L'article 908 al. 3 CO précise encore que « *les irrégularités et les violations des prescriptions légales ou statutaires que les contrôleurs constatent dans l'accomplissement de leur mandat sont portés par eux à la connaissance de celui des organes sociaux à qui la personne responsable est directement subordonnée ; dans les cas importants, ils doivent également les signaler à l'assemblée générale* ».

En revanche, les contrôleurs ne peuvent faire part de leurs constatations à un ou plusieurs associés pris individuellement voire à des tiers (art. 909 CO).

Nous venons de présenter les compétences de l'organe de contrôle expressément prévues par la loi. Les statuts ou l'AG peuvent lui conférer davantage de pouvoir mais aussi lui imposer plus d'obligations (art. 910 al. 1 CO). Ils peuvent également « *prévoir, outre les opérations ordinaires de contrôle, la vérification périodique de toute la gestion par des syndicats de révision ou une révision par des experts spéciaux* » (art. 910 al. 2 CO).⁶⁴⁹

Les contrôleurs peuvent démissionner en tout temps (art. 404 al. 1 CO par analogie avec les règles sur le mandat) et l'AG peut les révoquer en tout temps (art. 890 al. 1 CO). Cette compétence ne peut être déléguée à l'administration à l'exception du cas particulier des Coop. d'assurance (art. 893 CO). Enfin, si un dixième des associés en fait la demande, le juge doit se prononcer sur la révocation du ou des contrôleurs désignés (art. 890 al. 2 CO).⁶⁵⁰

⁶⁴⁸ MONTAVON, p. 526.

⁶⁴⁹ Cf. OBERSON, Titre XV, pp. 67s.

⁶⁵⁰ Cf. MONTAVON, pp. 525ss.

10.3.5. Organes facultatifs dans une Coop.

L'AG, l'administration et l'organe de contrôle sont les organes imposés par la loi. La Coop. peut encore avoir d'autres organes dits « facultatifs ».

Exemples : à certaines conditions, les statuts peuvent prévoir que tout ou partie des attributions de l'AG sont de la compétence d'une assemblée des délégués (art. 892 CO ; cf. *supra* 10.3.2.1). De même, les statuts peuvent prévoir que l'administration peut déléguer une partie de ses pouvoirs et de ses obligations à un ou plusieurs comités (art. 897 CO). L'administration peut révoquer ces comités spéciaux en tout temps. L'AG et l'administration peuvent aussi, si les statuts les y autorisent, déléguer une partie de la gestion et de la représentation de la Coop. à un ou plusieurs gérants ou directeurs qui ne sont pas nécessairement associés (art. 898 CO). La Coop. bénéficie alors d'une direction.⁶⁵¹

10.4. Rapports internes dans une Coop.

10.4.1. Généralités.

« Tous les associés ont, en – dehors des exceptions prévues par la loi, les mêmes droits et les mêmes obligations » (art. 854 CO).

10.4.2. Obligations des associés.

10.4.2.1. L'obligation légale.

Le droit de la Coop. n'impose qu'une obligation à l'associé, à savoir de veiller de bonne foi à la défense des intérêts sociaux (art. 866 CO). Cette obligation sociale est logique puisque le but d'une Coop. est de favoriser et de garantir les intérêts économiques déterminés de ses membres. L'obligation de fidélité se détermine principalement par rapport au but de la société. La violation de l'obligation de fidélité peut entraîner l'exclusion de l'associé concerné au sens de l'article 846 al. 2 CO.⁶⁵²

« L'obligation d'utiliser les institutions sociales et de s'abstenir de faire concurrence à la société sont les principaux devoirs se fondant sur l'art. 866 CO. »⁶⁵³

10.4.2.2. Les obligations statutaires.

L'obligation de bonne foi de l'art. 866 CO est la seule obligation imposée aux associés par le CO. Si les fondateurs de la Coop. souhaitent imposer aux sociétaires d'autres obligations, et spécialement des prestations en argent, ils doivent le prévoir dans les statuts (art. 832 ch. 3 CO).

⁶⁵¹ Cf. OBERSON, Titre XV, pp. 68s.

⁶⁵² Cf. MONTAVON, p. 476 et OBERSON, Titre XV, p. 57.

⁶⁵³ MONTAVON, p. 446.

Les statuts peuvent prévoir⁶⁵⁴ :

- a) une finance d'entrée et des cotisations annuelles : la finance d'entrée ne doit pas être onéreuse à l'excès et empêcher ainsi un associé d'entrer dans la société (art. 839 al. 2 CO). Les fondateurs sont généralement dispensés de payer la finance d'entrée. L'égalité de traitement doit être respectée qu'il s'agisse de la finance d'inscription ou des cotisations annuelles (art. 854 CO) ;
- b) l'acquisition d'une part sociale : « *même si le capital social est facultatif dans le droit de la société coopérative, c'est souvent par ce biais que la société se procure ses premières liquidités (à moins d'avoir recours à un emprunt auprès d'un sociétaire ou d'un tiers)* »⁶⁵⁵ ;
- c) des contributions uniques ou périodiques ;
- d) des apports : les associés peuvent être contraints d'effectuer un apport en nature ou une prestation de service ; et

Exemples : dans une coopérative de production, un associé peut être contraint d'apporter du raisin. Dans une coopérative culturelle, en revanche, il lui sera plutôt demandé de faire de la publicité ou d'effectuer des heures de présence.⁶⁵⁶

- e) l'obligation d'acquérir les produits de la Coop. : les associés doivent ainsi acquérir une quantité minimale des produits de la Coop. à des conditions privilégiées déterminées dans leur principe par les statuts.

Les statuts peuvent également prévoir des prestations extraordinaires, à savoir :

a) Des versements supplémentaires : ils sont régis par l'article 871 CO : « ¹ *Les statuts peuvent, au lieu d'imposer une responsabilité aux associés ou à côté de cette responsabilité, les obliger à faire des versements supplémentaires, qui ne seront toutefois employés qu'à éteindre les pertes constatées par le bilan.*

² *Cette obligation peut être illimitée ou restreinte à des sommes déterminées, ou encore proportionnée aux contributions statutaires ou aux parts sociales.*

³ *Lorsque les statuts ne contiennent pas de dispositions concernant les versements à opérer par chacun des associés, la répartition se fait proportionnellement au montant des parts sociales ou, s'il n'en existe pas, par tête.*

⁴ *Les versements peuvent être exigés en tout temps. En cas de faillite de la société, le droit de les réclamer est exercé par l'administration de la faillite.*

⁵ *Sont d'ailleurs applicables les règles relatives au recouvrement des prestations et à la déclaration de déchéance. »*

⁶⁵⁴ Cf. MONTAVON, pp. 470ss et OBERSON, Titre XV, pp. 58ss.

⁶⁵⁵ OBERSON, Titre XV, p. 59 et cf. MONTAVON, p. 471.

⁶⁵⁶ Cf. MONTAVON, p. 472.

L'obligation d'effectuer des versements supplémentaires doit être prévue par une clause statutaire et doit faire l'objet d'une décision prise à la majorité des trois quarts de l'ensemble des associés (art. 833 ch. 5 et 889 CO). « *Ceux qui ont refusé l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires ont en outre la faculté de sortir de la société dans un délai de trois mois à partir de la publication de la décision (art. 889 al. 2 CO) et ce sans devoir payer la moindre indemnité (art. 889 al. 3 CO).* »⁶⁵⁷ ; ou

b) une responsabilité personnelle illimitée ou restreinte : la Coop. répond des dettes sociales et il n'y a donc en principe pas une responsabilité personnelle des associés (art. 868 CO). Cependant, les statuts peuvent prévoir une responsabilité personnelle illimitée ou restreinte des associés de la Coop. (art. 869 et 870 CO). La responsabilité des associés est alors subsidiaire à celle de la société.

Lorsque l'associé est responsable de manière illimitée, il répond sur l'ensemble de son patrimoine. Lorsqu'il a une responsabilité restreinte, il ne répond qu'à hauteur d'un montant prédéterminé.⁶⁵⁸

Les modalités relatives aux prestations extraordinaires sont complexes. D'ailleurs, la majorité des Coop. ne prévoient pas une responsabilité personnelle des associés.⁶⁵⁹

10.4.3. Droits des associés.

10.4.3.1. Les droits sociaux.

Les associés d'une coopérative bénéficient des droits sociaux suivants⁶⁶⁰ :

a) le droit à l'égalité de traitement (art. 854 CO) : « *tous les associés ont, en – dehors des exceptions prévues par la loi, les mêmes droits et les mêmes obligations* » ;

b) le droit de vote (art. 885 CO) : chaque associé a une voix dans l'assemblée générale ou dans les votations par correspondance. Cette disposition est impérative (cf. *infra* pour le droit de se faire représenter à l'AG) ;

c) le droit de participer à l'assemblée générale : l'associé d'une Coop. doit être régulièrement convoqué, recevoir l'ordre du jour, avoir la possibilité d'être présent à l'assemblée générale et d'y participer activement en intégrant la discussion ou en faisant des propositions sur des points portés à l'ordre du jour ;

d) le droit de se faire représenter à l'assemblée générale (art. 886 CO) : un associé peut se faire représenter à l'assemblée générale par un autre associé. Sauf exception, aucun membre ne peut représenter plus d'un associé (art. 886 al. 1 et 2 CO). Les statuts peuvent prévoir que l'associé peut se faire représenter par un membre de sa famille ayant l'exercice des droits civils (art. 886 al. 3 CO).

⁶⁵⁷ OBERSON, Titre XV, p. 60.

⁶⁵⁸ S'agissant des prestations extraordinaires, cf. MONTAVON, pp. 472s.

⁶⁵⁹ Cf. MONTAVON, p. 473.

⁶⁶⁰ Cf. MONTAVON, pp. 477ss et OBERSON, Titre XV, pp. 52ss.

Il convient ici de parler de l'assemblée des délégués : « *Les sociétés de plus de trois cents membres, de même que celles où la majorité des membres est formée de sociétés coopératives, peuvent disposer, dans leurs statuts, que les attributions de l'assemblée générale sont exercées, en tout ou partie, par une assemblée de délégués* » (art. 892 al. 1 CO). Dans une telle hypothèse, les statuts peuvent attribuer aux délégués un nombre de voix proportionnel au nombre de sociétaires représentés. Si les statuts ne prévoient rien à ce sujet, chaque délégué dispose d'une seule voix (art. 892 al. 3 CO) ;

e) le droit de convoquer une assemblée générale : au sens de l'article 881 al. 2 CO, l'assemblée générale doit en effet être convoquée « *lorsque la demande en est fait par le dixième au moins des associés ou, si le nombre de ces derniers est inférieur à trente, par au moins trois d'entre eux* »

f) le droit d'attaquer en justice les décisions de l'assemblée générale (art. 891 CO) : un associé peut attaquer une décision prise par l'assemblée générale ou lors d'une votation par correspondance lorsqu'elle viole la loi ou les statuts (art. 891 al. 1 CO). Il s'agit d'un droit inaliénable de l'associé. Ce dernier doit agir dans les deux mois qui suivent la prise de décision (art. 891 al. 2 CO) ;

g) le droit d'être élu dans les organes sociaux : un associé a le droit d'être élu démocratiquement pour occuper une fonction dans un des organes de la société et ceci quel que soit le nombre de parts sociales qu'il détient (voir art. 854 CO) ;

h) le droit d'utiliser les institutions de la Coop. : les associés doivent pouvoir utiliser les institutions de la société à égalité (voir art. 854 et 859 al. 2 CO). Les règlements des Coop. concrétisent généralement ce droit. Ce dernier peut « *être aménagé et limité afin que chaque membre de la SCOOP puisse l'exercer* »⁶⁶¹ ;

i) le droit de sortie : tout associé d'une Coop. peut sortir librement de cette dernière tant que la décision de dissoudre la société n'a pas été prise (art. 842 al. 1 CO) ; et

j) le droit de contrôle (art. 856 et 857 CO) : l'associé peut en effet consulter le compte d'exploitation, le bilan et le rapport des contrôleurs afin de voir si la comptabilité est bien tenue (art. 856 CO). Il a également la possibilité de demander, à certaines conditions, des renseignements sur les livres et la correspondance de la société (art. 857 CO). « *Le droit de contrôle des associés ne peut être supprimé ou restreint ni par les statuts, ni par une décision d'un organe social* » (art. 857 al. 4 CO).

10.4.3.2. Les droits patrimoniaux.

« *Au contraire de ce que l'on trouve dans la SA ou encore la SARL, il n'y a pas de droits patrimoniaux légalement acquis dans la coopérative, sauf celui au remboursement de la part sociale en cas de dissolution et liquidation de la société. Pour cette raison les statuts doivent prévoir les droits patrimoniaux dont les associés peuvent bénéficier.* »⁶⁶²

⁶⁶¹ MONTAVON, p. 479.

⁶⁶² OBERSON, Titre XV, p. 54. qui se réfère ici à l'ouvrage de MONTAVON, SCOOP, p. 170. Cf. MONTAVON, p. 473.

Les associés peuvent bénéficier des droits patrimoniaux suivants⁶⁶³ :

- a) le droit d'utiliser les installations de la société : tous les associés doivent pouvoir utiliser les installations de la société même si ça n'est pas expressément prévu par la loi. Ce droit peut être consacré dans un règlement de la Coop. ;
- b) le droit éventuel à une part de l'excédent de l'actif (art. 859 CO): dans une Coop., l'excédent actif de l'exploitation n'est pas distribué aux membres et permet ainsi d'accroître la fortune sociale (art. 859 al. 1 CO). « *La fortune sociale est composée du bénéfice reporté, du bénéfice général des réserves et des autres réserves (art. 860, 863 CO.* »⁶⁶⁴ Cependant, les statuts peuvent prévoir la distribution de cet excédent aux membres de la Coop. (art. 859 al. 2 CO) ;
- c) le droit à une part de l'avoir social : « *à défaut de disposition des statuts, les associés sortants et leurs héritiers n'ont aucun droit à la fortune sociale* » (art. 865 al. 1 CO ; voir art. 864 al. 1 CO) ;
- d) le droit au remboursement des parts sociales en cas de dissolution ou de liquidation de la société : ce droit est prévu par l'article 913 al. 2 CO ; et
- e) le droit à l'excédent de liquidation : l'article 913 CO règle la question de la répartition de l'actif en cas de liquidation de la Coop. (cf. *infra* 10.6.2). Soit les statuts prévoient que l'excédent est alors réparti entre les membres (art. 913 al. 2 et 3 CO), soit l'excédent actif est affecté à un but coopératif ou à un but d'utilité publique (art. 913 al. 4 CO).

10.4.4. Gestion d'une Coop.

Nous souhaitons rappeler ici que « *si l'assemblée générale donne les axes de gestion de la société, nomme et révoque les administrateurs et l'organe de contrôle, c'est l'administration qui dirige effectivement la société* »⁶⁶⁵. **Dans toutes les personnes morales, c'est l'exécutif qui agit en définitive.**

Les articles 858ss CO donnent quelques règles sur la comptabilité des Coop. La majorité des Coop. établit un bilan et un compte de profits et pertes chaque année. Elles suivent ainsi les règles du CO relatives à la comptabilité (art. 957ss CO). Néanmoins, en pratique, les dispositions sur le droit comptable de la SA sont largement utilisées dans les Coop. Cela s'explique par le fait que les lois fiscales traitent les Coop. presque comme les sociétés de capitaux« *C'est dire que seules les petites SCOOP dont les comptes sont tenus par des non – professionnels établissent leurs états financiers en conformité du seul Titre XXXIIème du CO* »⁶⁶⁶, à savoir les art. 957ss CO.

⁶⁶³ Cf. MONTAVON, pp. 473ss et OBERSON, Titre XV, pp. 55s.

⁶⁶⁴ OBERSON, Titre XV, p. 55.

⁶⁶⁵ MONTAVON, p. 491.

⁶⁶⁶ MONTAVON, p. 486.

Nous soulignons encore que l'article 903 CO, traitant des cas où il y a une diminution de capital ou une insolvabilité de la Coop., correspond dans les grandes lignes à l'article 725 CO en droit de la SA.⁶⁶⁷

Les Coop. de crédit et les Coop. d'assurance concessionnaires sont quant à elles soumises impérativement aux règles comptables de la SA (art. 858 al. 2 CO).⁶⁶⁸

10.5. Rapports externes dans une Coop.

10.5.1. Représentation.

Il appartient à l'administration de représenter la Coop. dans ses relations avec les tiers (art. 899 et 902 CO). Au sens de l'article 895 al. 1 CO, un des administrateurs suisses domiciliés en Suisse doit pouvoir représenter la société. L'administration a d'importants pouvoirs puisqu'elle peut accomplir au nom de la Coop. « *tous les actes que peut impliquer le but social* » (art. 899 al. 1 CO).

Cette compétence peut être déléguée par l'AG ou l'administration à des gérants, des directeurs ou des administrateurs délégués qui ne sont pas nécessairement des associés (art. 898 CO). De plus l'administration peut parfaitement nommer des fondés de procuration et d'autres mandataires commerciaux (voir art. 905 CO ; art. 458ss CO).⁶⁶⁹ Les représentants, au même titre que l'administration, peuvent accomplir tous les actes qui entrent dans le but de la Coop. Les représentants « *signent en ajoutant leur signature à la raison sociale* » (art. 900 CO).

Au plan des relations internes de la Coop., il est possible de limiter les pouvoirs de ces représentants. En revanche, seules deux limitations peuvent être inscrites au RC et donc être opposables aux tiers qui entrent en relation avec la Coop. (art. 899 al. 2 CO) :

- la limitation des pouvoirs de représentation aux affaires de l'établissement social ou d'une succursale ; et
- l'obligation d'agir collectivement pour que l'acte soit valable (signature collective).

L'administration a le pouvoir de révoquer en tout temps les personnes à qui elle a délégué des pouvoirs de représentation (art. 905 al. 1 CO). Elle peut également suspendre dans leur activité les fondés de procuration et les mandataires choisis par l'AG mais doit alors convoquer cette dernière (art. 905 al. 2 CO).⁶⁷⁰

⁶⁶⁷ Pour davantage d'informations sur la diminution de capital et l'insolvabilité dans une Coop. cf. MONTAVON, pp. 517ss.

⁶⁶⁸ Cf. MONTAVON, pp. 486ss et dans le présent ouvrage, chapitre XII.

⁶⁶⁹ Cf. dans le présent ouvrage, chapitre VII.

⁶⁷⁰ Cf. MONTAVON, pp. 520ss.

10.5.2. Responsabilité.

10.5.2.1. Responsabilité des associés.

« *Les dettes de la société sont garanties, sauf disposition contraire des statuts, uniquement par l'actif social (art. 868 CO) et non par les sociétaires.* »⁶⁷¹ Les statuts peuvent néanmoins prévoir que les associés sont responsables personnellement et subsidiairement soit de manière illimitée soit pour un montant déterminé.⁶⁷²

10.5.2.2. Autres responsabilités.

Nous avons parlé des représentants ci – dessus. Il faut préciser que « *la société répond des actes illicites commis dans la gestion des affaires sociales par une personne autorisée à la gérer ou à la représenter* » (art. 899 al. 3 CO ; voir art. 55 al. 2 CC)⁶⁷³.

Quant aux fondateurs et aux organes de la Coop. ils peuvent aussi voir leur responsabilité engagée s'ils commettent un acte illicite. La responsabilité des fondateurs obéit aux articles 41ss CO et celles des organes aux articles 916ss CO.⁶⁷⁴

10.5.3. Capacité d'ester en justice et de poursuivre.

La Coop. a la personnalité juridique et peut ester en justice ou ouvrir des poursuites si elle remplit les conditions exigées par les lois de procédure ou la LP.

10.6. Fin de la Coop.

10.6.1. Dissolution.

Les causes de dissolution d'une Coop. sont énumérées à l'art. 911 CO. Une Coop. est dissoute⁶⁷⁵ :

- 1) conformément aux statuts : si des motifs de dissolution prévus par les statuts se réalisent, la Coop. est dissoute ;

<p><u>Exemple</u>: les statuts peuvent prévoir que la Coop. sera dissoute après 10 ans.</p>

- 2) par décision de l'AG : Cette décision est prise à la majorité des deux tiers des voix émises à moins que les statuts aient prévu des règles plus contraignantes (art. 888 al. 2). Les statuts peuvent conférer cette compétence à l'assemblée des délégués (art. 892 al. 1 CO). ;

⁶⁷¹ MONTAVON, p. 445.

⁶⁷² Cf. OBERSON, Titre XV, p. 40. Pour des informations détaillées sur la responsabilité des associés instituée par les statuts, cf. MONTAVON, pp. 481ss.

⁶⁷³ Cf. MONTAVON, p. 523.

⁶⁷⁴ Pour davantage d'informations sur les différentes responsabilités dans une Coop., cf. MONTAVON, pp. 531ss.

⁶⁷⁵ Cf. MONTAVON, pp. 537ss.

- 3) en cas de faillite : il faut alors se référer à la procédure prévue par la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP); et
- 4) en raison d'autres motifs prévus par la loi : la loi a prévu deux cas de dissolution judiciaire :
 - lorsque le nombre des associés tombe au – dessous de sept ou que la Coop. ne possède par les organes nécessaires à son fonctionnement (art. 831 al. 2 CO)
 - lorsque le but de la Coop. ou les moyens utilisés par cette dernière sont illicites ou contraires aux mœurs (art. 57 al. 3 CC)

et quatre cas de dissolution d'office :

- lorsque les règles sur la nationalité suisse et le domicile en Suisse de l'article 895 al. 1 CO ne sont pas respectées. La Coop. a la possibilité d'éviter la dissolution si elle rétablit la situation dans le délai imparti (art. 86 al. 1 ORC ; généralement deux ou trois mois).
- lorsqu'il n'y a pas de siège légal ou statutaire (art. 88a ORC). A nouveau la Coop. peut éviter la dissolution en prenant les dispositions nécessaires dans un délai raisonnable.
- « art. 89 ORC : si la société n'a plus d'actifs réalisables et si l'intérêt motivé au maintien de l'inscription de la société n'a pas été communiqué au RC. Il n'y a cependant pas de dissolution si la société procède à son assainissement. »⁶⁷⁶
- le dernier cas concerne les banques à qui l'autorisation d'exercer a été retirée (art. 23^{quinquies} de la loi sur les banques).

L'administration se charge d'annoncer la dissolution de la Coop. au RC sauf dans en cas de faillite (art. 912 CO).

Comme pour toutes les autres sociétés, la Coop. qui est dissoute conserve sa personnalité juridique mais avec un nouveau but, c'est – à – dire la liquidation. La dissolution de la société prive les associés de leur droit de sortir de la Coop. (art. 842 al. 1 CO).⁶⁷⁷ « La règle est impérative mais ne doit pas être suivie si la dissolution n'est pas suivie de la liquidation de la société, soit en cas de fusion ou de transformation. »⁶⁷⁸

10.6.2. Liquidation.

Une fois la Coop. dissoute, il s'agit de la liquider afin d'y mettre définitivement un terme. L'article 913 CO traite de la liquidation de la Coop. et, à son alinéa 1, renvoie pour l'essentiel aux règles sur la liquidation de la SA. Les seules dispositions propres à la liquidation d'une Coop. sont les alinéas 2 à 5 de l'article 913 CO. Ils précisent notamment que si les statuts ne

⁶⁷⁶ MONTAVON, p. 538.

⁶⁷⁷ Cf. MONTAVON, p. 539.

⁶⁷⁸ MONTAVON, p. 539 et dans le présent ouvrage, chapitre XIV.

disent rien sur la répartition de l'excédent qui reste après extinction de toutes les dettes, l'excédent doit être affecté à des buts coopératifs ou des buts d'utilité publique (art. 913 al. 4 CO).⁶⁷⁹

10.7. Les Coop. et les corporations de droit public.

10.7.1. La reprise d'une Coop. par une corporation de droit public.

La liquidation d'une Coop. peut être évitée si une corporation de droit public (Confédération, cantons ou communes) reprend les biens de la société (art. 915 CO). Il peut arriver, en effet, qu'une Coop. présente encore un intérêt public alors qu'elle est en difficulté ou que ses sociétaires n'en retirent pas un intérêt économique assez important.

L'article 915 CO prévoit la même chose que l'article 751 CO pour la SA.⁶⁸⁰

10.7.2. La participation d'une corporation de droit public à une Coop.

Il arrive qu'une corporation publique (Confédération, cantons ou communes) ait un intérêt public à participer à l'administration d'une Coop. ou à contrôler les comptes de cette dernière.

Exemple : un canton aide financièrement une Coop. et a ainsi un intérêt tout particulier à contrôler l'activité de la Coop. en question.

Les statuts d'une Coop. peuvent parfaitement permettre à cette corporation publique d'avoir des représentants au sein de l'administration ou de l'organe de contrôle de la Coop. (art. 926 CO).

L'article 926 CO prévoit la même chose que l'article 762 CO pour la SA.⁶⁸¹

10.7.3. Les coopératives de droit public (*pro memoria*).

Nous avons exposé les deux hypothèses de sociétés coopératives privées où des corporations publiques peuvent intervenir. L'article 829 CO traite quant à lui des sociétés coopératives de droit public. Ces dernières ne sont pas régies par les règles du CO mais par le droit public fédéral et cantonal. L'article 829 CO se contente d'ailleurs de renvoyer au droit public.

