



Nous maîtrisons les terrains les plus divers

Sujet d'actualité en droit commercial et droit des sociétés

«Et pardonnez-nous nos péchés» – ou que vaut réellement la décision portant sur la décharge?

Avril 2010

C'est de nouveau la période de l'année où les actionnaires sont convoqués aux assemblées générales annuelles à grand renfort de publications couvrant les pages des journaux. A cet égard, l'objet consacré à la «Décharge du conseil d'administration» fait partie intégrante de l'ordre du jour, pas obligatoirement, mais fréquemment complété avec la «Décharge de la direction générale». Dans de nombreux cas, la décision portant sur la décharge ne devrait certes représenter qu'une pure formalité. Néanmoins, la décision portant sur la décharge peut mener à de vives discussions, comme le montre par exemple UBS SA. Ainsi que les médias s'en sont fait l'écho, il est maintenant abondamment discuté du fait que la direction actuelle d'UBS souhaite accorder l'absolution à l'ancien management d'UBS dirigé alors par Marcel Ospel pour ses actes et décisions durant la crise financière et la débâcle fiscale. Mais quelle est effectivement la signification de la décharge et quels sont ses effets? Nous allons précisément traiter ces questions ci-dessous dans le but de présenter la décharge dans une perspective pratique.

1. Compétence et raison d'être de la décharge

La décision de donner ou refuser la décharge relève de la compétence exclusive de l'assemblée générale. Comme toute autre décision, celle portant sur la décharge doit être valablement prise. En revanche, le conseil d'administration a toujours le droit de porter cet objet à l'ordre du jour. Les membres de la direction générale n'ont enfin ni le droit de prendre une décision, ni celle de porter un objet à l'ordre du jour.

Tout d'abord, la décharge ne représente rien d'autre qu'une renonciation de la société à élever des prétentions en dommages et intérêts à l'encontre des organes responsables. Pour être encore plus précis, il s'agit d'une exception dont peuvent se prévaloir les membres du conseil d'administration et, le cas échéant, de la direction générale visés par la décharge à l'encontre des prétentions en responsabilité élevées par la société ou certains actionnaires. En revanche, la décharge ne revient pas à approuver, quant à leur contenu, les actes du conseil d'administration ou de la direction générale. La notion d'«absolution» semble à cet égard quelque peu trompeuse. D'ailleurs, l'assemblée générale ne serait de toute façon pas compétente pour approuver les décisions de gestion.

2. Portée de la décharge

La loi prévoit tout d'abord que la décision de décharge ne vaut que pour les faits qui étaient connus. A cet égard, il faut ajouter que la décharge couvre également les actes dont tous les actionnaires ont effectivement connaissance, quelle que soit la source d'information, et qui, par conséquent, sont connus des actionnaires au moment de la décision. La question est en revanche contestée de savoir si la décharge vaut également pour les faits qui étaient seulement reconnaissables pour les actionnaires. A ce propos, les critères pour déterminer quand un fait est reconnaissable ou pas sont difficiles à définir. En tout cas, on devra néanmoins partir de l'idée que des faits sont couverts par la décision portant sur la décharge si l'assemblée générale a été informée au moins dans les grandes lignes des circonstances pertinentes.

Sur le plan temporel, ne seront couvertes par la décision portant sur la décharge que les affaires qui ont été effectuées au cours de l'exercice annuel dans lequel la décharge est demandée.

En général, la décharge est donnée à l'issue de l'exercice annuel. Il peut néanmoins s'avérer judicieux en situation de crise d'attendre pour voter sur la décharge le temps que les vagues se soient quelque peu estompées, respectivement que l'entreprise ait pu suffisamment se remettre de certaines déconvenues commerciales. L'effet du refus de la décharge à titre de signal ne doit néanmoins pas être sous-estimé.

