

Influence des réserves sur les tantièmes

Autor(en): **Folliet, Edouard**

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): **72 (1953)**

PDF erstellt am: **11.09.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-896099>

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.

Influence des réserves sur les tantièmes

Par Edouard Folliet,
professeur honoraire à l'Université de Genève

I.

Les statuts d'une société anonyme peuvent prévoir que des parts de bénéfices (tantièmes) seront attribuées aux administrateurs. Ces parts ne pourront être prélevées que sur le bénéfice et après déduction:

- a) des versements à la réserve légale (5% du bénéfice, art. 677 et 671);
- b) d'un premier dividende (minimum 4% de la partie libérée des actions, art. 677 et 661). Les statuts peuvent fixer un taux plus élevé comme premier dividende; ils peuvent encore prévoir que ce taux sera appliqué sur la valeur nominale des actions (677 et 661).

Il est bien spécifié que ces parts, quelle que soit leur importance, ne peuvent être *attribuées* que si elles peuvent être *prélevées* sur le bénéfice net encore disponible après déduction des répartitions a) et b) ci-dessus.

Dans le langage courant, les expressions «prélever» et «verser», employées par le législateur, sous-entendent, en général, une opération effectuée en espèces. Or, ce n'est pas le sens qu'il faut leur donner dans cet article 677. Les versements au fonds de réserve légale ne sont en fait qu'une écriture comptable, un virement au crédit de ce compte par le débit de pertes et profits.

De même, le législateur n'a pas en vue un prélèvement en espèces des tantièmes, mais tout simplement leur attribution. Sous une autre forme, le sens de l'article 677 pourrait donc être exprimé comme suit:

Des parts de bénéfice ne peuvent être attribuées aux administrateurs que si le bénéfice, après virement à la

réserve légale et après paiement du premier dividende, permet de procéder à cette attribution.

En principe, et sous réserve de l'observation des deux répartitions imposées par l'article 677, les actionnaires jouissent de la liberté la plus absolue quant au mode de calcul et à l'importance de ces parts et notamment quant à la détermination de la partie du bénéfice qui sera soumise aux tantièmes.

Il en résulte que les dispositions statutaires relatives aux tantièmes sont très variables; elles peuvent cependant être divisées en trois groupes.

Groupe I

Le pourcentage prévu en faveur des administrateurs sera appliqué sur le total du bénéfice net de l'exercice.

Il est bien évident, vu le texte de l'article 677, que les administrateurs n'auront droit à aucune rémunération tant que le total du bénéfice ne sera pas supérieur à celui des deux attributions imposées par le législateur. (Réserve et premier dividende.)

Ce mode de calcul des tantièmes est plus compliqué qu'on pourrait le croire au premier abord. Pour effectuer ces deux attributions, avec un capital libéré de 1 000 000 de francs et un premier dividende de 5%, il faut que la société réalise un bénéfice net minimum de

$$\frac{5}{100}x + 50\,000 = x$$

$$x = 52\,630 \text{ fr.}$$

Au-dessus de cette somme, les administrateurs auront droit au solde du bénéfice jusqu'à ce que les tantièmes atteignent 10% du bénéfice total. Mais il ne faut pas oublier que l'article 671 No 3 sera applicable; il faudra donc porter encore au compte de réserve légale une somme égale au dixième du total des tantièmes. En conséquence, les administrateurs ne recevront la totalité de leur rémunération que si le bénéfice total est de:

$$\frac{5}{100}x + 50\,000 + \frac{10}{100}x + \left(\frac{1}{10} \cdot \frac{10}{100}x\right) = x$$

$$x = 59\,523 \text{ fr.}$$

La répartition sera alors de:	Fr.
5% réserve légale	2 976
Premier dividende 5%	50 000
Tantièmes	5 952
¹ / ₁₀ réserve légale	595
<u>Total</u>	<u>59 523</u>

Les statuts devront donc être rédigés dans ce sens:

Les bénéfices seront répartis:

Première répartition:

- a) 5% à la réserve légale,
- b) premier dividende de 5%,
- c) le solde, comme tantièmes, jusqu'à concurrence de 10% du bénéfice net total.

Deuxième répartition:

Le solde éventuel à la disposition de l'assemblée générale¹.

Sous le régime de l'ancien Code des Obligations, les statuts de quelques sociétés avaient prévu, comme tantièmes, un pourcentage du bénéfice total, solution très favorable pour les administrateurs et qui ne soulevait aucune difficulté quant à son application, puisque les deux attributions impératives de l'article 677 n'existaient pas dans l'ancien Code des Obligations.

Nous devons ajouter que nous ne connaissons aucune société qui ait adopté ce mode de calcul des tantièmes depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code des Obligations, mais néanmoins nous ne pouvions le passer sous silence.

¹ Au cours de cette étude et pour simplifier, nous avons souvent employé cette expression «solde à la disposition de l'assemblée générale», expression que l'on trouve souvent dans les statuts, mais qui est aussi remplacée par une énumération détaillée de la répartition de ce solde.

Groupe II

Le pourcentage prévu en faveur des administrateurs sera appliqué sur le solde du bénéfice après déduction :

- a) de l'attribution à la réserve légale,
- b) du premier dividende.

Nous trouverons dans les statuts une disposition dans ce sens.

Les bénéfices seront répartis :

Première répartition :

- a) 5% à la réserve légale,
- b) premier dividende de 5%.

Deuxième répartition :

Sur le solde, il sera attribué :

- 10% tantièmes,
- 15% à la réserve statutaire,
- 75% à la disposition de l'assemblée générale.

Groupe III

Le pourcentage des tantièmes sera appliqué sur le solde du bénéfice après déduction non seulement des attributions a) et b) du groupe II mais encore

- c) de l'attribution à d'autres réserves.*

Les statuts seront rédigés en principe comme suit :

Les bénéfices seront répartis :

Première répartition :

- a) 5% à la réserve légale,
- b) premier dividende de 5%,
- c) 15% à la réserve statutaire.