10.8. Les fédérations de coopératives.

Un nombre important de coopératives font partie d'une fédération. Une fédération au sens des articles 921ss CO doit comprendre au moins trois Coop. (art. 921 CO)⁶⁸². La Coop. ne doit

⁶⁷⁹ Cf. MONTAVON, pp. 539ss ; OBERSON, Titre XV, p. 70 et dans le présent ouvrage, chapitre IX.

⁶⁸⁰ Cf. MONTAVON, p. 540.

⁶⁸¹ Cf. MONTAVON, p. 540.

⁶⁸² Les membres de ces fédérations peuvent être uniquement des coop. ou des coop. et d'autres membres. Cf. OBERSON, Titre XV, p. 71.

pas, par son entrée dans la fédération, se voir imposer davantage d'obligations que celles qui lui sont déjà attribuées par la loi ou les statuts (art. 925 CO).

L'organe suprême de la fédération est l'assemblée des délégués. L'administration est composée des membres de la fédération sauf disposition contraire des statuts (art. 923 CO).

Les statuts peuvent prévoir que la fédération contrôle les Coop. fédérées (art. 924 al. 1 CO).⁶⁸³

10.9. Exemple de statuts de coopérative⁶⁸⁴.

<p>Statuts <u>Société Coopérative de la Salle de spectacles</u> <u>de N.</u></p>
<p>I. Nom, siège et but</p>
<p>Art. 1</p> <p>Il est constitué sous le nom de</p> <p style="text-align: center;">Société Coopérative de la Salle de spectacles de N.</p> <p>une coopérative, avec siège à N. au sens des présents statuts et des art. 828ss du Code des obligations. La durée de la société est indéterminée.</p>
<p>Art. 2</p> <p>La coopérative a pour but la location de locaux, leur aménagement ainsi que l'exploitation et l'entretien d'une salle de spectacles à N.</p> <p>La coopérative peut faire toutes les opérations et conclure tous les contrats propres à développer son but ou s'y rapportant.</p>
<p>II. Sociétaires</p>
<p>Art. 3</p> <p>Toute personne physique et morale peut demander son admission en qualité d'associé en présentant une déclaration écrite de demande d'entrée et de souscription d'une part sociale d'au moins fr. 100.- (cent). La demande doit indiquer l'acceptation des statuts de la coopérative, en particulier l'art. 9 desdits statuts. L'administration se prononce sur l'admission des nouveaux associés. L'admission est liée à la condition d'être domicilié dans la région de N (communes du district et des districts voisins du canton du siège et des cantons de A et B). L'administration peut admettre des associés bienfaiteurs ou d'un apport culturel pour la coopérative non domiciliés dans la région.</p>
<p>Art. 4</p> <p>La qualité d'associé se perd par la sortie, l'exclusion ou la mort d'un associé; pour les personnes juridiques par la perte de la personnalité juridique.</p> <p>Les héritiers d'un associé décédé prennent sa place. Les communautés héréditaires doivent désigner un représentant commun.</p>

⁶⁸³ Cf. OBERSON, Titre XV, p. 71. Pour davantage d'information sur les fédérations de Coop., cf. MONTAVON, pp. 541ss.

⁶⁸⁴ Modèle tiré de MONTAVON, pp. 545ss.

Art. 5

La sortie d'un associé ne peut avoir lieu que pour la fin d'un exercice social moyennant dénonciation du sociétariat communiquée six mois à l'avance.

Art. 6

L'administration peut exclure un associé en cas d'atteinte aux intérêts de la coopérative ou s'il ne libère pas sa part sociale. L'exclu peut recourir contre la décision d'exclusion autre que pour cause de non libération de sa part sociale en soumettant la décision d'exclusion et sa demande de maintien en qualité de sociétaire à la prochaine assemblée générale ordinaire. Le recours doit être adressé dans les trente jours qui suivent la communication de l'exclusion par lettre signature au président de la coopérative.

L'associé exclu qui a valablement formé recours a le droit d'exercer ses droits de membre en attendant la décision de l'assemblée générale.

III. Parts sociales

Art. 7

La société émet des parts sociales de fr. 100.- (cent) et de fr. l'000.- (mille). Un associé peut détenir plusieurs parts sociales.

Chaque associé est tenu d'acquérir au moins une part sociale de fr. 100.(cent) ou de fr. l'000.- (mille). Les parts sociales sont établies au nom de l'associé et constituent la légitimation de la qualité d'associé.

La légitimation de la qualité d'associé est également constatée par la délivrance d'une carte plastifiée d'associé de la coopérative qui permet à son bénéficiaire d'obtenir des avantages à l'occasion des représentations des saisons culturelles. Les avantages sont spécifiés par l'administration sur l'offre semestrielle d'abonnement pour la saison culturelle ainsi qu'à l'occasion de chaque programmation de représentations à l'entrée de la salle de spectacle. Les associés font valoir leurs droits aux avantages sur présentation de leur carte d'associé. Les avantages sont proportionnels à la valeur nominale des parts détenues.

Art. 8

Lorsque des parts sociales sont cédées à des tiers, l'acquéreur doit être admis par l'administration en qualité d'associé conformément à l'art. 3 des présents statuts. Il doit de plus acquérir une nouvelle part sociale d'au moins de fr. 100.- (cent).

Art. 9

Un remboursement partiel des parts sociales peut être requis moyennant un préavis de six mois pour la fin d'un exercice social en cas de sortie ou de décès d'un associé. L'exclusion d'un associé, décidée à l'unanimité des administrateurs et confirmée par l'assemblée générale à la majorité des deux tiers des voix émises en cas de recours éventuel, ne donne pas lieu à remboursement partiel.

L'administration décide de la valeur des parts sociales à rembourser partiellement. Le calcul de la valeur est fait sur la base de la fortune nette découlant du bilan à l'exclusion de toutes les réserves. Le remboursement ne peut toutefois excéder la moitié du montant nominal versé. Le solde reste acquis à la société pour le développement des affaires culturelles.

La société a le droit de compenser les créances éventuelles qu'elle détient envers des associés sortants avec le montant du remboursement partiel de leurs parts sociales.

L'administration est en droit de différer le remboursement partiel pour trois ans au maximum si la coopérative, bien que présentant un bilan sans perte, se trouve dans une situation financière délicate compte tenu d'engagements pris ou à prendre.

IV. Responsabilité des sociétaires

Art. 10

La fortune de la coopérative répond seule des engagements de celle-ci. Toute responsabilité personnelle ou toute obligation de versements supplémentaires des associés est exclue.

V. Organes de la coopérative

Art. 11

Les organes de la coopérative sont:

1. l'assemblée générale;
2. l'administration;
3. l'organe de contrôle.

A. L'ASSEMBLEE GENERALE

Art. 12

L'assemblée générale est le pouvoir suprême de la coopérative. Elle a le droit inaliénable:

- d'adopter et de modifier les statuts;
- de nommer le président, les membres de l'administration et les contrôleurs;
- d'approuver le compte d'exploitation et le bilan;
- de donner décharge aux administrateurs;
- d'approuver le budget;
- de prendre toutes les décisions sur les objets qui lui sont réservés par la loi ou les statuts ainsi que sur les propositions de l'administration;
- de prendre toutes les décisions sur les propositions des associés concernant des objets qui incombent à l'assemblée générale et qui auront été communiquées par écrit à l'administration au moins quatre semaines avant l'assemblée générale;
- de décider sa dissolution ou sa fusion.

Art. 13

L'assemblée générale ordinaire est convoquée par l'administration. Elle a lieu chaque année dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice.

Une assemblée extraordinaire a lieu lorsque l'administration, ou les contrôleurs si nécessaire, en demandent la convocation.

L'assemblée doit également être convoquée si un dixième au moins des associés en demandent la convocation à l'administration par écrit en indiquant les objets à porter à l'ordre du jour. La même obligation incombe à l'administration si trois associés demandent sa convocation alors que la société compte moins de trente associés.

La convocation de l'assemblée générale a lieu quinze jours au moins avant la date de la réunion de l'assemblée par courrier simple adressé aux associés.

Les objets portés à l'ordre du jour sont mentionnés dans la convocation. Aucune décision ne peut être prise sur des objets qui n'ont pas été portés à l'ordre du jour. Les dossiers pouvant être consultés sont mis à la disposition des associés au siège de la coopérative; mention de ce dépôt est faite dans la convocation.

Art. 14

Chaque associé a droit à une voix en assemblée générale. Le droit de vote peut être exercé en assemblée générale par l'intermédiaire d'un autre associé muni d'une procuration écrite. Un associé ne peut représenter qu'un associé autre que les membres de sa famille (conjoint et parents en ligne directe et collatérale) qu'il peut, en

tant qu'ils sont associés, tous représenter.

Les membres de l'administration ne peuvent pas prendre part aux décisions donnant décharge à l'administration.

Art. 15

L'assemblée générale convoquée statutairement peut valablement délibérer quelque soit le nombre d'associés présents. L'assemblée générale prend ses décisions et procède aux élections à la majorité absolue des voix émises, pour autant que la loi ou les statuts ne prévoient pas d'autres dispositions. Les élections et les votations ont lieu à main levée pour autant qu'un dixième au moins des associés présents ne requiert pas le scrutin secret.

En cas d'égalité de voix, le président décide. En cas d'égalité de voix lors d'élection, le sort décide.

Les modifications de statuts requièrent la majorité des deux tiers des voix émises.

Art. 16

L'assemblée générale est présidée par le président, par son remplaçant ou un autre membre de l'administration

Le président nomme les scrutateurs.

Le secrétaire ou un autre membre de l'administration tient le procès verbal des décisions prises par l'assemblée générale et des élections. Le procès-verbal doit être signé par le président et la personne qui le tient.

B. L'ADMINISTRATION

Art. 17

L'administration est l'organe exécutif supérieur. Elle décide de tous les objets qui n'ont pas été transférés ou qui n'incombent pas à l'assemblée générale ou à un autre organe de la coopérative.

Elle est tenue en particulier:

- d'exercer la haute direction de la société;
- de nommer si nécessaire un gérant à qui sera déléguée la gestion des affaires courantes et qui devra faire un rapport trimestriel de son activité à l'occasion des séances de l'administration;
- de préparer les délibérations de l'assemblée générale et d'exécuter les décisions de celle-ci;
- de décider de l'admission et de l'exclusion d'associés, sous réserve du droit de recours (art. 6 des présentes statuts);
- de déterminer la politique de la société;
- de surveiller et de contrôler la direction de la société;
- d'établir un rapport semestriel et annuel de l'activité social et de la situation financière de la société.

Art. 18

L'administration se compose de trois personnes au moins qui doivent être en majorité des associés.

Les personnes morales ne sont pas éligibles en qualité de membre de l'administration; leurs représentants peuvent toutefois être élus à leur place.

L'administration se constitue elle-même, à l'exception du président qui est nommé par l'assemblée générale. Les membres de l'administration doivent être inscrits au registre du commerce. Le président et le secrétaire ont la signature collective à deux.

Les membres de l'administration sont nommés pour une période de trois ans et sont rééligibles.

Art. 19

L'administration est convoquée par le président aussi souvent que les affaires l'exigent, mais au moins quatre fois par année. Chaque membre peut exiger par écrit la convocation d'une séance du conseil en indiquant les objets qu'il désire voir traiter.

Un procès-verbal est signé par le président et le secrétaire, il enregistre les délibérations.

Art. 20

L'administration peut valablement délibérer lorsque la majorité des membres sont présents. Elle prend ses décisions et procède aux élections à la majorité des membres présents. En cas d'égalité de voix, le président décide.

Les décisions peuvent être prises en la forme d'une approbation donnée par écrit à une proposition, à moins que la discussion ne soit requise par l'un des membres.

Une décision est valablement prise par correspondance dans la mesure où la majorité de tous les membres de l'administration l'accepte. Les décisions prises par correspondance sont enregistrées dans un procès-verbal.

C. L'ORGANE DE CONTROLE

Art. 21

L'organe de contrôle est nommé par l'assemblée générale pour une durée de trois ans. Il est rééligible. Il se compose d'un ou de plusieurs contrôleurs qui peuvent être associés. Ils ne peuvent être ni administrateurs ni employés de la coopérative. Les personnes morales, telles qu'une société fiduciaire ou un syndicat de révision, peuvent être chargées du contrôle.

VI. Comptabilité et affectation du bénéfice de l'exercice annuel

Art. 22

Il est dressé chaque année un bilan avec annexe et un compte de profits et pertes de la société, arrêtés à la date du 31 décembre de chaque année et pour la première fois au 31 décembre 2004.

Les comptes annuels sont dressés conformément à la loi et aux principes régissant l'établissement régulier des comptes.

Dix jours au moins avant l'assemblée générale, l'administration doit déposer au siège de la coopérative le bilan, l'annexe et les comptes annuels avec son rapport annuel et le rapport de l'organe de contrôle.

Art. 19

L'administration est convoquée par le président aussi souvent que les affaires l'exigent, mais au moins quatre fois par année. Chaque membre peut exiger par écrit la convocation d'une séance du conseil en indiquant les objets qu'il désire voir traiter.

Un procès-verbal est signé par le président et le secrétaire, il enregistre les délibérations.

Art. 20

L'administration peut valablement délibérer lorsque la majorité des membres sont présents. Elle prend ses décisions et procède aux élections à la majorité des membres présents. En cas d'égalité de voix, le président décide.

Les décisions peuvent être prises en la forme d'une approbation donnée par écrit à une proposition, à moins que la discussion ne soit requise par l'un des membres.

Une décision est valablement prise par correspondance dans la mesure où la majorité de tous les membres de l'administration l'accepte. Les décisions prises par correspondance sont enregistrées dans un procès-verbal.

C. L'ORGANE DE CONTROLE

Art. 21

L'organe de contrôle est nommé par l'assemblée générale pour une durée de trois ans. Il est rééligible. Il se compose d'un ou de plusieurs contrôleurs qui peuvent être associés. Ils ne peuvent être ni administrateurs ni employés de la coopérative. Les personnes morales, telles qu'une société fiduciaire ou un syndicat de révision, peuvent être chargées du contrôle.

VI. Comptabilité et affectation du bénéfice de l'exercice annuel

Art. 22

Il est dressé chaque année un bilan avec annexe et un compte de profits et pertes de la société, arrêtés à la date du 31 décembre de chaque année et pour la première fois au 31 décembre 2004.

Les comptes annuels sont dressés conformément à la loi et aux principes régissant l'établissement régulier des comptes.

Dix jours au moins avant l'assemblée générale, l'administration doit déposer au siège de la coopérative le bilan, l'annexe et les comptes annuels avec son rapport annuel et le rapport de l'organe de contrôle.

Art. 23

Si les comptes annuels donnent lieu à un bénéfice net après les amortissements adéquats, celui-ci est attribué entièrement à la réserve générale.

VII. Dissolution et liquidation de la coopérative

Art. 24

La dissolution de la coopérative requiert la majorité des deux tiers des voix émises.

Aucun associé ne peut être exclu de la coopérative après la décision de dissolution et ce jusqu'à l'exécution totale de la liquidation.

Art. 25

Si la liquidation donne lieu à un bénéfice après remboursement des parts sociales de la coopérative, il doit être mis à la disposition de la commune de N. pour être affecté à des buts culturels.

VIII. Publications et communications

Art. 26

Les publications de la société ont lieu dans la Feuille officielle suisse du commerce. L'administration peut décider d'autres publications complémentaires.

Art. 27

Les communications de la coopérative aux associés ont lieu par écrit.

X. La Coopérative

Les présents statuts ont été adoptés lors de la fondation de la coopérative le 19 septembre 2004. Ils entrent en vigueur à cette date.

N, le 19 septembre 2004

Les fondateurs:

XI. FONDS DE PLACEMENT

11.1 Législation sur les fonds de placement et révision.

Les fonds de placement sont régis par la loi sur les fonds de placement de 1994 (LFP). Cette loi a pour objet la protection des investisseurs qui « *doivent être rendus attentifs aux risques de chaque types de fonds dans lesquels ils investissent* »⁶⁸⁵ (art. 1 LFP). La LFP contient des dispositions fondamentales mais ne donne aucun détail sur la gestion des fonds de placement. L'Ordonnance du Conseil fédéral sur les fonds de placement (OFF) ainsi que l'Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur les fonds de placement (OFF-CFB) contiennent des informations plus précises.⁶⁸⁶

En 2004, le Conseil fédéral a mis en consultation un projet de révision totale de la LFP accompagné d'un rapport fiscal. Ce projet de loi sur les placements collectifs de capitaux (P-LPCC) a été largement approuvé. A la fin de 2004, le Conseil fédéral a pris connaissance du rapport concernant les résultats de la consultation, l'a publié et a chargé le département fédéral des finances d'élaborer un projet de loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux. La révision de la LFP entrera prochainement en vigueur.

Cette révision a pour objectif d'adapter la législation de 1994 à la nouvelle directive de l'Union européenne sur les fonds de placement, à savoir l'*Undertakings for Collective Investments in Transferable Securities*. En outre, il est nécessaire de « *renforcer la capacité concurrentielle de la Suisse en tant qu'emplacement pour instruments collectifs de placement* ».⁶⁸⁷

Le P-LPCC prévoit l'introduction de nouvelles structures. En outre, toutes les formes de placements collectifs de capitaux entreront dans le champ d'application de la nouvelle loi et seront ainsi soumises à la surveillance de la commission fédérale des banques, ce qui n'est pas le cas actuellement. « *De plus, les fondations de placement, soumises jusqu'à présent pour l'essentiel à la surveillance de l'Office fédéral des assurances sociales (...), seront également soumises à la nouvelle loi.* »⁶⁸⁸

11.2 Définition du fonds de placement.

Un fond de placement est « *une fortune constituée en un placement collectif de capitaux sur la base d'un appel au public, géré par la direction du fonds normalement selon le principe de la répartition des risques, pour le compte des investisseurs* »⁶⁸⁹ (art. 2 LFP). Par conséquent, un fond de placement ne peut être constitué qu'à trois conditions, à savoir s'il y a⁶⁹⁰ :

- a) une gestion collective;
- b) une gestion par un tiers ; et

⁶⁸⁵ MONTAVON, p. 633.

⁶⁸⁶ Cf. le site internet de la *Swiss Funds Association* : www.sfa.ch/

⁶⁸⁷ Le site internet de la *Swiss Funds Association* : www.sfa.ch/ et cf. MONTAVON, p. 642 ainsi que BIFFIGER.

⁶⁸⁸ SCHELLENBERG/WITTMER, p. 1.

⁶⁸⁹ Le site internet de la *Swiss Funds Association* : www.sfa.ch et cf. le site internet www.revelemanique.ch/fond-placement/ ainsi que MONTAVON, p. 633.

⁶⁹⁰ Cf. MONTAVON, p. 633.

- c) un appel au public, à savoir « *tout appel qui, indépendamment de sa forme, ne s'adresse pas uniquement à un cercle restreint de personnes* » (art. 2 al. 2 1^{ère} phrase LFP).

Exemple : « La clientèle d'une entreprise n'est pas considérée *a priori* comme un cercle restreint de personnes » (art. 2 al. 2 2^{ème} phrase LFP).

« *Le but d'un fond de placement repose sur le principe de la diversification, de la liquidité du moyen de placement et de l'accessibilité, pour un large public, aux structures réservées en général aux investisseurs très fortunés.* »⁶⁹¹ En effet, il est possible d'investir dans des fonds de placement d'actions ou d'obligations mais il est fortement conseillé de diversifier ses investissements et notamment d'investir certes dans les actions et les obligations mais également dans les fonds de placement immobilier.

Dans un fonds de placement, la répartition des risques est garantie. Ainsi il n'est pas nécessaire d'être riche pour devenir investisseur.

Le projet de révision a quant à lui retenu trois critères permettant de définir un fonds de placement : « (...) *trois critères devront dorénavant être pris en considération: d'une part, il devra s'agir d'un **placement de capitaux**, décrit par le Tribunal Fédéral comme «tout placement d'argent prévu sur le long terme afin d'obtenir un revenu ou un gain en capital ou à tout le moins la préservation du capital». D'autre part, ce placement de capitaux devra être administré pour une **pluralité d'investisseurs** et donc être constitué **collectivement**. Cela sera le cas si les versements des investisseurs sont placés dans un pot commun géré de façon uniforme de sorte que les prétentions des investisseurs à l'encontre du placement de capitaux ne peuvent pas être individualisées mais correspondent à une quote-part d'un patrimoine global. Enfin, le P-LPCC effectue une **différenciation des catégories d'investisseurs**, au sein desquelles les «investisseurs qualifiés» doivent être distingués des autres investisseurs.* »⁶⁹²

11.3 Types de fonds de placement.

Il existe plusieurs types de fonds de placement. Il existe des fonds de placement en valeurs immobilières (art. 32 à 34 LFP), des fonds immobiliers (art. 36 à 42 LFP) ainsi que d'autres fonds de placement (art. 35 LFP).⁶⁹³

Exemples de fonds :

- a) **le fonds d'actions** : « *fonds de placement uniquement constitué d'actions. La valeur du fonds résulte de la variation du cours des actions et des dividendes distribués.* »⁶⁹⁴
- b) **le fonds en obligations** : « *le capital du fonds est investi en obligations. Les obligations constituent un capital à moyen et long terme.* »⁶⁹⁵

⁶⁹¹ Le site internet www.courtapro.ch: « *les fonds de placement dans le domaine de l'immobilier : utilité et alternative* ».

⁶⁹² SCHELLENBERG/WITTMER, p. 1.

⁶⁹³ Cf. MONTAVON, p. 639.

⁶⁹⁴ Le site internet www.reve-lemanique.ch/fond-placement/

⁶⁹⁵ Le site internet www.reve-lemanique.ch/fond-placement/

c) le fonds immobilier : « *les capitaux du fonds sont investis en valeurs immobilières. La distribution effectuée aux investisseurs provient des revenus locatifs.* »⁶⁹⁶

Nous allons tout d'abord étudier les fonds de placement en général avant de nous pencher sur les fonds de placement immobiliers.

11.4 Les fonds de placement.

11.4.1 Champ d'application de la loi fédérale sur les fonds de placement (LFP).

L'article 3 LFP indique quels sont les fonds qui sont régis par la loi fédérale:

«¹ *Sont soumis à la présente loi les fonds gérés par des contrats de placement collectif.*

² *Les fonds gérés sous une autre forme, notamment celle prévue par le droit des sociétés, ne sont pas soumis à la présente loi.*

³ *Les fonds de placement étrangers, dont les parts sont vendues en Suisse, sont soumis, quelle que soit leur forme juridique, aux dispositions de la présente loi.*

⁴ *Le Conseil fédéral peut soumettre totalement ou partiellement à la présente loi des portefeuilles collectifs analogues aux fonds de placement, ou lui soustraire totalement ou partiellement les fonds qui lui sont soumis, pour autant que le but visé par la loi ne soit pas éludé.* »

11.4.2 Le contrat de placement collectif.

Le fonds de placement est un patrimoine géré par des contrats de placement collectif. Il s'agit d'examiner quelle est la nature de ces contrats et comment cette organisation fonctionne.

Le contrat de placement collectif est « *un contrat par lequel la direction du fonds s'engage à faire participer l'investisseur à un fonds de placement, proportionnellement aux parts qu'il a acquises, et à gérer ce fonds de placement de façon autonome conformément aux dispositions du règlement et de la loi* » (art. 6 al. 1 LFP). La banque est partie au contrat au sens de l'article 6 al. 2 LFP. En pratique, si la LFP ne prévoit rien, ce contrat est interprété et complété sur la base des dispositions régissant le mandat (art. 394 CO).⁶⁹⁷

« *La direction et la banque doivent établir un règlement sous la responsabilité de la direction. Ce règlement doit être approuvé par l'autorité de surveillance. L'approbation du règlement emporte création du fonds. Le règlement constitue la partie standard du contrat de placement collectif et devra figurer dans le prospectus. Les parties à ce contrat sont les investisseurs, la direction et la banque dépositaire.* »⁶⁹⁸

Au sens de l'article 7 al. 3 LFP, le règlement contient en particulier:

⁶⁹⁶ Le site internet www.reve-lemanique.ch/fond-placement/

⁶⁹⁷ Cf. MONTAVON, pp. 634-635.

⁶⁹⁸ MONTAVON, p. 635.

