

Memorandum

Date: Le 13 juin 2018

de: Altenburger Ltd legal+tax, Mes Birgit Sambeth Glasner et Camille Loup

Concerne: Remontées Mécaniques Crans Montana Aminona (CMA) SA

RAPPORT

Table des matières

I. PRÉAMBULE	3
II. RAPPEL DES FAITS.....	4
III. L'AUGMENTATION DE CAPITAL-ACTIONS DE CMA ET LA REPRISE DE BIENS DU 5 DÉCEMBRE 2016 ONT-ILS ÉTÉ VALABLEMENT EFFECTUÉS ?	9
IV. ANALYSE DE LA REPRISE DE BIENS SELON LES ART. 628 AL. 2 ET 642 CO.....	11
V. LES ACTIONS JURIDIQUES ENVISAGEABLES.....	17
a. Introduction	17
b. Actions civiles.....	18
1. Action en exécution de la libération (art. 680 al. 2 CO)	18
2. Enrichissement illégitime (art. 678 CO).....	21
3. Action en constatation de nullité (art. 714 CO).....	28
4. Action en responsabilité (art. 754, 755 et 756 CO)	31
a) De la responsabilité du Conseil d'administration	31
b) De la responsabilité des réviseurs	38
c. Actions pénales	43
5. Faux dans les titres (art. 251 CP)	43
6. Obtention frauduleuse d'une constatation fautive (art. 253 CP).....	45

7. Escroquerie (art. 146 CP).....	48
8. Gestion déloyale (art. 158 CP).....	51
d. L'influence de l'augmentation du capital-actions et de la vente des actions de CMAI vis-à-vis des Communes, s'agissant de leur position d'actionnaires et de leurs droits issus de la convention-cadre et du contrat de nantissement ?	54
1. Concernant leurs droits comme actionnaires	54
2. Concernant leurs droits issus de la convention-cadre et du contrat de nantissement.....	55
e. Quelques considérations supplémentaires	57
1. La perte en capital	57
2. Le principe de la décharge.....	59
3. Les Communes en tant que créancières-gagistes	62
VI. CONCLUSION.....	64

I. PRÉAMBULE

Le présent rapport a pour objectif d'analyser les événements qui se sont déroulés en fin d'année 2016, soit notamment l'augmentation de capital-actions de CHF 50 millions au sein des Remontées Mécaniques Crans Montana Aminona (CMA) SA (ci-après "CMA"), la vente à CMA de 378'743'000 actions de CMA Immobilier SA (ci-après "CMAI") détenues jusqu'alors par CPI Property Group (ci-après "CPI") pour un montant de CHF 35'396'546.06¹ et l'octroi d'un prêt de CHF 8.9 millions à CPI.

Avant l'augmentation de capital litigieuse de décembre 2016, CPI détenait **65.80 %** des actions de CMA; **les Communes** de Crans-Montana, Lens et Icogne (ci-après "les Communes"), **26.10%** desdites actions. A la fin de l'exercice 2016, CPI détient **85.40 %** des actions ; **les Communes, 11.10 %**.

Nous commencerons par examiner rappeler brièvement les faits (point II), avant d'analyser la validité de l'augmentation du capital-actions de CHF 50 millions et de l'achat des actions de CMAI, intervenus le 5 décembre 2016 (point III), puis nous évaluerons les conséquences juridiques d'une éventuelle violation des prescriptions légales, ainsi que les actions judiciaires à disposition (points IV et V). Enfin nous concluons en rappelant les moyens en mains tant de CMA que des Communes (point IV).

A toutes fins utiles, nous précisons que ce rapport est basé exclusivement sur l'analyse, en droit suisse, des éléments et documents portés à notre connaissance et étayés au moyen de pièces idoines. In ne peut donc s'agir d'un examen exhaustif de la situation factuelle et légale.

Il a pour but d'éclairer les Communes sur la situation et leur permettre une réflexion stratégique en vue des prochaines échéances de CMA.

¹ Pour simplifier les calculs, nous parlerons plus loin de CHF 35.3 millions.

II. RAPPEL DES FAITS

1. En 2013, les Communes disposaient ensemble de 33.66 % des actions de CMA. Elles représentaient donc une minorité de barrage².

2. Dès 2014, les Communes perdaient leur position de minorité de blocage pour ne détenir qu'environ 18.86 % des actions de CMA.

RV Properties, filiale du groupe CPI, a de son côté obtenu 36.09 % desdites actions, suite à une augmentation du capital-actions de CHF 19 mios³.

Quant à Alpa SA et Hole in One SA, elles disposaient ensemble de 14.78 %⁴.

3. En 2014/2015, Endurance Sàrl rachetait les actions de RV Properties, Alpa SA et Hole in One SA, de sorte qu'elle concentrait en ses mains 65.80 % des actions⁵.

Endurance Sàrl les a ensuite entièrement revendues à CPI⁶.

4. Ainsi, dès avril 2015, CPI disposait de 65.80% des actions de CMA. Les Communes disposaient quant à elles de 26.10 %⁷.

5. Le 14 octobre 2016, CPI, CMA, CMAI et les Communes ont conclu de nombreux contrats⁸, à savoir une convention-cadre – signée par Messieurs [REDACTED] et [REDACTED] pour CMA et CMAI, Monsieur [REDACTED] pour la Commune de Lens –, convention-cadre qui chapeautait :

a) le contrat de nantissement, en faveur des Communes, des actions de CMA détenues par CPI⁹ et des actions de CMAI détenues par CMA et CPI, étant précisé que CPI se gardait les droits sociaux liés aux actions nanties – signé par Messieurs [REDACTED] et [REDACTED] pour CMA et CMAI ; Monsieur [REDACTED] pour la Commune de Lens ;

b) les contrats de cautionnement accordés par les Communes en faveur de CMA et

² Cf. notamment art. 704 CO qui prévoit la majorité des deux tiers des voix attribuées aux actionnaires pour les décisions importantes de l'Assemblée générale. Cf. Pièce 44 - Rapport annuel CMA 2012-2013

³ Plus précisément : CHF 18'826'000.-. Cf. Pièce 3 - Rapport annuel CMA 2013-2014.

⁴ Pièce 3 - Rapport annuel CMA 2013-2014.

⁵ Pièce 4 - Rapport annuel CMA 2014-2015

⁶ Pièce 5 - Rapport annuel CMA 2015-2016.

⁷ Pièce 5 - Rapport annuel CMA 2015-2016.

⁸ Pièce 10 – Convention-cadre 14.10.2016, Pièce 11 - Contrat de nantissement du 14.10.2016 et Pièce 55 - Actes de cautionnement et prêts des Communes.

⁹ Il s'agit de 61'559'834 actions de CMA. Cela correspondait à l'époque à la participation de CPI à 65.80 % de CMA. Aujourd'hui, après l'augmentation de capital de CHF 50 mios, les actions de CMA nanties ne représentent plus que 27.50 %.

c) les prêts octroyés par les institutions financières à CMA .

Il s'agissait, pour CMA, d'obtenir un prêt de CHF 24.5 mios auprès de banques et d'assurances. Selon le bilan 2017 de CMA, cette dernière a obtenu à cette date env. CHF 14 mios desdits prêts¹⁰.

A cette fin, les Communes ont accepté de cautionner CMA envers ces institutions. Il sied de relever que CPI n'a pas souhaité cautionner ces prêts¹¹.

En contrepartie, CPI et CMA ont nanti leurs actions de CMAI en faveur des Communes¹².

Au surplus, la convention-cadre et le contrat de nantissement interdisaient l'octroi de prêts à l'actionnaire.

6. Tant la convention-cadre¹³ que le contrat de nantissement¹⁴ interdisaient la vente des actions de CMAI par CPI ou CMA, sous réserve de la vente des actions de CMAI par CPI (vendeur) à CMA (acheteur) prévues à moyen-court terme.

7. De plus, un tableau remis par Monsieur [REDACTED] au Conseil communal de Crans-Montana, intitulé "*CMA Investissement 2016/2017*", mentionne expressément l'augmentation future du capital-actions à hauteur de CHF 50 mios et l'achat des actions de CMAI à CPI pour une somme de CHF 33 mios¹⁵.

8. Le **18 octobre 2016**, l'Assemblée générale de CMA a décidé d'augmenter le capital-actions de CMA de CHF 50 mios¹⁶.

9. Le **1^{er} décembre 2016**, l'Etude [REDACTED]¹⁷ a évalué la valeur de CMAI à env. CHF 40 mios.

10. Le **5 décembre 2016**, le Conseil d'administration de CMA a décidé d'exécuter l'augmentation du capital-actions.

Il a donc fait établir par un notaire agréé, Me [REDACTED] les documents utiles¹⁸, soit :

a) le PV authentique du Conseil d'administration,

¹⁰ Pièce 62 - Documents re AG CMA et CMAI 2018.

¹¹ Pièce 55 - Actes de cautionnement et prêts des Communes.

¹² Pièce 11 - Contrat de nantissement du 14.10.2016.

¹³ Pièce 10 - Convention-cadre 14.10.2016.

¹⁴ Pièce 11 - Contrat de nantissement du 14.10.2016.

¹⁵ Pièce 22 - Rapport de [REDACTED] du 28.11.2017.

¹⁶ Pièce 60 - PV AG CMA 2015-2017.

¹⁷ Pièce 27 - Rapport n° 2 sur l'évolution de la valeur CMAI.

¹⁸ Pièce 9- Dossier RC 2808-2016.

- b) les Déclarations I & II, qui confirmaient qu'aucune reprise de biens d'une certaine importance d'un actionnaire n'était prévue,
- c) les Statuts modifiés de CMA,
- d) le Rapport d'augmentations du Conseil d'administration et
- e) l'Attestation de consignation de la banque UBS SA.

L'ensemble de ces documents ont été remis au Registre du commerce le même jour. La réquisition était signée par Messieurs [REDACTED], [REDACTED] et [REDACTED]¹⁹.

11. CPI a acquis l'entier des actions libérées, de sorte qu'elle disposait *in fine* de 85.40 % des actions de CMA. Les Communes n'étaient plus actionnaires qu'à 11.10 %²⁰.
12. Le **5 décembre 2016** toujours, CMA (acheteur) et CPI (vendeur) ont signé le contrat de vente des actions de CMAI²¹ pour un montant de CHF 35.3 mios.
Messieurs [REDACTED] et [REDACTED] ont signé ledit contrat au nom de CMA.
13. La valeur des actions telle que prévue dans le contrat de vente est vivement contestée²².
14. En 2016 également, un prêt de CMA d'env. CHF 8.9 mios a été accordé à CPI²³.
15. Ce prêt contrevient aux clauses prévues dans la convention-cadre du 14 octobre 2016²⁴.
16. Par ailleurs, l'on observe que les comptes 2016 de CPI²⁵ avaient inscrit au bilan les actions de CMAI vendues par CPI le 5 décembre 2016 à hauteur de EUR 14'038'000.-, soit env. CHF 15'253'130.-²⁶.
17. Puis, dans le rapport des réviseurs de CMA du **27 avril 2017**²⁷, FIDUCIAIRE FIDAG SA, G. CLIVAZ BUREAU FIDUCIAIRE SA et FIDUCIAIRE DE CRANS-MONTANA (FCM) SA (ci-après "les trois fiduciaires") ont

¹⁹ Pièce 9- Dossier RC 2808-2016.

²⁰ Pièce 6 - Rapport annuel CMA 2016.

²¹ Pièce 28 - Share purchase agreement entre CPI et CMA.

²² Pièce 65 - Rapport de Georges Gard du 12 juin 2018

²³ Pièce 6 - Rapport annuel CMA 2016 et pièce 37 - rapport CPI 2016.

²⁴ Pièce 10 - Convention-cadre du 14.10.2016.

²⁵ Pièce 37 - Comptes 2016 de CPI.

²⁶ Taux au 31.12.2016 de 1.08656 CHF pour 1 EUR.

²⁷ Pièce 6 - Rapport annuel CMA 2016.

constaté la surévaluation des actions de CMAI, de sorte qu'une correction de cette valeur aurait un impact négatif sur le résultat :

"suite à notre contrôle, nous supposons que la valeur comptable de la participation au 31 décembre 2016 de CHF 37'016'542.06 présente une surévaluation par rapport à sa valeur actuelle. De ce fait, l'éventuelle correction de valeur de la participation aurait un impact négatif sur le résultat ainsi que sur les capitaux propres. Ces derniers seraient présentés pour un montant trop favorable au 31 décembre 2016. Toujours dans le cas où cette valeur serait non conforme à la valeur actuelle, il y aurait violation de l'art. 678 al. 1 CO, 717 al. 2 et 660 al. 1 CO".

18. Lors de l'Assemblée générale du **18 mai 2017**²⁸, le Conseil d'administration a minimisé cette problématique en indiquant que *"l'organe de révision suppose que la valeur comptable de la participation de [CMAI] est surévaluée ainsi il n'a pas été en mesure de délibérer sur sa valeur réelle."*
19. L'Assemblée générale a par ailleurs donné décharge aux membres du Conseil d'administration et à l'organe de révision²⁹.
20. Enfin, toujours le **18 mai 2017**, l'organe de révision ayant démissionné, l'Assemblée générale a élu KPMG SA, Audit Suisse romande (ci-après "KPMG") à ce poste³⁰.
21. Le **4 août 2017**, n'ayant pu déposer auprès d'un notaire les actions de CMAI nanties le 14 octobre 2016, Me [REDACTED], les Communes et CMA ont finalement conclu un contrat de séquestre aux fins de confier valablement lesdites actions à Me [REDACTED] en tant que tiers séquestrant³¹.
Le même jour, Me [REDACTED], les Communes et CPI ont conclu un contrat de séquestre aux fins de confier valablement les actions de CMA à Me [REDACTED] en tant que tiers séquestrant³².
22. Par courrier du **30 novembre 2017**³³, KPMG a confirmé la correction de valeur des actions de CMAI proposée par le Conseil d'administration de CMA, soit la nécessité d'effectuer ladite correction dans les comptes de CMA à hauteur des fonds propres de CMAI (CHF 12,788 mios), d'une différence de CHF 24.229 mios.

²⁸ Pièce 60 - PV AG CMA 2015-2017.

²⁹ Pièce 60 - PV AG CMA 2015-2017.

³⁰ Pièce 60 - PV AG CMA 2015-2017

³¹ Pièce 14 - Convention de séquestre du 04.08.2017 s'agissant du certificat d'actions n° 75 de CMAI.

³² Pièce 13 - Convention de séquestre du 04.08.2017.

³³ Pièce 18 - Lettre de KPMG SA du 30.11.2017.

23. Le projet de bilan 2017 de CMA³⁴, reçu en prévision de l'Assemblée générale du 13 juin 2018, établit que le prêt de CMA à CPI d'env. CHF 8.9 mios aurait été remboursé courant 2017.
24. Ce même projet³⁵ indique également que CMA serait sous le coup de l'art. 725 al. 1 CO relatif à la perte en capital : "*Nous attirons votre attention sur le fait que la moitié du capital-actions et des réserves légales n'est plus couverte (art. 725 al. 1 CO).*"
25. Le projet de rapport 2017 des réviseurs, soit de KPMG, fait état que la moitié du capital-actions et des réserves légales n'est plus couverte (art. 725 al. 1 CO)³⁶.
26. Cependant, le rapport annuel 2017 de CPI³⁷ fait état d'un remboursement du prêt de CMA à hauteur de CHF 4.9 mios et du prêt de CPI Services de CHF 3.3 mios.
27. En l'état, le **rapport de Georges Gard du 12 juin 2018**³⁸ indique que les actions de CMAI vendues le 5 décembre 2016 doivent en réalité être estimées à CHF 5.2 mios.
- Pour rappel, les actions de CMAI avaient été vendues pour CHF 35.3 mios.
- En conséquence, la différence entre le montant de la vente et la valeur réelle desdites actions s'élève à CHF 30.1 mios.
28. Enfin, dans les rapports 2016 et 2017 de CPI³⁹, sont comptabilisés les participations de CPI dans CMAI et CMA Services Sàrl (ci-après "CMAS") à hauteur d'env. 85 %.
- Il faut néanmoins rappeler que ces participations sont indirectes⁴⁰ et qu'elles apparaissent vraisemblablement dans le rapport 2017 de CPI en raison du fait qu'il s'agit d'un rapport sur les états financiers consolidés.

³⁴ Pièce 62 - Documents re AG CMA et CMAI 2018.

³⁵ Pièce 62 - Documents re AG CMA et CMAI 2018.

³⁶ Pièce 62 - Documents re AG CMA et CMAI 2018.

³⁷ Pièce 53 - CPI reports 2017.

³⁸ Pièce 65 - Rapport de Georges Gard.

³⁹ Pièce 37 - Comptes 2016 de CPI PROPERTY GROUP et Pièce 53 - CPI reports 2017.

⁴⁰ Pièce 8 - Rapport annuel CMAI 2015-16 et Pièce 2 – Extrait du RC de CMAI et de CMA Services Sàrl.

III. L'AUGMENTATION DE CAPITAL-ACTIONS DE CMA ET LA REPRISE DE BIENS DU 5 DÉCEMBRE 2016 ONT-ILS ÉTÉ VALABLEMENT EFFECTUÉS ?

- i. **L'augmentation du capital** est régie par le Code des obligations (CO), en particulier par les articles 650 ss CO.

Il existe en pratique **trois formes** d'augmentation de capital : l'augmentation ordinaire, l'augmentation autorisée et l'augmentation conditionnelle⁴¹.

En substance, une augmentation ordinaire de capital doit :

- Avoir été **décidée par l'assemblée générale** (art. 650 al.1 CO) ;
- Etre **exécutée** (art. 652 à 652h CO) par le conseil d'administration **dans les trois mois** (art. 650 al. 1 CO), la décision de l'assemblée générale d'augmenter le capital-actions devenant caduque si elle n'est pas inscrite au RC dans ce délai (art. 650 al.3 CO). Le délai court à partir du lendemain de la décision de l'assemblée générale⁴².
- Figurer dans un **acte authentique** (al.2), lequel doit mentionner divers éléments (al.2 ch.1 à 9) dont en particulier :
 - o Le prix d'émission ou l'autorisation donnée au conseil d'administration de le fixer (ch.3)
 - o La nature des apports (ch.4)
 - o **En cas de reprise de biens**, son objet, le nom de l'aliénateur, la contre-prestation offerte par la société (ch.5)

Une fois décidée et son exécution assurée par le conseil d'administration, il appartient à ce dernier (et non à l'assemblée générale) de faire modifier les statuts en y mentionnant le nouveau montant du capital-actions (art. 652g al.1 CO). Cela fait, le conseil d'administration doit transmettre au registre du commerce (art. 652h CO) l'augmentation du capital-actions, les statuts modifiés et les constatations relatives à l'augmentation (art. 652g CO)⁴³.

- ii. **En l'espèce**, CMA a décidé, lors d'une assemblée générale du 18 octobre 2016, de l'augmentation de son capital-actions de CHF 50 mio. Ce point a été dûment porté au PV authentique de l'assemblée générale établi le même jour⁴⁴.

Cette même décision de l'assemblée générale constate notamment :

- La décision d'augmenter le capital-actions d'un montant maximum de CHF 50 mio. ;

⁴¹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Droit suisse des sociétés avec mise à jour 2015, 2015, N636.

