

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 42 (1923)

Artikel: Les apports en nature dans la fondation de la société anonyme

Autor: Félice, S. de

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896520>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 13.12.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Les apports en nature dans la fondation de la société anonyme.

RAPPORT

présenté par S. de FÉLICE, avocat,
professeur à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne.

Nous sommes d'accord avec Mr. Alfred Wieland pour délimiter comme suit le thème de discussion choisi par le comité de la Société suisse des juristes. Le comité n'attend pas de ses rapporteurs un travail de construction juridique. Il s'agit de la question des apports en nature à envisager de lege ferenda, et spécialement au point de vue des modifications dont la loi suisse actuelle est susceptible, en tenant un compte particulier du projet de revision des titres 24 à 33 du Code fédéral des obligations présenté au Département fédéral de Justice et Police par Mr. Eugène Huber.

I.

Observations générales.

1. Mr. Alfred Wieland a présenté en tête de son étude une analyse très détaillée non seulement du droit suisse actuel et des modifications projetées, mais encore des législations française, anglaise et allemande sur la matière. Quiconque a jamais entrepris une étude de législation comparée sait les difficultés qu'offre un semblable travail si l'on veut être exact et ne rien omettre d'essentiel. Mais les résultats sont en proportion de l'effort. Il est impossible de concevoir un problème législatif de quelque ampleur, d'en bien saisir les données dans leur complexité, sans connaître les solutions dont les législations étrangères les

plus avancées l'ont jugé susceptible. Le seul grief qu'on pourrait faire au „rapport“ à tous autres égards si remarquable de feu Mr. Eugène Huber sur la revision des titres 24 à 33 du CO, comme peut-être aux exposés qui ont accompagné le projet de Code civil est d'avoir, non pas sans doute négligé une pareille source de renseignements, — le contraire résulte à l'évidence de l'examen le plus superficiel — mais jugé inutile de faire connaître au public les éléments mêmes fournis par ces recherches. Pour ne pas imposer à l'éminent rédacteur du projet un labeur aussi considérable, on aurait pu en charger quelques-uns de ses collaborateurs. Un Etat qui alloue une subvention annuelle de cinquante mille francs à une fédération ouvrière dont les statuts comportent la lutte des classes, est assez riche pour affecter en une seule fois une somme beaucoup moindre à une vaste enquête destinée à l'amélioration de la législation commerciale du pays. C'eût été le moyen de provoquer des avis utiles sur les réformes désirables. L'esprit ne saurait, en pareille matière, travailler sur sa propre substance. Il faut le nourrir. Les auteurs des motifs du premier projet de Code civil allemand ont fait beaucoup de droit comparé. Et leur oeuvre, à la fois descriptive et critique, est un monument qui a pu être utilisé même par ceux qui se proposaient en fin de compte de présenter des amendements au projet. Le juriste qui veut se former un jugement sur le mérite de telle ou telle innovation du projet comparativement à d'autres institutions expérimentées à l'étranger, doit commencer par les travaux d'approche à la fois pénibles et délicats auxquels Mr. Wieland s'est livré dans la première partie de son travail. Cette étude des sources, est-il nécessaire de le dire, nous l'avons faite de notre côté, aussi consciencieusement que nous l'avons pu, notamment en ce qui touche le droit français, le droit allemand, — et le droit belge à tous égards si original et si instructif. Mais il serait sans objet d'exposer ici à nouveau les résultats obtenus. Nous nous bornerons donc le plus souvent à nous référer aux documents cités par Mr. Wie-

land, et à discuter le parti qu'il en a tiré, sauf à reprendre à l'occasion, en sous-oeuvre, s'il y a lieu, tel ou tel point particulier du droit étranger.

2. En ce qui touche le droit suisse, on trouvera à la fin du présent rapport un tableau comparatif des dispositions du droit actuel, et de celles du projet sur le point spécial qui nous occupe.

Il résulte de ce tableau ce qui suit, essentiellement:

A. Le Code des obligations de 1881, s'inspirant de la loi française de 1867 sur les sociétés, et de la Novelle allemande de 1870 relative aux sociétés anonymes, a pris diverses précautions contre le risque de la majoration des apports en nature au moment de la fondation. Les apports en nature sont tous biens qui ne consistent pas en numéraire (*in barem Gelde*). L'art. 619 assimile de tout point aux apports en nature les établissements ou autres biens que la société doit „prendre à sa charge“ pour un certain prix (*Anlagen oder sonstige Vermögensstücke, die von der zu errichtenden Gesellschaft übernommen werden sollen*). Apports et reprises de biens doivent être approuvés à la majorité dans une assemblée générale convoquée après la souscription du capital social, chaque souscripteur d'actions présent ou représenté n'ayant qu'une seule voix, l'apporteur étant exclu de la votation, et la majorité étant du quart au moins de l'ensemble des actionnaires, et représentant au moins le quart du capital social. Apports et reprises de biens doivent figurer dans les statuts. Mais le Code de 1881 n'ordonnait ni l'inscription au registre du commerce, ni la publication des clauses qui s'y rapportent. Des responsabilités spéciales, exorbitantes du droit commun, sont établies à la charge de toute personne ayant coopéré à la fondation à raison du dommage causé sciemment, par certains actes, à la société, aux actionnaires individuellement, ou aux créanciers de la société.

B. A ces dispositions, l'arrêté du Conseil fédéral du 8 juillet 1919 a apporté des compléments essentiels: en cas de fondation par appel au public, l'établissement d'un

prospectus portant la signature des fondateurs est indispensable; le prospectus doit mentionner entre autre les données sur lesquelles sont basées les prévisions de succès de l'entreprise. Le bulletin de souscription doit se référer aussi bien au prospectus qu'aux statuts. Les apports et biens repris doivent être mentionnés au registre du commerce et publiés dans la Feuille officielle suisse du commerce.

C. Le projet de loi revisant les titres 24 à 33 du Code des obligations apporte de très profondes modifications à ce régime.

D'une part il introduit une distinction fondamentale entre la constitution de société qui s'effectue par appel au public ou souscription successive, et la constitution qui s'opère sans appel au public „par la conclusion d'un contrat passé entre tous les fondateurs“. Sans doute, dans les deux cas, la nécessité de l'inscription des apports et biens repris sur le registre du commerce, et celle de la publication dans la Feuille officielle du commerce subsistent. Mais dans le dernier cas, les règles spéciales à l'approbation des apports à des conditions de majorité déterminées sont sans application. L'unanimité est indispensable. Le projet pare aux dangers inhérents à ce dernier mode de fondation, et qui consistent dans la possibilité de revente immédiate des actions à un prix majoré d'un fort agio, au moyen de l'institution du „blocage“ de *toutes* les actions pendant deux ans.

D'autre part, en ce qui touche la constitution de la société anonyme par appel au public, on relève diverses innovations importantes touchant la vérification des apports et biens repris et leur approbation:

a) un rapport écrit des fondateurs donnant des renseignements précis sur la consistance et l'état des objets apportés ou repris, et sur les motifs qui justifient la valeur qui leur est attribuée, est prescrit;

b) préalablement à la votation sur les apports, une expertise peut être requise par des souscripteurs représen-

tant un dixième au moins du capital social; les experts sont désignés par le juge;

c) des conditions nouvelles pour l'approbation des apports sont établies, en ce qui touche le quorum de présence et la composition de la majorité.

Les dispositions relatives à la responsabilité spéciale de celui qui coopère à la fondation d'une société anonyme sont modifiées tant par l'extension de la responsabilité au cas de faute simple que par une réglementation plus détaillée et en partie nouvelle des actions dérivant de la responsabilité.

3. Les dispositions du droit actuel et du projet qu'on vient de résumer sont relatives aux dangers qui menacent à la fois, quand une société anonyme se forme, les souscripteurs de numéraire, les tiers porteurs auxquels des actions seront ultérieurement transférées, et enfin les tiers créanciers de la société. Ces dangers tiennent surtout à l'abus qui consiste à surévaluer dans les statuts les apports faits en nature à la société et les „biens repris“ par celle-ci. Depuis que les sociétés par actions sont affranchies de l'autorisation préalable, la question des moyens propres à prévenir et à réprimer la „majoration des apports“ n'a cessé de préoccuper les législateurs. On ne peut pas dire qu'ils aient trouvé jusqu'ici la formule magique qui résoudra le problème.

Tous les moyens proposés ou déjà expérimentés se rapportent à deux principes complètement distincts l'un de l'autre, entre lesquels on peut choisir, mais dont les applications ne s'excluent nullement dans une seule et même loi. Tout au contraire, le tableau des législations en vigueur montre que partout elles ont été combinées, à la vérité dans des proportions et d'après des méthodes qui varient singulièrement d'un pays à un autre. Et les préoccupations des réformateurs sont dirigées dans un sens et dans l'autre suivant leurs tendances individuelles.

Les uns pensent qu'au moyen d'une réglementation détaillée et sévère et de compétences étendues données à des

fonctionnaires consciencieux, on pourra, non pas seulement empêcher les aigrefins de nuire, mais comprimer tous les abus et amener les apporteurs en nature à réduire toujours leurs prétentions à la mesure du juste prix. Le Code de commerce allemand de 1897 institue dans cet ordre d'idées, en matière de fondation de sociétés anonymes, un appareil logiquement lié de règles multiples, se soutenant et s'appelant les unes les autres, dont la vue est impressionnante, mais accable. Avant la guerre, en France, par protestation contre certaines exagérations des économistes de l'école dite libérale, non seulement des hommes politiques, mais bon nombre de juristes appelaient de tous leurs vœux une réforme de la loi de 1867 dans le sens indiqué.

D'autres estiment que le meilleur moyen de lutter contre les abus connus en matière de société anonyme, et notamment contre celui dont on s'occupe ici, consiste dans une publicité étendue donnée aux principaux faits de l'existence de la société qui peuvent intéresser toutes personnes quelconques déjà en rapport, ou disposées à entrer en rapport avec elle: notamment ses actionnaires, ses créanciers, et ceux qui songent à se rendre acquéreurs de ses actions ou à lui faire crédit. Les effets de mesures de publicité bien comprises ne sont nullement négligeables. Parmi ces mesures, il en est même d'essentiels, dont on ne saurait plus aujourd'hui se passer, comme la publicité du registre du commerce. Mais surtout, comme le remarquait Mr. de Waldkirch dans son intéressant rapport de 1904 à la Société des Juristes, c'est à l'éducation du public qu'il faudrait travailler, de façon à ce que chacun comprenne l'utilité, lorsqu'on se mêle de mettre son argent dans des achats d'actions, d'user de certaines précautions élémentaires à l'égard de certaines personnes, et d'ouvrir les yeux, comme s'il s'agissait de l'achat de toute autre marchandise.

Visiblement, le législateur doit être éclectique. Il ne doit s'inspirer d'aucune idée préconçue, ni s'asservir à aucun système. Peut-être a-t-on eu tort, dans le Congrès international des sociétés par actions de 1900 (v. Nouel,

Préface) et dans d'autres réunions analogues, de trop parler de „l'opinion la plus libérale“, qui doit toujours prévaloir, du „principe“ d'après lequel „aucune espèce d'autorité, ni judiciaire ni administrative n'a à intervenir, ni directement, ni indirectement, dans la constitution des sociétés par actions“. Il faudrait pouvoir consulter les faits uniquement, décider toujours d'après les résultats positifs de l'expérience, après avoir dressé pour chaque institution juridique préconisée par les uns ou par les autres le bilan exact des avantages qu'elle apporte et des déficits qu'elle occasionne à chacun des grands intérêts en présence: — intérêt des individus, qu'il faut protéger contre les entreprises des exploiters et, dans la mesure du possible, contre les abus inhérents aux institutions même les plus utiles, en ne perdant pas de vue que l'intérêt de l'individu est un élément de l'intérêt général; — intérêt du commerce, vital pour tout le corps social, qui ne souffre pas qu'à raison d'abus isolés on arrête la marche des affaires, et qui voit son pire ennemi dans les vaines formalités et dans les tracasseries administratives.