Deuxième répartition :

Sur le solde, il sera réparti :

- 10% tantièmes,
- 90% à la disposition de l'assemblée générale.

II.

Quels seront les droits des administrateurs en cas de répartition de l'une des réserves constituées au cours des exercices précédents ?

La première question qui se pose est celle de savoir ce qu'il faut entendre par *bénéfice net* au sens de l'article 677.

Le législateur emploie cette expression dans plusieurs articles, mais sa signification n'est pas toujours la même.

Le bénéfice net des articles 660 et 671 No 3 comprend non seulement le solde du compte de pertes et profits, mais encore les prélèvements effectués sur certaines réserves disponibles, alors que l'article 675 mentionne séparément le bénéfice net et les prélèvements sur ces réserves.

Le bénéfice net des articles 671 alinéa 1 et 674 ne comprend que le bénéfice de l'exercice, déduction faite par conséquent du report ancien, si c'était une perte; mais sans tenir compte de ce report ancien, si c'était un bénéfice.

Par contre, on peut se demander si le bénéfice net de l'article 662 est égal au solde du compte de pertes et profits, donc en tenant compte du report ancien, qui peut être lui-même une perte ou un profit, ou s'il ne représente que le bénéfice de l'exercice, abstraction faite de tout report ancien.

Reste l'article 677 qui est à la base de cette étude et qui prévoit, comme nous l'avons déjà vu, que des parts de bénéfice ne peuvent être attribuées aux administrateurs que si elles sont prélevées sur le *bénéfice net* après les versements à la réserve légale et la répartition sur le dit bénéfice d'un premier dividende.

Comme nous pourrons le constater par la suite, le bénéfice net de l'article 677 est le même que celui des articles 671 alinéa 1 et 674.

Examinons maintenant si les tantièmes doivent être calculés, non seulement sur le bénéfice d'exploitation de l'exercice, mais encore :

- a) sur le solde bénéfice reporté de l'exercice précédent²,
- b) sur le montant prélevé sur l'une ou l'autre des réserves.

A. Report ancien

Au point de vue des actionnaires, le report bénéfice provenant de l'exercice précédent fait partie du bénéfice total qui sera réparti conformément aux statuts; mais fait-il partie du bénéfice sur lequel seront calculés les tantièmes?

Economiquement, il n'y a aucune différence entre le report bénéfice de l'exercice précédent et une réserve générale.

Tous les deux représentent un bénéfice réalisé, non distribué et mis de côté.

Juridiquement, cependant, un compte de réserve ne peut être débité qu'en exécution d'une décision prise par l'assemblée générale.

Par contre, le solde reporté de l'exercice précédent (solde ancien) figurera au début du compte de pertes et profits, soit au débit (perte reportée) soit au crédit (bénéfice reporté) et ce report fera partie du solde disponible de l'exercice actuel. S'il y a eu *report perte* et que l'exercice se termine avec un bénéfice, l'assemblée générale n'a pas à se prononcer sur la répartition du bénéfice *total* de l'exercice, car obligatoirement, la perte reportée est amortie au moyen des bénéfices réalisés au cours de l'exercice actuel. Il ne restera donc qu'un solde bénéfice qui sera réparti conformément aux dispositions légales et statutaires.

S'il y a eu report bénéfice et si le résultat de l'exercice est lui-même bénéficiaire, le compte de pertes et profits

² Pour éviter toute erreur d'interprétation, rappelons que le *solde bénéfice* de l'exercice précédent, qui est reporté au début de l'exercice actuel, est appelé:

Report à nouveau:

dans l'exercice précédent et figure à la fin du compte de pertes et profits au *débit* et pour balance;

Report ancien:

dans l'exercice actuel et figure au début du compte de pertes et profits et au crédit.

donnera un solde égal au total des deux bénéfices. L'assemblée générale aura à se prononcer sur la répartition du montant total.

Reprenons la question posée ci-dessus :

Les tantièmes devront-ils être calculés seulement sur le bénéfice d'exploitation de l'exercice actuel ou sur le solde du compte de pertes et profits qui comprend aussi le report bénéfice ancien ?

Bürgi (art. 677 No 15) déclare que par bénéfice net, il faut entendre le solde bénéfice du compte de pertes et profits d'un exercice déterminé et que le *report bénéfice* de l'exercice précédent fait partie de ce bénéfice net.

Nous ferons tout d'abord remarquer que par bénéfice net, au sens de l'article 677, il faut entendre la somme qui servira de base pour le calcul des tantièmes et cette somme n'est pas forcément égale au solde du compte de pertes et profits.

Comme nous l'avons vu, les tantièmes sont calculés sur le montant total des *bénéfices nets de l'exercice actuel*, déduction faite de certaines affectations déterminées, parmi lesquelles ne figure pas le solde bénéfice qui sera *reporté à nouveau*.

Il en résulte que les administrateurs touchent leurs tantièmes même sur le solde bénéfice de l'exercice actuel reporté à nouveau sur l'exercice suivant; il est donc évident que ce solde, qui a déjà été amputé des tantièmes, ne peut pas être soumis une deuxième fois à un prélèvement en faveur des administrateurs.

Prenons un exemple très simple qui fera ressortir combien cette solution est indiscutable :

Capital 100 000 fr., premier dividende 5%
Bénéfice net, I^{er} exercice 20 000 fr.

L'assemblée générale conformément aux statuts (groupe II) décide de répartir ce bénéfice comme suit :

	Fr.
5% réserve légale	1 000
Premier dividende 5%	5 000
Tantièmes :	
10% s/14 000 fr. (20 000—6000 fr.)	1 400 ³
Report à nouveau	12 600
<u>Total</u>	<u>20 000</u>

Le résultat du II^{me} exercice est nul; et le solde du compte de pertes et profits est égal au solde reporté de l'exercice I, soit 12 600 fr.

L'assemblée générale décide de répartir un dividende de 5% soit 5000 fr. et de porter le solde de 7600 fr. dans un compte de réserve pour dividendes.