⁴² CR CO II-ZEN-RUFFINEN/URBEN ad art. 650 CO N 31ss.

⁴³ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, *op. cit.*, N637.

⁴⁴ Pièce 9 - Dossier RC 2808-2016.

- Par l'émission de 125 mio. d'actions nominatives ;
- D'une valeur nominale de CHF 0.40 chacune ;
- Les apports devant être libérés en espèces et pour un minimum de 20% ;
- Le droit de souscription préférentiel des actionnaires est maintenu avec compétence subsidiaire octroyée au conseil d'administration en cas de non exercice dudit droit⁴⁵.

Suite à cette décision, le Conseil d'administration a exécuté la décision de l'Assemblée générale le 5 décembre 2016.

En particulier, le Conseil d'administration a récolté les bulletins de souscription (art. 652 CO) ; il a établi un rapport d'augmentation (selon les prescriptions de forme de l'art. 652e CO) ; il a fait procéder à la modification des statuts (art. 652g CO) et a fait procéder aux modifications nécessaires au registre du commerce (art. 652h CO)⁴⁶.

Cependant, la Déclaration I fournie au Registre du commerce⁴⁷, indiquant que "[CMA] n'a pas l'intention de reprendre des biens déterminés d'une certaine importance à un actionnaire" a été faussement établie.

En effet, une telle reprise de biens a été en réalité effectuée (cf. *infra*).

Cela étant, dès lors que le Conseil d'administration a donné l'apparence de l'absence de reprise de biens dans le cadre de ladite augmentation du capital-actions, il est logique qu'aucune attestation de vérification n'ait été établie (art. 652f CO).

- iii. **En conclusion, l'augmentation du capital-actions de CMA a donné l'apparence de respecter les règles formelles applicables. Cela étant, les faits et les circonstances de ladite augmentation démontrent l'existence d'un problème avec l'interdiction de reprise de biens (cf. *infra*).**

⁴⁵ Pièce 9 - Dossier RC 2808-2016.

⁴⁶ Pièce 9 - Dossier RC 2808-2016.

⁴⁷ Pièce 9 - Dossier RC 2808-2016.

IV. ANALYSE DE LA REPRISE DE BIENS SELON LES ART. 628 AL. 2 ET 642 CO

- i.a. Au sens de l'art. 628 al. 2 CO, "[s]i la société reprend des biens ou envisage la reprise de biens d'un actionnaire ou d'une personne qui lui est proche, les statuts doivent indiquer l'objet de la reprise, le nom de l'aliénateur et la contre-prestation de la société".

L'art. 642 CO dispose encore que "[l]'objet des apports en nature et les actions émises en échange, l'objet de la reprise de biens et la contre-prestation de la société ainsi que le contenu et la valeur des avantages particuliers doivent être inscrits au registre du commerce".

Le but de cette norme impérative est de garantir la publicité et le contrôle des apports faits à une société et ainsi éviter le risque de surévaluation de biens qui font l'objet d'une reprise⁴⁸.

Le cas d'une reprise de biens peut tant se poser dans le cas de la constitution d'une société que dans le cas d'une augmentation de capital-actions⁴⁹.

Ainsi, les apports requis pour l'augmentation du capital doivent être libérés suivant les règles relatives à la fondation de la société (art. 652c CO renvoyant aux art. 633ss CO)⁵⁰, notamment en accord avec les règles sur la libération des actions résultant d'un apport en nature (art. 634 et 642 CO). On mentionnera à cet égard la nécessité de mentionner dans les statuts l'objet repris, le nom de son aliénateur, le montant de la contre-prestation fournie par la société, l'obligation de fournir un rapport de fondation et l'obligation de faire vérifier ce rapport par un réviseur⁵¹.

Le but est ici de préserver la société contre son affaiblissement, pouvant notamment résulter d'une reprise de biens effectuée dans le seul but de cacher un apport en nature, cas échéant surévalués, et d'en éluder les règles applicables⁵².

Les conditions de la reprise de biens ne ressortent pas de la loi mais ont été établies par la doctrine et la jurisprudence.

Ainsi, on retient que l'article 628 al.2 CO trouve application si les conditions suivantes sont remplies :

- Une acquisition de biens, soit cumulativement⁵³:
 - a. des actifs pouvant être portés à l'actif du bilan ("actifs"). On peut notamment citer à cet égard les droits de participation (art. 959a al.1 ch.2 lit.b CO).

⁴⁸ HORISBRGER, La suppression des règles sur la reprise de biens sans allègement des règles sur les apports en nature – une incohérence ? in REPRAX 4/2017, p.186.

⁴⁹ HORISBRGER, *op. cit.*, p.184.

⁵⁰ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, *op. cit.*, N638.

⁵¹ HORISBRGER, *op. cit.*, p.184.

⁵² MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, *op.cit.*, N96; HORISBRGER, *op. cit.*, p.186.

⁵³ CR CO II-LOMBARDINI/CLEMETSON ad art. 628 CO N 8 ; HORISBRGER, *op. cit.*, p.185.

- b. des actifs pouvant être acquis par la société ("**transférables**"), le Tribunal fédéral ayant précisé que la présence d'un droit personnel tendant à la constitution d'un gage sur un bien n'empêche pas sa transférabilité⁵⁴
 - c. des actifs à la libre disposition de la société ("**réalisables**"), dont elle peut disposer de manière pleine et entière au moment où la transaction est effective
 - d. des actifs pouvant être effectivement réalisés et représentant donc une valeur réellement et concrètement utilisable ("**utilisables**")
- L'acquisition se fait **auprès d'un actionnaire ou auprès d'un de ses proches**. Tel sera le cas de la reprise de biens faite par la société à une personne proche de l'actionnaire de la société. Est considérée comme "proche" une personne qui a une **relation étroite avec l'actionnaire**, soit des personnes participant directement ou indirectement au processus de libération d'apport concerné et qui influencent le processus décisionnel de la société, d'un point de vue **personnel, économique, juridique ou factuel**⁵⁵.
 - **L'intention d'effectuer la reprise de biens doit exister au moment de l'augmentation du capital-actions**. A cet égard, la doctrine relève que **la loi ne fixe pas un délai** après l'augmentation du capital-actions au-delà duquel il devient certain qu'une reprise de bien n'est pas concernée par les dispositions de l'article 628 al.2 CO⁵⁶. Toutefois, le Tribunal fédéral précise que la reprise **doit avoir été envisagée d'avance** et que son exécution devait être considérée comme relativement sûre, **par exemple compte tenu de la composition du conseil d'administration**⁵⁷, sans pour autant qu'une obligation contractuelle ne soit déjà née⁵⁸. La doctrine précise également que l'intention doit avoir été **révélée par des discussions entamées**⁵⁹.

En d'autres termes, la reprise de biens (envisagée) implique que le **capital-actions soit formellement libéré en espèces** ; toutefois, une partie (ou l'entièreté) du montant libéré est **affectée au paiement**, par la société, **du prix d'acquisition d'un bien à reprendre**⁶⁰. La contre-prestation versée par la société doit ainsi bénéficier économiquement à l'actionnaire et non pas au proche formellement partie à la transaction⁶¹.

⁵⁴ ATF 119 IV 319, in JdT 1995 IV 151.

⁵⁵ PHILIPPIN/ROUVINEZ, Reprise de biens – la notion de "proche" dans l'article 628 CO, 2015, p.25, N35.

⁵⁶ CR-CO, art. 628 N12.

⁵⁷ JdT 1985 I p.72, consid. 3 et référence citée.

⁵⁸ HORISBRGER, *op. cit.*, p.185; CR CO II-LOMBARDINI/CLEMETSON ad art. 628 CO N 12.

⁵⁹ MONTAVON, Droit suisse de la Sàrl, p.74.

⁶⁰ PHILIPPIN/ROUVINEZ, *op. cit.*, p.18, N8.

⁶¹ *Idem*, p.25s, N38.

- i.b. Plusieurs **exceptions** à l'application de l'article 628 al. 2 CO ont été développées par la jurisprudence ces dernières années. L'une d'entre elles a été développée dans un arrêt du Tribunal fédéral ancien et isolé, datant du 21 mars 2002⁶². Cet arrêt est ainsi antérieur à la modification du Code des obligations intervenue en 2008.

Dans ledit arrêt, le Tribunal fédéral parvient à la conclusion (contestée) qu'une reprise de biens ne serait pas sujette à l'art. 628 al. 2 CO si le rachat entre **dans le cadre du but social de la société**⁶³.

Toutefois, cet arrêt a été **vivement critiqué** par la **doctrine majoritaire et récente**, cette dernière n'ayant d'ailleurs pas constaté de continuité dans la jurisprudence du Tribunal fédéral sur ce point⁶⁴.

Quant à l'Office fédéral du Registre du commerce, il refuse d'appliquer l'arrêt du TF compte tenu de sa particularité et il estime cette exception **infondée**⁶⁵, de sorte qu'il maintient l'obligation de publicité faite aux sociétés effectuant une reprise de biens.

- ii.a. **En l'espèce**, l'augmentation du capital-actions de CMA a été décidée par l'Assemblée générale de CMA le 18 octobre 2016⁶⁶.

Cette décision a permis à CMA d'obtenir une entrée de fonds à hauteur de CHF 50 millions, montant consigné auprès de la banque UBS Switzerland AG le 5 décembre 2016⁶⁷. La totalité des 125 millions d'actions émises à l'occasion de cette augmentation de capital a été souscrite par l'actionnaire majoritaire existant, CPI⁶⁸.

Or, à cette même date, soit le 5 décembre 2016, à laquelle s'est également tenue de la séance du Conseil d'administration de CMA⁶⁹, un *Share Purchase Agreement* est conclu entre la société CMA et son actionnaire principal, CPI, lequel portait sur l'acquisition par CMA de 378'743'000 actions de la société CMAI⁷⁰.

- ii.b. Les actions de la société CMAI sont des papiers-valeurs nominatifs et représentent un droit de participation au sein de la société. Elles sont par conséquent susceptibles d'être portées à l'actif d'un bilan.

De plus, aucune clause statutaire d'agrément n'est prévue par les statuts de CMAI⁷¹, de sorte que ces actions sont transférables.

⁶² ATF 128 III 178.

⁶³ ATF 128 III 178.

⁶⁴ HORISBRGER, *op. cit.*, p.188 et références citées.

⁶⁵ HORISBRGER, *op. cit.*, p.188.

⁶⁶ Pièce 9 - Dossier RC 2808-2016.

⁶⁷ Pièce 9 - Dossier RC 2808-2016.

⁶⁸ Pièce 6 - Rapport annuel CMA 2016.

⁶⁹ Pièce 9 - Dossier RC 2808-2016.

⁷⁰ Pièce 28 - Share purchase Agreement du 5 décembre 2016.

⁷¹ Pièce 28 - Share purchase Agreement du 5 décembre 2016 et Pièce 47 - Statuts de CMAI 2014.

Le vendeur des actions de CMAI, CPI, est plein propriétaire des actions vendues⁷².

Enfin, les actions ont une valeur véritable et concrète⁷³, de sorte qu'elles sont pleinement utilisables.

Ainsi, les actions acquises par CMA le 5 décembre 2016 correspondent à des biens pouvant faire l'objet d'une reprise de biens au sens l'art. 628 al. 2 CO.

- ii.c. L'acquisition doit encore être effectuée auprès d'un actionnaire de CMA ou à tout le moins auprès d'un proche de celle-ci.

En l'occurrence, la société CPI est actionnaire majoritaire de la société CMA (à hauteur de 65.80%) à partir du mois d'octobre 2015⁷⁴.

Les actions de CMAI, acquises par CMA le 5 décembre 2016, l'ont été directement auprès de CPI⁷⁵.

Dès lors, c'est directement auprès de son actionnaire CPI que la société CMA a acquis les actions de CMAI.

- ii.d. Enfin, l'existence d'une reprise de biens suppose une intention concrète d'une telle reprise, à tout le moins envisagée au moment de l'augmentation du capital-actions (art. 650 al. 2 ch. 5 CO).

Or, le 14 octobre 2016, une convention-cadre a été conclue entre CMA, CMAI et plusieurs de ses actionnaires dont la société CPI⁷⁶. Dans le préambule de ladite convention-cadre, il est clairement fait mention de l'intention de CPI " [...] d'apporter ou de vendre à CMA dans un avenir proche [...]" les actions détenues dans la société CMAI⁷⁷.

Le contrat de nantissement du même jour établit également l'intention de CPI : "*CPI s'engage à ne pas vendre, transférer ou céder les actions [de CMAI] et à ne pas conférer à un tiers un gage, une sûreté, un droit d'usufruit ou tout autre droit, sur les actions, sans l'accord préalable et écrit des Communes, à l'exception de la cession des actions de CMA Immobilier par CPI à CMA, par voie de vente ou d'apport*"⁷⁸.

De plus, par courrier du 25 novembre 2016, l'Etude [REDACTED]⁷⁹ a indiqué au Département des finances du Valais que "*CPI SA (Lux) a prévu une augmentation de capital de CHF 50'000'000 en faveur CMA SA pour lui permettre entre autres le rachat de CMA IMMOBILIER SA à*

⁷² Pièce 28 – Share purchase Agreement du 5 décembre 2016.

⁷³ Voir notamment Pièce 65 - Rapport de Georges Gard.

⁷⁴ Pièce 5 – Rapport annuel CMA 2014/2015, p.3.

⁷⁵ Pièce 28 – Share purchase Agreement du 5 décembre 2016.

⁷⁶ Pièce 10 – Convention-cadre du 14 octobre 2016.

⁷⁷ Pièce 10 – Convention-cadre du 14 octobre 2016.

⁷⁸ Pièce 11 - Convention de nantissement du 14.10.2016.

⁷⁹ Mandatée par CMA pour notamment établir le rapport n°2 portant sur l'évaluation de la valeur des actions de CMAI. Cf. Pièce 27 – Rapport n° 2 de [REDACTED] sur l'évolution de la valeur de CMAI.

hauteur de CHF 37'000'000 ; le solde devant servir à l'entretien et au renouvellement des infrastructures de remontées mécaniques de la station gérées, par CMA SA⁸⁰.

Partant, l'augmentation du capital-actions de CMA a bien été faite dans l'optique d'effectuer, à tout le moins en partie, un achat de participation au sein de la société CMAI, participation détenue alors par un actionnaire majoritaire de CMA : la société CPI.

- ii.e. Les statuts de CMA explicitent le but de la société en ces termes : *"La société a pour but la construction et l'exploitation de remontées mécaniques et d'autres exploitations analogues, le transport de personnes et de choses, la construction et l'exploitation d'immeubles à caractère commercial ou utiles à la clientèle de la société, toute entreprise ayant trait au tourisme, notamment dans la région de Crans-Montana-Aminona.*

La société peut constituer des succursales et des filiales en Suisse et à l'étranger et participer à d'autres entreprises en Suisse et à l'étranger.

La société peut acquérir, détenir et aliéner des immeubles.

*La société peut exercer toutes les activités commerciales, financières et autres en rapport avec son but.*⁸¹

*S'agissant de CMAI, "la société a pour but l'acquisition, la prise de participation, la gestion et l'exploitation d'immeubles notamment de parkings. Toutes activités et opérations commerciales et industrielles en rapport direct ou indirect avec ce but.*⁸²

A la lecture des statuts de CMA et CMAI, il y a lieu de se demander si l'ATF 128 III 178 pourrait trouver application ici.

Il sied à cet égard de rappeler que ledit arrêt est ancien (2002), de sorte qu'il est antérieur à la refonte du Code des obligations qui a eu lieu en 2008.

De plus, cet arrêt est tout à fait isolé du reste de la jurisprudence et contesté, raison pour laquelle, notamment, la doctrine majoritaire et récente en réfute vivement le bienfondé⁸³.

Enfin, l'Office fédéral du Registre du commerce lui-même refuse d'appliquer les conclusions de cet arrêt⁸⁴.

Partant, la publicité légalement prévue aux art. 628 al. 2 et 642 CO doit en tous les cas être faite, ne serait-ce que sur la base des exigences de l'Office.

⁸⁰ Pièce 27 – Rapport n° 2 de [REDACTED] sur l'évolution de la valeur de CMAI.

⁸¹ Pièce 9 - Dossier RC 2808-2016.

⁸² Pièce 47 - Dossier RC 2055-2014 re augmentation capital CMAI.

⁸³ HORISBRGER, *op. cit.*, p.188 et références citées.

⁸⁴ HORISBRGER, *op. cit.*, p.188.

- iii. **En conclusion, l'achat des 378'743'000 actions de la société CMAI, effectué par la société CMA, est bien constitutif d'une reprise de biens au sens de l'article 628 al.2 CO. Partant, il y a bien eu violation formelle de l'art. 628 al. 2 CO.**

V. LES ACTIONS JURIDIQUES ENVISAGEABLES

a. Introduction

Il convient à présent d'examiner quelles actions sont aujourd'hui envisageables et à quelles conditions.

Ainsi au **plan civil**, il faut mentionner notamment :

1. L'**action en exécution de la libération** (art. 680 al. 2 CO) ;
2. L'**enrichissement illégitime** (art. 678 CO) ;
3. L'**action en constatation de nullité** (art. 628 al. 2 et 714 CO) ;
4. La **responsabilité**
 - a) **du conseil d'administration** (art. 754 et 756 CO) ;
 - b) **des réviseurs** (art. 755 CO).

Au **plan pénal**, il convient d'analyser :

5. L'**art. 251 CP (faux dans les titres)**⁸⁵ ;
6. L'**art. 253 CP (obtention frauduleuse d'une constatation fausse)**⁸⁶ ;
7. L'**art. 146 CP (escroquerie)** ;
8. L'**art. 158 CP (gestion déloyale)**.

⁸⁵ HORISBRGER, op. cit., p.189 ; CR CO II-LOMBARDINI/CLEMETSON ad art. 628 CO N 29 et références jurisprudentielles citées.

⁸⁶ HORISBRGER, op. cit., p.189 ; CR CO II-LOMBARDINI/CLEMETSON ad art. 628 CO N 29 et références jurisprudentielles citées.

b. Actions civiles**1. Action en exécution de la libération (art. 680 al. 2 CO)**

- i. **L'art. 680 al. 2 CO** prévoit que "*[les actionnaires] n'ont pas le droit de réclamer la restitution de leurs versements.*"

Objet : Le remboursement de l'apport est **assimilable à un non-versé** et il déclenche une **obligation immédiatement exigible** de l'actionnaire de libérer à concurrence du montant restitué⁸⁷.

Les prêts octroyés à l'actionnaire et/ou à une société sœur voire mère ne sauraient éluder cette disposition : "*Das höchste Gericht hielt fest, dass der Kapitalschutz eines der wichtigsten Prinzipien des Aktienrechts sei, und dass zu den aktienrechtlichen Kapitalschutzbestimmungen u. a. das Verbot der Einlagenrückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR) sowie die Vorschriften über die Dividendenausschüttung gehörten. Diese Vorschriften gelangten bei Cross-stream-Darlehen sowie bei Up-stream-Darlehen ebenfalls zur Anwendung und setzten damit der Gewährung von Darlehen unter Konzerngesellschaften rechtliche Grenzen.*"⁸⁸ **Traduction libre**: "*Notre plus haute Cour a jugé que la protection du capital était l'un des principes les plus importants du droit des sociétés anonymes et que les dispositions relatives à la protection du capital en vertu du droit des sociétés anonymes comprenaient l'interdiction du remboursement des apports de capital (art. 680 al. 2 CO) ainsi que les dispositions relatives à la distribution de dividendes. Ces règles s'appliquaient également aux prêts transversaux et aux prêts en amont, fixant ainsi des limites légales à l'octroi de prêts entre sociétés du Groupe.*"

Légitimation active : La **société** agissant au travers de son CA⁸⁹. Ce dernier a une obligation d'agir, sous peine d'engager sa responsabilité (754 COss), dans l'hypothèse où il laisserait la créance de la société se prescrire⁹⁰.