Malheureusement, la vaste enquête juridique, économique et sociale qui serait nécessaire pour fixer les faits intéressants dans ce grand débat n'a pas été jusqu'à ce jour organisée avec assez de méthode. On trouve quelques monographies, peu d'études d'ensemble; et combien imparfaites! Malgré les progrès des sciences d'observation, l'esprit continue d'être opprimé dans le champ des sciences morales par les idées a priori. Dans ce domaine du droit comparé, où l'on s'aventure par accident à l'occasion de quelque problème législatif qui a surgi soudain et réclame l'attention avec une insistance particulière, qui s'aviserait de chercher à déterminer méthodiquement, scientifiquement, les effets produits par l'application de telle ou telle règle de droit, par le fonctionnement de telle ou telle institution déterminée? Qui s'aviserait, plus simplement, à l'occasion de cette règle ou de cette institution, de constituer une somme des insuffisances qu'elle a révélées, et des

critiques dont elle a été l'objet? Le législateur lui-même, une fois sa loi ou son code achevés, paraît, tout au moins pour longtemps, se désintéresser des résultats. N'est-il pas stupéfiant qu'aucun texte des dispositions finales du Code civil n'impose aux juges l'obligation, à la vérité dépourvue de sanction, de signaler annuellement au pouvoir exécutif les points, à considérer dans une revision future, sur lesquels leur attention a pu être attirée par des cas concrets? C'est peut-être qu'il surgirait d'un tel dossier trop d'observations curieuses et inattendues. Pour ne parler que des questions qui nous intéressent dans ce rapport, prenons comme exemple celle relative à l'introduction dans la législation suisse de l'institution des experts-reviseurs, nommés en Allemagne par la chambre de commerce ou par le juge. Cette institution, jalousée par bon nombre de Français, est très discutée. Est-il vraiment possible, depuis tant d'années qu'elle fonctionne, que ni officiellement, ni par l'effet d'initiatives privées, il ne se soit constitué, sur son efficacité pour contrôler la valeur des apports, aucun recueil de statistiques, d'observations, d'avis d'hommes compétents, etc., tel qu'en le consultant, on se dise: c'est à prendre, ou: c'est à laisser. Pour notre part, nous croyons, contre l'avis de Mr. Pic, l'auteur distingué du traité *Des sociétés commerciales*, que c'est à laisser. Mais nous le croirions encore bien plus s'il nous était démontré, par exemple, ou par des statistiques, que la proportion des cas de rejet par les actionnaires d'une estimation statutaire, ensuite de rapport des experts-reviseurs, est négligeable; ou par une enquête, que de l'avis des magistrats, avocats et chambres de commerce, les avantages de l'institution ne valent pas ce qu'elle coûte.

II.

Apports proprement dits et biens „repris“ par la société. — „Nachgründung“.

L'examen d'une question préliminaire s'impose. Cette question et celle de savoir s'il y a lieu d'assimiler de tout point, dans la loi nouvelle, le régime des biens „repris“ par la société à celui des apports proprement dits, c'est-à-dire des apports en nature dont la contre-valeur consiste en actions, ou, tout au moins, pour partie en actions, et qui figureront ainsi, pour la valeur nominale les dites actions, dans le capital social. Il semble au premier abord que l'assimilation complète se justifie par de bonnes raisons. Les difficultés commencent quand il s'agit de savoir ce qu'il faut entendre par „biens repris“. La pratique actuelle des organes du registre du commerce paraît avoir étendu cette notion au-delà de toute limite. L'occasion d'intervenir dans ce domaine lui a été fournie par l'art. VI de l'arrêté du Conseil fédéral du 8 juillet 1919 qui ordonne l'inscription au registre du commerce et la publication non pas seulement des „apports“, comme le dit inexactement et improprement le texte officiel français, mais bien, d'une façon générale, de tous biens que la société prend à sa charge en vertu des statuts. Comme cette pratique paraît s'affirmer tous les jours, et que nous la croyons malheureuse, on pourrait être tenté de dire qu'il est opportun de la rectifier par un texte législatif précis: et ceci intéresse le présent rapport. Mais peut-être, en présence d'une loi sur les sociétés anonymes déjà si ample et si surchargée de détails, suffirait-il de travailler à obtenir un accord de la doctrine d'abord, de la pratique ensuite — et notamment de la pratique des autorités préposées à la surveillance du registre du commerce — sur une conception plus exacte. Quelle que soit la façon de procéder qui paraîtra le plus indiquée pour atteindre le but considéré, l'examen du problème s'impose.

1. Si nous considérons d'abord l'état de la question en France et en Allemagne, nous constatons ce qui suit.

La législation française a la première posé, pour prévenir la majoration des apports, quelques-unes des règles fondamentales qui forment la substance de l'art. 619 CO actuel. A un moment où la société anonyme était encore assujettie aux restrictions de l'autorisation préalable, les sociétés en commandite bénéficiaient déjà du régime de la liberté réglementée. Et c'est la loi du 17 juillet 1856 qui a, pour cette catégorie de sociétés, posé le principe de la vérification des apports en nature, et de l'approbation de leur valeur par une assemblée d'actionnaires, en spécifiant que la délibération sera prise par la majorité des actionnaires présents, et que cette majorité devra „comprendre le quart des actionnaires, et représenter le quart du capital social en numéraire“. De la loi de 1856, la règle a passé, presque sans modification, d'abord dans la loi de 1863 sur les sociétés dites à responsabilité limitée, puis dans la grande loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés, laquelle supprime pour les sociétés anonymes l'exigence de l'autorisation (L. 1867 art. 4 al. 4 et 24). Il n'est question dans la dite loi que de la vérification des apports proprement dits; on ne trouve pas un mot qui puisse laisser supposer que l'on ait songé un instant à des acquisitions de biens, faites à prix d'argent au moment de la fondation, pour les assimiler à des apports en ce qui touche les formalités d'approbation. Dès lors, de multiples projets de refonte de la loi de 1867 ont été présentés par le Gouvernement, et même approuvés par l'une ou l'autre des Chambres. L'un notamment, de vaste envergure, qui remonte à 1884, a abouti en fin de compte à la petite loi du premier août 1893 apportant diverses modifications à la loi de 1867. Un autre, non moins ample, dort dans les cartons de la Chambre des députés depuis 1903. Tout témoigne d'études approfondies, tenant compte des besoins de la pratique et des idées de réforme discutées dans le monde du barreau et des affaires.

Aucun de ces projets n'a prévu l'extension aux „biens repris“ par la société des dispositions prévues pour les apports.

D'autre part, la jurisprudence française, si entreprenante en matière commerciale, et quelquefois si hardie, ne s'est à aucun moment avisée qu'il y eût intérêt à développer par voie d'analogie la notion de l'apport. Elle ne sévit que si l'on est en présence d'un véritable apport déguisé sous la forme d'une vente, lors par exemple „qu'une ou plusieurs personnes souscrivent fictivement des actions sans en verser réellement le montant en espèces, et que, après la constitution, un bien meuble ou immeuble est vendu à la société moyennant un prix quittancé qui est censé avoir été payé en espèces avec les fonds provenant de la souscription, mais qui en fait est payé au moyen de la remise au vendeur des actions souscrites fictivement“. (Houpin, Traité, t. I, no. 585; note sous Journ. des Soc. 1912, p. 76.) En pareille occurrence, en effet, il y a réellement apport en nature d'un immeuble dissimulé sous l'apparence trompeuse d'une souscription en espèces et d'une vente pour un prix ferme en vue d'échapper à la fois à la vérification des apports, et à la non-négociabilité des actions pendant deux ans (Pic. t. II, no. 930, auteurs et arrêts cités). „Mais il en est autrement (sauf appréciation des circonstances de fait)“ dit Houpin no. 586, „si la souscription d'actions et le versement en espèces du montant de ces actions avant la constitution sont réels.“ L'idée est bien nette. Ce que la jurisprudence poursuit, c'est *l'apport occulte*. Quant à une reprise de biens au sens où nous l'entendons, les auteurs et la jurisprudence ne paraissent même pas l'envisager comme juridiquement possible, que la vente soit consentie dans les statuts mêmes, ou qu'elle fasse l'objet d'un acte séparé; et cela par le motif, juste ou faux, que la société ne peut contracter avant d'avoir une existence juridique, et qu'elle ne peut avoir d'existence juridique qu'à partir du moment où elle est définitivement constituée (v. Rép. Fuzier-Herman, no. 3343; Pic t. II, no. 927). „Nous estimons, quant à nous,“ dit Houpin, no. 584, „qu'une vente ne peut être consentie ni par les statuts, ni par acte spécial, à une société non constituée, alors même

que cette vente ferait l'objet d'une vérification et d'une approbation par les actionnaires conformément à l'art. 4 de la loi de 1867, car cet article ne s'applique, d'après ses termes, qu'aux apports en nature."

2. L'art. 209 b. de la Nouvelle allemande de 1870, disposition dont notre art. 619 CO est la reproduction à peu près textuelle, a soumis par contre les „biens repiis“ par la société au même régime que les apports proprement dits (de Muralt, Fondation des soc. an., § 80). Le législateur allemand a précisément prévu le cas où les fondateurs auraient recours aux ventes afin de se soustraire aux rigueurs de la loi concernant les apports proprement dits (de Muralt, § 73). Il est parti de l'idée que les dispositions du droit commun sur les actes faits en fraude de la loi étaient insuffisantes, que mieux valait prévenir que frapper après coup. Nous verrons tout-à-l'heure qu'élargissant ses prévisions, il les a même étendues, dans une certaine mesure, et sous certaines modalités, à des acquisitions, en soi incriticables si l'on se place au point de vue de la fraude, qui s'opèrent dans un laps de temps déterminé après la constitution de la société („Nachgründung“).

Si sévères que soient actuellement les dispositions de la loi allemande, encore ne faudrait-il pas en exagérer la portée. Le commentaire de Staub renferme sur ce point des observations dignes d'être méditées (Rem. no. 17 sur § 186):

Ce que la loi veut prévenir, c'est la conclusion, dans la période de fondation, de contrats onéreux qui plus tard pèseront sur l'existence de la société . . . Le but de la loi serait manqué si l'on pouvait passer de semblables conventions dans la période de fondation, puis, une fois la société constituée, exécuter les dites conventions sans les mesures de précaution exigées par la loi. Convenir d'une fondation avec apports en numéraire tandis qu'en réalité on a déjà convenu ferme d'un apport ou d'une reprise, c'est tourner la loi et violer le § 186 . . . Il suit de là que le juge préposé au registre du commerce doit refuser l'inscription de la société lorsqu'il a la conviction qu'il existe déjà des conventions fermes ayant pour objet un apport ou une reprise . . . Une décision du Kammergericht

voudrait même déjà refuser l'inscription lorsqu'il n'existe pas de convention ferme sur les apports ou sur la reprise, s'il est entendu entre les intéressés que la société doit acquérir un établissement ou d'autres biens. Mais cette interprétation extensive ne saurait être approuvée. L'arrêt du Kammergericht se fonde sur le motif qu'on ne saurait concevoir l'existence de contrats fermes durant la période de fondation, puisque la société n'existe pas encore; mais ce motif n'est pas pertinent, les fondateurs pouvant conclure des contrats pour la société future . . . Par contre, s'il n'existe pas de conventions fermes (keine festen Abmachungen), mais seulement des intentions, des pourparlers préliminaires (sondern nur Absichten, vorläufige Besprechungen), la société et ses fondateurs conservent leur pleine liberté d'action. L'obligation de la société ne prend pas naissance, comme le prévoit la § 186, dans la période de fondation, mais seulement plus tard. Pour de pareils cas, le § 207 renferme des dispositions spéciales (on rappelle que le § 207 — voir chiffre 5 ci-après — soumet à d'approbation de l'assemblée certaines acquisitions d'établissements et celles de biens immobiliers qui sont effectuées dans la période de deux ans consécutive à la fondation). Le § 186 est ici sans application. On conçoit fort bien par exemple que dans la période de fondation une *offre soit faite à la société*, que celle-ci *n'acceptera qu'après l'inscription* (à la vérité en observant les formalités du § 207). La loi n'est par là nullement tournée, car le contrat n'est *accepté par la société qu'après son inscription*; jusqu'à l'acceptation, la société n'est nullement obligée.

Cet exposé, étayé sur divers arrêts — sauf peut-être la dernière observation, qui est essentielle — laisse à l'esprit une impression mélangée. L'auteur du commentaire exprime en effet l'avis que le juge préposé au registre doit refuser l'inscription lorsqu'il a „la conviction“ (wenn er der Überzeugung ist) qu'il existe déjà des conventions fermes ayant pour objet un apport ou une reprise. Il revient sur cette idée dans sa remarque préliminaire sur le § 207: le juge doit refuser l'inscription quand il puise dans les circonstances le „soupçon justifié“ (berechtigten Verdacht) qu'on cherche à tourner les dispositions du § 186; ce qui sera le cas, par exemple, „lorsqu'on constate que la société présente les dehors d'une société formée uniquement

d'apports en numéraire, tandis qu'en réalité tout le plan des fondateurs vise à exploiter l'entreprise au moyen de biens déterminés „repris“ déjà dans la période de fondation“. Par contre, s'il n'existe pas de convention ferme, mais seulement „des intentions, des pourparlers préliminaires“ (Absichten, vorläufige Besprechungen) le refus d'inscription sera injustifié. Si de telles subtilités sont l'aboutissement de la jurisprudence allemande sur la disposition du Code du commerce qui correspond à notre article 619 en matière de „reprise de biens“, convenons que l'application fait naître des doutes sérieux sur la valeur de la règle. Qu'est-ce qu'un „soupçon justifié“? Et faudra-t-il que les organes de la société en instance pour obtenir l'inscription apportent la preuve qu'en réalité il n'existe *aucune* convention ferme relative à des reprises de biens quelconques? Staub propose d'autre part des précisions relativement à la notion de la „reprise de biens“ sur lesquelles nous aurons à revenir.

