

## 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

<b>I. PRÉAMBULE .....</b>	<b>3</b>
<b>II. RAPPEL DES FAITS.....</b>	<b>4</b>
<b>III. L'AUGMENTATION DE CAPITAL-ACTIONS DE CMA ET LA REPRISE DE BIENS DU 5 DÉCEMBRE 2016 ONT-ILS ÉTÉ VALABLEMENT EFFECTUÉS ? .....</b>	<b>9</b>
<b>IV. ANALYSE DE LA REPRISE DE BIENS SELON LES ART. 628 AL. 2 ET 642 CO.....</b>	<b>11</b>
<b>V. LES ACTIONS JURIDIQUES ENVISAGEABLES.....</b>	<b>17</b>
<b>a. Introduction .....</b>	<b>17</b>
<b>b. Actions civiles.....</b>	<b>18</b>
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
<b>c. Actions pénales .....</b>	<b>43</b>
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
<b>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 ? .....</b>	<b>54</b>
1. Concernant leurs droits comme actionnaires .....	54
2. Concernant leurs droits issus de la convention-cadre et du contrat de nantissement.....	55
<b>e. Quelques considérations supplémentaires.....</b>	<b>57</b>
1. La perte en capital .....	57
2. Le principe de la décharge.....	59
3. Les Communes en tant que créancières-gagistes .....	62
<b>VI. CONCLUSION.....</b>	<b>64</b>

## 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 35'396'546.06<sup>1</sup> 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 Icoigne (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 conclurons 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.

---

<sup>1</sup> 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 barrage<sup>2</sup>.

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 mios<sup>3</sup>.

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

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 actions<sup>5</sup>.

Endurance Sàrl les a ensuite entièrement revendues à CPI<sup>6</sup>.

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

5. Le 14 octobre 2016, CPI, CMA, CMAI et les Communes ont conclu de nombreux contrats<sup>8</sup>, 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 CPI<sup>9</sup> 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

<sup>2</sup> 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

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

<sup>4</sup> Pièce 3 - Rapport annuel CMA 2013-2014.

<sup>5</sup> Pièce 4 - Rapport annuel CMA 2014-2015

<sup>6</sup> Pièce 5 - Rapport annuel CMA 2015-2016.

<sup>7</sup> Pièce 5 - Rapport annuel CMA 2015-2016.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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 prêts<sup>10</sup>.

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 prêts<sup>11</sup>.

En contrepartie, CPI et CMA ont nanti leurs actions de CMAI en faveur des Communes<sup>12</sup>.

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

6. Tant la convention-cadre<sup>13</sup> que le contrat de nantissement<sup>14</sup> 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 mios<sup>15</sup>.
8. Le **18 octobre 2016**, l'Assemblée générale de CMA a décidé d'augmenter le capital-actions de CMA de CHF 50 mios<sup>16</sup>.
9. Le **1<sup>er</sup> décembre 2016**, l'Etude [REDACTED]<sup>17</sup> 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 utiles<sup>18</sup>, soit :

- a) le PV authentique du Conseil d'administration,

<sup>10</sup> Pièce 62 - Documents re AG CMA et CMAI 2018.

<sup>11</sup> Pièce 55 - Actes de cautionnement et prêts des Communes.

<sup>12</sup> Pièce 11 - Contrat de nantissement du 14.10.2016.

<sup>13</sup> Pièce 10 - Convention-cadre 14.10.2016.

<sup>14</sup> Pièce 11 - Contrat de nantissement du 14.10.2016.

<sup>15</sup> Pièce 22 - Rapport de [REDACTED] du 28.11.2017.

<sup>16</sup> Pièce 60 - PV AG CMA 2015-2017.

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

<sup>18</sup> 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]<sup>19</sup>.

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 %<sup>20</sup>.
12. Le **5 décembre 2016** toujours, CMA (acheteur) et CPI (vendeur) ont signé le contrat de vente des actions de CMAI<sup>21</sup> 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 contestée<sup>22</sup>.
14. En **2016** également, un prêt de CMA d'env. CHF 8.9 mios a été accordé à CPI<sup>23</sup>.
15. Ce prêt contrevient aux clauses prévues dans la convention-cadre du 14 octobre 2016<sup>24</sup>.
16. Par ailleurs, l'on observe que les comptes 2016 de CPI<sup>25</sup> 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.-<sup>26</sup>.
17. Puis, dans le rapport des réviseurs de CMA du **27 avril 2017**<sup>27</sup>, FIDUCIAIRE FIDAG SA, G. CLIVAZ BUREAU FIDUCIAIRE SA et FIDUCIAIRE DE CRANS-MONTANA (FCM) SA (ci-après "les trois fiduciaires") ont

<sup>19</sup> Pièce 9- Dossier RC 2808-2016.

<sup>20</sup> Pièce 6 - Rapport annuel CMA 2016.

<sup>21</sup> Pièce 28 - Share purchase agreement entre CPI et CMA.

<sup>22</sup> Pièce 65 - Rapport de Georges Gard du 12 juin 2018

<sup>23</sup> Pièce 6 - Rapport annuel CMA 2016 et pièce 37 - rapport CPI 2016.

<sup>24</sup> Pièce 10 - Convention-cadre du 14.10.2016.

<sup>25</sup> Pièce 37 - Comptes 2016 de CPI.

<sup>26</sup> Taux au 31.12.2016 de 1.08656 CHF pour 1 EUR.

<sup>27</sup> 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**<sup>28</sup>, 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 révision<sup>29</sup>.
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 poste<sup>30</sup>.
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 séquestrant<sup>31</sup>.  
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 séquestrant<sup>32</sup>.
22. Par courrier du **30 novembre 2017**<sup>33</sup>, 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.

<sup>28</sup> Pièce 60 - PV AG CMA 2015-2017.

<sup>29</sup> Pièce 60 - PV AG CMA 2015-2017.

<sup>30</sup> Pièce 60 - PV AG CMA 2015-2017

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

<sup>32</sup> Pièce 13 - Convention de séquestre du 04.08.2017.

<sup>33</sup> Pièce 18 - Lettre de KPMG SA du 30.11.2017.

23. Le projet de bilan 2017 de CMA<sup>34</sup>, 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 projet<sup>35</sup> 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)<sup>36</sup>.
26. Cependant, le rapport annuel 2017 de CPI<sup>37</sup> 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**<sup>38</sup> 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 CPI<sup>39</sup>, 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 indirectes<sup>40</sup> 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.

---

<sup>34</sup> Pièce 62 - Documents re AG CMA et CMAI 2018.

<sup>35</sup> Pièce 62 - Documents re AG CMA et CMAI 2018.

<sup>36</sup> Pièce 62 - Documents re AG CMA et CMAI 2018.

<sup>37</sup> Pièce 53 - CPI reports 2017.

<sup>38</sup> Pièce 65 - Rapport de Georges Gard.

<sup>39</sup> Pièce 37 - Comptes 2016 de CPI PROPERTY GROUP et Pièce 53 - CPI reports 2017.

<sup>40</sup> 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 conditionnelle<sup>41</sup>.

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 générale<sup>42</sup>.
- 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)<sup>43</sup>.

- 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 jour<sup>44</sup>.

Cette même décision de l'assemblée générale constate notamment :

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

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

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

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

<sup>44</sup> 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 droit<sup>45</sup>.

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)<sup>46</sup>.

Cependant, la Déclaration I fournie au Registre du commerce<sup>47</sup>, 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*).**

---

<sup>45</sup> Pièce 9 - Dossier RC 2808-2016.

<sup>46</sup> Pièce 9 - Dossier RC 2808-2016.

<sup>47</sup> 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 reprise<sup>48</sup>.

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-actions<sup>49</sup>.

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)<sup>50</sup>, 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 réviseur<sup>51</sup>.

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 applicables<sup>52</sup>.

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 cumulativement<sup>53</sup>:
  - 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).

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> HORISBRGER, *op. cit.*, p.184.

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

<sup>51</sup> HORISBRGER, *op. cit.*, p.184.

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

<sup>53</sup> 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 transférabilité<sup>54</sup>
  - 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**<sup>55</sup>.
  - **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 CO<sup>56</sup>. 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**<sup>57</sup>, sans pour autant qu'une obligation contractuelle ne soit déjà née<sup>58</sup>. La doctrine précise également que l'intention doit avoir été **révélée par des discussions entamées**<sup>59</sup>.

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**<sup>60</sup>. La contre-prestation versée par la société doit ainsi **bénéficier économiquement à l'actionnaire et non pas au proche formellement partie à la transaction**<sup>61</sup>.

<sup>54</sup> ATF 119 IV 319, in JdT 1995 IV 151.

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

<sup>56</sup> CR-CO, art. 628 N12.

<sup>57</sup> JdT 1985 I p.72, consid. 3 et référence citée.

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

<sup>59</sup> MONTAVON, Droit suisse de la Sàrl, p.74.

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

<sup>61</sup> *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 2002<sup>62</sup>. 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**<sup>63</sup>.

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 point<sup>64</sup>.

**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**<sup>65</sup>, 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 2016<sup>66</sup>.

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 2016<sup>67</sup>. La totalité des 125 millions d'actions émises à l'occasion de cette augmentation de capital a été souscrite par l'actionnaire majoritaire existant, CPI<sup>68</sup>.

Or, à cette même date, soit le 5 décembre 2016, à laquelle s'est également tenue de la séance du Conseil d'administration de CMA<sup>69</sup>, 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 CMAI<sup>70</sup>.

- 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 CMAI<sup>71</sup>, de sorte que ces actions sont transférables.

---

<sup>62</sup> ATF 128 III 178.

<sup>63</sup> ATF 128 III 178.

<sup>64</sup> HORISBRGER, *op. cit.*, p.188 et références citées.

<sup>65</sup> HORISBRGER, *op. cit.*, p.188.

<sup>66</sup> Pièce 9 - Dossier RC 2808-2016.

<sup>67</sup> Pièce 9 - Dossier RC 2808-2016.

<sup>68</sup> Pièce 6 - Rapport annuel CMA 2016.

<sup>69</sup> Pièce 9 - Dossier RC 2808-2016.

<sup>70</sup> Pièce 28 - Share purchase Agreement du 5 décembre 2016.

<sup>71</sup> 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 vendues<sup>72</sup>.

Enfin, les actions ont une valeur véritable et concrète<sup>73</sup>, 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 2015<sup>74</sup>.

Les actions de CMAI, acquises par CMA le 5 décembre 2016, l'ont été directement auprès de CPI<sup>75</sup>.

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 CPI<sup>76</sup>. 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 CMAI<sup>77</sup>.

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*"<sup>78</sup>.

De plus, par courrier du 25 novembre 2016, l'Etude [REDACTED]<sup>79</sup> 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*

<sup>72</sup> Pièce 28 – Share purchase Agreement du 5 décembre 2016.

<sup>73</sup> Voir notamment Pièce 65 - Rapport de Georges Gard.

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

<sup>75</sup> Pièce 28 – Share purchase Agreement du 5 décembre 2016.

<sup>76</sup> Pièce 10 – Convention-cadre du 14 octobre 2016.

<sup>77</sup> Pièce 10 – Convention-cadre du 14 octobre 2016.

<sup>78</sup> Pièce 11 - Convention de nantissement du 14.10.2016.

<sup>79</sup> 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 SA<sup>80</sup>.

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.*<sup>81</sup>

*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.*<sup>82</sup>

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 bienfondé<sup>83</sup>.

Enfin, l'Office fédéral du Registre du commerce lui-même refuse d'appliquer les conclusions de cet arrêt<sup>84</sup>.

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.

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

<sup>81</sup> Pièce 9 - Dossier RC 2808-2016.

<sup>82</sup> Pièce 47 - Dossier RC 2055-2014 re augmentation capital CMAI.

<sup>83</sup> HORISBRGER, *op. cit.*, p.188 et références citées.

<sup>84</sup> 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)**<sup>85</sup> ;
6. **L'art. 253 CP (obtention frauduleuse d'une constatation fausse)**<sup>86</sup> ;
7. **L'art. 146 CP (escroquerie)** ;
8. **L'art. 158 CP (gestion déloyale)**.

---

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

<sup>86</sup> 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 restitué<sup>87</sup>.

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.*"<sup>88</sup> **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 CA<sup>89</sup>. 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 prescrire<sup>90</sup>.

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 générale<sup>91</sup>.

En revanche, dans l'hypothèse où le demandeur est un actionnaire, comme ici, ce dernier ne dispose pas d'une telle représentation de tiers<sup>92</sup>. Il pourra tout au plus tenter une action en responsabilité contre le Conseil d'administration pour son inaction.

<sup>87</sup> CR CO II-CHENAUX/GACHET – ad art. 680 CO N 58.

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

<sup>89</sup> CR CO II-CHENAUX/GACHET – ad art. 680 CO N 58.

<sup>90</sup> CR CO II-CHENAUX/GACHET ad art. 680 CO N 58. Cf. *infra*.

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

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

**Légitimation passive : L'actionnaire visé<sup>93</sup>.**

**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'apport<sup>94</sup>.

**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 espèces<sup>95</sup>.

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 mios<sup>96</sup>.

Cependant, la valeur réelle de ces actions s'avère être de CHF 5.2 mios<sup>97</sup>.

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 2018<sup>98</sup>.

Pire encore, il ressort du bilan 2016 de CPI<sup>99</sup> que cette dernière avait évalué les actions de CMAI à EUR 14'038'000.-, soit env. CHF 15'253'130.-<sup>100</sup>.

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.

---

<sup>93</sup> Ibidem.

<sup>94</sup> Ibidem.

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

<sup>96</sup> 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.

<sup>97</sup> Pièce 65 – Rapport de Georges Gard.

<sup>98</sup> 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.

<sup>99</sup> Pièce 37 - Comptes 2016 de CPI PROPERTY GROUP.

<sup>100</sup> 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 fait<sup>101</sup>.

Les **attributions patrimoniales** faits par la société ne sont alors pas valables et doivent être restituées, tout comme les prestations reçues par la société<sup>102</sup>.

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 faveur<sup>103</sup>.

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)<sup>104</sup>.

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 société<sup>105</sup>.

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 biens<sup>106</sup>. *In fine*, il est recommandé d'agir au travers de l'action en enrichissement illégitime ou en constatation de nullité des décisions<sup>107</sup>.

*i.b.* **L'art. 678 CO** (Restitution de prestations) dispose que : <sup>1</sup> *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.*

<sup>2</sup> *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.*

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

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

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

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

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

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

<sup>105</sup> DIETSCHI, *op. cit.*, N.542ss.

<sup>106</sup> DIETSCHI, *op. cit.*, N.542ss.

<sup>107</sup> DIETSCHI, *op. cit.*, N.542ss.

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

<sup>2</sup> *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)<sup>108</sup>. Ce régime particulier permet dès lors d'échapper à certains écueils du régime ordinaire de l'enrichissement illégitime<sup>109</sup>.

**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 représentation<sup>110</sup>.

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

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 »<sup>113</sup>.

La disproportion doit être **évidente et manifeste avec la situation économique de la société**<sup>114</sup>. 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**<sup>115</sup>.

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

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

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

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

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

<sup>113</sup> 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

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

<sup>115</sup> 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 société<sup>116</sup>.

Les exemples cités par la jurisprudence et la doctrine sont notamment<sup>117</sup> :

- 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)**<sup>118</sup>.

- 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 société<sup>119</sup>. L'approbation de tous les intéressés ne peut pas guérir le caractère indu des prestations<sup>120</sup>.
- 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 effectuée<sup>121</sup>.

**Légitimation active** : la **société** ou l'**actionnaire**, ce dernier agissant en paiement à la société<sup>122</sup>.

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

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

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

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

<sup>119</sup> URBEN Luca, op.cit., p. 569.

<sup>120</sup> 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.

<sup>121</sup> URBEN Luca, op.cit., p. 569.

<sup>122</sup> 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 société<sup>123</sup>.

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

**Légitimation passive** : l'actionnaire visé, les membres du Conseil d'administration et/ou les personnes proches<sup>125</sup>.

**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 créance<sup>126</sup>. 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 versement<sup>127</sup>.

**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.<sup>128</sup>

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 espèces<sup>129</sup>.

Le capital-actions de CMA s'élève<sup>130</sup> :

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 ;

<sup>123</sup> CR CO II-CHENAU/GACHET ad art. 678 CO N 64.

<sup>124</sup> CR CO II-CHENAU/GACHET ad art. 678 CO N 65.

<sup>125</sup> CR CO II-CHENAU/GACHET ad art. 678 CO N 69-70.

<sup>126</sup> CR CO II-CHENAU/GACHET ad art. 678 CO N 71. *Contra* : BSK-DR 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.

<sup>127</sup> CR CO II-CHENAU/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.

<sup>128</sup> CR CO II-CHENAU/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.

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

<sup>130</sup> 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 mios<sup>131</sup>.

Cependant, la valeur réelle de ces actions s'est avéré être de CHF 5.2 mios<sup>132</sup>.

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 01.12.2016<sup>133</sup>, 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]<sup>134</sup>.

Au contraire, les actions de CMAI avaient été largement surévaluées<sup>135</sup>.

CPI le savait d'ailleurs pertinemment, dès lors que ses deux administrateurs, Messieurs [REDACTED] et [REDACTED], siégeaient également au conseil d'administration de CMA<sup>136</sup>, de CMAI<sup>137</sup> et de CPI<sup>138</sup>,

<sup>131</sup> 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.

<sup>132</sup> Pièce 65 – Rapport de Georges Gard.

<sup>133</sup> Pièce 27 - Rapport n°2 de [REDACTED] du 01.12.2016.

<sup>134</sup> Pièce 27 - Rapport n°2 de [REDACTED] du 01.12.2016.

<sup>135</sup> Pièce 65 – Rapport de Georges Gard.

<sup>136</sup> Pièce 1 – Extrait du RC de CMA et Pièce 31 – Extrait du RC de CPI.

<sup>137</sup> Pièce 8 - Rapport annuel CMAI 2015-2016.

<sup>138</sup> 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 mios<sup>139</sup>.

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 prêt<sup>140</sup>, 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.

<sup>139</sup> Pièce 37 - Comptes 2016 de CPI PROPERTY GROUP.

<sup>140</sup> 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 Luxembourg<sup>141</sup>.

---

<sup>141</sup> 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*<sup>142</sup>.

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 nullité<sup>143</sup>.

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

- La décision qui est impossible, illicite ou contraire aux mœurs (art. 20 CO)<sup>144</sup> ;
- La décision qui prive certains administrateurs du droit de participer aux séances ou de leur droit de vote<sup>145</sup> ;
- La décision qui refuse de renseigner un administrateur de manière arbitraire<sup>146</sup> ;
- La décision qui décide de la distribution d'un dividende (dans la mesure où cette décision est de la compétence de l'assemblée générale)<sup>147</sup> ;
- **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 capital<sup>148</sup>.

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

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

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

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

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

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

<sup>148</sup> 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 nominale<sup>149</sup>.

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

## 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 nullité<sup>151</sup>.

**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 CPI<sup>152</sup> 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 capital<sup>153</sup>. Cela fut derechef attesté lors de l'inscription de l'augmentation de capital par le Registre du commerce.

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

<sup>150</sup> Ibidem.

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

<sup>152</sup> Pièce 28 – Share purchase Agreement du 5 décembre 2016.

<sup>153</sup> 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-Montana<sup>154</sup>.

---

<sup>154</sup> 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 : <sup>1</sup> *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.*

<sup>2</sup> *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,** <sup>1</sup> *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.*

<sup>2</sup> *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 activité<sup>155</sup>.

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 notamment<sup>156</sup> :

- 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 ;

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

<sup>156</sup> 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 connaître<sup>157</sup>. La doctrine parle à cet égard de la "*Business Judgment Rule*", expression désignant un système procédural d'analyse des décisions commerciales<sup>158</sup>.

Le **devoir de fidélité** comprend le devoir de sauvegarder les intérêts de la société et non des intérêts propres<sup>159</sup>.

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 déloyale<sup>160</sup>.

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 engagée<sup>161</sup>.

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.*

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

<sup>157</sup> 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.

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

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

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

<sup>161</sup> ATF 102 II 353 c. 3a.

<sup>3</sup> 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 négligence<sup>162</sup>.

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 incombent<sup>163</sup>.

#### 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 manqué<sup>164</sup>.

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 produit<sup>165</sup>.

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 CO<sup>166</sup>. 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 invoqué<sup>167</sup>.

La **causalité naturelle** est fondée lorsque le comportement reproché constitue une condition *sine qua non* du résultat<sup>168</sup>. La **causalité adéquate** implique que le comportement reproché était propre, d'après

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

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

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

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

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

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

<sup>168</sup> 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 produit<sup>169</sup>.

## Légitimation active :

Dans le cadre de l'art. 754 CO, l'action peut être exercée par la société elle-même<sup>170</sup>.

Cela étant, selon l'art. 756 al. 1 CO, *« Pour 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 causé<sup>171</sup>.

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 société<sup>172</sup>.

**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 ricochet<sup>173</sup>.

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)<sup>174</sup>.

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*

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

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

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

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

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

<sup>174</sup> Rouiller/Bauen/Bernet/Lasserre Rouiller, La société anonyme suisse, 2<sup>ème</sup> 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, <sup>1</sup> *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.*

<sup>2</sup> *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 déficit<sup>175</sup>.

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 capital<sup>176</sup>.

<sup>175</sup> Pièce 6 - Rapport annuel CMA 2016 et Pièce 8 - Rapport annuel CMAI 2015-16

<sup>176</sup> 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 CPI<sup>177</sup>, 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 CPI<sup>178</sup>.

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."*<sup>179</sup>

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."*<sup>180</sup>

Ainsi, Monsieur [REDACTED] lui-même se présente comme le défenseur des intérêts économiques en Suisse de Monsieur [REDACTED] soit notamment de CPI<sup>181</sup>.

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 du de la signature de la réquisition au Registre du commerce et des documents l'accompagnant<sup>182</sup> – notamment la Déclaration I –, le Conseil d'administration avait déjà décidé de

<sup>177</sup> Pièce 1- Extrait RC CMA et Pièce 31 - Extrait du RC de CPI PROPERTY GROUP.

<sup>178</sup> Pièce 31 - Extrait du RC de CPI PROPERTY GROUP.

<sup>179</sup> Pièce 40 - Articles de presse portant sur CMA.

<sup>180</sup> Pièce 40 - Articles de presse portant sur CMA.

