

Qui peut disposer des reserves latentes et ouvertes d'une S.A. ou d'une cooperative et dans quelles mesures?

Autor(en): **Capitaine, Georges**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **61 (1942)**

PDF erstellt am: **21.09.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-896270>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Qui peut disposer des réserves latentes et ouvertes d'une S.A. ou d'une coopérative et dans quelles mesures ?

Par M. Georges Capitaine, Dr. en droit, avocat,
Privat-docent à l'Université de Genève.

La réponse paraît simple de prime abord. On verra qu'elle est des plus complexes à l'examen. N'est-on pas d'emblée tenté de donner tous pouvoirs en ce domaine à l'assemblée générale ou de dire simplement que ce droit de disposition appartient à l'organe prévu par les statuts ? Encore faudrait-il que ces derniers contiennent une prescription formelle à ce sujet, ce qui, dans la majorité des cas, ne se rencontre pas.

Par ailleurs, il existe pratiquement et légalement tant d'espèces de réserves dans les sociétés commerciales et dans les coopératives¹⁾, que le droit d'en disposer et sa mesure varient pour chacune d'elles.

Le code révisé, pas plus que l'ancien CO, ne contiennent de prescriptions formelles à ce sujet. Ils laissent aux statuts le soin de répondre à la question. Et la pratique montre que si ces derniers ne manquent presque jamais de prévoir la constitution de certaines réserves, ils sont, dans 99 cas sur 100, muets quant à la désignation de l'organe qui peut en disposer et à la mesure de ce droit.

D'une façon générale, on peut dire que c'est avant tout le but en vertu duquel la réserve a été constituée qui détermine l'organe pouvant en disposer dans des limites fixes. Il importe donc d'examiner séparément la

¹⁾ Cf. mon étude: Les sociétés coop. peuvent-elles légalement constituer des réserves latentes ? dans *Journal des Tribunaux* 1941, p. 354 et ss.

question pour chacune des espèces de réserves. Et pour cette étude, il convient de distinguer immédiatement les deux genres classiques, mais fondamentalement différents de réserves: les réserves latentes (stille Reserven, riserve nascoste) et les réserves ouvertes (offene Reserven, riserve pubblica).

I. Les réserves latentes.

Elles sont souvent aussi appelées réserves occultes²⁾ ou réserves tacites. Le CO, qui ne les mentionne expressément qu'à l'art. 663, les a de préférence dénommées réserves latentes.

On sait qu'elles sont de deux espèces différentes: les réserves dissimulées, dont l'existence ne ressort pas immédiatement d'un examen même attentif du bilan et les réserves cachées, qui apparaissent à première lecture du bilan, bien que leur montant exact n'en soit pas d'emblée déterminable³⁾.

La légalité de ces deux espèces de réserves et tout spécialement de la première, très discutée en doctrine à cause du principe de la clarté et de la sincérité du bilan (art. 959 CO)⁴⁾, n'est pas à discuter ici, puisque d'une façon non ambiguë, les art. 663 al. 2 et 960 al. 3 CO les admettent sous toutes les formes adoptées en pratique dans la S. A., la société en commandite par actions et la s. à r. l. (art. 764 al. 2 et 805 CO). Quant à la société

²⁾ Cf. Copper Royer, *Traité des S. A.*; 4^{me} éd., vol. II, p. 533.

³⁾ Cf. Ed. Folliet, *Le Bilan dans les S. A.*, éd. 1937, p. 316 et ss.; M. Staehelin sen., *Die stillen Reserven bei der schweiz. AG.*, dans „Die schweiz. AG.“, vol. 1, p. 25 et ss.; M. Staehelin jun., *Die Reserven der AG.*, dans ZSR, vol. 1939, p. 122a; Rosendorff, *Stille Reserven*, dans „Die schweiz. AG.“, vol. 6, p. 2 et ss.; A. Janggen, *Die Reserven, insbesondere die stillen der AG.*, dans SJZ 25, p. 321 et ss.

⁴⁾ Cf. Ed. His, *Commentaire des titres 30 à 32 CO*, ad art. 959 ch. 12 et 15.

coop., chez laquelle les réserves latentes ne sont légalement admises que d'une façon très limitée, je renvoie à l'étude spéciale que j'ai présentée sur la question: „Les sociétés coopératives peuvent-elles légalement constituer des réserves latentes?“ dans *Journal des Tribunaux* 1941, p. 354 et ss.

Bornons-nous donc à rechercher ici, pour chacune des sous-espèces de ces réserves latentes, qui auront été valablement constituées au bilan d'une société, quel sera l'organe compétent pour en disposer, dans quel but et quelle mesure.

1. Les réserves dissimulées (versteckte Reserven).

Elles procèdent directement du principe posé par l'art. 663 al. 2 CO, qui permet à l'administration d'attribuer „à des éléments de l'actif une valeur inférieure à celle qu'ils ont au jour où le bilan est dressé...“ Et le texte de cet alinéa va plus loin encore en disant que l'administration peut, par un autre moyen que celui qui consiste à donner à des éléments de l'actif une valeur moindre que leur valeur réelle, „... constituer d'autres réserves latentes...“ Cela signifie qu'en pratique l'administration a la possibilité de créer ou d'augmenter les réserves dissimulées de cinq façons différentes: en passant directement, en totalité ou en partie, les frais d'installations nouvelles dans le compte de Frais généraux ou de PP, au lieu d'en débiter le compte correspondant à l'actif du bilan; en exagérant les amortissements normaux de certains articles à l'actif du bilan; en omettant totalement de faire figurer certains comptes ou actifs au bilan; en augmentant un compte ou une dette au passif au delà de sa réalité et enfin en inscrivant à ce passif des comptes ou des dettes tout à fait fictifs⁵⁾.