Il est évident :

- a) qu'il n'y aura aucune attribution à porter dans la réserve légale,
- b) que les administrateurs n'auront droit à aucune rémunération sur le solde de 7600 fr. puisque les 10% de tantièmes ont déjà été appliqués sur les bénéfices de l'exercice I.

A remarquer encore que les actionnaires, déjà à la fin du premier exercice, auraient pu porter dans le compte réserve dividende le solde bénéfice de 12 600 fr., réserve qui appartient exclusivement aux actionnaires.

Lors de l'établissement du calcul de répartition du solde du compte de pertes et profits, le solde bénéfice ancien, reporté de l'exercice précédent, sera déduit pour être traité séparément. Il ne peut être utilisé que pour l'augmentation du dividende ou d'une réserve.

Tout le calcul de répartition (attribution à la réserve légale, à la réserve statutaire, tantièmes et toutes autres attributions aux divers ayants droit, y compris les dividendes) sera fait sans tenir compte du report bénéfice ancien.

³ L'attribution supplémentaire à la réserve légale $\frac{1}{10}$ de 1400 = 140 peut être supportée par les administrateurs qui ne toucheront que 1260 fr. ou prise sur le solde de 12 600 fr. qui sera réduit à 12 460 fr.

Puis, à la somme revenant aux actionnaires et résultant de ce calcul, on ajoutera le report bénéfice ancien, ce qui permettra alors de fixer le montant du dividende ou du super-dividende, les bonifications supplémentaires aux réserves et le report à nouveau (tout en tenant compte naturellement de l'attribution de $\frac{1}{10}$ (671 No 3) à la réserve légale).

Prenons comme exemple une société au capital libéré de 1 000 000 de francs; statuts groupe II: premier dividende 5%.

Les administrateurs n'auront droit à des tantièmes:

1. si l'exercice a débuté sans report ancien (ni perte, ni profit) que si le bénéfice réalisé pendant cet exercice est supérieur à 52 630 fr.,
2. si l'exercice a été ouvert avec report d'une perte, il faudra que le solde de pertes et profits, déduction faite de la perte ancienne, dépasse 52 630 fr.,
3. si l'exercice a été ouvert avec reprise d'un solde bénéfice ancien, *peu importe le montant* de ce solde, *peu importe* les décisions prises au sujet de son utilisation, les administrateurs n'auront droit à des tantièmes que si le bénéfice du présent exercice est supérieur à 52 630 fr.

Admettons que cette même société ait réalisé pendant l'exercice I un bénéfice de 31 579 fr., elle peut reporter à nouveau la totalité de ce bénéfice, moins 5%

à la réserve légale (31 579—1579 fr.)	Fr. 30 000
---	---------------

L'exercice II ayant produit un bénéfice de 52 630 fr., elle attribuera 5% à la réserve légale, ce qui laissera un solde de 52 630—2630 fr.	50 000
--	--------

et un montant total disponible de	<u>80 000</u>
---	---------------

somme que l'assemblée générale a le droit de répartir à ses actionnaires (sous déduction de l'attribution supplémentaire à la réserve légale, CO 671 No 3). Par contre, les administrateurs n'ont aucun droit à des tantièmes, puisqu'aucun de ces deux exercices n'a produit un bénéfice supérieur à 52 630 fr.

Dans une société faisant partie du *groupe III*, les montants des bénéfices non soumis aux tantièmes et mentionnés ci-dessus seront augmentés de l'attribution à la réserve statutaire.

Les statuts prévoient que ces bénéfices seront répartis :

Première répartition :

5% à la réserve légale,
premier dividende 5%,
15% à la réserve statutaire.

Deuxième répartition :

Sur le solde,
10% tantièmes,
90% à la disposition de l'assemblée générale.

Le total des bénéfices de l'exercice non soumis aux tantièmes sera de :

$$\frac{5x}{100} + 50\,000 + \frac{15x}{100} = x$$

$$x = 62\,500 \text{ fr.}$$

Ce n'est donc que si le bénéfice net de l'exercice dépasse 62 500 fr. que les administrateurs auront droit à 10% du surplus.

La situation des administrateurs (groupe I) est encore plus nette.

A partir du moment où les bénéfices dépassent le montant nécessaire pour effectuer les deux répartitions imposées par l'article 677, les administrateurs reçoivent les tantièmes auxquels ils ont droit, tantièmes qui sont calculés sur le *bénéfice total*. Il est donc bien évident qu'ils n'ont plus aucun droit sur le bénéfice de cet exercice, même si tout ou partie de ce bénéfice, déjà soumis aux tantièmes, a été reporté à nouveau.

En résumé, si les bénéfices nets réalisés pendant un exercice dépassent le minimum prévu par le législateur et les statuts (5% à la réserve légale plus premier dividende — groupe I et II ou 5% à la réserve légale, plus premier divi-

dende, plus attribution à la réserve statutaire — groupe III) les administrateurs reçoivent les tantièmes auxquels ils ont droit. Si l'assemblée générale décide de reporter à nouveau tout ou partie du solde des bénéfices, les administrateurs n'ont aucun droit sur ce report. En effet, ou bien ces bénéfices ont déjà été amputés des tantièmes, ou bien ils ne sont pas soumis aux tantièmes. Si les bénéfices réalisés n'atteignent pas le montant minimum (légal et statutaire), les administrateurs n'ont aucun droit, ni présent, ni futur, sur ces bénéfices; peu importe qu'ils soient répartis immédiatement, reportés à nouveau, additionnés à d'autres bénéfices eux-mêmes non soumis aux tantièmes⁴.

B. Prélèvements sur les réserves

Les administrateurs ont-ils droit à des tantièmes sur le solde bénéfice du compte de pertes et profits, même si ce solde provient en tout ou partie de prélèvements effectués sur des réserves disponibles?

Aeby (Bulletin sténographique 1934 p. 116) s'exprime comme suit:

«Quand est-on en présence d'un bénéfice net? Aucun doute que l'on ne puisse parler de bénéfice net, si l'on est obligé d'en appeler au fonds de réserve légale ou statutaire, même au fonds prévu pour la régularisation des dividendes.»