3. Si nous insistons sur ces conceptions, c'est parce qu'elles paraissent hanter l'esprit de nos autorités suisses en matière de registre du commerce. L'Office fédéral va même plus loin que le Commentaire de Staub. Il semble en effet admettre, dans l'esprit de l'arrêt du Kammergericht critiqué par cet ouvrage, que l'inscription doit être refusée, alors même qu'il n'existerait aucune convention ferme sur la reprise, dès l'instant qu'un établissement ou un autre bien doit être „repris“ *dans la suite* par la société. C'est tout au moins ce qui résulte, indépendamment de certains refus d'inscription opposés dans des cas particuliers, des fameux „principes selon lesquels l'Office fédéral du registre du commerce applique la prescription de l'article VI, chiffre 7 de l'arrêté du Conseil fédéral du 8 juillet 1919“. Cette circulaire porte textuellement: „L'observation des prescriptions en cause (c'est-à-dire des formalités de vérification prescrites par l'article 619 CO) ne saurait être négligée par le motif qu'en fait l'acquisition ne peut avoir lieu qu'*après* l'inscription, et que LE PRIX DOIT ÊTRE EXACTEMENT FIXÉ PLUS TARD SEU-

LEMENT. “ Ce qui signifie bien clairement que si la société en formation n’est pas en mesure d’indiquer dans ses statuts, même approximativement, le prix de certains biens qu’elle compte acquérir, et cela parce que les négociations n’ont pas encore abouti à une promesse de vente, ou simplement parce qu’elle n’a pas encore fait le choix des immeubles ou installations qui lui font besoin, elle doit différer sa constitution. L’Office fédéral se prévaut à ce sujet du texte de l’article 619 CO qui parle de certains établissements ou d’autres biens que la société „*doit prendre à sa charge*“ (et non „a pris à sa charge“). Malheureusement pour la conclusion à tirer de cet emploi du futur par le législateur de 1881, on constate que la loi allemande que nous avons copiée, et dont le sens est même plus étendu que celui de la loi suisse, emploie le temps présent: werden . . . Anlagen . . . von der zu errichtenden Gesellschaft übernommen. Faisons donc abstraction de ce pâle argument de texte. Il saute aux yeux que l’interprétation proposée, et imposée par la circulaire à tous les offices suisses du registre du commerce, va à l’encontre des plus légitimes besoins du commerce et de l’industrie. Si elle était exacte, il faudrait sans délai modifier la loi.

Les journaux sont actuellement remplis d’annonces émanant des fondateurs d’une société en formation pour l’exploitation d’une industrie nouvelle qui sollicitent à la fois des adhésions d’actionnaires, et des offres en vue de l’acquisition soit d’une usine existante, avec vastes terrains attenants, soit de terrains nus pour y édifier l’usine. Les annonces spécifient exactement les conditions exigées: extension et situation des terrains, possibilité de raccordements ferroviaires, tarifs de transports, nature des eaux à disposition, facilités de se procurer de l’énergie électrique et des matériaux de construction, recrutement du personnel ouvrier, etc. Supposons qu’au point précis où en est cette enquête à la fois commerciale et industrielle, les fondateurs trouvent leurs capitaux, constituent leur société, et demandent l’inscription de celle-ci au registre du commerce.

Va-t-on leur répondre par un refus jusqu'à ce qu'ils aient arrêté le choix de leurs immeubles, et mentionné le prix d'acquisition de ceux-ci dans les statuts? C'est pourtant ce que prescrivent les „principes selon lesquels etc.“ et ce que font tous les jours, en conséquence, les préposées au registre du commerce. Suffira-t-il, si la société se décide à construire, et prévoit des installations qui coûteront vingt fois le prix du terrain nu, qu'elle ait acquis celui-ci? Ou exigera-t-on que le montant des devis figure aussi dans les statuts? Mais cela même pourra ne pas paraître satisfaisant: logiquement, l'expérience démontrant que normalement les devis sont dépassés, il conviendra d'attendre jusqu'à la fin des travaux pour savoir à combien s'élève le dépassement.

Un refus d'inscription, ensuite des instructions renfermées dans la circulaire, s'est produit il y a peu de mois dans les circonstances que voici. Il s'agit d'une société qui déclarait dans ses statuts avoir pour but „l'achat, la location, l'exploitation et la vente de tous immeubles situés dans le canton, et notamment d'un terrain sis Pré-de-Cour, commune de Lausanne, ainsi que toutes opérations immobilières et financières analogues“. L'immeuble Pré-de-Cour que la société se proposait d'acquérir, et dont quelques-uns de ses actionnaires étaient co-propriétaires, allait être vendu aux enchères sur réquisition du créancier hypothécaire. Estimant que les statuts devaient de toute nécessité indiquer „le prix auquel la société comptait acheter le dit immeuble“, l'Office fédéral du registre du commerce a confirmé le refus d'inscription opposé à la société par le préposé au registre. La décision de l'Office porte que „si les fondateurs de la société anonyme devant reprendre un immeuble ne sont pas encore à même de fixer le prix de ce dernier, *ils doivent renvoyer la constitution de la société jusqu'à ce qu'il soit possible de l'indiquer . . .*; il est hors de doute que la société doit prendre à sa charge certains établissements ou autres biens (article 619 CO); elle est donc aussi obligée de fixer ce prix dans ses statuts, et de faire inscrire

au registre du commerce la disposition statutaire y relative“. Cette solution était certainement en harmonie, sinon avec la loi, du moins avec les „principes selon lesquels l'Office fédéral, etc.“; et l'on ne doit pas perdre de vue que les dits „principes selon lesquels, etc.“ ont été mentionnés et résumés dans le XVI^e rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant les mesures prises par lui en vertu des pleins-pouvoirs, et par conséquent implicitement approuvés (F. féd. 1921, vol. III, page 5).

Emprisons-nous de dire qu'ensuite de recours au Département fédéral de Justice et Police, cette décision a été réformée, et l'inscription de la société autorisée (9 janvier 1923). Le Département a estimé qu'il ne s'agissait pas dans le cas particulier d'une fondation avec reprise de biens, et qu'en conséquence les dispositions des articles 619 CO et VI chiffre 7 de l'arrêté du Conseil fédéral du 8 juillet 1919 étaient sans application. „Le dossier, dit le Département, ne fournit pas le moindre point de repère permettant de croire que les fondateurs auraient conclu pour la future société, avec de tierces personnes, un contrat d'acquisition de l'immeuble de Pré-de-Cour. Au contraire, la société doit être fondée *pour pouvoir faire plus tard l'acquisition de l'immeuble*. Le fait que l'immeuble de Pré-de-Cour devra probablement être acquis aux enchères d'exécution forcée est une preuve de plus qu'il ne s'agit pas d'une fondation avec reprise . . .“ La fondation avec reprise de biens est à cette occasion définie comme suit: „Il y a fondation avec reprise lorsque les fondateurs de la société anonyme ont conclu, avant la création de celle-ci, avec de tierces personnes, pour la société, un contrat de reprise de biens, de telle façon, que la société anonyme *naisse pourvue de ces biens ou d'un droit à les obtenir*, et que, logiquement, le capital social fixé dans les statuts soit diminué de la contre-valeur des objets acceptés fixée dans le contrat de reprise.“

4. Cette décision du Département fédéral de Justice et Police présente un intérêt de principe. Elle cherche un criterium de la „reprise de biens“ sujette aux dispositions

de l'article 619 CO. Elle le trouve dans le fait qu'il existe un contrat entre tiers et fondateurs relatif à certains biens, d'où naît pour la société, à tout le moins, un droit d'obtenir les dits biens. Si cette définition constitue un progrès sur l'état d'indétermination complète de tout principe qui résulte soit de la jurisprudence du Kammergericht prussien rapportée plus haut, soit de la circulaire de l'Office fédéral du registre du commerce, elle n'est pas moins, tant point de vue rationnel qu'au point de vue pratique, assez peu satisfaisante. Traduite en une formule concrète, elle signifie que, n'existerait-il au profit de la société qu'une simple promesse, cette promesse est sujete à la procédure établie par l'article 619 CO, et doit dès lors être acceptée, de toute nécessité, déjà au cours de la période de fondation, et avant l'inscription au registre du commerce. Mais une telle nécessité peut n'entrer, ni dans les prévisions, ni dans les convenances de la société. La société peut avoir des motifs sérieux pour différer sa décision. L'institution des promesses de vente unilatérales, stipulées quelquefois pour une période assez longue, a précisément pour objet, dans la vie des affaires, de permettre au bénéficiaire de prendre son temps, pour des motifs le regardant seul. En matière de société anonyme, faudra-t-il rendre compte de tels motifs au registre du commerce? Si l'on s'en tient à la règle posée par le Département, le registre ne devra même pas admettre la possibilité juridique de tels motifs.

Nous avons vu (chiffre 2 ci-haut) quel est sur cette question l'avis de Staub. Sans rechercher ici si cet avis découle logiquement de la jurisprudence allemande alléguée par le Commentaire, nous constatons qu'il ne suffit pas pour l'éminent commercialiste de l'existence d'une offre ferme faite à la société par des tiers pour que les dispositions légales sur la „reprise de biens“ deviennent applicables. Sur une telle offre, la société se déterminera quand il lui plaira, pendant la période de fondation ou après la fondation; la société et ses fondateurs conservent dans l'intervalle „leur pleine liberté d'action“. Tant qu'une

acceptation n'est pas intervenue, la société n'est pas liée. Si l'acceptation intervient après la fondation, il y aura lieu aux formalités simplifiées du § 207 (sur la Nachgründung). C'est seulement si l'acceptation intervient pendant la période de fondation qu'il y aura lieu aux formalités prescrites pour les „reprises de biens“ (la nécessité des dites formalités en pareil cas n'est pas affirmée dans le Commentaire expressément, mais nous pensons pouvoir suppléer sur ce point à son silence).

Par contre, au cas où il y a entre le tiers et les fondateurs de la société agissant au nom de celle-ci engagement réciproque, les conditions de la „reprise de biens“ sont acquises. La dite reprise doit figurer dans les statuts, et la procédure d'approbation s'impose.

Cette solution est préférable à celle du Département qu'on vient de rapporter. Elle comporte une moindre violence aux faits.

Pour la justifier, il suffit de remonter au principe même de l'institution des formalités de vérification. On veut protéger à la fois les souscripteurs en numéraire, les actionnaires qui leur succéderont par suite de transfert de leurs droits, enfin les tiers créanciers de la société contre les risques résultant de l'acquisition faite par la société à un moment où les fondateurs sont réputés tout puissants, et où la société n'est pas encore pourvue d'organes propres à assurer la défense de ses intérêts. Il est donc juste, si la société doit se prononcer au cours de la période constitutive sur une „reprise de biens“, que cette reprise soit assujettie aux mêmes conditions de vérification qu'un apport en nature en échange duquel l'apporteur reçoit ou des actions uniquement, ou des actions et de l'argent. On peut considérer la société, durant ce laps de temps, et jusqu'à ce que sa représentation vis-à-vis des tiers soit légalement constituée, ce qui n'aura lieu qu'ensuite de l'inscription au registre du commerce, comme un sujet de droit de capacité restreinte, qu'il faut protéger en quelque mesure contre soi-même et contre les fondateurs ses parrains. Mais la pro-

tection ne doit pas aller au-delà du besoin. Elle doit prendre fin au moment où elle cesse d'être nécessaire. On ne voit véritablement pas pourquoi une société inscrite, pourvue de tous ses organes, responsables en vertu de dispositions spéciales à la fois vis-à-vis d'elle-même et vis-à-vis des actionnaires individuellement, capable de s'engager, moyennant observation des conditions statutaires, sans aucune limitation, ne pourrait pas, en se conformant aux dites conditions, se prononcer sur l'acceptation d'une promesse de vente antérieure à sa fondation, comme elle le ferait sur l'acceptation de tout contrat qui lui serait proposé dans la suite.

Du fait que la loi suisse est muette sur la question des acquisitions faites dans la période qui suit l'inscription au registre du commerce, et ignore les règles de la Nachgründung, § 207 C. com. allemand, il y a, nous semble-t-il, une conséquence pratique à tirer relativement à l'interprétation des dispositions de l'article 619 CO sur les „reprises de biens“. Le législateur suisse envisage cette question d'une façon moins anxieuse que le législateur allemand. Il est inutile d'ajouter aux inconvénients des règles qu'il formule par des exagérations dans l'interprétation auxquelles il n'a pas songé.

L'objet principal de dispositions particulières sur la „reprise de biens“ devrait être, *de lege ferenda*, moins de prévenir des fraudes qui doivent être bien rares, puisqu'en France les ardents critiques de la loi de 1867 les ignorent, que de faciliter la tâche des fondateurs en leur permettant, déjà dans la période de constitution, de faire prendre à la société des décisions sur des acquisitions de biens auxquelles le droit commun pourrait apporter certaines entraves. On a vu (chiffre 1 ci-haut) les embarras qu'éprouvent à cet égard les juristes et hommes d'affaires français. En l'absence de dispositions spéciales sur les „reprises de biens“, ils ne savent comment s'y prendre pour faire approuver ou ratifier par avance, à la décharge des fondateurs, des actes à titre onéreux conclus par ceux-ci au nom et pour le compte

de la société (voir les controverses à ce sujet dans Pic, t. II, nos. 927—928, et Houpin, t. I, no. 584 in fine et note au bas de la page).