⁵⁾ Cf. Ed. Folliet, op. cit. p. 322; A. Percerou, *Lois actuelles et projets récents en matière de S. A.*, Paris 1933, p. 514; R. Rosendorff, *Stille Reserven*, dans „Die schweiz. AG.“,

Encore une fois, il n'y a pas lieu ici d'admettre ou de critiquer la portée et les conséquences d'un texte qui peut incontestablement donner lieu à des abus et à des situations très délicates de la part d'administrateurs peu scrupuleux. Ce qu'il faut constater, c'est que dans la S. A., la société en commandite par actions et la s. à r. l., l'administration a la possibilité de constituer par ces moyens des réserves dissimulées et que le code n'a voulu la limiter qu'en lui imposant l'obligation toute platonique de ne créer ces réserves latentes que „dans la mesure nécessaire pour assurer d'une manière durable la prospérité de l'entreprise ou la répartition d'un dividende aussi constant que possible.“

Il s'agit donc ici de l'indication, je dirai même limitative ou restrictive, du but devant servir de base à la constitution d'une réserve latente.

Les réserves dissimulées d'une S. A. sont constituées par l'administration ou la gérance de la société (art. 663 al. 2 CO). C'est en général au moment d'établir l'inventaire et le bilan que cet organe, suivant les résultats de l'exercice qu'il connaît déjà, décide de réduire dans ces documents ou d'y supprimer certains articles à l'actif, d'augmenter des comptes au passif, ou même d'en créer de fictifs. Le bilan ainsi préparé selon la volonté de l'administration, est soumis pour approbation à l'assemblée générale. Celle-ci l'approuve ou le rejette en général en bloc. Théoriquement, elle peut décider la modification des réserves dissimulées en augmentant ou diminuant par exemple les amortissements ou les dettes fictives proposés par l'administration. Elle est toujours l'organe ayant, aux termes de l'art. 698 ch. 3 CO, le droit inaliénable „d'approuver le compte de PP, le

vol. 6, p. 2 et 21; Dr. Max Staehelin sen., Die stillen Reserven bei der schweiz. AG., dans „Die schweiz. AG.“, vol. 1, p. 28 et ss.; Copper Royer, Traité des S. A., 4^{me} éd. vol. II, p. 530 et ss.

bilan . . .“, droit qui n'est, en principe, nullement restreint par les dispositions de l'art. 663 al. 2 CO⁶).

Pratiquement cependant, une modification n'intervient pas, pour la bonne raison que l'assemblée n'est pas en général et obligatoirement renseignée sur l'importance réelle de la dissimulation, ce qui n'est le cas que pour certains actionnaires influents ou curieux et privilégiés. D'ailleurs, le secret des affaires et les prescriptions des art. 697 et 857 CO permettent éventuellement à l'administration de refuser au sociétaire qui le demande, un renseignement sur l'importance exacte des réserves dissimulées, s'il est de nature à „compromettre les intérêts de la société“. Si l'assemblée n'est pas satisfaite des réponses obtenues ou si la majorité n'est pas convaincue de leur exactitude, elle peut alors refuser l'approbation des comptes. Pour en faire établir d'autres sur des bases lui convenant, elle a la possibilité de révoquer l'administration et d'en élire une nouvelle (art. 705 CO), dont elle ne sera pas certaine de l'attitude pour une très longue période. En outre, chaque actionnaire a le droit d'attaquer en justice les décisions de l'assemblée générale, s'il estime qu'elles violent la loi ou les statuts (art. 706 CO).

Par ailleurs, on s'est demandé si, en vertu des dispositions des art. 674 al. 2 et 863 al. 2 CO prévoyant que „l'assemblée générale peut constituer d'autres réserves qui ne sont prévues ni par la loi, ni par les statuts . . .“ cet organe n'a pas la possibilité de constituer directement des réserves latentes? La réponse a été généralement négative en doctrine⁷), pour les motifs relevés dans le

⁶) Cf. à ce sujet l'intéressant article d'Alfr. Wieland, Das Recht der Generalversammlung auf Überprüfung der von der Verwaltung beschlossenen stillen Reserven nach dem Entwurfe zum neuen Gesellschaftsrecht, dans SJZ vol. 26, p. 53; ATT 54 II 24 cons. 3.

⁷) Cf. M. Staehelin jun., op. cit. p. 183a; H. Zimmermann, Buchführung im rev. OR, dans ZSR 1926 p. 139a; A. Janggen, op. cit. p. 323 et spécialement 325 et 326; Alfr.

Message du Conseil fédéral de 1928 à p. 36: „Ces réserves (les réserves latentes) doivent pouvoir être créées par l'administration . . . L'assemblée générale a bien le droit d'ordonner de son côté, sous les mêmes conditions, qu'elles soient constituées. Mais elles n'ont plus alors le caractère de „réserves latentes“. Elles ne remplissent plus leur but essentiel, qui est de couvrir les pertes sans ébranler le crédit de la société“.

Les réserves dissimulées sont donc constituées par l'administration ou la gérance dans le but „d'assurer d'une manière durable la prospérité de l'entreprise ou la répartition d'un dividende aussi constant que possible (art. 663 al. 2 CO). Tout autre but poursuivi, à condition qu'on puisse le prouver, justifierait l'action en justice de la part de chaque actionnaire contre la décision de l'assemblée générale qui aurait approuvé une telle réserve (art. 706 al. 1 CO). Ces réserves ont en général pour objet ce que l'usage commercial appelle, „les valeurs immédiatement réalisables“ à l'actif, telles que les matières premières, les marchandises en stock, le portefeuille de valeurs ou d'effets, les débiteurs et au passif l'article des créanciers ou des effets à payer.