Telle n'est pas l'opinion de Bürgi:

«Eine Ausrichtung von Tantiemen dürfte auch dann zulässig sein, wenn der in der Bilanz ausgewiesene Reingewinn ganz oder teilweise einem freien Reservefonds entstammt, über dessen Verwendung die Generalversammlung zu beschließen hat, sofern dadurch weder eine Verminderung des Grundkapitals noch eine solche der zu anderen Zwecken Reserven eintritt.» (677 No 15.)

⁴ La comparaison entre la Loi allemande sur la société anonyme de 1937 et le Code des Obligations n'est pas toujours possible. On commettrait donc une erreur en invoquant l'opinion contraire de Trumpler (Die Bilanz der Aktiengesellschaft, p. 218) qui, en analysant les dispositions du § 77 de cette loi, déclare:

«Le report à nouveau n'est pas une réserve et il n'est pas soumis aux tantièmes; il représente une partie du bénéfice sur la répartition duquel il sera statué l'année suivante.»

La réponse à la question posée ci-dessus dépend uniquement de celle qui sera donnée à cette autre question :

La constitution de réserves peut-elle avoir pour conséquence de réduire les tantièmes auxquels ont droit les administrateurs ?

En effet, si ceux-ci ont reçu le montant total de leur participation, telle qu'elle est prévue par les dispositions statutaires, il est évident qu'ils ne peuvent pas prétendre avoir encore droit à une répartition sur les bénéfices qui ont été portés dans les réserves, *répartition supplémentaire* qui serait inévitablement contraire aux dispositions statutaires.

Or, comme nous l'avons déjà vu, les administrateurs ont droit à des tantièmes, en tout et pour tout sur le bénéfice net de chaque exercice, sous réserve des dispositions de l'art. 671 C. O. (groupe I) ou déduction faite des diverses affectations prévues par les statuts (groupes II et III).

De plus, les administrateurs reçoivent à la fin de chaque exercice la totalité des tantièmes auxquels ils ont droit.

Comment dans ces conditions pourraient-ils prétendre avoir droit encore à une participation sur les bénéfices provenant de la dissolution totale ou partielle d'une des réserves.

Il suffit d'examiner les modes de répartitions des trois groupes ci-dessus pour constater que les réserves ne peuvent être créées ou augmentées qu'au moyen des bénéfices qui ont déjà été ou qui ne sont pas soumis aux tantièmes.

Examinons cependant encore d'une façon plus approfondie quelle est la situation des administrateurs vis-à-vis des divers comptes de réserve.

Dans le cadre de cette étude, les réserves peuvent être divisées en :

Réserves statutaires qui comprendront la réserve légale et les autres fonds de réserves expressément prévus par les statuts.

Réserves extra-statutaires qui seront représentées par toutes les réserves créées par décision de l'assemblée générale en application de l'article 674 alinéa 2 CO.

1. Réserve légale

Il ne peut être question de droits des administrateurs sur le fonds de réserve légal, lorsque celui-ci est utilisé pour couvrir des pertes, pour prendre des mesures permettant à l'entreprise de se maintenir en cas d'exploitation déficitaire, d'éviter le chômage, etc. (671).

La réserve légale ne nous intéresse dans le cas présent, que si, dépassant 50% du capital, l'assemblée générale décide de répartir la partie disponible à titre de dividendes.

Or, nous avons vu que tous les bénéfices d'exploitation portés dans le compte de réserve légale étaient prélevés sur des bénéfices déjà soumis aux tantièmes (groupe I) ou non soumis aux tantièmes (groupes II et III).

Il y a lieu cependant de rappeler que le compte de réserve légale ne reçoit pas seulement un pourcentage des bénéfices d'exploitation. En application de l'article 671 Nos 1, 2 et 3, certains bénéfices déterminés doivent être portés dans ce compte, et l'on pourrait se demander si les administrateurs n'auraient pas droit à une participation, en cas de répartition de la partie disponible de la réserve légale. Les attributions No 1: Prime sur émission d'actions, et No 2: bénéfice résultant de l'annulation d'actions, ne sont évidemment pas des bénéfices d'exploitation. Or, c'est précisément, par suite de leur origine exceptionnelle, que le législateur a stipulé qu'ils devraient être portés directement dans la réserve légale sans passer par pertes et profits. Ils ne font pas partie du solde de ce compte qui doit servir de base pour le calcul des tantièmes. Ce sont des bénéfices sur lesquels les administrateurs n'ont aucun droit, même en cas de dissolution partielle de la réserve légale.

Reste le No 3 de l'article 671, en application duquel il doit être porté encore dans la réserve légale, le $\frac{1}{10}$ des montants qui sont répartis aux actionnaires et autres ayants droit par prélèvement sur le bénéfice net, après les versements ordinaires au fonds de réserve légal et le paiement d'un dividende de 5% aux actionnaires.

Prenons un exemple :

Après attribution à la réserve légale et paiement du premier dividende de 5% il reste un solde disponible de 45 000 fr.

En admettant que l'assemblée générale décide de le répartir en totalité, nous aurons :

	Fr.
10% à la réserve légale	4 500
Tantièmes 10%	4 500
Superdividende	36 000
<u>Total</u>	<u>45 000</u>

On constatera que la deuxième attribution à la réserve légale (4500 fr.) ne modifie pas les droits des administrateurs.

Nous arrivons donc à cette conclusion :

Les administrateurs n'ont aucun droit à des tantièmes, ni sur les attributions supplémentaires à la réserve légale, ni sur la répartition à titre de dividendes de la partie disponible de cette réserve.

2. Réserves statutaires

Toutes ces réserves étant créées ou augmentées uniquement au moyen de bénéfices non soumis aux tantièmes ou ayant déjà été amputés des tantièmes, il est bien évident que les administrateurs n'ont aucun droit à une participation en cas de dissolution de l'une de ces réserves.