Se pose encore la question de la **nomination d'un représentant de CMA**, fondée notamment sur le conflit d'intérêts existant au sein du Conseil d'administration.

En effet, cette possibilité existe dans le cadre d'une contestation de la décision de l'Assemblée générale (art. 706a al. 2 CO) afin d'éviter un conflit d'intérêts causé par l'action du Conseil d'administration "contre" l'Assemblée générale⁹¹.

En revanche, dans l'hypothèse où le demandeur est un actionnaire, comme ici, ce dernier ne dispose pas d'une telle représentation de tiers⁹². Il pourra tout au plus tenter une action en responsabilité contre le Conseil d'administration pour son inaction.

⁸⁷ CR CO II-CHENAU/GACHET – ad art. 680 CO N 58.

⁸⁸ KUNZ, Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2014/2015: Gesellschaftsrecht sowie Finanzmarktrecht in ZBJV 154/2018 S. 37, p. 46.

⁸⁹ CR CO II-CHENAU/GACHET – ad art. 680 CO N 58.

⁹⁰ CR CO II-CHENAU/GACHET ad art. 680 CO N 58. Cf. *infra*.

⁹¹ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706a N 7.

⁹² BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706a N 7.

Légitimation passive : L'actionnaire visé⁹³.

Prescription : Dix ans (art. 127 CO), étant précisé que le jour du départ (*dies a quo*) est controversé – CHENAUX/GACHET recommandent la date du remboursement effectif de l'apport⁹⁴.

For : L'art. 40 CPC prévoit le for alternatif du canton du domicile ou du siège du défendeur, voire du canton où se trouve le **siège de la société**.

ii.a. **En l'espèce**, le 5 décembre 2016, CMA a augmenté son capital-actions à hauteur de CHF 50 mios, entièrement acquis par CPI, au moyen de la libération d'apports en espèces⁹⁵.

Le même jour, CPI a vendu à CMA les actions CMAI qu'elle détenait. Le montant de la transaction s'est élevé à CHF 35.3 mios⁹⁶.

Cependant, la valeur réelle de ces actions s'avère être de CHF 5.2 mios⁹⁷.

Cette surévaluation excessive a été constatée dans le rapport des (anciens) réviseurs du 27 avril 2017, puis confirmée tant par le courrier du 27 novembre 2017 de KPMG que par son rapport de l'année 2018⁹⁸.

Pire encore, il ressort du bilan 2016 de CPI⁹⁹ que cette dernière avait évalué les actions de CMAI à EUR 14'038'000.-, soit env. CHF 15'253'130.-¹⁰⁰.

Partant, CPI a un trop-perçu de CHF 30.1 mios non justifié par la valeur des actions de CMAI (CHF 35.3 mios – CHF 5.2 mios).

Ce surplus constitue un remboursement indu de l'apport de l'actionnaire, dès lors qu'il ne respecte pas les règles formelles de l'art. 628 CO (cf. *supra*).

Ce remboursement de l'apport est assimilable à un non-versé, de sorte qu'il déclenche l'obligation, par CPI, de libérer le capital à concurrence du montant libéré, ici CHF 30.1 mios.

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ Pièce 9 - Dossier du Registre du Commerce 2808/2016 et Pièce 6 - Rapport annuel CMA 2016.

⁹⁶ Pièce 28 - Share Purchase Agreement du 05.12.2016. Plus précisément : 378'743 actions de CMAI, d'un montant nominal de CHF 0.04, vendues pour le montant de CHF 35'396'542.06.

⁹⁷ Pièce 65 – Rapport de Georges Gard.

⁹⁸ Aujourd'hui, les actions de CMAI en mains de CMA sont évaluées par les réviseurs à CHF 8'726'000.-. Pièce 6 - Rapport annuel CMA 2016, Pièce 18 - Lettre de KPMG SA du 30.11.2017 et Pièce 62 - Documents re AG CMA et CMAI 2018.

⁹⁹ Pièce 37 - Comptes 2016 de CPI PROPERTY GROUP.

¹⁰⁰ Taux au 31.12.2016 de 1.08656 CHF pour 1 EUR.

- ii.b. S'agissant du prêt accordé à CPI par CMA pour un montant de CHF 8.9 mios, la jurisprudence constate qu'un tel prêt est assimilable à un non-versé, fondant l'obligation de CPI de libérer le capital pour un même montant.

Cela étant, le bilan 2017 de CMA indique que CPI a remboursé courant 2017 le montant dû, de sorte qu'il n'y a plus aujourd'hui d'obligation de libérer le capital pour CHF 8.9 mios.

- iii. **En conséquence, CMA dispose de l'action en exécution de la libération envers son actionnaire majoritaire, CPI, fondée sur la vente des actions de CMAI mais à l'exclusion du prêt de CHF 8.9 mios déjà remboursé. Elle devra agir au travers de son Conseil d'administration, qui engage sa responsabilité s'il n'intervient pas.**

CMA a dix ans pour agir dès le 5 décembre 2016, soit jusqu'au 4 décembre 2026.

La société pourra agir à son siège, soit en Suisse, à Crans-Montana.

2. Enrichissement illégitime (art. 678 CO)

i.a. **Les conséquences de la violation de l'art. 628 al. 2 CO** sont la nullité de ce qui a été fait¹⁰¹.

Les **attributions patrimoniales** faits par la société ne sont alors pas valables et doivent être restituées, tout comme les prestations reçues par la société¹⁰².

Le Tribunal fédéral a toutefois admis la possibilité d'une nullité partielle s'agissant d'avantages en nature. L'avantage consenti n'est frappé de nullité partielle que pour la partie qui ne représente pas une contrepartie versée par la société pour des prestations effectivement fournies en sa faveur¹⁰³.

Cela étant, la pratique ne fonde pas d'action proprement dite, sur la seule base de la violation de l'art. 628 al. 2 CO.

Au contraire, cette violation devient un argument pour intenter une action en enrichissement illégitime (art. 678 CO) et/ou une action en constatation de nullité des décisions du Conseil d'administration (art. 714 CO)¹⁰⁴.

Quant aux conséquences pratiques de cette nullité selon l'art. 628 al. 2 CO, la jurisprudence est peu loquace et la doctrine controversée. Certains pensent néanmoins qu'il faut interpréter la norme téléologiquement : le problème principal réside dans l'absence de publicité et d'évaluation de la reprise de biens. Le bien protégé ici est le capital de la société¹⁰⁵.

Partant, ces auteurs plaident qu'il ne s'agit pas ici d'une nullité absolue et qu'il serait de toute façon trop compliqué de revenir à l'état précédent la reprise de biens¹⁰⁶. *In fine*, il est recommandé d'agir au travers de l'action en enrichissement illégitime ou en constatation de nullité des décisions¹⁰⁷.

i.b. **L'art. 678 CO** (Restitution de prestations) dispose que : ¹ *Les actionnaires et les membres du conseil d'administration, ainsi que les personnes qui leur sont proches, qui ont perçu indûment et de mauvaise foi des dividendes, des tantièmes, d'autres parts de bénéfice ou des intérêts intercalaires sont tenus à restitution.*

² *Ils sont également tenus de restituer les autres prestations de la société qui sont en disproportion évidente avec leur contre-prestation et la situation économique de la société.*

³ *L'action en restitution appartient à la société et à l'actionnaire ; celui-ci agit en paiement à la société.*

⁴ *L'obligation de restitution se prescrit par cinq ans à compter de la réception de la prestation.*

¹⁰¹ CR CO II-LOMBARDINI/CLEMETSON ad art. 628 CO N 28 et références citées.

¹⁰² CR CO II-LOMBARDINI/CLEMETSON ad art. 628 CO N 28 et références citées.

¹⁰³ CR CO II-LOMBARDINI/CLEMETSON ad art. 628 CO N 28 et références citées.

¹⁰⁴ DIETSCHI, Beabsichtigte Sachübernahmen, in FORSTMOSER, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht (SSHW), vol. 311, 2012, Dike, N. 520 et 540.

¹⁰⁵ DIETSCHI, *op. cit.*, N.542ss.

¹⁰⁶ DIETSCHI, *op. cit.*, N.542ss.

¹⁰⁷ DIETSCHI, *op. cit.*, N.542ss.

Concours avec l'art. 62 CO (enrichissement illégitime) : L'art. 62 CO prévoit que : ¹ *Celui qui, sans cause légitime, s'est enrichi aux dépens d'autrui, est tenu à restitution.*

² *La restitution est due, en particulier, de ce qui a été reçu sans cause valable, en vertu d'une cause qui ne s'est pas réalisée, ou d'une cause qui a cessé d'exister.*

L'art. 678 CO est une **lex specialis** et prime ainsi sur les dispositions générales de l'enrichissement illégitime (art. 62 CO)¹⁰⁸. Ce régime particulier permet dès lors d'échapper à certains écueils du régime ordinaire de l'enrichissement illégitime¹⁰⁹.

Objet : Il s'agit de la **protection des fonds propres** de la société contre les distributions illicites à l'actionnaire, à l'administrateur ou à leurs proches. La loi vise une prestation octroyée par la société, soit par des organes autorisés à représenter la société ou par des représentants sans pouvoirs, mais dont les actes ont été tolérés par la société. [...] Peu importe que les actes en cause soient ou non valables. Ainsi la voie de l'action en restitution de CO 678 est ouverte même si la prestation repose sur un contrat nul car simulé ou né d'une double représentation¹¹⁰.

L'art. 678 al. 2 CO ajoute à ce principe la **distribution dissimulée de dividendes**¹¹¹. Il s'agit de l'interdiction de prestations disproportionnées par rapport à la contre-prestation (a) et la situation économique de la société (b)¹¹².

La **disproportion avec la contre-prestation** du bénéficiaire se mesure à la lumière du critère « **dealing at arm's length** ». Il s'agit donc d'examiner si la prestation litigieuse aurait été **accordée aux mêmes conditions à un tiers indépendant**. [...] la doctrine souligne que, de manière générale, lorsqu'il n'existe pas de marché comparable, il faudrait recourir aux critères applicables à la lésion, qui sont la « loyauté commerciale », le « calcul des coûts » et « l'obtention d'un gain honnête »¹¹³.

La disproportion doit être **évidente et manifeste avec la situation économique de la société**¹¹⁴. Le caractère manifestement disproportionné dépend de l'impact que la prestation litigieuse a sur la situation financière de la société. [...] Seul l'ensemble des circonstances permettra de déterminer si une prestation de la société apparaît ou non manifestement disproportionnée, au moment où elle est opérée, par rapport à la contre-prestation. **Tel sera le cas** en toute hypothèse lorsque l'acte litigieux a pour conséquence de **porter atteinte au capital-actions et aux réserves légales**¹¹⁵.

¹⁰⁸ CR CO II-CHENAUX/GACHET ad art. 678 CO N 91 ; BSK-VOGT CO II ad art. 678 CO N 3.

¹⁰⁹ Nicolas ROUILLER, Marc BAUEN, Robert BERNET, Colette LASSERE ROUILLER, La société anonyme suisse, 2ème éd., 2017, p. 81 référence n° 252.

¹¹⁰ CR CO II-CHENAUX/GACHET ad art. 678 CO N 14ss.

¹¹¹ CR CO II-CHENAUX/GACHET ad art. 678 CO N 28ss.

¹¹² CR CO II-CHENAUX/GACHET ad art. 678 CO N 31.

¹¹³ CR CO II ad art. 678 CO N 33 ; URBEN , La rémunération des dirigeants en droit suisse de la société anonyme, CEDIDAC - Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne Band/Nr. 97, Lausanne, 2015, p. 571 et références citées

¹¹⁴ CR CO II-CHENAUX/GACHET ad art. 678 CO N 36 ; URBEN , op.cit., p. 567-568.

¹¹⁵ CR CO II-CHENAUX/GACHET ad art. 678 CO N 44 ; URBEN , op.cit., p. 568.

L'exemple type est le rapport synallagmatique inéquitable entre la société et le bénéficiaire de la prestation : la société fournit plus que ce qu'elle doit ou elle reçoit moins que ce qui devrait lui revenir. Le résultat se traduit dans une diminution manifeste de la fortune nette de la société¹¹⁶.

Les exemples cités par la jurisprudence et la doctrine sont notamment¹¹⁷ :

- Le prêt de la société à l'actionnaire octroyé sans intérêts ni sûretés ou à un taux d'intérêt inférieur à celui du marché ;
- Le prêt simulé consenti sciemment à un débiteur qui n'a pas l'intention ou les moyens de rembourser ;
- **L'abandon par la société d'une créance contre l'actionnaire ;**
- La charge d'intérêt excessive pour un prêt de l'actionnaire à la société ;
- **L'acquisition par la société d'un actif ou de prestations de l'actionnaire pour un prix excessif ;**
- Le rachat par la société de ses propres actions à un prix excessif.

L'action en restitution est soumise à deux conditions, soit que **le versement effectué est indu** (a) et que **son bénéficiaire est de mauvaise foi** (b)¹¹⁸.

- a) Dans le cadre d'une prestation dissimulée, le **caractère indu** se traduit par l'octroi d'une prestation disproportionnée, compte tenu de la contreprestation offerte par le bénéficiaire et des conséquences de l'attribution sur la société¹¹⁹. L'approbation de tous les intéressés ne peut pas guérir le caractère indu des prestations¹²⁰.
- b) Le demandeur devra prouver que le bénéficiaire **savait ou aurait dû savoir**, au moment où l'attribution lui a été faite, qu'elle était en disproportion avec la contreprestation qu'il a effectuée¹²¹.

Légitimation active : la **société** ou l'**actionnaire**, ce dernier agissant en paiement à la société¹²².

En effet, l'actionnaire subit un dommage indirect, en ce sens que le patrimoine de la société est appauvri à son détriment. Son droit dérivé est justifié par le risque de conflit d'intérêts dans lequel peuvent se trouver les organes ou l'actionnaire majoritaire de la société qui auraient bénéficié de la prestation litigieuse. Dans ce sens, CO 678 est également une norme de protection des actionnaires

¹¹⁶ CR CO II-CHENAUX/GACHET ad art. 678 CO N 32.

¹¹⁷ CR CO II-CHENAUX/GACHET ad art. 678 CO N 46.

¹¹⁸ CR CO II-CHENAUX/GACHET ad art. 678 CO N 47 ; URBEN, op.cit., p. 568-569.

¹¹⁹ URBEN Luca, op.cit., p. 569.

¹²⁰ CR CO II-CHENAUX/GACHET ad art. 678 CO N 54 ; HÄNNI, La portée matérielle et temporelle de la décharge, in GesKR 2015 121, Dike Verlag AG, p. 123.

¹²¹ URBEN Luca, op.cit., p. 569.

¹²² CR CO II-CHENAUX/GACHET ad art. 678 CO N 63.

minoritaires contre les agissements d'actionnaires majoritaires portant préjudice à la substance des fonds propres de la société¹²³.

L'actionnaire doit conclure en paiement à la société (action oblique)¹²⁴.

Légitimation passive : l'actionnaire visé, les membres du Conseil d'administration et/ou les personnes proches¹²⁵.

Exigibilité de la créance : la créance en restitution est exigible dès la réception de la prestation (art. 687 al. 4 CO).

Le bienfondé de la décision de la prestation n'a pas de conséquences sur l'exigibilité de la créance¹²⁶. Cela signifie que même si la décision relative au versement d'un dividende, de tantième, d'autres parts de bénéfice ou d'intérêts intercalaires est *in fine* nulle ou annulable, cela ne saurait empêcher la société ou l'actionnaire d'agir sur la base de l'art. 678 CO.

Prescription : l'action en restitution se prescrit par cinq ans à compter de l'octroi de la prestation, indépendamment du moment de la connaissance du caractère indu du versement¹²⁷.

For : au siège du défendeur (10 CPC), à l'exclusion de l'art. 40 CPC prévoyant également le siège de la société pour les actions en responsabilité exclusivement.¹²⁸

ii.a. **En l'espèce**, le 5 décembre 2016, CMA a augmenté son capital-actions à hauteur de CHF 50 mios, que CPI a entièrement acquis, au moyen de la libération des apports en espèces¹²⁹.

Le capital-actions de CMA s'élève¹³⁰ :

1. avant l'augmentation de capital de CHF 50 mios, à CHF 37'400'000.-, soit 93'500'000 actions nominatives de CHF 0.40 ;

¹²³ CR CO II-CHENAUX/GACHET ad art. 678 CO N 64.

¹²⁴ CR CO II-CHENAUX/GACHET ad art. 678 CO N 65.

¹²⁵ CR CO II-CHENAUX/GACHET ad art. 678 CO N 69-70.

¹²⁶ CR CO II-CHENAUX/GACHET ad art. 678 CO N 71. *Contra* : BSK-OR II-VOGT ad art. 678 CO : le dies a quo n'est donné qu'une fois l'entrée en force du jugement annulant la décision.

¹²⁷ CR CO II-CHENAUX/GACHET ad art. 678 CO N 74 ; URBEN, La rémunération des dirigeants en droit suisse de la société anonyme, CEDIDAC - Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne Band/Nr. 97, Lausanne, 2015, p. 571 et références citées.

¹²⁸ CR CO II-CHENAUX/GACHET ad art. 678 CO N 77 ; URBEN Luca, La rémunération des dirigeants en droit suisse de la société anonyme, CEDIDAC - Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne Band/Nr. 97, Lausanne, 2015, p. 571 et références citées.

¹²⁹ Pièce 9 - Dossier du Registre du Commerce 2808/2016 et Pièce 6 - Rapport annuel CMA 2016.

¹³⁰ Pièce 1 – Extrait du RC de CMA.

2. après l'augmentation de capital de CHF 50 mios, à **CHF 87'400'000.-**, soit 218'500'000 actions nominatives de CHF 0.40 ;
3. et aujourd'hui, après une deuxième augmentation de capital de CHF 2 mios effectuée en 2018, à **CHF 89'400'000.-**, soit 223'500'000 actions nominatives de CHF 0.40.

Egalement le 5 décembre 2016, CPI a vendu à CMA les actions de CMAI qu'elle détenait. Le montant de la transaction s'élevait à CHF 35.3 mios¹³¹.

Cependant, la valeur réelle de ces actions s'est avéré être de CHF 5.2 mios¹³².

Partant, CPI a donc vendu ses actions CMAI d'une valeur de CHF 5.2 mios avec un bénéfice de CHF 30.1 mios (CHF 5.2 mios + CHF 30.1 mios = CHF 35.3 mios), soit plus du sextuple de la valeur du bien vendu.

Il s'agit là d'une acquisition à un prix manifestement excessif, en faveur de l'actionnaire CPI.

En effet, la société CMA a acquis 378'743 actions de CMAI pour une contreprestation d'env. CHF 35.3 mios, ce qui est plus du sextuple de la valeur réelle desdites actions de CHF 5.2 mios.