Mais on se demande si, au vrai, à côté de cette utilité incontestable, les règles sur l'approbation des reprises de biens en ont une autre, et si toute l'institution, en tant que mesure protectrice, n'est pas une conception mythique, sortie du cerveau de juristes philosophes, et ne répondant à aucun besoin pratique. Que les fondateurs aient traité en leur nom propre, ou au nom de la société en formation, ils doivent être, semble-t-il, les premiers désireux de provoquer de la part de la société des décisions régularisant leur situation. De telles décisions sont indispensables, après la fondation comme avant. Quand on dit qu'il ne faut pas que la société naisse chargée de contrats qui pèseront lourdement sur son existence, on oublie un peu trop que les dits contrats ne seront en aucun cas repris automatiquement par elle, et qu'elle aura toujours son mot à dire, ou par son assemblée d'actionnaires, ou par ses organes civilement responsables. Quant à l'idée que les fondateurs chercheront à différer les dites décisions pour l'unique motif qu'après la fondation le contrôle sera moins rigoureux, elle constitue une hypothèse gratuite. On va répétant que les fondateurs sont tout puissants pendant la période de fondation. Pourquoi cette puissance serait-elle encore plus grande, la dite période une fois close? Même si les fondateurs viennent à former l'administration, et si la ratification de l'acquisition faite au nom de la société se trouve incomber à la dite administration, ce qui sera bien le cas exceptionnel, il y aura compte à rendre aux actionnaires. Cette garantie vaut bien celle offerte par le vote d'approbation d'une assemblée constitutive. Si actuellement, un tel vote est soumis à des conditions restrictives, les plus gênantes vont encore être supprimées par le projet.

Quoi qu'il en soit, l'utilité protectrice de mesures légales, si elle existe, ne se manifestera plus sous le droit nouveau que très rarement, puisque ces mesures ne seront

plus applicables dans les cas de fondation par contrat, lesquels cas seront sans comparaison possible de beaucoup les plus fréquents.

Nous mentionnerons enfin que, même améliorée par la tentative de définition proposée ci-dessus, cette notion confuse et contradictoire de la „reprise de biens“ ne cessera pas de prêter à de fâcheuses controverses. On oppose le cas de la convention ferme bilatérale à celui de l'offre. Mais on sait que les fondateurs ne traitent guère au nom de la société sans une stipulation expresse réservant la ratification de celle-ci. Quand l'engagement contracté par les fondateurs au nom de la société est pris sous cette forme, peut-il être encore considéré comme découlant d'une convention bilatérale ferme ?

Pour notre part, nous verrions sans aucune espèce de crainte disparaître du code l'institution de la „reprise de biens“, sauf à réserver le cas où la société trouverait son intérêt à statuer sur une reprise déjà dans la période constitutive.

Subsidiairement, nous estimons qu'il y a lieu en tout cas de limiter l'application des dispositions légales sur la „reprise de biens“ au cas où il y a convention bilatérale ferme conclue par les fondateurs avec un tiers, soit au nom de la société, soit en leur nom propre, mais pour le compte de la société.

Une semblable limitation doit être inscrite dans la loi. On pourrait toutefois suppléer à l'absence d'une telle mention dans la loi elle-même par une déclaration catégorique dans l'exposé des motifs définissant la „reprise de biens“, de façon à ce que les préposés au registre en particulier ne puissent pas s'y tromper.

5. Ce qui précède nous dispense de perdre de l'encre sur la question de la *Nachgründung*. On sait ce qu'il faut entendre par là. Insuffisamment rassuré par les dispositions sur les „reprises de biens“, et prévoyant que ces dispositions pourront être tournées, le législateur allemand détermine une période de deux années dès l'inscription de la société

pendant laquelle certains actes, réputés suspects, ne peuvent être conclus que moyennant l'approbation de l'assemblée exprimée à une majorité réunissant au moins les trois quarts du capital social représenté à l'assemblée; ces actes sont les contrats pour l'acquisition d'immeubles ou d'établissements existants ou à créer, dès l'instant que le prix convenu excède le dixième du capital social. Une telle réglementation est véritablement trop arbitraire. Pourquoi ces actes-là plutôt que d'autres, d'importance économique égale ou supérieure? Elle est aussi trop illogique. Pourquoi une tutelle de durée simplement temporaire et non perpétuelle? Le § 207 du Code de commerce, relatif à cet objet, compte cinq grands alinéas compacts. On regrette de voir cet ouvrage législatif, qui avait à l'origine le mérite de la simplicité et de la brièveté, si appréciable en pareille matière, s'alourdir dès ses premières revisions pour des dispositions semblables. Nous nous garderons de déparer le Code des obligations en les copiant.

III.

Constitution de la société anonyme entre fondateurs, et constitution par souscription publique.

Il faut approuver la distinction établie par le projet entre ces deux modes de fondation, et l'institution pour chacun d'eux de règles de forme et de fond essentiellement différentes.

1. En France, cette distinction n'est encore qu'ébauchée dans la loi sur les sociétés de 1867: les développements sont d'origine jurisprudentielle. Aux termes de l'art. 4, dernier alinéa, de la dite loi: „Les dispositions relatives à la vérification de l'apport qui ne consiste pas en numéraire ne sont pas applicables au cas où la société à laquelle est fait le dit apport est formée de ceux seulement qui en étaient propriétaires par indivis.“ Nonobstant l'inexactitude de l'expression „propriétaires par indivis“, on avait

surtout en vue le cas où une société préexistante, fût-elle douée de la personnalité comme la société en nom collectif, se monte en société anonyme (auteurs cités par Houpin, t. I, no. 587). Il ne saurait en pareil cas y avoir lieu à vérification, par les apporteurs, de leurs propres apports. Mais pour que la dispense résultant de la disposition exceptionnelle citée puisse être invoquée, il faut „que la société se compose exclusivement d'apports en nature indivis, ou que le capital en numéraire soit entièrement souscrit par les fondateurs qui font les apports indivis“ (Houpin, t. I, no. 589). Tel est du moins l'avis de la doctrine à peu près unanime. D'où il résulterait que pour tous les autres cas où la société se constitue en fait entre fondateurs, sans appel au public, il y aurait lieu à vérification des apports en nature par les souscripteurs, comme s'il y avait eu souscription publique. La discussion contradictoire entre fondateurs, et l'acceptation des statuts seraient insuffisantes, et il faudrait réunir les deux assemblées prescrites par la loi. La jurisprudence prétend au contraire distinguer entre les conditions touchant à la formation du capital social, considérées comme absolues (souscription intégrale, versement du minimum légal) et les autres formalités constitutives, notamment celles relatives à la vérification des apports (tenue de deux assemblées successives, etc.), qu'elle se refuse à exiger (Pic, t. II, nos. 833 s.).

D'après le Code de commerce allemand, sont indispensables dans le cas de constitution entre fondateurs comme dans le cas de constitution par appel au public: le rapport des fondateurs sur les apports et reprises de biens (§ 191), la vérification du processus de fondation par des experts reviseurs officiels avec dépôt d'un rapport sur la souscription, le versement initial, les apports, reprises de biens et avantages particuliers (§ 192; voir ci-après § VII), la production au registre du commerce des contrats relatifs aux apports, du rapport des fondateurs et du rapport des experts-reviseurs (§ 195 ch. 2 et 5); tandis que les conditions de quorum, de majorité et de composition de la majorité sur

l'approbation des apports (§ 196 al. 4) ne s'appliquent qu'aux fondations par souscription publique.

Comparé aux deux régimes qu'on vient d'esquisser, — le premier avec son insuffisante réglementation législative, le second avec ses multiples dispositions éparses tapies dans des recoins d'articles, — le système du projet présente tous les avantages de la simplicité et de la clarté. Il réunit en deux articles précis, 702 et 703, les caractères fondamentaux de la constitution entre fondateurs. Il élimine les controverses dans lesquelles se débattent la doctrine et la jurisprudence française. Il évite la dispersion et les innombrables renvois d'un texte à l'autre qui déparent la loi allemande.

2. Aux termes de l'art. 702, „la société anonyme peut être fondée par la conclusion d'un contrat . . . entre tous les fondateurs . . .“ Comme pour insister sur cette notion de contrat, la manchette porte: „Fondation par contrat de société passée en forme authentique.“ Quelle est l'exacte portée de ces expressions? Mr. Alfred Wieland a exprimé (dans un article de la Zeitschrift f. schw. Recht, N. F. 22, S. 495) le regret que le projet s'en soit servi, au lieu d'opposer simplement, suivant la terminologie traditionnelle, la constitution entre fondateurs (ou simultanée) à la constitution par appel au public ou par souscriptions successives (Simultan- und Sukzessiv-Gründung). En fait, le projet, en admettant l'existence du contrat dans le cas de l'art. 702, a tout l'air *de la nier dans les autres cas*. Nous sommes pleinement d'accord avec Mr. Wieland sur ce point que le législateur, qui fait d'ailleurs dans notre législation civile et commerciale une part si large à l'interprétation, doit s'abstenir d'imposer à la pratique des constructions juridiques qui peuvent à l'user se révéler à la fois arbitraires et gênantes. En particulier il aurait tort de vouloir prendre parti entre la théorie qui affirme l'existence d'un contrat dans toute fondation de société anonyme et la Genossenschaftstheorie qui nie précisément le contrat; il n'a pas davantage à prétendre faire dans des textes la part de

l'une et la part de l'autre. Mais peut-être est-ce là pure affaire de rédaction. Il suffirait par exemple, pour mettre tout le monde d'accord, de dire à l'art. 702 que la société anonyme peut être fondée par un *acte* passé en la forme authentique entre tous les fondateurs qui, dans cet *acte*, déclarent, etc. Disons toutefois que nous ne voyons pas bien, si l'on entend par le mot „contrat“ un accord de volontés portant sur un objet d'intérêt juridique, comment il serait possible de nier l'existence du contrat lorsqu'un accord se produit sur les points visés à l'art. 702, et cela *uno actu*. Le danger de l'argument a contrario qui pourrait être tiré, en faveur des subtilités de la Genossenschaftstheorie, de la lettre du projet, nous oblige seul à nous priver ici de l'emploi d'un mot commode, qui est aussi le mot propre.

3. L'art. 702 a pour objet et pour effet de dispenser la constitution entre fondateurs des procédures de vérification et d'approbation d'apports et d'avantages particuliers prévues aux arts. 700 et 701 pour les fondations par appel au public. Les fondateurs sont réputés avoir la prudence et l'intelligence voulues pour n'avoir pas besoin d'être protégés les uns contre les autres. Mais ils peuvent majorer leurs apports respectifs ou s'accorder réciproquement des avantages particuliers dans le but de repasser promptement, avec de gros bénéfices, leurs titres à des tiers. L'art. 703 les obligera donc à rester dans l'affaire pendant au moins deux ans; tout au moins, en les empêchant de mettre en circulation leurs actions, il ne leur permettra d'aliéner leurs droits durant ce laps de temps que par la voie peu commode de la cession civile. Les complications de l'art. 703 sont la rançon des facilités de l'art. 702.

Si l'on veut rechercher l'origine de l'idée dont s'inspire l'art. 703, c'est encore dans la législation française qu'on la trouvera. L'art. 2 de la loi du premier août 1893, modifiant l'art. 3 de la loi de 1867 sur les sociétés, porte en effet ce qui suit: „Ces actions (les actions représentant des apports) ne peuvent être détachées de la souche et ne sont négociables que deux ans après la constitution définitive

de la société. Pendant ce temps, elles devront, à la diligence des administrateurs, être frappées d'un timbre indiquant leur nature et la date de cette constitution. " Chose curieuse, cette disposition (qu'on retrouve à la vérité dans le grand projet de 1884) ne figurait pas dans le projet restreint préparé par la commission de la Chambre et déjà voté par la Chambre; elle avait même été repoussée par la commission du Sénat. Mais en séance publique, un sénateur, Mr. Poirier, la fit triompher contre l'opposition du Gouvernement et de la commission. La Chambre l'adopta à son tour, non sans quelques réserves de son rapporteur exprimant la crainte qu'elle ne fût inefficace, et qu'elle n'eût d'autres résultats que „d'empêcher les combinaisons utiles et légitimes usitées jusqu'à ce jour".

La loi belge a emprunté à la loi française le principe de l'amendement Poirier, mais elle l'a modifié par diverses règles originales (C. com. modifié, art. 47 à 50). L'interdiction de négociation des actions d'apport prend fin dix jours après la publication du deuxième bilan annuel qui suit la création des titres. Elle s'étend 1^o à tous titres conférant directement ou indirectement droit à des actions, 2^o aux titres ou parts bénéficiaires, quelle que soit leur dénomination. Par contre, elle ne s'applique pas aux actions qui représentent l'apport de l'avoir d'une société ayant plus de cinq ans d'existence. La cession ne peut être faite que par acte public ou par écrit sous seing privé, signifié à la société dans le mois de la cession, le tout à peine de nullité (art. 47 à 49). Enfin, l'art. 50 prévoit ce qui suit:

Art. 50. — Si les titres prévus par les articles 47 et 49 sont nominatifs, mention de leur nature, de la date de leur création et des conditions prescrites pour leur cession est faite sur le registre et sur les certificats d'inscription. — S'ils sont au porteur, ils doivent rester déposés dans la caisse de la société jusqu'à l'expiration du délai fixé au premier alinéa de l'article 47 et porter la mention de leur nature, de la date de leur création et des conditions prescrites pour leur cession. — Les mêmes mentions doivent être transcrites sur les certificats de dépôt qui en sont délivrés.