3. Réserves extra-statutaires

A première vue, on pourrait se demander si la même conclusion est applicable, sans aucune exception, en cas de dissolution d'une réserve extra-statutaire.

«L'assemblée générale (art. 674 al. 2 CO) peut, lors de la fixation du dividende, constituer des réserves qui ne sont prévues ni par la loi, ni par les statuts ou qui excèdent les exigences de la loi et des statuts, 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.»

Le législateur a bien précisé: «*lors de la fixation du dividende*» et il termine cette disposition en insistant encore «pour assurer ... la répartition *d'un dividende* aussi constant que possible» mais il n'est pas question de tantièmes.

Les actionnaires ont évidemment le droit de créer des réserves extra-statutaires, d'augmenter les pourcentages des attributions prévues par la loi en faveur de la réserve légale ou par les statuts pour les réserves statutaires, mais cette décision ne peut pas avoir pour conséquence de modifier les clauses du contrat qui lie la société et les administrateurs, de diminuer les tantièmes.

Cette limitation des droits de l'assemblée générale, telle qu'elle résulte non seulement des statuts, mais encore de l'article 674 alinéa 2, est facile à justifier.

Pour l'actionnaire, la constitution de réserves n'a pour conséquence que de retarder, de renvoyer à une date ultérieure, la répartition des bénéfices mis en réserve.

Si l'actionnaire actuel cède ses actions, l'existence des réserves aura certainement une influence sur le prix de vente; le titulaire de l'action peut changer, mais ce sera toujours l'actionnaire, qui en cette qualité, bénéficiera un jour de la répartition des réserves.

De plus, ce sont les actionnaires seuls qui décident la création des réserves extra-statutaires, ce sont donc eux-seuls qui doivent en supporter les conséquences.

Enfin, l'actionnaire minoritaire a le droit d'intenter une action en annulation des décisions prises par l'assemblée générale, si les affectations extra-statutaires ne sont pas «nécessaires pour assurer d'une manière durable la prospérité de l'entreprise ou la répartition d'un dividende aussi constant que possible»⁵.

La situation des administrateurs est totalement différente.

⁵ Si l'actionnaire est lésé dans son droit à une part proportionnelle du bénéfice net, par exemple, parce que l'assemblée générale réduit le bénéfice à zéro en constituant des réserves ou en faisant des amortissements excessifs, il peut demander au juge l'annulation des décisions de l'assemblée (ATF 26. 6. 1941 — JdT 1941, p. 626).

Les tantièmes représentent la rémunération d'une activité pendant une période déterminée. Pour eux, la constitution de réserves extra-statutaires n'a pas pour conséquence de retarder simplement le paiement de la répartition à laquelle ils ont droit, car il n'est pas certain qu'ils seront réélus à l'échéance de leur mandat. Ils perdent donc, immédiatement et définitivement, tout droit aux tantièmes sur les bénéfices portés dans les réserves. Ajoutons encore que les administrateurs, en cette qualité, n'ont pas à voter pour ou contre la répartition des bénéfices et la constitution de réserves.

Enfin, ils n'ont aucun droit sur les répartitions de bénéfices effectuées au moyen des réserves extra-statutaires, puisque celles-ci ont été constituées, comme les réserves statutaires, au moyen de bénéfices qui ne sont pas soumis aux tantièmes ou qui ont déjà été soumis aux tantièmes⁶.

Nous ferons encore observer que les prélèvements effectués sur un compte de réserve statutaire ou extra-statutaire ne sont pas soumis à la première attribution de 5% à la réserve légale puisqu'ils ne font pas partie du *bénéfice net de l'exercice*. Par contre, si grâce à la dissolution partielle ou totale d'une réserve, il est versé un superdividende, il y aura lieu d'appliquer les dispositions de l'article 671 No 3.

III.

Lors de la dissolution partielle ou totale d'une réserve doit-on créditer le compte de pertes et profits du montant dont cette réserve est diminuée ?

⁶ En droit allemand, toute cette question est précisée par la loi de 1937. S'il est prévu des tantièmes sur le bénéfice net, en faveur du Vorstand (§ 77) ou de l'Aufsichtsrat (§ 98), ils doivent être calculés sur le bénéfice net, déduction faite des réserves. De plus, les bénéfices provenant de la dissolution des réserves ne sont pas soumis aux tantièmes. Exceptionnellement, le conseil de surveillance peut autoriser pour l'exercice actuel seulement que les bénéfices attribués aux réserves facultatives ne soient pas déduits du solde soumis aux tantièmes (voir Trumpler, p. 217).

L'assemblée générale aura toujours à se prononcer sur la répartition d'une réserve, mais la somme prélevée ne viendra pas augmenter le solde de pertes et profits.

La société décide par exemple:

a) de répartir des actions gratuites.

Les écritures à passer sont:

actions à capital,
réserve à actions.

b) de distribuer un dividende.

Nous aurons:

réserve à dividendes.

c) de compléter le dividende résultant de la répartition des bénéfices de l'exercice par un prélèvement sur la réserve.

Dans ce cas, il y aura lieu:

1. de virer au compte dividendes le montant attribué aux actionnaires et résultant du calcul de répartition du bénéfice de l'exercice:

pertes et profits à dividendes.

2. de virer au compte dividendes la somme prélevée sur la réserve:

réserve à dividendes.

Cette somme ne doit pas être portée dans le compte de pertes et profits.

Il est bien évident que si, intentionnellement ou par suite d'une erreur, le prélèvement fait sur une réserve est porté dans le compte de pertes et profits, cela ne modifie en rien le résultat réel de l'exercice, ni au point de vue fiscal, ni quant aux droits des divers participants aux bénéfices. Ces droits résultent de la loi et des statuts et ce n'est pas par un artifice de comptabilité ou même par une décision de l'assemblée générale qu'ils pourraient être modifiés.