Un tiers, non actionnaire, n'aurait selon toutes évidences pas pu obtenir un prix aussi avantageux.

S'agissant de la situation économique de la société, il sied de relever que le bénéfice obtenu par CPI de CHF 30.1 mios représente 35 % du capital-actions de CMA lors de la vente, qui s'élevait alors à CHF 87.4 mios.

En outre, au vu des activités financières usuelles de la société, il est patent qu'un acte d'achat d'une telle ampleur (d'un total de CHF 35.3 mios) va au-delà du cadre de ses activités usuelles.

S'agissant de la mauvaise foi de CPI, cette dernière ne pouvait ignorer la situation de la société, ainsi que la disproportion inhérente au contrat de vente des actions de CMAI.

A l'aune du rapport n°2 de [REDACTED] du 01.12.2016¹³³, il ressort que la méthode et la base sur laquelle se sont fondés les calculs étaient erronées, notamment s'agissant de la projection financière particulièrement optimiste, établie par [REDACTED]¹³⁴.

Au contraire, les actions de CMAI avaient été largement surévaluées¹³⁵.

CPI le savait d'ailleurs pertinemment, dès lors que ses deux administrateurs, Messieurs [REDACTED] et [REDACTED], siégeaient également au conseil d'administration de CMA¹³⁶, de CMAI¹³⁷ et de CPI¹³⁸,

¹³¹ Pièce 28 - Share Purchase Agreement du 05.12.2016. Plus précisément : 378'743 actions de CMAI, d'un montant nominal de CHF 0.04, vendues pour le montant de CHF 35'396'542.06.

¹³² Pièce 65 – Rapport de Georges Gard.

¹³³ Pièce 27 - Rapport n°2 de [REDACTED] du 01.12.2016.

¹³⁴ Pièce 27 - Rapport n°2 de [REDACTED] du 01.12.2016.

¹³⁵ Pièce 65 – Rapport de Georges Gard.

¹³⁶ Pièce 1 – Extrait du RC de CMA et Pièce 31 – Extrait du RC de CPI.

¹³⁷ Pièce 8 - Rapport annuel CMAI 2015-2016.

¹³⁸ Pièce 31 – Extrait du RC de CPI.

étant précisé que les actions querellées ont été comptabilisés dans le bilan 2016 de CPI à hauteur d'env. CHF 15 mios¹³⁹.

Pire encore, Monsieur [REDACTED] a personnellement contresigné le contrat de vente des actions de CMAI du 5 décembre 2016 alors qu'il représente en même temps les intérêts de CPI (favorisée in casu).

- ii.b. Un deuxième point pourrait être soulevé dans l'hypothèse où CMA, au travers de son Conseil d'administration, n'agissait pas en libération de l'apport à l'encontre de CPI (art. 680 al. 2 CO).

En effet, il appartient à CMA d'intenter l'action en exécution de la libération de l'apport à l'encontre de son actionnaire CPI (cf. *supra*).

Si CMA ne s'exécute pas, elle abandonnerait ainsi une créance qu'elle a contre son actionnaire CPI, ce qui correspond à l'un des exemples cités par la jurisprudence et la doctrine.

Partant, l'action en restitution de prestations (art. 678 CO) serait ouverte.

- ii.c. Enfin, le prêt de CMA à CPI pour un montant de CHF 8.9 mios doit être examiné sous l'angle de l'art. 678 CO.

Pour que le prêt puisse répondre aux conditions légales, il doit (a) soit être simulé, i.e. avoir été consenti sciemment à un débiteur qui n'a pas l'intention ou les moyens de rembourser, (b) soit avoir été octroyé sans intérêts ni sûretés, ou à un taux d'intérêts inférieur à celui du marché

- a) Ici, nous ne disposons pas de suffisamment d'éléments pour savoir si le prêt de CHF 8.9 mios avait sciemment été accordé à CPI qui n'avait aucune intention de rembourser ou les moyens de le faire. Au contraire, les faits tendent à montrer que CPI a en réalité déjà remboursé ledit prêt¹⁴⁰, de sorte que cet argument a peu de chance d'aboutir.
- b) Ici, nous ignorons les conditions du contrat de prêt entre CMA et CPI, de sorte qu'il nous est impossible de savoir si des intérêts ou sûretés ont été prévues, ni à quel taux.

En l'état, nous ne disposons pas des informations nécessaires pour fonder une prétention sur la base du contrat de prêt entre CMA et CPI.

- iii. **En conclusion, CMA, par la voix du Conseil d'administration et/ou d'un de ses actionnaires cas échéant, dispose d'une action en restitution de prestation à l'encontre de CPI à hauteur de CHF 30.1 mios.**

¹³⁹ Pièce 37 - Comptes 2016 de CPI PROPERTY GROUP.

¹⁴⁰ Pièce 62 - Documents re AG CMA et CMAI 2018.

D'un point de vue procédural, tant CMA que son actionnariat (ici, les Communes) peuvent agir à l'encontre de CPI, dans un délai de cinq ans à compter de l'octroi de la prestation, soit jusqu'au 5 décembre 2021.

Cependant, le for se trouve au siège de CPI, à savoir au Luxembourg¹⁴¹.

¹⁴¹ Pièce 31 – Extrait du RC de CPI.

3. Action en constatation de nullité (art. 714 CO)

- i. Selon l'art. 714 CO, "Les motifs de nullité des décisions de l'assemblée générale s'appliquent par analogie aux décisions du conseil d'administration".

L'art. 714 CO renvoie ainsi à l'art. 706b CO :

"Sont nulles en particulier les décisions de l'assemblée générale qui :

1. suppriment ou limitent le droit de prendre part à l'assemblée générale, le droit de vote minimal, le droit d'intenter action ou d'autres droits des actionnaires garantis par des dispositions impératives de la loi ;
2. restreignent les droits de contrôle des actionnaires davantage que ne le permet la loi ou
3. négligent les structures de base de la société anonyme **ou portent atteinte aux dispositions de protection du capital.**"

Objet : La nullité d'une décision du Conseil d'administration la rend **inexistante**. Ainsi, l'intervention du juge ne peut que constater cette réalité. L'effet de cette nullité est donc logiquement **ex tunc**¹⁴².

La constatation de la nullité doit être réservée à des **cas tout à fait exceptionnels**, de sorte que la simple violation de la loi ou des statuts ne saurait, seule, être un motif de nullité¹⁴³.

Cela étant, la doctrine cite plusieurs cas de nullité dont notamment :

- La décision qui est impossible, illicite ou contraire aux mœurs (art. 20 CO)¹⁴⁴ ;
- La décision qui prive certains administrateurs du droit de participer aux séances ou de leur droit de vote¹⁴⁵ ;
- La décision qui refuse de renseigner un administrateur de manière arbitraire¹⁴⁶ ;
- La décision qui décide de la distribution d'un dividende (dans la mesure où cette décision est de la compétence de l'assemblée générale)¹⁴⁷ ;
- **La décision qui viole l'interdiction de remboursement du capital** en restituant leurs apports à tous ou certains actionnaires (art. 680 al. 2 CO), sans que l'assemblée générale n'ait décidé de réduire le capital¹⁴⁸.

¹⁴² CR CO II-PETER/CAVADINI – ad art. 714 CO N 4 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN, Le conseil d'administration, Genève (Schulhess) 2017, N 399-400.

¹⁴³ CR CO II-PETER/CAVADINI – ad art. 714 CO N 12.

¹⁴⁴ CR CO II-PETER/CAVADINI – ad art. 714 CO N 13.

¹⁴⁵ CR CO II-PETER/CAVADINI – ad art. 714 CO N 13.

¹⁴⁶ CR CO II-PETER/CAVADINI – ad art. 714 CO N 13.

¹⁴⁷ CR CO II-PETER/CAVADINI – ad art. 714 CO N 13.

¹⁴⁸ ZEN-RUFFINEN/BAUEN, op. cit., N 411.

Légitimation active :

La qualité pour agir appartient à **tout actionnaire**, à titre **individuel**, étant précisé que le législateur ne prescrit aucun seuil minimum pour ce faire, ni du point de vue du nombre de voix, ni du pourcentage d'actions détenu, ni encore de leur valeur nominale¹⁴⁹.

Tout membre du Conseil d'administration peut également intenter l'action, **sous réserve de son adhésion à la décision querellée**¹⁵⁰.

Légitimation passive :

L'action doit être intentée **contre la société**.

Prescription :

La nullité peut être constatée **en tout temps**. Est réservée la problématique de la bonne foi du requérant et la portée pratique de la constatation tardive de la nullité¹⁵¹.

For : L'art. 40 CPC prévoit le for alternatif du canton du domicile ou du siège du défendeur, voire du canton où se trouve le **siège de la société**.

- ii. **En l'espèce**, comme démontré plus haut, l'achat des actions de CMAI par CMA pour un montant de CHF 35.3 mio est qualifiable de reprise de biens au sens de l'art. 628 al. 2 CO, respectivement du remboursement indu de l'apport d'un actionnaire pour la part dépassant la valeur des actions de CMAI acquises.
- ii.a. D'une part, cette reprise de biens ne s'est pas faite selon les règles légales, l'art. 628 al. 2 CO ayant été violé. Partant, cette reprise est par principe frappée de nullité.

En prenant la décision de conclure le contrat de vente d'actions avec CPI¹⁵² dans les circonstances développées ci-dessus, le Conseil d'administration de CMA a ainsi pris une décision nulle.

Cela est d'autant plus vrai que le Conseil d'administration a sciemment évité de dévoiler publiquement sa volonté d'opérer une reprise de biens. En effet, il a signé et fait attesté par notaire qu'aucune reprise de biens n'était prévue dans le cadre de l'augmentation de capital¹⁵³. Cela fut derechef attesté lors de l'inscription de l'augmentation de capital par le Registre du commerce.

¹⁴⁹ CR CO II-PETER/CAVADINI – ad art. 714 CO N 7 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN, op. cit., N 471.

¹⁵⁰ Ibidem.

¹⁵¹ CR CO II-PETER/CAVADINI – ad art. 714 CO N 5.

¹⁵² Pièce 28 – Share purchase Agreement du 5 décembre 2016.

¹⁵³ Pièce 9 – Dossier RC 2808-2016.

ii.b. D'autre part, le versement à CPI d'un prix surévalué pour les actions de CMAI viole l'art. 680 al. 2 CO et entraîne la nullité de la décision du Conseil d'administration, étant précisé ici que la décision litigieuse réside dans le remboursement indu de l'apport à l'actionnaire, soit la différence (CHF 30.1 mios) entre le prix de vente des actions de CMAI (CHF 35.3 mios) et la valeur réelle des actions (CHF 5.2 mios).

Cette décision viole l'interdiction de remboursement du capital, dès lors que l'Assemblée générale n'a pas décidé de réduire ledit capital.

iii. **Par conséquent, chaque Commune dispose aujourd'hui de l'action en constatation de nullité portant sur le contrat d'achat des actions de CMAI en tant que tel (art. 628 al. 2 CO) et sur la décision du Conseil d'administration de conclure le contrat d'achat des actions de CMAI (art. 714 CO).**

Les Communes peuvent agir en tout temps contre CMA, étant précisé que leur bonne foi pourrait être engagée si elles devaient trop tarder.

Elles peuvent intenter action au siège de CMA, à Crans-Montana¹⁵⁴.

¹⁵⁴ Pièce 1 – Extrait du RC de CMA.

4. Action en responsabilité (art. 754, 755 et 756 CO)

a) De la responsabilité du Conseil d'administration

- i. **L'art. 754 CO** prévoit que : ¹ *Les membres du conseil d'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs.*

² *Celui qui d'une manière licite, délègue à un autre organe l'exercice d'une attribution, répond du dommage causé par ce dernier, à moins qu'il ne prouve avoir pris en matière de choix, d'instruction et de surveillance, tous les soins commandés par les circonstances.*

Objet : La responsabilité est fondée sur quatre conditions cumulatives : la violation d'un devoir (a), une faute (b), un dommage (c) et une causalité (naturelle et adéquate) entre la violation fautive du devoir et le dommage (d).

a) La violation d'un devoir

Selon l'art. 717 CO, ¹ *Les membres du conseil d'administration, de même que les tiers qui s'occupent de la gestion, exercent leurs attributions avec toute la diligence nécessaire et veillent fidèlement aux intérêts de la société.*

² *Ils doivent traiter de la même manière les actionnaires qui se trouvent dans la même situation.*

Les administrateurs ont un devoir de diligence et de fidélité dans l'exercice de leur activité¹⁵⁵.

Le **devoir de diligence** signifie que le responsable doit déployer les efforts que l'on peut attendre de lui pour bien accomplir la mission qui lui est confiée. Les efforts peuvent relever de l'intelligence ou de la volonté. L'étendue de ce devoir s'apprécie de manière objective, en fonction des circonstances. Le niveau de diligence peut être accru selon les qualifications particulières de la personne choisie.

Les activités soumises à la diligence de l'administrateur sont notamment¹⁵⁶ :

- le contrôle régulier de la situation économique et financière de la société :
 - o il doit notamment s'abstenir de dépenses non justifiées commercialement ou qui apparaissent excessives compte tenu des ressources de la société ;
 - o le versement de dividendes ou de dividendes cachés lorsqu'un tel versement n'apparaît pas objectivement admissible au regard de la situation économique de la société au moment où il a été effectué constitue également un manquement (art. 678 al. 2 CO).
- la constitution des provisions pour les risques reconnaissables ;

¹⁵⁵ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN ad art. 754 CO N 10.

¹⁵⁶ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN ad art. 754 CO N 21-22.

- en cas de perte de capital, la convocation de l'Assemblée générale pour proposer des mesures d'assainissement (art. 725 al. 1 CO) ;
- en cas de surendettement, l'avis à l'AG et au juge, conformément à la loi (art. 725 al. 2 CO).

Il est donc nécessaire de comparer le comportement adopté par l'administrateur avec celui qu'aurait eu une personne agissant correctement en pareille situation : il faut apprécier le comportement concret *ex ante*, en fonction de l'état du droit à l'époque et des faits que le responsable pouvait connaître¹⁵⁷. La doctrine parle à cet égard de la "**Business Judgment Rule**", expression désignant un système procédural d'analyse des décisions commerciales¹⁵⁸.

Le **devoir de fidélité** comprend le devoir de sauvegarder les intérêts de la société et non des intérêts propres¹⁵⁹.

S'il existe un **conflit d'intérêts**, le conseil d'administration doit prendre les mesures adaptées pour faire en sorte que les intérêts de la société soient dûment pris en compte, ce qui peut du reste amener l'administrateur concerné à démissionner. Le devoir de fidélité interdit le contrat avec soi-même, les attributions occultes de rétribution, ainsi que tout acte de gestion déloyale¹⁶⁰.

D'ailleurs, le Tribunal fédéral s'est déjà prononcé sur la question de la **libération fictive du capital** : lorsque le Conseil d'administration décide d'octroyer un prêt à l'actionnaire au moyen de liquidités correspondant au capital-actions qu'il vient de verser, de façon à lui permettre de rembourser immédiatement l'emprunt contracté pour libérer ledit capital-actions, la responsabilité du Conseil d'administration est engagée¹⁶¹.

Enfin, l'**art. 958c CO** relatif au devoir du Conseil d'administration d'établir les comptes dispose expressément que : "¹ *L'établissement régulier des comptes est régi en particulier par les principes suivants :*

1. *la clarté et l'intelligibilité ;*
2. *l'intégralité ;*
3. *la fiabilité ;*
4. *l'importance relative ;*
5. *la prudence ;*
6. *la permanence de la présentation et des méthodes d'évaluation ;*
7. *l'interdiction de la compensation entre les actifs et les passifs et entre les charges et les produits.*

² *Le montant de chaque poste présenté dans le bilan et dans l'annexe est justifié par un inventaire ou d'une autre manière.*

¹⁵⁷ La jurisprudence fait preuve de retenue en jugeant des choix après coup, pour autant que ces choix aient été faits à la suite d'une procédure décisionnelle menée de manière diligente, sur la base d'informations suffisantes et en l'absence de tout conflit d'intérêts.

¹⁵⁸ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN ad art. 754 CO N 22a.

¹⁵⁹ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN ad art. 754 CO N 26.

¹⁶⁰ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN ad art. 754 CO N 26.

¹⁶¹ ATF 102 II 353 c. 3a.

³ La présentation des comptes est adaptée aux particularités de l'entreprise et de la branche, dans le respect du contenu minimal prévu par la loi."

b) La faute

Pour qu'il y ait responsabilité, la violation du devoir doit être **fautive**, même s'il s'agit d'une faute légère. Elle peut être faite intentionnellement ou par négligence¹⁶².

La doctrine est controversée s'agissant du cas de l'administrateur qui s'est opposé tant qu'il a pu à une décision mais a été mis en minorité. Certains estiment qu'il ne commet pas de faute, quand d'autres analysent ce comportement comme une absence de violation des devoirs qui lui incombent¹⁶³.

c) Le dommage

Le dommage est une notion patrimoniale, qui n'englobe pas un pur désavantage immatériel. La notion comprend aussi bien le dommage effectif que le gain manqué¹⁶⁴.

Le dommage est la **diminution involontaire de la fortune nette**, correspondant à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit¹⁶⁵.

Le dommage se distingue par ailleurs en dommage direct et **dommage indirect**.

Ce dernier désigne la situation lors de laquelle le créancier ou l'actionnaire n'est touché que par contrecoup. S'il est vrai que ce dommage peut se manifester pour l'actionnaire durant la vie de la société sous la forme d'une baisse de la valeur de ses propres actions due à une mauvaise gestion, elle ne lui permet cependant pas de faire valoir ses droits au travers de l'art. 754 CO¹⁶⁶. Il conviendra alors d'agir au travers de l'art. 756 CO (cf. *infra*).

d) La causalité entre la violation fautive et le dommage

Pour que la responsabilité soit engagée, il faut un rapport de causalité naturelle et adéquate entre la violation fautive du devoir et le dommage invoqué¹⁶⁷.

La **causalité naturelle** est fondée lorsque le comportement reproché constitue une condition *sine qua non* du résultat¹⁶⁸. La **causalité adéquate** implique que le comportement reproché était propre, d'après

¹⁶² CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN ad art. 754 CO N 36-37.

¹⁶³ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN ad art. 754 CO N 42 et sources citées.

¹⁶⁴ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN ad art. 754 CO N 44.

¹⁶⁵ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN ad art. 752 CO N 33.

¹⁶⁶ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN ad art. 754 CO N 64-67 et références citées.

¹⁶⁷ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN ad art. 754 CO N 48.

¹⁶⁸ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN ad art. 752 CO N 38.

le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit¹⁶⁹.

Légitimation active :

Dans le cadre de l'art. 754 CO, l'action peut être exercée par la société elle-même¹⁷⁰.

Cela étant, selon l'**art. 756 al. 1 CO**, *¹Pour le dommage causé à la société, la société et chaque actionnaire ont le droit d'intenter action. Les actionnaires ne peuvent agir qu'en paiement de dommages-intérêts à la société.*

Cet article doit être compris en relation avec les dispositions qui précèdent. Il suppose qu'un cas de responsabilité, selon CO 753-755, est réalisé et que la société est lésée, de sorte qu'elle est titulaire d'une créance en dommages-intérêts pour le dommage qui lui a été causé¹⁷¹.