<sup>181</sup> Pour rappel, [REDACTED] est actionnaire majoritaire de CPI.

<sup>182</sup> 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 CMA<sup>183</sup>, 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 achat<sup>184</sup>.

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.

<sup>183</sup> Pièce 6 - Rapport annuel CMA 2016 et Pièce 60 - PV AG CMA 2015-2017.

<sup>184</sup> 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 <sup>1</sup> *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.*

<sup>2</sup> *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**<sup>185</sup>.

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)<sup>186</sup>.

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).

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

<sup>186</sup> 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 réviseur<sup>187</sup>.**

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 constate<sup>188</sup>.

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<sup>189</sup>** :

<sup>1</sup> *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.*

<sup>2</sup> *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.*

<sup>3</sup> *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.*

<sup>4</sup> *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.*

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

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

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

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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** suffit<sup>190</sup>.

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 adéquate<sup>191</sup>.

**Le manque de temps ou de connaissance n'est pas une excuse**<sup>192</sup>.

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)<sup>193</sup>.

## 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 référer<sup>194</sup>.

## 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 référer<sup>195</sup>.

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

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

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

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

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

<sup>195</sup> 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)<sup>196</sup>.

**Prescription** : La prescription est celle de l'art. 760 CO<sup>197</sup>.

**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 fiduciaires<sup>198</sup>.

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."*<sup>199</sup>

Lors de l'assemblée générale du 18 mai 2017<sup>200</sup>, l'assemblée général 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."*<sup>201</sup>

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)"*<sup>202</sup>.

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

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

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

<sup>198</sup> Pièce 1- Extrait RC CMA.

<sup>199</sup> Pièce 6 - Rapport annuel CMA 2016.

<sup>200</sup> Pièce 60 - PV AG CMA 2015-2017.

<sup>201</sup> Pièce 18 - Lettre de KPMG SA du 30.11.2017.

<sup>202</sup> 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 2018<sup>203</sup> n'indique pas la problématique de l'art. 725 al. 1 CO.

En cas d'omission, KPMG engagerait sa responsabilité.

---

<sup>203</sup> 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-même<sup>204</sup>.

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 CP<sup>205</sup>.

La **distribution cachée de dividendes**, dans la mesure où elle entraîne une falsification du bilan, peut également être qualifiée de faux dans les titres<sup>206</sup>.

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

<sup>205</sup> 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.

<sup>206</sup> 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 suffit<sup>207</sup>.

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**<sup>208</sup>.

- 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 2017<sup>209</sup>.

A cela s'ajoute le fait que ce remboursement indu n'apparaît pas dans le bilan 2016 de CMA<sup>210</sup>, 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 annuels<sup>211</sup>.

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.

<sup>207</sup> Bernard CORBOZ, op. cit., p. 263.

<sup>208</sup> CORBOZ, op. cit., p. 265.

<sup>209</sup> Pièce 52 - Documents re AG CMA et CMAI 2018

<sup>210</sup> Pièce 6 - Rapport annuel CMA 2016.

<sup>211</sup> 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**<sup>212</sup> (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 officielle<sup>213</sup>.

Les registres publics auxquels les tiers peuvent se fier constituent des titres authentiques également<sup>214</sup>.

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 véridique<sup>215</sup>.

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 suffit<sup>216</sup>.

### 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 fausse<sup>217</sup>.

<sup>212</sup> ATF 100 IV 241 c. 1 ; CORBOZ, op. cit., p. 282.

<sup>213</sup> CORBOZ, op. cit., p. 282-283.

<sup>214</sup> CORBOZ, op. cit., p. 283 et références citées.

<sup>215</sup> CORBOZ, op. cit., p. 284.

<sup>216</sup> *Ibidem*.

<sup>217</sup> 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)<sup>218</sup>.

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 CPI<sup>219</sup>, 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 CMAI<sup>220</sup>.

Le contrat de nantissement confirme d'ailleurs la volonté de CMA et CPI de conclure un contrat de vente des actions de CMAI<sup>221</sup>.

De plus, par courrier du 25 novembre 2016, l'Etude [REDACTED]<sup>222</sup> 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"<sup>223</sup>.

<sup>218</sup> Pièce 9 - Dossier RC 2808-2016.

<sup>219</sup> Pièce 10 – Convention-cadre du 14 octobre 2016.

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

<sup>221</sup> Pièce 11 - Contrat de nantissement du 14.10.2016.

<sup>222</sup> 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.

<sup>223</sup> 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 CMA<sup>224</sup>. 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 2016<sup>225</sup>.

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.

---

<sup>224</sup> Pièce 28 - Share purchase agreement du 05.12.2016.

<sup>225</sup> 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,<sup>1</sup> *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.*

<sup>2</sup> *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.*

<sup>3</sup> *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**<sup>226</sup>.

- 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 actuel<sup>227</sup>.
- 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 garant<sup>228</sup>.
- 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 déjà<sup>229</sup>.

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**<sup>230</sup>.

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

<sup>226</sup> CORBOZ, op. cit., p. 322.

<sup>227</sup> CORBOZ, op. cit., p. 322-323.

<sup>228</sup> CORBOZ, op. cit., p. 324-325.

<sup>229</sup> CORBOZ, op. cit., p. 325-326.

<sup>230</sup> 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**<sup>231</sup>.

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**<sup>232</sup>.

### Éléments constitutifs subjectifs :

L'infraction doit être **intentionnel**, étant précisé que le **dol éventuel** suffit<sup>233</sup>.

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

### Concours :

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

- ii. **En l'espèce**, par contrat de vente d'actions de CMAI du 5 décembre 2016<sup>236</sup>, dont il a résulté une surévaluation de CHF 30.1 mios en faveur de CPI<sup>237</sup>, CMA a perdu de sa substance, au point d'en arriver aujourd'hui à une perte en capital selon l'art. 725 al. 1 CO<sup>238</sup>.

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)<sup>239</sup>.

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 [REDACTED], [REDACTED] et [REDACTED], 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 [REDACTED] qui surestimait la valeur des actions de

<sup>231</sup> CORBOZ, op. cit., p. 327-328.

<sup>232</sup> CORBOZ, op. cit., p. 328.

<sup>233</sup> CORBOZ, op. cit., p. 332.

<sup>234</sup> CORBOZ, op. cit., p. 332.

<sup>235</sup> CORBOZ, op. cit., p. 334.

<sup>236</sup> Pièce 28 - Share purchase agreement entre CPI et CMA.

<sup>237</sup> Pièce 65 - Rapport de Georges Gard.

<sup>238</sup> Pièce 62 - Documents re AG CMA et CMAI 2018.

<sup>239</sup> Pièce 22 - Rapport de [REDACTED] du 28.11.2017.

CMAI<sup>240</sup>. 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 mios<sup>241</sup> puis donné décharge au Conseil d'administration pour la gestion de l'exercice 2016<sup>242</sup>.

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 CPI<sup>243</sup> 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.*"<sup>244</sup>

- 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.

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

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

<sup>242</sup> Pièce 60 - PV AG CMA 2015-2017.

<sup>243</sup> Pièce 31 - Extrait du RC de CPI PROPERTY GROUP.

<sup>244</sup> 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 causalité<sup>245</sup>.

- 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**<sup>246</sup>.

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**<sup>247</sup>.

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**<sup>248</sup>.

---

<sup>245</sup> CORBOZ, op. cit., p. 427ss.

<sup>246</sup> CORBOZ, op. cit., p. 427-428.

<sup>247</sup> CORBOZ, op. cit., p. 428.

<sup>248</sup> 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 adopter<sup>249</sup>.
  
- 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<sup>250</sup>.

### Éléments constitutifs subjectifs :

L'infraction doit être **intentionnel**, étant précisé que le **dol éventuel** suffit<sup>251</sup>.

Le **dessin 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 mio<sup>252</sup>.

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 CO<sup>253</sup>.

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)<sup>254</sup>.

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 incombent (cf. *supra ad action en responsabilité des administrateurs*).

---

<sup>249</sup> CORBOZ, op. cit., p. 428-429.

<sup>250</sup> CORBOZ, op. cit., p. 429.

<sup>251</sup> CORBOZ, op. cit., p.430.

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

<sup>253</sup> Pièce 62 - Documents re AG CMA et CMAI 2018.

<sup>254</sup> 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 CPI<sup>255</sup>, 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."*<sup>256</sup>

- 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].

---

<sup>255</sup> Pièce 31 - Extrait du RC de CPI PROPERTY GROUP.

<sup>256</sup> 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)<sup>257</sup>.

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)<sup>258</sup>.

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 mios<sup>259</sup>.

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 2017<sup>260</sup>, 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 Gard<sup>261</sup> arrive à la conclusion que le dommage causé aux Communes s'élève à CHF 2'634'400.-.

<sup>257</sup> 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.

<sup>258</sup> 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."

<sup>259</sup> Pièce 65 – Rapport de Georges Gard.

<sup>260</sup> Pièce 22 – Rapport de [REDACTED] du 28.11.2017.

<sup>261</sup> 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 chef<sup>262</sup>.

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 contrats<sup>263</sup>, à savoir une convention-cadre qui chapeautait :

- a) le contrat de nantissement, en faveur des Communes, des actions de CMA détenues par CPI<sup>264</sup> 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 prêts<sup>265</sup>.

---

<sup>262</sup> 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 (CEMAI), Neuchâtel (Helbing) 2014, p.133 N. 85.

<sup>263</sup> 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.

<sup>264</sup> 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 %.

<sup>265</sup> Pièce 55 – Actes de cautionnement et prêts des Communes.

En contrepartie, CPI et CMA ont nanties leurs actions de CMAI en faveur des Communes<sup>266</sup>.

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 2016<sup>267</sup>.

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 2016<sup>268</sup> 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.

\* \* \* \* \*

---

<sup>266</sup> Pièce 11 - Contrat de nantissement du 14.10.2016.

<sup>267</sup> Pièce 11 - Contrat de nantissement du 14.10.2016.

<sup>268</sup> 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 pertes<sup>269</sup>.

La limite de l'art. 725 al. 1 CO est ainsi dépassée dans deux hypothèses<sup>270</sup> :

- 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**<sup>271</sup>.

- 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 proposées<sup>272</sup>.

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<sup>273</sup>, 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**<sup>274</sup>.

- 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<sup>275</sup>.

Les actionnaires sont libres d'accepter ou de rejeter les mesures d'assainissement proposées par le Conseil d'administration<sup>276</sup>.

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'assainissement<sup>277</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>277</sup> 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, etc**<sup>278</sup>.

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.**<sup>279</sup>.

- 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.

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

<sup>279</sup> 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 : *"<sup>1</sup> 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.*

*<sup>2</sup> 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 gestion<sup>280</sup>.

**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 actionnaires<sup>281</sup>.**

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 générale<sup>282</sup>.**

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 trompeuse<sup>283</sup>.

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 causé<sup>284</sup>.

<sup>280</sup> MONTAVON/MONTAVON/BUCHELER/JABBOUR/MATTHEY/REICHLIN, La société anonyme suisse, 2<sup>ème</sup> éd., (Schulthess) 2017, pg. 560.

<sup>281</sup> Ibid., pg. 561.

<sup>282</sup> Ibid., pg. 561.

<sup>283</sup> CR CO II—CORBOZ/GIRARDIN, ad. art. 758 CO N 10.

<sup>284</sup> MONTAVON/MONTAVON/BUCHELER/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 donnée<sup>285</sup>.
- 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 délai<sup>286</sup>.
- 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 gestion<sup>287</sup>.

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 CMA<sup>288</sup>, 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 achat<sup>289</sup>. Au contraire, il l'a vivement contesté<sup>290</sup>.

<sup>285</sup> Ibid. pg. 562.

<sup>286</sup> Ibid. pg. 562.

<sup>287</sup> Pièce 60 - PV AG CMA 2015-2017.

<sup>288</sup> Pièce 6 - Rapport annuel CMA 2016 et Pièce 60 - PV AG CMA 2015-2017.

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

<sup>290</sup> 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 [...]"<sup>291</sup>, 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."<sup>292</sup>

- 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-cadre<sup>293</sup> et le contrat de nantissement du 14 octobre 2016<sup>294</sup>.

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.**

<sup>291</sup> Pièce 66 – Email de Monsieur [REDACTED] du 14.05.2018.

<sup>292</sup> Pièce 66 – Email de Monsieur [REDACTED] du 14.05.2018.

<sup>293</sup> Pièce 10 – Convention-cadre du 14 octobre 2016.

<sup>294</sup> Pièce 11 - Contrat de nantissement du 14.10.2016.

### 3. Les Communes en tant que créancières-gagistes

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

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

<sup>3</sup> 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 2016<sup>295</sup>, dont il a résulté une surévaluation de CHF 30.1 mios en faveur de CPI<sup>296</sup>, CMA a perdu de sa substance, au point d'en arriver aujourd'hui à une perte en capital selon l'art. 725 al. 1 CO<sup>297</sup>.

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)<sup>298</sup>.

Par ailleurs pour rappel, le contrat de nantissement du 14 octobre 2016<sup>299</sup> 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).

<sup>295</sup> Pièce 28 - Share purchase agreement entre CPI et CMA.

<sup>296</sup> Pièce 65 - Rapport de Georges Gard.

<sup>297</sup> Pièce 62 - Documents re AG CMA et CMAI 2018.

<sup>298</sup> Pièce 22 - Rapport de [REDACTED] du 28.11.2017.

<sup>299</sup> 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.-<sup>300</sup>.

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.-<sup>301</sup>.

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 UBS<sup>302</sup>.

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 mios<sup>303</sup>.

Par conséquent, malgré la dépréciation de la valeur des actions de CMA (et de CMAI), le gage demeure couvert<sup>304</sup>.

**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.**

---

<sup>300</sup> Pièce 65 - Rapport de Georges Gard.

<sup>301</sup> Pièce 65 - Rapport de Georges Gard.

<sup>302</sup> Pièce 52 - Email de Me [REDACTED] du 17 avril 2018.

<sup>303</sup> Pièce 55 - Actes de cautionnement et prêts des Communes.

<sup>304</sup> 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.

**G & P Fiduciaire SA**

86 bis, route de Frontenex

case postale 6364 · CH-1211 Genève 6

tél. +41 22 807 24 00 · [Info@gpfiduciaire.ch](mailto:Info@gpfiduciaire.ch)

[www.gpfiduciaire.ch](http://www.gpfiduciaire.ch)



## **CMA Immobilier SA, Crans-Montana**

### **Rapport d'estimation**

12 juin 2018

## Table des matières

1	Introduction et mandat .....	3
2	Travaux effectués et documents utilisés .....	3
3	Méthode d'évaluation .....	3
3.1	Méthode de la valeur intrinsèque .....	4
3.2	Méthode du cash flow actualisé (Discounted cash flow) .....	4
3.3	Valeur de rendement .....	4
3.4	Méthode dite des praticiens .....	4
3.5	La méthode des multiples de l'EBITDA .....	5
4	Application des méthodes .....	5
5	Restauration – valeur du fonds de commerce .....	5
6	Restauration – valeur de l'immobilier .....	6
7	Parking .....	7
8	Dettes .....	7
9	Valeur de CMA Immobilier SA .....	7
10	Comparaison avec la méthode des praticiens.....	8
11	Prise en compte des résultats 2017 .....	8
12	Comptabilisation de moins-values comptables dans les comptes de CPI.....	8
13	Estimation du dommage subi par les communes.....	9
14	Estimation de la valeur du gage.....	9
15	Conclusions.....	10
	Annexe 1.....	11
	Annexe 2.....	12
	Annexe 3.....	13

## 1 Introduction et mandat

Le 5 décembre 2016, la société Remontées Mécaniques Crans Montana Aminona (CMA) SA (ci-après CMA) a augmenté son capital-actions de CHF 37'400'000 à CHF 87'400'000, sous la forme d'une augmentation ordinaire avec libération en espèces de CHF 50'000'000. Les nouvelles actions sont entièrement souscrites et libérées par l'actionnaire majoritaire de CMA, CPI Properties Group, Luxembourg (CPI).

Le même jour, CMA a acquis de CPI 378'743'000 actions (88.49%) de la société CMA Immobilier SA (ci-après CMAI) pour un prix de CHF 35'396'542.06.

A la demande des communes de Crans-Montana, Icogne et Lens (ci-après « les communes »), nous avons effectué les travaux suivants :

- Estimation de la valeur des actions de CMAI à la date d'acquisition, dans le cadre de la revue des opérations liées à l'augmentation de capital du 5 décembre 2016 de CMA SA et de l'acquisition par cette dernière des actions de CMAI ;
- Estimation du dommage subi par les communes en cas de surévaluation des actions CMAI ;
- Estimation de la valeur du gage (actions de CMA et de CMAI) donné aux communes.

## 2 Travaux effectués et documents utilisés

Nous avons effectué nos travaux sur la base des documents suivants :

1. Rapports annuels de CMA pour les exercices 2013/2014, 2014/2015, 2015/2016 et 2016 ;
2. Rapports annuels de CMAI pour les exercices 2014/2015 et 2015/2016 ;
3. Bilan, compte de résultat et annexes de CMAI au 31 décembre 2016 ;
4. Rapport annuel 2017 de CMA ;
5. Rapport annuel 2017 de CMAI ;
6. Rapports annuels 2016 et 2017 de CPI.

Compte tenu de la documentation limitée à disposition (absence de comptabilité analytique d'exploitation, d'une analyse des marges par secteurs et d'autres données extra-comptables), cette estimation ne constitue pas une valorisation définitive de CMAI. Nous estimons néanmoins qu'elle constitue une indication raisonnable de la valeur de la société au 5 décembre 2016.

## 3 Méthode d'évaluation

Les principales méthodes utilisées dans le cadre de l'évaluation d'une entreprise non cotée sont les suivantes :

### 3.1 Méthode de la valeur intrinsèque

Cette méthode est la plus simple. Elle consiste à déterminer la valeur sur la base de l'actif net de la société, sans prendre en compte la valeur de rendement. Elle a toutefois le désavantage de ne retenir que la valeur des actifs nets d'une société sans considérer un éventuel goodwill ou badwill (par exemple le potentiel de développement de la société). Dans le cas présent, elle ne nous semble pas appropriée compte tenu de l'importance de l'activité opérationnelle de CMAI.

### 3.2 Méthode du cash flow actualisé (Discounted cash flow)

Cette méthode ne se base pas sur les résultats des années précédentes, mais sur les flux financiers que générera l'entreprise dans le futur. Elle nécessite l'établissement de tableaux de flux de fonds qui prennent en compte tant l'activité opérationnelle que les besoins en investissement. Fréquemment utilisée dans les évaluations d'entreprises, elle nécessite des données détaillées sur les revenus et les charges futures ainsi que les besoins en investissement sur les 5 à 10 prochaines années. Faute d'information à notre disposition, nous avons renoncé à appliquer cette méthode.

### 3.3 Valeur de rendement

La valeur de rendement est basée exclusivement sur les revenus réalisables et le rendement escompté d'une entreprise. Le rendement moyen ajusté des produits et des charges extraordinaires pour les deux ou trois dernières années est capitalisé au moyen d'un taux qui tient compte du risque propre à l'investissement.

Cette méthode est souvent utilisée pour évaluer les immeubles de placement. Les loyers sont ainsi actualisés à un taux fixé en fonction de l'objet et de son emplacement. Nous avons retenu cette méthode pour évaluer les actifs immobiliers de CMAI.

### 3.4 Méthode dite des praticiens

Cette méthode se fonde sur la valeur de rendement des deux ou des trois derniers exercices combinés à la valeur intrinsèque, soit :

$$\text{Valeur de l'entreprise} = \frac{2 \times \text{valeur de rendement} + 1 \times \text{valeur intrinsèque}}{3}$$

La méthode des praticiens est souvent appliquée, notamment par les administrations fiscales cantonales pour l'estimation des actions de sociétés non cotées en bourse. Elle implique la prise en compte d'éventuelles réserves latentes au bilan et la correction du résultat au vu d'éléments extraordinaires. Faute d'information à notre disposition, nous n'avons pas retenu cette méthode. Nous l'avons toutefois utilisée dans le cadre de notre conclusion, uniquement à des fins de comparaison et en nous basant sur les comptes publiés de CMAI.

### **3.5 La méthode des multiples de l'EBITDA**

L'utilisation des multiples du résultat permet d'estimer une entreprise en fonction de sa capacité à rembourser l'investisseur sur un certain nombre d'années (multiple). D'une manière générale, pour des PME non cotées, les multiples peuvent varier entre 5 et 8. Il convient d'enlever de la valeur obtenue, l'endettement financier (crédits bancaires, comptes courants, etc.).

La méthode du multiple de l'EBITDA est souvent rencontrée dans la pratique pour obtenir une estimation de la valeur d'une entreprise. Nous avons retenu cette méthode pour l'estimation de la valeur d'exploitation des restaurants de CMAI.

## **4 Application des méthodes**

CMAI exerce principalement deux activités : l'exploitation de restaurants et la location de parkings. La société est par ailleurs propriétaire des biens immobiliers dans lesquels se trouvent les restaurants.

Notre approche a consisté à différencier la partie immobilière de l'exploitation des restaurants. Nous avons ainsi fait l'hypothèse que l'exploitation des restaurants était indépendante du parc immobilier.

Ainsi, pour l'estimation de la valeur des restaurants, et à défaut de projections de chiffres d'affaires futurs fiables, nous avons retenu une moyenne historique à partir de laquelle nous avons estimé un EBITDA qui prenne en compte un loyer théorique (méthode des multiples de l'EBITDA).

Ce loyer théorique a ensuite été capitalisé pour obtenir la valeur des biens immobiliers liés à la restauration (méthode de la valeur de rendement).

Pour l'estimation de la valeur des parkings, nous avons appliqué la méthode de la valeur de rendement.

## **5 Restauration – valeur du fonds de commerce**

Un indicateur de la valeur d'un restaurant (fonds de commerce uniquement) est son chiffre d'affaires. Selon les informations obtenues de Gastroconsult AG, société fiduciaire proche de GastroSuisse, les multiples communément appliqués varient entre 50% et 100%, soit une fois le chiffre d'affaires pour la valeur maximale. Ces valeurs sont confirmées par Selectissimo Sàrl, agence spécialisée dans la remise des fonds de commerce en Suisse romande. En fonction notamment de l'emplacement, du potentiel de développement et d'autres facteurs spécifiques, un coefficient plus élevé peut être retenu. Cela est toutefois rarement le cas.