- "a. la dénomination du fonds de placement, la raison sociale et le siège de la direction et de la banque dépositaire;
- b. les directives régissant la politique de placement; lorsque celle-ci présente des risques particuliers, ils doivent être clairement énoncés et reconnaissables pour l'investisseur;
- c. le calcul du prix d'émission et de rachat des parts;
- d. l'utilisation du bénéfice net et des gains en capital réalisés par l'aliénation d'avoirs;
- e. la nature et le calcul de toutes les rémunérations versées à la direction et à la banque dépositaire, y compris les commissions d'émission et de rachat, ainsi que les courtages ou les frais spéciaux dont le fonds peut être débité;
- f. l'exercice annuel;
- g. les services auprès desquels le prospectus, le règlement et le rapport annuel sont déposés et peuvent être obtenus;
- h. les organes de publication (Feuille officielle suisse du commerce, et au minimum un quotidien ou un hebdomadaire) ainsi que la forme des publications concernant le fonds de placement;
- i. la durée du fonds de placement et le délai de dénonciation que doivent respecter la direction et la banque dépositaire;
- k. la subdivision du fonds en segments;
- l. l'unité de compte du fonds de placement;
- m. le délai de dénonciation applicable aux fonds immobiliers et aux fonds hypothécaires;
- n. les conditions réglant le délai de remboursement des parts. »

11.4.3 Organes et acteurs au sein d'un fonds de placement.

11.4.3.1 La direction du fonds de placement.

La direction du fonds de placement doit être une personne morale distincte de la banque dépositaire (cf. *infra* 11.4.3.2.) mais peut dépendre de cette dernière sur un plan économique.⁶⁹⁹

Exemple : une banque dépositaire peut détenir une société de direction. La société de direction est alors juridiquement indépendante mais dépend économiquement de la banque dépositaire.

L'article 6 LFP précise que la direction doit être « *une société anonyme dont le siège et l'administration sont en Suisse* ». Elle doit disposer d'un capital minimum fixé par le Conseil fédéral.

La direction s'occupe des activités relevant du fonds dès que l'autorité de surveillance lui en donne l'autorisation (art. 10 LFP). Elle gère les fonds pour le compte des investisseurs, de façon indépendante et en son propre nom. L'article 12 LFP mentionne le devoir de loyauté incombant à la direction. En effet, cette dernière doit veiller uniquement aux intérêts des investisseurs.

La direction décide de l'émission des parts, des placements, du prix d'émission et de rachat des parts et de la distribution des bénéfices. En définitive, elle exerce tous les droits du fonds de placements (art. 11 al. 1 LFP). Elle peut déléguer les décisions relati-

⁶⁹⁹ Cf. MONTAVON, p. 636.

ves aux placements ainsi que d'autres tâches mais elle est responsable des agissements de ses mandataires comme si elle agissait elle-même (art. 11 al. 2 LFP).

Les personnes qui sont à la tête de la direction doivent avoir une bonne réputation et disposer de la formation ainsi que de l'expérience nécessaire à l'accomplissement de leurs tâches (art. 6 al. 5 LFP). Il est indispensable que les personnes à la tête de la direction soient indépendantes de la banque dépositaire et réciproquement (art. 6 al. 6 LFP).⁷⁰⁰

11.4.3.2. La banque dépositaire.

Seules les banques au sens de la loi sur les banques et les caisses d'épargne peuvent être des banques dépositaires (art. 17 LFP). Les banques dépositaires ne peuvent commencer à exercer que dès l'instant où l'autorité de surveillance les y autorise (art. 18 LFP).

Les tâches de la banque dépositaire sont énumérées à l'article 19 LFP :

« ¹ *La banque dépositaire assure la garde de la fortune du fonds de placement. Elle est habilitée à effectuer des dépôts auprès de tiers, en Suisse ou à l'étranger. Dans ce cas, la banque dépositaire n'est pas libérée de sa responsabilité.*

² *La banque dépositaire s'assure que la direction respecte les dispositions de la loi et du règlement relatives notamment:*

- a. aux décisions afférentes aux placements;*
- b. au calcul de la valeur des parts;*
- c. à l'utilisation du résultat de la fortune du fonds.*

³ *La banque dépositaire émet et rachète les parts de fonds, et assure le service des paiements et encaissements pour le compte du fonds de placement.*

⁴ *Le règlement peut assigner d'autres devoirs à la banque dépositaire. »*

Les banques dépositaires ont un devoir de loyauté au même titre que la direction (art. 20 LFP). Par conséquent, elles doivent veiller exclusivement aux intérêts des investisseurs.⁷⁰¹

11.4.3.3. Les distributeurs.

L'article 22 LFP précise que « *toute personne qui propose ou qui distribue des parts d'un fonds de placement à titre professionnel sans faire partie elle-même de la direction ou de la banque dépositaire est un distributeur et doit être autorisée par l'autorité de surveillance* ».

Le distributeur peut être aussi bien une personne physique qu'une personne morale. S'il souhaite obtenir l'autorisation nécessaire, il doit notamment se prévaloir d'« *un contrat écrit le*

⁷⁰⁰ Cf. MONTAVON, p. 636.

⁷⁰¹ Cf. MONTAVON, p. 637.

liant à la direction et à la banque dépositaire ou au représentant d'un fonds étranger et qui interdit l'acceptation de fonds en vue d'acquérir des parts »⁷⁰² (art. 22 OFP).

11.4.3.4. Les investisseurs.

*« Toute personne qui par sa mise de fonds devient créancier de la direction pour sa participation à la fortune et au revenu du fonds est un investisseur (art. 23 LFP). »*⁷⁰³

Les investisseurs ne forment pas une communauté juridique entre eux et n'ont aucun droit réel sur les valeurs mobilières ou immobilières qui font partie de la fortune du fonds.

L'article 24 LFP permet à tout investisseur de dénoncer le contrat de placement collectif en tout temps et de demander au fonds le paiement en espèce de ses parts⁷⁰⁴. L'article 26 LFP régit quant à lui le droit à l'information. En effet, tout investisseur a le droit d'obtenir les informations nécessaires sur la base du calcul du prix d'émission et de rachat des parts auprès de la direction. En outre, il peut demander des informations détaillées sur des opérations déterminées s'il justifie d'un intérêt légitime.⁷⁰⁵

Enfin, *« en vertu de l'art. 27 al. 1 LFP, l'investisseur peut agir en exécution du contrat lorsque la direction ou la banque dépositaire n'exécutent pas ou exécutent mal leurs obligations. En cas de dommages, l'investisseur peut aussi intenter une action devant le juge civil en faveur du fonds (art. 27 al. 2 LFP) »*⁷⁰⁶.

11.4.3.5. L'autorité de surveillance.

L'autorité chargée de la surveillance des fonds de placement est la commission fédérale des banques.⁷⁰⁷

11.4.4 Fiscalité

*« Le fond immobilier implique deux sortes d'impositions : le rendement du fond qui lui est imposé et soumis à l'impôt anticipé et l'impôt sur la fortune. Le gain en capital réalisé lors de la vente de part de fond n'est pas imposé. Une exonération de l'impôt est possible si, par exemple, le fond possède l'ensemble de ses immeubles en nom propre et paie de fait l'impôt directement. D'une manière générale, le fond immobilier n'est pas spécialement attractif du point de vue fiscal. »*⁷⁰⁸

⁷⁰² MONTAVON, p. 638.

⁷⁰³ MONTAVON, p. 638.

⁷⁰⁴ Cf. MONTAVON, p. 638 : *« Le droit de dénonciation fait cependant l'objet de dispositions spéciales applicables aux fonds immobiliers et aux fonds hypothécaires »* cf. *infra* 11.4.5.2.

⁷⁰⁵ Cf. MONTAVON, pp. 638-639.

⁷⁰⁶ MONTAVON, p. 639.

⁷⁰⁷ Cf. le site internet de la *Swiss Funds Association* : www.sfa.ch/

⁷⁰⁸ Le site internet www.courtapro.ch: *« les fonds de placement dans le domaine de l'immobilier : utilité et alternatives »*.

11.4.5. Dissolution d'un fonds de placement.

Un fonds de placement est dissout (art. 29 LFP) :

- « a) lorsque sa durée est indéterminée: sur dénonciation du contrat par la direction ou la banque dépositaire. Le délai de dénonciation est au minimum d'un mois;*
- b) lorsque sa durée est limitée: à la date fixée ou, pour de justes motifs, par décision de l'autorité de surveillance prononçant la dissolution anticipée à la demande de la direction ou de la banque dépositaire;*
- c) lorsque la direction ou la banque dépositaire se sont vu retirer l'autorisation d'exercer leur activité et qu'elles ne sont pas remplacées: par décision de l'autorité de surveillance. »*

Une fois que le fonds est dissout, il convient de le liquider. S'il reste un actif après liquidation, à savoir le produit de liquidation, il est réparti entre les investisseurs.⁷⁰⁹

11.4.6. Cas particulier : les fonds de placement immobilier.

11.4.6.1 Généralités.

Les fonds de placement immobilier sont régis par les articles 36ss LFP. Il s'agit de « *fonds dont les avoirs sont investis essentiellement en valeurs immobilières* »⁷¹⁰. Sont des valeurs immobilières (art. 36 al. 2 LFP) :

- « a) les immeubles et leurs accessoires; ils sont inscrits au registre foncier au nom de la direction, avec une annotation précisant leur appartenance au fonds immobilier;*
- b) les participations à des sociétés immobilières et les créances contre de telles sociétés dont le but est uniquement l'acquisition et la vente, ainsi que la location et le fermage de leurs immeubles pour autant que le fonds de placement détienne au moins deux tiers du capital et des voix de ces dernières. »*

*« S'agissant d'immeubles en copropriété, ceux-ci sont considérés comme valeurs immobilières au sens de la loi sur les fonds de placement pour autant que la direction soit en mesure d'exercer une influence prépondérante »*⁷¹¹(art. 36 al. 3 LFP).

11.4.6.2 Constitution et fonctionnement.

Pour créer un fonds de placement immobilier, il faut sélectionner des immeubles et les acheter. Il peut s'agir d'immeubles locatifs ou d'immeubles commerciaux. L'argent permettant d'acheter ces immeubles provient de différents investisseurs. Il s'agit ensuite de gérer les biens immobiliers et de générer un rendement.⁷¹² Les investisseurs sont rémunérés grâce aux revenus locatifs des immeubles concernés.⁷¹³

⁷⁰⁹ Cf. MONTAVON, p. 639.

⁷¹⁰ MONTAVON, p. 640.

⁷¹¹ MONTAVON, p. 641.

⁷¹² Le site internet www.courtapro.ch: « *les fonds de placement dans le domaine de l'immobilier : utilité et alternatives.* »

⁷¹³ Cf. le site internet www.reve-lemanique.ch/fond-placement/

Pour tout fonds de placement, il est nécessaire d'établir une politique d'investissement. Dans le cadre d'un fonds de placement immobilier, il faut déterminer le pourcentage d'immeubles que l'on va acheter en Suisse respectivement à l'étranger, le pourcentage d'immeubles commerciaux et d'immeubles locatifs à intégrer ainsi que les villes voire les pays où ces immeubles vont être acquis. D'autres points doivent encore être réglés.⁷¹⁴

Exemple : il faut aussi choisir la méthode d'évaluation des immeubles d'un point de vue comptable.

Ensuite, les placements doivent respecter la répartition des risques. En effet, « *pour assurer ses engagements, la direction doit conserver une part adéquate de la fortune du fonds sous forme de valeurs mobilières à court terme servant un intérêt fixe ou sous forme de fonds disponibles à court terme* » (art. 36 al. 4 LFP).

« (...) *afin de ne pas causer un préjudice au fonds de placement qui pourrait être surpris par une demande de remboursement en temps inopportun, l'investisseur qui souhaite le remboursement de ses parts doit en demander le remboursement pour la fin d'un exercice annuel moyennant un préavis de douze mois.* »⁷¹⁵

11.4.6.3 Placements directs, placements indirects et alternatives.

Les auteurs distinguent les placements directs et les placements indirects.

Exemples : l'achat d'un immeuble est un placement direct. L'achat de parts de fonds immobilier est un placement indirect.

Nous avons examiné le fonds de placement immobilier. Il s'agit d'un placement indirect mais il existe d'autres types de placements indirects en relation avec l'immobilier.

Exemple : le placement au travers de sociétés de gestion immobilière. Ce type de placement ne nécessite pas de grosses mises de fonds à l'image du fonds de placement immobilier. Lorsqu'une personne souhaite investir par un placement au travers d'une société de gestion immobilière, elle achète des actions. L'investissement se fait dans des actions et non dans des immeubles. « *La valeur du titre ne reflète en effet pas le prix des immeubles mais la bonne qualité de la gestion de la société.* »⁷¹⁶

BENDER, HOESLI et GAUD ont exposé dans leur article les avantages et les inconvénients des placements indirects : « *Le principal avantage des placements indirects porte sur les possibilités de diversification. Par ce biais, un investisseur peut en effet constituer un portefeuille optimal incluant de l'immobilier en achetant dans des proportions adéquates des parts de fonds immobiliers ou d'actions de sociétés immobilières. Il peut choisir des fonds déjà plus ou moins diversifiés par types de biens et/ou par zones géographiques, ou au contraire choisir lui-même les montants à investir dans des fonds spécialisés. Même les investisseurs de petite*

⁷¹⁴ Le site internet www.courtapro.ch: « *les fonds de placement dans le domaine de l'immobilier : utilité et alternatives.* »

⁷¹⁵ MONTAVON, p. 641.

⁷¹⁶ Le site internet www.courtapro.ch: « *les fonds de placement dans le domaine de l'immobilier : utilité et alternatives.* »

taille peuvent inclure dans leurs portefeuilles une part d'immobilier alors qu'ils n'auraient même pas la possibilité d'acheter un seul immeuble."

« Le deuxième avantage porte sur la gestion active d'un portefeuille. Il est en effet plus facile de compléter une position par l'achat de parts ou d'actions additionnelles que de racheter un immeuble."

« Le troisième avantage sur lequel nous aimerions insister concerne la gestion proprement dite des immeubles. Les fonds de placement et les sociétés immobilières, propriétaires de nombreux immeubles, devraient être à même de mettre sur pied un système de gestion performant. Ils ont de façon évidente une capacité de négociation que n'a pas l'investisseur privé en ce qui concerne les opérations courantes (commissions des régies, contrats d'entretien, etc.). Ils devraient également être à même de mieux définir une politique d'achat et de vente ainsi qu'une politique de rénovation et de réaffectation des immeubles dans une optique à long terme. "

"Les avantages mentionnés ci-dessus sont dans une certaine mesure théoriques. Dans la réalité en effet, ces avantages sont très fortement limités par l'étroitesse du marché de l'immobilier titrisé et par les coûts liés à la création d'une structure juridique indépendante que sont les fonds de placement immobiliers ou les sociétés immobilières."

"L'affirmation selon laquelle la gestion des immeubles par les fonds de placement et les sociétés immobilières devrait être plus efficace n'est pas évidente. Les directions en place ne sont pas nécessairement poussées à prendre les décisions les plus adéquates pour maximiser la richesse des actionnaires ou des porteurs de parts. Il peut y avoir des conflits d'intérêt entre les différentes parties concernées par l'achat, la vente et la gestion des immeubles. Il faut en effet que ces dernières (direction, conseil d'administration, régies, experts) soient totalement indépendantes les unes des autres. L'Association suisse des fonds de placement vient d'émettre des règles de conduite, en vigueur depuis le 1er août 2000, qui traitent notamment des conflits d'intérêt. Ces nouvelles règles laissent supposer que cette indépendance n'a pas toujours été observée. "

XII. LES REGLES COMPTABLES

12.1. Introduction⁷¹⁷.

Nous avons présenté les grands propriétaires collectifs en Suisse. Nous nous sommes intéressés à leur façon de gérer leur patrimoine foncier. Or la comptabilité est indissociable de la gestion et il est donc indispensable d'y consacrer un chapitre.

Nous allons examiner comment les « immobilisations corporelles » ("Anlagevermögen"), comme les terrains ou les constructions, sont évaluées et comptabilisées dans les comptes des sociétés suisses. Il existe plusieurs systèmes de normes comptables en Suisse. Cela permet aux sociétés d'avoir une comptabilité appropriée à leur structure. Nous allons analyser la question des immobilisations corporelles pour quatre de ces systèmes.

12.2. Systèmes de normes comptables.

12.2.1. Généralités.

Il existe des dispositions relatives à la comptabilité des sociétés dans la législation et plus particulièrement dans le CO. Ce dernier contient une réglementation succincte et le besoin s'est fait ressentir dans la pratique d'élaborer des normes détaillées et précises comme les normes RPC, les normes IAS / IFRS et les normes IPSAS.

Ces normes « ont été élaborées à titre de normes facultatives avec l'intention de leur conférer un caractère contraignant »⁷¹⁸. Elles peuvent être comparées à un label de qualité sur un produit. En effet, il n'est pas obligatoire d'appliquer ces normes mais, en pratique, les sociétés s'y soumettent car il s'agit d'un gage de fiabilité.

Exemple : les sociétés qui appliquent des normes comptables plus complexes que celles prévues par le CO acquièrent la possibilité de se faire coter en bourse et augmentent leur chance d'obtenir un crédit auprès d'une banque.

12.2.2. Règles comptables du Code des obligations (CO).

Le CO contient quelques règles de comptabilité dans la partie consacrée au droit des sociétés. Les articles 957ss CO laissent une grande marge de manœuvre aux sociétés pour l'établissement de leurs comptes⁷¹⁹.

« Quiconque a l'obligation de faire inscrire sa raison de commerce au registre du commerce » doit tenir une comptabilité (art. 957 al. 1 CO).

⁷¹⁷ Cet article se fonde principalement sur les ouvrages recommandés et les informations fournies par M. CAPT A., diplômé HEC, que nous remercions ici pour son aimable collaboration.

⁷¹⁸ Manuel suisse d'audit, p. 10.

⁷¹⁹ Les articles 957ss CO traitent de la comptabilité commerciale en général. Le législateur a également introduit des dispositions sur la comptabilité pour chacune des sociétés commerciales régies par le CO : art. 662ss CO pour la SA, art. 764 al. 2 CO (renvoi aux dispositions sur la SA) pour la SCA, art. 805 CO (renvoi aux dispositions sur la SA) pour la SÀRL, art. 858 al. 2 CO (renvoi aux dispositions sur la SA) pour la Coop.

Exemples : toute personne qui exploite une entreprise commerciale a l'obligation de tenir des comptes conformes au CO. Les filiales doivent également avoir une comptabilité commerciale propre dans la mesure où elles sont juridiquement indépendantes de la société mère. Les succursales n'ont pas cette indépendance et ne sont donc pas visées par l'article 957 al. 1 CO.⁷²⁰

Les règles comptables du CO obéissent notamment au principe de prudence. Selon ce principe, « *en cas de doute ou d'hésitation, il faut constamment choisir, entre deux valeurs, l'estimation la plus basse pour les actifs et la plus élevée pour les passifs* »⁷²¹.

Exemple : il ne faut jamais surévaluer un actif. En revanche, il est envisageable de le sous-évaluer en constituant *de facto* une réserve latente*⁷²². Si une société active un immeuble d'une valeur de (10) à une valeur de (8), elle constitue une réserve latente de (2). Si cette dernière diminue, il convient de l'indiquer.

Les réserves latentes n'apparaissent pas au bilan. En revanche, dès l'instant où elles sont réalisées, elles réapparaissent dans les annexes du bilan.

Exemple⁷²³ : une société achète un immeuble (1000). Elle a la possibilité de créer des réserves latentes car elle suit les règles comptables du CO et peut donc comptabiliser cet immeuble à une valeur inférieure à 1000, par exemple 800. Ces réserves latentes (1000 – 800 = 200), par définition, n'apparaissent pas au bilan. La société vend l'immeuble au moins à 1000.- francs. Les réserves latentes sont alors réalisées. Les annexes du bilan doivent contenir le total de ces réserves latentes.

12.2.3. Recommandations relatives à la présentation des comptes (normes RPC).

Les normes RPC sont les recommandations relatives à la présentation des comptes. Elles ont été développées par la profession suisse dans le but de préciser et compléter le CO. Nous verrons que des normes semblables existent au niveau international, à savoir les normes IAS/IFRS⁷²⁴.

Ces normes obéissent au principe de juste valeur, selon lequel il est faux de sous-évaluer mais également de sur-évaluer les actifs et les passifs. Il est donc impossible de constituer des réserves latentes.

Les biens sont activés au coût d'achat* auquel il faut soustraire les amortissements annuels correspondant à la durée d'utilisation du bien.

⁷²⁰ Cf. OBERSON, p. 110 et dans le présent ouvrage, chapitre IX.

⁷²¹ OBERSON, p. 122 et cf. Manuel suisse d'audit, p. 71. Voir également les articles 959 et 960 CO.

⁷²² Pour davantage d'informations sur les réserves latentes, cf. Manuel suisse d'audit, pp. 246ss et dans le présent ouvrage, chapitre IX.

⁷²³ Pour simplifier notre exemple, nous avons choisi de ne pas prendre en compte les amortissements.

⁷²⁴ Cf. Manuel suisse d'audit, pp. 10 et 11.

12.2.4. International Accounting Standards (normes IAS / IFRS).

Les normes IAS/IFRS sont des normes internationales. Les normes IAS sont les *International Accounting Standards*. Depuis 2005, les normes IAS ont été complétées par les normes IFRS, c'est-à-dire les *International Financial Reporting Standards*⁷²⁵.

Ces règles sont similaires aux normes RPC suisses mais sont plus complexes. Les sociétés qui les appliquent ont souvent des rapports annuels importants et détaillés. Il s'agit d'un système coûteux.

Ces normes, comme les RPC, obéissent au principe de juste valeur (cf. *supra* 12.2.3). Par conséquent, il n'est pas permis de créer des réserves latentes. Un actif doit donc être activé soit au coût d'achat auquel il faut soustraire les amortissements annuels correspondant à la durée d'utilisation du bien soit à la valeur de marché*. Si l'on choisit cette seconde option, l'actif doit être réévalué chaque année en fonction de la valeur actuelle du bien.

Le système américain, que nous ne traiterons pas en détails ici, est également admis. Il s'agit des normes USGaap (*United States Generally Accepted Accounting Procedure*).

12.2.5. International Public Sector Accounting Standards (normes IPSAS).

Les normes IPSAS sont les « *International Public Sector Accounting Standards* ». Elles correspondent aux normes IAS / IFRS mais sont adaptées au service public.

12.3. Quel système comptable pour quel type de société ?

Toutes les entreprises suisses doivent établir des états financiers conformes au CO. Il s'agit des comptes statutaires^{*726}.

En Suisse, les trente plus grosses capitalisations sont soumises, en plus, aux normes IAS / IFRS ou USGaap. Les autres sociétés cotées en bourse peuvent, quant à elles, utiliser les RPC comme alternative. Les normes RPC sont moins contraignantes que les normes IAS / IFRS.

Exemples : Les sociétés immobilières, les sociétés d'investissement et les sociétés d'importance plus régionales (*SWX Local Caps*) sont cotées en bourse. Cependant, seules 30 sociétés font partie des plus grosses capitalisations suisse. Il s'agit notamment de Nestlé, le Crédit Suisse, l'UBS et Novartis.⁷²⁷

Les sociétés non cotées en bourses n'ont pas l'obligation d'avoir un système supplémentaire. Elles peuvent se contenter des normes du CO mais parfois leurs actionnaires ou leur banque tiennent à consulter des comptes plus détaillés. En pratique, elles préfèrent cependant ne pas choisir les normes IAS / IFRS car c'est trop onéreux.

⁷²⁵ Cf. Manuel suisse d'audit, pp. 10 et 11.

⁷²⁶ Les professionnels de la fiscalité se basent précisément sur ces comptes statutaires dans le cadre de leur travail.

⁷²⁷ Cf. le site internet de la bourse suisse : www.swx.ch.

Les normes IPSAS sont à la disposition de l'administration publique. Elles ne sont pas encore appliquées uniformément par les cantons et les communes.

Remarques : la Confédération s'intéresse aux normes IPSAS et travaille sur des directives de mise en œuvre. Le canton de Genève devrait adopter ces normes l'année prochaine.

12.4. Immobilisations corporelles (Sachgüter)

12.4.1. Les généralités.

Nous aurons l'occasion de définir les « immobilisations corporelles » pour chacun des systèmes comptables précités et nous constaterons que la définition repose toujours sur l'idée que le bien est destiné à être utilisé durablement. Les terrains et les constructions, auxquels nous allons nous intéresser ci – dessous, sont des immobilisations corporelles⁷²⁸.

Il est important de préciser d'emblée que les terrains ne s'amortissent pas, quelle que soit la norme comptable utilisée⁷²⁹. En effet, ils ont une durée d'utilisation illimitée. A l'inverse, les immeubles doivent être amortis.

12.4.2. Immobilisations corporelles selon le CO.

Les immobilisations corporelles sont portées au bilan (art. 663a al. 1 CO). Les actifs utilisés durablement par l'entreprise répondent à cette définition. La durée d'utilisation de l'actif, à savoir de plus d'un exercice comptable, est déterminante pour le classer dans la catégorie des actifs immobilisés.

Exemples : les biens-fonds bâtis ou non-bâtis, à savoir les terrains, ainsi que les constructions sont des immobilisations corporelles⁷³⁰. Les ateliers, les usines, les entrepôts, les chantiers, les bâtiments commerciaux et administratifs et les immeubles d'habitation sont des constructions.⁷³¹

Il est recommandé d'établir des comptes détaillés avec, si possible, des postes distincts pour chacune des catégories d'actifs immobilisés.