3. Effet de la décharge

Nous avons déjà indiqué que la décharge vaut exception à l'encontre de toute action en responsabilité de la société ou de certains actionnaires. Cela signifie en détail ce qui suit:

a) **Dommege direct des créanciers et des actionnaires**

L'exception liée à la décharge ne vaut tout d'abord que pour le dommage invoqué par la société. Les dommages que des créanciers et des actionnaires subissent directement dans leur propre fortune (et pas simplement en raison de la dépréciation de la réputation de crédit de la société ou de la valeur de la participation dans celle-ci) ne sont pas affectés par la décharge. Cela vaut même si l'actionnaire qui a subi

directement un dommage a voté la décharge, car en votant la décharge il renonce uniquement à faire valoir le dommage de la société.

b) **Dommege indirect de la société**

La société et les actionnaires qui ont donné décharge ne sont pour cette raison plus en droit d'ouvrir action contre les organes responsables pour des dommages de la société. Les actionnaires qui n'ont pas donné décharge (refus ou abstention) peuvent en revanche toujours ouvrir action pour le dommage subi par la société. Ils sont néanmoins tenus de le faire dans un délai de six mois suivant l'assemblée générale qui s'est prononcée sur la décharge. En cas de faillite de la société, la situation se présente par contre différemment. Le Tribunal fédéral part du principe qu'en cas de faillite, la prétention de la société elle-même n'existe plus, mais qu'avec le prononcé de la faillite naît une créance indépendante et unique de la communauté des créanciers. Ainsi l'exception liée à la décharge est inopposable et, partant, sans effet à l'égard de la communauté des créanciers (cette question étant certes controversée en doctrine).

Il découle de ce qui précède que la décharge sert en premier lieu à assurer la sécurité juridique au sein de toute société rentable et encore opérationnelle. En effet, le conseil d'administration et, le cas échéant, la direction générale doivent également savoir si, du point de vue de l'assemblée générale, ils tiennent le cap, sans être paralysés dans leur gestion par des prétentions en responsabilité latentes. A l'inverse, le refus de la décharge peut servir de moyen de pression pour les actionnaires minoritaires.

4. Exclusion du droit de vote

Les personnes qui ont coopéré d'une manière quelconque à la gestion sont exclues du droit de vote concernant la décharge. Cela vaut également pour toute représentation des actions par un organe de la société.

En ce qui concerne la détermination du cercle des personnes qui „ont coopéré d'une manière quelconque à la gestion“, il y a lieu de se référer à la notion d'organe définie dans le droit de la responsabilité. A cet égard, est qualifié d'organe, celui qui peut exercer une influence déterminante sur la volonté de la société.

Il y a également lieu d'exclure les droits de vote en ce qui concerne la décharge dans le cadre de sociétés unipersonnelles ou dans les groupes de sociétés dans lesquels la société mère doit être qualifiée d'organe de fait de la société fille. C'est pourquoi il est problématique de déterminer la portée de la décharge dans le cadre de tels rapports. Il faut encore mentionner qu'une décision portant sur la décharge viciée parce que des personnes y auraient participé sans droit n'est qu'annulable et pas nulle. Par conséquent, si personne ne demande l'annulation d'une telle décision, elle demeure valable.

5. Résumé

De manière générale, la portée de la décharge en tant qu'exception dans des procès en responsabilité ne devrait pas être surestimée. Ainsi, après un examen attentif, les effets de la décharge sont moins étendus que l'on ne l'admet communément. La décharge ne déploie tout d'abord ses effets à titre d'exception principalement qu'en dehors d'une faillite lorsque un dommage de la société est invoqué (ce qui est rare, car les procès en responsabilité ne sont menés le plus souvent qu'en cas de faillite). Par ailleurs, il faut rappeler les limitations matérielles de la décharge (elle ne couvre que les faits connus) et temporelles (elle ne couvre que les affaires intervenues au cours de l'exercice annuel en question).

Par conséquent, la décharge concerne avant tout les sociétés rentables encore opérationnelles et vise à assurer la sécurité juridique dont ont besoin leurs organes dirigeants (à l'opposé en cas de faillite, les actes de la direction sont complètement réexaminés). A l'inverse, le refus de la décharge entraîne un effet psychologique considérable et revient à un vote de défiance. A cet égard, elle représente un moyen de pression en mains des actionnaires minoritaires qui n'est pas à sous-estimer. L'avenir nous enseignera prochainement dans quelle mesure ce moyen de pression pourra jouer un rôle.

Contact



Olivier Bloch
Avocat, Genève
bloch@altenburger.ch
rue Toepffer 11 bis
CH-1206 Genève