On peut imaginer que le conseil d'administration sera peu enclin à ouvrir une action en responsabilité contre tout ou partie de ses membres. On peut aussi craindre que la majorité de l'assemblée générale soit proche des organes qu'elle a choisis et qu'elle soit peu disposée à ordonner une action contre eux. On peut donc sérieusement douter que l'action sociale soit exercée par la société¹⁷².

L'art. 756 CO permet dès lors à l'actionnaire d'exercer l'action sociale. Ce dernier ne peut cependant conclure qu'au **paiement de dommages-intérêts**. Agissant en son nom propre, il devra néanmoins demander réparation en faveur de la société pour le dommage qui a été causé à celle-ci et qu'il subit par ricochet¹⁷³.

Au surplus, l'actionnaire n'a qualité pour agir en réparation du dommage indirect que s'il n'a pas consenti (expressément ou tacitement) à la "décharge" (art. 698 al. 2 ch. 5 CO) ; celle-ci ne vaut toutefois que pour les faits qui étaient connus lors de l'assemblée générale (art. 758 al. 1 *ab initio* CO)¹⁷⁴.

A cet égard, il ressort de l'ATF 117 II 432 c. 1 c/dd que : *"Comme toute déclaration de volonté, la décharge doit être comprise dans le sens que de bonne foi son destinataire peut lui donner raisonnablement. Elle n'emporte renonciation des actionnaires à l'action en responsabilité contre les administrateurs que pour les faits qui ont été portés à la connaissance de l'assemblée d'une façon claire et complète, soit qu'ils ressortent des documents et des communications qui lui sont présentés, soit que ces faits soient notoires et connus de tous les actionnaires."* et c.IV.3 *"la décharge n'est opérante que dans la mesure où les administrateurs peuvent raisonnablement et de bonne foi comprendre comme l'avis d'une assemblée informée. Elle est sans portée s'agissant de faits ignorés des actionnaires. En*

¹⁶⁹ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN ad art. 752 CO N 40.

¹⁷⁰ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN ad art. 754 CO N 53ss.

¹⁷¹ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN ad art. 756 CO N 1.

¹⁷² CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN ad art. 756 CO N 5.

¹⁷³ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN ad art. 756 CO N 12 et 17.

¹⁷⁴ Rouiller/Bauen/Bernet/Lasserre Rouiller, La société anonyme suisse, 2^{ème} éd., Genève (Schulthess) 2017, p. 519.

règle générale, c'est aux rapports et aux communications adressés à l'assemblée qu'il convient de se référer pour dire dans quelle mesure l'assemblée est renseignée."

Dans son arrêt 4C.107/2005 du 29.06.2005 c. 3.2, le Tribunal ne tranche pas la question de savoir si des faits reconnaissables peuvent être opposés aux actionnaires ayant voté la décharge mais indique que c'est le cas de ceux qui ont été "*révélés dans leur principe*", à condition que leur portée n'ait pas été minimisée.

Légitimation passive : Les **membres du conseil d'administration** (organes de droit) et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation (organes de fait), étant précisé qu'elles sont toutes solidairement responsables dans la mesure où le dommage peut leur être imputé personnellement en raison de leur faute et au vu des circonstances (art. 759 CO).

Prescription : Selon l'art. 760 CO, ¹ *Les actions en responsabilité que régissent les dispositions qui précèdent se prescrivent par cinq ans à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage, ainsi que de la personne responsable, et, dans tous les cas, par dix ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit.*

² *Si les dommages-intérêts dérivent d'une infraction soumise par les lois pénales à une prescription de plus longue durée, cette prescription s'applique à l'action civile*

La prescription relative est donc de **cinq ans** et la prescription absolue de **dix ans**.

For : L'art. 40 CPC prévoit un for alternatif du canton du domicile ou du siège du défendeur ou du canton où se trouve le **siège de la société**.

- ii.a. **En l'espèce**, le Conseil d'administration, en acceptant d'acheter des actions nettement surévaluées (cf. *supra*), a failli à son devoir de diligence.

En effet, il a effectué un achat de CHF 35.3 mios alors même que tant CMA que CMAI étaient en déficit¹⁷⁵.

De plus, il a payé une somme démesurée pour un bien largement surévalué (CHF 30.1 mios).

Il a de plus caché la perte de capital (art. 725 al. 1 CO), dès lors qu'en inscrivant la surévaluation des actions de CMAI au bilan 2016, il n'a pas permis à CMA et à ses actionnaires de prendre conscience de la réalité de cette perte de capital¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Pièce 6 - Rapport annuel CMA 2016 et Pièce 8 - Rapport annuel CMAI 2015-16

¹⁷⁶ Pièce 62 - Documents re AG CMA et CMAI 2018.

Il a par ailleurs violé de nombreuses dispositions légales (cf. *supra*), dont notamment les art. 628 al. 2 et 678 al. 2 CO, au détriment des actionnaires minoritaires et de la bonne santé de CMA.

Messieurs [REDACTED] et [REDACTED], administrateurs de CMA et de CPI¹⁷⁷, ont également violé leur devoir de fidélité vis-à-vis de CMA, dès lors qu'ils ont fait passer les intérêts de CPI avant ceux de CMA.

Pire encore, Monsieur [REDACTED] a lui-même signé le contrat de vente des actions de CMAI au nom de CMA, alors qu'il est également administrateur de CPI¹⁷⁸.

Il n'est dès lors pas surprenant que, le 28 novembre 2014 déjà, le journal Le Temps présentait Monsieur [REDACTED] comme *"le gestionnaire des intérêts financiers de [REDACTED] en Suisse."*¹⁷⁹

Au contraire, de la bouche même de l'intéressé, *"Nous fonctionnons comme un tandem, explique le Valaisan. Je suis son conseil et son ambassadeur à l'étranger."*¹⁸⁰

Ainsi, Monsieur [REDACTED] lui-même se présente comme le défenseur des intérêts économiques en Suisse de Monsieur [REDACTED] soit notamment de CPI¹⁸¹.

Enfin, le fait d'octroyer un prêt de CHF 8.9 mios à CPI dans la foulée de la libération du capital-actions de CHF 50 mios peut être considéré comme une libération fictive de capital.

Ayant ainsi d'une part, restitué CHF 30.1 mios à CPI au travers de l'achat des actions de CMAI et d'autre part, octroyé un prêt de CHF 8.9 mios à CPI, **CMA a retourné un montant de CHF 40 mios** (CHF 30.1 mios + CHF 8.9 mios) sur les CHF 50 mios libérés le 5 décembre 2016.

Au surplus, il est patent que l'établissement des comptes 2016 et 2017 de CMA ne permettent pas de se faire une idée claire de la santé économique de la société.

Au contraire, la lecture desdits comptes ne permet pas à première vue d'observer les nombreuses problématiques déjà précédemment soulevées, telles que notamment la surévaluation des actions de CMAI, la reprise de biens illicite et la perte de capital qui existait probablement déjà en 2016 (cf. *infra*).

En conséquence, le Conseil d'administration de CMA a violé ses devoirs de fidélité et de diligence à l'encontre de la société et de ses actionnaires.

- ii.b. Le Conseil d'administration a ainsi agi de manière fautive, ayant pleinement conscience des conséquences que ses décisions allaient induire.

En effet, lors de la signature de la réquisition au Registre du commerce et des documents l'accompagnant¹⁸² – notamment la Déclaration I –, le Conseil d'administration avait déjà décidé de

¹⁷⁷ Pièce 1 - Extrait RC CMA et Pièce 31 - Extrait du RC de CPI PROPERTY GROUP.

¹⁷⁸ Pièce 31 - Extrait du RC de CPI PROPERTY GROUP.

¹⁷⁹ Pièce 40 - Articles de presse portant sur CMA.

¹⁸⁰ Pièce 40 - Articles de presse portant sur CMA.

¹⁸¹ Pour rappel, [REDACTED] est actionnaire majoritaire de CPI.

¹⁸² Pièce 9 - Dossier RC 2808-2016.

procéder à la reprise de biens en faveur de CPI. Il a ainsi sciemment et fautivement violé les dispositions légales protégeant les actionnaires.

- ii.c. Ces actes ont évidemment causé un dommage aux Communes, dès lors que CMA a acheté les actions de CMAI à un montant "gonflé". Elle a en effet payé env. CHF 30.1 mios en trop et s'en est appauvrie d'autant.

Du fait de la perte de valeur intrinsèque de CMA, les Communes, en tant qu'actionnaires, ont vu leurs actions diminuer de valeur également (dommage indirect). Ainsi, les Communes pourront agir en paiement à CMA.

- ii.d. Se pose toutefois la question de savoir si les Communes, ayant donné décharge au Conseil d'administration pour l'exercice 2016 lors de l'assemblée générale du 18 mai 2017, ont la qualité pour agir.

A la lecture du Procès-verbal de l'assemblée générale du 18 mai 2018 et du rapport annuel 2016 de CMA¹⁸³, la problématique de la surévaluation des actions de CMAI n'est que rapidement mentionnée par les réviseurs, sans que le Conseil d'administration n'adresse clairement cette problématique, ni n'explique les tenants et aboutissants de l'augmentation de capital et de l'achat des actions de CMAI à CPI.

De plus, bien que sollicité par les Communes, le Conseil d'administration, par la voix de son Président, n'a eu de cesse que de tenter de minimiser les problèmes relatifs à la surévaluation des actions et l'incongruité de cet achat¹⁸⁴.

En conséquence, cette décharge accordée par l'Assemblée générale du 18 mai 2017 ne libère pas le Conseil d'administration de ses responsabilités. Par souci de clarté, nous développerons ce sujet sous le point V.e.2.

- ii.e. Du reste, c'est bien le comportement du Conseil d'administration qui a conduit à cette perte de CHF 30.1 mios. Sans les décisions des administrateurs d'acheter les actions de CMAI à un prix surfait, CMA n'aurait pas connu une telle perte.

Il est bien sûr évident que de telles décisions sont propres à entraîner un résultat négatif envers la société sous gestion des administrateurs visés.

¹⁸³ Pièce 6 - Rapport annuel CMA 2016 et Pièce 60 - PV AG CMA 2015-2017.

¹⁸⁴ Pièce 67 – Email de Monsieur [REDACTED] du 15.05.2017, en réponse à l'interpellation de Monsieur [REDACTED] du 09.05.2017.

- iii. En conséquence, les Communes pourront agir contre le Conseil d'administration de CMA, en paiement à CMA du dommage causé d'env. CHF 35.3 mios, sous réserve de la précision du montant du dommage.

Les Communes pourront agir au siège de CMA, à Crans-Montana. Elles disposent d'un délai de cinq ans dès la connaissance du montant précis du dommage, mais en tous les cas de dix ans dès la survenance du problème, soit jusqu'au 05.12.2026.

b) De la responsabilité des réviseurs

- i. L'art. 755 CO prévoit que ¹ *Toutes les personnes qui s'occupent de la vérification des comptes annuels et des comptes de groupe, de la fondation ainsi que de l'augmentation ou de la réduction du capital-actions répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'elles leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs.*

² *Si la vérification a été effectuée par un contrôle des finances des pouvoirs publics ou par un collaborateur de ceux-ci, la responsabilité en incombe à la collectivité publique concernée. La collectivité publique peut recourir contre les personnes ayant participé à la vérification selon les règles du droit public."*

Objet :

a) La violation d'un devoir

Le réviseur assume un **devoir de diligence et de fidélité**¹⁸⁵.

Les **tâches confiées** par la loi aux réviseurs en cas de contrôle restreint sont consacrées aux art. 729a à 729c CO. Les statuts et l'assemblée générale peuvent également étendre les tâches confiées aux réviseurs (art. 731a al. 1 CO)¹⁸⁶.

La **fidélité** due par le réviseur à la société est consacrée à l'art. 730b al. 2 CO : *"L'organe de révision garde le secret sur ses constatations, à moins que la loi ne l'oblige à les révéler. Il garantit le secret des affaires de la société lorsqu'il établit son rapport, lorsqu'il procède aux avis obligatoires et lorsqu'il fournit des renseignements lors de l'assemblée générale."*

Le réviseur doit veiller à **sauvegarder le secret des affaires** de la société mais ne saurait s'abriter derrière son obligation pour s'affranchir de son devoir :

- **d'avertir** l'assemblée générale s'il constate une **violation grave** de la loi ou des statuts, ou
- si, après avertissement écrit, le **Conseil d'administration omet de prendre des mesures adéquates** (art. 728c al. 2 CO),
- voire **néglige son devoir d'aviser le juge** en cas de surendettement en cas d'inaction du Conseil d'administration (art. 728c al. 3 CO).

¹⁸⁵ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN ad art. 755 CO N 7.

¹⁸⁶ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN ad art. 755 CO N 7.

Toute violation de son devoir est de nature à entraîner la responsabilité du réviseur¹⁸⁷.

Bien qu'il soit chargé de contrôler les comptes et non la gestion elle-même, le réviseur, **s'il constate dans l'exercice de sa mission une violation de la loi, des statuts ou du règlement d'organisation, doit en avertir par écrit** le Conseil d'administration (art. 728c al. 1 CO) ; s'il s'agit d'une **violation grave**, il **doit également avertir l'assemblée générale** (art. 728c al. 2 CO). Ce devoir d'avis **s'applique à toutes les irrégularités** qu'il constate¹⁸⁸.

Le réviseur doit être **indépendant** (art. 728 et 729 CO). Bien que la loi ne le dise pas expressément, la jurisprudence a admis que le réviseur avait le **devoir de décliner son mandat ou de se récuser dès qu'il constate que les conditions d'indépendance prescrites par l'art. 728 CO ne sont plus réunies**¹⁸⁹ :

¹ *L'organe de révision doit être indépendant et former son appréciation en toute objectivité. Son indépendance ne doit être **ni restreinte dans les faits, ni en apparence**.*

² *L'indépendance de l'organe de révision est, en particulier, incompatible avec :*

- 1. l'appartenance au conseil d'administration, d'autres fonctions décisionnelles au sein de la société ou des rapports de travail avec elle;*
- 2. une participation directe ou une participation indirecte importante au capital-actions ou encore une dette ou une créance importantes à l'égard de la société;*
- 3. une relation étroite entre la personne qui dirige la révision et l'un des membres du conseil d'administration, une autre personne ayant des fonctions décisionnelles ou un actionnaire important;*
- 4. la collaboration à la tenue de la comptabilité ainsi que la fourniture d'autres prestations qui entraînent le risque de devoir contrôler son propre travail en tant qu'organe de révision;*
- 5. l'acceptation d'un mandat qui entraîne une dépendance économique;*
- 6. lequel l'organe de révision acquiert un intérêt au résultat du contrôle;*
- 7. l'acceptation de cadeaux de valeur ou d'avantages particuliers.*

³ *Les dispositions relatives à l'indépendance s'appliquent à toutes les personnes participant à la révision. Si l'organe de révision est une société de personnes ou une personne morale, ces dispositions s'appliquent également aux membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration et aux autres personnes qui exercent des fonctions décisionnelles.*

⁴ *Aucun employé de l'organe de révision ne participant pas à la révision ne peut être membre du conseil d'administration de la société soumise au contrôle, ni exercer au sein de celle-ci d'autres fonctions décisionnelles.*

¹⁸⁷ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN ad art. 755 CO N 9.

¹⁸⁸ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN ad art. 755 CO N 12.

¹⁸⁹ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN ad art. 755 CO N 14.

⁵ L'indépendance n'est pas garantie non plus lorsque des personnes proches de l'organe de révision, de personnes participant à la révision, de membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration ou d'autres personnes qui exercent des fonctions décisionnelles ne remplissent pas les exigences relatives à l'indépendance.

⁶ Les dispositions relatives à l'indépendance s'étendent également aux sociétés qui sont réunies sous une direction unique avec la société soumise au contrôle ou l'organe de révision.

b) La faute

La violation du devoir doit être **fautive**. Elle peut être **intentionnelle ou par négligence**. Une faute **légère** suffit¹⁹⁰.

Il y a faute lorsque le réviseur ne prête **pas l'attention commandée** par les circonstances ou ne se livre **pas aux réflexions requises**, de sorte qu'il ne fait pas les constatations ou déductions qu'il devait. Il y a également faute s'il a eu conscience du problème mais n'a pas réagi de manière adéquate¹⁹¹.

Le manque de temps ou de connaissance n'est pas une excuse¹⁹².

Dès lors que le rapport entre la société et le réviseur est de nature contractuelle, on peut admettre que **la faute se présume** (art. 97 CO)¹⁹³.

c) Le dommage

Le dommage s'analyse de la même manière que pour les art. 754 et 756 CO, de sorte qu'il conviendra de s'y référer¹⁹⁴.

d) La causalité entre la violation fautive et le dommage

La causalité s'analyse de la même manière que pour les art. 754 et 756 CO, de sorte qu'il conviendra de s'y référer.

Légitimation active : la légitimité active est la même que pour l'art. 754 CO auquel il convient de se référer¹⁹⁵.

¹⁹⁰ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN ad art. 755 CO N 16-18.

¹⁹¹ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN ad art. 755 CO N 19.

¹⁹² CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN ad art. 755 CO N 19.

¹⁹³ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN ad art. 755 CO N 20.

¹⁹⁴ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN ad art. 755 CO N 21.

¹⁹⁵ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN ad art. 755 CO N 33.

Légitimation passive : La responsabilité consacrée à l'art. 755 CO incombe aux réviseurs désignés par l'assemblée générale (art. 730 al. 1 CO)¹⁹⁶.

Prescription : La prescription est celle de l'art. 760 CO¹⁹⁷.

For : Le for s'analyse de la même manière que pour les art. 754 et 756 CO, de sorte qu'il conviendra de s'y référer.

ii. **En l'espèce**, en 2016, les réviseurs de CMA étaient les trois fiduciaires¹⁹⁸.

Ces **trois fiduciaires** ont établi le rapport de révision du 27 avril 2017, par lequel elles attiraient l'attention du Conseil d'administration que *"nous [les trois fiduciaires] supposons que la valeur comptable de la participation au 31 décembre 2016 de CHF 37'016'542.06 présente une surévaluation par rapport à sa valeur actuelle. De ce fait, l'éventuelle correction de valeur de la participation aurait un impact négatif sur le résultat ainsi que sur les capitaux propres. Ces derniers seraient présentés pour un montant trop favorable au 31 décembre 2016. Toujours dans le cas où cette valeur serait non conforme à la valeur actuelle, il y aurait violation de l'art. 678 al. 1 CO, 717 et 660 al. 1 CO."*¹⁹⁹

Lors de l'assemblée générale du 18 mai 2017²⁰⁰, l'assemblée générale a remplacé les trois fiduciaires par **KPMG**.

Cette dernière a interpellé le Conseil d'administration le **30 novembre 2017** en confirmant que *"nous [KPMG] comprenons que le Conseil d'administration a décidé de valoriser cette participation à hauteur du montant des fonds propres de [CMAI] au 31 décembre 2017, sur la base des comptes annuels révisés.*

*La correction de valeur à comptabiliser dans les comptes annuels 2017 de [CMA] s'élèvera donc à la différence entre la valeur comptable de la participation au 31 décembre 2016 de KCHF 37'017 et les fonds propres de [CMAI] au 31 décembre 2016 de KCHF 12'788, soit un ajustement de KCHF 24'229, auquel il y aura lieu d'ajouter la perte réalisée durant l'exercice 2017."*²⁰¹

Enfin, dans son **rapport de révision du 26 avril 2018**, KPMG observe que *"la moitié du capital-actions et des réserves légales n'est plus couverte (art. 725 al. 1 CO)"*²⁰².