Si le code donne expressément à l'administration ou à la gérance le pouvoir de créer ces réserves dans le but indiqué, il les autorise tacitement aussi à les détruire, c. à d. à les utiliser pour atteindre ce but. A quoi serviraient ces réserves, si elles ne pouvaient, précisément au jour où les craintes et les risques qui les ont fait naître se réalisent, être utilisées pour en neutraliser l'effet? Si la société X a constitué une réserve dissimulée de 100 000 fr. par un compte marchandises, il faut qu'elle puisse l'employer, en totalité ou en partie, pour éteindre une perte qui survient au cours des années suivantes et cela dans le but „de maintenir la prospérité de l'entreprise“.

Wieland, op. cit. p. 54; von Waldkirch a dit à la Commission d'experts: „Reserven, welche durch die Generalversammlung gebildet werden, seien keine stillen Reserven.“ Protocole p. 257.

Il s'agit ici de ce que la pratique appelle „la revalorisation ou réévaluation des réserves tacites“ („die Aktivierung von stillen Reserven“)⁸). Bien que le CO n'en parle pas et qu'en général les statuts soient aussi muets sur ce sujet, c'est implicitement l'organe ayant créé ces réserves, c. à d. l'administration ou la gérance, qui est directement compétent pour en faire usage au moment où il le jugera à propos. A cet effet, il revalorisera l'article d'actif qu'il avait déprécié, il réinscrira celui qu'il avait délibérément omis à l'inventaire, il diminuera ou supprimera au passif la dette fictive qu'il y avait inscrite.

Et cette revalorisation s'effectue d'une façon occulte, par un simple jeu d'écritures, comme l'administration avait procédé pour créer la réserve dont elle entend disposer. Elle établit le bilan et les comptes annuels en y incluant sans autre les augmentations de valeurs ou en y supprimant les dettes fictives qu'elle avait fait figurer dans les arrêtés de comptes précédents.

L'opération peut s'effectuer et dans la grande majorité des cas s'effectue à l'insu de l'assemblée générale, qui, appelée à approuver les comptes, le fait en général sans avoir été exactement renseignée sur ce qui s'est passé, bien qu'elle ait toujours le droit de refuser cette approbation (art. 698 al. 3 CO), ainsi qu'on l'a vu ci-dessus. Seuls les administrateurs ou gérants et éventuellement les contrôleurs, s'ils se sont renseignés, comme les art. 728 al. 2 et 907 al. 2 CO leur en donnent le droit, sont au courant.

C'est précisément le grand inconvénient, je dirai même le danger des réserves dissimulées. Elles sont, en mains d'une administration peu scrupuleuse, une arme

⁸) Cf. Harry Zimmermann, op. cit. p. 147a et ss.; R Rosendorff, op. cit. p. 21 et ss.; Dr. M. Staehelin jun., op. cit. p. 180a; M. Staehelin sen., op. cit. p. 60; Bulletin financier suisse, 1941, p. 231 à l'article Usines Métallurgiques Météor S. A. Genève; Copper Royer, op. cit. vol. III, p. 626 et ss.

à double tranchant et un pouvoir qu'on peut qualifier d'exorbitant. Si légalement elles ont pour but d'assurer la prospérité de l'entreprise ou la stabilité de la répartition d'un dividende (art. 663 al. 2 CO), elles permettent aussi et soit disant en poursuivant ce but, de dissimuler les erreurs d'une administration incapable. Si une perte de 50 000 fr. est la résultante d'une mauvaise gestion, il est facile à l'administration de la faire disparaître „avant bilan“ par une revalorisation à due concurrence de tout ou partie des réserves dissimulées. Ainsi, sans renseignements spéciaux, l'assemblée générale approuvera-t-elle éventuellement un bilan équilibré, qui fait peut-être même ressortir un bénéfice, alors qu'en réalité, l'exercice aurait dû être clôturé par une perte résultant d'une mauvaise gestion⁹⁾.

En Allemagne, la nouvelle loi sur les S. A. et les sociétés en commandite par actions du 30 janvier 1937 (Aktiengesetz) tend à empêcher un tel système en exigeant par son § 132 al. 2 que „le bénéfice net ou la perte de l'exercice soit indiqué intégralement et séparément à la fin du compte de PP“. Il est regrettable qu'en Suisse, alors que la revision du CO était en cours, on n'ait pas admis une semblable prescription, qui eut permis d'éviter bien des abus.

Le législateur suisse s'en est cependant bien rendu compte, en accordant alors à l'actionnaire (art. 697) et à l'associé d'une coopérative (art. 857 CO) un droit de renseignements plus étendu et mieux formulé que celui qu'ils avaient sous l'ancien CO (art. 641 al. 4 et 5 et rien dans la société coop.). Ils peuvent tout d'abord „signaler à l'attention des contrôleurs les évaluations douteuses et réclamer les explications nécessaires“. Ils ont, en outre, le droit de demander des renseignements lors de l'assemblée générale et de questionner les contrôleurs, qui devront être pré-

⁹⁾ Cf. idem M. Staehelin sen., op. cit. p. 42 et ss.

sents (art. 729 al. 3 et 4 et art. 908 al. 3 et 4 CO). Il leur est permis de demander à l'assemblée générale ou à l'administration de pouvoir consulter les livres et la correspondance, et en cas de refus, de s'adresser au juge pour obtenir les renseignements précis désirés et des extraits certifiés conformes des livres ou de la correspondance¹⁰⁾. En outre, le code oblige l'administration de renseigner les contrôleurs sur la constitution et l'affectation de réserves latentes (art. 663 al. 3 CO).

Mais tous ces droits peuvent être annihilés ou du moins rendus inopérants par le pouvoir qu'ont aussi bien la société que le juge d'en refuser l'exercice, si les questions posées sont de nature „à compromettre les intérêts de la société“, argument qui en pratique permet trop souvent de couvrir des abus.