Le solde du compte de pertes et profits qui apparaît dans le bilan doit donner séparément le report ancien et le bénéfice de l'exercice. Or, la dissolution d'une réserve statutaire ou extra-statutaire⁷ ne peut pas avoir pour consé-

⁷ Mais non d'une réserve tacite comme nous le verrons plus loin.

quence, ni fiscalement, ni économiquement, une augmentation des bénéfices de l'exercice et des tantièmes.

Si l'exercice est déficitaire, le bilan et le compte de pertes et profits présentés à l'assemblée générale feront apparaître une perte; puis, l'assemblée générale, sur la proposition du Conseil d'administration, pourra décider de balancer cette perte au moyen de telle ou telle réserve utilisable dans ce but.

A remarquer qu'il est difficile d'affirmer dans ce cas: que le solde perte du compte de pertes et profits est porté au débit du compte de réserve (afin de balancer cette perte par une diminution de la réserve),

ou que le bénéfice figurant dans la réserve est porté au crédit du compte de pertes et profits (pour balancer la perte).

Nous aurons forcément comme écriture:

réserve à pertes et profits,

mais suivant le comptable, le texte de cet article se résumera par:

virement de la perte au compte de réserve
(solution exacte à notre avis)

ou virement de la réserve au compte de pertes et profits.

D'autre part, il ne peut être question de répartition, si un solde perte est reporté à nouveau.

En effet, il n'y a bénéfice que si le compte de pertes et profits se termine avec un solde créditeur, après suppression de toutes les pertes antérieures.

Comme nous l'avons déjà vu, s'il y a eu report perte au début de l'exercice, cette perte sera automatiquement balancée par les bénéfices de l'exercice actuel. Ce n'est donc pas le bénéfice réel de l'exercice qui sera réparti, mais le solde qui apparaîtra après déduction de la perte ancienne reportée.

Or, cet amortissement de la perte reportée des exercices antérieurs peut aussi être effectué au moyen d'une réserve générale (réserve légale, statutaire ou extra-statutaire).

Suivant le procédé employé, le résultat sera très différent pour les actionnaires et les administrateurs.

Un simple exemple fera apparaître l'avantage que peuvent en retirer ces derniers.

L'exercice 1951 se termine avec une perte de 100 000 fr. et l'exercice 1952 avec un bénéfice net de 100 000 fr.

1. La perte de 1951 est balancée au moyen d'une réserve disponible.

Pas de répartition sur l'exercice 1951.

En 1952, bénéfice de 100 000 fr. qui est réparti conformément aux statuts, et les administrateurs auront droit à leurs tantièmes.

2. La perte de 1951 est reportée à nouveau et le bénéfice de 1952 balance automatiquement la perte de 1951. L'assemblée générale peut alors décider de prélever sur les réserves statutaires ou extraordinaires disponibles, la somme nécessaire pour répartir un dividende.

Les administrateurs n'ont pas droit à des tantièmes.

IV.

Sous le terme de réserve extra-statutaire, il faut entendre non seulement les réserves qui ne sont pas expressément prévues par les statuts, mais encore toutes augmentations des pourcentages fixés par les statuts pour le calcul des attributions aux réserves légale et statutaire.

Les statuts ont prévu les minimums imposés par le législateur (677 et 671) soit :

Première répartition:

5% à la réserve légale jusqu'à ce que celle-ci ait atteint un cinquième du capital social versé.

Premier dividende de 4% aux actionnaires,

10% à la réserve statutaire.

Deuxième répartition:

10% au Conseil d'administration,

90% à la disposition de l'assemblée générale.

La réserve légale a atteint le *cinquième du capital*, mais *néanmoins*, l'assemblée générale décide de maintenir cette allocation de 5% des bénéfices à cette réserve. Elle en a indiscutablement le droit (art. 674 al. 2), mais le bénéfice soumis aux tantièmes est égal au bénéfice total, déduction faite seulement du premier dividende aux actionnaires, de l'attribution à la réserve statutaire (groupe III) mais non du prélèvement extra-statutaire de 5% en faveur de la réserve légale.

Il en sera de même en cas d'augmentation du pourcentage de 5% prévu par les statuts en faveur de la réserve légale, alors que celle-ci n'a pas encore atteint le $\frac{1}{5}$ du capital, ou de l'augmentation de l'attribution de 10% à la réserve statutaire.

V.

Si les dispositions statutaires sont rédigées d'une façon claire, avec un pourcentage précis, le calcul des tantièmes ne soulève pas de grandes difficultés. La question par contre est beaucoup plus délicate lorsque les statuts manquent de précision, ce qui est malheureusement très souvent le cas.

Les expressions «5% au minimum» ou «au maximum» ou encore «le montant que l'assemblée générale jugera nécessaire» soulèveront inévitablement un jour des difficultés entre les actionnaires et les autres participants, si ces expressions s'appliquent aux pourcentages des déductions qui doivent être effectuées sur le bénéfice net total pour trouver le solde soumis aux tantièmes.

Les statuts sont par exemple rédigés comme suit :

Première répartition:

- a) 5% au *minimum* à la réserve légale,
- b) premier dividende minimum de 5%,
- c) à la réserve statutaire, le montant que l'assemblée générale jugera nécessaire.

Deuxième répartition:

- 10% au conseil d'administration,
- 90% à la disposition de l'assemblée générale.

Il est facile de se rendre compte quelles peuvent être les conséquences de la liberté illimitée dont jouit l'assemblée générale pour calculer le montant total de la première répartition et par voie de conséquence, pour fixer le solde sur lequel doivent être appliqués les 10% de tantièmes.

Du fait de cette disposition statutaire, l'assemblée générale peut décider d'attribuer 10 ou 15% à la réserve légale, de distribuer un dividende de 6 ou 7%. Enfin, elle peut tout simplement virer au crédit du compte réserve statutaire le solde des bénéfices et supprimer ainsi toute répartition de tantièmes. Il y a une disposition statutaire, celle-ci doit être appliquée. Les administrateurs, en tout cas, n'ont pas le droit d'invoquer les dispositions de l'article 674 CO même s'ils apportent la preuve que les affectations à la réserve légale et statutaire ne sont pas nécessaires pour assurer d'une manière durable la prospérité de l'entreprise ou la répartition d'un dividende aussi constant que possible.