On voit par ce qui précède la transformation qu'a subie la règle en passant dans le projet suisse. L'interdiction temporaire de négociation s'applique en droit français et en droit belge aux *actions représentatives d'apports* sans égard au point de savoir si la société a été constituée entre fondateurs ou par appel au public. D'après le projet suisse, art. 703, elle frappe indistinctement *toutes les actions* de la société constituée entre fondateurs, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper de savoir si les dites actions sont représentatives d'apports ou pas; le projet ignore cette dernière distinction. Le projet emprunte au droit étranger le principe de l'immobilisation temporaire du titre („blocage“), mais modifie son champ d'application.

On peut se demander pourquoi le projet n'a pas maintenu dans son intégrité le principe de l'amendement Poirier. Il semble que si ce principe est juste, s'il est propre à prévenir les majorations d'apport, il faut l'appliquer à toutes les actions représentatives d'apports. L'idée du projet est visiblement qu'en cas de fondation par appel au public, les garanties qu'il offre sont suppléées par celles résultant des vérifications légales: ce qui est complètement inexact, mais n'a que peu d'importance vu la rareté des fondations par appel au public.

Mais il y a autre chose. Pourquoi appliquer ce même principe à des actions qui ne sont *pas* représentatives d'apports? Nous prévoyons la réponse. On dira que dès l'instant où la société se constitue d'un accord unanime immédiat et simultané entre tous les intéressés — „par contrat“, — il n'y a pas de motif pour distinguer entre les titres issus d'un tel accord; et qu'on ne voit pas pourquoi, s'il y a péril d'agiotage de la part des porteurs, l'agiotage serait permis aux uns, tandis qu'on l'interdirait aux autres.

Cette explication paraît défendable. En tout cas, à une condition: c'est que les statuts de la société dont on veut bloquer les titres prévoient au moins *un* apport en nature; ou, puisque la loi assimile aux apports les „reprises de biens“, au moins *une* reprise de biens; nous ajouterons,

si l'on veut, pour ne pas laisser de côté une stipulation également suspectée: ou que des avantages particuliers soient attribués par les statuts aux fondateurs.

Le projet ne pose aucune condition de ce genre. Même si les statuts de la société constituée entre fondateurs ne mentionnent ni apport en nature, ni reprise de biens, ni avantages particuliers, l'art. 703 est applicable, et les actions doivent être bloquées.

Sur ce point, le projet n'est pas logique. Il étend la précaution à des cas où le péril a cessé d'exister.

Si l'on prend une à une les garanties offertes par le projet soit aux actionnaires, soit aux tiers, en cas de fondation par souscription publique, on voit qu'il n'en est pas une seule, — si l'on excepte celles relatives à la vérification des apports, reprises et avantages particuliers (rapport des fondateurs, rapport des experts-reviseurs) — qui ne se retrouve au cas de fondation „par contrat“. Les constatations notamment portées dans le „contrat“ relativement à la souscription intégrale du capital social et au versement du cinquième, n'auront ni plus ni moins de valeur que celles faites à la majorité dans une assemblée constitutive. Si l'on voulait subtiliser, on pourrait même dire qu'elles en ont davantage, puisqu'elles exigent l'unanimité.

Il est ainsi bien visible que l'interdiction temporaire de négocier les actions ne se justifie, au cas de constitution entre fondateurs, qu'à raison de la présence d'apports, reprises de biens, etc., et par le fait que les contractants sont affranchis à cet égard des sujétions dérivant des art. 700 et 701.

La suite logique de ces diverses constatations est qu'il y aurait lieu d'apporter une exception à la règle de l'art. 703, et de déclarer expressément ce texte inapplicable lorsque la société constituée entre fondateurs ne comporte ni apport en nature, ni „reprise de biens“, ni avantages particuliers.

IV.

Mesures de publicité communes aux deux modes de fondation: 1^o mention des apports dans les statuts; 2^o inscription au registre du commerce et publication (projet art. 695 1^o, 705 6^o).

Beaucoup d'auteurs, avons-nous dit, sont assez sceptiques sur l'efficacité de la publicité en tant que mesure préventive des majorations d'apport. Ils préfèrent les savantes réglementations. Mais quelles que soient les divergences de vues possibles à ce sujet, il est un minimum de règles de publicité dont personne ne voudrait méconnaître le caractère d'utilité. Celles notamment appelées dans l'entête du présent paragraphe paraissent indispensables, au moins en tant qu'elles visent les apports proprement dits. Celles sous ch. 2 ne remontent cependant qu'à l'arrêté du Conseil fédéral du 8 juillet 1919. Dès l'instant où le capital social doit être indiqué et publié, il est bon de mentionner pour quel montant les apports en nature sont compris dans ce chiffre. D'autre part, si le registre du commerce veut bien ne pas mésuser d'une compétence aussi délicate, il peut, à l'occasion de l'inscription, exercer un contrôle utile, surtout lorsqu'il s'agit de l'apport ou de la „reprise“, quelquefois avec actif et passif, d'un ensemble de biens tel qu'un fonds de commerce.

Les dispositions du projet n'exigent pas expressément l'indication du nom des apporteurs, laquelle est exigée par les „principes sur lesquels l'Office fédéral du registre du commerce, etc.“. Mr. Alfred Wieland considère comme inutile une prescription de ce genre. Nous avons peine à partager sa manière de voir sur ce point. L'indication du nom de l'apporteur ou des apporteurs contribue à donner la physionomie de l'affaire dans son ensemble. Elle est surtout utile quand il s'agit, non pas de l'apporteur simple vendeur qui disparaît, une fois l'opération faite, comme dans le cas de la „reprise de biens“, mais de l'apporteur fondateur

qui reçoit des actions en paiement, et qui, le plus souvent, reste dans l'affaire. Sans vouloir imiter le droit anglais qui peut-être exagère l'importance de la publicité relative aux personnes, il semble que la mention de l'apporteur soit le minimum que l'on puisse concéder dans ce domaine à la considération de *l'intuitus personae* (v. Cellérier, Soc. an., nos. 341 à 343).

Par contre, on peut hésiter sur la question de la production au registre du commerce, au moment de l'inscription, des divers contrats relatifs aux apports et reprises de biens (Code de commerce allemand § 195 al. 2 ch. 2 et Droit anglais). Dans son rapport de 1904, Mr. von Waldkirch estime que ces documents, notamment lorsqu'il s'agit de contrats de reprise détaillés, pourraient utilement recevoir cette publicité restreinte, après avoir été tenus lors de la fondation à la disposition des assemblées constitutives. Mr. Wieland par contre n'est pas favorable à la production. Evidemment, dans l'hypothèse d'un procès en responsabilité contre les fondateurs, de tels documents, rendus aisément accessibles, serviraient; mais, d'autre part, s'il s'agit d'actes immobiliers, il sera toujours aisé d'en avoir communication au bureau du registre foncier; s'il s'agit de simples promesses, on pourra voir les minutes du notaire stipulateur. S'il s'agit au contraire d'autres actes, comment le préposé au registre du commerce tiendra-t-il la main à ce qu'ils soient tous produits? On ne lui apportera sans doute que les plus insignifiants.

En dehors du cas de procès, bien rares seront les chercheurs venus pour feuilleter ceux dont le dépôt aura été effectué, et qui encombreront inutilement les dossiers des sociétés anonymes dans les archives des préposés au registre.

V.

Mesures de publicité spéciales au cas de fondation par souscription publique: 1^o prospectus (art. 696 1^o et 7^o); 2^o rapport des fondateurs (art. 700 al. 1 et 2).

Les mesures de publicité qu'on vient d'examiner, inscription au registre du commerce des apports en nature et des „reprises“, publication par extraits, sont ordonnées en première ligne dans l'intérêt des tiers, acquéreurs éventuels des actions, ou futurs créanciers sociaux. Il s'agit ici au contraire de mesures de publicité qui intéressent en première ligne les souscripteurs auxquels les fondateurs font appel, et qui ne serviront les tiers que dans des cas assez peu fréquents.

Le prospectus portant appel à souscrire des actions, obligatoire aux termes de l'art. 696 du projet, doit indiquer entre autres: „ . . . 1^o Les points que les statuts doivent nécessairement contenir; . . . 7^o les éléments sur lesquels est basé le résultat prévu de l'entreprise . . . “ On peut se demander si le premier de ces textes vise autre chose que la nécessité d'indiquer dans le prospectus les points énumérés à l'art. 694 du projet, à l'exclusion de ceux mentionnés à l'art. 695 sous la rubrique: „dispositions devant, pour être valables, figurer dans les statuts“. Il semble bien que non, car l'affirmative aboutirait à faire passer dans les prospectus la plus grande partie des dispositions statutaires. Mais la question n'a guère d'intérêt pratique, car de toute façon le deuxième texte cité, art. 696 7^o, doit être interprété, si l'on considère la *ratio legis*, comme impliquant l'obligation pour les fondateurs de s'expliquer aussi dans le prospectus sur les apports en nature et les „reprises de biens“ (le projet ferait d'ailleurs mieux de le dire explicitement). S'il en est bien ainsi, il faut convenir que le prospectus fait partiellement double emploi avec le rapport écrit imposé aux fondateurs par l'art. 700, „rapport donnant des renseignements précis sur la consistance et l'état des objets apportés et sur les motifs qui justifient

la valeur qui leur est attribuée, sur le nombre des actions remises, etc.“; lequel rapport „doit être déposé en original ou en reproduction légalisée, dès l'ouverture de la souscription, à chaque lieu de souscription où les souscripteurs pourront en prendre connaissance“. La différence entre les deux documents sera celle qu'on doit faire entre une brève mention et un examen détaillé. Limité à cela, le double emploi présente-t-il des inconvénients? Y aurait-il lieu de prévoir la fusion des documents en un seul? Nous ne le pensons pas. La question peut être examinée. Elle n'offre pas un intérêt capital.

Ce qui importe, c'est de savoir si les fondateurs doivent être appelés à établir, sous une forme ou sous une autre, dans un acte unique, ou dans deux actes séparés — l'un sommaire, l'autre détaillé, — une notice sur les objets visés à l'art. 700 al. 2. Prospectus ou notice, l'institution est-elle utile?

1. Depuis le congrès des sociétés par actions de 1900, la question est à l'ordre du jour en législation. Le congrès, hostile aux réglementations minutieuses comme moyen de prévenir les abus en matière de sociétés anonymes, a cru trouver dans une large publicité un remède suffisant. La loi française du 30 janvier 1907 contient un premier essai d'application partielle du système. Cette loi, qui n'est autre que la loi „portant fixation du budget général“, réglemente à son art. 3 l'émission, l'exposition, la mise en vente, l'introduction sur le marché en France d'actions, d'obligations ou de titres, et prescrit, à l'occasion de tels actes, l'insertion dans le bulletin annexe au *Journal officiel* d'une notice, dont les énonciations sont détaillées, et qui doit notamment faire mention „des apports en nature et de leur mode de rémunération“. Cette publication ferait songer, en ce qui touche les sociétés anonymes, à nos insertions dans la Feuille officielle du commerce, si elle n'en différait profondément en ce qu'elle accompagne l'offre au public des actions, — que celle-ci ait lieu *avant* ou *après* la constitution de la société. La *notice* officiellement publiée est ainsi un *prospec-*

tus, présentant ce double caractère que l'insertion doit en être faite „préalablement à toute (autre) mesure de publicité“, et que ses énonciations doivent être reproduites dans les „affiches, prospectus et circulaires“ non officiels, ainsi que dans les „annonces de journaux“, avec référence au bulletin annexe du Journal officiel.

On retrouve une réglementation analogue, mais comportant encore plus de précisions et de détails, dans l'art. 2 du projet de loi „sur la défense de l'épargne et la publicité des émissions financières“ déposé en 1912 sur le bureau de la Chambre (Pic, t. II, no. 954). Parmi les énonciations qui, d'après le dit projet, doivent figurer dans la notice, on relève celle-ci :

„ . . . 9^o Les noms, prénoms, nationalité, domicile et adresses des personnes qui ont fait des apports en nature, la consistance et le mode de rémunération des apports, les charges hypothécaires ou autres qui les grèvent et les mutations à titre onéreux dont ils ont été l'objet pendant les cinq dernières années ainsi que les conditions auxquelles ces mutations ont été faites . . . “

Au demeurant, la loi de 1907 et le projet de 1912 constituent, comme leur intitulé l'indique, plutôt la réglementation du marché des valeurs mobilières qu'un chapitre de la législation spéciale sur les sociétés par actions.

Les projets de loi de 1903 sur les sociétés par actions (ils sont en réalité au nombre de trois), qui dorment toujours dans les cartons de la Chambre des députés, renferment d'autre part la disposition que voici, qui semble avoir servi de modèle à l'art. 700 du projet suisse :

„Si un associé fait un apport qui ne consiste pas en numéraire, ou stipule à son profit des avantages particuliers, les fondateurs doivent rédiger et *annexer au projet de statuts* une notice détaillée *sur la nature et la valeur des apports* et les causes des avantages particuliers stipulés. Les déclarations ou dissimulations frauduleuses donneront lieu à l'application des pénalités de l'article 15.“

La loi belge de 1913, partie intégrante du Code de commerce, qui reproduit en les coordonnant et les modifiant

les textes des diverses lois de 1873, 1881, 1886 et 1901, ordonne comme la loi française de 1907 la publication aux annexes du *Moniteur* d'une notice détaillée précédant de dix jours au moins l'exposition l'offre et la vente publiques d'actions, titres ou parts bénéficiaires. Dans cette notice doivent figurer des indications détaillées entre autres sur les apports et les „reprises de biens“ („les conditions auxquelles est subordonnée la réalisation des droits apportés en option“). La notice doit être datée et signée par les vendeurs, et indiquer en outre les noms, prénoms, professions et domiciles des signataires (art. 36). On voit que ces dispositions suivent de près la loi française. Il en est de même de celle qui va suivre, art. 37. Il serait intéressant de savoir de quel côté est la priorité de date, ce qui n'est pas aisé à déterminer, la loi belge de 1813 n'étant comme on vient de le voir qu'une refonte avec mise au point de lois antérieures, et adjonctions.