Par ailleurs, lorsqu'on sait combien les sociétaires sont en général „des moutons“¹¹⁾ suivant aveuglément jusqu'à la culbute des majorités toutes préparées, on peut douter que ces droits puissent efficacement contre-balancer les pouvoirs excessifs de l'administration en matière de réserves latentes.

Quoi qu'il en soit, le droit de disposition des réserves dissimulées par leur revalorisation appartient bien légalement à l'administration ou à la gérance, sous réserve d'approbation tacite de l'assemblée générale, à moins que les statuts en aient disposé autrement.

Au surplus, l'art. 721 al. 1 et 2 CO prévoit qu'en matière de pouvoirs, l'administration d'une S. A. est l'organe supplétoire, en ce sens qu'elle est autorisée „à prendre des décisions sur toutes les affaires qui ne sont pas attribuées ou réservées (par la loi, les statuts ou les

¹⁰⁾ Cf. à ce sujet ATF 54 II 24 et M. Staehelin sen., op. cit. p. 61.

¹¹⁾ Je renvoie à ce sujet à ce qu'expose d'une façon très humoristique Ph. Girardet dans „Les Affaires et les hommes“, Paris 1927, au chapitre des sociétés anonymes, p. 87 et ss.

règlements, al. 1) à l'assemblée générale ou à d'autres organes sociaux".

La loi n'ayant prévu pour aucun genre de sociétés le droit de disposition sur les réserves latentes en faveur de l'assemblée générale ou d'un autre organe, c'est donc bien l'administration ou la gérance qui sont compétentes à ce sujet, si les statuts n'ont eux-mêmes rien dit.

Eu égard à l'étendue de tels pouvoirs et aux dangers qu'ils comportent (ils ont été relevés ci-dessus), il serait souhaitable que d'une façon générale les statuts, en les attribuant expressément à l'administration, obligent cette dernière à mentionner toute utilisation d'une réserve dissimulée dans son rapport annuel, si elle n'apparaît pas dans le compte de PP. Ce serait le seul moyen de donner aux actionnaires une garantie de renseignements sur des fautes ou des négligences de l'administration engageant nettement la responsabilité de ses membres (art. 754 al. 1 et 755 CO)¹²). Cette obligation serait alors la contre-partie du droit de constituer toutes les réserves latentes que l'art. 663 al. 2 CO confert à l'administration et de celui d'en disposer.

Car n'oublions pas que les contrôleurs, dont la tâche consiste à renseigner l'assemblée générale, peuvent tout à fait légalement être laissés dans l'ignorance de ce qui s'est fait à ce sujet et partant ne rien signaler dans leurs rapports. En effet, aux termes des art. 728 al. 2 pour la S. A. et 907 al. 2 CO pour la coopérative, l'administration n'est tenue de renseigner les contrôleurs qu'à leur requête — c'est là la formule malheureuse — „sur l'inventaire et les règles selon lesquelles celui-ci est établi, ainsi que sur des affaires déterminées". Or, ces règles ayant servi de bases à l'établissement de l'inventaire, ce sont notamment celles qui ont été pratiquées par l'administration aussi bien pour la constitution que pour

¹²) Cf. dans ce sens H. Zimmermann, *Buchführung im rev. OR*, dans *ZSR* 1926, p. 147a et ss.

la disposition des réserves latentes et surtout dissimulées. Pour peu que les contrôleurs ne soient pas des professionnels ou des routiniers, il y a bien des chances que dans la majorité des cas ils ne „requièrent“ aucun renseignement à ce sujet, et qu'en conséquence ils n'apprennent rien d'intéressant pour renseigner les sociétaires.

Et les contrôleurs n'auront à signaler dans leurs rapports écrits ou verbaux à l'assemblée générale aucune irrégularité ou violation de prescriptions légales ou statutaires (art. 729 al. 3 et 908 al. 3 CO), si les statuts (la loi ne le prévoyant pas) n'ont pas imposé à l'administration l'obligation de renseignements précis en cas d'utilisation d'une réserve dissimulée. Car l'utilisation d'une réserve dissimulée n'est ni une irrégularité, ni une violation de prescriptions spéciales.

2. Les réserves cachées (stille Reserven).

Ce sont, on l'a dit ci-dessus, des réserves que l'on constate à première lecture du bilan, sans qu'il soit immédiatement possible d'en fixer la valeur exacte. A l'encontre des réserves dissimulées, elles ne figurent qu'à l'actif du bilan, où elles font l'objet d'une mention, d'un article spécial. Le cas type de cette espèce de réserve est celui des immeubles ou des machines et installations, qu'une entreprise peut porter à l'actif de son bilan pour 1 fr. par chaque article. Il saute aux yeux que soit les immeubles, soit les machines valent davantage que 1 fr. ou même qu'une somme supérieure pour laquelle ils pourraient être inscrits au bilan.

Ces réserves cachées sont non seulement tolérées, mais encore très recommandées par „les principes généralement admis par le commerce“ (art. 959 CO)¹³. Elles sont la marque d'une saine et prudente administration.

¹³) Cf. en ce qui concerne les usages commerciaux, Ed. His, op. cit. ad art. 959 ch. 10 et ss.

Les réserves cachées ont en général pour objet des actifs sociaux qui ne sont pas immédiatement et très facilement réalisables en temps normal, tels les immeubles, les machines et installations. Et c'est précisément les difficultés de réalisation immédiate de ces biens, leur estimation vénale assez complexe, qui commandent la constitution de réserves, c. à d. d'amortissements aussi importants que possible à leur sujet. Ce sont ce que la technique comptable dénomme des immobilisations, c. à d. des biens qui immobilisent d'une façon en général durable des capitaux de l'entreprise.