Il ne faut pas oublier que si, ultérieurement, l'assemblée générale, décidait de répartir la réserve statutaire, les administrateurs n'auraient aucun droit sur ces bénéfices, peu importe que cette répartition se fasse sous la forme de dividendes ou d'actions gratuites.

Une disposition statutaire aussi peu précise aurait tout aussi bien pu être rédigée dans les termes suivants :

« Les administrateurs ont droit éventuellement à des tantièmes dont le montant sera fixé librement par l'assemblée générale. »

A remarquer que c'est, en fait, la solution adoptée par le législateur allemand.

VI.

Nous voudrions examiner encore un cas qui n'est pas aussi exceptionnel qu'on pourrait le croire au premier abord.

Une réserve extra-statutaire a été constituée. Intentionnellement ou non, elle a été alimentée, à tort, par des prélèvements successifs sur des bénéfices qui statutairement auraient dû être soumis aux tantièmes.

Les administrateurs eux-mêmes ont peut-être proposé le mode de calcul de répartition des bénéfices; en tout cas, ils l'ont accepté sans soulever aucune objection. L'assemblée générale décide aujourd'hui de répartir cette réserve sous forme de dividendes ou d'actions gratuites. Les administrateurs actuels ont-ils droit à des tantièmes sur le montant bonifié aux actionnaires ?

Il y a lieu de remarquer que les administrateurs actuels ne sont pas forcément les mêmes que ceux qui ont été lésés par ce mode erroné de calcul des tantièmes. On ne voit pas très bien pourquoi les administrateurs actuellement en fonctions bénéficieraient d'une répartition dont ont été frustrés leurs ex-collègues.

En admettant même qu'il n'y ait eu aucun changement dans la composition du conseil d'administration depuis la création de cette réserve extra-statutaire, il n'en résulte pas moins que le mandat des administrateurs a pris fin à l'échéance de chaque période pour la durée de laquelle ils avaient été nommés. De plus, les décisions relatives au mode de répartition des bénéfices ont été prises par l'assemblée générale avec l'approbation des administrateurs, sans que ceux-ci fassent une réserve quelconque quant à la répartition ultérieure de ces bénéfices, ils ont en fait donné quittance pour solde.

Nous constatons donc que même dans ce cas, les administrateurs n'auront aucun droit à des tantièmes sur le montant des bénéfices portés dans la réserve extra-statutaire, quoique cette dernière ait été alimentée par des bénéfices qui suivant le texte des statuts auraient dû être soumis aux tantièmes.

VII.

Qu'en est-il des réserves tacites ? Quelle sera leur influence sur les tantièmes lors de leur constitution et lors de leur dissolution ?

L'administration a le droit de constituer des réserves latentes sous deux conditions (art. 663):

1. «dans la mesure nécessaire pour assurer d'une manière durable la prospérité de l'entreprise»

ou

2. «la répartition d'un dividende aussi constant que possible.»

Pratiquement, il est évident que la constitution d'une réserve, quelle qu'elle soit, aura toujours pour conséquence d'augmenter la fortune d'une entreprise, donc d'assurer sa prospérité et la distribution de dividendes.

Comme nous l'avons déjà vu, l'article 674 pose les mêmes conditions et cependant la situation est totalement différente. Cet article règle l'emploi du *bénéfice net qui est déjà arrêté*. Par contre, l'article 663 a traité à la création de réserves latentes *avant la fixation du bénéfice net*.

La constitution de réserves latentes aura une influence directe sur les résultats définitifs de l'exercice et par conséquent, sur toutes les attributions et répartitions imposés par le législateur ou par les statuts: réserve légale, dividendes, tantièmes, et participations des autres ayants-droit.

Quelle sera l'influence de la *dissolution* d'une réserve latente sur les tantièmes? Le bénéfice net de l'exercice comprendra-t-il le bénéfice d'exploitation proprement dit *plus* les bénéfices provenant de la réalisation des réserves latentes?

Des tantièmes peuvent-ils être accordés lorsque le bénéfice net provient uniquement de la dissolution de ces réserves?

La réponse à ces questions a soulevé de nombreuses discussions. Une proposition de réponse négative soumise à la commission de rédaction du Code des Obligations ayant réuni le même nombre de voix pour et contre, la dite commission proposa de laisser à «*l'appréciation de l'assemblée générale* le fait d'admettre qu'il y a eu ou non un bénéfice net, si des réserves latentes ont dû être mobilisées à cet effet» (Aeby, Bulletin sténographique 1934 p. 115).

Cependant, comme le fit remarquer Scherer (Bulletin sténographique 1934 p. 115), si l'administration n'avait pas créé ces réserves tacites «qui, actuellement, sont dissoutes,

elle aurait eu droit à des tantièmes sur un rendement d'autant plus élevé. Lorsque le bénéfice antérieurement réalisé apparaît par suite de la dissolution de la réserve tacite, il est équitable que les tantièmes soient calculés aussi sur ce bénéfice.»

A notre avis, le problème des réserves tacites est tout simplement une question de fait, de logique.

Sans entrer dans des détails qui sortiraient du cadre de cette étude⁸ rappelons simplement qu'une réserve latente est créée par une sous-estimation d'un actif. Elle est représentée par un bénéfice qui *n'a pas été comptabilisé*, qui est inconnu des actionnaires et qui ne figure pas dans le compte de pertes et profits. Or, tant que ce bénéfice restera latent il ne pourra pas en être tenu compte pour le calcul des répartitions.

Mais ce bénéfice ressortira un jour et sera forcément comptabilisé. Prenons l'exemple le plus courant: création d'une réserve tacite par sous-estimation du stock. Celui-ci vaut 900 000 fr. Il est décidé de le faire apparaître au bilan pour 800 000 fr. Le bénéfice net de l'exercice se trouve réduit dans la même proportion. Mais en vendant ultérieurement ses marchandises, la société réalisera un bénéfice total qui se composera en fait d'un premier bénéfice (100 000 fr.) égal à la différence entre l'estimation (800 000 fr.) et la valeur réelle (fr. 900 000) et un deuxième bénéfice (300 000 francs) représenté par la différence entre le prix de revient (900 000 fr.) et le prix de vente (1 200 000 fr.).