Exemple : si l'entreprise possède des terrains et des constructions, il est judicieux d'établir un poste pour les terrains et un autre pour les constructions⁷³².

« L'actif immobilisé peut être évalué au plus à son prix d'acquisition ou à son coût de revient, déduction faite des amortissements nécessaires. » (art. 665 CO). « Des amortissements, corrections de valeur et provisions pour risques et charges sont effectués dans la mesure où ils

⁷²⁸ Il existe d'autres exemples d'immobilisations corporelles et certains d'entre eux obéissent à des règles tout à fait particulières. Cependant, notre texte ne s'adresse pas à des professionnels de la comptabilité et nous avons donc restreint volontairement notre étude aux règles principales.

⁷²⁹ Il n'y a effectivement pas d'amortissements réguliers. Néanmoins, un amortissement exceptionnel serait nécessaire si la valeur du terrain venait à baisser considérablement.

⁷³⁰ Cf. Manuel suisse d'audit, p. 181.

⁷³¹ Cf. Manuel suisse d'audit, p. 188.

⁷³² Cf. Manuel suisse d'audit, p. 183.

sont nécessaires selon les principes généralement admis dans le commerce » (art. 669 al. 1 i.i. CO)⁷³³. Les amortissements sont basés sur les règles fixées à cet effet par l'entreprise. Il s'agit du plan d'amortissement⁷³⁴.

Remarque: les amortissements sont nécessaires car un bien n'est pas éternel. Il s'use et perd de la valeur. A plus ou moins long terme, un actif a une valeur de zéro. Les amortissements permettent de tenir compte de cette perte de valeur dans les comptes d'une entreprise.

Pour respecter le principe de prudence, les entreprises peuvent sous-évaluer leurs actifs et créer des réserves latentes. En revanche, l'évaluation est limitée vers le haut car l'actif ne peut presque jamais dépasser sa valeur d'acquisition. Il y a tout de même une exception prévue par le droit de la SA. En effet, si la situation financière de l'entreprise est critique, il est possible de déroger aux règles sur l'évaluation maximale de l'actif immobilisé. « *Si la moitié du capital- actions et des réserves légales n'est plus couverte par suite d'une perte résultant du bilan, les immeubles (...) dont la valeur réelle dépasse le prix d'acquisition ou le coût de revient peuvent être réévalués au plus jusqu'à concurrence de cette valeur afin d'équilibrer le bilan déficitaire. Le montant de la réévaluation doit figurer séparément au bilan comme réserve de réévaluation* » (art. 670 al. 1 CO ; voir aussi art. 725 al. 1 CO).

Résumé : si le total des actifs moins le total des dettes est inférieur à la moitié du capital – actions, la société concernée a le droit de réévaluer ses immeubles à leur valeur de marché afin d'augmenter le total des actifs⁷³⁵.

Ensuite, dans le cas particulier où une construction est bâtie sur le fonds d'autrui, l'amortissement doit être établi sur la base du contrat de superficie. De plus, « *si le superficiaire s'est engagé à remettre le terrain en l'état initial à l'expiration du contrat, une provision couvrant les frais correspondants doit être créée.* »⁷³⁶, afin de pouvoir procéder notamment au déséquipement.

L'achat (respectivement la vente) doit être comptabilisé lors de la livraison et au plus tard lors du transfert de la propriété⁷³⁷.

12.4.3. Immobilisations corporelles selon les normes RPC.

Les immobilisations corporelles sont régies par la norme RPC 18⁷³⁸ : « *les immobilisations corporelles (...) existent de manière physique et sont utilisées pour la fabrication de produits, pour des prestations de service ou à des fins d'investissement. Elles peuvent soit être acquises soit être créées par l'entreprise elle – même* » (norme RPC 18 ch. 1). Pour qu'un actif soit considéré comme immobilisé, il faut qu'il soit utilisé sur la durée.

⁷³³ Le terme allemand pour le « coût de revient » est « *Herstellungskost* ».

⁷³⁴ Cf. Manuel suisse d'audit, p. 183. Comme nous l'avons précisé ci-dessus, les autorités fiscales utilisent des comptes établis conformément au CO, à savoir les comptes statutaires. Elles ont également leur mot à dire s'agissant des amortissements. A cet effet, elles ont édicté plusieurs notices et notamment une notice concernant les amortissements sur les valeurs immobilisées des entreprises commerciales ainsi qu'une notice concernant les amortissements sur les valeurs immobilisées des entreprises agricoles et sylvicoles.

⁷³⁵ Cf. Manuel suisse d'audit, p. 192.

⁷³⁶ Manuel suisse d'audit, p. 191.

⁷³⁷ Cf. Manuel suisse d'audit, p. 181.

⁷³⁸ Cf. Swiss GAAP RPC, pp. 113ss.

Exemples: les terrains et les constructions sont des immobilisations corporelles (norme RPC 18 ch. 2).

Au sens du ch. 6 de la norme RPC 18, « *les immobilisations corporelles seront saisies à leur valeur d'acquisition ou de fabrication (...)* ». « *Dans l'évaluation postérieure (...), les immobilisations corporelles seront portées au bilan dans les comptes annuels à leurs valeurs d'acquisition ou à leurs valeurs de fabrication activées, sous déduction des amortissements cumulés* » (norme RPC 18 ch. 8). Il doit donc y avoir un plan d'amortissement (norme RPC 18 ch. 9). Ensuite, il faut regarder périodiquement si les amortissements prévus sont suffisants. Si la valeur du bien est inférieure à sa valeur comptable, il faut effectuer des amortissements supplémentaires (norme RPC 18 ch. 10).

12.4.4. Immobilisations corporelles selon les normes IAS / IFRS.

Les immobilisations corporelles sont régies par la norme IAS / IFRS 16.⁷³⁹

Les immobilisations corporelles sont « *des actifs corporels* :

- *destinés à être utilisés dans la production de biens ou la fourniture de services, la location à des tiers ou l'administration de l'entreprise,*
- *pendant plus d'une période comptable* »⁷⁴⁰.

Il y a deux méthodes possibles pour activer ces immobilisations corporelles:

a) Méthode de l'amortissement : « *Les immobilisations corporelles sont, comme tous les actifs, comptabilisées au coût d'acquisition ou, si elles sont fabriquées par l'entreprise elle-même, au coût de production*»,⁷⁴¹ (cf. *supra* 12.2.3 : le principe de juste valeur).

Si une société possède des terrains et des bâtiments, elle doit les évaluer et les comptabiliser séparément. En effet, les bâtiments sont amortis alors que les terrains ne le sont pas, leur durée d'utilisation étant illimitée⁷⁴².

« *Les immobilisations corporelles doivent être amorties de manière systématique sur leur durée d'utilisation.* »⁷⁴³ Cela signifie que, au moment de la comptabilisation de l'actif, il est obligatoire de choisir une méthode pour amortir et de l'appliquer par la suite régulièrement. Pour établir le plan d'amortissement, il est possible de se baser sur la période pendant laquelle l'entreprise compte utiliser le bien mais aussi sur le nombre d'unités de production qu'elle espère retirer de l'actif.⁷⁴⁴

⁷³⁹ Cf. RAFFOURNIER, p. 131. Les immeubles de placement* obéissent à une règle spécifiques (norme IAS 40). S'agissant des points qui nous intéressent, il n'y a aucune différence notable entre les normes IAS / IFRS 16 et 40.

⁷⁴⁰ RAFFOURNIER, p. 131.

⁷⁴¹ RAFFOURNIER, p. 132.

⁷⁴² Cf. RAFFOURNIER, p. 131.

⁷⁴³ RAFFOURNIER, p. 136.

⁷⁴⁴ Cf. RAFFOURNIER, p. 137.

La méthode et la durée d'amortissement doivent être périodiquement examinés voire corrigés si nécessaire.

b) Méthode de la réévaluation : Les actifs sont évalués à leur juste valeur, à savoir généralement à la valeur de marché. Ces évaluations doivent être faites régulièrement, c'est – à – dire en principe chaque année⁷⁴⁵.

12.4.5. Immobilisations corporelles selon les normes IPSAS⁷⁴⁶.

Les immobilisations corporelles sont traitées à la norme IPSAS 17 qui est largement calquée sur la norme IAS/IFRS 16. S'agissant des immobilisations corporelles, il n'y a donc pas de différences significatives entre les normes IAS / IFRS et les normes IPSAS.

Voici cependant des extraits de la norme IPSAS 17 (*pro memoria*):

« 2. La présente Norme s'applique à toutes les entités du secteur public à l'exception des entreprises publiques. »

SECTEUR PUBLIC

« 11. Les entreprises publiques sont tenues de se conformer aux Normes comptables internationales (IAS) publiées par l'International Accounting Standards Committee. La recommandation (Guideline) n° 1 Reporting financier des entreprises publiques publiée par le Public Sector Committee (Comité du secteur public) note que les IAS s'appliquent à toutes les entreprises commerciales, qu'elles appartiennent au secteur privé ou au secteur public. Ainsi, pour les entreprises publiques, la recommandation n°1 (Guideline) préconise de présenter des états financiers conformes aux IAS pour tous leurs aspects significatifs. »

« 12. (...) Les immobilisations corporelles sont des actifs corporels: (a) qui sont détenus par une entité soit pour être utilisés dans la production ou la fourniture de biens ou de services, soit pour être loués à des tiers, soit à des fins administratives; et (b) dont on s'attend à ce qu'ils soient utilisés sur plus d'un exercice. (...) »

« Évaluation initiale des immobilisations corporelles :

22. Une immobilisation corporelle* qui remplit les conditions pour être comptabilisée en tant qu'actif doit être initialement évaluée à son coût.

23. Si un actif est acquis pour un coût nul ou symbolique, son coût représente sa juste valeur à la date de l'acquisition. »

« Évaluation postérieure à la comptabilisation initiale
Traitement de référence

38. Après sa comptabilisation initiale en tant qu'actif, une immobilisation corporelle doit être comptabilisée à son coût diminué du cumul des amortissements et du cumul des pertes de

⁷⁴⁵ Cf. RAFFOURNIER, pp. 140ss.

⁷⁴⁶ Cf. le site internet www.ifac.org/Members/Source_Files/Public_Sector/FA21_IPSAS_17.pdf.

valeur.

(...)

39. Après sa comptabilisation initiale en tant qu'actif, une immobilisation corporelle doit être comptabilisée à son montant réévalué, à savoir sa juste valeur à la date de la réévaluation, diminuée du cumul des amortissements ultérieurs et du cumul des pertes de valeur ultérieures.

Les réévaluations doivent être effectuées avec une régularité suffisante pour que la valeur comptable ne diffère pas de façon significative de celle qui aurait été déterminée en utilisant la juste valeur à la date de reporting. Les paragraphes 49 à 51 exposent le traitement comptable à appliquer aux réévaluations. »

« 46. Lorsqu'une immobilisation corporelle est réévaluée, toute la catégorie des immobilisations corporelles dont fait partie cet actif doit être réévaluée. »

12.5. Exemples chiffrés.

Nous avons choisi une maison pour illustrer la théorie sur les immobilisations corporelles. Pour comprendre cet exemple, il faut considérer que nous sommes le 1^{er} janvier 2005.

- Valeur payée lors de l'acquisition du bien le 1^{er} janvier 2000 (valeur d'achat*) = 100.
- Valeur du bien s'il était revendu le 1^{er} janvier 2005 (valeur de marché) = 120.
- Nous prévoyons d'utiliser cette maison pendant 50 ans. Pour cela, il va falloir amortir 2% par an.

A quelle valeur maximale et comment cet actif doit-il être évalué au 1^{er} janvier 2005 dans les trois principaux systèmes étudiés?

- **CO** : la valeur maximale du bien dans le bilan de la société est de 100 moins les amortissements de 10 ($100 \times 2\% \times 5$ ans), donc une valeur de 90. La société a la possibilité de le faire figurer pour une valeur inférieure afin de créer des réserves latentes et d'éviter une imposition fiscale trop importante.
- **RPC** : la valeur du bien dans le bilan de la société est de 100 moins les amortissements de 10 ($100 \times 2\% \times 5$ ans), donc une valeur de 90. La société n'a pas le droit de faire figurer le bien pour une valeur inférieure.
- **IAS / IFRS** : la société a le choix entre deux options. Soit elle utilise la valeur de marché et elle peut donc faire figurer le bien à sa valeur actuelle de 120 (pas d'amortissements) ; soit elle utilise le principe de la valeur d'acquisition et la valorisation est alors la même que pour les RPC (90).

Si des travaux sont envisagés sur cet immeuble, il faut envisager deux hypothèses. Soit il s'agit de travaux de maintenance, auquel cas ils ne peuvent être activés ; soit il s'agit de travaux qui apportent une plus – value, auquel cas ils doivent être activés et ceci sans oublier les amortissements.

12.6. Conclusion.

Il est très difficile de se fier aux états financiers du CO pour juger de la valeur des immobilisations corporelles puisque des réserves latentes peuvent être créées à volonté par les dirigeants d'entreprise.

Les normes RPC et IAS / IFRS sont plus fiables et laissent moins de liberté d'appréciation aux dirigeants d'entreprise.

Enfin, les normes IPSAS mériteraient d'être appliquées par la majorité des autorités étatiques afin qu'il y ait une certaine transparence dans la tenue des comptes dans le secteur public. Cela faciliterait aussi les comparaisons intercantionales voire internationales.

XIII. FISCALITE

13.1. Introduction.

Nous avons étudié les grands propriétaires collectifs suisses, leur structure et leur manière de gérer la propriété foncière. Notre exposé serait incomplet si nous ne présentions pas les règles de droit fiscal touchant ces personnes morales. En effet, nous avons recouru à plusieurs reprises à des notions de droit fiscal et il s'agit de compléter au mieux le chapitre relatif à la comptabilité⁷⁴⁷.

13.2. Personnes morales assujetties.

Les personnes morales sont des sujets de droit fiscal au même titre que les personnes physiques. « *Le droit fiscal leur reconnaît une capacité contributive propre et distincte de celle de leurs membres (actionnaires, associés, fondateurs).* »⁷⁴⁸

Les personnes morales au sens du droit fiscal sont toutes les sociétés auxquelles le droit privé ou public reconnaît la personnalité juridique. Les associations, les fondations, les SA, les SARL, les SCA et les Coop. sont des personnes morales au sens du droit fiscal (art. 49 al. 1 LIFD et 20 al. 1 LHID).⁷⁴⁹ Par conséquent, les sociétés simples, les SNC et les SC ne sont pas des sujets fiscaux.

Certaines personnes morales sont des sujets fiscaux mais bénéficient d'une exonération sur tout ou partie de leur bénéfice. Les personnes morales exonérées sont (art. 56 LIFD et 23 LHID):

- la Confédération et ses établissements ;
- les cantons et leurs établissements ;
- les communes et leurs établissements ;
- les institutions de prévoyance professionnelle d'entreprises qui ont leur siège ou un établissement stable en Suisse ;
- les personnes morales de droit public ou privé qui poursuivent des buts de services publics ou de pure utilité publique ; et
- les personnes morales qui poursuivent sur le plan national des buts culturels.⁷⁵⁰

13.3. Impôt sur le bénéfice.

L'impôt sur le bénéfice porte sur le bénéfice net (art. 57 al. 1 et 58 al. 1 LIFD ainsi que 24 al. 1 LHID). « *L'imposition du bénéfice des personnes morales repose donc sur le bénéfice tel qu'il découle du compte de pertes et profits établi selon les règles du droit commercial. Le bilan commercial est donc déterminant également en droit fiscal* »⁷⁵¹.

⁷⁴⁷ Cf. dans le présent ouvrage, chapitre XII.

⁷⁴⁸ OBERSON, Droit fiscal suisse, p. 169.

⁷⁴⁹ Cf. OBERSON, Droit fiscal suisse, pp. 169.

⁷⁵⁰ Cf. OBERSON., Droit fiscal suisse, pp. 170 et 177ss.

⁷⁵¹ OBERSON, Droit fiscal suisse, p. 181 et cf. dans le présent ouvrage, chapitre XII.

Toutes les charges justifiées par l'usage commercial sont déductibles (art. 59 LIFD et 25 LHID).

Exemples : les frais généraux, les amortissements et les provisions sont des charges justifiées par l'usage commercial.⁷⁵²

Les bénéfices d'une société de capitaux (p. ex. la SA) sont soumis à la double imposition⁷⁵³. « *Les profits générés par la société sont en effet frappés de l'impôt une première fois auprès de cette dernière, puis une seconde fois lors de la distribution aux actionnaires.* »⁷⁵⁴ En effet, les dividendes, les parts de bénéfices, les excédents de liquidation et tous les autres avantages appréciables en argent qui ne constituent pas un remboursement du capital social sont des distributions de bénéfices imposables dans le chef de l'actionnaire.⁷⁵⁵

Nous avons parlé à de multiples reprises des réserves latentes⁷⁵⁶. Ces dernières ne permettent aucunement aux sociétés qui les utilisent d'échapper aux impôts. En effet, elles font l'objet d'une imposition lors de leur réalisation (sauf en cas de remploi).⁷⁵⁷

Exemple : lorsqu'un immeuble est vendu, les réserves latentes sont réalisées et la société vendeuse doit alors payer un impôt sur le bénéfice tiré de la vente.

13.4. La fiscalité des associations et des fondations.

Certaines associations et fondations sont exonérées pour des motifs d'utilité publique. Si tel n'est pas le cas, elles payent un impôt sur le bénéfice net et un impôt sur le capital comme les autres personnes morales. Cependant, leur imposition obéit à quelques règles particulières.

Tout d'abord, « *les cotisations versées aux associations par leurs membres, de même que les apports à la fortune des fondations, ne font pas partie du bénéfice imposable, (art. 66 al. 1 LIFD).* »⁷⁵⁸.

Exemple : X décide de créer une fondation. Il est propriétaire d'un immeuble qu'il transfère dans le patrimoine de cette dernière. Cet immeuble ne fait pas partie du bénéfice imposable de la fondation.

« *Les associations peuvent en outre déduire de leurs recettes imposables toutes les dépenses liées à l'acquisition de ces recettes ; les autres dépenses ne sont déductibles que si elles excèdent le montant des cotisations des membres (art. 66 al. 2 LIFD)* »⁷⁵⁹.

⁷⁵² Cf. OBERSON, Droit fiscal suisse, pp. 184ss.

⁷⁵³ Cf. dans le présent ouvrage, chapitre IX.

⁷⁵⁴ OBERSON, Droit fiscal suisse, pp. 187.

⁷⁵⁵ Cf. OBERSON, Droit fiscal suisse, pp. 187 – 188.

⁷⁵⁶ Cf. dans le présent ouvrage, chapitre XII.

⁷⁵⁷ Cf. OBERSON, Droit fiscal suisse, pp. 193ss.

⁷⁵⁸ OBERSON, Droit fiscal suisse, p. 208.

⁷⁵⁹ OBERSON, Droit fiscal suisse, p. 208.

13.5. Taux de l'impôt sur le bénéfice.

Les sociétés de capitaux et les coopératives sont imposées à raison de 8,5 % du bénéfice net (art. 68 LIFD).

Les associations et les fondations sont imposées à raison de 4,25 % du bénéfice net mais elles ne payent pas d'impôt si le bénéfice n'atteint pas 5'000.- francs (art. 71 LIFD).⁷⁶⁰

13.6. Impôt sur le capital.

L'impôt sur le capital n'existe plus au niveau fédéral depuis le 1^{er} janvier 1998. « *Pendant longtemps l'impôt sur le capital a été conçu – du moins en droit fédéral – comme un impôt complémentaire à l'impôt sur le bénéfice destiné à corriger la charge fiscale des sociétés disposant d'importants fonds propres et qui, en raison du système d'imposition en fonction du rendement, n'acquittaient qu'un faible impôt sur le bénéfice (FF 1997 II 1083).* »⁷⁶¹ Depuis 1998, l'impôt fédéral a un taux d'imposition proportionnel fixe sur les bénéfices (cf. *supra* 13.5 : 8,5 % pour les sociétés de capitaux et les sociétés coopératives) et cela a justifié la disparition de l'impôt fédéral sur le capital.

En revanche, les cantons connaissent encore l'impôt sur le capital (voir les droits cantonaux).

13.7. Impositions des personnes morales en chiffre (période fiscale 2001)⁷⁶².

Impôt fédéral direct				
Période fiscale 2001				
Personnes morales				
SUISSE				
Résultats d'ensemble				
<i>Nb.</i>	<i>Contri-</i>	<i>Eléments imposables</i>	<i>Rendement de l'impôt</i>	<i>Genres</i>
<i>buables</i>				
	1'000 Fr.		Fr.	
				Sociétés anonymes et S.à r.l.
				Bénéfice net imposable
118'314	0.0	0		- Sans bénéfice net

⁷⁶⁰ Cf. OBERSON, Droit fiscal suisse, pp. 210 – 211.

⁷⁶¹ OBERSON, Droit fiscal Suisse, p. 212.

⁷⁶² Nous ne pouvons pas vérifier les données de ces tableaux sur la base du peu d'informations que nous avons à disposition. En effet, la taxation fiscale repose sur de nombreux critères. Néanmoins, il est intéressant de connaître le nombre de chaque type de sociétés et la quantité d'éléments imposables qui leur appartiennent.

XIII. Fiscalité

100'459	133'882'606.6	4'929'228'821	- Avec bénéfice net
218'773	133'882'606.6	4'929'228'821	- Total
182'286	991'338'545.0	0	Capital propre
			Sociétés coopératives
			Bénéfice net imposable
7'276	0.0	0	- Sans bénéfice net
4'865	745'037.0	55'064'257	- Avec bénéfice net
12'141	745'037.0	55'064'257	- Total
9'718	13'582'141.0	0	Capital propre
			Associations, fondations, autres ainsi que fonds de placement
			Revenu imposable
8'011	0.0	0	- Sans revenu
3'663	541'049.4	21'357'952	- Avec revenu
11'674	541'049.4	21'357'952	- Total
5'919	12'136'246.0	0	Fortune
			TOTAL
			Bénéfice net imposable ou revenu imposable
133'601	0.0	0	- Sans bénéfice net/Revenu
108'987	135'168'693.0	5'005'651'030	- Avec bénéfice net/Revenu
242'588	135'168'693.0	5'005'651'030	- Total
197'923	1'017'056'932.0	0	Capital propre/Fortune

Tableau 4: personnes morales, impôt fédéral direct, période fiscale 2001⁷⁶³.

⁷⁶³ Cf. le site internet www.estv.admin.ch. Nous avons légèrement modifié le tableau établi par l'administration fédérale des contributions pour des raisons pratiques mais nous avons utilisé les mêmes données.

Impôt fédéral direct
Période fiscale 2001
Personnes morales

CANTON DE VAUD

Résultats d'ensemble

Nb. Contribuables	Eléments imposables 1'000 Fr.	Rendement de l'impôt Fr.	Genres
			Sociétés anonymes et S.à r.l.
			Bénéfice net imposable
7'899	0.0	0	- Sans bénéfice net
7'238	7'871'753.9	330'182'780	- Avec bénéfice net
15'137	7'871'753.9	330'182'780	- Total
14'747	56'098'818.0	0	Capital propre
			Sociétés coopératives
			Bénéfice net imposable
568	0.0	0	- Sans bénéfice net
430	46'916.1	3'718'021	- Avec bénéfice net
998	46'916.1	3'718'021	- Total
951	562'432.0	0	Capital propre
			Associations, fondations, autres ainsi que fonds de placement
			Revenu imposable
741	0.0	0	- Sans revenu
436	17'143.5	640'265	- Avec revenu
1'177	17'143.5	640'265	- Total
1'008	402'871.0	0	Fortune
			TOTAL
			Bénéfice net imposable ou

XIII. Fiscalité

			revenu imposable
9'208	0.0	0	- Sans bénéfice net/Revenu
8'104	7'935'813.5	334'541'066	- Avec bénéfice net/Revenu
17'312	7'935'813.5	334'541'066	- Total
16'706	57'064'121.0	0	Capital propre/Fortune

Tableau 5 : personnes morales, impôt cantonal direct (Vaud), période fiscale 2001⁷⁶⁴.

⁷⁶⁴ Cf. le site internet www.estv.admin.ch. Nous avons légèrement modifié le tableau établi par l'administration fédérale des contributions pour des raisons pratiques mais nous avons utilisé les mêmes données.

XIV. LOI FEDERALE SUR LA FUSION, LA SCISSION, LA TRANSFORMATION ET LE TRANSFERT DE PATRIMOINE (LFUS).

14.1. Introduction.

Nous avons constaté que les grands propriétaires collectifs suisses peuvent revêtir différentes structures. Nous souhaitons présenter ici les possibilités pour ces propriétaires de passer d'une structure à une autre.