L'organe incontestablement compétent pour les constituer par simple présentation au bilan est l'administration ou la gérance, dans la S. A., la société en commandite par actions et la s. à r. l. en vertu de l'art. 663 al. 2 (et 764 al. 2 et 805 CO), dans la société coop. selon les prescriptions des art. 858 et 959 CO¹⁴).

La disposition de ces réserves cachées s'effectue, comme pour les réserves dissimulées, par leur revalorisation au bilan. On les réinscrit à l'actif, au lieu de 1 fr., pour tout ou partie de leur valeur réelle d'estimation au jour de la clôture des comptes.

La loi n'ayant rien prévu à ce sujet, si les statuts n'en disposent autrement, s'est l'administration qui est compétente pour effectuer cette revalorisation ou tout au moins pour la soumettre à une approbation tacite de l'assemblée générale par la présentation d'un bilan qui pourra se borner à en faire directement état, sans autres explications (art. 721 al. 1 et 2 CO pour la S. A. et 899 al. 1 pour la coop.)¹⁵).

Mais, à la différence de ce qui se passe pour les réserves dissimulées, qui n'apparaissent pas au bilan, les

¹⁴) Cf. au sujet de la société coop. mon étude sur les réserves latentes dans *Journal des Tribunaux* 1941, p. 354.

¹⁵) Cf. Alfr. Wieland, *op. cit.* p. 53 qui ne se prononce, il est vrai que sur la constitution et non l'utilisation des réserves latentes.

contrôleurs et l'assemblée générale s'apercevront d'emblée de l'utilisation d'une réserve cachée. Le fait de faire figurer à l'actif du bilan par ex. les immeubles pour 100 000 fr., alors qu'ils y étaient inscrits dans les comptes des années précédentes pour 1 fr. extériorise, sans autres explications nécessaires, la disposition par revalorisation d'une réserve latente, si des acquisitions nouvelles ne sont pas intervenues. Les contrôleurs et les actionnaires à l'assemblée générale, dont l'attention aura ainsi été éveillée, pourront alors se renseigner avant d'approuver les comptes, sur les raisons nécessitant cette revalorisation.

En particulier, ils seront ainsi à même de savoir si les pertes qu'il s'agit de couvrir par l'utilisation d'une réserve n'ont pas à leur origine une faute ou une négligence engageant la responsabilité de l'administration (art. 754, 755, 916 et 917 CO) et si ces réserves sont bien employées à la réalisation de l'un ou l'autre des deux seuls buts légalement admis par les art. 663 al. 2 et 959 CO: assurer la prospérité de l'entreprise d'une manière durable ou la répartition d'un dividende aussi constant que possible.

En tout état de cause, avec le système de notre code, la découverte de l'utilisation d'une réserve cachée nécessite de la part de l'actionnaire, du sociétaire d'une s. à r.l. ou de celui d'une coopérative, la comparaison du bilan présenté avec celui des années précédentes. Il ne s'agit cependant pas là d'un travail ou d'une demande d'attention excessifs, au point que l'on puisse trouver que c'est trop exiger de leur part¹⁶⁾.

On saisit mieux ainsi en étudiant le droit de disposition sur les réserves latentes d'une société, la différence fondamentale qui existe entre les réserves dissimulées et les réserves cachées; les premières peuvent présenter de grands dangers en mains d'une administration peu scrupuleuse, les secondes étant de vraies réserves

¹⁶⁾ Cf. opinion contraire E. Folliet, op. cit. p. 345.

dans le sens de la prudence commerciale et ne présentant pas les inconvénients des autres réserves latentes.

Il résulte de ce qui précède que la législation suisse donne à l'administration ou à la gérance d'une S. A., d'une société en commandite par actions, d'une s. à r. l. la possibilité de disposer assez librement des réserves dissimulées, sans que nécessairement l'assemblée générale ait à se prononcer ou qu'elle se prononce expressément à leur sujet. La même faculté existe en ce qui concerne les réserves cachées, avec cette différence essentielle qu'une opération de disposition par revalorisation d'un article formellement mentionné à l'actif ne peut pas passer inaperçue et qu'elle permet alors une intervention plus immédiate et plus efficace de l'assemblée générale et même des sociétaires individuellement.

Il n'est donc pas tout à fait exact de dire, comme le fait Folliet (op. cit. p. 344), qu'en droit suisse, „il y a un principe général, applicable à toutes les réserves: l'assemblée générale seule a le droit d'en disposer. Le Conseil d'administration doit présenter un compte de PP faisant ressortir les résultats réels de l'exercice, et le cas échéant il doit proposer à l'assemblée générale l'utilisation de tel ou tel compte de réserve“. Qu'on le veuille ou non, ce n'est légalement et pratiquement exact d'une façon absolue que pour les réserves ouvertes, ainsi qu'on le verra plus loin et partiellement que pour les réserves cachées. Quant aux réserves dissimulées, que les dispositions des art. 663 al. 2 et 960 al. 3 CO admettent incontestablement en matière de sociétés commerciales, ces réserves qui „ne montrent pas le défaut de la cuirasse“ peuvent légalement être et sont en pratique très souvent revalorisées directement par l'administration, sans que l'assemblée générale s'en rende même compte.

II. Les réserves ouvertes.

Ce sont des réserves qui apparaissent immédiatement dans un article spécial figurant au passif du bilan (offene Reserven; riserve pubblica). Elles sont exactement chiffrées en valeurs absolues au passif. On les dénomme également réserves apparentes et certaines administrations les appellent même: réserves publiques.