Si l'on décide de ne pas reconstituer cette réserve latente, nous verrons apparaître au crédit du compte de pertes et profits: bénéfice brut 400 000 fr. La réserve latente entrera donc à ce moment dans le compte de pertes et profits, elle fera partie du bénéfice net de l'exercice qui sera réparti conformément aux dispositions légales et statutaires.

Le solde sur lequel seront calculés les tantièmes des administrateurs en fonction au moment de la dissolution de

⁸ Voir Ed. Folliet, Bilan dans les S.A. 5e édition, p. 335.

la réserve sera augmenté de 100 000 fr. montant de la réserve tacite dissoute.

Au premier abord, il y a là un résultat qui peut choquer, qui paraît difficilement conciliable avec ce que nous avons dit dans le paragraphe précédent.

En effet, lorsque le conseil d'administration décide de créer une réserve latente, il diminue le montant des tantièmes auquel il a droit; puis, la réserve latente étant ultérieurement comptabilisée, ce sont les nouveaux administrateurs qui bénéficient de l'augmentation des bénéfices, augmentation due au sacrifice fait antérieurement par les premiers administrateurs.

Il y a cependant des différences très marquées entre la constitution d'une réserve extra-statutaire et d'une réserve tacite.

Il faut constater, avant tout, que la décision de sous-estimer un actif ou de créer d'une autre manière une réserve latente est prise uniquement par les *administrateurs*, qui, faisant passer l'intérêt de la société avant le leur, renoncent à une partie de leurs tantièmes.

Dans le cas précédent, l'*assemblée générale*, sans opposition des administrateurs et même avec leur approbation, a décidé de porter dans un compte de réserve une partie des bénéfices réalisés soumis aux tantièmes.

De plus, la dissolution d'une réserve ouverte extra-statutaire, n'apparaîtra obligatoirement dans le compte de pertes et profits que si l'exercice, soldant par une perte, l'assemblée générale décide de balancer celle-ci au moyen de cette réserve.

Par contre, la dissolution d'une réserve tacite sera *forcément comptabilisée* par pertes et profits; elle fera inévitablement partie du solde de pertes et profits, solde qui devra être réparti (s'il est bénéficiaire) conformément aux dispositions légales et statutaires, y compris la première affectation de 5% en faveur de la réserve légale, alors que le prélèvement effectué sur une réserve statutaire ou extra-statutaire ne sera pas

amputé une deuxième fois du 5% en faveur de la réserve légale.

Il est bien entendu que les administrateurs ne profiteront pas forcément de la dissolution d'une réserve tacite. En effet, il est possible que malgré la comptabilisation de ce bénéfice, le compte de pertes et profits solde encore par une perte ou que le résultat soit inférieur au montant total de la première répartition (réserve légale et premier dividende).

Conclusions

1. Par bénéfice net, au sens de l'article 677, il faut entendre le bénéfice réalisé au cours d'un exercice, déduction faite du report perte ancien mais sans tenir compte du report bénéfice ancien.
2. Les statuts doivent obligatoirement stipuler qu'avant toute autre répartition du bénéfice net (voir No 1), il sera procédé aux deux attributions suivantes :
à la réserve légale : 5% du bénéfice net,
aux actionnaires : premier dividende de 4% au minimum sur la partie libérée des actions.
3. Sous réserve de ces deux affectations, les *statuts* peuvent fixer librement le mode de répartition du bénéfice net et, entre autre, les attributions aux réserves statutaires et aux administrateurs (tantièmes).
4. Une réserve peut être partiellement ou totalement extra-statutaire.

Elle sera partiellement extra-statutaire, lorsque le pourcentage des bénéfices attribué à une réserve statutaire dépasse celui fixé par les statuts.

La réserve légale peut être partiellement extra-statutaire.

Une réserve sera totalement extra-statutaire lorsqu'elle n'a pas été prévue nommément par les statuts.

5. L'assemblée générale a le droit de constituer des réserves extra-statutaires, mais en aucun cas les attributions à ces réserves ne peuvent avoir pour conséquence une rédu-

tion de la participation due aux administrateurs, telle qu'elle est prévue par les dispositions statutaires.

6. Les bénéfices provenant de la dissolution totale ou partielle d'une réserve statutaire ou extra-statutaire (sauf réserve tacite, voir No 7) n'entrent pas dans le calcul des tantièmes.

Les administrateurs n'ont pas droit à des tantièmes sur les répartitions effectuées au moyen de prélèvement sur une réserve.

7. La constitution d'une réserve tacite diminue le bénéfice net de l'exercice et par voie de conséquence, toutes les répartitions, y compris les tantièmes.

La dissolution totale ou partielle d'une réserve tacite a inévitablement pour conséquence une amélioration du solde du compte de pertes et profits de l'exercice. Si avec ou sans dissolution d'une réserve tacite, l'exercice solde par un bénéfice net supérieur au montant nécessaire pour effectuer les deux attributions imposées par l'article 677, toutes les répartitions, y compris les tantièmes, profiteront de cette dissolution.

8. Les administrateurs n'ont aucun droit, ni présent, ni futur, sur une réserve extra-statutaire, dont la constitution, sans opposition de leur part, a eu pour conséquence une réduction des tantièmes auxquels ils avaient droit statutairement.

Pour terminer, nous ne saurions trop recommander aux fondateurs de sociétés anonymes, actionnaires et administrateurs, d'apporter tous leurs soins dans la rédaction des dispositions statutaires relatives à la répartition des bénéfices, d'exclure d'une façon absolue toute expression dont la précision laisse à désirer et de ne faire figurer dans les statuts que des pourcentages déterminés pour chacune des répartitions envisagées.