La seule considération du chiffre d'affaires n'est toutefois pas suffisante. La marge dégagée par l'exploitation du restaurant doit également être prise en compte.

#### Chiffre d'affaires

Dans le cas de CMAI, nous avons ainsi retenu le chiffre d'affaires moyen des exercices 2013/2014, 2014/2015 et 2015/2016, soit CHF 3'287'000. Nous avons appliqué un coefficient de 60%. Ce taux est plus élevé que le bas de la fourchette mentionnée plus haut (50%) compte tenu de la situation privilégiée des restaurants (quasi-monopole sur les pistes de skis et synergie avec les remontées mécaniques). Il ne nous semble toutefois pas opportun de retenir la valeur maximale de 100% ou même une valeur proche de cette dernière en raison de la forte dépendance aux conditions météorologiques et économiques (activité du tourisme). Le chiffre d'affaires déterminant ainsi obtenu s'élève à CHF 1'972'000.

#### EBITDA

CMAI a montré un EBITDA positif de CHF 187'000 pour l'exercice 2014/2015 et un EBITDA négatif de CHF 408'000 pour l'exercice 2015/2016. Dans son rapport aux actionnaires sur l'exercice 2015/2016, le président du Conseil d'administration estimait qu'une cible d'un EBITDA de 15% pour la restauration semblait ambitieuse, mais réalisable. Nous avons retenu ce pourcentage. Des actions étaient envisagées dans le sens d'une amélioration de la rentabilité. Compte tenu du chiffre d'affaires moyen mentionné plus haut de CHF 3'287'000, l'EBITDA moyen s'élève à CHF 493'000. De ce montant, nous avons déduit un loyer théorique estimé à 6% du chiffre d'affaires (CHF 197'000), ceci afin d'isoler l'activité de la restauration de la partie immobilière. L'EBITDA moyen sur trois ans ainsi obtenu s'élève à CHF 296'000. En utilisant un multiple raisonnable de 7, soit un chiffre compris dans la fourchette mentionnée sous 3.5, nous obtenons, pour l'estimation du fonds de commerce des restaurants, une valeur de

**CHF 2'071'000**

## **6 Restauration – valeur de l'immobilier**

Les biens immobiliers de CMAI sont essentiellement affectés à l'exploitation de restaurants. Une réaffectation à d'autres activités génératrices de revenus n'a pas été envisagée dans la mesure où, si cela devait être possible, d'importants investissements seraient nécessaires.

La valeur moyenne des recettes de loyers retenue pour la détermination de l'EBITDA est de CHF 197'000. La détermination du taux de capitalisation doit tenir compte du caractère spécifique de l'utilisation des biens immobiliers (exploitation de restaurants), de leur situation (régions de montagne, notoriété du lieu). Alors que l'immobilier résidentiel est souvent évalué en utilisant un taux compris entre 5 et 6%, nous avons capitalisé ces loyers à un taux de 7% afin de prendre en compte la situation particulière de CMAI, notamment les risques liés à l'exploitation de restaurants d'altitude.

La valeur de l'immobilier des restaurants ainsi obtenue est de

**CHF 2'818'000**

## **7 Parking**

La valeur des parkings a été estimée en capitalisant la moyenne des recettes parking des exercices 2013/2014, 2014/2015 et 2015/2016, soit CHF 729'000 au même taux que celui utilisé pour le loyer des restaurants, soit 7%. La valeur immobilière des parkings ainsi obtenue est de

**CHF 10'414'000**

## **8 Dettes**

Afin de tenir compte des dettes au moment de l'acquisition, nous avons retenu la situation au 31 décembre 2016. A cette date, l'endettement de CMAI se détaillait comme suit :

	<u>CHF</u>
Dettes bancaires communes de Lens	3'000'000
Prêts bancaires (ATF)	4'900'000
Emprunts à long terme	<u>1'514'000</u>
<b>Total des dettes</b>	<b>9'414'000</b>

## **9 Valeur de CMA Immobilier SA**

En retenant les valeurs mentionnées ci-dessus, l'intégralité des actions de CMAI est estimée à CHF 5'900'000.- (CHF 15'300'000.- - 9'414.000.- = CHF 5'886'000.-).

La valeur des titres CMAI acquis par CMA simultanément à l'augmentation de capital du 5 décembre 2016, soit 88.49% de CMAI, est estimée à

**CHF 5'200'000**

Le détail de l'estimation figure à l'annexe 1.

## 10 Comparaison avec la méthode des praticiens

A des fins de comparaison, nous avons calculé la valeur des actions de CMAI en appliquant la méthode des praticiens. En 2013/2014, 2014/2015 et 2015/2016, la société n'a réalisé que des pertes. Compte tenu de ces pertes successives, la valeur de rendement de CMAI est donc nulle. La valeur des derniers capitaux propres connus à la date de l'acquisition de CMAI par CMA, soit ceux au 30 avril 2016, s'élève à CHF 14'578'000. Conformément à la circulaire 28 de la conférence suisse des impôts, et sous réserve de l'existence d'éventuelles réserves latentes dans le bilan de CMAI, la totalité des actions est estimée à :

$$\text{CHF } 4'859'333 = \frac{2 \times 0 + 1 \times 14'578'000}{3}$$

soit une valeur proche de celle des multiples utilisée sous point 9 ci-dessus.

## 11 Prise en compte des résultats 2017

Les comptes annuels 2017 de CMAI font apparaître un chiffre d'affaires lié aux restaurants de CHF 5'484'000 et des recettes parkings de CHF 824'000. Par rapport au dernier exercice de 12 mois, soit 2015/2016, cela représente des augmentations de respectivement 53,8 % et 3.5 %. Toutefois, l'EBITDA reste négatif. Il est passé de CHF -408'000 à CHF -1'760'000. La perte nette (avant éléments extraordinaires et hors période) a augmenté de CHF 1'217'000 à CHF 3'200'000. Malgré les investissements consentis récemment, notamment à Cry d'Er, CMAI ne parvient pas à trouver un résultat d'exploitation positif. L'objectif d'un EBITDA à 15% ne pourra être approché qu'en restructurant en profondeur l'activité opérationnelle de la société, voire en consentant de nouveaux investissements.

Les comptes 2017 tels que présentés, ne permettent pas d'estimer une valeur raisonnable de la société. Si l'exercice 2018 devait enregistrer une perte d'exploitation comparable, les fonds propres de CMAI se situeraient entre CHF 5 millions et CHF 6 millions, soit un montant proche de celui que nous avons obtenu sous point 9.

Sur la base des informations disponibles, cette dernière valeur nous paraît la plus raisonnable. Elle est toutefois dépendante de la capacité de CMAI à retrouver rapidement un résultat d'exploitation positif.

## 12 Comptabilisation de moins-values comptables dans les comptes de CPI

La valeur de CMAI estimée ci-dessus est largement inférieure à celle payée par CMA lors de l'acquisition de 2016, soit CHF 35'396'542.06. La revue des rapports annuels de CPI corrobore toutefois notre estimation.

Dans son rapport sur l'exercice 2016, CPI indique en page 48 que l'effet de la cession des actions CMAI a impacté négativement ses fonds propres de EUR 9.7 mios. En page 88, CPI précise également que, sur la base d'un rapport indépendant, des baisses de valeur de EUR 15 mios ont été comptabilisées, notamment en lien avec CMA.

Le rapport annuel 2017 de CPI fait état d'un nouvel ajustement de valeur négatif de EUR 22.4 mios du groupe CMA (page 83). Au 31 décembre 2017, la valeur de CMA au bilan de CPI était de EUR 20'249'000 (page 21 des comptes annuels statutaires), soit un montant très éloigné du prix payé pour la seule CMAI.

### 13 Estimation du dommage subi par les communes

Si, par hypothèse, on retient une surévaluation de CHF 25'000'000, l'acquisition de CMAI par CMA a entraîné une perte pour les communes estimées à **CHF 2'634'400**. Le détail de cette estimation figure à l'annexe 2.

### 14 Estimation de la valeur du gage

Les pertes comptables enregistrées en 2016 et 2017 par CMA et CMAI impactent directement la valeur des actions gagées en faveur des communes. Une diminution de la valeur du gage entraîne une perte potentielle des communes dans la mesure où les actifs gagés ne pourraient plus couvrir les engagements pris. Pour estimer la valeur des actions gagées, nous nous sommes basés sur la valeur des fonds propres de CMA et de CMAI. Sachant qu'il ne s'agit que d'une estimation, cette approche nous a paru la plus raisonnable. Elle correspond par ailleurs à la méthode adoptée par le Conseil d'administration de CMA pour valoriser la participation dans CMAI.

Afin de ne pas prendre en compte deux fois la valeur des actions CMAI, nous avons diminué les fonds propres de CMA des actions CMAI gagées. La valeur des actions gagées est ainsi estimée à CHF 17'950'000.

En corrigeant les fonds propres de CMA de la surévaluation retenue sous point 13, la valeur des actions gagées serait de CHF 24'840'000.

Le détail de ces valeurs figure à l'annexe 3.

Il convient de relever que les montants ci-dessus représentent la valeur comptable des gages. Un prêteur appliquera normalement un escompte à cette valeur afin de prendre en compte d'éventuelles fluctuations.

## 15 Conclusions

Compte tenu de ce qui précède, nous concluons ce qui suit :

1. La valeur de CMAI calculée sous point 9 ci-dessus, soit  
**CHF 5'200'000**  
représente une estimation raisonnable de la société.
2. Dans l'hypothèse d'une surévaluation de CHF 25'000'000, la perte réalisée par les communes est estimée à  
**CHF 2'634'400**
3. La valeur comptable des gages (actions CMA et CMAI) au 31 décembre 2017 est estimée à :  
**CHF 17'950'000**

G & P Fiduciaire SA



Georges Gard

**Données**

Restaurants	<u>2013/2014</u>	<u>2014/2015</u>	<u>2015/2016</u>	<u>Moyenne</u>
Chiffre d'affaires	3'352	2'945	3'565	3'287
EBITDA restaurants (estimé à 15%)	503	442	535	493
Loyers (estimé à 6% du chiffre d'affaires)	-201	-177	-214	-197
EBITDA moyen des restaurants après loyer				296
Parkings	<u>2013/2014</u>	<u>2014/2015</u>	<u>2015/2016</u>	<u>Moyenne</u>
Chiffre d'affaires	696	695	796	729

**Estimation**

	<u>CHF</u> <u>(en '000)</u>
<u>Fonds de commerce des restaurants</u>	
EBITDA moyen après charges de loyers	296
Multiple	7
Valeur du fonds de commerce	2'072
<u>Immobilier des restaurants</u>	
Recette moyenne des loyers	197
Taux de capitalisation	7.0%
Valeur de l'immobilier des restaurants	2'814
<u>Immobilier des parkings</u>	
Recette moyenne des loyers	729
Taux de capitalisation	7.0%
Valeur de l'immobilier des restaurants	10'414
<b>Valeur avant déduction des dettes</b>	<b>15'300</b>
./. Dette commune de Lens	-3'000
./. Prêts bancaires (ATF)	-4'900
./. Emprunts à long terme	-1'514
Valeur nette des actions de CMAI	5'886
<b>Arrondi à</b>	<b>5'900</b>
Valeur nette des actions acquises par CMA	88.79% 5239
<b>Arrondi à (en milliers de CHF)</b>	<b>5'200</b>



**Remontées Mécaniques Crans Montana Aminona (CMA) SA**

Valeur des actions gagées par CPI en faveur des communes

**Avant abandon de créance CPI de CHF 25 mios**

Société	Nbre d'actions	Valeur par	
		action	Valeur du gage
		CHF	CHF
CMA	61'559'834	0.16634	10'239'863
CMAI	378'743'000	0.02036	7'711'207
		Total	17'951'070
		<b>Arrondi à</b>	<b>17'950'000</b> (avant abandon de créance CPI)

*CMA - valeur par action*

		CHF
Fonds propres		44'889'000
./. participation CMAI gagée	88.49%	-7'712'788
Fonds propres ajustés		37'176'212
Nombre d'actions	223'500'000	
Valeur par action		0.16634

*CMAI - valeur par action*

Fonds propres		8'716'000
Nombre d'actions	428'000'000	
Valeur par action		0.02036

Variaton du  
gage :  
6'890'000

**Après abandon de créance CPI de CHF 25 mios**

Société	Nbre d'actions	Valeur par	
		action	Valeur du gage
		CHF	CHF
CMA	61'559'834	0.27819	17'125'330
CMAI	378'743'000	0.02036	7'711'207
		Total	24'836'537
		<b>Arrondi à</b>	<b>24'840'000</b> (après abandon de créance CPI)

*CMA - valeur par action*

		CHF
Fonds propres		69'889'000
./. participation CMAI gagée	88.49%	-7'712'788
Fonds propres ajustés		62'176'212
Nombre d'actions	223'500'000	
Valeur par action		0.27819

*CMAI - valeur par action*

Fonds propres		8'716'000
Nombre d'actions	428'000'000	
Valeur par action		0.02036



**AVIS DE DROIT**  
**pour**  
**LES COMMUNES DE CRANS-MONTANA, LENS ET ICOGNE**

**Analyse du risque pour les Communes et les conseillers municipaux  
de ne pas dénoncer les infractions pénales potentiellement commises  
lors de l'augmentation de capital de CMA**

## **TABLES DES MATIÈRES**

<b>I. MISSION .....</b>	<b>3</b>
<b>II. SYNTHÈSE .....</b>	<b>3</b>
<b>III. RAPPEL DES FAITS .....</b>	<b>4</b>
<b>IV. OBLIGATION DE DENONCER.....</b>	<b>7</b>
A. Bases légales .....	7
B. Titulaires de l'obligation de dénoncer .....	9
C. Destinataire de la dénonciation : les autorités compétentes.....	11
D. La place de l'art. 35 LaCPP/VS parmi les autres obligations.....	14
<b>V. SANCTIONS .....</b>	<b>18</b>
A. Sanction pénale .....	18
a) Punissabilité des Communes .....	18
b) Punissabilité des membres des Conseils communaux .....	18
c) Entrave à l'action pénale (art. 305 CP) .....	19
d) Complicité de faux dans les titres, obtention frauduleuse d'une constatation fausse, escroquerie, gestion déloyale .....	27
B. Sanctions disciplinaires.....	29
a) Membres des autorités d'une collectivité de droit public .....	29
b) Collectivités de droit public .....	29

## **I. MISSION**

Le présent avis de droit a pour but d'analyser si les Communes de Crans-Montana, Lens et Icoigne (ci-après « les Communes ») ont une obligation de dénoncer les événements qui se sont déroulés en fin d'année 2016 et qui sont potentiellement constitutifs de faux dans les titres (art. 251 CP), obtention frauduleuse d'une constatation fausse (art. 123 CP), escroquerie (art. 146 CP) et gestion déloyale (art. 158 CP), et, cas échéant, quelle est la sanction du non-respect de cette obligation.

Nous commencerons par exposer les résultats de notre analyse juridique (II), puis nous rappellerons brièvement les faits (III) pour ensuite développer l'obligation de dénoncer au sens de l'art. 35 LACPP/VS (IV) et, finalement, exposer les sanctions encourues en cas de non-respect de cette obligation (V).

A toutes fins utiles, nous précisons que cet avis de droit est basé principalement sur les faits qui ressortent du memorandum de l'Etude Altenburger Ltd. legal+tax établi le 13 juin 2018<sup>1</sup>. En outre, nous nous sommes basés sur ce memorandum pour déterminer les infractions pénales potentiellement commises lors de l'augmentation de capital de CMA<sup>2</sup> qui feraient, le cas échéant, l'objet de la dénonciation.

## **II. SYNTHESE**

- L'art. 35 LACPP/VS impose aux autorités, aux membres des autorités, et aux fonctionnaires une obligation – de droit cantonal et de nature administrative – de dénoncer les infractions dont ils ont connaissance.
- Les autorités doivent dénoncer les faits au Ministère public. Très vraisemblablement, les membres des autorités et les fonctionnaires ne doivent pas les dénoncer au Ministère public, mais à l'autorité dont ils répondent, charge à elle de dénoncer les faits au Ministère public si elle estime que les conditions d'une telle dénonciation sont réunies.

<sup>1</sup> Memorandum de Altenburger Ltd legal+tax du 13 juin 2018 concernant CMA SA, p. 4 ss.

<sup>2</sup> Memorandum de Altenburger Ltd legal+tax du 13 juin 2018 concernant CMA SA, p. 43 ss.

- A tout le moins lorsque l'infraction en question est de nature patrimoniale et qu'elle lèse l'autorité elle-même, l'autorité dispose d'une marge d'appréciation pour déterminer le moment le plus opportun pour porter l'affaire au pénal, en fonction de la consistance du dossier et de considérations stratégiques. Cela vaut a fortiori lorsque, comme en l'espèce, le dépôt d'une plainte pénale pourrait de plus aggraver le conflit avec l'auteur au détriment d'autres missions de l'autorité. Nous concluons que les Communes n'ont pas enfreint l'art. 35 LACPP/VS en n'ayant pas déposé plainte jusqu'à présent, et ne l'enfreindraient pas en persistant à ne pas le faire en l'état actuel des discussions.
- Même si l'on supposait que l'obligation prévue par l'art. 35 LACPP/VS a été enfreinte, le risque que les membres du Conseil communal se soient rendus coupables d'entrave à action pénale (art. 305 CP) de ce fait est très bas. La non-dénonciation n'est pas pénalement répréhensible, car les conseillers municipaux n'ont pas d'obligation d'agir qualifiée. A cela s'ajoute que les conseillers communaux pourraient sans doute évoquer l'état de nécessité (art. 17 CP). Quant aux Communes elles-mêmes, elles n'encourent aucun risque pénal.
- Toujours dans l'hypothèse où l'on admettrait que l'obligation prévue par l'art. 35 LACPP/VS a été violée, le risque disciplinaire est, lui aussi, très bas.
- Enfin, les conseillers communaux ne risquent pas d'être tenus complice des infractions évoquées dans le rapport Altenburger, voire d'autres infractions que les auteurs commettraient à l'avenir, au motif qu'ils ne les ont pas dénoncées au Ministère public.

### **III. RAPPEL DES FAITS**

1. Remontées Mécaniques Crans Montana Aminona (CMA) SA (ci-après « CMA ») est une société anonyme inscrite au registre du commerce du Valais central depuis le 16 décembre 1959<sup>3</sup>.
2. Elle a pour but social la construction et l'exploitation de remontées mécaniques et d'autres exploitations analogues, transport de personnes et de choses, construction et

---

<sup>3</sup> Pièce 1 (Extrait du registre du commerce de CMA SA).

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<sup>4</sup>.

3. CPI Property Group (ci-après « CPI ») est une société immobilière basée au Luxembourg et centrée sur l'Europe centrale et l'Allemagne. [REDACTED] est également actionnaire de CPI. MM. [REDACTED] et [REDACTED] sont membres du Conseil d'administration de CPI. Quant à M. [REDACTED] il se considère comme « *le gestionnaire des intérêts financiers de [REDACTED] en Suisse* ».
4. **En avril 2015**, CPI disposait de 65.80% des actions de CMA et les Communes de Crans-Montana, Lens et Icogne (ci-après « les Communes ») disposaient ensemble de 26.10% des actions de CMA.
5. A ce moment-là, CPI était aussi propriétaire de 88.50 % de CMA IMMOBILIER SA (« CMAI »), dont le but social tel que le résume le RC est « *[l]'acquisition, la prise de participation, la gestion et l'exploitation d'immeubles notamment de parkings* ». Il s'agit de la société qui détient et exploite les restaurants et parkings du domaine.
6. **Le 18 octobre 2016**, l'Assemblée générale de CMA a décidé d'augmenter le capital-actions de CMA de CHF 50 mios.
7. **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 utiles, soit :
  - a. le PV authentique du Conseil d'administration,
  - 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'augmentation 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.

<sup>4</sup> Pièce 1 (Extrait du registre du commerce de CMA SA).

8. 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 hauteur de 11.10%.
9. **Le 5 décembre 2016** toujours, CMA (acheteur) et CPI (vendeur) ont signé le contrat de vente portant sur 378'743'000 actions de la société CMAI pour un montant de CHF 35.3 mios.
10. Dans leur rapport du **27 avril 2017**, FIDUCIAIRE FIDAG SA, G. CLIVAZ BUREAU FIDUCIAIRE SA et FIDUCIAIRE DE CRANS-MONTANA (FCM) SA, organe de révision de CMA constate que les actions de CMAI, qui figurent au bilan de CMA pour le prix auquel elles ont été acquises, sont surévaluées, expliquant par ailleurs qu'une correction de cette valeur aurait un impact négatif sur le résultat.
11. En **mai 2017**, l'organe de révision de CMA a démissionné.
12. En **novembre 2017**, KPMG SA, qui a pris le relais de l'organe de révision démissionnaire, a confirmé la nécessité d'effectuer une « correction de valeur » dans les comptes de CMA, portant sur les actions CMAI. Il est proposé d'abaisser la valeur des actions CMAI de CHF 37,3 mios à CHF 12.788 mios, soit une correction de valeur d'environ CHF 24 mios.
13. Les comptes audités par KPMG indiquent une valeur d'environ CHF 8.72 mios pour la participation dans CMAI ; l'organe de révision estime ainsi que la société se trouve sous le coup de l'art. 725 al. 1 CO, dès lors que la moitié de son capital social n'est plus couvert.
14. Les Communes ont ainsi vu le pourcentage de leur participation dans CMA s'amoinrir et leurs actions CMA perdre de la valeur.
15. Les Communes ont mandaté l'Etude Altenburger Ltd legal+tax pour analyser ces événements.
16. Les éléments suivants ressortent notamment du memorandum de Altenburger Ltd. legal+tax daté du 13 juin 2018 :

- l'achat des 378'743'000 actions de la société CMAI, effectué par la société CMA dans la foulée de l'augmentation de capital, au moyen des apports en espèces libérés à la suite de la souscription des actions, est constitutif d'une reprise de biens, de sorte qu'il y eu violation formelle de l'art. 628 al. 2 CO<sup>5</sup> ;
- il pourrait être reproché tant à M. [REDACTED] qu'à M. [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 (art. 253 CP)<sup>6</sup> ;
- il pourrait être reproché au Conseil d'administration d'avoir eu le dessein d'obtenir frauduleusement des constatations fausses (Art. 253 CP)<sup>7</sup> ;
- il pourrait être reproché à MM. [REDACTED] et [REDACTED] d'avoir eu le dessein de commettre l'infraction d'escroquerie (art. 146 CP)<sup>8</sup> ;
- il pourrait être reproché au Conseil d'administration d'avoir eu le dessein de commettre l'infraction de gestion déloyale (art. 158 CP).