Art. 37. — „Les prospectus et circulaires doivent reproduire le texte de la notice. — Il en est de même des souscriptions si la vente se fait par souscription publique. Ces souscriptions doivent être faites en double. — Les affiches et les insertions dans les journaux doivent reproduire le texte de la notice, à moins qu'elles ne se bornent à indiquer la date de la publication de la notice, le nombre et le prix des titres offerts en vente.“

Pour les dispositions du droit anglais sur le prospectus obligatoire, et pour celles sur le prospectus *facultatif* et sur le rapport des fondateurs du droit allemand, voy. les §§ III, IV du rapport de Mr. Wieland.

2. L'objet du prospectus obligatoire, de la notice réglementée ou du rapport des fondateurs, de quelque nom qu'on veuille l'appeler, est de renseigner le souscripteur, de lui fournir des données matérielles et objectives, ou, si la loi le prévoit, comme le fait le projet suisse, des appréciations raisonnées sur certains éléments, tels que les apports et reprises de biens, qui puissent l'aider à se former une opinion de l'affaire et à prendre une décision éclairée. Le calcul à la base de l'exigence du prospectus ou du rapport

est celui-ci. Les fondateurs doivent s'expliquer. Si, par prudence, ils s'abstiennent non seulement de tout mensonge et de toute inexactitude, mais de toute exagération, tout est pour le mieux. Au cas contraire, il existe au moins, en cas d'action en responsabilité, un document émanant des fondateurs, et sujet à interprétation. Cette formule un peu schématique laisse apercevoir que l'institution ne remplira pas tout ce qu'on a pu attendre d'elle. Mais encore suffirait-il qu'elle puisse servir à quelque chose.

Elle rendra des services dans tous les cas où les fondateurs ne poursuivent pas de noirs desseins, et croient eux-mêmes que l'affaire est bonne, et que les apports sont à leur valeur. Ces cas sont plus nombreux que ne le pensent certains partisans de la réglementation à outrance. On pourrait même dire qu'ils forment la règle; une règle qui, bien entendu, a des exceptions. Les fondateurs donneront alors les renseignements qu'ils ont. Et c'est ce qu'on attend d'eux.

Pour le fondateur de mauvaise foi, mais avisé, et qui sait en rédigeant son prospectus que la loi le guette, nous admettons qu'il saura prévenir le péril. Il peut s'en tenir aux rédactions prudentes dont on parlait tout à l'heure, et organiser le bluff véritable qui impressionnera le souscripteur par d'autres moyens; au moyen par exemple de la réclame insidieuse faite verbalement par les agents et les démarcheurs, ou de la réclame plus dangereuse encore résultant d'une publicité anonyme savamment organisée. Ici comme en matière de concurrence déloyale, la fraude est le plus souvent insaisissable. Ce qu'on peut dire, c'est qu'elle revêt chez nous des formes moins dangereuses qu'ailleurs, et qu'elle est moins hardie. Dans un très petit pays, les escroqueries organisées sous forme de constitutions frauduleuses de sociétés anonymes sont presque inconnues; en tout cas, elles sont beaucoup plus rares que dans les grands Etats où l'on s'applique anxieusement à déterminer les moyens qui permettent d'y parer. Ceci est particulièrement vrai de l'escroquerie combinée au moyen d'apports fictifs. Quand des pépites d'or se découvrent dans les

alpes suisses, c'est habituellement à l'étranger que se constituent les sociétés qui exploiteront la mine. Reconnaissons que dans ce domaine la publicité du prospectus ou du rapport des fondateurs ne pourrait pas grand chose. Mais ajoutons que dans les cantons qui n'ont pas attendu l'intervention du pouvoir fédéral pour organiser une législation pénale digne de ce nom, il existe généralement des dispositions qui, appliquées conformément à leur esprit, sont plus efficaces pour prévenir et réprimer de telles fraudes que le mécanisme insuffisant de la loi civile. Il ne faut pas demander à la loi civile plus qu'elle ne peut donner.

Il ne faut pas à la fois affirmer que les fondateurs éludent constamment l'obligation de s'expliquer dans les prospectus ou les notices, et protester contre la mansuétude dont les magistrats usent à l'égard des mensonges des fondateurs. C'est pourtant ce qui arrive. Il est vrai que certains arrêts, rendus à l'étranger, ont paru justifier cette dernière critique. On a fréquemment reproduit l'appréciation à tout le moins curieuse que voici, extraite des considérants d'un arrêt de la Cour de Paris: „considérant,“ dit cet arrêt, „que ces articles, si regrettables qu'ils soient, ne dépassent pas la limite des affirmations aventureuses et même mensongères qu'on rencontre trop souvent dans des prospectus commerciaux . . .“ Mais il faut ajouter qu'il s'agissait d'une affaire pénale. L'arrêt ajoute en effet „que de simples allégations mensongères, quelque multipliées qu'elles aient pu être, ne sauraient pas elles-mêmes constituer des manoeuvres frauduleuses au sens de l'art. 405 Code pénal“ (Cour de Paris, 18 mars 1887, aff. du Crédit général français). Nouel, qui rapporte cette décision, reconnaît qu'on trouve cependant dans les recueils de nombreux arrêts qui, soit au civil, soit au criminel, condamnent les auteurs de prospectus.

En ce qui nous touche, nous pouvons être rassurés. Non seulement les dispositions du CO sur les allégations renfermées dans les prospectus sont formelles; mais on pourrait citer tel arrêt récent qui montre que si la limite

entre les allégations hasardées et les allégations mensongères est incertaine, en pareille matière le Tribunal fédéral ne badine pas.

3. La grande objection contre le prospectus et la notice détaillée revient à dire qu'en fait le souscripteur ne prend pas connaissance de ces documents dès qu'ils présentent quelque étendue; et d'une façon plus générale, que le souscripteur se désintéresse de tout travail de documentation et de vérification qui exige de lui un certain effort. — Mais que veut-on que le législateur fasse à cela? — L'argument s'appliquerait particulièrement, s'il était décisif, au prospectus anglais. Il s'appliquerait aussi, en quelque mesure, soit au prospectus exigé par le projet suisse (art. 696), soit surtout au „rapport“ des fondateurs sur les objets apportés, dont les souscripteurs doivent aller prendre connaissance à chaque domicile de souscription (ou, comme s'exprime l'art. 700, „à chaque lieu de souscription“). L'argument n'est véritablement pas fondé. Les souscripteurs négligents, qui s'engagent sans user des moyens d'information qui sont à leur disposition, n'auront qu'à s'en prendre à eux-mêmes de leur déconvenue. *Vigilantibus* . . . Admettre les souscripteurs à signer sans se renseigner, puis à remettre en question après coup, dans l'assemblée constitutive, les adhésions qu'ils ont données, paraît assez peu conforme à la raison.

Tout pesé, il nous paraît qu'il y a plus d'utilité que d'inconvénients à maintenir l'exigence du rapport des fondateurs défini à l'art. 700 du projet qu'à la supprimer; sauf à voir comment il conviendra de combiner cette exigence avec celle du prospectus, en tant que relative aux apports (art. 696 7°), pour éviter un double emploi.

4. Quant à la question de savoir s'il conviendrait d'étendre cette exigence au cas de constitution de la société entre fondateurs, tout en reconnaissant qu'elle peut se poser si l'on se place au point de vue des créanciers sociaux et des tiers qui se rendront acquéreurs des actions, nous la résolvons négativement. En effet, aux termes mêmes de

l'art. 703 du projet, quand les actions deviendront négociables, les résultats et le bilan des deux premiers exercices annuels seront connus. Ce sont les renseignements provenant de cette source qui intéresseront surtout les amateurs d'actions et les créanciers éventuels. Deux ans après la fondation de la société, ils se soucieront médiocrement de savoir quels étaient, dans la période constitutive, les motifs qui justifiaient la valeur attribuée par les fondateurs aux apports (art. 700), et les prévisions, quant au résultat de l'entreprise, qu'ils fondaient sur cet élément (art. 696 7°).

5. Il y a lieu de faire figurer dans le tableau des énonciations nécessaires du prospectus, à l'art. 696, peut-être sous 6^o^{bis} : „l'indicateur des lieux où les statuts peuvent être consultés, et, s'il y a lieu, la mention que le *rapport des fondateurs* est déposé à chaque domicile de souscription, où les souscripteurs peuvent en prendre connaissance“.

VI.

Enonciations du bulletin de souscription notamment au sujet des apports (projet art. 697).

Il suffit d'après le projet, pour la validité de la souscription, „d'une déclaration écrite se référant au projet de statuts et au prospectus“ (art. 697). La question est de savoir s'il conviendrait d'exiger dans le formulaire du bulletin l'énonciation de certaines dispositions essentielles des statuts, ou leur résumé, notamment en ce qui concerne les apports en nature et les „reprises de biens“. On sait que le Code de commerce allemand, § 189, est dans ce sens. De même la loi belge (C. com. art. 32) et le Code de commerce italien. On pourrait même concevoir la déclaration de souscription figurant au pied du prospectus.

Bien qu'on ne puisse opposer à une semblable innovation, si elle était proposée, aucun intérêt vital, il nous paraît cependant que la complication résultant de formalités

de ce genre présente des inconvénients un peu hors de proportion avec leur effet pratique. Le souscripteur qui a des motifs de confiance ou de crédulité suffisants pour souscrire sans avoir lu les statuts et le prospectus auxquels se réfère expressément sa déclaration souscrira également si les énonciations contenues dans ces documents sont reproduites en tout ou en partie dans l'acte au pied duquel il appose sa signature.

Par contre, il est indispensable de mettre à sa disposition, en un lieu où il puisse en prendre connaissance, les documents qui sont réputés, en vertu de la référence contenue dans le bulletin, faire partie intégrante de son engagement. On peut supposer qu'il aura été atteint par le prospectus, un tel imprimé comportant par son objet même une large diffusion. Il pourra même consulter, s'il lui convient, et bien que le bulletin de souscription ne s'y réfère pas, le rapport des fondateurs qui doit être tenu à sa disposition dans chaque domicile de souscription dès l'instant où la souscription est ouverte (art. 700 al. 2). Mais on ne voit nulle part dans le projet où il pourra consulter le projet de statuts.

C'est une lacune.

Le projet de statuts doit être tenu, tout comme le rapport des fondateurs, à la disposition des souscripteurs, sinon en quantités suffisantes d'exemplaires imprimés pour permettre une distribution, du moins, dans chaque domicile de souscription, en un exemplaire unique certifié par les fondateurs, qui puisse être consulté.

VII.

Approbation des apports par l'assemblée constitutive (projet art. 701).

Les dispositions si ingénieuses de la loi française de 1856 sur la composition de la majorité dans la votation relative aux apports, — majorité qui „doit comprendre le

quart des actionnaires et représenter le quart du capital social en numéraire“ — ont eu cette singulière fortune d'être reproduites à peu près textuellement dans plusieurs législations, notamment en Allemagne, puis en Suisse, après avoir passé dans la loi de 1867 sur les sociétés. La Nouvelle allemande 1870 et le CO de 1881 ont supprimé les mots „en numéraire“. La tendance générale est aux solutions larges.

C'est un fait caractéristique que chez nous on a été jusqu'à autoriser l'apporteur de la part indivise d'un certain bien à voter sur l'apport fait par les autres copropriétaires de leurs parts indivises du même bien. Dans son rapport de 1904, Mr. de Waldkirch a prononcé à ce sujet le mot de comédie, que d'autres avaient été déjà conduits à employer dans d'autres situations: ainsi l'excellent spécialiste et auteur d'un traité distingué, Mr. Rodolphe Rousseau, parlant au Congrès de 1900 des vérifications d'apports en général telles qu'elles sont prescrites par la loi française.

Il est inutile d'entrer ici dans le détail des conséquences bizarres qu'entraîne l'application des dispositions de notre art. 619. Si en France, en Allemagne, et dans d'autres pays, les précautions imaginées par la loi française de 1856 produisent, telles quelles ou améliorées, certains résultats appréciables en présence d'abus graves et quotidiens — ce qui est contesté, — le bilan de l'institution ne se présente certainement pas de la même façon en Suisse. L'exigence de la double condition requise par l'art. 619 al. 4 CO est ressentie comme une lourde gêne qui oblige la pratique à imaginer, pour se tirer d'embarras, des trucs à la fois puérils et regrettables.