Bien que figurant à cet endroit du bilan, elles ne sont pas toutes intitulées „réserves“. Il en existe qui ne portent pas ce nom et qui en ont cependant toutes les qualités. Par exemple, le report du solde actif à compte nouveau est une réserve ouverte, dont l'assemblée générale aura déjà éventuellement, à l'inverse des autres réserves, à disposer lors de l'approbation des comptes de l'année suivante¹⁷⁾. Les amortissements sur compte immeubles, sur machines et mobilier s'effectuent souvent par l'ouverture au passif d'un compte d'amortissement pour chacun de ces articles, au lieu de réduire directement la valeur de ces derniers à l'actif. Ces comptes d'amortissement ne sont pas intitulés „réserves“ mais simplement „amortissements sur immeubles, etc.“ Ils n'en constituent pas moins des réserves ouvertes.

Il existe ainsi plusieurs espèces de réserves apparentes, dont le but va déterminer d'une façon certaine, à défaut d'une disposition de la loi ou des statuts à ce sujet, l'organe compétent pour en disposer et la mesure de ce droit de disposition. Il convient de les examiner l'une après l'autre.

1. La réserve légale: c'est une réserve obligatoire à prélever sur le bénéfice net de chaque année à raison notamment de $\frac{1}{20}$ ^e, en vertu de l'art. 671 CO. Tant qu'elle n'a pas atteint le 50% du capital social, il ne peut en être disposé que dans le but „de couvrir

¹⁷⁾ Cf. M. Staehelin sen., op. cit. p. 27 al. 1 et 28 al. 4.

des pertes, ou prendre des mesures permettant à l'entreprise de se maintenir en temps d'exploitation déficitaire, d'éviter le chômage ou d'en atténuer les conséquences". C'est donc la loi qui détermine ici le but de cette réserve en tant qu'elle est inférieure au 50% indiqué. Mais ce qu'elle ne fait pas, d'ailleurs pas plus que la plupart des statuts de sociétés, c'est désigner l'organe compétent pour en disposer, c. à d. pour utiliser cette réserve légale.

a) Il n'y a pas de doute à avoir ici: seule l'assemblée générale a pouvoir de décider de l'utilisation de la réserve légale. Elle est le pouvoir suprême de la société (art. 698 et 879 CO). Parmi ses droits inaliénables, les art. 698 al. 2 ch. 3 et 879 al. 2 ch. 3 CO fixent notamment celui „d'approuver le compte de PP, le bilan..." opération qui comporte implicitement la faculté de disposer de la réserve légale lorsqu'un des cas d'utilisation de cette dernière se présente. Qui peut le plus, peut le moins.

On pourrait se demander si, notamment en matière de S. A., le texte de l'art. 721 al. 2 CO qui fait de l'administration l'organe supplétoire pour prendre les „décisions sur toutes les affaires qui ne sont pas attribuées ou réservées à l'assemblée générale ou à d'autres organes sociaux" ne doit pas s'appliquer ici, lorsque les statuts n'ont eux-mêmes pas donné pouvoir à cet effet à l'assemblée générale. Nous sommes pour la négative, d'abord en vertu de ce qui est exposé ci-dessus. En outre, il s'agit d'un droit de disposition sur une réserve de première importance, qui n'a été constituée que par une décision formelle de l'assemblée générale et que seule cette dernière doit pouvoir utiliser dans des limites légales à contrôler par les actionnaires en premier lieu.

b) Quant au but et à la mesure du droit de disposition sur la réserve légale par l'assemblée générale, il faut distinguer deux possibilités bien différentes:

a) Aussi longtemps que ladite réserve est inférieure au 50% du capital social, l'assemblée générale ne peut

l'employer que dans les limites restrictives des art. 671 al. 3 et 860 al. 3 CO indiquées ci-dessus. Cependant, cette réserve entamée dans le but légalement prescrit, même jusqu'à son utilisation totale, la société ne sera pas pour tout autant empêchée de distribuer des dividendes jusqu'au jour où elle serait reconstituée. Il suffira que le dividende soit prélevé sur le bénéfice net après affectation du $\frac{1}{20}$ ^e de ce dernier à la réserve légale à reconstituer ou à parfaire¹⁸⁾.

β) Pour la partie de la réserve légale qui dépasse le 50% du capital social, le droit de disposition de l'assemblée générale est absolument libre. Cette dernière peut en faire ce qu'elle veut et par exemple l'utiliser pour la distribution de boni, de dividendes supplémentaires, d'actions gratuites, etc. Elle devient, sauf disposition contraire des statuts, une réserve générale pour cette partie libre.

2. La réserve statutaire: c'est une réserve que les statuts ont la faculté de prescrire, en fixant sa destination et son emploi (art. 672 al. 2 et 861 et 862 CO).

Il peut s'agir d'une réserve statutaire générale, c. à d. laissée à la plus entière liberté de l'organe compétent pour en disposer, sans aucune affectation ni restriction spéciales; ou bien alors, d'une réserve statutaire spéciale, dont le but et l'affectation sont précisés d'une façon particulière par les statuts ou directement par son intitulation. On étudiera d'ailleurs cette dernière sous ch. 4 ci-dessous.

a) L'organe compétent pour en disposer: les statuts doivent le désigner, ce qu'ils ne font pas dans la plupart des cas en pratique. Ils peuvent parfaitement donner à l'administration le droit absolu de disposer de cette réserve, comme l'ont fait d'importantes S. A.

S'ils n'ont rien prévu à ce sujet, seule l'assemblée générale a le pouvoir de disposer de la réserve statutaire

¹⁸⁾ Cf. idem E. Folliet, op. cit. p. 348 à 350.

générale, pour les motifs relevés ci-dessus en ce qui concerne la réserve légale.

b) Le but de cette réserve: il s'agit donc de sa destination. En général, elle est définie par les statuts, qui stipulent par exemple: „Sur le bénéfice net et après prélèvement des sommes fixées par l'art. 671 CO en faveur de la réserve légale, il est en outre attribué 10% pour constituer un fonds de réserve statutaire dont l'utilisation sera librement déterminée par l'administration“. Dans ce cas, il n'y a pas de destination précise et la réserve pourra aussi bien servir à couvrir des pertes, qu'à distribuer un bonus ou des dividendes supplémentaires. Il s'agit d'une réserve générale dont la disposition est spécialement attribuée à l'administration.