#### **IV. OBLIGATION DE DENONCER**

##### **A. BASES LÉGALES**

17. Aux termes de l'art. 301 al. 1 CPP (note marginale : « *droit de dénoncer* »), « *chacun a le droit de dénoncer des infractions à une autorité de poursuite pénale, par écrit ou oralement* ».
18. Selon l'art. 302 CPP (note marginale : « *obligation de dénoncer* ») « *1. Les autorités pénales sont tenues de dénoncer aux autorités compétentes toutes les infractions*

<sup>5</sup> Memorandum de Alternburger Ltd legal+tax du 13 juin 2018 concernant CMA SA, p. 9 ss.

<sup>6</sup> Memorandum de Alternburger Ltd legal+tax du 13 juin 2018 concernant CMA SA, p. 43 s.

<sup>7</sup> Memorandum de Alternburger Ltd legal+tax du 13 juin 2018 concernant CMA SA, p. 45 ss.

<sup>8</sup> Memorandum de Alternburger Ltd legal+tax du 13 juin 2018 concernant CMA SA, p. 48 ss.

*qu'elles ont constatées dans l'exercice de leurs fonctions ou qui leur ont été  
annoncées si elles ne sont pas elles-mêmes compétentes pour les poursuivre.*

*2. La Confédération et les cantons règlent l'obligation de dénoncer incombant aux  
membres d'autres autorités.*

*3. Les personnes qui ont le droit de refuser de déposer ou de témoigner selon les art.  
113, al. 1, 168, 169 et 180, al. 1, ne sont pas soumises à l'obligation de dénoncer. »*

19. Il ressort de l'art. 302 al. 2 CPP que les cantons règlent l'obligation de dénoncer incombant aux membres des autorités qui ne sont pas mentionnées à l'al. 1. Sur la base de cette délégation de compétence normative, le canton du Valais a adopté l'article 35 de la Loi d'application de procédure pénale suisse (LACPP).

20. Aux termes de l'**art. 35 LACPP/VS**, « 1. Toute autorité, tout fonctionnaire, tout agent de la force publique du canton ou de la commune a l'obligation de dénoncer aux autorités compétentes toute infraction se poursuivant d'office qui est parvenue à sa connaissance dans l'exercice de ses fonctions et de prendre, dans le cadre de sa compétence, les mesures urgentes propres à favoriser l'instruction.

*2. Les règles particulières de la législation spéciale demeurent réservées. »*

21. C'est l'obligation de dénoncer au sens de l'art. 35 LACPP/VS qui fait l'objet du développement qui va suivre.

22. Il semble n'y avoir ni doctrine<sup>9</sup>, ni jurisprudence<sup>10</sup>, au sujet de l'art. 35 LACPP/VS. Toutefois, il existe des normes similaires auxquelles il est permis de se référer pour l'interprétation, soit, par exemple :

- Art. 302 al. 1 CPP (cf. ci-dessus) ;
- Art. 33 de la Loi genevoise d'application du code pénal (LaCP/GE)<sup>11</sup> ;

---

<sup>9</sup> Nous avons fait des recherches sur Swisslex ainsi que sur le réseau des bibliothèques de suisse occidentale (RERO), nous nous sommes rendus à la bibliothèque UniMail et nous avons contacté la bibliothèque du Tribunal cantonal de Sion.

<sup>10</sup> Nous avons cherché sur le site du canton du Valais, sous rubrique jurisprudence, ainsi que sur le site du Tribunal fédéral.

- art. 33 de la Loi Neuchâteloise d'introduction du Code de procédure pénale (LI-CPP/NE)<sup>12</sup>,
- art. 156 de la Loi fribourgeoise sur la justice (LJ/FR)<sup>13</sup> et art. 62 de la Loi fribourgeoise sur le personnel de l'Etat (LPers/FR)<sup>14</sup> ;

## **B. TITULAIRES DE L'OBLIGATION DE DÉNONCER**

23. Selon l'art. 35 LACPP/VS, l'obligation de dénoncer revient à « *toute autorité, tout fonctionnaire, tout agent de la force publique du canton ou de la commune* ».

---

<sup>11</sup> « 1. Toute autorité, tout membre d'une autorité, tout fonctionnaire au sens de l'article 110, alinéa 3, du code pénal, et tout officier public acquérant, dans l'exercice de ses fonctions, connaissance d'un crime ou d'un délit poursuivi d'office est tenu d'en aviser sur-le-champ la police ou le Ministère public (art. 302, al. 2, CPP).

2. Sont exceptées les personnes visées aux articles 168, 169 et 171 CPP, dans les limites définies par ces dispositions. L'article 31 est réservé. »

<sup>12</sup> « 1. Toute autorité constituée et tout titulaire de fonction publique qui acquiert, dans l'exercice de ses fonctions, la connaissance d'une infraction se poursuivant d'office, est tenu d'en aviser sans délai le ministère public.

2. Le titulaire de fonction publique procède par voie hiérarchique. »

<sup>13</sup> « 1 Lorsque, dans l'exercice de leur fonction, les membres des autorités judiciaires qui ne sont pas chargées de la justice pénale ont des motifs concrets de soupçonner la commission d'un crime ou d'un délit poursuivi d'office, ils le dénoncent au Ministère public. Ils sont déliés du secret de fonction dans cette mesure.

2 Dans les cas de peu de gravité ou pour des motifs d'opportunité, ils peuvent renoncer à cette dénonciation.

3 La personne qui a le droit de refuser de témoigner au sens des articles 168 et suivants CPP n'est pas soumise à l'obligation de dénoncer.

4 L'obligation de dénoncer incombant aux membres d'autres autorités est régie par la législation spéciale »

<sup>14</sup> « 1 Le collaborateur ou la collaboratrice qui, dans le cadre de l'exercice de sa fonction, constate ou éprouve des soupçons sérieux au sujet d'un fait punissable et préjudiciable aux intérêts de l'Etat est tenu de le signaler sans retard à son autorité d'engagement.

2 Lorsque le fait paraît présenter un caractère pénal, l'autorité d'engagement le dénonce à l'autorité pénale compétente. Elle peut y renoncer dans les cas de peu de gravité. En cas de dénonciation, elle en informe le Conseil d'Etat.

3 Les dispositions d'exécution peuvent, pour certaines catégories de personnel, introduire une obligation de dénoncer, à l'autorité pénale compétente, les infractions commises par des tiers dont le collaborateur ou la collaboratrice a eu connaissance dans le cadre de l'exercice de sa fonction.

4 L'article 302 al. 1 du code de procédure pénale imposant un devoir de dénonciation aux agents et agentes de la Police cantonale reste réservé. »

24. Cet article soumet ainsi en premier lieu « toute autorité » du canton ou de la commune à l'obligation de dénoncer. La doctrine précise, en relation avec l'art. 302 al. 1 CPP, que lorsque l'autorité est collégiale, l'obligation incombe au collège dans son entier<sup>15</sup>. Cette solution peut être transposée à l'art. 35 LACPP/VS.
25. En l'espèce, le Conseil municipal est l'autorité exécutive et administrative ordinaire de la Commune selon l'art. 33 de la Loi sur les communes du canton du Valais (LCo/VS). C'est donc, en l'espèce, aux Conseils municipaux des Communes en tant que tels qu'incombe l'obligation de dénoncer prévue par l'art. 35 LACPP/VS<sup>16</sup>.
26. Contrairement à l'art. 33 LaCP/GE qui indique clairement « toute autorité, tout membre d'une autorité », l'art. 35 LACPP/VS ne précise pas si **les membres de l'autorité** sont également titulaires de l'obligation de dénoncer à titre individuel. Cela n'implique pas nécessairement qu'ils soient exempts de cette obligation. Ainsi, par exemple, l'art. 302 al. 1 CPP se contente d'indiquer que « *les autorités pénales* » sont tenues de dénoncer, mais la doctrine admet qu'il instaure aussi un devoir de dénonciation des membres de ces autorités<sup>17</sup>. En outre, l'art. 302 al. 2 CPP paraît prescrire à la Confédération et aux cantons de prévoir une obligation de dénoncer incombant « *aux membres* » d'autres autorités.
27. Il existe ainsi une insécurité juridique quant à la question de savoir si les membres d'une autorité cantonale ou communale sont également visés par l'art. 35 LACPP/VS à titre individuel. Les arguments systématiques ci-dessus, ainsi que le but de la norme nous conduisent à répondre par l'affirmative. En effet, on voit souvent l'autorité peut être informée d'une infraction, ce qui lui permet de la dénoncer, si elle n'en est pas informée par un de ses membres.
28. Cela étant, sous l'angle pénal, la question de savoir si chaque membre des conseils municipaux est titulaire de l'obligation de dénoncer au sens de l'art. 35 LACPP/VS

---

<sup>15</sup> MOREILLON/PAREIN-REYMOND, *Petit commentaire du Code de procédure pénale*, 2<sup>ème</sup> éd., 2016 Bâle, art 302 CPP N 7 et la référence citée ; DONATSCH/HABSIKOB/LIEBER, *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, Zürich/Bâle/Genève 2014, ad art. 302 N 4; BSK StPO-HAGENSTEIN, ad art. 302 N 11.

<sup>16</sup> Cf. pour la norme cantonale zurichoise, art. 167 GOG/ZH, HAUSER/SCHWERI/LIEBER, *Kommentar zum zürcherischen Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010*, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich 2017, n. 10 ad art. 167 GOG/ZH

<sup>17</sup> MOREILLON/PAREIN-REYMOND, *op. cit.*, art 302 CPP N 2.

n'est pas pertinente en l'espèce puisque, comme nous allons le voir plus loin (ch. 56 ss), même si le devoir prévu par l'art. 35 LACPP/VS n'incombait qu'à l'organe collectif, chaque membre répondrait néanmoins de sa violation de ce devoir sous l'angle pénale, dans l'hypothèse où une telle violation constituerait une infraction.

29. En deuxième lieu, l'art. 35 LACPP/VS soumet « **tout fonctionnaire** » du canton ou de la commune à l'obligation de dénoncer. Le terme de fonctionnaire se rapporte à la personne individuelle qui a un rapport de subordination avec la collectivité publique<sup>18</sup>. Cette notion doit ainsi être distinguée des membres d'une autorité qui sont, quant à eux, les organes élus des collectivités publiques<sup>19</sup>.
30. Finalement, est encore titulaire de l'obligation de dénoncer au sens de l'art. 35 LACPP/VS « **tout agent de la force publique** » du canton ou de la commune. La force publique se définit comme l'ensemble des formations de la police, de la gendarmerie et des armées, qui sont à la disposition du gouvernement pour assurer le respect de la loi et le maintien de l'ordre<sup>20</sup>.

### C. DESTINATAIRE DE LA DÉNONCIATION : LES AUTORITÉS COMPÉTENTES

31. Selon l'art. 35 LACPP/VS, la dénonciation doit être adressée aux « *autorités compétentes* ». Il se pose la question de l'identité du destinataire ainsi désigné.
32. Le texte de l'art. 302 al. 1 CPP fait également état des « *autorités compétentes* ». Or, selon la doctrine, ce terme fait référence aux autorités de poursuite pénale désignée à l'article 12 CPP, soit la police, le ministère public ou l'autorité chargée de poursuivre les contraventions<sup>21</sup>. Dans le même sens, l'art. 33 al. 1 LaCP/GE précise explicitement que le dénonciateur doit aviser la police ou le Ministère public. Ainsi, il semblerait que, de manière générale, la dénonciation obligatoire d'un crime ou d'un délit

<sup>18</sup> BSK StPO-HAGENSTEIN, ad art. 302 N 9.

<sup>19</sup> BSK StPO-HAGENSTEIN, ad art. 302 N 9.

<sup>20</sup> <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/force/34554/locution?q=force+publique#172678>.

<sup>21</sup> MOREILLON/PAREIN-REYMOND, *op. cit.*, art 302 CPP N 5.

poursuivi d'office doit être adressée directement, soit à la police soit au Ministère public.

33. Cette solution s'impose à tout le moins lorsque le dénonciateur est une « *autorité* ». Par définition, celle-ci est en effet investie de pouvoirs décisionnaires. Elle ne répond pas à un tiers, mais elle est souveraine dans son domaine de compétences. On ne voit donc pas à qui elle adresserait sa dénonciation, si ce n'est à l'autorité de poursuite pénale compétente.
34. La solution se discute davantage en ce qui concerne le membre d'une autorité, ou le fonctionnaire. En effet, le membre d'une autorité répond à celle-ci, en vertu du devoir de collégialité ; quant au fonctionnaire, il est, par définition, subordonné à une collectivité publique, dirigée par une autorité. Partant, il est également concevable que l'« *autorité compétente* » que les membres d'une autorité, les fonctionnaires et les agents de la force publique doivent aviser des infractions qu'ils constatent, est, précisément, l'autorité à laquelle il répondent, sachant que celle-ci, à son tour, a le droit (la « *compétence* ») et l'obligation de dénoncer cette infraction aux autorités pénales, si tant est qu'elle lui paraît avérée.
35. Un tel système en cascade peut se prévaloir des règles sur le *whistleblowing*. En effet, le membre d'une autorité, le fonctionnaire ou l'agent de la force publique qui constate une infraction se voit en quelque sorte imposer par l'art. 35 LACPP/VS d'agir comme un *whistleblower*. Or, en droit privé, la jurisprudence a retenu que l'employé qui constatait une infraction devait d'abord s'en ouvrir à l'entreprise qui l'emploie, afin que celle-ci puisse prendre les mesures nécessaires ; ce n'est que si cette démarche n'a pas eu d'effet, ou qu'on peut raisonnablement supposer qu'elle sera inutile, qu'il peut s'adresser directement à des tiers<sup>22</sup>. C'est précisément le système que promeuvent les commentateurs de la norme zurichoise édictée en application de l'art. 302 al. 2 CPP<sup>23</sup>
36. Un tel système garantit aussi le fonctionnement rationnel d'une administration hiérarchisée. Si chaque membre de l'autorité, chaque fonctionnaire, a individuellement l'obligation de dénoncer directement au Ministère public les infractions dont il a connaissance, cela revient à court-circuiter l'arbitrage que doit faire l'autorité entre

---

<sup>22</sup> ATF 127 III 310 c. 5a

<sup>23</sup> HAUSER/SCHWERI/LIEBER, *op. cit.*, n. 10 ad art. 167 GOG/ZH

l'obligation de dénoncer, d'une part, et les diverses autres obligations avec lesquelles cette obligation peut entrer en conflit.

37. Au demeurant, la solution consistant à dénoncer les faits de nature pénale à la hiérarchie, et non au Ministère public directement, est expressément prévue par les législations neuchâtelaise et fribourgeoise, à tout le moins.
38. En fin de compte, la question du destinataire de la dénonciation est liée à celle de la prééminence dont jouit l'obligation de dénoncer. Si l'obligation de dénoncer incombant à l'autorité n'est qu'une obligation parmi d'autres, entre lesquelles l'autorité doit arbitrer dans le cas particulier, alors il s'impose de prévoir que les membres d'une autorité et les fonctionnaires doivent dénoncer l'infraction dont ils ont connaissance à l'autorité dont ils répondent, précisément afin qu'elle puisse faire cet arbitrage. En revanche, si l'obligation prévue par l'art. 35 LACPP/VS a priorité sur les autres obligations de l'autorité, alors il n'est pas d'emblée exclu que la dénonciation doive se faire directement au Ministère public (comme le prévoit par exemple la législation genevoise).
39. En l'espèce, je conclus donc que si les conseils municipaux des Communes décidaient de dénoncer les infractions potentiellement commises lors de l'augmentation de capital de CMA, elles devraient alors s'adresser à la police ou au Ministère public du canton du Valais. S'agissant des membres des conseils municipaux, et des fonctionnaires qui répondent aux conseils municipaux, la réponse est tributaire de la prééminence que l'on donne, ou non, à l'obligation de dénoncer sur les autres obligations qui incombent à l'autorité. Cette question sera abordée au prochain paragraphe, et dans la mesure où nous concluons à la nécessité d'un arbitrage<sup>24</sup>, nous concluons également à ce que les fonctionnaires et membres de l'autorité adressent leur dénonciation à l'autorité à laquelle ils répondent, et non aux autorités pénales.

---

<sup>24</sup> Cf. ci-dessous, ch. 54

**D. LA PLACE DE L'ART. 35 LACPP/VS PARMIS LES AUTRES  
OBLIGATIONS**

40. Il convient donc de vérifier dans quel environnement cette obligation de droit administratif s'insère, et quel est son statut relativement aux autres.
41. Communes. Selon l'art. 70 al. 1 Cst./VS, les communes jouissent de leur autonomie « *en respectant le bien commun et l'intérêt des autres collectivités publiques* ». Aux termes de l'art. 6 LCo/VS, la commune municipale a de nombreuses attributions dans le contexte de sa mission générale de veiller à l'intérêt public ; on relève notamment la mission de veiller à l'aménagement local, à la construction et l'entretien des bâtiments, rues, routes et chemins municipaux, à la promotion de l'économie locale, etc...
42. Les art. 75 Cst./VS et 144 al. 1 LCo/VS prévoient que les communes sont soumises à la surveillance du Conseil d'Etat. Le Conseil d'Etat peut ordonner l'exécution par un tiers de la tâche que la commune néglige d'entreprendre<sup>25</sup>, voire mettre la Commune sous régie totale ou partielle, après enquête et avertissement, si elle s'écarte de façon constante de ses devoirs et s'oppose ainsi aux ordres du gouvernement, ou met considérablement en péril ses biens et l'équilibre de leurs finances<sup>26</sup>.
43. On déduit de ces principes, en creux, une obligation des communes de respecter le bien commun, de veiller à la conservation des biens et à l'équilibre des finances, de veiller à l'aménagement local, à la construction et l'entretien des bâtiments, rues, routes et chemins municipaux, et de promouvoir l'économie locale.
44. Exécutif communal. Selon l'art. 33 LCo/VS, le Conseil municipal est l'autorité exécutive et administrative ordinaire de la commune, qui exerce toutes les attributions que ni la loi, ni les règlements n'accordent aux autres autorités municipales. Le Conseil municipal administre notamment les services publics, gère les finances et conduit les affaires courantes (art. 35 al. 2 lit. a, d et 3 LCo/VS).

---

<sup>25</sup> Art. 150 LCo/VS

<sup>26</sup> Art. 151 LCo/VS

45. L'art. 87 al. 1 LCo/VS instaure le principe que « *[l]es membres des autorités d'une collectivité de droit public et de leurs commissions sont tenus d'accomplir consciencieusement les devoirs de leurs charges* ». L'alinéa 2 du même article prévoit que le règlement du conseil général ou un règlement interne du conseil municipal peut prévoir des sanctions disciplinaires sous forme d'amendes allant jusqu'à CHF 1'000.-.
46. La LCo/VS est cependant très succincte sur le contenu de ces devoirs. Ainsi, l'art. 88 LCo/VS prévoit un secret de fonction, dont les règlements communaux précisent les modalités (art. 16 RCIO/Crans-Montan ; art. 16 RCO/Icogne). L'art. 92 LCo/VS prévoit le devoir de tout membre de l'autorité et de tout fonctionnaire de renseigner son successeur sur les affaires en cours. L'art. 8 RIOC/Crans-Montana instaure un devoir de réserve.
47. Au-delà de ces devoirs, qui concernent surtout les modalités d'exercice des fonctions, la loi n'est guère loquace sur les devoirs essentiels des membres d'une autorité. Selon nous, les devoirs des conseillers municipaux sont directement déduits de ceux de la Commune ; ainsi, ils doivent, eux aussi, respecter le bien commun, et exercer leur mandat en veillant à la conservation des biens et à l'équilibre des finances, à l'aménagement local, à la construction et l'entretien des bâtiments, rues, routes et chemins municipaux, et de façon à promouvoir l'économie locale.
48. Fonctionnaires. Le statut des fonctionnaires peut être fixé par voir de règlement élaboré par l'organe exécutif de la commune municipale ou bourgeoisiale ; à défaut, les dispositions cantonales sont applicables par analogie (art. 95 al. 1 LCo/VS). Aux termes de l'art. 20 de la Loi sur le personnel de l'Etat du Valais (LcPers/VS), l'employé est tenu de fournir des prestations de qualité., et accomplit ses tâches dans un souci d'efficacité, de conscience professionnelle, de réserve, de loyauté et de fidélité à son employeur (al. 1). L'employé doit agir, en toutes circonstances, de manière professionnelle et conformément aux intérêts de l'Etat et du service public, dans le respect des normes en vigueur, des missions, des objectifs et des instructions de ses supérieurs (al. 2).
49. Appréciation. Le Message à l'appui du projet de Code de procédure pénale retient que l'obligation de dénoncer au sens de l'art. 302 al. 2 CPP, « *réglé[e] de manière plus ou*

*moins détaillée selon les codes de procédure pénale actuels », relève, en fin de compte, « plus du droit administratif que de la procédure pénale »<sup>27</sup>.*

50. Selon nous, il est permis de déduire de ce passage que le législateur fédéral n'a pas entendu faire des autres autorités de droit fédéral, cantonal ou communal des organes de la poursuite pénale, en leur imposant par la force dérogatoire du droit fédéral une obligation qui primerait toute autre considération. Au demeurant, certaines dispositions cantonales prises en application de l'art. 302 al. 2 CPP prévoient expressément que les autorités peuvent s'abstenir de la dénonciation si l'opportunité le commande<sup>28</sup>, et certains auteurs estiment que l'art. 302 al. 2 CPP ne fait qu'instaurer une faculté au bénéfice des cantons<sup>29</sup>.
51. En partant dès lors du principe que l'autorité de l'obligation de dénoncer prévue par l'art. 35 LACPP/VS lui est conférée par le législateur cantonal, nous ne discernons pas de base qui permettrait de conférer à cette obligation une prééminence relativement aux autres obligations d'une commune, également prévues par le droit cantonal. Le droit cantonal impose ainsi aux communes de dénoncer les infractions dont elles ont connaissance, mais il leur impose également de veiller à la solidité des finances et à la promotion de l'économie locale. Il n'existe pas, non plus, de règle expresse guidant la commune dans son arbitrage entre l'une et l'autre si leurs prescriptions concrètes sont en conflit.
52. Lorsque l'infraction en question est de nature patrimoniale, et qu'elle lèse la commune même, l'obligation de dénoncer de celle-ci entre en conflit avec l'obligation de veiller aux finances de la commune. Une plainte prématurée peut être tactiquement inopportune, et risque par ailleurs s'avérer coûteuse puisque la commune engagera des frais qu'une analyse plus approfondie l'aurait peut-être dissuadée d'exposer. Partant, dans un tel cas de figure à tout le moins, la commune doit se voir reconnaître une marge d'appréciation quant au degré de vraisemblance de la commission d'une infraction qui justifie une dénonciation<sup>30</sup>, et quant au moment le plus opportun pour

---

<sup>27</sup> Messages CPP, FF 2006 1057 ss., 1242

<sup>28</sup> Art. 156 LJ/FR

<sup>29</sup> JOSITSCH, *Grundriss des Schweizerischen Strafprozessrechts*, Zurich 2013, § 59; MAITRE, *Commentaire romand*, n. 6 ad art. 302 CPP

<sup>30</sup> Cf. une décision bâloise en ce sens : AppGer/BS, VD.2014.203, c. 3.2.

porter l'affaire au pénal. Ce qui précède vaut *a fortiori* lorsque, comme en l'espèce, le dépôt d'une plainte pénale peut, de plus, entraîner une escalade du conflit avec l'auteur supposé, au détriment d'autres missions de la commune, comme la promotion de l'économie locale. En résumé, l'art. 35 LACPP/VS ne peut avoir pour but de limiter la marge de manœuvre tactique d'une collectivité publique lésée à la manière d'une personne privée.