S'agissant des conséquences de l'art. 725 al. 1 CO, ce point est développé *infra*.

¹⁹⁶ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN ad art. 755 CO N 2.

¹⁹⁷ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN ad art. 755 CO N 40.

¹⁹⁸ Pièce 1 - Extrait RC CMA.

¹⁹⁹ Pièce 6 - Rapport annuel CMA 2016.

²⁰⁰ Pièce 60 - PV AG CMA 2015-2017.

²⁰¹ Pièce 18 - Lettre de KPMG SA du 30.11.2017.

²⁰² Pièce 69 - Rapport annuel de CMA 2017.

iii. Au regard de ce qui précède, le comportement des réviseurs, tant des trois fiduciaires que de KPMG, ne laisse pas apparaître de violation d'un devoir particulier.

Au contraire, il semblerait que ces réviseurs ont respecté leur devoir d'annonce, même dans la situation où ils ne disposaient pas de suffisamment d'éléments pour préciser leurs chiffres.

Il conviendra néanmoins de garder à l'esprit que si le Conseil d'administration ne convoque pas très bientôt une assemblée générale extraordinaire pour informer adéquatement les actionnaires et proposer des mesures d'assainissement, il appartiendra à l'organe de révision, soit KPMG, de la convoquer.

Cette obligation se fonde sur le fait que l'ordre du jour de la prochaine Assemblée générale ordinaire du 13 juin 2018²⁰³ n'indique pas la problématique de l'art. 725 al. 1 CO.

En cas d'omission, KPMG engagerait sa responsabilité.

²⁰³ Pièce 62 - Documents re AG CMA et CMAI 2018.

c. Actions pénales

5. Faux dans les titres (art. 251 CP)

i. Selon l'art. 251 CP, "1. Celui qui, dans le dessein de porter atteinte aux intérêts pécuniaires ou aux droits d'autrui, ou de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage illicite,

aura créé un titre faux, falsifié un titre, abusé de la signature ou de la marque à la main réelles d'autrui pour fabriquer un titre supposé, ou constaté ou fait constater faussement, dans un titre, un fait ayant une portée juridique,

ou aura, pour tromper autrui, fait usage d'un tel titre,

sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

2. Dans les cas de très peu de gravité, le juge pourra prononcer une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire."

Éléments constitutifs objectifs :

Il faut être en présence d'un titre, soit tous les écrits destinés et propres à prouver un fait ayant une portée juridique et tous les signes destinés à prouver un tel fait (art. 110 al. 4 ph. 1 CP).

Les **caractéristiques** du titre sont donc :

- a) La destination et l'aptitude à prouver ;
- b) L'objet de la preuve : un fait ayant une portée juridique.

La jurisprudence et la doctrine font la distinction entre le **faux matériel** – i.e. le titre est physiquement faux, ce qui peut être constaté par expertise de l'objet lui-même – et le **faux intellectuel**. Ce dernier ne laisse aucune trace matérielle car il résulte uniquement de l'altération de la vérité par le contenu de l'écrit, ce qui ne saurait pas être constaté en examinant le titre lui-même²⁰⁴.

Il est également nécessaire que ce titre soit faux, ait été falsifié ou ait été utilisé pour constater faussement un fait ayant une portée juridique.

Les livres comptables, les **bilans**, les **comptes de résultat**, les certificats de salaire et les autres **attestations de tiers** sont des titres au sens de l'art. 110 al. 5 CP, susceptibles d'être soumis à l'art. 251 CP²⁰⁵.

La **distribution cachée de dividendes**, dans la mesure où elle entraîne une falsification du bilan, peut également être qualifiée de faux dans les titres²⁰⁶.

²⁰⁴ CORBOZ, Les infractions en droit Suisse, Vol. II, 3ème éd., Berne (Stämpfli) 2010, p. 249-250.

²⁰⁵ ATF 122 IV 25 et 133 IV 303 ; Giovanni MOLO, Du secret bancaire à la transparence financière in DDE - Dossiers de Droit Européen Band/Nr. 32, Schulthess, 2017, p. 515.

²⁰⁶ CR CO II-CHENAUX/GACHET ad art. 678 CO N 107.

Éléments constitutifs subjectifs :

L'intention doit évidemment être donnée, étant précisé que le dol éventuel suffit²⁰⁷.

Il faut également que l'auteur ait soit le dessein de nuire autrui **en portant atteinte à ses intérêts pécuniaires ou ses droits**, soit le dessein **d'obtenir un avantage illicite**²⁰⁸.

- ii. **En l'espèce**, et comme précédemment développé, l'augmentation du capital-actions et la vente des actions de CMAI entre CPI et CMA constituent un remboursement indu de l'apport de l'actionnaire CPI, assimilable à un non-versé.

Ce remboursement porte atteinte à la substance de la société, dès lors que cette dernière se voit imputée d'env. CHF 35.3 mios de fonds propres. Ce point est d'ailleurs confirmé par le bilan (provisoire) 2017 et le rapport des réviseurs 2017 qui mettent en lumière le surendettement de CMA dès 2017²⁰⁹.

A cela s'ajoute le fait que ce remboursement indu n'apparaît pas dans le bilan 2016 de CMA²¹⁰, ce qui pourrait constituer une falsification dudit bilan. Il sied à cet égard de rappeler que CMA est soumise au contrôle restreint des réviseurs et que c'est le Conseil d'administration qui a établi les comptes annuels²¹¹.

En outre, en tant que Président du Conseil d'administration de CMA et de CMAI, ainsi qu'administrateur de CPI, Monsieur [REDACTED] avait vraisemblablement connaissance (a) de la valeur réelle des actions de CMAI, (b) de leur surévaluation dans le cadre de leur vente et (c) des conséquences de leur surévaluation vis-à-vis de CPI, notamment que cela représentait une restitution d'apport en faveur de l'actionnaire.

Ce même développement peut être fait à l'encontre de Monsieur [REDACTED], également administrateur de CMA, CMAI et CPI.

De plus, Monsieur [REDACTED] a lui-même apposé sa signature sur l'ensemble des documents, en tant que Président du Conseil d'administration de CMA.

Ainsi, moyennant la confirmation des éléments à disposition et sous réserve de motifs justificatifs voire d'exculpation, il pourrait être reproché tant à Monsieur [REDACTED] qu'à Monsieur [REDACTED] d'avoir eu le dessein de falsifier les documents utiles en vue de la dissimulation du remboursement indu à l'actionnaire CPI et d'être ainsi les auteurs d'une infraction de faux dans les titres, sanctionnée par l'art. 251 CP qui prévoit une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire.

²⁰⁷ Bernard CORBOZ, op. cit., p. 263.

²⁰⁸ CORBOZ, op. cit., p. 265.

²⁰⁹ Pièce 62 - Documents re AG CMA et CMAI 2018

²¹⁰ Pièce 6 - Rapport annuel CMA 2016.

²¹¹ Pièce 6 - Rapport annuel CMA 2016.

6. Obtention frauduleuse d'une constatation fausse (art. 253 CP)

- i. Selon l'**art. 253 CP**, *Celui qui, en induisant en erreur un fonctionnaire ou un officier public, l'aura amené à constater faussement dans un titre authentique un fait ayant une portée juridique, notamment à certifier faussement l'authenticité d'une signature ou l'exactitude d'une copie, celui qui aura fait usage d'un titre ainsi obtenu pour tromper autrui sur le fait qui y est constaté, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.*

Éléments constitutifs objectifs :

Il faut être en présence d'un **titre authentique** au sens de l'art. 110 al. 5 CP, **destiné et propre à prouver un fait ayant une portée juridique**²¹² (cf. *supra*).

Ce titre doit par ailleurs être **authentique**, à savoir qu'il doit émaner d'une autorité, d'un **fonctionnaire** ou d'un officier public, lesquels doivent agir dans l'exercice de leur tâche officielle²¹³.

Les registres publics auxquels les tiers peuvent se fier constituent des titres authentiques également²¹⁴.

Par conséquent, le titre authentique ne peut constituer qu'un **faux intellectuel** (cf. *supra*).

L'**agent public** est ainsi **induit en erreur** et il fait pour ce motif une constatation fausse, alors qu'il la croit véridique²¹⁵.

Le **comportement punissable** réside dans la tromperie de l'agent public en vue d'obtenir la constatation fausse et/ou l'usage de cette constatation fausse.

Éléments constitutifs subjectifs :

L'infraction doit être intentionnel, étant précisé que le dol éventuel suffit²¹⁶.

Concours :

En tant que disposition spéciale, l'art. 253 CP l'emporte sur le faux dans les titres de l'art. 251 CP. Un concours réel entre les deux infractions est concevable, par exemple **lorsque l'auteur trompe le notaire qui établit l'acte authentique** d'une assemblée générale et, ensuite, **trompe le préposé du registre du commerce** à l'aide de ce document pour obtenir également une constatation fausse²¹⁷.

²¹² ATF 100 IV 241 c. 1 ; CORBOZ, op. cit., p. 282.

²¹³ CORBOZ, op. cit., p. 282-283.

²¹⁴ CORBOZ, op. cit., p. 283 et références citées.

²¹⁵ CORBOZ, op. cit., p. 284.

²¹⁶ Ibidem.

²¹⁷ CORBOZ, op. cit., p. 285 et référence citée.

- ii. **En l'espèce**, dans le cadre de l'augmentation du capital-actions litigieuse, le notaire mandaté par CMA à cette occasion, Me [REDACTED] a authentifié la Déclaration I (Attestation générale de non reprise)²¹⁸.

Cette Déclaration I atteste que :

"1. La société n'a repris aucun bien (p.ex. immeubles, papiers-valeurs, brevet, créances, entreprises ou patrimoines avec actif et passif) d'une certaine importance, d'un actionnaire ou d'une personne qui lui est proche au sens de l'art. 628 al. 2 CO, sauf, cas échéant, ceux mentionnées dans la réquisition.

2. La société ne s'est pas engagée à reprendre des biens déterminés d'une certaine importance, d'un actionnaire ou d'une personne qui lui est proche au sens de l'art. 628 al. 2 CO, sauf, cas échéant, ceux mentionnées dans la réquisition.

3. La société n'a pas l'intention de reprendre des biens déterminés d'une certaine importance, d'un actionnaire ou d'une personne qui lui est proche au sens de l'art. 628 al. 2 CO (sauf, cas échéant, ceux mentionnées dans la réquisition) avec la certitude ou la quasi-certitude, en raison de circonstances particulière, de réaliser cette intention.

[...]

En conclusion, il n'y a pas d'apports en nature, reprises de biens, compensations de créance ou avantages particuliers autres que ceux mentionnés dans les pièces justificatives."

Pourtant, cette constatation est erronée dans la mesure où aucun document soumis au Registre du commerce et/ou authentifié par Me [REDACTED] ne mentionne la reprise de biens de CMA envers CPI.

En effet, le 14 octobre 2016, la convention-cadre conclue entre CMA, CMAI et plusieurs de ses actionnaires dont la société CPI²¹⁹, précisait dans son préambule que CPI souhaitait " [...] apporter ou de vendre à CMA dans un avenir proche [...]" les actions qu'elle détenait dans la société CMAI²²⁰.

Le contrat de nantissement confirme d'ailleurs la volonté de CMA et CPI de conclure un contrat de vente des actions de CMAI²²¹.

De plus, par courrier du 25 novembre 2016, l'Etude [REDACTED]²²² a indiqué au Département des finances du Valais que "CPI SA (Lux) a prévu une augmentation de capital de CHF 50'000'000 en faveur CMA SA pour lui permettre entre autres le rachat de CMA IMMOBILIER SA à hauteur de CHF 37'000'000 ; le solde devant servir à l'entretien et au renouvellement des Infrastructures de remontées mécaniques de la station gérées, par CMA SA"²²³.

²¹⁸ Pièce 9 - Dossier RC 2808-2016.

²¹⁹ Pièce 10 – Convention-cadre du 14 octobre 2016.

²²⁰ Pièce 10 – Convention-cadre du 14 octobre 2016, p.2, Préambule pt. C.

²²¹ Pièce 11 - Contrat de nantissement du 14.10.2016.

²²² Notamment mandatés par CMA pour notamment établir le rapport n°2 portant sur l'évaluation de la valeur des actions de CMAI. Cf. Pièce 27 – Rapport n° 2 de [REDACTED] sur l'évolution de la valeur de CMAI.

²²³ Pièce 27 – Rapport n° 2 de [REDACTED] sur l'évolution de la valeur de CMAI

Enfin, le même jour de l'établissement de cette Déclaration I, CPI signait l'acte de vente des actions de CMAI à CMA²²⁴. Pour rappel, cette vente portait sur 378'743'000 actions pour un montant d'env. CHF 35.3 mios.

Partant, il appert que le notaire, Me [REDACTED] a authentifié la Déclaration I en ignorant les intentions de CPI de vendre les actions de CMAI à CMA.

De plus, Messieurs [REDACTED], [REDACTED] et [REDACTED] ont contresigné la réquisition au registre du commerce, les documents s'y trouvant et le *Share purchase agreement*, tous datés du 5 décembre 2016²²⁵.

Ainsi, moyennant la confirmation des éléments à disposition, il pourrait être reproché au Conseil d'administration d'avoir induit un officier public en erreur en dissimulant la reprise de bien de CPI, aux fins d'obtenir les titres authentiques en vue de l'augmentation du capital-actions à hauteur de CHF 50 mios..

Ce développement pourrait également être appliqué à l'inscription au Registre du commerce laquelle se base sur des actes authentiques fondés sur des constatations fausses. Ainsi, il appert que les membres du Conseil d'administration auraient possiblement obtenu des fausses constatations frauduleusement.

- iii. En conséquence, moyennant la confirmation des éléments à disposition et sous réserve de motifs justificatifs voire d'exculpation, il pourrait être reproché au Conseil d'administration d'avoir eu le dessein d'obtenir frauduleusement des constatations fausses, sanctionnée par l'art. 253 CP qui prévoit une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire.

²²⁴ Pièce 28 - Share purchase agreement du 05.12.2016.

²²⁵ Pièce 9 - Dossier RC 2808-2016 et Pièce 28 - Share purchase agreement du 05.12.2016.

7. Escroquerie (art. 146 CP)

- i. Selon l'**art. 146 CP**,¹ *Celui qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura astucieusement induit en erreur une personne par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de faits vrais ou l'aura astucieusement confortée dans son erreur et aura de la sorte déterminé la victime à des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires ou à ceux d'un tiers sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.*

² *Si l'auteur fait métier de l'escroquerie, la peine sera une peine privative de liberté de dix ans au plus ou une peine pécuniaire de 90 jours-amende au moins.*

³ *L'escroquerie commise au préjudice des proches ou des familiers ne sera poursuivie que sur plainte.*

Éléments constitutifs objectifs :

Il faut être en présence d'une **tromperie**, qui peut prendre la forme (a) **d'affirmation fallacieuse**, (b) de **dissimulation de faits vrais** et (c) **conforter** la victime **dans l'erreur**²²⁶.

- a) **L'affirmation fallacieuse** est la présentation par l'auteur d'un fait de telle manière qu'il semble convaincu de sa véracité. L'affirmation doit porter sur un fait, passé ou actuel²²⁷.
- b) **La dissimulation de faits vrais** consiste en la présentation par l'auteur d'une situation au sujet de laquelle il omet sciemment certains faits, de manière à donner une vision tronquée de la réalité. Un devoir de parler découlant de la loi, du contrat ou de la bonne foi est nécessaire. Le devoir découlant de la bonne foi suppose un rapport créant une confiance accrue, ce qui se rapproche de la position de garant²²⁸.
- c) **Conforter dans l'erreur** signifie que l'auteur montre à la dupe qu'elle est dans le vrai, alors qu'en réalité elle se trompe. Le comportement de l'auteur doit être signifiant et avoir valeur de confirmation. Il suffit que le comportement actif de l'auteur apporte une confirmation dans l'erreur. Il n'est pas nécessaire que la tromperie provoque l'erreur, puisque celle-ci existe déjà²²⁹.

Cette tromperie doit être **astucieuse**. Elle doit être d'une qualité telle qu'elle ne permet pas à la dupe d'y échapper facilement. Il faut dès lors apprécier la **méfiance commandée par les circonstances** mais aussi les **facultés individuelles de la personne trompée**²³⁰.

Il y a **astuce** lorsque l'auteur recourt à des **manceuvres frauduleuses**, à une **mise en scène** comportant des documents ou des actes ou à un **échafaudage de mensonges** qui se recourent de façon si raffinée que même une victime critique se laisserait tromper. Il y a également mise en scène si la dupe n'a pas

²²⁶ CORBOZ, op. cit., p. 322.

²²⁷ CORBOZ, op. cit., p. 322-323.

²²⁸ CORBOZ, op. cit., p. 324-325.

²²⁹ CORBOZ, op. cit., p. 325-326.

²³⁰ CORBOZ, op. cit., p. 326-327.

la possibilité de vérifier ou si des **vérifications seraient trop difficiles** et que l'auteur exploite cette situation. De même, il y a astuce si en fonction des circonstances, une vérification ne pouvait **pas être exigée** de la dupe ou si l'auteur **exploite un rapport de confiance préexistant** qui dissuade la dupe de vérifier. **Lorsque l'auteur est chargé de conseiller la dupe ou de veiller sur ses intérêts, on ne peut guère attendre de celle-ci qu'elle se méfie de celui-là même qui doit la protéger.** Dans le même sens, il y a astuce si **l'auteur empêche ou dissuade la dupe de procéder à une vérification**²³¹.

Il faut encore une **erreur avérée**, soit une fausse représentation de la réalité, un acte **préjudiciable aux intérêts pécuniaires**, un **dommage** et un **rapport de causalité**²³².

Éléments constitutifs subjectifs :

L'infraction doit être **intentionnel**, étant précisé que le **dol éventuel** suffit²³³.

Il faut également que l'auteur ait le **dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime**²³⁴.

Concours :

Si l'escroc utilise un titre faux pour tromper la dupe, **l'escroquerie concourt avec le faux dans les titres**²³⁵.

- ii. **En l'espèce**, par contrat de vente d'actions de CMAI du 5 décembre 2016²³⁶, dont il a résulté une surévaluation de CHF 30.1 mios en faveur de CPI²³⁷, CMA a perdu de sa substance, au point d'en arriver aujourd'hui à une perte en capital selon l'art. 725 al. 1 CO²³⁸.

Partant, les actionnaires ont vu leurs droits patrimoniaux baisser (s'agissant notamment de leur droit aux dividendes), de même que la valeur de leurs actions. Ce dommage est pour l'heure estimée, par action, à env. CHF 0.15 (= CHF 0.40 - CHF 0.28/0.26)²³⁹.

Sur la base des éléments à notre disposition et sous réserve de motifs justificatifs ou d'exculpation, les membres du Conseil d'administration, à savoir Messieurs ██████████, ██████████ et ██████████, semblent avoir astucieusement dissimulé la valeur réelle des actions de CMAI, en effectuant une reprise de bien cachée et en se fondant sur le rapport de ██████████ qui surestimait la valeur des actions de

²³¹ CORBOZ, op. cit., p. 327-328.

²³² CORBOZ, op. cit., p. 328.

²³³ CORBOZ, op. cit., p. 332.