Si, au contraire, les statuts stipulent par exemple que „la réserve statutaire est destinée à couvrir des pertes avant l'utilisation de la réserve légale“, ou bien „... à parfaire les amortissements normaux sur les comptes de machines et installations“, l'assemblée générale ne peut pas en disposer à d'autres fins. Cette dernière est liée et toutes décisions contraires à ces dispositions statutaires autorisent l'administration et chaque sociétaire à agir en justice pour les faire casser (art. 706 et 891 CO). Il s'agit d'une réserve spéciale.

Si l'assemblée générale, en présence de la situation particulièrement solide de l'entreprise, veut utiliser la réserve statutaire spéciale à d'autres fins que celles fixées, elle ne peut légalement le faire qu'en modifiant préalablement les statuts¹⁹⁾. La modification portera alors sur la clause déterminant l'emploi de cette réserve pour en faire une réserve laissée au droit de libre disposition de l'assemblée générale (réserve générale).

3. La réserve extraordinaire: c'est celle que l'assemblée générale peut, soit chaque année, soit occasionnellement, décider de créer sans que rien n'ait

¹⁹⁾ Cf. idem E. Folliet, op. cit. p. 355.

été prévu à ce sujet ni dans la loi, ni dans les statuts (art. 674 al. 2 et 863 al. 2 CO), à la condition que ce soit pour assurer d'une manière durable la prospérité de l'entreprise ou la répartition d'un dividende constant.

a) L'organe compétent pour en disposer: c'est incontestablement l'assemblée générale, à moins que cette dernière, en la constituant, ait expressément donné ce pouvoir à l'administration, ce qui serait admissible, ou que le but de cette réserve, déterminé par son intitulation, confère implicitement ce pouvoir à l'administration, ainsi qu'on le verra encore plus loin. L'assemblée générale peut, suivant les résultats d'un exercice, constituer pendant une ou deux années, par ex. une „réserve extraordinaire pour risques de change“. Si elle ne s'en est pas expressément réservée le droit de disposition, il faut admettre que l'administration a la faculté de l'utiliser pour couvrir ou éteindre toute perte de change qui pourrait surgir, et cela avant l'emploi de toutes autres réserves générales ou spéciales. (Voir d'ailleurs encore à ce sujet ce qui est exposé pour les réserves spéciales au ch. 4 litt. a plus loin.)

b) La destination de cette réserve extraordinaire: selon la décision de l'assemblée générale, il peut s'agir soit d'une réserve générale, soit d'une réserve spéciale.

α) Elle sera générale, si l'assemblée ne l'a pas créée dans un but bien déterminé, par ex. en se contentant d'opérer un prélèvement d'une somme déterminée sur le bénéfice net „pour la constitution d'une réserve extraordinaire“. Dans ce cas et en vertu des prescriptions des art. 674 al. 2 et 863 al. 2 CO, sa destination ne sera pas absolument libre, comme le serait une réserve statutaire générale. Il ne pourra en être disposé que dans les limites fixées par ces articles, c. à d. pour assurer la prospérité de l'entreprise et une répartition constante de dividendes. Il est vrai que dans ces limites, on peut

faire bien des choses, par ex. couvrir des pertes avant d'utiliser d'autres réserves, augmenter des amortissements sur certains articles du bilan, parfaire les autres réserves sociales et distribuer des dividendes ou les élever jusqu'à un taux pratiqué au cours des derniers exercices. Par contre, cette réserve ne pourra jamais être destinée à la distribution de boni, de super-dividendes, à la libération d'actions gratuites, etc. L'administration et les actionnaires auraient dans ce cas le droit d'attaquer la décision en justice.

β) Elle sera spéciale si, ainsi qu'on l'a vu, l'assemblée générale, en la constituant, lui fixe, soit expressément, soit par son intitulation, une affectation spéciale, en dehors de laquelle il ne pourra pas valablement en être disposé.

Si, nonobstant cette affectation spéciale et eu égard à la situation prospère dans laquelle la société se trouve dans la suite, l'assemblée générale voulait en disposer à d'autres fins, comment devrait-elle agir? Il ne s'agit pas, on l'a vu, d'une réserve prescrite et délimitée par les statuts, dont le changement d'affectation peut avoir lieu par une modification de la clause statutaire en question (cf. ch. 2 litt. b supra).

Cette réserve étant extraordinaire, c. à d. créée momentanément pour des raisons dictées par la situation spéciale ou par les perspectives particulières d'une année, l'assemblée générale peut, mais elle seule, *mutatis mutandis*, modifier son point de vue les années suivantes et décider d'une autre destination que celle fixée au début. Il n'y aurait là aucune violation d'une prescription légale ou statutaire permettant d'attaquer cette décision en justice. L'assemblée générale qui a constitué cette réserve a le droit de la supprimer, à la condition cependant que la nouvelle disposition reste dans les limites fixées par les art. 674 al. 2 et 863 al. 2 pour sa constitution. Cela signifie qu'elle aussi ne pourra, en fin de compte, plus être utilisée qu'à des amortissements extra-

ordinaires (qui assurent la prospérité de l'entreprise) ou à parfaire des dividendes afin qu'ils atteignent les taux pratiqués durant les années précédentes, en temps normal. Elle ne pourra jamais servir à distribuer des boni, des super-dividendes, des actions gratuites, etc. Au fond, elle devient aussi une réserve partiellement bloquée, une de ces „zweckgebundene Reserven“. Sa constitution a donné naissance à un droit acquis (art. 660 CO) des actionnaires, dont la base ne peut plus être modifiée sans l'assentiment de tous ces derniers.