53. En d'autres termes, les considérations qui précèdent tendent à démontrer que l'art. 35 LACPP/VS n'instaure pas une obligation prioritaire, qui prime en toute hypothèse toute autre considération, mais une mission, parmi d'autres, entre lesquelles le conseil municipal peut être conduit à faire un arbitrage. La définition d'une règle de conflit générale excèderait les limites de la question qui nous est posée. Il suffit de constater que dans le cas qui donne lieu à la question qui nous est posée, une marge d'appréciation doit être reconnue à la commune.
  
54. Dans la mesure où un arbitrage entre devoirs en conflit les uns avec les autres peut être requis, il s'impose de prévoir que l'autorité à laquelle les fonctionnaires et membres d'une autorité doivent dénoncer une infraction lorsqu'elles en ont connaissance est l'autorité hiérarchique, précisément pour qu'elle ne soit pas privée de cet arbitrage par une communication directe au Ministère public. Une telle solution a, de plus, l'avantage de ne pas causer de conflit avec le secret de fonction et de décharger le fonctionnaire, respectivement le membre de l'autorité, des délicates pesées d'intérêts auxquelles il pourrait se sentir appelé si l'ouverture d'une procédure pénale ne dépendait directement que de lui.

## V. SANCTIONS

### A. SANCTION PÉNALE

#### a) **Punissabilité des Communes**

55. Lorsqu'on se pose la question d'une éventuelle sanction pénale à la violation de l'obligation de dénoncer une infraction dont on acquiert connaissance, il convient d'abord de se poser la question d'une éventuelle punissabilité des Communes elles-mêmes, dès lors que celles-ci, en tant qu'« *autorités* », sont tenues de cette obligation. La réponse est clairement négative. Bien que, selon l'art. 102 al. 4 let. b du Code pénal (CP), les personnes morales de droit public peuvent, dans certaines circonstances, être tenues responsables pénalement, les corporations territoriales (Confédération, cantons et communes politiques) sont expressément exclues<sup>31</sup>.

#### b) **Punissabilité des membres des Conseils communaux**

56. Ensuite, dès lors que l'éventuelle carence de la Commune découle d'une décision (ou d'une absence de décision) du conseil municipal, soit un organe collégial, il y a lieu de se demander dans quelle mesure chaque membre pris individuellement répond de la violation des devoirs incombant à l'organe dont il fait partie.

57. Selon la doctrine et la jurisprudence, chaque membre répond de la violation des devoirs qui incombent à un organe collectif ou collégial, à moins de s'être expressément opposé à la majorité quant à cette décision litigieuse et d'avoir entrepris tout ce qui peut être raisonnablement exigé pour empêcher la commission de l'infraction<sup>32</sup>. A cette condition seulement, le lien de causalité entre le comportement individuel et la violation de la loi par une décision collective sera alors interrompu<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> DUPUIS/MOREILLON/PIGUET/BERGER/MAZOU/RODIGARI, *Petit commentaire du Code pénal*, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2017, art. 102 CP N 6.

<sup>32</sup> ATF 105 IV 106 ; BURGNER, *La responsabilité pénale du chef d'entreprise*, *Revue de droit pénal suisse*, 2015, vol. 33, no 4, p. 385 et les références citées ; ZIEGLER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei*

58. A l'inverse, lorsqu'un membre est absent lors du vote, il faut se demander si, en sa présence et avec sa volonté de s'opposer à l'objet soumis au vote, les délibérations auraient débouché sur un résultat différent. Selon une partie de la doctrine, la responsabilité pénale de cet individu dépend de la justification de son absence lors du vote en question, et, sans doute, de ce qu'il savait au sujet de l'ordre du jour.
59. En l'espèce, nous comprenons que plusieurs membres des conseils municipaux ont pris connaissance du Rapport Altenburger. Nous ne savons pas si des débats formels ont eu lieu au sein des conseils municipaux quant à l'opportunité de dénoncer les faits au Ministère public ; autrement dit, si la décision de ne pas dénoncer, en l'état du moins, est expresse ou tacite. Cette question de fait peut ne pas être investiguée, car, dans l'une et l'autre hypothèse, l'inaction de la commune peut être imputée à tous les membres des conseils municipaux qui sont informés des faits que, cas échéant, la Commune aurait dû dénoncer.

**c) Entrave à l'action pénale (art. 305 CP)**

*i) En droit*

60. Selon l'art. 305 CP, « *1. Celui qui aura soustrait une personne à une poursuite pénale ou à l'exécution d'une peine ou d'une des mesures prévues aux art. 59 à 61, 63 et 64 sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.*

*Ibis Encourra la même peine celui qui aura soustrait une personne à une poursuite pénale ouverte à l'étranger ou à l'exécution d'une peine privative de liberté ou d'une mesure relevant des art. 59 à 61, 63 ou 64 prononcées à l'étranger pour un des crimes visés à l'art. 101.*

---

*Mehrheitsentscheidungen von Gremien in Aktiengesellschaften, insbesondere des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung*, thèse, Université de Zurich, 2004, 65.

<sup>33</sup> BURGNER, *La responsabilité pénale du chef d'entreprise*, *Revue de droit pénal suisse*, 2015, vol. 33, no 4, p. 385.

*2 Le juge pourra exempter le délinquant de toute peine si les relations de celui-ci avec la personne par lui favorisée sont assez étroites pour rendre sa conduite excusable. »*

61. Au plan objectif, l'article 305 CP implique : une personne (1) soumise à une poursuite pénale ou à l'exécution d'une peine ou d'une mesure (2) et un comportement punissable, qui consiste en la soustraction de la personne susmentionnée à la justice pénale (3).
62. (ad 1) Comme l'auteur de l'entrave doit soustraire une personne à l'action pénale, il ne peut s'agir que d'autrui, et non pas de l'auteur lui-même. Il résulte du texte légal que l'autofavorisation n'est pas punissable<sup>34</sup>. S'il y a eu plusieurs participants à l'infraction préalable, celui qui tente de se soustraire lui-même à l'action pénale n'est pas punissable, même si son acte conduit à soustraire également les autres<sup>35</sup>.
63. (ad 2) Par poursuite pénale, il faut entendre tout acte de la procédure qui tend à établir si et de quelle manière la personne favorisée est punissable<sup>36</sup>. L'entrave peut consister à dissimuler l'existence même de l'infraction, précisément afin de soustraire l'auteur à toute poursuite pénale<sup>37</sup>.
64. (ad 3) L'entrave à l'action pénale se caractérise comme une infraction de résultat. Elle n'est consommée que si le comportement adopté a eu pour effet de soustraire la personne à l'action de la justice pénale durant un certain temps (non insignifiant) ; il n'est pas nécessaire que l'action de la justice pénale soit définitivement empêchée<sup>38</sup>.
65. Le comportement incriminé suppose en général une action, mais l'infraction peut aussi être commise sous la forme du délit d'omission improprement dit, si l'auteur est soumis à une obligation générale d'agir (position de Garant : *Garantenpflicht*)<sup>39</sup>. C'est l'hypothèse qui entre éventuellement en ligne de compte ici, si bien qu'elle sera analysée plus avant.

---

<sup>34</sup> CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, vol. II, 3<sup>ème</sup> éd, 2010, art. 305 N 8.

<sup>35</sup> *Idem*, art. 305 N 10.

<sup>36</sup> *Idem, op. cit.*, art. 305 N 13.

<sup>37</sup> *Idem, op. cit.*, art. 305 N 16.

<sup>38</sup> *Idem, op. cit.*, art. 305 N 26.

<sup>39</sup> ATF 123 IV 72, consid. 2; 120 IV 106, consid. c; 118 IV 309, consid. 1d; CORBOZ, *op. cit.*, art. 305 N 32; DUPUIS/MOREILLON/PIGUET/BERGER/MAZOU/RODIGARI, *op. cit.*, art. 305 CP N 21; BSK StBG II-DELNON/RÜDY, art. 305 N 25; HEIM, De la situation du garant, JdT 1993 IV 162-165, p. 164 s.

66. D'une façon générale, la position de garant ne résulte pas déjà de n'importe quelle obligation d'agir<sup>40</sup> ; elle doit se fonder sur une obligation d'agir qualifiée, qui résulte soit d'un devoir de protection, soit d'un devoir de contrôle<sup>41</sup>. Selon la jurisprudence, un tel devoir incombe notamment à celui qui, en raison de sa situation juridique, est tenu de protéger un bien donné des dangers qui le menacent<sup>42</sup>. Une obligation légale ne fonde pas forcément un devoir de garant, ce qui est déterminant est la nature du lien, à l'origine de la norme, existant entre la personne qui est ainsi tenue et le bien menacé ou la source de danger<sup>43</sup>.
67. Un tel lien a été reconnu dans deux arrêts relativement anciens, qui ont reconnu coupables d'entrave à la poursuite pénale :
- le fonctionnaire de police qui, en violation de son devoir de fonction, ne dénonce pas une personne dont il sait qu'elle est l'auteur d'une infraction<sup>44</sup>, précisément que sa fonction implique de protéger les biens juridiques contre les dangers qui les menacent (devoir de protection) ;
  - le garde-chasse qui omet de dénoncer une infraction alors qu'une norme de droit cantonal l'obligeait à dénoncer les violations des règles concernant la chasse<sup>45</sup>, ce qui se comprend, puisque sa fonction implique précisément de protéger la faune, notamment en dénonçant, à des fins de répression visant à empêcher la récidive, les infractions en matière de chasse.
68. Certains auteurs ont critiqué cette conception assez restrictive. Ainsi, par exemple, WEBER-CANDRIAN estime qu'il n'était pas nécessaire, pour fonder la culpabilité du garde-chasse du fait d'entrave, de constater qu'il est dans une situation comparable à un policier ou à une autorité de poursuite pénale<sup>46</sup> ; cet auteur estime que l'exercice d'une fonction publique ou d'une tâche de droit public et, d'autre part, l'existence d'une obligation de dénoncer en vertu du droit cantonal, suffit pour lui attribuer une

---

<sup>40</sup> ATF 113 IV 68 c. 5a

<sup>41</sup> ATF 120 IV 98, consid. 2c, JdT 1996 IV 45 ; 117 IV 467, consid. 3, JdT 1993 IV 149 ; 106 IV 276, JdT 1982 IV 20 ; DUPUIS/MOREILLON/PIGUET/BERGER/MAZOU/RODIGARI, *op. cit.*, art. 305 CP N 21.

<sup>42</sup> ATF 123 IV 79, consid. 2 ; 120 IV 98, consid. 2c.

<sup>43</sup> ATF 123 IV 79, consid. 2 ; 120 IV 98, consid. 2c.

<sup>44</sup> ATF 109 IV 46, consid. 2c, JdT 1984 IV 13.

<sup>45</sup> ATF 74 IV 164, JdT 1948 IV 181.

<sup>46</sup> WEBER-CANDRIAN, *op. cit.*, p. 141.

position de garant<sup>47</sup>. En particulier, il conclut que les agents des Offices de poursuites et faillites sont, en vertu de leur fonction, également responsables de la poursuite pénale pour tout ce dont ils ont connaissance dans leur domaine d'activité, lorsqu'ils soient soumis à une obligation de dénoncer (« *Anzeigepflicht* ») au niveau cantonal<sup>48</sup>.

69. DELNON/RÜDY sont également d'avis qu'une obligation de dénoncer (*Anzeigepflicht*), contrairement à une obligation de renseigner (*Meldepflicht*)<sup>49</sup>, crée à elle seule une position de garant<sup>50</sup>. La distinction entre *Meldepflicht* et *Anzeigepflicht* a vraisemblablement trait à l'autorité compétente pour connaître de la communication ; si l'information doit être relayée à une autorité administrative ou civile, on parle alors d'une obligation de renseigner<sup>51</sup>, d'annoncer<sup>52</sup> ou encore de signaler<sup>53</sup> tandis que si un événement doit être rapporté aux autorités pénales, il est communément fait référence à une obligation de dénoncer.
70. Toutefois, ces opinions restent minoritaires. La doctrine majoritaire qui traite du cas particulier de l'entrave à l'action pénale est d'avis qu'un devoir de dénonciation, imposé à tous les fonctionnaires par le droit cantonal (art. 302 al. 2 CPP), ne suffit pas pour créer une position de garant<sup>54</sup>. A l'appui de leur position, STRATENWERTH/BOMMER citent notamment l'ATF 74 IV 106 du garde-chasse et

---

<sup>47</sup> *Ibidem.*

<sup>48</sup> *Ibidem.*

<sup>49</sup> Arrêt du TF 6S.163/2004.

<sup>50</sup> BSK StGB II-DELNON/RÜDY, art. 305 N 25; WEBER-CANDRIAN, *Anzeigepflicht, Anzeigezwang der Betreibungs- und Konkursbeamten*, BISchK 2000, p. 131ss, p. 141.

<sup>51</sup> En vertu de l'art. 24 de l'Ordonnance sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité OPC-AVS/AI, (note marginale « *obligation de renseigner* »), l'ayant droit ou son représentant légal ou, le cas échéant, le tiers ou l'autorité à qui la prestation complémentaire est versée, doit communiquer sans retard à l'organe cantonal compétent tout changement dans la situation personnelle et toute modification sensible dans la situation matérielle du bénéficiaire de la prestation.

<sup>52</sup> P. ex. l'art. 4 de la Loi sur les télécommunications, LTC (note marginale « *obligation d'annoncer* ») qui prévoit que quiconque fournit un service de télécommunication doit l'annoncer à l'Office fédéral de la communication.

<sup>53</sup> P. ex. l'art. 26 de Loi concernant l'impôt sur les successions et donations, LISD (note marginale « *obligation de signaler* ») du canton de Berne qui prévoit que toutes les autorités, tous les agents et agentes du canton de Berne et des communes, ainsi que les notaires qui pratiquent dans le canton de Berne, sont tenus de signaler à l'Intendance cantonale des impôts, dans les 30 jours, les cas donnant lieu à une taxation dont ils ont connaissance dans l'exercice de leur fonction officielle.

<sup>54</sup> PITTELOU, *Code de procédure pénale suisse*, 2012, art. 299-305 N 730 ; CORBOZ, *op. cit.*, p. 608 N 3 ; STRATENWERTH/BOMMER, *Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen*, 7<sup>ème</sup> éd., 2013, § 57 N 11; CASSANI, *Commentaire du droit pénal suisse*, vol. 9, 1996, art. 305 N 20.

indiquent que dans ce cas, le Tribunal fédéral a considéré que le prévenu avait une position de garant car la norme de droit cantonal lui imposait une obligation de dénoncer pour des raisons particulières (« *aus einem besonderen Grunde zur Anzeige verpflichtet* »)<sup>55</sup>. Or, une obligation générale de dénoncer imposée à tous les fonctionnaires ou employés ne remplit pas ce critère<sup>56</sup>.

71. Dans un arrêt publié aux ATF 118 IV 309, le Tribunal fédéral a tranché en faveur du courant majoritaire, et décidé qu'un fonctionnaire de l'université de Genève, soumis à l'obligation de dénoncer prévue par l'art. 11 aCPP/GE et dont la teneur était très similaire à celle de l'art. 35 LACPP/VS, ne s'était pas rendu complice par omission de l'escroc dont il connaissait les crimes, mais qu'il a renoncé à dénoncer, précisément parce qu'il n'avait pas, de par sa fonction, de devoir de protection contre le délit en question, ni de devoir de surveillance de l'escroc résultant d'un rapport hiérarchique, par exemple.

72. Le considérant déterminant est le suivant (consid. 1d) : « *En définitive, la cour cantonale a estimé pouvoir déduire un devoir juridique de dénonciation en se fondant sur l'art. 11 du Code de procédure pénale genevois, qui prévoit l'obligation pour tout fonctionnaire de dénoncer immédiatement au Procureur général les crimes ou les délits dont il aurait connaissance dans l'exercice de ses fonctions. Cependant, le recourant n'avait pas pour mission de collaborer avec des autorités de police ou de poursuite pénale. Cette disposition lui imposait donc une obligation indépendante du travail concret qui lui était confié. Il s'agit en réalité d'une mesure générale destinée à favoriser l'application du droit pénal par la collaboration de l'ensemble des serviteurs de l'Etat. Si la violation d'une telle obligation peut constituer une faute disciplinaire, la doctrine admet qu'une telle obligation très générale ne suffit pas pour créer une position de garant (STRATENWERTH, op.cit. p. 376 No 13; NOLL/TRECHSEL, op.cit. p. 199). L'opinion de ces auteurs correspond à celle émise par le Tribunal fédéral au sujet du devoir général de fidélité à l'égard de l'employeur, prévu à l'art. 321a al. 1 CO (ATF 113 IV 73 consid. 6a); elle doit être approuvée. Admettre que tous les fonctionnaires, indépendamment de leur mission, peuvent être tenus pour complices du seul fait qu'ils n'ont pas dénoncé une infraction dont ils ont eu*

<sup>55</sup> STRATENWERTH/BOMMER, *op. cit.*, § 57 N 11.

<sup>56</sup> *Ibidem.*

*connaissance à l'occasion de leur travail (alors qu'ils pouvaient penser que l'auteur récidiverait, sans évidemment souhaiter une telle éventualité) reviendrait à étendre exagérément la portée de l'art. 25 CP. »*

73. Dans un arrêt plus récent publié aux ATF 123 IV 70, le Tribunal fédéral a jugé qu'un taxidermiste ne se trouvait pas, non plus, dans une position de garant qui justifie sa condamnation pour entrave à l'action pénale par omission s'il n'a pas annoncé, comme il en a l'obligation en vertu de la réglementation sur la chasse, des animaux protégés qui lui ont été confiés pour naturalisation<sup>57</sup>. A cette occasion notre Haute Cour a déclaré ce qui suit : « *Alors que le garde-chasse est chargé de veiller au respect des règles concernant la chasse, ce qui lui confère dans le domaine de ses attributions un rôle analogue à celui d'un policier, le taxidermiste exerce une activité indépendante qui ne fait pas de lui un auxiliaire de l'Etat dans la surveillance de la chasse.* »<sup>58</sup>.
74. La jurisprudence comporte encore la trace d'un classement, en 2016, d'une procédure ouverte pour entrave à l'encontre d'un fonctionnaire genevois directeur du domaine « *Droit et risques* » d'un département, qui avait omis de dénoncer un comportement suspect de corruption d'un collègue, contrairement à ce que lui imposait l'art. 33 LACP<sup>59</sup>.
75. Ainsi, il ressort de la jurisprudence, approuvée par la doctrine majoritaire, a décidé que les personnes qui ont une obligation légale générale de dénoncer les infractions dont elles ont connaissance, sans avoir pour autant la mission d'assister la justice pénale, n'occupent pas une position de garant, sous l'angle de l'art. 305 CP, si bien qu'ils ne se rendent pas coupable d'entrave à la justice s'ils violent leur obligation de dénoncer<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> ATF 123 IV 70.

<sup>58</sup> ATF 123 IV 70, consid. 2.

<sup>59</sup> TF, 6B\_1176/2016, en fait, B

<sup>60</sup> ATF 118 IV 309, consid. 1d; 118 IV 244, consid. 2b ;

DUPUIS/MOREILLON/PIGUET/BERGER/MAZOU/RODIGARI, *op. cit.*, art. 11 CP N 10.

ii) *En l'espèce*

76. En l'espèce, un avis de droit indique que le Conseil d'administration de CMA s'est potentiellement rendu coupable de plusieurs infractions. Les deux premiers éléments constitutifs de l'infraction d'entrave à l'action pénale, soit la présence d'une personne soumise à une mesure pénale, paraissent ainsi remplis.
77. Par ailleurs, dans la mesure où les Communes n'ont pas ce jour pas dénoncé les infractions potentiellement commises lors de l'augmentation de capital de CMA, et pourraient continuer à ne pas le faire, une poursuite pénale contre les membres du conseil d'administration de CM a été à tout le moins retardée, et pourrait l'être encore davantage.
78. Toutefois, se pose la question de savoir si les conseillers municipaux ont l'obligation juridique d'agir en raison d'une position de garant. Dans la négative, en effet, l'infraction n'entre pas en ligne de compte.
79. L'art. 35 LACPP/VS impose l'obligation à « toute autorité » de dénoncer les infractions se poursuivant d'office. Cependant, selon la jurisprudence et la doctrine exposée ci-dessus, cette seule obligation générale ne fonde pas une obligation de garant<sup>61</sup>. Il faut un devoir de protection particulier, découlant de la mission dont est investie l'autorité.
80. Les infractions dont il est question sont de nature à léser les intérêts pécuniaires des Communes, actionnaires minoritaires dont la participation a perdu en valeur suite à l'augmentation de capital suivie d'un rachat de biens. Certes, les Communes doivent bien veiller à leurs intérêts pécuniaires, mais cette obligation de protection-là, qui porte sur le bien juridique du patrimoine, ne nous paraît pas pertinente dans le contexte de l'art. 305 CP, qui protège l'administration de la justice.