<p><u>Exemple</u> : est-il possible de transformer une SA en SARL ou une SARL en SA ?</p>

La loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (dite loi sur la fusion; ci- après LFus) a été adoptée en 2003. Auparavant, les cas de restructuration étaient réglés par des dispositions éparées du CO et par la jurisprudence. Cette situation a engendré une certaine insécurité juridique et il a été nécessaire d'adopter une loi régissant l'ensemble de la problématique, à savoir la LFus.⁷⁶⁵

La LFus « règle l'adaptation des structures juridiques des sociétés de capitaux, des sociétés en nom collectif, des sociétés en commandite, des sociétés coopératives, des associations, des fondations et des entreprises individuelles par voie de fusion, de scission, de transformation et de transfert de patrimoine » (art. 1 al. 1 LFus).

L'intérêt de cette loi est de garantir la sécurité du droit et la transparence tout en protégeant les créanciers, les travailleurs et les personnes disposant de participations minoritaires (art. 1 al. 2 LFus).

14.2. Fusion des sociétés (Fusion von Gesellschaften).

La LFus ne donne pas une définition précise de la fusion. Le commentaire de la loi s'est contenté de reprendre la définition donnée par le Message du Conseil fédéral selon lequel « la fusion est la réunion juridique de deux sociétés ou plus sans liquidation, par transfert de patrimoine et, en général, contre attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat de la société reprenante aux associés de la société transférante »⁷⁶⁶.

La fusion de sociétés peut prendre deux formes (art. 3 LFus)⁷⁶⁷ :

- la fusion par absorption : une société reprend le patrimoine d'une ou plusieurs autres sociétés ; ou

⁷⁶⁵ Cf. PETER, Commentaire LFus *ad* art. 1, pp. 5ss pour davantage d'informations sur l'ancien droit.

⁷⁶⁶ TRIGO TRINDADE, Commentaire LFus *ad* art. 3, pp. 32 – 33 sur la base de la FF 2000 3995 spéc. 4046. Cf. également PETER H., Commentaire LFus *ad* art. 2, p. 28 : la société « transférante » est le sujet qui transfère des droits et / ou des obligations à un autre sujet quel que soit le type de restructuration visée à l'exception de la transformation. Cette notion s'oppose à celle de « société reprenante » qui désigne le sujet qui reprend les droits et / ou les obligations transférés quel que soit le type de restructuration concerné, à l'exception à nouveau de la transformation.

⁷⁶⁷ Cf. TRIGO TRINDADE, Commentaire LFus *ad* art. 3, pp. 37 – 38.

- la fusion par combinaison : deux ou plusieurs sociétés fusionnent afin de former une nouvelle société.

L'article 4 de la LFus énumère exhaustivement les cas de fusion autorisés :

«¹ Les sociétés de capitaux peuvent fusionner:

- a. avec des sociétés de capitaux;
- b. avec des sociétés coopératives;
- c. en tant que sociétés reprenantes, avec des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite;
- d. en tant que sociétés reprenantes, avec des associations inscrites au registre du commerce.

² Les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite peuvent fusionner:

- a. avec des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite;
- b. en tant que sociétés transférantes, avec des sociétés de capitaux;
- c. en tant que sociétés transférantes, avec des sociétés coopératives.

³ Les sociétés coopératives peuvent fusionner:

- a. avec des sociétés coopératives;
- b. avec des sociétés de capitaux;
- c. en tant que sociétés reprenantes, avec des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite;
- d. en tant que sociétés reprenantes, avec des associations inscrites au registre du commerce;
- e. si elles ne disposent pas de capital social, en tant que sociétés transférantes, avec des associations inscrites au registre du commerce.

⁴ Les associations peuvent fusionner avec des associations. Les associations inscrites au registre du commerce peuvent en outre fusionner:

- a. en tant que sociétés transférantes, avec des sociétés de capitaux;
- b. en tant que sociétés transférantes, avec des sociétés coopératives;
- c. en tant que sociétés reprenantes, avec des sociétés coopératives sans capital social. »⁷⁶⁸

Cet article est exhaustif. Tous les autres types de fusion sont en effet prohibés.

Sociétés reprenantes → Sociétés transférantes ↓	SNC	SC	SA	SCA	SARL	Coop. (avec capital social)	Coop. (sans capital social)	Association
SNC	4 II a	4 II a	4 I c et 4 II b	4 I c et 4 II b	4 I c et 4 II b	4 II c et 4 III c	4 II c et 4 III c	
SC	4 II a	4 II a	4 I c et 4 II b	4 I c et 4 II b	4 I c et 4 II b	4 II c et 4 III c	4 II c et 4 III c	
SA			4 I a	4 I a	4 I a	4 I b et 4 III b	4 I b et 4 III b	
SCA			4 I a	4 I a	4 I a	4 I b et 4 III b	4 I b et 4 III b	
SARL			4 I a	4 I a	4 I a	4 I b et 4 III b	4 I b et 4 III b	

⁷⁶⁸ Lorsque la LFus traite des « sociétés de capitaux », elle fait référence aux sociétés anonymes, aux sociétés en commandite par actions et aux sociétés à responsabilité limitée (art. 2 let. c LFus).

<i>Coop. (avec capital social)</i>			4 I b et 4 III b	4 I b et 4 III b	4 I b et 4 III b	4 III a	4 III a	
<i>Coop. (sans capital social)</i>			4 I b et 4 III b	4 I b et 4 III b	4 I b et 4 III b	4 III a	4 III a	4 IV c et 4 III e
<i>Association</i>			4 I d et 4 IV a	4 I d et 4 IV a	4 I d et 4 IV a	4 III d et 4 IV b	4 III d et 4 IV b	4 IV, 1 ^{ère} phrase

Tableau 6: fusions admises⁷⁶⁹.

La LFus prévoit encore des solutions pour les sociétés en liquidation ou en difficulté. En effet, la fusion avec une société en liquidation est envisageable aux conditions de l'article 5 LFus. L'article 6 de cette même loi prévoit également des solutions lorsqu'une société est dans une situation de perte de capital ou de surendettement (art. 725 CO)⁷⁷⁰.

Les articles 7ss LFus règlent les modalités de la fusion. Ils traitent par conséquent :

- des parts sociales et des droits de sociétariat des associés ;
- de l'augmentation de capital ;
- de la fondation d'une nouvelle société en cas de fusion par combinaison ;
- du bilan intermédiaire à établir en cas de fusion ;
- du contrat de fusion, du rapport de fusion et du droit de consultation des différents documents ;
- de la décision de fusion et de l'inscription au registre du commerce ;
- de la fusion simplifiée de sociétés de capitaux dans certaines situations ; et
- de la protection des créanciers et des travailleurs.

14.3. Scission de sociétés (*Spaltung von Gesellschaften*).

La scission est l'opération inverse de la fusion. En effet, le patrimoine et les associés d'une société sont répartis entre deux ou plusieurs sociétés.⁷⁷¹

Au sens de l'article 29 LFus «¹ *La scission d'une société peut résulter:*

a. soit de la division de l'ensemble de son patrimoine et du transfert des parts de ce dernier à d'autres sociétés; ses associés reçoivent des parts sociales ou des droits de sociétariat des sociétés reprenantes; la société transférante est dissoute et radiée du registre du commerce (division); »⁷⁷²

« *b. soit du transfert d'une ou de plusieurs parts de son patrimoine à d'autres sociétés; ses associés reçoivent des parts sociales ou des droits de sociétariat des sociétés reprenantes (séparation)* »⁷⁷³.

⁷⁶⁹ Tableau tiré de TRIGO TRINDADE, Commentaire LFus *ad* art. 4, p. 46. Pour des raisons pratiques, nous nous sommes permis d'apporter quelques modifications formelles. Remarque : l'association doit être inscrite au RC pour pouvoir fusionner avec une autre structure qu'une association.

⁷⁷⁰ Cf. dans le présent ouvrage, chapitre XII.

⁷⁷¹ Cf. BAHAR, Commentaire LFus *ad* art. 29, p. 466.

⁷⁷² Cf. BAHAR, Commentaire LFus *ad* art. 29, p. 475.

⁷⁷³ Cf. BAHAR, Commentaire LFus *ad* art. 29, p. 475.

Les scissions autorisées sont celles des sociétés de capitaux et des sociétés coopératives en sociétés de capitaux et en sociétés coopératives (art. 30 LFus).

	SNC / SC	SA / SCA	SARL	Coop.	Association	Fondation
SNC / SC						
SA / SCA		Art. 30 LFus	Art. 30 LFus	Art. 30 LFus		
SARL		Art. 30 LFus	Art. 30 LFus	Art. 30 LFus		
Coop.		Art. 30 LFus	Art. 30 LFus	Art. 30 LFus		
Association						
Fondation						

Tableau 7: scissions admises⁷⁷⁴.

Les articles 31ss LFus règlent les modalités de la scission de sociétés. Ce sont les mêmes que celles énumérées pour la fusion de sociétés (cf. *supra* 14.2).

14.4. Transformation de sociétés (*Umwandlung von Gesellschaften*).

Une société qui se transforme change de forme juridique (art. 53 LFus). L'article 54 LFus énumère exhaustivement les cas de transformation autorisés :

« ¹ Une société de capitaux peut se transformer:

- a. en une société de capitaux de forme juridique différente;
- b. en une société coopérative.

² Une société en nom collectif peut se transformer:

- a. en une société de capitaux;
- b. en une société coopérative;
- c. en une société en commandite.

³ Une société en commandite peut se transformer:

- a. en une société de capitaux;
- b. en une société coopérative;
- c. en une société en nom collectif.

⁴ Une société coopérative peut se transformer:

- a. en une société de capitaux;
- b. si elle ne dispose pas d'un capital social, en une association qui sera inscrite au registre du commerce.

⁵ Une association peut, si elle est inscrite au registre du commerce, se transformer en une société de capitaux ou en une société coopérative. »⁷⁷⁵

L'article 55 donne des précisions pour les transformations de sociétés en nom collectif et de sociétés en commandite :

« ¹ Une société en nom collectif peut se transformer en une société en commandite par:

⁷⁷⁴ Tableau tiré de BAHAR, Commentaire LFus *ad* art. 30, p. 482. Pour des raisons pratiques, nous nous sommes permis d'apporter quelques modifications formelles.

⁷⁷⁵ Cf. PETER, Commentaire LFus *ad* art. 54 pp. 635ss.

a. l'entrée d'un commanditaire dans la société en nom collectif;

b. l'acquisition de la qualité de commanditaire par un associé.

² Une société en commandite peut se transformer en une société en nom collectif

par:

a. la sortie de l'ensemble des commanditaires;

b. l'acquisition de la qualité d'associés indéfiniment responsables par tous les commanditaires.

³ La continuation des affaires d'une société en nom collectif ou en commandite sous la forme d'une entreprise individuelle au sens de l'art. 579 CO est réservée.

⁴ Les dispositions du présent chapitre ne s'appliquent pas à la transformation prévue par le présent article. »

Les articles 56ss LFus régissent les modalités de la transformation de sociétés selon la même structure que pour la fusion et la scission de sociétés (cf. *supra* 14.2 et 14.3).

14.5. Transfert de patrimoine (Vermögensübertragung).

« ¹ Les sociétés (...) inscrites au registre du commerce peuvent transférer tout ou partie de leur patrimoine avec actifs et passifs à un autre sujet de droit privé » (art. 69 LFus).

14.6. Questions particulières.

La LFus règle encore des questions particulières relatives aux fondations, aux institutions de prévoyance et aux instituts publics (art. 78ss LFus).

S'agissant des fondations, l'article 78 LFus précise qu'elles « peuvent fusionner entre elles.

² La fusion n'est autorisée que si elle est objectivement justifiée et, en particulier, si elle favorise le maintien et la réalisation du but de la fondation. Les éventuelles prétentions juridiques des destinataires des fondations participantes doivent être maintenues. L'art. 86 CC est applicable si une modification du but est nécessaire en vue de la fusion. » De plus, «

¹ les fondations inscrites au registre du commerce peuvent transférer tout ou partie de leur patrimoine avec actifs et passifs à un autre sujet » (art. 86 al. 1 LFus).

Par conséquent, les fondations peuvent uniquement fusionner et effectuer un transfert de patrimoine. « Ni la scission, ni la transformation en un autre type de personne morale n'ont été considérées comme compatibles avec les caractéristiques propres de la fondation, en particulier sa qualité de patrimoine affecté à un but et ne comprenant aucun membre. Leur possibilité de fusionner est en outre limitée puisqu'elles ne peuvent le faire qu'entre elles. Par quoi il faut entendre entre fondations ordinaires (au sens des art. 80 et ss CC) et, sans doute, entre fondations ordinaires et fondations de famille ou fondations ecclésiastiques, dans la mesure où leurs buts respectifs le permettent. En revanche, la fusion entre fondations ordinaires et fondations de prévoyance paraît exclue par le texte de l'article 88 LFus, quand bien même leurs buts seraient parfaitement compatibles. »⁷⁷⁶

Les institutions de prévoyance « peuvent fusionner entre elles. ² La fusion d'institutions de prévoyance n'est autorisée que si le but de prévoyance ainsi que les droits et les prétentions

⁷⁷⁶ PETITPIERRE-SAUVAIN, Commentaire LFus ad art. 78, pp. 822-823.

des assurés sont maintenus » (art. 88 al. 1 et al. 2 LFus). Elles peuvent également se transformer en une fondation ou une société coopérative dans la mesure où le but de prévoyance ainsi que les droits et les prétentions des assurés sont maintenus (art. 97 al. 1 et al. 2 LFus). Elles peuvent aussi transférer tout ou partie de leur patrimoine avec actifs et passifs à une autre institution de prévoyance ou à un autre sujet, à savoir une société, une fondation, une entreprise individuelle inscrite au registre du commerce ou un institut de droit public (art. 98 al. 1 et 2 let. a LFus).

Enfin, les instituts publics sont définis à l'article 2 let. d LFus comme « *les institutions de droit public de la Confédération, des cantons et des communes inscrites au registre du commerce et organisées de manière indépendante, qu'elles jouissent ou non de la personnalité juridique* ». Il peut donc s'agir aussi bien de groupement de personnes (corporations de droit public) que de patrimoines (établissements de droit public)⁷⁷⁷.

« ¹*Les instituts de droit public peuvent:*

a. transférer leur patrimoine par voie de fusion à des sociétés de capitaux, à des sociétés coopératives, à des associations ou à des fondations;

b. se transformer en sociétés de capitaux, en sociétés coopératives, en associations ou en fondations.

²*Les instituts de droit public peuvent transférer tout ou partie de leur patrimoine à d'autres sujets ou reprendre tout ou partie du patrimoine d'autres sujets par voie de transfert de patrimoine* » (art. 99 LFus).

⁷⁷⁷ PETER, Commentaire LFus ad art. 2, p. 23.

XV. LE DROIT ANGLAIS : LE *TRUST*.

15.1. *Introduction et historique du trust*⁷⁷⁸.

Le droit anglo – américain, droit essentiellement non – écrit, est connu sous le nom de *common law* par opposition à la *civil law*, système de droit écrit utilisé notamment par la Suisse. Le *trust* est une institution spécifique de la *common law*. Il mérite d'être étudié car il n'existe pas en tant que tel et n'a pas de véritable équivalent dans l'ordre juridique suisse.

Le *trust* a été développé en raison des spécificités du droit foncier anglais. En effet, « *durant le Moyen-Age, un impôt royal, le feudal incident, était perçu lors du décès de chaque vassal du roi sur la transmission des terres à la descendance du de cujus. Les droits sur les terres pouvant être sujets à fractionnement en Common Law, cette faculté était utilisée par la noblesse afin d'éviter l'impôt.*

L'opération consistait pour le noble (appelé alors le feoffor) à confier à un ou des tiers de confiance - le ou les feoffee(s) - le titre légal de possession foncière (legal interest) et à ne conserver lui-même que la jouissance effective de l'immeuble (equitable interest) jusqu'à son décès, puis à désigner ses successeurs comme propriétaires subséquents de l'equitable estate. Les bénéficiaires sont appelés cestuis que use ou beneficiaries. Une fois la mort du feoffor survenue, le ou les feoffees détenaient leur part d'estate dans l'intérêt des bénéficiaires préalablement choisis par le de cujus. Ainsi, le détenteur du legal estate, par ce subterfuge, ne décédait pas à la mort du feoffor et, ainsi, l'impôt dû ne pouvait plus être perçu.

Cette institution juridique qui a connu un grand essor au Moyen-Age se nomme le use. Une évolution du use aboutit au trust, dont l'une des différences essentielles d'avec son parent est d'offrir une protection par des moyens judiciaires contre le feoffee (devenu entre-temps trustee) qui utiliserait à des fins privées les biens qui lui ont été remis ou qui serait négligent dans la gestion de ces derniers. »⁷⁷⁹

15.2. *Définition du trust.*

Donner une définition du *trust* relève de la gageure; même les auteurs anglais les plus y autorisés n'arrivent pas à s'accorder. « *En effet, en Common law ou droit anglo-saxon, celui-ci est utilisé dans les domaines les plus divers en raison de l'extraordinaire souplesse que l'institution présente. »⁷⁸⁰*

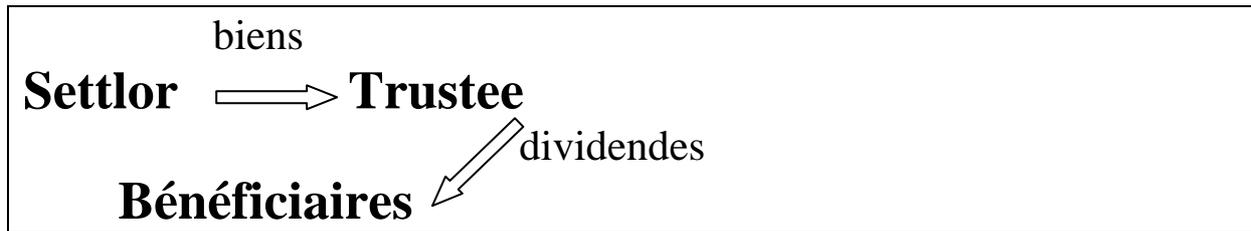
En fait, un *trust* naît d'un acte de disposition (unilatéral) d'une personne appelée le *settlor* qui transfère des biens / un patrimoine à une ou plusieurs autres personnes, le *trustee*, ce dernier

⁷⁷⁸ Cet article se fonde principalement sur les ouvrages recommandés et les informations fournies par PERRIN J., licencié en droit et doctorant, que nous remercions ici pour son aimable collaboration. Sa thèse porte précisément sur le thème du *trust*. PERRIN Julien, *Le Trust à l'épreuve du droit successoral en Suisse, en France et au Luxembourg*, Etude de droit comparé et de droit international privé, Thèse, Genève, 2006.

⁷⁷⁹ DEICHER in ECS 10 / 2005 p. 798. Remarque: le « *de cujus* » est le défunt.

⁷⁸⁰ DEICHER in ECS 10 / 2005 p. 797.

devant les gérer dans l'intérêt d'un (ou plusieurs) bénéficiaire ou dans un but déterminé. Il est possible de cumuler plusieurs fonctions comme celle de *settlor* et de *trustee*.⁷⁸¹



Les bénéficiaires et les biens doivent être déterminés ou au moins déterminables.

Exemples : « *Mr. and Mrs Smith* » sont des personnes déterminées et peuvent donc être bénéficiaires d'un *trust*. « Toutes les personnes ayant obtenu une licence en lettres en 2005 » sont également déterminables et peuvent donc elles aussi être bénéficiaires d'un *trust* .

Un *trust* ne peut être conclu *ad eternam*. Il est, en effet, soumis aux *rules against perpetuities*. Ces règles ont été instaurées afin d'éviter que certains biens ne sortent du commerce. Il existe néanmoins une exception, à savoir les *trusts* charitables qui peuvent exister sans limite dans le temps.

Exemple : le *British National Trust* était à l'origine un *trust* charitable (cf. *infra* 15.4).

Il existe plusieurs règles limitant la durée d'un *trust*. Soit le *settlor* constitue un *trust* pour une durée maximale de 80 ans ; soit le *settlor* constitue un *trust* « pour aussi longtemps que vivra une personne déterminée + 21 ans ».

Exemples : le *settlor* peut prévoir que le *trust* durera aussi longtemps que vivra son fils + 21 ans. Les anglais prévoient souvent « *the largest surviving of Prince Charles* » + 21 ans car les membres de la famille royale sont les mieux lotis et sont donc censés vivre plus longtemps que les personnes ne faisant pas partie de la famille royale. Ce type de raisonnement est tout à fait typique et représentatif de ce qui peut se faire en Angleterre.

La Convention de La Haye de 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance, que la Suisse va prochainement ratifier, donne une « définition » internationale du *trust* à son article 2 : « Aux fins de la présente Convention, le terme «*trust*» vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant par acte entre vifs ou à cause de mort lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé.

Le trust présente les caractéristiques suivantes:

a) les biens du *trust* constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du *trustee*;

b) le titre relatif aux biens du *trust* est établi au nom du *trustee* ou d'une autre personne pour le compte du *trustee*;

⁷⁸¹ Cf. DEICHER in ECS 2005 pp. 797 – 798 : le patrimoine ainsi transmis ne fusionne pas avec celui du *trustee* . Cf. également MAYER in PJA 2004 p. 156.

c) le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi.

Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le trustee possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust. »⁷⁸²

15.3. Gestion du patrimoine en « trust » et droits de disposition.

Le *trustee* a en quelque sorte la « propriété juridique » et les bénéficiaires la « propriété économique ». Le *settlor*, quant à lui, n'est plus propriétaire des biens mis en *trust* et n'a en principe plus aucun droit sur eux⁷⁸³. Il peut certes se nommer lui-même *trustee* ou bénéficiaire ou encore se réserver certaines prérogatives mais il ne conserve jamais de droit en qualité de *settlor*.⁷⁸⁴

Exemples : le *settlor* peut se réserver un droit de révocation ou un droit de surveillance.

Le trustee a le pouvoir de disposition sur les biens en trust. Ces biens sont cependant séparés de son patrimoine. Le *trustee* est présumé exercer sa fonction à titre gratuit mais, en pratique, il est généralement rémunéré.

Les bénéficiaires n'ont en principe pas le droit de disposer des biens sauf s'ils leur ont été distribués par le *trustee*. Ils ont toutefois la faculté de mettre fin au *trust* s'ils agissent à l'unanimité et qu'ils ont tous la pleine capacité juridique. Ainsi ils peuvent se faire remettre les biens en *trust* et en disposer.⁷⁸⁵ Cela ne vide pas pour autant le *trust* de son sens. Tout d'abord, il est rare que le cercle des bénéficiaires soit clairement déterminé et parfois certains bénéficiaires ne sont même pas nés, auquel cas la remise des biens en *trust* ne peut pas se faire. Ensuite, il existe de nombreuses situations où un ou plusieurs bénéficiaires n'ont pas intérêt à avoir un droit direct sur les biens en *trust*.

Exemple : une personne peut préférer, pour des raisons fiscales, être bénéficiaire d'un *trust* que d'être directement propriétaire d'un ou plusieurs biens du *trust*.

Le droit anglo-américain reconnaît un droit de suite (*right to trace*) aux bénéficiaires dans les cas où le *trustee* a, contrairement aux termes du *trust* (*in breach of trust*), aliénés les biens en *trust*. Ils peuvent ainsi exiger du *trustee* qu'il leur remette tout profit qui a été réalisé dans l'opération et qu'il répare le préjudice commis⁷⁸⁶. Ils ont également la possibilité de s'adresser

⁷⁸² Cf. le site internet www.ofj.admin.ch/bj/fr/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/trust.html.

⁷⁸³ Cf. HUDSON, pp. 33 et 956 et TODD/WILSON, pp. 78-79. Cf. également HAYTON, p. 135 ; DANON, p. 29, qui souligne que : « *the trust then becomes a free-standing device with a life of its own* » ; BARRIÈRE, p. 418 ; BÉRAUDO, p. 67 ; GODECHOT, pp. 65-66 ; SEILER, p. 13 et SUPINO, p. 89.

⁷⁸⁴ Cf. HAYTON, p. 135 ; MCGHEE et al., p. 499 et WATERS in RCADI 1995 II (t. 252), p. 130. Cf. également PENNER, p. 21, qui souligne que « *the point to realise is this: if the settlor has a power to revoke the trust* or to appoint new trustees, that power must be an express or implied power in the terms of the trust itself; the power derives from the trust terms, not from the settlor's position as the one who originally owned the property* ».

⁷⁸⁵ En vertu de la règle posée dans la jurisprudence *Saunders v. Vautier* (1841), [1835-42] All E. R. Rep., pp. 58 ss, expliquée par HUDSON, pp. 125 ss et reprise par l'article VIII des principes européens du *trust*. Cf. également HAYTON, pp. 74-75 et PENNER, pp. 68 ss ; pour le droit américain, plus restrictif sur ce point, cf. DANON, p. 52. Cf. également BÉRAUDO, pp. 77-78 ; SEILER, p. 34 et SUPINO, pp. 60 ss.

⁷⁸⁶ Sur ce point, cf. HUDSON, pp. 534 ss ; cf. également SEILER, pp. 18-19.

à l'acquéreur pour récupérer les biens en *trust*, sauf si ce dernier est de bonne foi et a acquis les biens à titre onéreux (« *bona fide purchaser for value without notice* »)⁷⁸⁷.