Deux dispositions du projet, d'ailleurs sans lien entre elles, vont modifier cette situation fâcheuse: l'une, que nous connaissons, dispensant de toute règle particulière les apports et les reprises en cas de constitution entre fondateurs (art. 702); l'autre qui supprime, dans les cas, d'ailleurs de plus en plus rares, où la constitution s'opère par appel au public, la condition d'après laquelle la ma-

majorité requise pour l'approbation de l'apport ou de la reprise doit „représenter au moins le quart du capital social“.

Le projet se borne en effet à exiger que l'approbation réunisse „les *trois quarts au moins des voix représentées*“ (art. 701 ch. 3); chaque souscripteur présent („*jeder Anwesende*“) n'ayant d'ailleurs qu'une seule voix (même article ch. 2).

Cette disposition doit suppléer précisément à la disparition de l'exigence du quart en capital. Le point est de savoir si elle constitue encore une entrave et si, lorsqu'il y a souscription publique, les constitutions de sociétés anonymes continueront d'être plus ou moins truquées.

Nous devons dire que nous ne partageons pas les craintes exprimées à ce sujet. La disposition considérée nous paraît au fond très anodine. Aujourd'hui, le propriétaire d'un fonds de commerce qui veut monter son affaire en société anonyme et recevoir en actions le prix de son apport en est empêché lorsque la valeur du dit apport excède les trois quarts du capital social. C'est là le plus gros inconvénient du régime actuel. Avec le système du projet, il suffit qu'à côté de l'apporteur, qui ne vote pas, trois souscripteurs au moins soient présents à l'assemblée, à la seule condition qu'on puisse compter sur leur unanimité pour approuver l'apport. Cette condition ne sera pas difficile à réaliser dans une fondation par appel au public. Quant au quorum de présence, qui est des trois quarts au moins du capital social (art. 701 ch. 1), il est réuni dans l'hypothèse considérée dès que l'apporteur est présent. S'il y a deux apporteurs et non pas un, il suffira même de la présence à l'assemblée de deux souscripteurs disposés à donner leur approbation.

Dans les autres cas, seule la condition du quorum de présence (art. 700 ch. 1) paraît de nature à gêner, assez sérieusement. Et pour cela, *il convient, de toute façon, de la supprimer.*

Au demeurant, il n'y aura guère de complications à redouter. Le danger viendra peut-être, avec le mécanisme

institué par le projet, d'un autre côté. Pour éviter le „blo-cage“ des actions pendant les deux années consécutives à la constitution entre fondateurs, les habiles seront tentés de simuler une souscription publique. Reconnaissons que cette simulation ne sera pas très aisée. Elle peut toujours se concevoir. Nous parlons de danger, bien entendu, au point de vue logique. Car quel inconvénient pourrait-il y avoir à simuler une forme en soi vide de sens? Quoiqu'il en soit, si l'on voulait considérer une telle éventualité comme fâcheuse, il ne resterait plus qu'à l'accepter, ou à introduire la distinction des lois française et belge entre les actions d'apport et les actions en numéraire, et à bloquer les premières pendant deux ans en cas de fondation par appel au public.

Si d'après ce qui précède, les dispositions de l'art. 701 fixant les conditions d'approbation des apports et reprises ne paraissent pas devoir être bien gênantes, on peut se demander cependant si elles ne devraient pas être supprimées comme inutiles. Dans le cas de l'affirmative, nous arriverions à une conclusion pareille à celle du rapport de Mr. Wieland, mais par une voie et pour des motifs un peu différents.

Mr. Wieland estime en effet qu'il serait préférable de s'en tenir à la règle générale en matière d'assemblées constitutives d'après laquelle les décisions se prennent à la majorité des actions représentées (projet art. 699); ce qui entraînerait la suppression des dispositions du projet art. 701, ch. 1 à 4, en vertu desquelles 1^o le quorum de présence est fixé aux trois quarts au moins du capital social; 2^o chaque personne présente n'a qu'une seule voix; 3^o l'apporteur n'a pas le droit de voter sur son apport; 4^o l'approbation de l'apport soit réunir les trois quarts des voix représentées. Il est certain que tout cela présente, on ne sait pas bien pourquoi, un air un peu désuet.

Nous nous sommes expliqué sur le ch. 1 de l'art. 701, quorum de présence: — exigence qui ne rime à rien, et doit disparaître.

Pour les autres conditions prévues par l'art. 701, — même celles sous ch. 2 et 3, qui se défendent le mieux, — force nous est de reconnaître qu'elles pourraient sans grand dommage être éliminées. (Le code belge a balayé tout cela.)

Mais alors que reste-t-il des différences entre les deux modes de constitution de la société anonyme, quant au fond, si ce n'est qu'en cas de constitution entre fondateurs les actions demeurent bloquées pendant deux ans?

VIII.

Rapport d'experts désignés par le Juge (projet art. 700, al. 3).

Il est peu d'institutions, en matière de législation sur les sociétés anonymes, qui aient fait couler plus d'encre que celle des experts-reviseurs, prévue par le Code allemand, § 192, et dont le projet préconise l'introduction dans le droit suisse en limitant toutefois la mission de ces experts à la vérification de l'état et de l'estimation des apports ou établissements qu'il s'agit d'accepter, et en prévoyant qu'elle est subordonnée à la demande de souscripteurs représentant un dixième au moins du capital social.

Le système de vérification prévu par la loi française de 1867, est comme on sait le suivant: les actionnaires ne peuvent statuer dès leur première réunion sur les apports, mais désignent un expert qui peut être pris parmi eux, et qui est connu sous le nom de „commissaire aux apports“. Cet expert dresse un rapport, qu'on imprime, et qui doit être tenu à la disposition des actionnaires cinq jours au moins avant une seconde réunion, où les actionnaires décident s'il y a lieu d'approuver l'attribution. Ils ne sont nullement liés par le rapport. Les plus vives critiques ont été de tout temps formulées contre cette procédure. On lui reproche d'être une frime, les actionnaires désignant généralement comme commissaire le personnage que leur pré-

sentent directement ou indirectement les fondateurs, et qui, compétent ou non, donne un avis favorable. „Il est à peu près sans exemple, dit l'un des derniers ouvrages parus en France sur le droit commercial, que les attributions faites par les statuts ne soient pas approuvées par les actionnaires“ (Wahl, Précis de dr. comm., 1922, no. 693). Il y a certainement quelque exagération dans ces critiques, car les auteurs français ne discuteraient pas comme ils le font la question de la validité d'une réduction sur la valeur des apports prévus par le projet de statuts s'il n'y avait jamais discussion à ce sujet entre apporteurs et souscripteurs dans les assemblées constitutives.

Quoi qu'il en soit, le système français n'a pas une bonne presse. Et la tendance était en France, à la veille de la guerre, de recommander le système allemand de la vérification des apports par des experts-reviseurs dont la désignation dépendrait du Juge. On sait que cette institution a été introduite dans le Code de commerce allemand par la Nouvelle de 1884 (elle s'étend d'ailleurs à la vérification de toute la procédure de fondation). Chose remarquable, le projet de revision de la loi française sur les sociétés anonymes, déposé en 1883, et voté par le Sénat en 1884, proposait déjà de l'introduire en France. Mr. Pic, opposant les bienfaits de l'expertise obligatoire à l'insuffisance du moyen de publicité, s'exprime à ce sujet comme suit, t. II, no. 838:

Nous sommes, pour notre part, assez sceptique sur l'efficacité souveraine de la publicité, affirmée au Congrès de 1900; à la notice française, au memorandum anglais, nous préférons de beaucoup la vérification des apports par des experts, compétents et indépendants, que nommerait le tribunal de commerce: réforme accueillie par le Sénat en 1884, mais à laquelle *l'opinion du haut commerce, influencé par la finance*, se montre plutôt hostile, car il y voyait, à tort du reste, un retour indirect à l'homologation par les pouvoirs publics.

Et ailleurs, t. II, no. 955:

Les rédacteurs du projet de 1903, impressionnés par les délibérations du Congrès des sociétés de 1900, et de la commis-

sion extra-parlementaire, ont cru devoir rejeter l'institution des experts-reviseurs, *qui cependant donne en Allemagne d'excellents résultats*. Un courant très net se dessine actuellement au Parlement français en sa faveur, et nous estimons, avec MM. Bender et Colin notamment, que cette réforme s'impose à bref délai, *si l'on veut une bonne fois protéger la petite épargne contre les flibustiers qui la grugent presque impunément*.

Il est curieux de mettre en regard des formules laudatives des auteurs français les appréciations désabusées renfermées dans le Message (Denkschrift) qui accompagnait le projet de Code de commerce allemand révisé de 1897. Dans son rapport à la Société des Juristes de 1904, Mr. O. von Waldkirch a reproduit de ce Message un passage significatif (Z. f. schw. R., p. 643). On pourra s'y reporter. Il en résulte que les reviseurs s'en tiennent le plus souvent à un examen plus ou moins de pure forme des documents qui leur sont soumis par les fondateurs, et s'abstiennent fréquemment de toute investigation matérielle concernant l'exactitude de la taxation admise pour les installations et autres biens acquis par la société. „La fréquente insuffisance des revisions, dit le Message, trouve son explication en partie dans la difficulté de la tâche incombant aux reviseurs, comme dans le peu d'empressement des personnes qui seraient qualifiées pour cette fonction à l'accepter.“

On trouvera dans le rapport de Mr. O. von Waldkirch une remarquable analyse des causes de cette „difficulté de la tâche“ des experts-reviseurs dont parle le Message allemand, et, d'une façon générale, des raisons de l'inefficacité d'un tel contrôle (v. aussi Cellerier, nos. 312, 339; Nouel, p. 232 s.).

Quand il s'agira pour le magistrat de désigner des experts-reviseurs, il pourra trouver des hommes impartiaux, qualifiés pour vérifier des inventaires et constater des existences. Mais souvent, quand il s'agira de l'évaluation, et justement dans les cas où des divergences pourront se concevoir entre apporteurs et souscripteurs en numéraire, les connaissances à la fois techniques et commerciales indispensables feront défaut. Ceux qui auraient de telles connais-

sances seront des concurrents, et il ne sera ni possible de compter sur une objectivité absolue de leur part, ni prudent de leur découvrir les ressorts cachés d'une exploitation. Ces inconvénients seront surtout sensibles dans un petit pays comme le nôtre, où les hommes spéciaux, non récusables, pour le motif qu'on vient d'indiquer, sont forcément extrêmement rares. La valeur de beaucoup d'objets est-elle même susceptible d'estimation, quand il ne s'agit ni d'expropriations, ni de réparations d'un dommage — cas où il faut bien fixer un chiffre quelconque même en l'absence de toute norme objective — mais de déterminer le prix qui devrait servir de base à une *convention*? Comment dire la valeur d'apport d'un brevet, d'une marque de fabrique, d'une concession, d'une mine, ou même d'un simple immeuble — suivant l'affectation qu'il peut recevoir, — ou d'une industrie qui peut être dans une mauvaise passe, mais susceptible de relèvement précisément si on lui apporte l'argent dont elle a besoin pour se développer?

Les juristes ou hommes politiques qui préconisent en France l'institution des experts-reviseurs sont frappés de certains abus qui tombent sous les sens. Mais si l'on remonte à la source de leurs idées sur le choix du remède, on voit qu'ils sont hantés, au fond, par l'idée que toute chose a son juste prix. Cette idée, l'empereur Dioclétien, inventeur de la *laesio enormis*, l'avait eue avant eux, dans une époque qui, socialement et économiquement, ressemble à tant d'égards à la nôtre. On est frappé de certains abus, on ne voit pas les nécessités du commerce, qui sont celles de la vie. Chacun sait que par l'effet de la loi de l'offre et de la demande, surtout dans les temps agités, les choses sont sujettes à de surprenantes variations de prix. Mr. von Waldkirch observe avec raison que les reviseurs eux-mêmes ne pourront, dans leur estimation, se soustraire à l'influence que les circonstances exercent sur le jugement des hommes. Il ne convient donc pas, suivant la forte expression du même auteur, d'instituer des mesures de protection qui ne peuvent aboutir qu'à mettre des obstacles aux fondations

de sociétés honnêtes, sans d'ailleurs empêcher les tromperies contre lesquelles l'intervention du reviseur le plus honorable est impuissante à procurer des garanties.

On remarquera l'étrangeté de la situation économique et juridique où sont placés les propriétaires honnêtes d'un bien difficilement estimable lorsqu'ils font apport de ce bien à une société en formation. Peut-être ne sont-ils nullement les auteurs de l'offre, mais ont-ils été sollicités par les fondateurs qui, eux, feront une partie des fonds, et recourront pour l'autre partie à un appel du public. Le prix de l'apport est débattu. Il est fixé dans les statuts. Les conditions essentielles de l'affaire sont publiées dans les prospectus, les souscripteurs peuvent en vérifier le détail en examinant les statuts (demain, par surcroît, ils auront encore à leur disposition un rapport des fondateurs). Ils peuvent recueillir encore des renseignements d'autre part. S'ils apposaient leur signature au pied d'une promesse ordinaire de vente et d'achat, ils seraient irrévocablement liés. Mais il s'agit d'une société anonyme. Ils demeureront donc maîtres de refuser leurs voix au dernier moment dans l'assemblée constitutive. Et voilà par surcroît le législateur qui s'avise de leur suggérer l'idée, et de leur conférer le droit d'exiger au dernier moment une expertise judiciaire sur la valeur de l'objet au sujet duquel ils ont contracté.