---

<sup>61</sup> les cas de jurisprudence précités portent toujours sur des fonctionnaires et que la doctrine parle également du devoir de dénoncer imposé à « tous les fonctionnaires ». Cela étant, nous sommes d'avis que les principes développés en matière de position de garant peuvent s'appliquer par analogie à toutes les personnes qui exercent une fonction publique, y compris aux membres d'une autorité (DUPUIS/MOREILLON/PIGUET/BERGER/MAZOU/RODIGARI, *op. cit.*, art. 11 CP N 10).

81. Il faudrait donc, pour affirmer la position de garant, que la Commune, et par extension, les membres de leurs conseils municipaux, ait pour mission de veiller au bien juridique protégé par l'art. 305 CP, qui est l'administration de la justice pénale. Or, la Commune n'a précisément pas pour mission de collaborer avec les autorités de police ou de poursuite pénale en vue de la répression des infractions contre le patrimoine ; les seules attributions de police qui sont conférées sont la police locale<sup>62</sup>. Partant, l'obligation toute générale faite aux Communes de dénoncer les infractions dont elle a connaissance ne lui confère pas une position de garant, en raison de laquelle l'omission de dénoncer certains faits à coloration pénale commis dans le contexte de la gestion de CMA se qualifierait d'entrave à l'action pénale.
82. Nous concluons donc, avec un haut degré de certitude, que les conseillers municipaux ne se sont pas rendus coupables de l'infraction à l'art. 305 CP en ne dénonçant pas les faits apparus à la lecture du Rapport ALTENBURGER, respectivement ne risquent pas d'être tenus coupables s'ils persistent à ne pas les dénoncer, en raison de l'absence d'une position de garant déjà.
83. Le risque pénal d'une abstention de dénoncer les faits apparaît d'autant plus bas que, dans l'hypothèse où, par impossible, on considérerait que les éléments constitutifs de l'infraction d'entrave étaient réunis, nonobstant ce qui précède, les membres des conseils municipaux pourraient plaider qu'ils doivent être exonérés en vertu de l'art. 17 CP (état de nécessité). L'art. 17 CP prévoit en effet que « [q]uiconque commet un acte punissable pour préserver d'un danger imminent et impossible à détourner autrement un bien juridique lui appartenant ou appartenant à un tiers agit de manière licite s'il sauvegarde ainsi des intérêts prépondérants ». Les conséquences prévisibles dans l'hypothèse où le conflit s'accentuerait en raison du dépôt d'une dénonciation pénale permettent de plaider l'état de nécessité, et cela d'autant plus, à notre sens, que les infractions dont il est question sont patrimoniales et ont lésé les Communes seraient elles-mêmes.

---

<sup>62</sup> Art. 6 al. 1 (notamment let. b) LCo/VS *a contrario*

**d) Complicité de faux dans les titres, obtention frauduleuse d'une constatation fausse, escroquerie, gestion déloyale**

*i) En droit*

84. Selon l'art. 25 CP, « La peine est atténuée à l'égard de quiconque a intentionnellement prêté assistance à l'auteur pour commettre un crime ou un délit ».
85. La complicité est une forme de participation accessoire à l'infraction. Elle suppose que le complice apporte à l'auteur principal une contribution causale à la réalisation de l'infraction, de telle sorte que les événements ne se seraient pas déroulés de la même manière sans cet acte de favorisation; il n'est toutefois pas nécessaire que l'assistance du complice soit une condition *sine qua non* à la réalisation de l'infraction<sup>63</sup>.
86. L'assistance prêtée par le complice peut être matérielle, intellectuelle ou consister en une simple abstention<sup>64</sup>. Le complice peut apporter sa contribution jusqu'à l'achèvement de l'infraction; ainsi, dans le cas d'une escroquerie ou d'un faux dans les titres, l'assistance du complice peut intervenir jusqu'à l'encaissement des fonds par lequel l'auteur cause le dommage, respectivement jusqu'à l'atteinte aux intérêts pécuniaires d'autrui<sup>65</sup>. Le complice doit avoir l'intention de favoriser la commission de l'infraction, mais le dol éventuel suffit<sup>66</sup>.
87. La complicité par omission est en soi concevable, mais elle suppose que le complice ait eu l'obligation juridique d'agir<sup>67</sup>. C'était précisément le débat dans l'arrêt ATF 118 IV 309, rapporté ci-dessus. En ne dénonçant pas l'auteur d'une série d'infractions contre le patrimoine, le prévenu avait favorisé la commission par l'auteur d'autres infractions.

<sup>63</sup> ATF 121 IV 109, consid. 3; 119 IV 289; 118 IV 309, consid. 1a; 109 IV 149 consid. 3; 108 Ib 302 consid. 3a.

<sup>64</sup> ATF 118 IV 309, consid. 1a; 79 IV 146.

<sup>65</sup> ATF 118 IV 309, consid. 1a; 107 IV 2; 106 IV 296.

<sup>66</sup> ATF 118 IV 309, consid. 1a; 109 IV 150 consid. 4; 108 Ib 302 consid. 3b.

<sup>67</sup> ATF 121 IV 109, consid. 3b; 118 IV 309, consid. 1c et les références citées; 79 IV 147; BSK Strafrecht-FORSTER, art. 25 N 50.

88. Subjectivement, il faut que le complice sache ou se rende compte qu'il apporte son concours à un acte délictueux déterminé et qu'il le veuille ou l'accepte ; à cet égard, il suffit qu'il connaisse les principaux traits de l'activité délictueuse qu'aura l'auteur, lequel doit donc avoir pris la décision de l'acte<sup>68</sup>. Le dol éventuel suffit pour la complicité<sup>69</sup>.

*ii) En l'espèce*

89. En l'espèce, la question de savoir si les conseillers municipaux revêtent une position de garant se pose de manière similaire que pour la commission d'une entrave à l'action pénale, de sorte qu'il sera renvoyé aux développements faits ci-dessus.

90. Il y a toutefois une importance notable : le bien juridique protégé par certaines des infractions en question est le patrimoine. Or, la Commune a notamment pour devoir de veiller à la conservation de son propre patrimoine. Il paraît ainsi vraisemblable qu'en ce qui concerne le patrimoine de la Commune, les conseillers municipaux ont une position de garant. Par conséquent, en laissant sciemment commettre une infraction contre le patrimoine de la commune, ils risqueraient d'être tenus complices de celle-ci.

91. Cela étant, il n'est pas question d'une telle constellation en l'espèce. Les infractions d'escroquerie, de faux dans les titres, de gestion déloyale ou d'obtention frauduleuse d'une constatation fautive évoquées dans le Rapport Altenburger ont *déjà* été achevées. Une complicité n'est plus concevable en ce qui les concerne.

92. Par ailleurs, ni la nature des infractions, ni le contexte général porté à notre connaissance, ne conduisent à la conclusion qu'il y aura d'autres infractions du même type à l'avenir, prévisibles avec suffisamment de précision. Partant, en ne dénonçant pas les infractions commises lors de l'augmentation de capital de CMA, les conseillers municipaux ne risquent pas, non plus, d'être tenus complices d'infractions futures du même genre que l'un des membres du conseil d'administration de CMA commettrait.

---

<sup>68</sup> ATF 121 IV 109, consid. 3.

<sup>69</sup> *Ibidem.*

## **B. SANCTIONS DISCIPLINAIRES**

### **a) Membres des autorités d'une collectivité de droit public**

93. Comme vu ci-dessus, l'art. 87 LCo/VS, prévoit que « 1. Les membres des autorités d'une collectivité de droit public et de leurs commissions sont tenus d'accomplir consciencieusement les devoirs de leurs charges.

*2. Le règlement du conseil général ou un règlement interne du conseil municipal peut prévoir des sanctions sous forme d'amendes jusqu'à 1'000 francs à l'encontre des membres désignés à l'alinéa 1 qui, en dépit d'un avertissement, négligent leurs devoirs. L'intéressé doit être entendu avant le prononcé de la sanction. »*

94. Les Communes de Crans-Montana et d'Icogne, à tout le moins, ont fait usage de cette faculté, et ont prévu des amendes disciplinaires à l'art. 15 de leur Règlement d'organisation communal.

95. Cela étant, une amende de ce type n'entre pas en considération en l'espèce. En effet, tous les membres du Conseil municipal sont informés des faits rapportés dans le Rapport ALTENBURGER, et la décision de ne pas dénoncer ceux-ci à l'autorité pénale procède d'une décision – expresse ou tacite – collective. Il n'y a donc, en tout état, pas manquement d'un ou plusieurs membres du conseil municipal, que le conseil en tant que collège pourrait sanctionner.

### **b) Collectivités de droit public**

96. Comme vu ci-dessus, le Conseil d'Etat, autorité de surveillance des communes, peut faire procéder à l'exécution par un tiers en cas de carence ponctuelle, voire à la mise sous régime partielle ou totale en cas de carence systémique.

97. Nous n'entrevoions pas de risque de ce point de vue. A supposer que le Conseil d'Etat ait connaissance du Rapport Altenburger et qu'il estime que les faits qui y sont contenus doivent être portés à la connaissance des autorités pénales, il les dénoncerait au Ministère public, en vertu de sa propre obligation déduite de l'art. 35 LACPP/VS,

plutôt que de procéder à l'exécution par un tiers au sens de l'art. 150 LCo/VS. Quant à l'hypothèse d'une mise sous régie en raison de l'omission de dénoncer, sa probabilité est évidemment nulle.

  
Daniel KINZER, 9.10.2018

**LES COMMUNES DE CRANS-MONTANA, LENS ET ICOGNE  
CMA SA**

**NOTE RELATIVE A  
L'EVENTUELLE PEREMPTION DE CERTAINES ACTIONS CIVILES  
SIX MOIS APRES L'AG DU 13 JUIN 2018**

**Faits.** L'exécution de l'augmentation de capital de CHF 50'000'000.- et l'achat concomitant de CMA Immobilier SA, entre le 18 octobre et le 5 décembre 2018, pourrait engager la responsabilité du Conseil d'administration de REMONTEES MECANIKES CRANS MONTANA AMINONA SA (« CMA »).

Lors de l'assemblée générale du 18 mai 2017, la décharge a été votée par 99,7% des actionnaires, Communes comprises. Le 13 juin 2018, CMA a tenu une assemblée générale, au cours de laquelle la décharge aux administrateurs a été mise au vote. La décharge a été donnée par l'assemblée générale, malgré l'abstention des Communes.

**Question.** Les Communes souhaitent savoir si d'éventuelles actions en responsabilité contre les administrateurs sont soumises au délai de péremption de six mois prévu par l'art. 758 al. 2 CO, si bien qu'elles doivent les intenter d'ici le 13 décembre 2018 sous peine de forclusion.

**Réponse synthétique.** Pour les raisons développées ci-dessous, nous concluons comme suit :

- La décharge n'a aucune pertinence en ce qui concerne l'action des actionnaires contre les administrateurs en indemnisation du dommage qu'ils leur ont *directement* causé par les actes litigieux. Ainsi, les Communes peuvent agir en responsabilité contre les administrateurs à raison du dommage *direct* subi, peu importe la décharge qu'elles ont votée le 18 mai 2017, et sans égard au délai de six mois à compter de l'AG du 13 juin 2018.
- L'action des Communes tendant au paiement de dommages-intérêts à CMA à raison du dommage causé par les faits litigieux à CMA (et donc *indirectement* aux actionnaires, vu la perte de valeur des actions) est en soi soumise au délai de six mois. Il faut toutefois que (i) les actes litigieux soient compris dans la période pour laquelle décharge est donnée, et (ii) aient été révélés aux actionnaires lors de l'AG, ou à tout le moins connu de tous les actionnaires.

- Il est hautement vraisemblable que, lors de l'Assemblée générale du 18 mai 2018, les faits litigieux n'étaient pas révélés. La décharge donnée par CMA et votée par les Communes n'est donc très vraisemblablement pas opposable à l'action en responsabilité à raison du dommage causé à CMA.
- Savoir si les actes litigieux étaient compris dans la période pour laquelle décharge a été donnée le 13 juin 2018 est plus délicat. Dans une optique risques, il faut partir du principe que oui (cf. discussion détaillée ci-dessous).
- Savoir si les actes litigieux étaient révélés lors de l'assemblée générale du 13 juin 2018 peut faire débat. Dans une optique risques, il faut partir du principe que oui (cf. discussion détaillée ci-dessous).
- Il y a dès lors un risque que l'action en dommages-intérêts contre les administrateurs, ou certains d'entre eux, pour le dommage causé à CMA par les actes litigieux (et donc indirectement aux Communes) soit forclose si elle n'est pas intentée d'ici le 13 décembre 2018.
- Trois considérations peuvent toutefois appuyer le choix de ne pas tenter d'action en responsabilité à raison du dommage indirect d'ici le 13 décembre 2018, si cela s'avère opportun pour d'autres raisons (ne pas péjorer le climat de discussions en cours, p. ex.), malgré le risque de forclusion.
  - La responsabilité du CA n'est engagée qu'à la condition que les actes litigieux soient irréguliers. Si les actes litigieux sont irréguliers, CMA détient aussi une action en remboursement contre CPI. Or, cette action peut être intentée en Valais, et CPI est plus solvable que ne le sont les administrateurs.
  - En l'état, la créance de CMA contre CPI en remboursement du trop-payé (fondée sur les art. 628 al. 2 et 680 CO, ou sur l'art. 678 CO) est garantie : en effet, CMA a reçu un prêt du CHF 29 millions de CPI en 2017, ce qui lui permet, cas échéant, d'opposer la compensation lorsque le remboursement de ce prêt lui est demandé (sauf si la compensation est conventionnellement exclue, ce qu'il ne nous est pas possible de vérifier). Partant, un éventuel remboursement de ce prêt à CPI tant que le litige avec cette dernière relatif à l'acquisition de CMA IMMOBILIER à un prix surévalué n'est pas réglé serait un nouvel acte engageant la responsabilité du Conseil d'administration, dans l'hypothèse où CMA ne devrait pas réussir à faire pleinement exécuter un jugement de condamnation contre CPI.
  - Les administrateurs engageraient à nouveau leur responsabilité s'ils laissaient se prescrire l'action en libération des apports (art. 680 al. 2 CO).

## ANALYSE DÉTAILLÉE

Selon l'art. 758 CO, « 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. »

### **a) Approche juridique**

#### *i) Contexte et définition*

1. Les membres du Conseil d'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion (art. 754 CO), ainsi que 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 (art. 755 CO), répondent à l'égard de la société, ainsi qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'ils lui causent en manquant à leurs devoirs, intentionnellement ou par négligence.
2. S'agissant du dommage *causé directement aux actionnaires ou aux créanciers sociaux*, chaque actionnaire ou créancier social qui s'estime lésé peut agir directement contre l'organe responsable.
3. S'agissant du dommage *causé à la société* (et donc indirectement aux actionnaires et créanciers sociaux, en raison de la diminution de valeur des actions et du crédit qui en résulte), la loi fait la distinction suivante :
4. *tant que la société n'est pas en faillite*, la société et chaque actionnaire ont le droit d'intenter action contre l'organe responsable du dommage causé à la société, étant précisé que les actionnaires, tout comme la société elle-même, ne peuvent agir qu'en paiement de dommages-intérêts à la société (art. 756 al. 1 CO) ;
5. *lorsque la société est tombée en faillite*, les créanciers sociaux ont aussi le droit de demander le paiement de dommages-intérêts à la société, mais leurs droits, et ceux des actionnaires, sont exercés en premier lieu par l'administration de la faillite (art. 757 al. 1 CO) ; cette norme pose de délicats problèmes d'interprétation<sup>1</sup>, qu'il n'y a pas lieu d'approfondir ici, puisque l'hypothèse n'est pas pertinente.
6. La décharge conférée par l'assemblée générale aux organes, qui fait l'objet de l'art. 758 CO énoncé ci-dessus, n'a aucune pertinence en ce qui concerne le dommage *causé directement aux actionnaires ou aux créanciers sociaux*. Chaque actionnaire et créancier social a la possibilité d'agir contre l'organe en réparation du dommage

<sup>1</sup> CORBOZ, *Commentaire romand*, n. 1, 7 et 12 ad art. 758 CO

qui lui a été causé directement, peu importe qu'une décharge ait été donnée en raison des faits litigieux, ou non<sup>2</sup>.

7. Par ailleurs, lorsque la société est tombée en faillite, la décharge n'a, à nouveau, aucune pertinence en ce qui concerne l'action de la masse en faillite, représentée par l'administration, ou exercée par un actionnaire ou un créancier<sup>3</sup>.
8. En résumé, la décharge est pertinente en ce qui concerne l'action en réparation du dommage causé à la société, tant que la société n'est pas en faillite; c'est l'hypothèse visée à l'art. 756 CO.
9. Dans ce contexte-là, selon la jurisprudence<sup>4</sup> approuvée par la doctrine<sup>5</sup>, la décharge est une décision de la société ayant le caractère d'une reconnaissance de dette négative, constatant l'absence de prétention de la société contre les administrateurs en réparation du dommage causé à la société en raison de leur gestion pendant l'exercice considéré. Selon un autre courant de doctrine, qui nous convainc, ce n'est pas la prétention matérielle de la société qui est touchée, mais bien le droit de la société ou de l'actionnaire qui agit pour elle de faire valoir cette prétention sur le plan procédural<sup>6</sup>.
10. Reste à déterminer sur quels faits précisément porte une décharge donnée par l'assemblée générale (b), et quels sont les effets précis de la « reconnaissance de dette négative » ou « renonciation à exercer l'action » s'agissant de ces faits-là (c).

ii) *La portée de la décharge*

11. Selon la Tribunal fédéral, la décharge est une déclaration de volonté et doit dès lors être interprétée selon le principe de la confiance<sup>7</sup>.
12. La loi précise à l'art. 758 al. 1 CP que la décharge est opposable à la société et à l'actionnaire qui y a adhéré ou qui a acquis les actions postérieurement en connaissance de celle-ci, mais uniquement pour les faits révélés.
13. Si la décharge porte sur un certain nombre d'opérations spécifiques, CHAMMARTIN/VON DER CRONE sont d'avis que ces opérations spé sont réputées

<sup>2</sup> CORBOZ, *op. cit.*, n. 2 ad art. 758 CO

<sup>3</sup> CORBOZ, *op. cit.*, n. 3 ad art. 758 CO

<sup>4</sup> ATF 128 III 142 c. 3b S. 144; 118 II 496 c. 5a S. 498

<sup>5</sup> BK- NOBEL, *Das Aktienrecht : Systematische Darstellung*, § 7 N 102; OR II-DUBS/TRUFFER, ad Art. 698 N 24.

<sup>6</sup> BÖCKLI, *op. cit.*, § 18 N 452a; GARBARSKI, *op. cit.*, p. 212 et les références citées; WATTER/DUBS, *op. cit.*, p. 908; CORBOZ, *op. cit.*, n. 1, 7 et 12 ad art. 758 CO.

<sup>7</sup> ATF 95 II 320; TF 4C.107/2005, consid. 3.2; CHAMMARTIN/VON DER CRONE, *Der Déchargebeschluss Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005*, RSDA 2005 p. 329, p. 337.

être « *révélées* » au sens de l'art. 758 al. 1 CO<sup>8</sup> ; en effet, il incombe aux actionnaires de faire usage de leur droit d'information (Art. 697 ss. CO) s'ils estiment que les détails donnés sur ces affaires sont insuffisants.

14. Si la décharge est donnée de façon générale pour une période donnée, notre Haute Cour a retenu qu'elle couvrirait tous les actes *commis* par les dirigeants pendant la période concernée par le vote, indépendamment de la question de savoir quand ces actes produisent leurs *effets*<sup>9</sup>.
15. Il reste à déterminer quels sont, parmi les actes commis pendant la période concernée par le vote, ceux qui sont « *révélés* » au sens de l'art. 758 al. CO.
16. La doctrine dominante<sup>10</sup>, suivant en cela une jurisprudence développée sous l'ancien droit<sup>11</sup>, considère, à juste titre, que les « *faits révélés* » ne doivent pas être limités aux seuls rapports et communications qui ont été présentés à l'assemblée générale ; ils comprennent aussi les faits dont les actionnaires ont eu connaissance autrement, par exemple par voie de publication dans la presse. Cependant, il ne suffit pas que ces faits soient connus de certains actionnaires ; seule la connaissance personnelle de tous les actionnaires est imputable à l'assemblée générale et, partant, peut être assimilée à des « *faits révélés* » au sens de l'art. 758 al. 1 CO<sup>12</sup>.
17. La doctrine est partagée sur la question de savoir si les « *faits révélés* » vont au-delà des faits connus et comprennent aussi les *faits reconnaissables*. D'après certains auteurs, cette interprétation extensive, introduite par la jurisprudence fédérale sous l'ancien droit<sup>13</sup>, ne serait plus conciliable avec la teneur actuelle de l'art. 758 al. 1 CO<sup>14</sup>. En revanche, une autre partie de la doctrine semble plus favorable à ce que l'on tienne aussi compte des faits reconnaissables, soit des faits qu'un actionnaire peut déduire *implicitement*<sup>15</sup>.
18. Dans sa pratique la plus récente, le Tribunal fédéral adopte une position plus nuancée<sup>16</sup>. Sans trancher la controverse, notre Haute Cour en réduit le domaine, en considérant que les faits qui n'ont pas été tus, mais dont les éléments essentiels au

<sup>8</sup> CHAMMARTIN/VON DER CRONE, *op. cit.*, p. 338.

<sup>9</sup> TF 4A\_155/2014, c. 6.3; TF 4C.107/2005, consid. 4.2; OR II-DUBS/TRUFFER, ad Art. 698 N 24; GARBARSKI, *op. cit.*, p. 204.

<sup>10</sup> BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4ème éd., Zurich 2009, § 18 N 451; GARBARSKI, *op. cit.*, p. 204 et les références citées.

<sup>11</sup> ATF 95 II 320, consid. IV/3.

