

# WilhelmGilliéron

## AVOCATS



Auteur: Christophe Wilhelm | Le : 14 novembre 2022

## Le contrat avec soi-même : véritable piège pour les petites PME

Vous êtes organisé en SA ou en Sàrl ? Votre capital-social est composé de deux ou trois actionnaires ? Votre conseil d'administration reflète cette composition du capital-actions ? Alors vous êtes concerné par la problématique du « contrat avec soi-même ».

En substance, aux termes de l'article 718b CO, sauf si la prestation de la société ne dépasse pas les CHF 1000.-, le droit suisse oblige à recourir à la forme écrite pour la conclusion de tout contrat lorsque la société est représentée par la personne avec laquelle elle conclut le contrat. Ainsi, un contrat de prêt conclu entre la société et l'un de ses actionnaires ou avec l'un de ses administrateurs, n'est valable que s'il est conclu en la forme écrite. Rappelons que la forme écrite implique (cf. article 14 CO) une signature en bonne et due forme sur papier et encre (« wet ink » comme on le dit maintenant souvent) ou sous la forme d'une signature électronique qualifiée au sens de l'article 14 al. 2bis CO.

Toutefois, la jurisprudence du Tribunal fédéral a apporté une exigence supplémentaire à la forme écrite de ce genre de contrats<sup>[1]</sup>. En effet, notre Haute Cour a entendu empêcher les risques de conflit d'intérêt et a ainsi stipulé que tout contrat où la société conclut avec la personne qui la représente, est  **nul**  s'il n'a pas été approuvé par une autre personne habilitée à représenter la société ou n'a pas été validé *a posteriori* par un organe de cette société.

Ainsi, un membre du conseil d'administration, même disposant d'un pouvoir de signature individuel, ne peut pas engager valablement la société par sa seule signature en concluant avec lui-même un contrat, par exemple un contrat de prêt ou un contrat de travail.

La résolution de cette situation peut être complexe en pratique.

Ainsi, il est admis qu'un autre membre du conseil d'administration peut ratifier l'acte passé par un autre membre du conseil. Cela est le cas si cet autre membre a également la signature individuelle. S'il ne possède qu'une signature collective, sa ratification sera valable s'il n'est pas lui-même impliqué dans ce contrat et s'il est le seul autre membre du conseil d'administration<sup>[2]</sup>. Si le conseil est composé d'autres membres, nous conseillons la tenue d'un conseil d'administration en bonne et due forme aux fins de ratifier la conclusion de ce contrat, celui-ci ne pouvant déployer d'effets que dès cette ratification.

Lorsque le contrat est conclu par un membre unique d'un conseil d'administration, c'est à l'assemblée générale des actionnaires de ratifier le contrat à conclure<sup>[3]</sup>.

Les seules exceptions à cette règle portent sur les affaires qui, par leur nature, excluent un risque de porter préjudice à la société, soit par exemple (i) les opérations qui ont pour but d'honorer une obligation préexistante, (ii) les opérations qui sont conclues dans l'intérêt exclusif de la société, (iii) les opérations conclues au sein d'un groupe de sociétés, (iv) les opérations dont le prix est défini de manière objective et (v) les opérations qui contiennent des clauses contractuelles particulières en vue de protéger la société<sup>[4]</sup>.

Il convient donc, même au sien d'une très petite PME, de systématiquement documenter par écrit les contrats conclus et de les faire ratifier par un organe neutre, soit par deux autres membres du conseil d'administration, soit par l'assemblée générale de la société. Nous constatons toutefois que dans la pratique, cette précaution est loin d'être respectée et peut conduire à des litiges très virulents aux conséquences dévastatrices pour la gouvernance et les finances de la société.

---

[1] Cf. TF, 4A\_360/2012 c. 4.2; TF 4C 148/2002, c. 3.1, ATF 127 III 332, JdT 2001 I 259.

[2] Le TF l'admet du bout des lèvres 4A\_360/2012 c. 4.2.2.

[3] ATF 127 III 332, JdT 2001 I 259, 261 cons 2 b) aa).

[4] CR CO II, Henry Peter/Francesca Cavadini, art 718b, N9a et les auteurs cites.

---

**Source :**

***<https://www.wg-avocats.ch/actualites/actualites-droit-societes-le-contrat-avec-soi-meme-veritable-piege-pour-les-petites-pme/>***