²³⁴ CORBOZ, op. cit., p. 332.

²³⁵ CORBOZ, op. cit., p. 334.

²³⁶ Pièce 28 - Share purchase agreement entre CPI et CMA.

²³⁷ Pièce 65 - Rapport de Georges Gard.

²³⁸ Pièce 62 - Documents re AG CMA et CMAI 2018.

²³⁹ Pièce 22 - Rapport de ██████████ du 28.11.2017.

CMAI²⁴⁰. Ils ont caché la valeur des actions de CMAI et la reprise de biens et/ou l'enrichissement illégitime de CPI de CHF 30.1 mios.

Or, en tant que membres du Conseil d'administration, il est de leur devoir d'informer correctement les actionnaires lors de l'Assemblée générale du 18 mai 2017 plutôt que de minimiser la perte et de marteler que le dossier était clos.

Ainsi, en ignorant tout de la réalité de la surévaluation des actions de CMAI et de la reprise de biens en faveur de CPI, les actionnaires ont accepté l'augmentation du capital-actions de CHF 50 mios²⁴¹ puis donné décharge au Conseil d'administration pour la gestion de l'exercice 2016²⁴².

Ce comportement a conduit en la dilution de leur actionnariat, impliquant une baisse de leurs droits sociaux, ainsi qu'en la perte de valeur de leurs actions.

S'agissant du dessein d'enrichissement illégitime, il manque des éléments probants au dossier pour conclure que Monsieur ██████ aurait eu un désir d'enrichissement illégitime.

En revanche, s'agissant de Messieurs ██████ et ██████, en tant que membres du Conseil d'administration de CPI²⁴³ également, il semblerait qu'ils auraient intérêt à favoriser cette société.

Monsieur ██████ serait d'autant plus favorisé qu'il est actionnaire de CPI.

Quant à Monsieur ██████, il apparaît que ce dernier aurait intérêt à soutenir cette démarche dès lors qu'il se considère comme "*le gestionnaire des intérêts financiers de ██████ en Suisse.*"²⁴⁴

- iii. Ainsi, moyennant la confirmation des éléments à disposition et sous réserve de motifs justificatifs voire d'exculpation, il pourrait être reproché à Messieurs ██████ et ██████ d'avoir eu le dessein de commettre l'infraction d'escroquerie, sanctionnée par l'art. 146 CP qui prévoit une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire.

²⁴⁰ Pièce 27 - Rapport n° 2 sur l'évolution de la valeur CMAI.

²⁴¹ Pièce 9 - Dossier du Registre du Commerce 2808/2016.

²⁴² Pièce 60 - PV AG CMA 2015-2017.

²⁴³ Pièce 31 - Extrait du RC de CPI PROPERTY GROUP.

²⁴⁴ Pièce 40 - Articles de presse portant sur CMA.

8. Gestion déloyale (art. 158 CP)

- i. **L'art. 158 CP** dispose que : "1. *Celui qui, en vertu de la loi, d'un mandat officiel ou d'un acte juridique, est tenu de gérer les intérêts pécuniaires d'autrui ou de veiller sur leur gestion et qui, en violation de ses devoirs, aura porté atteinte à ces intérêts ou aura permis qu'ils soient lésés sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.*

Le gérant d'affaires qui, sans mandat, aura agi de même encourra la même peine.

Si l'auteur a agi dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, le juge pourra prononcer une peine privative de liberté de un à cinq ans.

2. *Celui qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura abusé du pouvoir de représentation que lui confère la loi, un mandat officiel ou un acte juridique et aura ainsi porté atteinte aux intérêts pécuniaires du représenté sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.*

3. *La gestion déloyale au préjudice des proches ou des familiers ne sera poursuivie que sur plainte."*

Eléments constitutifs objectifs :

Les éléments constitutifs sont (a) le devoir de gestion ou de sauvegarde, (b) une violation de ce devoir et (c) un dommage et un rapport de causalité²⁴⁵.

- a) Le **devoir de gestion** implique que l'auteur est tenu de **gérer les intérêts pécuniaires d'autrui** ou de veiller à leur gestion, de sorte que l'auteur dispose d'un **pouvoir sur les biens d'autrui** comportant une indépendance suffisante, un droit de disposition autonome, une certaine latitude qui caractérise le devoir de fidélité dont la violation est punissable. Ce pouvoir de gestion peut se manifester non seulement par la **passation d'actes juridiques** mais également par la **défense**, sur le plan interne, **d'intérêts patrimoniaux**²⁴⁶.

Le **devoir de sauvegarde** vise le devoir de veiller à la gestion d'intérêts pécuniaires d'autrui, tel **qu'il incombe notamment aux membres du conseil d'administration d'une société anonyme**. Il s'agit alors de **veiller à la bonne gestion des biens**²⁴⁷.

Le devoir de gestion ou de sauvegarde entraîne l'**obligation d'accomplir des actes matériels ou juridiques**, en particulier des actes tendant à la **défense des intérêts patrimoniaux d'autrui**²⁴⁸.

²⁴⁵ CORBOZ, op. cit., p. 427ss.

²⁴⁶ CORBOZ, op. cit., p. 427-428.

²⁴⁷ CORBOZ, op. cit., p. 428.

²⁴⁸ CORBOZ, op. cit., p. 428.

- b) L'art. 158 CP suppose la **violation du devoir** de gestion ou de sauvegarde. Il faut dès lors **déterminer concrètement le contenu du devoir**, c'est-à-dire le comportement que l'auteur devait adopter²⁴⁹.
- c) La **violation** du devoir doit causer un dommage, comme pour les autres infractions contre le patrimoine, comme l'escroquerie. **Une mise en danger sérieuse du patrimoine** constitue un dommage s'il en résulte **une perte de valeur, de sorte que, s'il fallait tenir prudemment un bilan, il y aurait lieu d'apporter une correction**. Il n'est pas nécessaire que le comportement de l'auteur cause le dommage de manière directe : **il suffit qu'il permette à un tiers de le provoquer**²⁵⁰.

Éléments constitutifs subjectifs :

L'infraction doit être **intentionnel**, étant précisé que le **dol éventuel** suffit²⁵¹.

Le **dessein d'enrichissement illégitime** est une circonstance **aggravante**.

- ii. **En l'espèce**, comme développé précédemment, CMA – au travers de son Conseil d'administration – a acheté des actions de CMAI à CPI pour un montant dont l'excès s'élève à CHF 30.1 mio²⁵².

Le Conseil d'administration a ainsi fait perdre de la valeur à CMA qui se retrouve aujourd'hui dans la situation de perte de capital prévue à l'art. 725 al. 1 CO²⁵³.

Parallèlement, les actionnaires ont vu leurs droits patrimoniaux baisser (s'agissant notamment de leur droit aux dividendes), de même que la valeur de leurs actions. Ce dommage est pour l'heure estimé, par action, à env. CHF 0.15 (= CHF 0.40 - CHF 0.28/0.26)²⁵⁴.

De plus, le Conseil d'administration n'a pas exigé de son actionnaire majoritaire, CPI, que ce dernier libère le montant dû relatif aux actions reçues (art. 680 al. 2 CO).

Ainsi, moyennant la confirmation des éléments à disposition et sous réserve de motifs justificatifs voire d'exculpation, il semble possible de conclure que le Conseil d'administration pourrait avoir violé de nombreux devoirs de diligence et de fidélité qui lui incombaient (cf. *supra ad action en responsabilité des administrateurs*).

²⁴⁹ CORBOZ, op. cit., p. 428-429.

²⁵⁰ CORBOZ, op. cit., p. 429.

²⁵¹ CORBOZ, op. cit., p.430.

²⁵² Pièce 28 - Share purchase agreement entre CPI et CMA et Pièce 65 - Rapport de Georges Gard.

²⁵³ Pièce 62 - Documents re AG CMA et CMAI 2018.

²⁵⁴ Pièce 22 - Rapport de [REDACTED] du 28.11.2017.

Il serait même envisageable de conclure que Messieurs [REDACTED] et [REDACTED], en tant que membres du Conseil d'administration de CPI²⁵⁵, ont agi dans le but de favoriser cette société, ce qui constitue une circonstance aggravante, dans la mesure où Monsieur [REDACTED] est actionnaire de CPI et sachant que Monsieur [REDACTED] se considère comme "*le gestionnaire des intérêts financiers de [REDACTED] en Suisse.*"²⁵⁶

- iii. En conclusion, moyennant la confirmation des éléments à disposition et sous réserve de motifs justificatifs voire d'exculpation, il pourrait être reproché au Conseil d'administration d'avoir eu le dessein de commettre l'infraction de gestion déloyale, sanctionnée par l'art. 158 CP qui prévoit une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire, étant précisé qu'une circonstance aggravante d'un à cinq ans de peine privative de liberté pourrait être impartie à Messieurs [REDACTED] et [REDACTED].

²⁵⁵ Pièce 31 - Extrait du RC de CPI PROPERTY GROUP.

²⁵⁶ Pièce 40 - Articles de presse portant sur CMA.

d. L'influence de l'augmentation du capital-actions et de la vente des actions de CMAI vis-à-vis des Communes, s'agissant de leur position d'actionnaires et de leurs droits issus de la convention-cadre et du contrat de nantissement ?

1. Concernant leurs droits comme actionnaires

En 2013, les Communes disposaient ensemble de 33.66 % des actions de CMA. Elles représentaient alors une minorité de barrage (art. 704 CO notamment).

De 2013 à 2015, elles sont passées de 33.66 % à 18.86 % (2014), puis à 26.10 % (2015)²⁵⁷.

Suite à l'augmentation du capital-actions du 5 décembre 2016, les Communes ont vu leur participation descendre à 11.10 %.

La participation de CPI, quant à elle, est passée de 65.80 % (2015) à 85.40 % (2016).

Par conséquent, les Communes ont drastiquement perdu de leur influence et pouvoir décisionnel au sein de l'Assemblée générale de CMA.

Sur cette même base, les Communes ont vu fondre leurs droits au bénéfice de CMA (art. 660 al. 1 CO)²⁵⁸.

S'agissant de la valeur même de CMA, il sied de relever que CMA comptabilise sa participation au sein de CMAI de 99.7 % à hauteur de CHF 37 mios. Pourtant, CMAI est évaluée, en tout et pour tout, à CHF 5.9 mios²⁵⁹.

Par conséquent, CMA comptabilise CHF 31.1 mios (CHF 37 mios – 5.9 mios) en surplus dans ses comptes.

Du reste, nous ne sommes pas en l'état en mesure de calculer précisément la baisse de la valeur des actions de CMA.

A la lecture du rapport de Monsieur [REDACTED] du 28 novembre 2017²⁶⁰, il semblerait que les actions de CMA, d'une valeur nominale de CHF 0.40, devrait avoir une valeur réelle d'env. CHF 0.28 ou CHF 0.26 par action, soit une baisse de 30 % à 35 % de la valeur nominale.

En partant de l'hypothèse que l'ajustement de valeur à effectuer dans les comptes de CMA est de CHF 25 mios (soit 50% de l'augmentation du capital-actions du 5 décembre 2016), le rapport de Georges Gard²⁶¹ arrive à la conclusion que le dommage causé aux Communes s'élève à CHF 2'634'400.-.

²⁵⁷ Pièce 3 - Rapport annuel CMA 2013-14, Pièce 4 - Rapport annuel CMA 2014-15, Pièce 5 - Rapport annuel CMA 2015-16 et Pièce 6 - Rapport annuel CMA 2016.

²⁵⁸ Cet article dispose que "Tout actionnaire a droit à une part proportionnelle du bénéfice résultant du bilan, pour autant que la loi ou les statuts prévoient sa répartition entre les actionnaires."

²⁵⁹ Pièce 65 - Rapport de Georges Gard.

²⁶⁰ Pièce 22 - Rapport de [REDACTED] du 28.11.2017.

²⁶¹ Pièce 65 - Rapport de Georges Gard.

En d'autres termes, CPI aurait payé CHF 0.20 chaque action qui en valaient entre CHF 0.40 et CHF 0.37 à l'époque.

En conséquence, il est évident que les Communes ont subi une dilution de leurs participations au sein de CMA, avec pour corollaire une perte partielle de leurs droits sociaux et patrimoniaux.

Cela étant, les Communes ne disposent pas d'une action directe pour un dommage causé par cette dilution.

En effet, l'ATF 99 II 55 c. 2-4, JdT 1973 I 618, a depuis longtemps explicité qu'en entrant dans la société, l'actionnaire se soumet sciemment à la volonté de la majorité et admet que cette dernière prenne des décisions qui le lient, même si elle ne choisit pas la meilleure solution possible et fait éventuellement passer ses propres intérêts avant ceux de la société et d'une minorité.

La doctrine récente confirme que l'actionnaire qui n'est financièrement pas en mesure de souscrire de nouvelles actions ne peut s'en prendre à autrui de ce chef²⁶².

L'augmentation du capital-actions du 5 décembre 2016 ayant respecté les dispositions légales – à l'exception de l'art. 628 al. 2 CO –, les Communes ne disposent pas d'une action individuelle leur permettant d'agir en réparation d'un dommage causé par une dilution de leurs droits sociaux et patrimoniaux.

2. Concernant leurs droits issus de la convention-cadre et du contrat de nantissement

Pour rappel, le 14 octobre 2016, CPI, CMA, CMAI et les Communes ont conclu de nombreux contrats²⁶³, à savoir une convention-cadre qui chapeautait :

- a) le contrat de nantissement, en faveur des Communes, des actions de CMA détenues par CPI²⁶⁴ et des actions de CMAI détenues par CMA et CPI ;
- b) les contrats de cautionnement accordés par les Communes en faveur de CMA et
- c) les prêts octroyés par les institutions financières à CMA.

Il s'agissait, pour CMA, d'obtenir un prêt de CHF 24.5 mios auprès de banques et d'assurances.

A cette fin, les Communes ont accepté de cautionner CMA envers ces institutions. Il sied de relever que CPI n'a pas souhaité cautionner ces prêts²⁶⁵.

²⁶² HARI/HÄNNI, Quelques procédures particulières du droit de la société anonyme – I. Contestation de décisions de l'assemblée générale, in *La personne morale et l'entreprise en procédure*, Centre de recherche sur les modes amiables et juridictionnels de gestion des conflits (CEMAJ), Neuchâtel (Helbing) 2014, p.133 N. 85.

²⁶³ Pièce 10 – Convention-cadre 14.10.2016, Pièce 11 – Contrat de nantissement du 14.10.2016 et Pièce 55 – Actes de cautionnement et prêts des Communes.

²⁶⁴ Il s'agit de 61'559'834 actions de CMA. Cela correspondait à l'époque à la participation de CPI à 65.80 % de CMA. Aujourd'hui, après l'augmentation de capital de CHF 50 mios, les actions de CMA nanties ne représentent plus que 27.50 %.

²⁶⁵ Pièce 55 – Actes de cautionnement et prêts des Communes.

En contrepartie, CPI et CMA ont nanties leurs actions de CMAI en faveur des Communes²⁶⁶.

Cependant, suite à la vente des actions de CMAI à CMA du 5 décembre 2016, CPI n'est plus propriétaire des actions de CMAI qu'il s'était engagé à nantir par contrat de nantissement du 14 octobre 2016²⁶⁷.

Cette vente avait cependant été annoncée lors de la signature dudit contrat de nantissement, qui le mentionne expressément à son art. 8.3, en précisant que ladite vente a été approuvée par les Communes.

D'ailleurs, la convention-cadre du 14 octobre 2016²⁶⁸ le confirme également dans son préambule.

Partant, les Communes se retrouvent aujourd'hui face à un unique garant, CMA. En effet, CPI n'étant plus propriétaire d'actions de CMAI, il n'a plus d'actions nanties. Ainsi, la garantie que représente le nantissement est maintenant concentrée sur CMA.

Cette concentration des garanties sur CMA porte atteinte au "*credit worthiness*", dès lors que les Communes ne peuvent plus s'adresser qu'à CMA, à l'exclusion de CPI.

En outre, les Communes étant également actionnaires de CMA, elles sont "propriétaires indirectes" à 11.10 % des actions nanties de CMAI.

En effet, les Communes sont actionnaires de CMA, elle-même actionnaire de CMAI, dont les actions sont nanties en faveur des Communes.

En conséquence, la vente des actions de CMAI, de CPI à CMA lèse les droits des Communes issus de la convention-cadre et du contrat de nantissement, dès lors que le risque du nantissement relatif aux actions de CMAI ne porte plus que sur CMA exclusivement.

* * * * *

²⁶⁶ Pièce 11 - Contrat de nantissement du 14.10.2016.

²⁶⁷ Pièce 11 - Contrat de nantissement du 14.10.2016.

²⁶⁸ Pièce 10 – Convention-cadre 14.10.2016.

e. Quelques considérations supplémentaires

1. La perte en capital

- i. La perte en capital est prévue à l'**art. 725 al. 1 CO** : *"S'il ressort du dernier bilan annuel que la moitié du capital-actions et des réserves légales n'est plus couverte, le conseil d'administration convoque immédiatement une assemblée générale et lui propose des mesures d'assainissement."*

Le Conseil d'administration est ainsi tenu d'agir dès que le 50% du capital est perdu, c'est-à-dire érodé, consommé par les pertes²⁶⁹.

La limite de l'art. 725 al. 1 CO est ainsi dépassée dans deux hypothèses²⁷⁰ :

- Pertes > 50 % des Fonds Propres (FP) ou
- (Actif Social – Fonds Etrangers) > 50% des FP.

Dès que cette limite est franchie, le Conseil d'administration a **deux obligations** : (a) **convoquer une assemblée générale** et (b) lui proposer des **mesures d'assainissement**²⁷¹.

- a) L'obligation de convoquer une assemblée générale incombe au Conseil d'administration mais également à l'**organe de révision**. L'ordre du jour doit mentionner (i) l'information quant à la perte de capital et (ii) les mesures d'assainissement proposées²⁷².

Lors de l'Assemblée générale, le Conseil d'administration doit **présenter le bilan et en commenter les postes afin d'informer adéquatement l'Assemblée générale**²⁷³, soit sur la **cause** de la perte de capital, ainsi que sur l'**évolution probable** de cette situation en fonction des **mesures proposées, respectivement en cas d'inaction**²⁷⁴.

- b) Les **mesures d'assainissement** doivent être soumis à l'Assemblée générale. Si le Conseil d'administration **renonce** à le faire, **il doit s'expliquer de manière détaillée et démontrer de façon convaincante que les résultats futurs permettront de remédier d'eux-mêmes à la perte de capital**²⁷⁵.

Les actionnaires sont libres d'accepter ou de rejeter les mesures d'assainissement proposées par le Conseil d'administration²⁷⁶.

Si l'Assemblée générale a été **convoquée par l'organe de révision**, sa tâche se limite à **expliquer la situation actuelle**, sans proposition de mesures d'assainissement²⁷⁷.

²⁶⁹ CR CO II-PETER/CAVADINI – ad art. 725 CO N 16.

²⁷⁰ CR CO II-PETER/CAVADINI – ad art. 725 CO N 18.

²⁷¹ CR CO II-PETER/CAVADINI – ad art. 725 CO N 22.

²⁷² CR CO II-PETER/CAVADINI – ad art. 725 CO N 23.

²⁷³ CR CO II-PETER/CAVADINI – ad art. 725 CO N 24.