<sup>12</sup> CORBOZ, *op. cit.*, n. 10 ad art. 758 CO. On peut en revanche se demander si l'actionnaire qui connaissait un certain fait est lié par la décharge qu'il a donnée à raison de ce fait-là, même si d'autres actionnaires – qui ont aussi, ou n'ont pas, voté la décharge – n'avaient pas cette connaissance. Il n'est pas nécessaire d'approfondir cette question ici.

<sup>13</sup> ATF 95 II 320, consid. IV/3.

<sup>14</sup> BSK OR II-GERICKE/WALLER, ad Art. 758 N 3; GARBARSKI, *op. cit.*, p. 205.

<sup>15</sup> GARBARSKI, *op. cit.*, p. 205 et les références citées ; *Avec plus de retenue* CHAMMARTIN/VON DER CRON, *op. cit.*, p. 337 ss ; WATTER/DUBS, *Der Deschargebeschluss*, AJP 2001 p. 908, p. 911 s.

<sup>16</sup> TF 4C.107/2005 du 29.06.2005, consid. 3.2.

moins ont été communiqués à l'occasion de l'assemblée générale, ne sont pas seulement reconnaissables, mais bel et bien expressément révélés, pour autant que leur portée n'a pas été sciemment dissimulée et que les actionnaires participant à l'assemblée générale n'ont pas été trompés par la manière dont les faits leur ont été présentés.

19. En d'autres termes, la communication des éléments essentiels d'une affaire déterminée, pouvant revêtir une certaine importance lors du vote de la décharge, est en principe suffisante. La société qui a donné décharge après avoir reçu une telle communication ne peut pas prétendre ne pas être lié par cette déclaration de volonté au motif que certaines circonstances, supposément incriminantes, ne lui avaient pas été révélées, sauf si ces circonstances lui ont été sciemment dissimulées, voire si les faits lui ont été présentés trompeusement par le Conseil d'administration.
20. Cette jurisprudence se justifie, car il n'est pas admissible, selon la doctrine, que le conseil d'administration se contente d'offrir aux actionnaires des renseignements généraux sur les affaires de la période concernée par la décharge<sup>17</sup>. Bien plus, le conseil doit aussi informer l'assemblée générale des circonstances qui pourraient justifier l'introduction d'une action en responsabilité, notamment le dommage ou la violation des devoirs<sup>18</sup>. Ainsi, les faits qui, intentionnellement ou par négligence, n'ont pas été présentés ou qui l'ont été de manière incomplète ou fausse ne sont pas couverts par la décharge<sup>19</sup>. En effet, selon le principe de la bonne foi, les administrateurs ne peuvent partir de l'idée que la décharge couvrirait également les affaires présentés de manière trompeuse<sup>20</sup>.
21. Cela étant, il convient d'éviter que le caractère reconnaissable des faits soit admis trop aisément<sup>21</sup>. Aussi, pour savoir ce que l'actionnaire aurait pu (et dû) déduire de certains documents, notre Haute Cour ne mesure pas sa diligence à celle d'un homme d'affaires ordinaire mais bien à celle dont fait preuve un père de famille dans le contrôle de ses placements de capitaux<sup>22</sup>.

*iii) Les effets de la décharge pour les prétentions de la société hors faillite*

22. D'après l'art. 758 al. 1 CO, la décharge votée par l'assemblée générale empêche les organes de la société de faire valoir la prétention de la société contre les personnes visées par la décharge, à tous le moins en ce qui concerne les faits révélés<sup>23</sup>.

<sup>17</sup> GARBARSKI, *op. cit.*, p. 204.

<sup>18</sup> GARBARSKI, *op. cit.*, p. 204.

<sup>19</sup> WATTER/DUBS, *op. cit.*, p. 911; CHAMMARTIN/VON DER CRONE, *op. cit.*, p. 337.

<sup>20</sup> WATTER/DUBS, *op. cit.*, p. 911.

<sup>21</sup> WATTER/DUBS, *op. cit.*, p. 912.

<sup>22</sup> CHAMMARTIN/VON DER CRONE, *op. cit.*, p. 337 ; WATTER/DUBS, *op. cit.*, p. 912, spéc. note 22.

<sup>23</sup> GARBARSKI, *op. cit.*, p. 212.

23. Comme vu ci-dessus, si l'actionnaire invoque son dommage *direct*, la doctrine unanime soutient que la décharge ne lui est jamais opposable, même s'il l'a votée<sup>24</sup>.
24. Lorsque l'actionnaire invoque son dommage *indirect*, c'est-à-dire le dommage direct subi par la société dont il pâtit indirectement, en raison de la diminution de valeur des actions qui en résulte, et qu'il agit en paiement de dommages-intérêts à la société conformément à l'art. 756 al. 1 phr. 2 CO, il faut encore opérer la distinction suivante :
25. S'agissant des faits révélés. Si l'actionnaire a adhéré au vote de la décharge ou a acquis les actions postérieurement en connaissance de celle-ci, la décharge peut être opposée à son action<sup>25</sup>. Selon un auteur, il faut toutefois réserver l'hypothèse où l'actionnaire pourrait invalider son vote pour vice de consentement<sup>26</sup>.
26. Inversement, si l'actionnaire n'a pas adhéré au vote de la décharge ou s'il a acquis les actions postérieurement sans connaître la décharge, celle-ci ne lui est pas opposable et il peut ouvrir action contre les dirigeants. Dans ce dernier cas, la loi s'écarte toutefois du délai général de prescription de l'art. 760 CO et prévoit à l'art. 758 al. 2 CO que le droit d'intenter action pour des faits qui seraient couverts par la décharge s'éteint six mois après le vote de l'assemblée générale<sup>27,28</sup>. Il s'agit là d'un délai de péremption.
27. S'agissant des faits non révélés. Il résulte de ce qui précède que la décharge n'a pas d'effets en ce qui concerne les faits non révélés. Partant, l'actionnaire qui a voté la décharge relativement à l'action du Conseil d'administration relativement à une période donnée garde la possibilité d'intenter l'action en responsabilité pour le compte de la société à raison de faits non révélés, et, *a fortiori*, l'actionnaire qui ne l'a pas votée n'est pas limité par le délai de six mois pour agir en ce qui concerne les faits qui n'ont pas été révélés.

---

<sup>24</sup> GARBARSKI, *op. cit.*, p. 212 et les références citées.

<sup>25</sup> BÖCKLI, *op. cit.*, § 18 N 452a.

<sup>26</sup> CR CO II- CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, ad Art. 758 N 12.

<sup>27</sup> BSK OR II-GERICKE/WALLER, ad Art. 758 N 9; GARBARSKI, *op. cit.*, p. 214; WATTER/DUBS, *op. cit.*, p. 913.

<sup>28</sup> Le délai de péremption de 6 mois peut être problématique, si malgré la signature d'une décharge, le juge ordonne un contrôle spécial. Le contrôle spécial a en effet pour but de clarifier des événements qui pourraient fonder une action en responsabilité. Or, le résultat d'un tel contrôle spécial est souvent connu bien après que le délai de péremption de 6 mois soit passé. Cela est cependant une problématique fictive (« Scheinproblematik ») dans la mesure où la décharge ne porte que sur « les faits révélés » et qu'un contrôle spécial a précisément pour but de révéler des faits inconnus<sup>28</sup>. Nonobstant cela, il est recommandé d'introduire l'action en responsabilité et d'en demander la suspension jusqu'à ce que le résultat du contrôle spécial soit connu (WATTER/DUBS, *op. cit.*, p. 913).

**b) Application au cas d'espèce**

28. Les actes litigieux ont été faits entre octobre et décembre 2016.
29. Lors de l'assemblée générale du jeudi 18 mai 2017<sup>29</sup>, le Conseil d'administration a proposé de donner décharge aux membres du Conseil d'administration et aux organes de gestion, sans mentionner de période. Dans la mesure où, traditionnellement, on vote la décharge pour l'exercice écoulé, les actes litigieux sont compris dans le domaine de la décharge.
30. Dans la mesure où l'actionnariat a accepté cette proposition à la quasi-unanimité, soit 99.97%, la question se pose de savoir si, au moment où la décharge a été votée, les faits qui pourraient justifier l'introduction d'une action en responsabilité contre le Conseil d'administration en lien avec l'achat des actions de CMAI en date du 5 décembre 2016 étaient révélés au sens de l'art 758 CO.
31. Sur cette question spécifique, le Conseil d'administration, dans son rapport annuel, s'est contenté d'évoquer la « digestion » comptable de l'acquisition de CMA IMMOBILIER, expliquant que le Conseil avait décidé d'adopter l'approche prudente des Communes, quand bien même l'augmentation spectaculaire du chiffre d'affaires le confortait dans sa position. Le rapport de l'organe de révision, quant à lui, se contente de confirmer cette explication. Le procès-verbal de la séance ne fournit pas de plus amples informations. Ainsi, il a été question d'un simple différend entre deux approches comptables, l'une plus audacieuse, l'autre plus conservatrice, la dernière l'ayant finalement emporté. On ne saurait donc considérer que les faits litigieux aient été expressément révélés à cette occasion.
32. Certes, une correspondance spécifique et nourrie entre CMA, d'une part, et certaines Communes, d'autre part, a été échangée en amont de cette séance. Un contrôle spécial a été évoqué quant aux conditions d'acquisition de CMA IMMOBILIER. Partant, on ne peut exclure que les faits litigieux aient été connus de certains actionnaires ; cela étant, il faut qu'ils le soient par *tous* les actionnaires pour que le fait connu soit assimilé à un fait révélé ; rien n'indique que tel soit le cas. Je conclus ainsi avec une haute vraisemblance, que la décharge donnée le 18 mai 2017 n'est pas opposable à CMA, respectivement aux actionnaires qui agiraient en responsabilité contre les administrateurs, concluant au paiement de dommages-intérêts à CMA.
33. S'agissant de la décharge votée le 13 juin 2018, il convient d'abord de vérifier si elle porte (aussi) sur les actes litigieux, qui ont été faits entre octobre et décembre 2016. Certes, il est traditionnel de donner décharge pour l'exercice écoulé. Toutefois, l'ordre du jour propose de donner la décharge aux administrateurs, sans préciser de limitation quant à la période. Par ailleurs, si les Communes se sont abstenues, c'est très vraisemblablement en raison de ces faits-là, dont ils venaient de prendre la pleine mesure grâce au Rapport ALTENBURGER ; ce qui tendrait à accréditer que le décharge qu'il était question de donner porterait aussi sur ces

<sup>29</sup> Pièce 60 - PV AG CMA 2015-2017.

- faits-là. Partant, on ne peut exclure que la décharge donnée le 13 juin 2018 porte également sur les faits litigieux.
34. Par ailleurs, en postulant que les faits en question ont fait l'objet d'un débat en assemblée générale, il devient vraisemblable qu'ils soient réputés « révélés » au sens de l'art. 758 CO.
  35. Dans une approche prudente, motivée par le souci de ne pas perdre le bénéfice d'une éventuelle prétention, il y aurait donc lieu d'ouvrir action d'ici le 13 décembre 2018 au moyen d'une requête en conciliation.
  36. Cela étant, plusieurs points pourraient justifier de renoncer à le faire, dans l'hypothèse où cela serait d'opportun pour d'autres raisons.
  37. D'une part, comme déjà expliqué, la décharge ne vaut pas pour le dommage direct subi par les Communes, dont celles-ci peuvent également demander réparation. Comme il sera indiqué par ailleurs, l'hypothèse d'un dommage direct est consistante.
  38. Par ailleurs, La responsabilité du CA n'est engagée qu'à la condition que les actes litigieux soient irréguliers. Si les actes litigieux sont irréguliers, CMA détient aussi une action en remboursement contre CPI. Or, cette action peut être intentée en Valais, et CPI est plus solvable que ne le sont les administrateurs.
  39. En outre, la créance de CMA contre CPI en remboursement du trop-payé (fondée sur les art. 628 al. 2 et 680 CO, ou sur l'art. 678 CO) semble garantie : en effet, CMA a reçu un prêt du CHF 29 millions de CPI en 2017, ce qui lui permet, cas échéant, d'opposer la compensation lorsque le remboursement de ce prêt lui est demandé (sauf si la compensation est conventionnellement exclue, ce qu'il ne nous est pas possible de vérifier). Partant, un éventuel remboursement de ce prêt à CPI tant que le litige avec cette dernière relatif à l'acquisition de CMA IMMOBILIER à un prix surévalué n'est pas réglé serait un nouvel acte engageant la responsabilité du Conseil d'administration, dans l'hypothèse où CMA ne devrait pas réussir à faire pleinement exécuter un jugement de condamnation contre CPI. L'action en responsabilité à raison de cet acte-là n'est pas touchée par les décharges données les 18 mai 2017 et 13 juin 2018.
  40. Enfin, le Conseil d'administration engagerait à nouveau sa responsabilité dans l'hypothèse où il n'intenterait pas l'action en libération des apports (art. 680 al. 2 CO) avant qu'elle ne se prescrive.

**LES COMMUNES DE CRANS-MONTANA, LENS ET ICOGNE  
CMA SA**

**NOTE DE SYNTHESE  
RELATIVE AUX ACTIONS JURIDIQUES**

Les Communes, ayant pris connaissance du Rapport ALTENBURGER, souhaitent un point de situation suite aux derniers événements qui se sont produits dans le différend mentionné sous rubrique.

Nous prenons ainsi position sur les faits (A), les actions judiciaires envisageables (B), la proposition transactionnelle faite par CPI (C), et les développements sur le plan pénal (D).

Notre point de vue peut être résumé comme suit :

- Le prix auquel les actions de CMAI ont été acquises est grossièrement surévalué.
- Même en admettant que la valeur réelle des actions acquises était de CHF 12,78 mios, et non de CHF 5,2 mios, (rapport GARD), la conséquence des opérations d'augmentation-acquisition d'octobre à décembre 2016 seraient encore :
  - Valeur intrinsèque de CMA : + CHF 25,7 mios.
  - *Participation des Communes dans CMA* : -14,93%
  - Valeur de l'actionnariat détenu par les Communes : - CHF 1,79 mios.
  - Valeur des gages détenus par les Communes : - CHF 7,69 mios.
- Sur la connaissance des faits par les administrateurs :
  - Les administrateurs savaient, au moment de décider de modifier les statuts suite à la souscription intégrale de l'augmentation de capital, qu'ils allaient affecter un montant de CHF 35 mio. à l'acquisition de CMA ;
  - Il y a des indices concordants qu'ils savaient qu'ils devraient, en principe, annoncer ce fait comme reprise de biens ;
  - Il y a des indices concordants que certains, à tout le moins, savaient que la valeur était exagérée.

- Sur les actions judiciaires envisageables :
  - Nous recommandons d'agir au civil contre CPI (voire contre les administrateurs, comme co-défendeurs solidaires) en paiement de CHF 30 millions à CMA, sur la base de l'art. 678 CO.

En cas de succès, l'action aboutit à la pleine réalisation de l'augmentation de capital décidée en octobre 2016 ; elle rétablit la pleine valeur de l'actionnariat des Communes, et la valeur de leur gage.

Les chances de succès apparaissent bonnes ; l'action peut être intentée en Valais, et est lancée par une requête de conciliation simple qui permet un débat transactionnel devant un juge.

Dans l'hypothèse où l'action serait également dirigée contre les administrateurs, nous préconisons d'agir avant le 13 décembre 2018.

- Sur la proposition transactionnelle faite par CPI :
  - La proposition de CPI (réduction de capital de 75%, puis augmentation de CHF 50 millions à laquelle CPI souscrit à au moins CHF 30 millions par conversion de sa créance) assainit la situation sur le plan comptable, mais elle n'indemnise en rien les Communes du préjudice qu'elles ont subi : au contraire, la réduction du capital-actions est l'aveu du prix largement excessif versé pour CMAI, tout en ne changeant rien au dommage subi par les Communes de ce fait (elles restent à 11%, et la valeur de leurs actions n'augmente pas).
  - Il est par ailleurs peu vraisemblable que, compte tenu de la situation, l'apport de CHF 30 millions par conversion du prêt déjà accordé soit juridiquement possible, et que le réviseur (qui doit l'examiner, art. 652f CO) l'approuve.
  - Seul l'abandon de créance de CHF 30 millions par CPI rétablit le *statu quo ante*.
  - Le rétablissement du *statu quo ante* est par ailleurs souhaitable afin de mettre fin à tout risque pénal pour CPI (art. 146 ou 158 CP), et pour les conseillers communaux (art. 305 CP).
- Nous recommandons par ailleurs de prendre proactivement contact avec le Procureur général, lui exposant notre argumentaire sur l'art. 305 CP, suite à sa lettre. La suite de la stratégie sur ce plan pourra être fixée en fonction des résultats de cet entretien.

A. PRISE DE POSITION SUR LES FAITS

1. Se posent les questions d'une surévaluation de la valeur de CMAI au moment de son acquisition (a), du préjudice causé par cette opération (b) et de ce qu'en savaient les administrateurs (c).

a) **L'existence d'une surévaluation**

2. La participation de 88,% dans CMAI a été acquise le 5 décembre 2016 pour un prix de CHF 35,397 mio.<sup>1</sup>, fondé sur une évaluation de [REDACTED] du 1<sup>er</sup> décembre 2016<sup>2</sup>.

3. Toutefois, l'évaluation [REDACTED] est peu probante :

- a. Un document antérieur fait état d'un projet de rachat pour CHF 33 mio., donnant à supposer que l'évaluation avait vocation à corroborer une décision prise auparavant ;
- b. L'évaluation est affectée d'incohérences méthodologiques et l'emploi systématique de paramètres extrêmes (comme un multiplicateur de 3,75 appliqué au chiffre d'affaires) la décrédibilise<sup>3</sup> ;
- c. Les auteurs de l'évaluation précisent que celle-ci se fonde sur les projections de revenus établies par [REDACTED] qu'ils n'ont pas vérifiées ; ces projections consistent en un document de deux pages, comprenant 3 scénarios (non étayés), dont le plus favorable est repris par [REDACTED] sans justification.

4. D'un autre côté, plusieurs éléments probants font état d'une valorisation entre CHF 5,2 millions (rapport Georges GARD) et CHF 12,788 millions (valeur intrinsèque). Par ailleurs, le Conseil d'administration a procédé, fin 2017, à un ajustement valorisant la participation à CHF 12,788 mio. au 31 décembre 2016, « *par prudence* », et « *dans l'attente de l'évolution de certains projets immobiliers* ». Dans la mesure où aucun événement inattendu est intervenu en 2017 qui pourrait expliquer ce changement, cela constitue une forme d'admission qu'au 5 décembre 2016, les mêmes considérations auraient dû conduire à une acquisition à une valeur inférieure.

5. En synthèse, il apparaît quasi-certain, en l'état du dossier, que l'acquisition a été faite à un prix grossièrement surévalué.

<sup>1</sup> Pièce 28

<sup>2</sup> Pièce 27

<sup>3</sup> Pièce 27, « Réflexions sur le rapport no. 2 »

**b) Le préjudice causé par la surévaluation**

6. L'opération litigieuse, considérée dans sa globalité (augmentation de capital de CHF 50 mio. assortie d'un rachat de 88,5% de CMAI à CPI pour un prix de CHF 35,397 mio.) a fait évoluer les valeurs intrinsèques<sup>4</sup> comme suit<sup>5</sup> :

	Valeur réelle de la part de 88,5% dans CMAI	
	CHF 5,2 mio.	CHF 11,089 mio.
Actif net de CMA	+ CHF 19,8 mio.	+ CHF 25,7 mio.
Part des Communes	- 14,93%	- 14,93%
Valeur de la part des Communes	- CHF 2,45 mio.	- CHF 1,79 mio.
Valeur du gage détenu par les Communes	- CHF 9,35 mio.	- CHF 7,69 mio.

7. En résumé,
- CMA a bénéficié de l'opération litigieuse (mais pas dans la mesure promise, qui aurait dû être de CHF 50 mio.),
  - tandis que les Communes sont lésées à un triple titre : (i) diminution de leur part dans l'actionnariat, et donc de leur influence dans les décisions sociales, (ii) diminution de la valeur intrinsèque de leur actionnariat, et (iii) diminution de la valeur du gage qu'elles détiennent.
8. Partant, le dommage causé par les opérations litigieuses peut être appréhendé de deux façons différentes :
- Si l'on prend pour référence la situation qui résulte de l'augmentation du capital de CHF 50 mio., intégralement souscrite, l'opération qui a suivi, soit l'achat de 88,5% de CMAI, a causé un dommage direct à CMA correspondant à la différence entre le prix payé pour l'acquisition de CMAI et la valeur réelle de cette société (soit à un montant compris entre CHF 24,3 et 30,2 mio.).  
  
Si ce dommage est réparé, les lésions (ii) et (iii) subies par les Communes sont automatiquement réparées par contre-coup. Demeure en revanche la lésion consistant en la diminution de l'influence dans la société (i).
  - Si l'on prend pour référence la situation initiale, CMA n'est pas lésée ; l'opération litigieuse considérée dans son ensemble a directement lésé les actionnaires minoritaires, soit notamment les Communes. En effet, leurs actions et celles gagées à leur bénéfice ont été diluées à l'excès, compte

<sup>4</sup> Les raisonnements qui suivent évaluent CMA, ainsi que les actions de CMA, en fonction de sa valeur intrinsèque, qui correspond à l'actif net (actif moins fonds étrangers). CMAI est évaluée

<sup>5</sup> Les calculs ont été faits sur la base des valeurs au bilan au 31 décembre 2016 ; des divergences avec d'autres évaluations, dues à des postulats et méthodes différents, sont possibles mais restent mineures.

tenu que cette dilution a été calculée sur la base d'un apport de CHF 50 mio., alors que l'apport réel de CPI est compris entre CHF 20 et 27 mio. (soit CHF 14,603 mio. en cash plus un apport en nature valorisé entre CHF 5,2 et 12,788 mio.). On peut envisager une action tendant à indemniser directement ce dommage-là.

9. L'hypothèse juste dépend notamment des motivations des auteurs, qu'il n'est pas possible de déterminer avec certitude en l'état du dossier. Quoi qu'il en soit, il n'est pas nécessaire de faire un choix entre ces deux façons d'appréhender le dommage avant d'agir judiciairement.