Le *settlor* peut ajouter une autre personne dans la construction du *trust*, à savoir le *protector*. Celui-ci est alors chargé de donner des instructions au *trustee* et de surveiller ses activités⁷⁸⁸.

15.4. Usages les plus fréquents et British National Trust.

Le *trust* peut être utilisé dans de nombreuses situations.

Exemples :

- le *trust* est couramment utilisé dans le cadre des successions. « *Il vise la sauvegarde du patrimoine et sa transmission aux générations suivantes, selon les vœux du de cujus. Dans le cadre du trust créé mortis causa, le settlor manifeste, dans une disposition pour cause de mort, sa volonté de créer un trust au profit d'autrui.* »⁷⁸⁹

- le *settlor* peut constituer un *trust* en confiant de l'argent au *trustee*. Cet argent est le plus souvent destiné à payer les études des enfants du *settlor*. Ces derniers sont alors les bénéficiaires du *trust*. Les *trusts* sont souvent créés en faveur de la femme ou des enfants du *settlor*.

- le *settlor* a la possibilité de mettre un immeuble en *trust*. Les bénéficiaires peuvent être, par exemple, les locataires qui ne payent rien pour habiter dans l'immeuble. Le *trustee* doit s'occuper de la gestion de l'immeuble.

En outre, il existe une institution caritative en Angleterre portant le nom de *British National Trust*⁷⁹⁰. Elle a été fondée en 1895 par trois personnes. L'objectif a été dès le départ de préserver des lieux présentant un intérêt historique ainsi que des sites d'une certaine beauté naturelle de manière permanente afin que la population puisse en profiter.⁷⁹¹

Le *British National Trust* possède notamment des milliers d'hectares de terrain et 200 maisons historiques aussi bien en Angleterre que, par exemple, dans le nord de l'Irlande. Ces sites peuvent être visités et il est même possible d'y séjourner quelques jours pour des vacances.⁷⁹²

Le *British National Trust* est la seule entité à avoir le pouvoir de rendre une terre inaliénable. Les terres et les bâtiments appartenant au *Trust* ne peuvent être vendus ou mis en gage que par une procédure parlementaire spéciale.⁷⁹³

⁷⁸⁷ Cf. THEVENOZ, pp. 27-28 ; HUDSON, pp. 588 ss ; WATERS, in RCADI 1995 II (t. 252), p. 127 et DANON, pp. 19-20. Cf. également BARRIERE, pp. 488 ss ; SEILER, p. 19 et SUPINO, p. 63.

⁷⁸⁸ Cf. HAYTON, p. 136.

⁷⁸⁹ DEICHER in ECS 10 / 2005 p. 798.

⁷⁹⁰ Cf. les sites internet www.travelswithfriends.com/Destination_National_Trust.htm et www.nationaltrust.org.uk/main.

⁷⁹¹ The National Trust, Handbook, p. 348.

⁷⁹² The National Trust, Handbook, p. 348.

⁷⁹³ Au cours d'un échange de mails, Ms HILARY WATTS, avocate pour le département légal du *National Trust*, nous a expliqué que « *the National Trust Acts give the Trust various powers, one of which includes the power to declare land 'inalienable'. Once it has been declared inalienable the Trust cannot sell, give away or mortgage that land. Nor can the land be compulsorily acquired from the Trust against its will without a special procedure involving both Houses of Parliament.* »

Ce *trust* poursuit un but « charitable » et il est indépendant du gouvernement. Il vit grâce aux donateurs, aux volontaires ainsi qu'à ses très nombreux membres. Or, il est tout à fait impossible pour un *trust* d'avoir des membres. Nous pensons que le *British National Trust* était à l'origine un véritable *trust* charitable⁷⁹⁴ et qu'il a ensuite pris la forme d'une « association ».⁷⁹⁵

15.5. Comparaison entre le trust et des notions juridiques suisses.

Le *trust* fait partie des droits réels et non du droit des sociétés en droit anglo – américain. Néanmoins, nous souhaitons effectuer quelques comparaisons avec les institutions et personnes morales du droit suisse puisqu'elles font l'objet de notre étude :

- le contrat de mandat (art. 394ss CO) : le mandat a un caractère contractuel et n'est pas opposable aux tiers alors que le *trust*, à caractère unilatéral, est opposable aux tiers.
- le contrat d'agence (art. 418a ss CO) : les remarques faites à propos du mandat peuvent être reprises ici (cf. *supra*).
- l'hoirie (art. 602 CC) : une hoirie est constituée automatiquement de par la loi alors que le *trust* revêt un aspect contractuel. En outre, l'hoirie ne peut exister qu'une fois qu'il y a eu décès. Cette condition n'est pas nécessaire pour le *trust*. Néanmoins, le droit suisse permet à une personne de donner de son vivant à ses héritiers ou à des tiers des biens qui devraient tomber dans sa succession mais à condition de respecter les limites imposées par le droit successoral suisse.⁷⁹⁶
- l'association (art. 60ss CC) : l'association a souvent un but idéal ce qui n'est pas le cas du *trust*. En outre, les membres d'une association ne sont pas des bénéficiaires directs alors que les bénéficiaires d'un *trust* sont des bénéficiaires directs.⁷⁹⁷
- la fondation ordinaire (art. 80ss CC) : il n'y a en principe pas de bénéficiaires directs dans une fondation alors que c'est le cas dans un *trust*.⁷⁹⁸
- la société simple (art. 530ss CO) : il est nécessaire d'avoir l'*animus societatis*, c'est – à – dire la volonté de s'unir en une société, pour constituer une société simple. Cette notion est totalement étrangère au *trust*.⁷⁹⁹
- la SA (art. 620ss CO) : les sociétaires d'une SA ne sont pas des bénéficiaires directs contrairement aux bénéficiaires d'un *trust*.⁸⁰⁰

⁷⁹⁴ En tant que *trust* charitable, il n'est pas soumis aux *rules against perpetuities*.

⁷⁹⁵ Il s'agit ici d'une hypothèse élaborée avec l'aide de BONOMI A., Professeur à l'Université de Lausanne, que nous remercions ici pour son aimable collaboration. Il faudrait néanmoins consacrer plus de temps à la problématique du *British National Trust* pour appréhender correctement la complexité de sa structure.

⁷⁹⁶ Cf. dans le présent ouvrage, 3.5.5.

⁷⁹⁷ Cf. dans le présent ouvrage, chapitre V.

⁷⁹⁸ Cf. MAYER in PJA 2004 p. 157 et dans le présent ouvrage, chapitre VI.

⁷⁹⁹ Cf. dans le présent ouvrage, chapitre VIII.

Il faut ajouter que le *trust* n'a pas la personnalité juridique contrairement à l'association, la fondation et la SA.⁸⁰¹

En définitive, l'idée selon laquelle « *tout rapprochement avec une institution de droit français conduit à une dénaturation du trust car il en méconnaît nécessairement l'essence* »⁸⁰² peut être reprise pour le droit suisse. En effet, le droit suisse a élaboré un système de reconnaissance du *trust* mais aucun équivalent de cette institution ne peut être trouvé dans l'ordre juridique suisse.

15.6. Reconnaissance du trust voire introduction de cette institution en droit suisse (?).

Le monde des affaires en Suisse est sans cesse confronté à des cas de *trusts* et il a été nécessaire d'élaborer des règles de reconnaissance dans la loi sur le droit international privé (LDIP)⁸⁰³.

Exemple : un anglais constitue un *trust* en Angleterre. Quelques années plus tard, il vient habiter en Suisse. Il rencontre des problèmes avec son *trust*. Si l'affaire est portée devant un tribunal suisse, le juge doit alors consulter la LDIP car l'affaire comporte plusieurs éléments d'extranéité, à savoir des éléments « étrangers ».

La LDIP assure de manière assez étendue la reconnaissance de cette particularité anglo – américaine. En effet, les articles 150ss LDIP sont appliqués par la doctrine et la jurisprudence aux *trusts* dont l'organisation est suffisante pour mériter le qualificatif de « patrimoine organisé » (art. 150 LDIP)⁸⁰⁴.

En effet, « *tous les trusts anglo-saxons ne présentent (...) pas un degré d'organisation suffisamment élevé pour entrer dans le champ d'application des art. 150 ss LDIP. Dans la doctrine, on a formulé l'exigence minimum que les dispositions du droit applicable et/ou l'acte constitutif du trust précisent qui doit administrer (le "trustee"), et comment, le patrimoine soumis au trust (cf. Supino, Rechtsgestaltung mit Trust aus Schweizer Sicht, thèse Zurich 1994, p. 162), les "express trusts", c'est-à-dire les trusts créés au moyen d'une manifestation expresse de volonté (Dominique Aloïs Dreyer, Le trust en droit suisse, p. 20 in limine), remplissant généralement cette condition (Vischer, op. cit., n. 13-15 ad art. 150 LDIP; Dutoit, Commentaire de la Loi fédérale du 18 décembre 1987, 2e éd., n. 5 ad art. 150 LDIP et les*

⁸⁰⁰ Cf. dans le présent ouvrage, chapitre IX.

⁸⁰¹ Cf. VAN DER MEER / PERREN, p. 184.

⁸⁰² GODECHOT, p. 49.

⁸⁰³ Cf. DEICHER in ECS 10 / 2005 p. 797 et le site internet de la Confédération www.ofj.admin.ch/bj/fr/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/trust.html : « *il occupe, en particulier, une place importante dans les affaires de gestion de fortunes privées que réalisent les banques suisses sur le plan international, sans parler du rôle non négligeable qu'il joue dans le financement d'entreprises. Par ailleurs, les sociétés fiduciaires et les études d'avocats tendent également à intensifier leurs activités en matière de planification et d'administration des trusts* ».

⁸⁰⁴ Cf. en dernier lieu l'arrêt du Tribunal fédéral du 14 septembre 2005, 4C. 94 / 2005 et les références citées. Cf. également DEICHER in ECS 10 / 2005 p. 799 qui rappelle que le « patrimoine organisé » est la notion de droit suisse ressemblant le plus au *trust*. Néanmoins, le droit suisse traite le patrimoine organisé comme une société (art. 150 LDIP).

références). »⁸⁰⁵

Certaines questions relatives à la reconnaissance des *trusts* en droit suisse restent encore sans réponse. Par exemple, la question de l'inscription du *trust* dans le registre foncier n'est pas résolue. En effet, si le Projet de ratification prévoit à son article 149d que le *trustee* pourra faire mentionner sa qualité de *trustee* au registre foncier (al. 1) et que l'absence d'inscription ne sera pas opposable aux tiers de bonne foi (al. 3), le droit actuel ne règle pas la question. En pratique, il semblerait néanmoins que certains conservateurs du registre foncier acceptent de mentionner que les biens sont dans un *trust*.⁸⁰⁶

La Suisse va prochainement ratifier la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 sur la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance⁸⁰⁷. Cela permettra de reconnaître le *trust* en tant que tel et non par analogie avec des notions telles que le « patrimoine organisé »⁸⁰⁸. Cela ne signifie par pour autant qu'il sera possible de constituer un *trust* en Suisse.

Ce système élaboré de reconnaissance du *trust* en Suisse semble suffisant et il ne paraît pas utile d'introduire cette notion en droit suisse. En outre, le *trust* fait partie en droit anglais du droit des biens, à savoir des droits réels et non du droit des contrats, du droit des sociétés ou encore du droit des associations ou des fondations et il serait donc peu aisé de l'introduire au sein de l'ordre juridique suisse⁸⁰⁹.

⁸⁰⁵ SJ 2000 I pp. 269ss spéc. p. 271.

⁸⁰⁶ Cf. dans le présent ouvrage, annexes 1 et 2.

⁸⁰⁷ La documentation relative à la ratification de la Convention de La Haye est disponible sur le site de la Confédération www.ofj.admin.ch/bj/fr/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/trust.html.

⁸⁰⁸ Sur la procédure de ratification en cours, cf. le site internet www.ofj.admin.ch/bj/fr/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/trust.html sur lequel on peut trouver le Projet d'Arrêté fédéral portant approbation de ladite Convention et le Message du Conseil fédéral y relatif.

⁸⁰⁹ Cf. DEICHER in ECS 10 / 2005 p. 799.

XVI. BIBLIOGRAPHIE.

DROIT SUISSE

- BAHAR R. (édit. PETER H. / TRIGO TRINIDADE R.), Commentaire LFus *ad* art. 29 et 30, Genève, Zurich et Bâle 2005.
- CARRANZA C. J. / MICOTTI S., Les droits réels, Tables pour les études et la pratique, Bâle, Genève et Munich 2004.
- CHAMBRE SUISSE DES EXPERTS-COMPTABLES, FIDUCIAIRES ET FISCAUX, Manuel suisse d'audit 1998, Tome 1, Zurich 1998 (*cité* Manuel suisse d'audit).
- FABBRO A. F., Quelques problèmes pratiques liés à l'usufruit immobilier *in* RNR 82 (2001) pp. 201ss.
- FONDATION POUR LES RECOMMANDATIONS RELATIVES A LA PRESENTATION DES COMPTES, Recommandations relatives à la présentation des comptes, Swiss GAAP RPC 2005/06, Zurich 2005 (*cité* Swiss GAAP RPC).
- GUIDE DU CREATEUR D'ENTREPRISE A GENEVE, Informations pratiques sur les principaux aspects de la création d'entreprise dans le canton de Genève, édition 2006, site internet www.geneva.ch.
- GUINAND J./ STETTLER M., Droit civil II : successions (art. 457 – 640 CC), Fribourg 1991, 5^{ème} édition.
- HAUSHEER H. / AEBI – MÜLLER R., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Berne 2005.
- KOLLER A., Wesen und Strukturen des schweizerischen Stockwerkeigentums *in* PJA 2004 pp. 933ss.
- LEIMBACHER J. / PERLER TH., Juristisches Screening der Ressourcenregime in der Schweiz (1900 – 2000) *in* Working paper de l'IDHEAP 9 / 2000: vol. 1/2 et 2/2.
- MEIER – HAYOZ A. / FORSTMOSER P., Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Berne 1998.
- MOOSER M., Les actes de disposition *in* HOTTELIER M. / FOËX B. (édit.), La propriété par étages, fondements théoriques et questions pratiques, Genève, Bâle et Munich 2003.
- MONTAVON P., Abrégé de droit commercial, Lausanne 2004, 3^{ème} édition.
- OBERSON P. – A., Polycopié de droit commercial, Université de Lausanne 2002 – 2003 (*cité* OBERSON).
- OBERSON X., Droit fiscal suisse, Bâle 2002, 2^{ème} édition (*cité* OBERSON, Droit fiscal suisse).
- PERRIN J., Le *Trust* à l'épreuve du droit successoral en Suisse, en France et au Luxembourg, Etude de droit comparé et de droit international privé, Thèse, Genève, 2006
- PERRIN J. – F., Droit de l'association, Genève, Zurich et Bâle 2004.
- PETER H. (édit. PETER H. / TRIGO TRINIDADE R.), Commentaire LFus *ad* art. 1 ; 2 et 54, Genève, Zurich et Bâle 2005.
- PETITPIERRE-SAUVAIN A. (édit. PETER H. / TRIGO TRINIDADE R.), Commentaire LFus *ad* art. 78, Genève, Zurich et Bâle 2005.

- RAFFOURNIER B., Les Normes Comptables Internationales (IFRS/IAS), Paris 2005, 2^{ème} édition.
- RIEMER H. M., Personenrecht des ZGB : Studienbuch und Bundesgerichtspraxis, Berne 2002, 2^{ème} édition.
- RUEDIN R., Droit des sociétés, Berne 1999.
- STEINAUER P.-H., Les droits réels, Tome I, Berne 1997, 3^{ème} édition (*cité* STEINAUER, Tome I).
- STEINAUER P.-H., Les droits réels, Tome II, Berne 2002, 3^{ème} édition (*cité* STEINAUER, Tome II).
- STEINAUER P.-H., Les droits réels, Tome III, Berne 2003, 3^{ème} édition (*cité* STEINAUER, Tome III).
- STEINAUER P.-H., Personnes physiques et tutelle, Berne 1995, 3^{ème} édition (*cité* STEINAUER, Personnes physiques).
- STEINAUER P.-H., La copropriété I, notion et constitution *in* FJS n° 291, 1994.
- STEINAUER P.-H., La copropriété III, les effets de la copropriété *in* FJS n° 291b, 1996.
- STEINAUER P.-H., Propriété foncière IV, les droits de préemption d'emption et de réméré *in* FJS 320, 2002.
- TRIGO TRINIDADE R., (édit. PETER H. / TRIGO TRINIDADE R.), Commentaire LFus *ad* art. 3 ; 4 et 12, Genève, Zurich et Bâle 2005.
- VAN DER MEER J. / PERREN R., Repetitorium Personenrecht, Zurich 2004.
- VEZ P., La fondation : lacune et droit désirable : une analyse critique et systématique des articles 80 à 89 CC (thèse), Berne 2004.
- VOUILLOZ F., Les attributions respectives des organes de la PPE *in* HOTTELIER M. / FOËX B. (édit.), La propriété par étages, fondements théoriques et questions pratiques, Genève, Bâle et Munich 2003.
- WERMELINGER A., La propriété par étages, commentaire des articles 712a à 712t du Code civil suisse, Fribourg 2002. Dans sa version allemande : WERMELINGER A., Das Stockwerkeigentum, Kommentar der Artikel 712a bis 712t des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Zurich, Bâle et Genève 2004.

DROIT ANGLAIS

- BARRIERE F., La réception du trust au travers de la fiducie, thèse, Paris 2004.
- BERAUDO J. – P., Les trusts anglo – saxons et le droit français, Paris 1992.
- DANON R. J., Switzerland's direct and international taxation of private express trusts, with particular reference to US, Canadian and New Zealand trust taxation, thèse, Zurich, Bâle, Genève, Bruxelles et Vienne 2004.
- DEICHER N., Le trust et le droit suisse, problèmes et incertitudes juridiques *in* ECS 10 / 2005 pp. 797ss.
- GODECHOT S., L'articulation du trust et du droit des successions, thèse, Paris 2004.
- HAYTON D. J., The Law of Trusts, Londres 2003, 4^{ème} édition.

- HUDSON A., *Equity & Trusts*, Londres, Sydney et Portland 2003, 3^{ème} édition.
- MAYER TH. M., *Das Haager Trust-Übereinkommen Auswirkungen und Vorteile einer Ratifikation aus rechtlicher Sicht in PJA* 2004 pp. 156ss.
- MCGHEE J., (éditeur), CONAGLEN M., DUTTON T., FOX D., HARRY T., JOHNSON E., LEECH T. ET SMITH A., *Snell's Equity*, Londres 2005, 31^{ème} édition.
- PENNER J. E., *The Law of Trusts*, Londres 2004, 4^{ème} édition.
- REICHEN N. (fiduciaire Michel Favre SA, Lausanne et Echallens/VD), *Le trust et le droit suisse, problèmes et incertitudes juridiques in ECS* 2005 pp. 797ss.
- SEILER M., *Trust un Treuhand im schweizerischen Recht – unter besonderer Berücksichtigung der Rechtstellung des Trustees*, thèse, Zurich 2005.
- The National Trust, *Handbook for members and visitors* 2001 (*cité*: *The National Trust, Handbook*).
- THEVENOZ L., *Trust en Suisse : adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et les codifications de la fiducie*, Zurich 2001.
- TODD P. / WILSON S., *Textbook on Trusts*, Oxford 2003, 6^{ème} édition.
- WATERS D. W. M., *The Institution of the Trust in Civil and Common Law in RCADI* 1995 II (t. 252), pp. 113ss.

XVII. ANNEXES

16.1. Glossaire

TERMES	DEFINITIONS
Acte de fondation	"Acte juridique unilatéral par lequel le fondateur manifeste sa volonté de créer une fondation" (art. 80ss CC).
Actif *	"Ressource: a) contrôlée par une entreprise du fait d'événements passés et; b) dont des avantages économiques futurs sont attendus par l'entreprise."
Actif circulant **	"Actif dont la durée d'utilisation par l'entreprise est généralement inférieure à une année."
Actifs immobilisés **	"Actif dont la durée d'utilisation par l'entreprise est généralement supérieure à une année."
Actif social **	"Ensemble des biens transférés à la société ou acquis par elle (apports, bien acquis en cours de vie sociale) et destinés à la réalisation du but social."
Action **	"Titre ayant une valeur nominale (d'un centime au minimum), incorporant éventuellement certains droits sociaux et conférant le droit de vote à l'assemblée générale."
Agent	"Personne qui se charge à titre permanent de négocier ou de conduire des affaires pour une personne sans être liée à elle par un contrat de travail" (art. 418a ss CO).
Amortissement **	"Réduction de la valeur d'un actif en fonction de sa durée d'utilisation."
Annulabilité	<i>Cf. annulation.</i>
Annulation **	"Un acte ou une décision annulés ne produit plus d'effets valables dès le moment où l'annulation a été prononcée par le juge" (<i>versus</i> nullité).
Apport **	"Actif apporté par les sociétaires lors de la constitution de la société. Dans une SA, les apports sont échangés contre des actions." La notion d'apport est utilisée pour les fondations, les sociétés simples, les SNC, les SC, les SA et les Coop.
Assemblée générale	"Organe suprême d'une association, d'une SA ou d'une Coop." (art. 60ss CC et art. 620ss CO).
Association **	"Corporation politique, religieuse, scientifique, artistique, de bienfaisance ou autres qui n'a pas un but économique" (art. 60ss CC).

Bail à ferme	"Contrat par lequel le bailleur s'oblige à céder au fermier, moyennant un fermage, l'usage d'un bien ou d'un droit productif et à lui en laisser percevoir les fruits ou les produits" (art. 275ss CO).
Bail à loyer	"Contrat par lequel le bailleur s'oblige à céder l'usage d'une chose au locataire, moyennant un loyer" (art. 253 CO).
Bénéfice **	"Résultat du compte de pertes et profits, c'est-à dire les recettes moins les coûts annuels."
Bien-fonds ***	"Portions de la surface terrestre. Les biens-fonds sont des immeubles au sens juridique" (art. 655 al. 2 CC).
Bilan *	"Document (sous forme de compte ou de tableau) récapitulatif des biens, créances et dettes portées à l'inventaire mais classés ici de façon résumée et abrégée dans deux rubriques ou colonnes d'actifs et de passifs."
Bon de participation	"Titre ayant une valeur nominale (d'un centime au minimum), incorporant éventuellement certains droits sociaux mais ne conférant aucun droit de vote à l'assemblée générale."
Capacité civile active	"Aptitude à faire produire à un comportement déterminé des effets juridiques (voulus ou non)" (art. 12 CC).
Capacité civile passive	"Aptitude à être sujet de droits et d'obligations" (art. 11 CC).
Capacité de discernement **	"Une personne a la capacité de discernement lorsqu'elle n'est pas dépourvue de la faculté d'agir raisonnablement à cause de son jeune âge, par suite de maladie mentale, de faiblesse d'esprit ou d'autres causes semblables" (art. 16 CC).
Capital-actions **	"Ensemble des actions d'une société."
Capital-participations **	"Ensemble des bons de participation d'une société."
Capital social	"Grandeur comptable correspondant à la somme totale à concurrence de laquelle les associés se sont engagés envers la société."
Cautèle **	"Moyen de protection."
Cautionnement (solidaire)	"Contrat par lequel une personne s'engage envers le créancier à garantir le paiement de la dette contractée par le débiteur" (art. 492ss CO).
Charge foncière	"La charge foncière procure à son titulaire la faculté d'exiger du propriétaire actuel d'un immeuble certaines prestations, dont ce dernier ne répond que sur cet immeuble" (art. 782 al. 1 CC).
Commandite	"Montant déterminé, inscrit au registre du commerce, qui définit la participation du commanditaire" (art. 552ss CO).