4. Les réserves spéciales: elles peuvent être constituées soit en vertu d'une prescription statutaire, soit par une simple décision de l'assemblée générale. Les règles applicables à ces deux sous-espèces de réserves sont alors celles qui ont été exposées sous ch. 2 et 3 ci-dessus.

Mais la particularité de ces réserves spéciales c'est que leur but et leur destination individuels ressortent déjà du nom sous lequel elles apparaissent au bilan: il s'agit notamment de:

- α) la réserve pour débiteurs douteux;
- β) „ „ „ renouvellement du matériel;
- γ) „ „ „ risques de change;
- δ) „ „ „ dividende.

La terminologie allemande les désigne pour cette raison comme „zweckgebundene Reserven“ réserves liées par leur but.

a) L'organe compétent pour en disposer: les statuts en les prescrivant et l'assemblée générale en en décidant la constitution peuvent le prévoir. L'administration peut parfaitement recevoir la compétence d'en disposer. Elle sera alors liée dans son droit de disposition par l'affectation spéciale de la réserve.

Si les statuts et la décision de l'assemblée générale ne précisent rien à ce sujet, c'est à mon avis l'administration qui a implicitement le droit d'en dis-

poser. Il s'agit en somme de masses de manœuvres²⁰⁾ mises à disposition de ceux qui gèrent l'entreprise et qui doivent pouvoir agir au moment jugé le plus convenable. C'est bien aussi l'avis de Folliet²¹⁾, qui dit: „Le conseil d'administration n'en a donc pas la libre disposition absolue, puisque leur destination est prévue par les statuts ou par la décision de l'assemblée générale“.

D'ailleurs, en pratique et en fin de compte, s'agissant ici de réserves ouvertes, c. à d. de réserves qui apparaissent au passif du bilan, c'est l'assemblée générale qui en dernier ressort décide de leur utilisation définitive, en approuvant ou en refusant d'approuver les comptes annuels qui font manifestement état de la diminution ou de la disparition du compte en question. L'acte de disposition de l'administration n'est, tout bien considéré, pour toutes les réserves ouvertes, qu'une proposition, qui ne devient une décision définitive qu'en vertu de l'approbation expresse ou tacite du bilan par l'assemblée générale.

b) L'affectation des réserves spéciales: on a déjà relevé qu'elle ressort clairement de leur intitulation, qui lie alors aussi bien l'administration que l'assemblée générale dans leurs droits de disposition.

Ainsi qu'on l'a vu sous ch. 2 et 3 ci-dessus, aucun de ces organes n'a la possibilité légale d'en modifier l'affectation spéciale. S'il s'agit de réserves spéciales statutaires, un changement de destination n'est possible que par une revision des statuts modifiant la clause qui crée ces réserves. Si les réserves spéciales résultent d'une simple décision d'assemblée générale, nous avons vu ce qu'il advenait dans ce cas p. 92 litt. β ci-dessus.

En tout état de cause, l'organe compétent pour disposer des réserves spéciales ne peut pas, de lui-même,

²⁰⁾ M. Staehelin sen., op. cit. p. 58 cite comme avantage des réserves, leur „Manövrierfähigkeit“.

²¹⁾ E. Folliet, op. cit. p. 355.

leur donner une autre affectation sans procéder comme il vient d'être indiqué, même si le but envisagé à l'origine se révèle sans plus aucune importance dans la suite. Si, par exemple une égalisation mondiale des changes intervient et rend inopérante la „réserve spéciale pour risques de changes“, cette dernière ne peut pas sans autre être affectée à des amortissements sur machines et matériel ou au paiement d'un dividende.

5. Le report d'une partie du bénéfice net d'un exercice à compte nouveau:

Tout bénéfice net non distribué, non sorti de la caisse de la société constitue une réserve ouverte, qui figure au passif du bilan²²). Mais, contrairement aux réserves qui viennent d'être examinées, il s'agit en général d'une mise en réserve de très courte durée. Tout ou partie du report du solde actif de l'exercice précédent est utilisé la plupart du temps l'année suivante, en l'ajoutant au bénéfice net à répartir.

a) L'organe compétent pour en disposer: seule l'assemblée générale a pouvoir d'utiliser ce report, car ce dernier, ainsi qu'on vient de le voir, est ajouté en général au bénéfice de l'année ou des années suivantes, pour la distribution duquel cet organe est exclusivement compétent (art. 698 ch. 3 et 879 ch. 3 CO).

b) La destination de cette réserve: le report du solde actif à compte nouveau a tout à fait les caractéristiques d'une réserve statutaire générale, sauf celle relative à sa durée. Comme elle, il n'est pas affecté à un but, à une destination spéciale, ce qui permet d'en disposer aux fins les plus diverses. Subissant d'ailleurs le sort du bénéfice net de l'année auquel il est ajouté, avec cette différence qu'il n'a plus à subir les amputations légales ou statutaires en faveur des réserves

²²) Cf. idem, Schucany, Kommentar zum schweiz. Aktienrecht 1940, ad art. 672 OR et ATF 53 II 258; M. Staehelin sen., op. cit. p. 27 al. 1 et 28 al. 4.

ves²³) (art. 671 al. 1 et 860 al. 1 CO), il peut être utilisé par l'assemblée générale avec la même liberté, c. à d. sans limites.

Le report du solde actif à compte nouveau est ainsi une réserve ouverte des plus commodes pour une société et c'est la raison pour laquelle, en pratique, on le voit souvent utilisé en la forme de reports de plusieurs années successives pour en disposer librement en temps voulu, sans aucune crainte de restrictions ou de complications comme ce peut être le cas avec les autres espèces de réserves ouvertes.

²³) Cf. A. Calmès, Administration financière des entreprises et des sociétés, Payot-Paris 1928, p. 323.