**c) La connaissance par le Conseil d'administration**

10. Les faits de la cause, et les besoins des actions judiciaires envisageables, exposés dans le Rapport ALTENBURGER, conduisent à se poser trois questions de fait.
11. (i) Les administrateurs envisageaient-ils concrètement d'acquérir CMAI au moment où ils ont établi le rapport d'augmentation prévu par l'art. 652c CO, le 5 décembre 2018 ?
12. L'un des administrateurs a affirmé, dans la presse, que tout était encore ouvert au moment de l'augmentation de capital. Le dossier dément ce point de vue. Un relevé des investissements prévus en 2016/2017 remis par ce même administrateur à une Commune bien en amont de l'augmentation, la mention de l'acquisition envisagée de CMAI dans la convention-cadre avec les Communes du 14 octobre 2016, l'activité de [REDACTED] en novembre et début décembre 2016 démontre, au-delà de tout doute raisonnable, que les trois administrateurs envisageaient concrètement d'acquérir CMAI au moment d'établir le rapport d'augmentation. La réponse est donc affirmative.
13. (ii) Les administrateurs savaient-ils qu'ils devaient déclarer l'acquisition envisagée de CMAI comme reprise de biens au sens de l'art. 628 al. 2 CO dans leur rapport d'augmentation ?
14. Le Rapport ALTENBURGER relève à juste titre qu'au vu d'un arrêt ancien du Tribunal fédéral, il demeure une incertitude quant à savoir si l'achat de la participation dans CMAI, le 5 décembre 2016, se qualifie de reprise de biens au sens de l'art. 628 al. 2 CO, puisqu'elle entre dans le but social de CMA, même si la doctrine majoritaire et l'office fédéral du registre du commerce – avec des motifs qui nous convainquent – considèrent cette jurisprudence comme dépassée, à tout le moins depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit de la SA.
15. Se pose donc la question de savoir si, de bonne foi, les administrateurs ont considéré, au vu de cette jurisprudence, qu'il n'y avait pas reprise de biens. Il est permis d'en douter. Premièrement, les administrateurs ne sont pas juristes. Deuxièmement, la déclaration I, qu'ils ont signée, de façon générale, évoque la « l'intention de reprendre des biens déterminés d'une certaine importance d'un

*actionnaire [...] au sens de l'art. 628 al. 2 CO* », ce qui, vu le projet d'acquisition absorbant le 70% des liquidités résultant de l'opération qui allait être exécuté le jour même, les aurait fait réagir. On ne peut donc répondre avec certitude en l'état, mais il y a des raisons de penser que les administrateurs ont tu l'acquisition envisagée en étant conscients qu'ils devraient la mentionner au titre de reprise de biens.

16. (iii) Les administrateurs savaient-ils que le prix de CHF 35,397 mio. était excessif par rapport à la valeur de la société achetée, soit CMAI ?
17. Le rapport sur la base duquel le prix de vente et d'achat a été fixé interpelle à la lecture. Premièrement, il se fonde sur des projections de chiffre d'affaires très optimistes, et qui – à teneur du document dont elles sont issues<sup>6</sup> – ne paraissent pas reposer sur une étude sérieuse. Deuxièmement, les paramètres de calcul, comme par exemple les multiplicateurs, sont systématiquement fixés au maximum usuel, voire au-delà. Troisièmement, la valeur ainsi obtenu excède d'un facteur trois la valeur intrinsèque. Tous ces éléments ne signifient pas nécessairement que l'évaluation est fautive, mais ils conduisent nécessairement des hommes d'affaires expérimentés comme le sont deux des trois administrateurs à poser des questions. Le fait que l'évaluation ait été reprise telle quelle est ainsi un indice que ces deux administrateurs acceptaient la surévaluation.
18. La circonstance que le montant de CHF 33 mios. ait été articulé par un administrateur bien avant l'évaluation, que cette évaluation soit datée du 1<sup>er</sup> décembre 2016, soit 4 jours avant l'acquisition, et que l'administrateur qui a commandé l'évaluation a une double casquette de représentant de l'actionnaire et de président du Conseil de CMA est un autre indice à l'appui de l'hypothèse que l'évaluation a été sollicitée dans le but d'étayer un chiffre dont l'ordre de grandeur était prédéfini.
19. D'un autre côté, l'évaluation mentionne qu'elle avait été précédée d'un premier rapport, établi en 2015, qui faisait état d'une valeur de CHF 21,5 mio.. Par ailleurs, des investissements en CHF 11 mio. auraient été consentis entre mai et décembre 2016<sup>7</sup>. L'addition des deux montants permet d'arriver, de façon *prima facie* plausible, à un montant de l'ordre pour lequel la vente a été conclue. Cela étant, un spécialiste peut être frappé par le fait que ce raisonnement paraît mélanger valeurs d'exploitation (CHF 21,5 mio.) et valeur intrinsèque (CHF 11 mio.), et qu'il est curieux d'ajouter à la valeur antérieure la valeur des investissements consentis, dans la mesure où ceux-ci paraissent avoir été financés par des fonds étrangers (la valeur intrinsèque n'étant plus que de CHF 12,788 à fin décembre 2016).
20. En résumé, il n'est à ce stade pas possible de retenir, au-delà de tout doute raisonnable, que tous les administrateurs savaient que le prix de CHF 35,397 mio. était grossièrement surévalué. Des indices permettent toutefois de supposer que certains d'entre eux, à tout le moins, le savaient.

<sup>6</sup> Pièce 27, Revenue forecast de [REDACTED]

<sup>7</sup> Pièce 27, lettre de [REDACTED] du 25 novembre 2016

**B. PRISE DE POSITION SUR LES ACTIONS JUDICIAIRES**

21. Le Rapport ALTENBURGER évoque un certain nombre d'actions judiciaires concevables compte tenu du dossier. Ce qui suit vise à synthétiser les enseignements et en évaluer les chances de succès.

**a) Sur le plan civil**

22. L'action en exécution de la libération, fondée sur l'art. 680 al. 2 CO, dirigée contre CPI, tend à ce que CPI verse à CMA la différence entre le prix encaissé lors de la vente de CMAI et la valeur réelle de cette dernière (soit un montant compris entre CHF 23 et 30 mio. en chiffres ronds). Il faut toutefois noter les difficultés suivantes :

- a. L'action ne peut être intentée que par le Conseil d'administration de CMA ;
- b. Le bien-fondé de l'action est incertain à raison d'une jurisprudence ancienne qui pourrait exclure la qualification d'apport de biens dans les circonstances d'espèce.

23. En résumé, l'action en exécution de la libération n'est pas un outil disponible dans le contexte d'une stratégie judiciaire.

24. L'action en restitution de l'enrichissement illégitime, fondée sur l'art. 678 al. 2 CO, dirigée contre CPI, tend également à ce que CPI verse à CMA la différence entre le prix encaissé lors de la vente de CMAI et la valeur réelle de cette dernière (soit un montant compris entre CHF 23 et 30 mio. en chiffres ronds).

- a. Contrairement à l'action en exécution de la libération, dont il vient d'être question, l'action en restitution de l'enrichissement illégitime peut être intentée par tout actionnaire, qui doit conclure au paiement à la société. L'action peut donc être intentée par une ou plusieurs Communes.
- b. L'action peut par ailleurs être intentée en Valais (cf. note spécifique), et débute par le dépôt d'une requête en conciliation.
- c. Quant au fond, l'action suppose un, voire deux, éléments :
  - i. une disproportion manifeste entre prestation de l'actionnaire et contreprestation à ce dernier, qui est réalisée en l'espèce.
  - ii. Certains auteurs estiment que seul l'actionnaire qui connaissait ou devait reconnaître le caractère exagéré de la contreprestation peut

être tenu à restitution<sup>8</sup>. Toutefois, la doctrine reconnaît que la preuve devrait être relativement facile lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, d'« autres prestations » au sens de l'art. 678 al. 2 CO<sup>9</sup>, et il a été vu qu'il existe des indices concordants que les représentants de CPI connaissaient la disproportion.

- d. Les chances de succès apparaissent donc bonnes. Par ailleurs, le succès de l'action garantira à CMA la disposition des moyens financiers sur lesquels elle porte, qui, actuellement, sont accordés sous forme de prêt, et qui deviendraient des fonds propres. Par contre-coup, la valeur de l'actionnariat des Communes, et la valeur de leur gage, sera également rétablie.
25. Ainsi, dans l'hypothèse de la mise en œuvre d'une stratégie judiciaire, l'action en restitution de l'enrichissement illégitime apparaît comme un bon instrument.
26. L'action en constatation de la nullité de la cession d'actions CMAI à CMA, fondée sur l'art. 714 CO, intentée contre CMA, permettrait d'obtenir l'annulation de l'achat à CPI de la participation dans CMAI au prix de CHF 35,397 mio. Il s'ensuivrait que CMA pourrait agir en restitution de la somme de CHF 35, 397 mio., à la condition qu'elle offre de rendre 88,5% de l'actionnariat de CMAI. Cette action est toutefois aussi affectée de plusieurs difficultés :
- a. Si, certes, les Communes peuvent agir en constatation de la nullité de la décision du Conseil d'administration d'acheter 88,5% de CMAI à CPI, il se pose la question de savoir si, par contre-coup, le contrat d'achat lui-même serait nul ;
- b. Par ailleurs, il appartiendrait au Conseil d'administration de CMA de mettre en œuvre la seconde étape de cette action, soit agir contre CPI en restitution de CHF 35,397 mio. en échange de la remise de 88,5% des actions CMAI ; autrement dit, les Communes n'ont pas de garantie qu'il le ferait.
27. A l'instar du Rapport ALTENBURGER, je conclus ainsi que cette action n'est pas intéressante.
28. L'action en responsabilité des Communes contre les administrateurs à raison du dommage causé à CMA, fondée sur l'art. 754 CO. Il apparaît que les administrateurs ont décidé, puis exécuté l'achat de 88,5% des actions de CMAI à CPI à un prix exagéré. Cette action peut être intentée par les Communes contre les administrateurs, ou une partie d'entre eux, et tend au paiement à CMA de la différence entre le prix encaissé lors de la vente de CMAI et la valeur réelle de cette dernière (soit un montant compris entre CHF 23 et 30 mio. en chiffres ronds).
- a. Il est possible que cette action doive être intentée dans le délai de six mois à compter de la décharge donnée par CMA aux administrateurs lors de

<sup>8</sup> DEKKER, *Aktienrecht Kommentar Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR*, Zurich 2016, n. 27 ad art. 678 CO

<sup>9</sup> DEKKER, *op. cit.*, n. 29 ad art. 678 CO

l'assemblée générale du 13 juin 2018, soit d'ici au 13 décembre 2018, conformément à l'art. 758 al. 2 CO.

- b. L'action est intentée au siège de la société, soit en Valais, et débute par le dépôt d'une requête en conciliation.
  - c. Il est possible de coupler cette action avec l'action en restitution de l'enrichissement illégitime, dirigée contre CPI, dont il a été question ci-dessus. Ainsi, les Communes, en une seule action judiciaire, demanderaient à CPI et aux administrateurs, ou certains d'entre eux, débiteurs solidaires, de verser à CMA un montant compris entre CHF 23 et 30 mio. en chiffres ronds. A noter toutefois qu'il est vraisemblable que si les Communes agissaient contre une partie seulement des administrateurs, les défendeurs appelleraient en cause ceux qui ne sont pas visés.
  - d. Compte tenu des faits mis en évidence ci-dessus, les chances de succès apparaissent comme bonnes ; il reste que la décharge donnée le 18 mai 2017, dont nous estimons qu'elle ne peut être opposée par les administrateurs parce que les faits n'étaient alors pas encore révélés, sera très certainement plaidée par les administrateurs et représente un risque.
29. L'action en responsabilité des actionnaires à raison du dommage causé à CMA est donc un bon instrument, dans l'hypothèse où une stratégie judiciaire est mise en œuvre.
30. L'action en responsabilité des Communes contre les administrateurs à raison du dommage qu'ils lui ont causé personnellement, fondée sur l'art. 754 CO.
31. Les Communes pourraient également concevoir l'augmentation de capital de CHF 50 mio. et l'acquisition subséquente d'actions de CMAI à un pris de CHF 35,397 mio. comme un tout, qui a eu l'effet de les léser directement, en réduisant le taux de leur actionnariat, et la valeur de celui-ci, en-deçà de ce qui se justifiait ; en effet, elles ont été diluées comme si des apports de CHF 50 mio. avaient été faits, alors que les apports n'ont été que de CHF 20 à 27 mio.
- a. Dirigée contre les administrateurs, cette action tendrait au paiement en mains des Communes de la perte de valeur de leur actionnariat du fait de l'irrégularité commise par les administrateurs lors de l'augmentation de capital, soit environ CHF 2,45 mio.
  - b. Cette action peut également être intentée en Valais, et débute par le dépôt d'une requête de conciliation.
  - c. La construction juridique est plus élaborée qu'elle ne l'est pour les deux autres actions, ce qui impacte les chances de succès. En revanche, la décharge ne représente pas un problème.
  - d. Il est possible de coupler cette action en responsabilité à l'action en responsabilité contre les administrateurs en réparation du dommage causé à

CMA. Ainsi, les Communes pourraient conclure, principalement au versement de dommages-intérêts à CMA en CHF 23 à 30 millions, subsidiairement au versement de dommages-intérêts à elles-mêmes pour CHF 2,45 mios.

32. En résumé, l'action en responsabilité contre les administrateurs est une option réaliste qu'il est possible de prendre si une stratégie judiciaire est choisie. A notre sens, elle ne devrait pas avoir priorité sur les actions visant à ce que CPI et les administrateurs indemnisent CMA. D'une part, l'indemnisation de CMA entraîne, par contrecoup, celle des Communes. D'autre part, les actions en paiement aux Communes directement ne guérissent pas le problème de la valeur de leur gage. Enfin, il apparaît plus cohérent, de la part des Communes, d'agir afin que les engagements pris par CPI en tant qu'actionnaire soient tenus, afin que CMA dispose de suffisamment de fonds propres pour se développer, plutôt que d'obtenir une indemnisation en raison d'une dilution qu'elles avaient consenti à subir.
33. Actions visant à augmenter la part des Communes dans l'actionnariat ? Le point commun des actions qui précèdent est qu'elles tendent au paiement d'une somme d'argent, soit à CMA, soit aux Communes. Aucun d'entre elles ne ramène le taux de participation des Communes à l'actionnariat à la valeur qu'il aurait dans l'hypothèse où la dilution aurait été calculée sur les apports réels, compris entre CHF 20 et 27 mio. ; dans une telle hypothèse, en effet, elles détiendraient toujours entre 15,5% et 17% de l'actionnariat. Si tel est le but visé, on peut envisager deux pistes :
- a. Une action pourrait être dirigée contre CPI sur la base de l'art. 41 CO, attrait en qualité d'instigateur des administrateurs, et tendre à l'indemnisation directe des Communes à raison du dommage causé par le schéma litigieux. A titre d'indemnité, l'action pourrait tendre à la remise d'un certain nombre d'actions, de façon à ramener la participation à ce qu'elle devrait être. En effet, en droit suisse, la restitution du statu quo ante, auquel tend l'action fondée sur l'art. 41 CO, ne passe pas nécessairement par une somme d'argent. La construction juridique est créative, ce qui impose d'évaluer les chances de succès avec prudence.
  - b. Une autre piste serait d'agir en nullité de la décision du conseil d'administration constatant la souscription de tous les actions ; en effet, l'augmentation de capital, fixée à CHF 50 millions *au maximum*, n'a en réalité été que partiellement souscrite. Toutefois, la doctrine retient que la décision du conseil prise en application de l'art. 652g CO n'est pas sujette à annulation au sens de l'art. 704 CO. Il paraît dès lors hasardeux – mais pas impossible – de construire une nullité.
34. En résumé, il n'apparaît pas totalement impossible d'agir judiciairement pour ramener le taux de participation des Communes dans l'actionnariat de CMA à ce qu'il aurait été si le Conseil avait constaté, justement, que l'augmentation de capital n'avait été souscrite qu'à concurrence de CHF 20 à 27 mio. Toutefois, (i) ces actions sont juridiquement créatives, et leurs chances de succès sont aléatoires ;

(ii) ces actions ne guérissent pas le problème de diminution de valeur des gages ; et  
(iii) les Communes avaient déjà consenti à une dilution potentielle de leur actionnariat.

35. Par conséquent, ces actions n'ont pas, selon nous, priorité dans le contexte d'une stratégie judiciaire.

**b) Sur le plan pénal**

36. Le Rapport ALTENBURGER identifie, à juste titre, de potentielles infractions définies par les art. 251, 253, 146 et 158 CP.

37. Le parfum pénal des opérations litigieuses est clairement perceptible. Il reste à déterminer quels sont les actes pénaux exactement, et quelles personnes ont été lésées. Les faits établis permettent diverses suppositions par rapport à ce qui n'a pas encore été révélé, de sorte que diverses hypothèses peuvent être entretenues à cet égard. Les clarifications sont en cours, notamment en vue des contacts avec le Ministère public, préconisés ci-dessous.

**C. PRISE DE POSITION SUR LA PROPOSITION  
TRANSACTIONNELLE**

38. Nous avons été informés que l'actionnaire principal propose, au titre de sortie de crise, une réduction du capital actions de 75%, par diminution de la valeur nominale des actions de CHF 0,40 à CHF 0,10, suivie d'une augmentation de capital de CHF 50 millions, à laquelle CPI souscrirait en tout cas à hauteur de CHF 30 mios. par compensation avec le prêt déjà accordé.

39. Les mérites de cette proposition est qu'elle régularise la situation sur le plan comptable, en supprimant la situation de surendettement au moyen de la réduction de capital ; de plus, elle prévoit un apport net de fonds à hauteur de CHF 20 mios qui sera certainement utile à CMA.

40. Nous souhaitons toutefois rendre les Communes attentives au fait que cette proposition ne les indemnise en rien du préjudice (direct ou indirect) qu'elles ont subi à raison des irrégularités ayant affecté les opérations financières d'octobre à décembre 2016. L'opération de réduction du capital, en particulier, n'augmente pas à nouveau la part de leur actionnariat au niveau qu'elle devrait avoir, mais laisse celle-ci à 11% en chiffres ronds ; elle n'augmente pas la valeur absolue, en CHF, de leur actionnariat ; enfin, elle n'augmente pas, non plus, la valeur de leur gage. Quant à l'augmentation subséquente de capital, elle augmente la valeur de l'actionnariat des Communes dans la stricte mesure de leurs apports.

41. De plus, la solution envisagée n'est peut-être pas réalisable. En effet, la libération de CHF 30 mios par conversion du prêt accordé par CPI à CMA suppose que cette

somme soit librement disponible. Or, selon certains auteurs, les contrats passés en violation de l'art. 678 CO sont nuls, si bien que CMA détiendrait déjà une créance en restitution de CHF 30 millions contre CPI en ses livres. Cette créance se compenserait avec sa dette en remboursement du prêt de CHF 30 millions. Il s'agit d'un point que le réviseur agréé qui devra, cette fois-ci, vérifier le rapport d'augmentation (Art. 652f CO), pourrait relever.

42. En revanche, un abandon de créance à hauteur de CHF 30 millions revient à rétablir la situation qui se serait produite si CPI, d'emblée, avait versé CHF 50 millions d'apports dans le contexte de l'augmentation de capital, puis avait reversé CHF 5,397 millions (soit CHF 35,397 millions, versés à l'époque, moins CHF 30 millions, abandon de créance), soit exactement la valeur calculée par l'expert GARD, pour acquérir la participation de 88,5% dans CMAI.
43. Dans cette hypothèse, la participation des Communes serait certes toujours de 11% ; toutefois, chaque action aurait une valeur plus élevée, si bien que la valeur de l'actionnariat des Communes, en CHF, n'aurait pas diminué. De plus, la valeur de leur gage serait rétablie au niveau correct.

#### D. PRISE DE POSITION SUR LA SITUATION SUR LE PLAN PÉNAL

44. Le Procureur général du Valais a récemment écrit aux Communes pour les informer qu'il avait été saisi d'une dénonciation, leur rappelant qu'elles étaient tenues de dénoncer toutes infractions dont elles avaient connaissance, et leur rappelant la teneur de l'art. 305 CP (entrave à l'action pénale).
45. Cela conduit à faire deux recommandations.
46. (i) En premier lieu, la lettre du Procureur général ne doit pas être ignorée, même si nous maintenons intégralement les conclusions de notre note relative à l'art. 305 CP, il n'est pas possible de faire abstraction du fait que le Procureur général semble être d'un avis contraire. Cela d'autant moins que, vraisemblablement, le Rapport ALTENBURGER finira par être porté à sa connaissance, cas échéant par l'intermédiaire de la presse. Il s'agit d'infractions poursuivies d'office. L'ouverture d'une procédure pour entrave est indésirable en soi, ne serait-ce qu'en raison des effets réputationnels, même si elle est ensuite classée.
47. Le cas fait penser à celui ayant donné lieu à l'ATF 121 IV 106, dans lequel le Procureur du Canton de Vaud avait donné un délai de 5 jours à un directeur des PTT pour mettre fin à l'abus de lignes téléphoniques à des fins pénales ; les PTT avaient répondu par une fin de non-entrée en matière, ce qui avait donné lieu à l'ouverture de poursuites pénales ayant abouti à la condamnation du directeur pour complicité.
48. C'est la raison pour laquelle il nous paraît essentiel de ne pas laisser le courrier adressé par le Procureur général sans suite, mais de lui répondre pour lui expliquer la position des Communes, d'une part quant à l'art. 305 CP, d'autre part de façon

plus générale dans ce dossier, et d'assortir cette correspondance d'une proposition de dialogue.

49. La suite de la stratégie pourra ensuite être fixée en fonction des résultats de cet entretien.
50. (ii) En second lieu, nous souhaitons attirer l'attention des Communes sur l'art. 53 CP, qui permet aux autorités pénales de ne pas entrer en matière sur une procédure, respectivement la classer, dans l'hypothèse où l'auteur a réparé le dommage e que l'intérêt public et l'intérêt du lésé à poursuivre l'auteur pénalement sont peu importants.
51. Partant, et en postulant que les conclusions du Rapport ALTENBURGER seront connues tôt ou tard, une réparation intervenue dans l'intervalle, permettrait de mettre fin à la procédure pénale avant même qu'elle ne commence, ce qui est dans l'intérêt, tant de CPI et de ses animateurs, que des conseillers communaux, auxquels le Procureur général vient de s'adresser.

Daniel KINZER, 28.10.2018