Communauté de biens **	"Régime matrimonial se composant des biens communs et des biens propres de chaque époux et devant être prévu conventionnellement (<i>versus</i> le régime légal de la participation aux acquêts)" (art. 221ss CC).
Comptes statutaires **	"Etats financiers (bilan et compte de pertes et profits) rédigés selon la législation nationale et destinés généralement à l'administration fiscale."
Conseil d'administration	"Organe exécutif de la société anonyme" (art. 620ss CO).
Conseil de fondation **	"Organe chargé de l'administration d'une fondation" (art. 80ss CC).
Conventions entre actionnaires	"Accords privés conclus entre actionnaires à titre individuel et personnel sous la forme de sociétés simples."
Conventionnel **	"Se dit de ce qui est prévu par deux ou plusieurs personnes d'un commun accord, à savoir lorsque cela n'est pas imposé par la loi (<i>versus</i> légal)."
Copropriété (ordinaire)	"Forme de propriété collective qui n'exige pas l'existence d'une communauté antérieure entre les propriétaires collectifs et dans laquelle chaque titulaire a une part idéale de la chose (voir l'art. 646 al. 1). Il s'agit d'un droit de propriété unique, dont plusieurs personnes sont titulaires" (art. 646ss CC).
Copropriété par étages	<i>cf. propriété par étages.</i>
Corporation	"Groupement de personnes qui se proposent d'atteindre un but déterminé en se dotant d'une organisation appropriée."
Coût (d'achat) *	"Montant de trésorerie (...) payé ou la juste valeur de toute autre contrepartie donnée pour acquérir un actif au moment de son acquisition ou de sa construction."
Coût de revient **	"Ensemble des coûts dépensés pour développer un actif."
Curatelle ****	"Mesure de protection limitée, instituée en vue d'affaires déterminées ou pour une gestion de biens". Une personne est sous curatelle lorsqu'il n'est pas nécessaire de l'interdire mais qu'elle ne peut accomplir seule tous les actes juridiques (art. 367 al. 2 CC), (autres mesures: conseil légal, tutelle et privation de liberté à des fins d'assistance).
Décharge	"Décision d'approbation de la gestion et des comptes."
Décision sociale	« Manifestation de volonté qui résulte de la coopération au moins possible de tous les associés."
Direction **	"La direction est l'organe exécutif d'une association (art. 60ss CC) et dans le cadre d'un fonds de placement, il s'agit de l'organe qui s'occupe de la gestion et qui

	exerce tous les droits du fonds (LFP)".
Dispositif **	"Une dispositions légale est dispositive lorsqu'il est possible d'y déroger par un accord entre parties, par des statuts, etc...".
Dissolution **	"Procédure permettant de régler les affaires d'une personne morale afin que cette dernière puisse être liquidée." Cette notion est utilisée notamment pour les associations, les fondations, les SA, les SARL et les Coop. Les sociétés simples, les SNC et les SC sont également dissoutes même si elles ne sont pas des personnes morales au sens étroit du terme.
Dividende **	"Part du bénéfice distribuée aux actionnaires".
Droit de gage ***	"Droit réel limité qui permet à son titulaire, en cas d'inexécution de la créance garantie, de faire réaliser à son profit la chose qui en est l'objet." Le nantissement, le droit de rétention et l'hypothèque mobilière sont des gages mobiliers. Il existe, en outre, trois gages immobiliers, à savoir l'hypothèque, la lettre de rente et la cédula hypothécaire (art. 793ss CC).
Droit d'emption	"Faculté en vertu de laquelle une personne (l'acheteur) peut se porter acheteur d'une chose par une simple déclaration unilatérale de volonté et exiger ainsi d'une autre personne (le promettant ou le concédant) le transfert de la propriété de la chose moyennant paiement du prix."
Droit de passage **	"Servitude affirmative qui permet à son titulaire de passer sur le fonds grevé, généralement le fonds voisin."
Droit de préemption	"Faculté en vertu de laquelle une personne (le préempteur) peut exiger d'une autre personne (le promettant) le transfert de la propriété d'une chose, dans l'éventualité où le promettant vend cette chose à un tiers."
Droit de réméré	"Faculté en vertu de laquelle une personne (le vendeur d'une chose) peut exiger d'une autre personne (l'acheteur de la chose, le promettant) qu'elle lui retransfère la propriété de la chose moyennant paiement du prix."
Droit de rétention ***	"Droit de gage mobilier qui, dans certains cas énumérés par la loi, permet au créancier qui est en possession d'une chose appartenant au débiteur, de retenir celle-ci par-devers lui et de la faire réaliser en cas d'inexécution de la créance" (art. 895ss CC).
Droit de source **	"Servitude (foncière ou personnelle) permettant au bénéficiaire de s'approprier tout ou partie de l'eau jaillissant d'un terrain appartenant à une personne tierce" (art. 704 al. 2 CC).

Droit de superficie	"Servitude en vertu de laquelle une personne a la faculté « d'avoir ou de faire des constructions, soit sur le fonds grevé, soit au – dessous »" (art. 779 al. 1 CC).
Droit d'habitation	"Servitude qui confère à une personne déterminée le droit de demeurer dans une maison ou d'en occuper une partie" (art. 776ss CC).
Droit exclusif **	"Dans le cadre d'une PPE, le droit exclusif est l'ensemble des prérogatives appartenant au propriétaire d'étage sur son unité d'étage."
Droit personnel (annoté) **	« Droit personnel renforcé par une annotation au registre foncier. Le droit principal, à savoir la dette, est renforcé par un droit accessoire, c'est – à – dire le droit réel. »
Droit réel **	"Droit subjectif privé qui confère à son titulaire, à l'exclusion de toute autre personne, la maîtrise totale ou partielle de la chose » ; (« Un droit subjectif privé (...) est une faculté qui est accordée à une personne par le droit privé (...) et qui permet à cette personne d'imposer quelque chose à un ou plusieurs tiers »).
Droit réel limité	"Droit sur une chose conférant à son titulaire une ou deux des facultés appartenant habituellement au propriétaire, (usage, jouissance et disposition)."
Entreprise commerciale	"Exécution indépendante d'un programme d'opérations économiques semblables ayant pour conséquences la réalisation d'un chiffre d'affaires et dont la nature et l'importance nécessitent une organisation particulière."
Ester en justice **	"Agir en justice."
Etablissement	"Masse de biens individualisées au service d'un but particulier."
Etablissement secondaire	"Etablissement sans indépendance économique et juridique", (cette définition du droit des sociétés n'a aucun rapport avec l'établissement <i>versus</i> corporation).
Exercice des droits civils	<i>cf. capacité civil active</i>
Filiale	"Entité juridiquement indépendante, mais économiquement dépendante d'une autre entité qu'on appelle usuellement la société mère."
Fondation	"Masse de biens individualisée, affectée à un but déterminé et dotée de la personnalité juridique" (art. 80ss CC).
Fondation à but économique	<i>cf. fondation d'entreprise.</i>
Fondation de famille **	"Fondation constituée d'un patrimoine lié à une famille de telle sorte que le cercle des destinataires se restreint aux membres de la famille" (art. 80ss CC).

Fondation d'entreprise	"Masse de biens dotée de la personnalité et affectée à la poursuite d'un but économique ou érigée dans l'intérêt matériel ou idéal d'un cercle limité de personnes" (art. 80ss CC; <i>controversé</i>).
Fondation de prévoyance **	"Fondation constituée par un employeur privé, (personne physique ou morale) en faveur de ses employés et ayant pour but d'assurer à ces derniers une rente en cas de vieillesse ou d'invalidité ou à leurs survivants en cas de décès" (art. 80ss CC; LPP).
Fondation ecclésiastique **	"Fondation qui poursuit un but religieux et entretient un lien organique avec une communauté religieuse" (art. 80ss CC).
Fondé de procuration	"Personne qui reçoit du chef d'entreprise l'autorisation générale de gérer les affaires de l'entreprise et de signer au nom de celle-ci" (art. 458ss CO).
Fonds de placement	« Fortune constituée en un placement collectif de capitaux sur la base d'un appel au public, géré par la direction du fonds normalement selon le principe de la répartition des risques, pour le compte des investisseurs. »
Hoirie	"Communauté héréditaire formée par les héritiers entre l'ouverture et le partage d'une succession" (art. 602 CC).
Hypothèque **	"Droit de gage immobilier servant de garantie à une créance" (art. 824ss CC).
Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs **	"Droit de gage immobilier consacré par la loi aux art. 839ss CC et permettant aux artisans et entrepreneurs de garantir la créance qu'ils ont à l'encontre du propriétaire de l'immeuble pour les travaux effectués sur ce dernier."
Immeuble (sens comptable) **	"Construction".
Immeuble (sens juridique) ***	"Portions de la surface terrestre (les biens-fonds), avec tout ce qui y est étroitement attaché (les constructions, les plantes, etc.)" (art. 655 al. 2 CC).
Immeuble de placement **	"Bien immobilier acquis dans le but d'en retirer des bénéfices (<i>versus</i> bâtiments administratifs, usines, etc. qui font partie de la marche normale d'une entreprise)."
Immobilisation corporelle **	"Actif immobilisé ayant une existence tangible (<i>versus</i> les immobilisations incorporelles telles que les brevets, les licences ou les softwares)." (= "Anlagevermögen")
Impératif **	"Une disposition légale est impérative lorsqu'il est impossible d'y déroger."
Interdiction ****	"Acte par lequel une autorité prive une personne majeure de certains effets juridiques de sa majorité" (art. 369ss CC).

(être) interdit	cf. <i>interdiction</i> .
Jouissance des droits civils	cf. <i>capacité civile passive</i>
Légal	"Se dit de ce qui est prévu par la loi (<i>versus</i> conventionnel)."
Liquidation **	"Procédure suivant la dissolution d'une personne morale. Cette dernière n'existe plus une fois qu'elle a été liquidée." Cette notion est utilisée notamment pour les associations, les fondations, les SA, les SARL et les Coop.
Majorité (pour une personne physique) **	"Une personne est majeure lorsqu'elle atteint l'âge de 18ans" (art. 14 CC).
Majorité absolue (décision) **	"Une décision est prise à la majorité absolue lorsque la proposition adoptée réunit plus de la moitié des voix attribuées aux actions représentées" (dans une SA: art. 620ss CO).
Majorité qualifiée (décision) **	« La loi ou les statuts prévoient parfois une majorité qualifiée. Les exigences imposées pour atteindre une majorité qualifiée sont plus importantes que celles prévues pour atteindre la majorité simple ou la majorité absolue. »
Majorité simple (décision)	"Une décision est prise à la majorité simple lorsque la proposition adoptée est celle qui réunit le plus grand nombre de voix."
Mandataire commercial	"Personne qui, sans avoir la qualité de fondé de procuration, a reçu du chef de l'entreprise une procuration générale à caractère plus limité, qui peut viser tous les actes ordinaires de l'entreprise ou certains aspects particuliers" (art. 462ss CO).
Nullité **	"Un acte ou une décision entaché de nullité ne peut produire aucun effet valable. Toutes les opérations accomplies sur la base de cet acte sont considérées comme nulles" (<i>versus</i> annulation).
Obiter dictum **	"Opinion émise par un juge dans un arrêt mais qui n'est pas prise en compte dans le jugement."
Obligation <i>propter rem</i> ou réelle ***	"Obligation dont le débiteur et / ou le créancier sont désignés par le droit réel qu'ils ont sur une chose ou par la possession qu'ils ont de cette chose. Cette obligation tend à l'exécution d'une prestation."
Organe (au sens strict)	" Personne ou groupe de personnes ayant pour fonction de former directement la volonté de la personne morale par ses actes y compris ses actes illicites et en particulier de la représenter vis-à-vis des tiers."
Organe de révision **	"Organe chargé de vérifier les états financiers et la situation patrimoniale d'une société."

Part de copropriété	« Entité juridique qui représente l'ensemble des droits d'un copropriétaire sur la chose" (art. 646ss CC).
Part de copropriété par étages	cf. <i>part d'étage</i> .
Part d'étage	"L'ensemble des droits conférés par le Code civil à un propriétaire d'étages" (art. 712a ss CC).
Part de liquidation **	"Part du patrimoine d'une société qui revient aux actionnaires à la suite de la liquidation."
Parties communes (PPE)	"Eléments matériels du bâtiment objet d'une propriété par étages qui sont soustraits au droit exclusif des propriétaires d'étages individuels" (art. 712a ss CC).
Parties exclusives (PPE) **	« Une PPE a des parties communes qui sont à la disposition de tous les copropriétaires par opposition à une partie exclusive qui est à la disposition d'un copropriétaire d'étage déterminé ».
Participation aux acquêts **	"Régime matrimonial ordinaire. Les époux y sont automatiquement soumis s'ils n'ont pas adopté un autre régime par contrat de mariage (exemple d'un autre régime : la communauté de biens)" (art. 196ss CC).
Passif *	"Obligation actuelle de l'entreprise résultant d'événements passés et dont le règlement devrait se traduire pour l'entreprise par une sortie de ressources (...)."
Personnalité juridique **	"Jouissance et exercice des droits civils" (art. 11ss CC).
Personne juridique	cf. <i>personne morale</i> .
Personne morale	"Entité juridique pourvue de la jouissance et de l'exercice des droits civils, qui va individualiser soit un groupement de personnes soit une masse de biens affectée à un but particulier."
Personne physique	"Être humain (<i>versus</i> une personne morale)."
Perte	« La perte est une diminution de la fortune sociale au-dessous du montant pour lequel les apports ont été acceptés par les associés. »
Plus-value **	"Bénéfice réalisé lors de la revente d'un bien à un prix supérieur à celui de son acquisition."
Propriété (en main) commune	"Forme de propriété collective qui suppose l'existence entre les propriétaires d'un lien personnel antérieur et dans laquelle les propriétaires ne peuvent en principe exercer leurs droits qu'au sein et par l'intermédiaire de cette communauté" (art. 652ss CC).
Propriété foncière	"La propriété foncière a pour objet les immeubles (art. 655 al.1) soumis au droit privé (voir l'art. 664)" (art. 655ss CC).

Propriété par étages (PPE)	"Forme particulière de copropriété immobilière, qui se caractérise principalement par le fait que la part de chaque copropriétaire est assortie d'un droit exclusif d'utiliser et d'aménager intérieurement des parties déterminées d'un bâtiment" (art. 712a ss CC).
Provision **	"Obligation financière future dont l'échéance ou le montant est incertain."
Quorum **	"Nombre de personnes qui doivent être présentes pour qu'une décision soit valablement prise."
Quote-part	"Un moyen technique, mathématique qui permet d'exprimer sous forme de fraction la grandeur d'une part de copropriété par rapport à la chose en copropriété"(art. 646ss CC).
Raison de commerce	Cf. <i>raison sociale</i> .
Raison sociale **	"Nom commercial d'une société sous lequel elle figure, le cas échéant, au registre du commerce" (art. 944ss CO et ORC).
Recours **	"Lorsqu'une personne souhaite contester une décision rendue par un tribunal, elle doit s'adresser à l'instance supérieure par un recours."
Recours en réforme **	"Le recours en réforme est recevable pour violation du droit fédéral, y compris les traités internationaux conclu par la Confédération. Il appartient au Tribunal fédéral de statuer sur les recours en réforme" (art. 43 OJ).
Registre du commerce	"Institution de l'Etat qui enregistre officiellement et publie avec des effets juridiques les faits juridiques déterminants pour le commerce" (ORC).
Registre foncier (RF) ***	"Service public chargé de donner l'état des droits en relation avec les immeubles" (ORF).
Règlement	"Ensemble de normes écrites de portée interne, touchant des points de l'organisation et de l'activité de la société qui ne sont pas déjà réglés par la loi ou les statuts ou qui ne leur sont pas exclusivement réservés."
Représentant légal **	"Les personnes interdites ont un représentant légal, à savoir un tuteur (art. 407 CC). Les représentant légaux des mineurs sont généralement les parents."
Réserves (ouvertes) **	"Ensemble des bénéfices réalisés lors des années précédentes et non distribués aux actionnaires."
Réserve latente	"Réserve qui n'apparaît pas au bilan mais résulte d'une différence entre la valeur réelle d'un actif ou d'une dette et le montant inscrit au bilan."
Servitude	"Droit réel limité qui procure à son titulaire l'usage et/ou la jouissance d'une chose" (art. 730ss CC).

Servitude personnelle	"Servitude constituée en faveur d'une personnes déterminée."
Servitude foncière	"Servitude constituée en faveur du propriétaire actuel d'un autre fonds."
Social	"Relatif à une société (<i>versus</i> personnel)."
Société	« Contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun. »
Société anonyme	"Société qui se forme sous une raison sociale, dont le capital-actions est déterminé à l'avance, divisé en actions, et dont les dettes ne sont garanties que par l'actif social", (art. 620ss CO).
Société à responsabilité limitée	"Société que forment deux ou plusieurs personnes ou sociétés commerciales sous une raison sociale et dont le capital est déterminé à l'avance (capital social)", (art. 772ss CO).
Société coopérative	"Société que forment des personnes ou sociétés commerciales d'un nombre variable, organisées corporativement, et qui poursuit principalement le but de favoriser ou de garantir, par une action commune, des intérêts économiques déterminés de ses membres", (art. 828ss CO).
Société de capitaux **	"Société basée sur la participation financière de ses membres."
Société de personnes **	"Société basée sur la personnalité de ses membres."
Société en nom collectif	"Société que contractent deux ou plusieurs personnes physiques, sous une raison sociale et sans restreindre leur responsabilité envers les créanciers de la société, pour faire le commerce, exploiter une fabrique ou exercer en la forme commerciale quelque autre industrie", (art. 552ss CO).
Société en commandite	"Société que contractent deux ou plusieurs personnes, sous une raison sociale, pour faire le commerce, exploiter une fabrique ou exercer en la forme commerciale une autre industrie quelconque, lorsque l'un au moins des associés est indéfiniment responsable et qu'un ou plusieurs autres, appelés commanditaires, ne sont tenus qu'à concurrence d'un apport déterminé, dénommé commandite", (art. 594ss CO).
Société en commandite par actions	"Société dont le capital est divisé en actions et dans laquelle un ou plusieurs associés sont tenus sur tous leurs biens et solidairement des dettes sociales, au même titre qu'un associé en nom collectif", (art. 764ss CO).
Société simple	"Contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun", (art. 530ss CO).

Statuts	"Ensemble de règles adoptées à l'unanimité par les fondateurs et modifiables ultérieurement par décision au moins majoritaire de l'assemblée générale."
Succursale	"Etablissement commercial qui, dans la dépendance d'une entreprise principale dont il fait juridiquement partie, exerce de façon durable, dans des locaux séparés, une activité similaire, en jouissant d'une certaine autonomie dans le monde économique et celui des affaires", (cette notion est distincte de la notion d'établissement <i>versus</i> corporation).
Tantièmes	"Part du bénéfice distribuée aux administrateurs", (art. 620ss CO).
Terme **	"Délai".
Trust	"Acte de disposition (unilatéral) d'une personne appelée le <i>settlor</i> qui transfère des biens / un patrimoine à une ou plusieurs autres personnes, le <i>trustee</i> , ce dernier devant les gérer dans l'intérêt d'un (ou plusieurs) bénéficiaire ou dans un but déterminé", (droit anglais; <i>Common Law</i>).
Tutelle (au sens large) ****	"Ensemble des mesures instituées par le Code civil pour assurer l'assistance et la représentation de certaines catégories de personnes, totalement ou partiellement incapables d'agir conformément à leurs intérêts", (art. 360ss CC).
Tutelle (au sens strict) ****	"La tutelle est une des institutions mises en place par les art. 360ss CC", (art. 368ss CC; il existe également le conseil légal, la curatelle et la privation de liberté à des fins d'assistance).
Unité d'étage	"L'ensemble des parties exclusives du propriétaire d'étages. Elle se compose des locaux principaux (appartement, local commercial), des locaux annexes, (caves, galetas, etc.) et des parties intégrantes de ces locaux, (armoire murale, revêtement du sol et des parois, installation sanitaire, etc...)", (art. 712a ss CC).
Usufruit	"Servitude qui confère à une personne déterminée la jouissance complète d'une chose ou d'un droit", (art. 745ss CC).
Valeur d'achat ou valeur d'acquisition **	"Valeur à laquelle un bien a été initialement acquis."
Valeur de marché **	"Valeur actuelle du bien."
Valeur nominale **	"Valeur de l'action au bilan de la société."
Voyageur de commerce	"Travailleur qui s'engage à négocier ou à conclure des affaires hors de l'établissement pour le compte de l'exploitant d'une entreprise commerciale qui se charge de la rémunérer", (art. 347ss CO).

La majorité des notions du glossaire sont déjà définies dans notre ouvrage avec une référence et ont donc été reprises telles quelles. En revanche, les notions qui n'ont pas été précisément définies au sein du texte même sont suivies d'une ou plusieurs astérisques qui renvoient aux auteurs suivants :

* → RAFFOURNIER B.

** → Définitions personnelles basées sur la loi et les sources étudiées.

*** → STEINAUER, Tome 1

**** → STEINAUER, Personnes physiques

16.2. Autres annexes.

Annexe 1 : extrait du registre foncier recto / verso (version manuelle).

Feuille Parcelle		Plan		Situation		MOUDON					
5		Feuille 207/10		MOUDON Rue du Temple 20							
N° du Journal	Modification des ardoises	Bâtiements			Surfaces par nature en m²				Surface totale en m²		
		Mutations	Genre	N° d'assise	Bâtiements	Places - Jardins	Prés - Changés	Bois		Vignes	
105011	+ 7 m2 de p. 6.		Habitation, café et charcuterie	80	267	014				281	
109420	Mensuration numérique				281	21				288	
						2				283	
Propriétaires		Titre	Date	N°	Mentions		Date	N°	Radiation		
NICOLAS Blanche femme de Gustave					Mention d'accessoires de fr. 2'700.--		26.12.1961	75473			
CAISSE D'EPARGNE DU DISTRICT DE MOUDON, société coopérative, siège à Moudon.		Vente	22.11.1991	108844	Mention d'accessoires de fr. 14'750.--		26.12.1961	75474			
à Moudon.					Mention d'accessoires de fr. 21'740.--		26.12.1961	75475			
BANQUE RAIFFEISEN DU DISTRICT DE MOUDON, société coopérative, siège à Moudon.		Mod. int.	8.11.2000	119928	Mention de précarité de construction.		4. 5.1962	75870			
					Mention d'accessoires de fr. 20'900.--		20. 9.1962	76480			
					Mention commun historique.		26. 8.1970	85366	16.11.1977	82820	
					Annotations (art. 814 CO abrogé)		Date	N°	Radiation		
					Emption fav. CAISSE D'EPARGNE DU DISTRICT DE MOUDON jusqu'au 15. 2.1992		24. 5.1991	108299	22.11.1991	108844	
Estimation fiscale											
Année	Francs	Année	Francs	Année	Francs						
1960	140'000.--										
1963	165'000.--										
1964	230'000.--										
1971	300'000.--										
1990	880'000.--										

XVII. Annexes

Feuillet / Parcelle		Servitudes et charges foncières							
Lettr.		Date	N°	Lettr.	Date	N°			
a	D. 1. Vues droites, avant-toit sur 4 ✓ Ch. 2. Vues droites fav. 4 ✓	24.10.1933	46988						
b	D. Passage à pied et pour tous véhicules, Jour sur 4 ✓	18.11.1946	53856						
VOIR FICHER INFORMATIQUE									
Gages immobiliers									
Lettr.	Nature	Créancier lors de la constitution (voir au fichier)	Montant	Int. max.	Rang	Date	N°	F.c.l.	Observations
A	O.H.	Caisse d'Epargne du district au 21.1.1969	100'000.-	6	I	20.7.1937	50615		
	Eviction					28.1.1968	97639		
B	Cred. hyp.	Banque Cantonale Vaudoise	45'000.-	7	II	15.9.1962	76474	Pa1	
n	révis					28.1.1968	97639		
C	Céd. hyp.	Le Porteur	205'000.-	8	I	28.1.1968	97639		
			400'000.-			28.7.1986	101982		
VOIR FICHER INFORMATIQUE									

Annexe 2 : extrait du registre foncier (version informatique).