²⁷⁴ CR CO II-PETER/CAVADINI – ad art. 725 CO N 24.

²⁷⁵ CR CO II-PETER/CAVADINI – ad art. 725 CO N 26.

²⁷⁶ ZEN-RUFFINEN/BAUEN, Le conseil d'administration, Genève (Schulthess) 2016, p. 290, N 756.

²⁷⁷ CR CO II-PETER/CAVADINI – ad art. 725 CO N 27.

Les **mesures d'assainissement** peuvent présenter plusieurs formes, soit notamment une réorganisation interne (licenciement), augmentation et/ou réduction du capital social, dissolution des réserves ouvertes pour couvrir les pertes, **postposition ou abandon de créances, conversion de créances en capital social, institution d'un contrôle spécial**, etc²⁷⁸.

Enfin, l'**art. 699 al. 3 CO** permet aux actionnaires minoritaires de convoquer une assemblée générale extraordinaire : *"Un ou plusieurs actionnaires représentant ensemble 10 % au moins du capital-actions peuvent aussi requérir la convocation de l'assemblée générale. Des actionnaires qui représentent des actions totalisant une valeur nominale de 1 million de francs peuvent requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour. La convocation et l'inscription d'un objet à l'ordre du jour doivent être requises par écrit en indiquant les objets de discussion et les propositions"*.

- ii. **En l'espèce**, le projet de rapport 2017 de KPMG indique que la moitié du capital-actions et des réserves légales n'est plus couverte au sens de l'art. 725 al. 1 CO.

Ainsi, le Conseil d'administration se trouve aujourd'hui dans l'obligation de convoquer une assemblée générale. L'ordre du jour doit expressément mentionner la perte de capital et les mesures d'assainissement proposées et/ou les justifications détaillées d'une éventuelle inaction.

A la lecture de l'ordre du jour reçu dans le cadre de la prochaine assemblée générale du 13 juin 2018, aucun de ces points n'y apparaissent, de sorte que cette assemblée ne saurait aucunement répondre aux conditions légales.

Par ailleurs, si le Conseil d'administration n'agit pas, KPMG a pour obligation de convoquer ladite assemblée générale, sous peine d'engager sa responsabilité.

Ces deux organes engagent leur responsabilité s'ils n'agissent pas.

Du reste, si les Communes souhaitent convoquer elles-mêmes l'assemblée générale extraordinaire, elles peuvent le faire, dès lors qu'elles représentent **ensemble 11.10%** de l'actionnariat et disposent aujourd'hui de **24'808'500 actions** de CMA pour un montant de **CHF 9'923'400.**²⁷⁹.

- iii. **Par conséquent, le Conseil d'administration de CMA est aujourd'hui contraint de convoquer dans un délai raisonnable une assemblée générale extraordinaire.**

La prochaine assemblée générale appointée au 13 juin 2018 ne saurait être utilisée pour répondre aux exigences légales, dès lors que l'ordre du jour ne mentionne pas la problématique de l'art. 725 al. 1 CO.

Si le Conseil d'administration reste lettre morte, KPMG devra convoquer à sa place.

²⁷⁸ CR CO II-PETER/CAVADINI – ad art. 725 CO N 28a ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN, op. cit., p. 290, N 756.

²⁷⁹ 11.10 % de 223'500'000 actions de CMA d'un montant de CHF 0.40 chacune.

Enfin, les Communes peuvent également convoquer une assemblée générale extraordinaire, cas échéant.

2. Le principe de la décharge

i.a. **L'art. 758 CO** dispose que : *"¹ Pour les faits révélés, la décharge donnée par l'assemblée générale est opposable à la société et à l'actionnaire qui a adhéré à la décharge ou qui a acquis les actions postérieurement en connaissance de celle-ci.*

² Le droit des autres actionnaires d'intenter action s'éteint six mois après la décharge."

La doctrine explique ce mécanisme comme la **renonciation par l'Assemblée générale à exercer ultérieurement une action sociale en responsabilité à l'encontre de l'un de ses organes**. Elle fait partie des attributions inaliénables de l'assemblée générale (art. 698 al. 2 ch. 5 CO). Elle a pour but de clarifier périodiquement les relations entre les administrateurs et la société en ce qui concerne les questions de responsabilité et de permettre aux actionnaires d'émettre périodiquement un jugement de valeur sur la gestion²⁸⁰.

La décharge ne vaut, selon l'art. 758 CO, que pour les faits révélés, soit les faits connus par tous les actionnaires ou qui peuvent être tenus comme tels du fait de leur publicité suffisante au sein des actionnaires²⁸¹.

i.b. **S'agissant des faits reconnaissables mais non expressément révélés, soit des faits énoncés implicitement dont il y a lieu de tirer les appréciations qui s'imposent, il convient de considérer que ceux-ci ont été révélés dans la mesure où il ne peut être décelé des dirigeants une intention dolosive de les cacher ou d'en diminuer la portée. La connaissance de certains faits par certains actionnaires n'emporte pas la connaissance de ces faits par l'assemblée générale²⁸².**

La société n'est donc pas liée par le vote de décharge si les faits reprochés à l'organe n'étaient pas connus de l'ensemble des actionnaires. Elle n'est pas non plus liée si les faits portés à la connaissance des actionnaires présents à l'Assemblée générale ont été volontairement minimisés ou présentés d'une façon trompeuse²⁸³.

La décharge fonde une exception relative qui n'est opposable qu'à la société et aux actionnaires qui ont donné leur quitus ou qui ont acquis des actions postérieurement en connaissance de cause. Elle ne lie pas les actionnaires disposant à l'encontre de la société ou à l'encontre d'un organe d'une action propre pour un dommage direct qui leur a été causé²⁸⁴.

²⁸⁰ MONTAVON/MONTAVON/BUCHERER/JABBOUR/MATTHEY/REICHLIN, La société anonyme suisse, 2^{ème} éd., (Schulthess) 2017, pg. 560.

²⁸¹ Ibid., pg. 561.

²⁸² Ibid., pg. 561.

²⁸³ CR CO II-CORBOZ/GIRARDIN, ad. art. 758 CO N 10.

²⁸⁴ MONTAVON/MONTAVON/BUCHERER/JABBOUR/MATTHEY/REICHLIN, op.cit., pg. 561-562.

Le dommage direct est donné lorsque l'actionnaire est directement touché dans son patrimoine par le comportement dont il se plaint (cf. annexe en fin de document).

- i.c. **Pour les actionnaires présents à l'assemblée générale et qui l'ont votée** : en application de l'art. 758 CO, la décharge donnée par l'assemblée générale pour les faits révélés est opposable à la société et à l'actionnaire qui y a adhéré. **Elle exclut donc pour eux l'action sociale. Elle ne fait par contre pas obstacle à un contrôle spécial (art. 797a ss CO), même si parmi les demandeurs se trouvent des actionnaires qui ont adhéré à cette décision.** Un contrôle spécial peut en effet mettre à jour des faits non révélés et donc non couverts par la décharge donnée²⁸⁵.
- i.d. **Pour les actionnaires non présents ou qui se sont abstenus à l'assemblée générale lors de l'octroi de la décharge** : selon l'art. 758 al. 2 CO, le droit des actionnaires d'intenter une action sociale, lorsqu'ils se sont abstenus ou qu'ils ont été absents lors de l'assemblée générale qui a donné décharge, s'éteint six mois après ladite décharge. Il s'agit d'un **délai de péremption**, qui ne peut être ni interrompu ni prolongé. L'action doit être intentée dans ce délai²⁸⁶.
- ii. **En l'espèce**, lors de l'Assemblée générale de CMA du 18 mai 2017, les Communes (actionnaires minoritaires disposant de 11.10 % des participations) ne se sont pas opposées à l'approbation des comptes.

Au contraire, elles ont les ont accepté et accordé décharge aux membres du Conseil d'administration et aux organes de gestion²⁸⁷.

Cependant, cette décharge ne peut porter que sur les faits connus.

En effet, à la lecture du Procès-verbal de l'Assemblée générale du 18 mai 2018 et du rapport annuel 2016 de CMA²⁸⁸, la problématique de la surévaluation des actions de CMAI n'est que rapidement mentionnée par les réviseurs, sans que le Conseil d'administration n'adresse clairement cette problématique, ni n'explique les tenants et aboutissants de l'augmentation de capital et de l'achat des actions de CMAI à CPI.

De plus, bien que sollicité par les Communes, le Conseil d'administration, par la voix de son Président Monsieur [REDACTED] n'a eu de cesse que de tenter de minimiser les problèmes relatifs à la surévaluation des actions et l'incongruité de cet achat²⁸⁹. Au contraire, il l'a vivement contesté²⁹⁰.

²⁸⁵ Ibid. pg. 562.

²⁸⁶ Ibid. pg. 562.

²⁸⁷ Pièce 60 - PV AG CMA 2015-2017.

²⁸⁸ Pièce 6 - Rapport annuel CMA 2016 et Pièce 60 - PV AG CMA 2015-2017.

²⁸⁹ Pièce 67 – Email de Monsieur [REDACTED] du 15.05.2017, en réponse à l'interpellation de Monsieur [REDACTED] du 09.05.2017.

²⁹⁰ Pièce 67 – Email de Monsieur [REDACTED] du 15.05.2017, en réponse à l'interpellation de Monsieur [REDACTED] du 09.05.2017.

Aujourd'hui encore, Monsieur [REDACTED] persiste à prétendre que le Conseil d'administration aurait fourni "à tous les actionnaires toutes les explications souhaitées [...]"²⁹¹, de sorte que "cela est pour [le Conseil d'administration] réglé et dans l'esprit de collaboration encouragé par Mr [REDACTED] je [Monsieur [REDACTED]] suis enclin à me préoccuper davantage de l'avenir de la société et de la destination plutôt que de ruminer le passé [...]. En l'état et faute d'explications convaincantes nous [le Conseil d'administration] ne souhaitons pas donner suite à votre demande."²⁹²

iii. En conséquence, les Communes n'ont pas été valablement informées des problèmes posés par l'augmentation du capital-actions du 5 décembre 2016, ni de ceux causés par l'achat des actions de CMAI par CMA.

Elles ont en outre été maintenues dans l'ignorance s'agissant des conséquences que l'achat de ces actions auraient sur la convention-cadre²⁹³ et le contrat de nantissement du 14 octobre 2016²⁹⁴.

Partant, la décharge octroyée lors de l'Assemblée générale du 18 mai 2017 ne peut porter que sur les éléments connus par les actionnaires présents, soit en l'espèce pas grand-chose.

Vu la volonté du Conseil d'administration de maintenir dans l'ignorance les actionnaires concernant les conséquences de l'augmentation du capital-actions et de l'acte d'achat des actions de CMAI du 5 décembre 2016 tant sur les droits sociaux des actionnaires minoritaires, dont les Communes, que sur la convention-cadre et le contrat de nantissement du 14 octobre 2016, il est évident que la décharge du 18 mai 2017 ne saurait porter sur ces points.

Par conséquent, cette décharge ne libère pas le Conseil d'administration de ses responsabilités et les Communes disposent toujours de l'ensemble de leurs droits à cet égard.

²⁹¹ Pièce 66 – Email de Monsieur [REDACTED] du 14.05.2018.

²⁹² Pièce 66 – Email de Monsieur [REDACTED] du 14.05.2018.

²⁹³ Pièce 10 – Convention-cadre du 14 octobre 2016.

²⁹⁴ Pièce 11 - Contrat de nantissement du 14.10.2016.

3. Les Communes en tant que créancières-gagistes

- i. L'art. 809 CC prévoit que : ¹ "En cas de dépréciation de l'immeuble, le créancier peut exiger de son débiteur des sûretés ou le rétablissement de l'état antérieur.

² Il peut aussi demander des sûretés s'il existe un danger de dépréciation.

³ Il est en droit de réclamer un remboursement suffisant pour sa garantie, lorsque le débiteur ne s'exécute pas dans le délai fixé par le juge."

A cet égard, le **Tribunal fédéral**, dans son ATF 108 II 180 c. 3.a/b, JdT 183 I 222, a considéré que la dépréciation est le résultat **d'atteintes matérielles** portées à l'immeuble. Les actions nanties n'ont subi aucune atteinte matérielle. Même par analogie, il n'est pas possible de fonder sa requête en mesures provisionnelles tendant au complément du gage des actions querellées sur la base de l'art. 809 CC.

D'autre part, l'application par analogie de l'art. 809 CC **suppose une lacune** que le juge devrait combler, ce qui n'est pas le cas ici. Le Tribunal a estimé que vu que dans le nantissement ordinaire, le **créancier exerce la possession sur l'objet mis en gage**, il est en général à même de prendre lui-même les **mesures de protection nécessaires**. Il n'a donc **pas besoin** de la protection **de l'art. 809 CC**.

Cet arrêt n'a pas fait l'objet de jurisprudence et n'est que peu discuté en doctrine, qui ne le critique pas de manière véhémente.

- ii. **En l'espèce**, par contrat de vente d'actions de CMAI du 5 décembre 2016²⁹⁵, dont il a résulté une surévaluation de CHF 30.1 mios en faveur de CPI²⁹⁶, CMA a perdu de sa substance, au point d'en arriver aujourd'hui à une perte en capital selon l'art. 725 al. 1 CO²⁹⁷.

Partant, les actionnaires ont vu leurs droits patrimoniaux baisser (s'agissant notamment de leur droit aux dividendes), de même que la valeur de leurs actions. Ce dommage est pour l'heure estimée, par action, à env. CHF 0.15 (= CHF 0.40 - CHF 0.28/0.26)²⁹⁸.

Par ailleurs pour rappel, le contrat de nantissement du 14 octobre 2016²⁹⁹ prévoyait le nantissement en faveur des Communes toutes les actions de CMA détenues par CPI à cette date, à savoir 61'559'834 actions nominatives de CMA à CHF 0.40 chacune (= CHF 24'623'933.60).

²⁹⁵ Pièce 28 - Share purchase agreement entre CPI et CMA.

²⁹⁶ Pièce 65 - Rapport de Georges Gard.

²⁹⁷ Pièce 62 - Documents re AG CMA et CMAI 2018.

²⁹⁸ Pièce 22 - Rapport de [REDACTED] du 28.11.2017.

²⁹⁹ Pièce 11 - Contrat de nantissement du 14.10.2016.

Dès lors que les actions ont perdu de la valeur et que tant CMA que CMAI ont connu des pertes au cours des exercices 2016 et 2017, le montant des actions nanties s'élève au 31 décembre 2017 à CHF 17'950'000.-³⁰⁰.

Par conséquent, les actions nanties ont perdu de leur valeur de manière frappante.

A toutes fins utiles, il sied encore de relever que dans l'hypothèse où CMA effectuerait une correction de ses fonds propres en retenant une surévaluation de CMAI à hauteur de CHF 25 mios, la valeur des actions nanties serait alors de CHF 24'840'000.-³⁰¹.

Cela étant, bien qu'ayant subi une atteinte patrimoniale, les actions en tant que papiers-valeurs n'ont pas été atteintes dans leur intégrité "physique".

Au contraire, elles sont en main de Me [REDACTED] qui les conserve dans un coffre à la banque UBS³⁰².

En outre, au vu de la jurisprudence fédérale qui est toujours d'actualité, il n'est pas possible d'appliquer l'art. 809 CC (obtention de sûretés et du rétablissement de l'état antérieur) à des biens mobiliers par analogie.

Par ailleurs, CMA n'a pour l'heure obtenu des institutions financières des prêts qu'à hauteur de CHF 15 mios³⁰³.

Par conséquent, malgré la dépréciation de la valeur des actions de CMA (et de CMAI), le gage demeure couvert³⁰⁴.

iii. En conclusion, les Communes ne disposent pas d'action judiciaire fondée sur la perte de la valeur des actions nanties au moyen d'une application de l'art. 809 CC par analogie.

³⁰⁰ Pièce 65 - Rapport de Georges Gard.

³⁰¹ Pièce 65 - Rapport de Georges Gard.

³⁰² Pièce 52 - Email de Me [REDACTED] du 17 avril 2018.

³⁰³ Pièce 55 - Actes de cautionnement et prêts des Communes.

³⁰⁴ Pièce 65 - Rapport de Georges Gard.

VI. CONCLUSION

En conclusion, l'augmentation de capital-actions de CHF 50 millions et la vente des actions de CMAI à CMA viole l'art. 628 al. 2 CO.

Les conséquences envisageables de cette violation sont tant civiles que pénales :

a. Actions civiles

1. L'action en exécution de la libération (art. 680 al. 2 CO) ;

- Cette action est ouverte à CMA uniquement, au travers de son Conseil d'administration, contre l'actionnaire visé.
- Partant, il est peu probablement que les Communes puissent intenter cette action, au vu de la composition actuelle du Conseil d'administration.

2. L'enrichissement illégitime (art. 678 CO) ;

- L'action en restitution de prestations est ouverte à CMA. L'actionnaire, donc les Communes, peuvent intenter action contre CPI, à la condition qu'elles concluent en paiement à la société. Cela étant, cette action doit s'effectuer au siège de CPI, au Luxembourg.
- Au vu des coûts supplémentaires que cela engendrerait et de la volonté actuelle des Communes de trouver un compromis avec CPI, il ne paraît pas indiqué d'intenter une telle action aujourd'hui.

3. L'action en constatation de nullité (art. 714 CO) ;

- Cette action est à la disposition des Communes, qui peuvent agir en tant qu'actionnaire à l'encontre de la décision du Conseil d'administration relative à l'achat des actions de CMAI détenues par CPI. L'action devra être introduite au siège de CMA, dès lors que l'action est intentée contre la société.
- Il faut évaluer l'opportunité d'une telle action : si le Tribunal constate la nullité du contrat de vente, il appartiendra certes à CPI de restituer les CHF 35.3 millions perçus mais également à CMA de lui restituer la propriété des actions de CMAI avec pour corollaire une diminution de capital dont les conséquences sur le bilan sont difficiles à évaluer.

De plus, dans le contexte politique actuel et au vu des prochaines échéances de votation, cette action conduirait à une crise médiatique et populaire bien plus importante que celle survenue en avril 2018.

4. La responsabilité du conseil d'administration (art. 754 et 756 CO) ;

- L'action est ouverte aux Communes à l'encontre du Conseil d'administration, mais est limitée au paiement du dommages-intérêts en faveur de CMA. Elle pourra être intentée au siège de CMA, à Crans-Montana.
- Ce n'est qu'un fois le dommage chiffré que cette action sera ouverte.
- Or, cette action ne semble in casu pas appropriée, ce pour les mêmes raisons politiques que la précédente. De plus, en intentant une action contre Monsieur [REDACTED] administrateur de CMA, les Communes risquent de perdre son soutien économique, exécuté au travers de CPI, qui est au demeurant le poumon économique de CMA.

b. Actions pénales

Moyennant la confirmation des éléments à disposition et sous réserve de motifs justificatifs voire d'exculpation, il serait envisageable de déposer plainte pénale contre le Conseil d'administration, respectivement contre Messieurs [REDACTED] et [REDACTED] pour faux dans les titres (art. 251 CP), obtention frauduleuse d'une constatation fausse (art. 253 CP), escroquerie (art. 146 CP) et gestion déloyale (art. 158 CP).

Cela étant, cette plainte conduirait les Communes à perdre tout soutien de Monsieur [REDACTED] et de CPI, qui sont au demeurant le poumon économique de CMA.