Office du registre foncier
Moudon/Oron

Page 1 de 2

Extrait du registre foncier

Bien-fonds Moudon / 5

Tenue du registre foncier: fédéral

Etat descriptif de l'immeuble:

Attention: les indications marquées d'un "" ne jouissent pas de la foi publique.*

Commune: 207 Moudon
 No immeuble: 5
 Parcelle de dépendance:
 Adresse*: Rue du Temple 20
 No plan(s) suivant(s)*:
 No plan*: 10
 Surface*: 283 m2, numérique
 Mutation*:
 Genre de culture*: Place-jardin, 2 m2
 Bâtiments*: Habitation, No. ass. 80, 281 m2, surface totale 284 m2 (sur plusieurs immeubles)
 Mentions de la mens. officielle*:
 Estimation fiscale*: Fr. 880'000.--, 1990
 Observations*:

Propriété:

Copropriété simple 1/2
 P. [REDACTED] né(e) le 15.01.1968 13.11.2001 2001/233/0 Achat
 Copropriété simple 1/2
 G. [REDACTED] né(e) le 06.03.1966 13.11.2001 2001/233/0 Achat

Mentions:

04.05.1962 75870 # Précarité de construction, ID.2001/002039

Servitudes:

24.10.1933 46988 (D) **Voisinage** : Vues droites et empiètement d'avant-toit, ID.2005/002333 à la charge de Moudon/4
 24.10.1933 46988 (C) **Voisinage** : Vues droites, ID.2005/002334 en faveur de Moudon/4
 18.11.1946 59856 (D) **Passage** à pied et pour tous véhicules, ID.2005/002335 à la charge de Moudon/4

Charges foncières:

Aucune

Annotations: (Profitent des cases libres voir droits de gages immobiliers)

Aucune

Exercice des droits: (Pour les droits dont l'exercice ne figure pas ci-dessous, voir le registre foncier)

Selon registre foncier

Droits de gages immobiliers:

13.11.2001 2001/[REDACTED]/0 Cédule hypothécaire au porteur, Fr. [REDACTED]--

Office du registre foncier
Moudon/Oron

Page 2 de 2

Extrait du registre foncier

Bien-fonds Moudon / 5

Tenue du registre foncier: fédéral

Droits de gages immobiliers:

Rang 1, Intérêt max. 10%
ID.2001/00

Affaires en suspens:

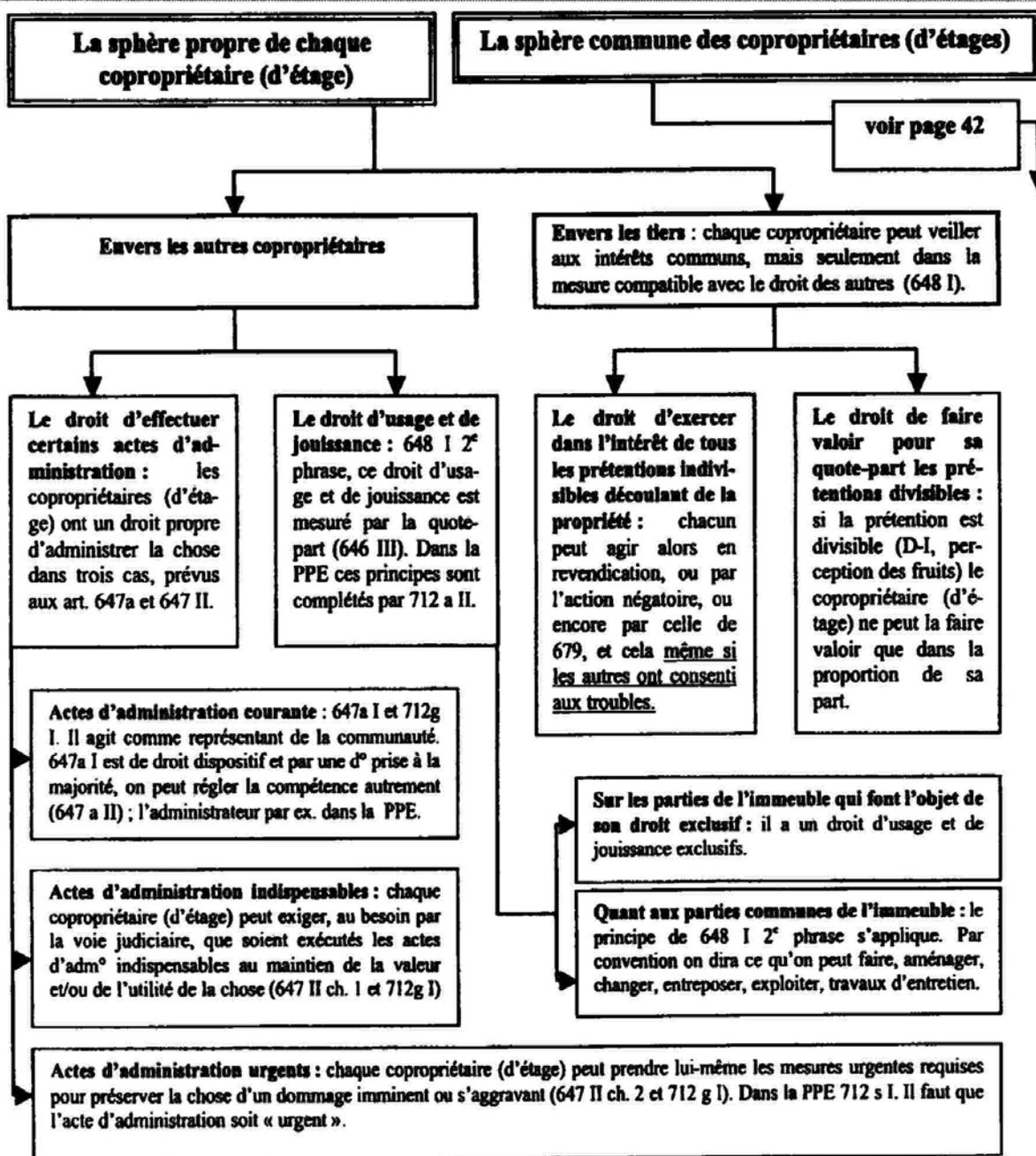
Affaires du journal jusqu'au 9 avril 2006: aucune

1510 Moudon, le 11 avril 2006

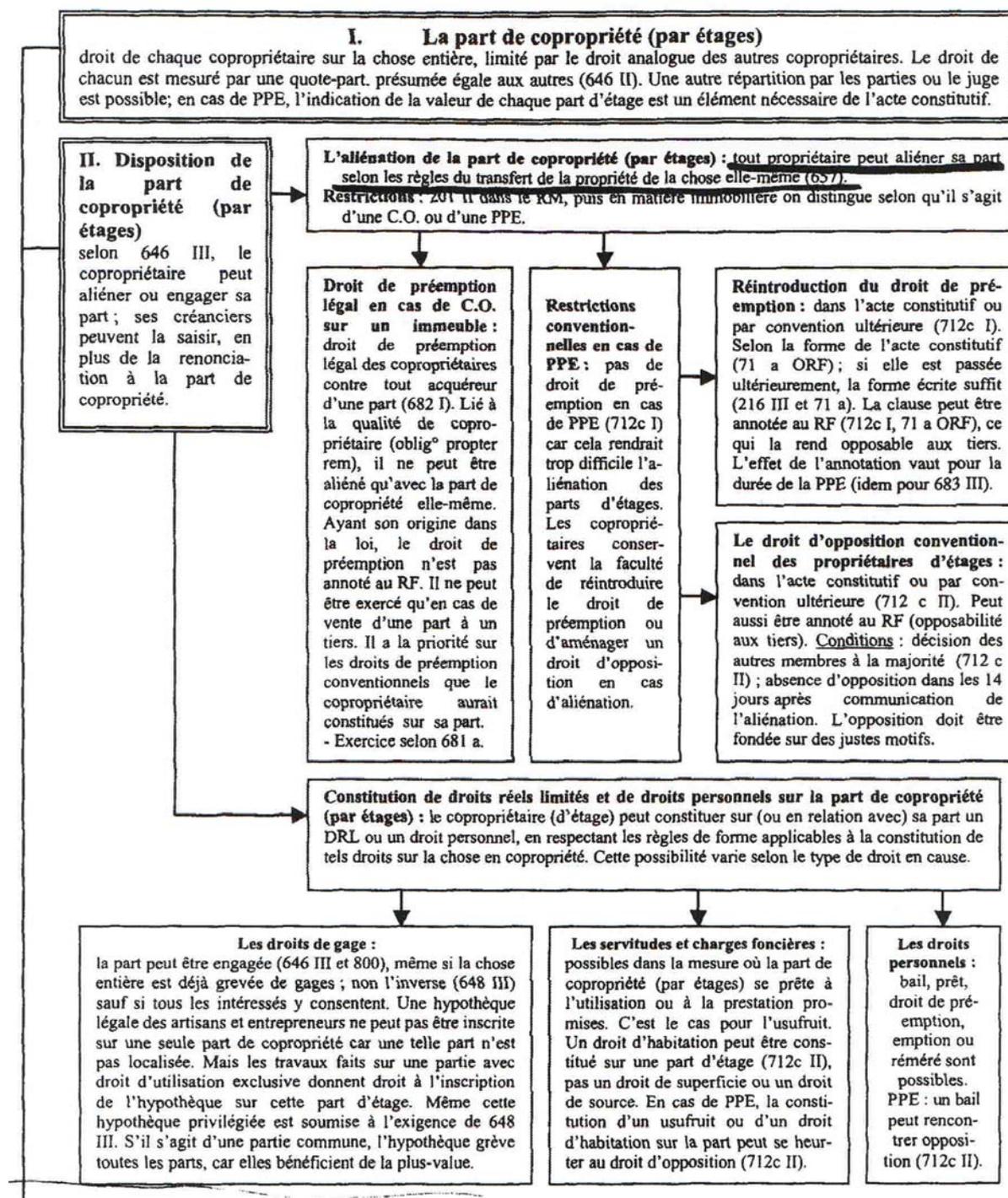
Emoluments: _____

Le Conservateur du registre foncier

Annexe 3 : sphère propre et sphère commune de chaque copropriétaire (d'étage)⁸¹⁰.

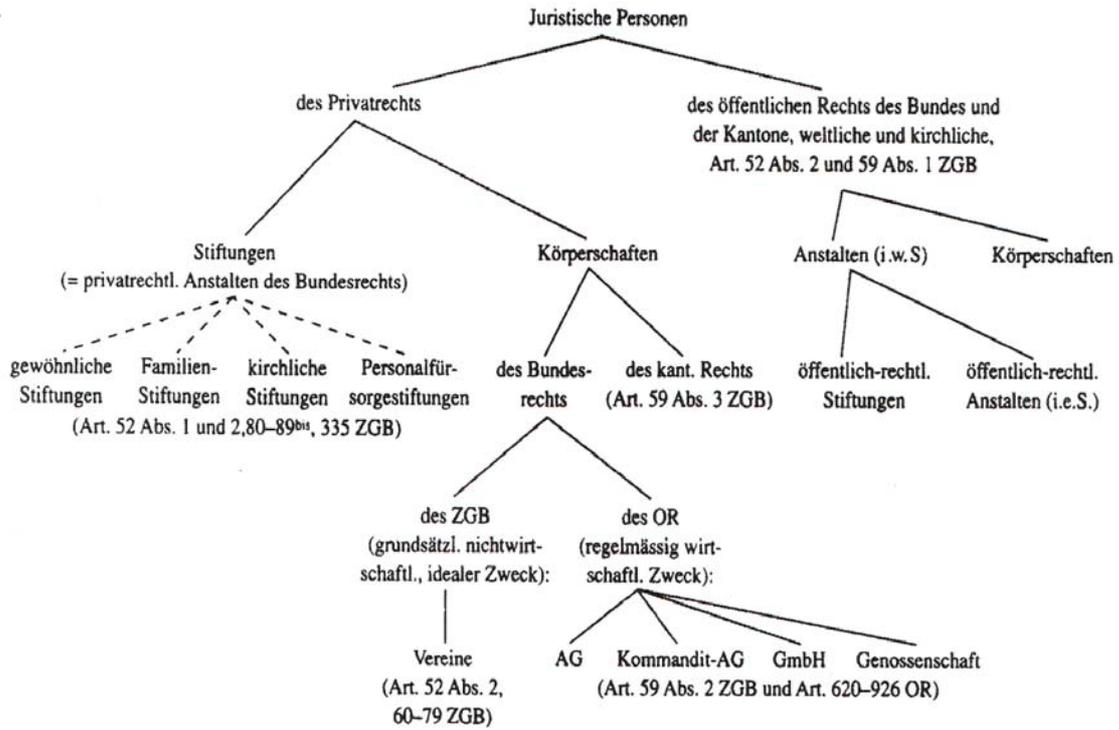


⁸¹⁰ CARRANZA / MICOTTI, p. 40.

Annexe 4 : les droits du copropriétaire (d'étage) sur sa part⁸¹¹.

811 CARRANZA / MICOTTI, p. 46.

Annexe 5 : les personnes morales⁸¹².



⁸¹² RIEMER, p. 178.

Annexe 6 : les autorités cantonales de surveillance des fondations⁸¹³.

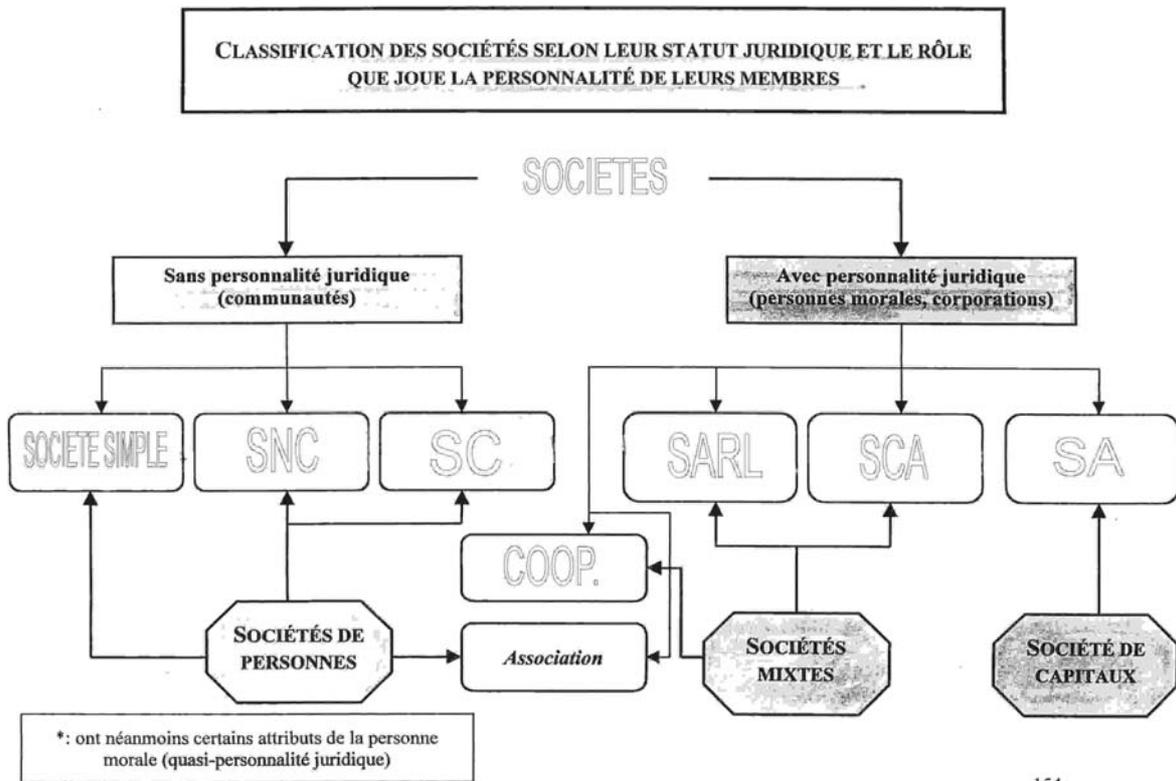
AG	Departement des Innern Justizabteilung Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht Bleichemattstrasse 7 5001 Aarau	Tel. 062 / 835 15 40 Fax. 062 / 835 15 49
AI	Volkswirtschaftsdepartement Stiftungs- und BVG-Aufsicht Marktgasse 2 9050 Appenzell	Tel. 071 / 788 96 01 Fax. 071 / 788 96 69
AR	Direktion des Innern Aufsichtsbehörde u. Register für berufl. Vorsorge Regierungsgebäude 9102 Herisau	Tel. 071 / 244 24 64 Fax. 071 / 244 24 47
BE	Amt für Sozialversicherung und Stiftungsaufsicht Forelstrasse 1 3072 Ostermundigen	Tel. 031 / 633 76 55 Fax. 031 / 633 76 71 Mail: asvs.bvs@jgk.be.ch Internet: www.be.ch/asvs
BL	Justizdirektion Amt für Stiftungen und berufliche Vorsorge Rathausstrasse 24 4410 Liestal	Tel. 061 / 925 57 19
BS	Justizdepartement Aufsichtsbehörde berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht Rheinsprung 16 4001 Basel	Tel. 061 / 267 80 58
FR	Service de la surveillance des fondations et de la prévoyance professionnelle Grand-Rue 27 Case postale 1701 Fribourg	Tel. 026 / 305 29 70 Fax. 026 / 305 29 71
GE	Service de surveillance des fondations du canton de Genève Case postale 1211 Genève 3	Tel. 022 / 327 55 23 Fax. 022 / 327 50 33
GR	Finanzverwaltung des Kantons Graubünden Steinbruchstrasse 18 7000 Chur	Tel. 081 / 257 26 38
GL	Direktion des Innern, Aufsichtsbehörde über Berufliche Vorsorge und Stiftungen Zwinglistr. 6 8750 Glarus	Tel. 055 / 646 68 00 Fax. 055 646 68 99
JU	Dép. de la Justice et des Finances Surveillance des fondations Rue de la Justice 2 2800 Delémont	Tel. 032 / 420 51 11
LU	Zentralschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht (ZBSA) Bundesplatz 14 6002 Luzern (Zusammenschluss von UR, SZ, OW, NW, LU, ZG)	Tel. 041 / 228 65 23 Fax. 041 / 228 65 25 Mail: info@zbsa.ch www.zbsa.ch

⁸¹³ Cf. le site internet www.edi.admin.ch/esv/ sous « documents ».

XVII. Annexes

NE	Service de l'emploi du Département de l'économie publique Autorité de surveillance des fondations Rue du parc 117 2300 La Chaux-de-Fonds	Tel. 032 / 889 68 01 Fax. 032 / 889 62 69
NW	Zentralschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht (ZBSA) Bundesplatz 14 6002 Luzern (Zusammenschluss von UR, SZ, OW, NW, LU, ZG)	Tel. 041 / 228 65 23 Fax. 041 / 228 65 25 Mail: info@zbsa.ch www.zbsa.ch
OW	Zentralschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht (ZBSA) Bundesplatz 14 6002 Luzern (Zusammenschluss von UR, SZ, OW, NW, LU, ZG)	Tel. 041 / 228 65 23 Fax. 041 / 228 65 25 Mail: info@zbsa.ch www.zbsa.ch
SG	Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons St. Gallen Brühlgasse 35 9001 St. Gallen	Tel. 071 / 229 33 16 Fax. 071 / 229 21 77
SH	Volkswirtschaftsdepartement Kantonale Stiftungsaufsicht Mühlentalstrasse 105 8200 Schaffhausen	Tel. 052 / 632 73 81 Fax. 052 / 632 78 25
SO	Berufliche Vorsorge / Stiftungsaufsicht Amthaus 2 4502 Solothurn stiftungsaufsicht@vd.so.ch	Tel. 032 / 627 27 08 Fax. 032 / 627 27 21
SZ	Zentralschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht (ZBSA) Bundesplatz 14 6002 Luzern (Zusammenschluss von UR, SZ, OW, NW, LU, ZG)	Tel. 041 / 228 65 23 Fax. 041 / 228 65 25 Mail: info@zbsa.ch www.zbsa.ch
TG	Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht Kasernenplatz 4 8500 Frauenfeld	Tel. 052 / 724 27 93 Fax. 052 / 721 22 18
TI	Autorità di vigilanza sulle fondazioni Palazzo del Governo 6500 Bellinzona	Tel. 091 / 814 32 36
UR	Zentralschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht (ZBSA) Bundesplatz 14 6002 Luzern (Zusammenschluss von UR, SZ, OW, NW, LU, ZG)	Tel. 041 / 228 65 23 Fax. 041 / 228 65 25 Mail: info@zbsa.ch www.zbsa.ch
VD	Département des finances Autorité de surveillance des fondations Rue du Valentin 10 1014 Lausanne	Tel. 021 / 316 40 82 Fax. 021 / 316 34 99
VS	Département de la justice et de la police surveillance des fondations Av. de la Gare 39 1950 Sion	Tel. 027 / 606 47 50
ZG	Zentralschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht (ZBSA) Bundesplatz 14 6002 Luzern (Zusammenschluss von UR, SZ, OW, NW, LU, ZG)	Tel. 041 / 228 65 23 Fax. 041 / 228 65 25 Mail: info@zbsa.ch www.zbsa.ch
ZH	Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich Nordstrasse 20 8090 Zürich	Tel. 043 / 259 25 91 Fax. 01 / 363 83 16

Annexe 7 : classification des sociétés selon leur statut juridique et le rôle que joue la personnalité de leurs membres⁸¹⁴.



⁸¹⁴ OBERSON, Titre VI, p. 154.

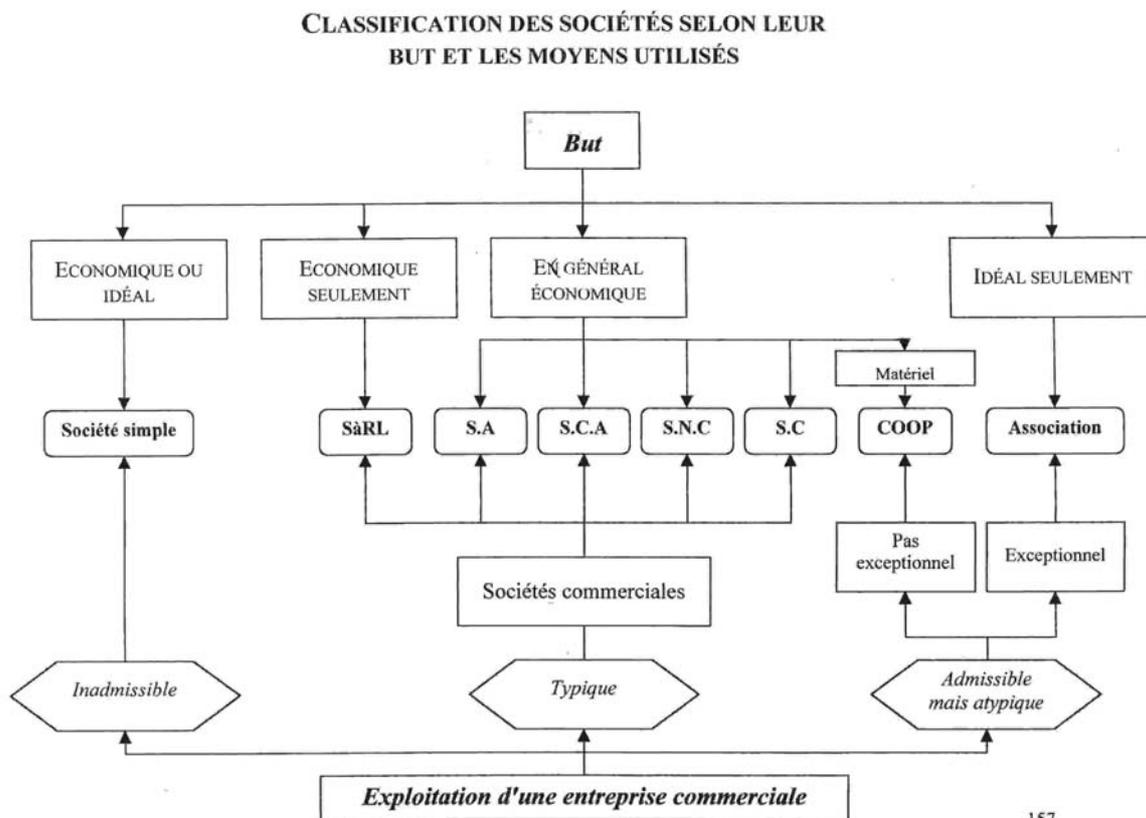
Annexe 8 : distinction des sociétés selon le critère de la personnalité juridique⁸¹⁵.

DISTINCTION DES SOCIÉTÉS SELON LE CRITÈRE DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE

<i>Tableau des différences</i>	Sociétés qui ont la personnalité juridique	Sociétés qui n'ont pas la personnalité juridique
<i>1. Rapport société - associés</i>	Indépendance de la personne des associés (changements, entrées, sorties). Conçue pour un grand nombre d'associés.	Dépendance de la personne des associés. Conçue pour un petit nombre d'associés.
<i>2. Patrimoine social</i>	Propriété de la société.	Propriété collective des associés.
<i>3. Responsabilité pour les dettes sociales</i>	Société (avec éventuellement les associés).	Associés (avec éventuellement la société).
<i>4. Organisation</i> <i>4.1 En général</i> <i>4.2 Décisions</i> <i>4.3 Gestion et représentation</i>	4.1 Imposée en grande partie par la loi 4.2 Principe majoritaire. 4.3 Par l'intermédiaire d'organes.	4.1 Laisée en grande partie au choix des associés. 4.2 Principe de l'unanimité. 4.3 Par les associés.
<i>5. Contrat de société</i> <i>5.1 Fonction</i> <i>5.2 Contenu</i> <i>5.3 Forme</i>	5.1 Créer la société et l'organiser durablement (statuts). 5.2 Imposé en grande partie par la loi. 5.3 Forme écrite simple ou forme authentique.	5.1 Surtout créer la société. 5.2 Liberté contractuelle. 5.3 Liberté de forme.

⁸¹⁵ OBERSON, Titre VI, p. 155.

Annexe 9 : classification des sociétés selon leur but et les moyens utilisés⁸¹⁶.



157

⁸¹⁶ OBERSON, Titre VI, p. 157.

Annexe 10 : distinction entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux⁸¹⁷.

TABLEAU DES DIFFÉRENCES	<i>Sociétés de personnes</i>	<i>Sociétés de capitaux</i>
<i>1. Personnalité des associés</i>	Petit nombre d'associés Associés connus Personnes physiques Sociétariat en principe intransmissible Sociétariat ne pouvant pas être incorporé dans un papier-valeur Causes de dissolution avec et sans rapport avec les associés	Grand nombre d'associés Anonymat Personnes physiques, morales ou sociétés Sociétariat en principe transmissible Sociétariat pouvant être incorporé dans un papier-valeur Causes de dissolution sans rapport avec les associés
<i>2. Obligations des associés</i>	Droit et devoir de représentation et de gestion Obligation de fidélité Possibilité d'une obligation de versements supplémentaire	Pas de droit ni de devoir de représentation et de gestion
<i>3. Droits des associés</i>	Egalité des associés	Selon les participations financières
<i>4. Responsabilité pour les dettes sociales</i>	Associés	Société

⁸¹⁷ OBERSON, Titre VI, p. 156.