On a dit justement à ce propos: „Quel est celui qui consentirait à vendre la maison qu'il possède à dire d'experts, à plus forte raison d'experts à choisir par le président du tribunal? . . . On veut bien vendre, mais pas au-dessous d'un certain prix.“ A supposer que le procédé d'expertise prévu par l'art. 700 al. 3 du projet vînt à se généraliser, — ce qui heureusement, n'est pas certain, pour de multiples raisons, — on se demande quels seraient les commerçants et industriels qui voudraient s'exposer au risque de discréditer leur commerce, et même de ruiner leur crédit en allant au-devant d'un échec possible; d'autre part, les fondateurs regarderont à deux fois avant d'engager les frais considérables que nécessitent une constitution de société et une

souscription publique pour voir tous ces frais rester à leur charge si l'expertise tourne contre eux, et si les souscripteurs abandonnent l'affaire (voir sur ces divers points Nouel, p. 238).

L'institution n'est pas seulement profondément irrationnelle dans son principe, elle l'est encore dans son application. Elle a en effet hérité d'un vice singulier, et comme d'une tare congénitale qui affecte déjà le système de la vérification française, confiée à un expert choisi par les intéressés eux-mêmes. Quand des parties s'en remettant à un expert, la logique voudrait que le rapport fût décisif, et que les intérêts en présence trouvent leur accommodement dans la décision de l'expert. S'agissant d'une divergence entre apporteurs en nature et apporteurs de numéraire, il ne pouvait sans doute être question de réduire le prix demandé par les premiers sans leur consentement. L'idée de permettre à un groupe de contractants d'imposer sa volonté à un autre au moyen d'un rapport d'expertise était pourtant trop saugrenue pour être envisagée par aucun législateur. Mais dès l'instant qu'on prévoyait une expertise, privée ou judiciaire, il eût été logique de conférer tout au moins à chacun de ceux que la loi autorisait à la requérir un droit individuel à se retirer de l'affaire si les évaluations prévues dans le contrat venaient à être sensiblement réduites par l'expert; — inversement, de déclarer toute votation sur les apports sans objet si les évaluations étaient corroborées par l'expert. De cela, il n'est rien.

Même à notre époque, une institution doit comporter un certain élément rationnel. Tel n'est pas le cas de l'expertise judiciaire facultative en matière d'apports.

Nous estimons donc, contrairement à l'école dont le livre de Mr. Pic marque la tendance, qu'il faut conclure d'abord à l'inefficacité de toute expertise en matière d'apports, en général, ensuite au caractère inacceptable, pour les motifs indiqués, de la forme d'expertise prévue par le projet suisse.

C'est une observation bien des fois faite que l'imitation

des institutions étrangères peut comporter des inconvénients, et qu'il faut ne la pratiquer qu'avec précaution. Il est possible que, dans de grands pays, l'institution de l'expertise judiciaire en matière de fondation de sociétés anonymes apporte un certain remède à de grands maux. Nous en doutons, mais enfin nous voulons le supposer. La question est de savoir si ce remède qui, en tout cas, n'est pas inoffensif, convient à notre tempérament. Elle est surtout de savoir si nous en avons besoin. Un distingué comparatiste, déjà cité, Mr. Cellérier, ne le pense pas. Il croit que le meilleur moyen de prévenir les abus résultant des majorations d'apports consiste dans une publicité relative aux personnes sagement entendue. Il voudrait donc sur les prospectus des renseignements relatifs à toutes les fonctions que les fondateurs ont exercées depuis un temps donné, ou exercent encore dans des sociétés commerciales. Pour un peu, il exigerait un *curriculum vitae*. Il ajoute: „Ce système existe de fait dans les petits centres d'affaires; chacun y est connu de son voisin et porte l'étiquette de sa moralité, aussi la fraude en matière de sociétés par actions y est presque nulle. La Suisse en fournit un exemple: le Code fédéral des obligations ne prescrit aucune vérification des apports, et malgré l'intensité relative du mouvement économique en Suisse, il n'en résulte pas d'inconvénients dans la pratique.“ Cette observation d'un étranger peut nous aider à voir les choses sous leur vrai jour.

IX.

Responsabilité des fondateurs (projet art. 666).

Il ne saurait entrer dans le cadre du présent rapport d'examiner les dispositions du projet relatives à l'exercice des diverses actions dérivant de la responsabilité *spéciale* en matière de sociétés anonymes: action sociale, — action individuelle (projet art. 669 s.). Ces dispositions ont soulevé

réceinment d'instructifs débats, à raison surtout de la façon dont elles règlent le rapport de ces actions entre elles. Mais la question n'intéresse pas seulement la responsabilité des fondateurs; elle concerne aussi celle des organes sociaux (administration, contrôle), et le principe auquel elle remonte est ainsi un principe général qui dépasse notre objet particulier.

Touchant la responsabilité des fondateurs, nous nous bornerons à un seul point. Déjà en 1887, dans une remarquable dissertation de doctorat qu'on cite encore, même à l'étranger, Mr. J. de Muralt présentait la règle de l'art. 671 CO, qui rend les fondateurs responsables seulement du dommage qu'ils ont causé sciemment (*wissentlich*), comme une dérogation injustifiée au principe fondamental, emprunté par nous au Code civil français, en vertu duquel quiconque cause sans droit un dommage à autrui *par sa négligence* est tenu de le réparer. Quoi qu'on en ait dit, la critique est juste. On a fait diverses hypothèses pour expliquer une aussi curieuse anomalie. Les plus probantes lui assignent une origine historique: influence du droit commun, — *gemeines Recht*, — (Bachmann, *Sonderrechte*, p. 146); imitation inconsidérée de dispositions légales étrangères frappant d'une peine des infractions intentionnelles (professeur H. Carrard; de Muralt, p. 222). Evidemment, la disposition de l'art. 674 (responsabilité des administrateurs et des contrôleurs limitée vis-à-vis des individus au cas de dol), se justifie, pour autant du moins qu'elle se rapporte aux *actionnaires*, par des motifs d'un autre poids.

En substituant à l'exigence du dol celle de la faute simple, le projet a raison de faire rentrer la responsabilité des fondateurs dans le droit commun des actes illicites.

X.

Résumé.

Nous résumons les principales observations qui précèdent :

A.

1^o Si l'on ne veut pas supprimer les dispositions légales assujettissant la „reprise de biens“ au même régime que l'apport, — ce qui présenterait plus d'avantages que d'inconvénients, — il conviendrait en tout cas d'en limiter l'application au cas où il y a convention bilatérale ferme conclue par les fondateurs avec un tiers pour la société en formation.

2^o L'art. 703 du projet, aux termes duquel les actions d'une société constituée „par contrat“ (art. 702) doivent demeurer bloquées pendant deux ans, ne se justifie par aucun motif, dans le système même du projet, lorsque le „contrat“ ne prévoit ni apports en nature, ni reprises de biens, ni avantages particuliers. Il faut excepter ce cas de la règle.

3^o Les formalités prévues par l'art. 701 pour l'approbation des apports en cas de fondation par souscription publique pourraient être supprimées sans grand inconvénient. Dans ce cas, il n'y aurait plus de motifs pour maintenir l'interdiction de négocier les actions pendant deux ans en cas de fondation „par contrat“.

La condition du quorum de présence, art. 700 ch. 1, *doit* en tout cas être éliminée.

4^o L'institution de l'expertise prévue par l'art. 700 du projet doit être supprimée.

B.

5^o L'obligation des fondateurs d'émettre un prospectus, et de présenter un rapport écrit sur les apports, etc., est justifiée en cas de fondation par appel au public.

6^o La loi doit porter que les statuts seront déposés, en original ou en reproduction légalisée, dès l'ouverture

de la souscription, à chaque domicile de souscription, où les souscripteurs peuvent en prendre connaissance.

7^o Au nombre des énonciations obligatoires du prospectus doit figurer l'avis que les statuts, et, en cas de fondation avec apports, reprises, etc., le rapport des fondateurs, sont déposés à chaque domicile de souscription où les souscripteurs peuvent en prendre connaissance.

8^o Les noms des apporteurs, ou des propriétaires des biens à reprendre par la société, doivent être mentionnés dans les statuts et dans l'inscription au registre du commerce.

9^o La responsabilité des fondateurs doit être étendue, conformément au projet, au cas du dommage causé par négligence.

Documents.

Ordonnance du 8 juillet 1919 modifiant le CO

III.

L'appel à souscrire les actions a lieu sous la forme d'un prospectus portant la signature des fondateurs.

Le prospectus doit contenir des renseignements sur les points suivants:

- 1^o les dispositions statutaires exigées par la loi; . . .
- 7^o les données sur lesquelles sont basées les prévisions de succès de l'entreprise.

CO actuel.

619, al. 1.

Lorsqu'un actionnaire fait, autrement qu'en argent, un apport compris dans le capital social, ou lorsque la société projetée doit prendre à sa charge certains établissements ou d'autres biens, les statuts doivent indiquer exactement le prix pour lequel elle accepte ces apports, établissements et biens, ou le nombre des actions données en paiement . . .

Projet de revision.

696.

L'invitation à souscrire des actions doit être faite sous la forme d'un prospectus signé par les fondateurs.

Ce prospectus doit indiquer:

- 1^o les points que les statuts doivent nécessairement contenir;
. . .
- 7^o les éléments sur lesquels est basé le résultat prévu de l'entreprise.

700.

Lorsqu'un apport consiste en biens ou en droits qui sont acceptés, soit contre remise d'une partie du capital soit contre paiement en espèces, . . . les fondateurs doivent présenter à l'assemblée générale, avant le vote, un *rapport écrit* donnant des renseignements précis sur la consistance et l'état des objets apportés et sur les motifs qui justifient la valeur qui leur est attribuée, sur le nombre des actions remises . . .

Ce rapport doit être *déposé* en original ou en reproduction légalisée, *dès l'ouverture de la souscription*, à chaque lieu de souscription où les souscripteurs pourront en prendre connaissance.

A la demande de souscripteurs, représentant un *dixième au moins du capital social*, la décision relative à l'acceptation des apports en nature . . . doit être différée jusqu'à ce que *des experts désignés par le Juge* du siège de l'entreprise aient fait un *rapport* sur l'état et l'estimation des apports ou établissements qu'il s'agit d'accepter . . . ; ce rapport doit être présenté dans une seconde assemblée générale et des exemplaires doivent en être tenus à la disposition des souscripteurs dix jours avant cette assemblée.

619, al. 2, 3, 4, 5.

Les dispositions de cette nature contenues dans les statuts doivent être approuvées par une décision prise à la majorité dans une assemblée générale convoquée après la souscription du capital social.

Chaque souscripteur d'actions présent ou dûment représenté n'a dans cette assemblée qu'une seule voix.

La majorité doit être du quart au moins de l'ensemble des actionnaires (c'est-à-dire des souscripteurs) et représenter au moins le quart du capital social. L'associé dont l'apport . . . est en discussion n'a pas le droit de voter.

La décision doit faire l'objet d'un acte authentique.

701.

Les dispositions statutaires relatives aux apports en nature, aux reprises . . . doivent être approuvées spécialement par l'assemblée générale qui doit être tenue après la clôture de la souscription; cette approbation est soumise aux règles suivantes:

- 1^o *trois quarts* au moins du capital social doivent être *représentés à l'assemblée*;
- 2^o chaque souscripteur présent n'a qu'une seule voix;
- 3^o on doit voter séparément sur chaque objet et le sociétaire qui fait l'apport dont il s'agit, qui vend un établissement à la société . . . n'a le droit de voter ni en son nom ni comme représentant.
- 4^o l'approbation de l'apport, de l'acquisition . . . doit réunir *les trois quarts au moins des voix représentées*.
- 5^o la décision doit faire l'objet d'un acte authentique auquel il faut annexer en original *le rapport établi par les fondateurs*, et, s'il y a lieu, *le rapport des experts*.

702.

La société anonyme peut être fondée par la conclusion d'un contrat passé en la forme authentique entre tous les fondateurs qui, dans ce contrat, déclarent fonder une société anonyme, en fixent les statuts, constatent la prise de toutes les actions et le paiement de vingt pour cent au moins sur chacune d'elles, soit en espèces soit par des apports en nature, approuvent le cas échéant, toute autre reprise de

biens et les avantages accordés à des fondateurs, et désignent les organes nécessaires de la société.

L'établissement de cet acte authentique *tient lieu d'assemblée générale constitutive.*

703.

Les actions d'une société constituée de cette manière ne peuvent, après la fondation de la société, être offertes par la voie d'un journal public ni introduites à la bourse, soit par leurs porteurs, soit pour le compte de ceux-ci par des tiers, que si *les résultats et le bilan des deux premiers exercices annuels* peuvent être présentés en même temps.

Durant *ces deux années* ces actions ne peuvent, sans préjudice de l'exercice des droits de sociétaires, pas être délivrées aux actionnaires.

622.

A la demande d'inscription doivent être jointes les pièces suivantes:

- ... 4. S'il y a lieu, l'acte en bonne forme constatant les décisions prises par l'assemblée générale en conformité des articles 618 et 619.

*Ordonnance du 8 juillet 1919
modifiant le CO*

VI.

Font l'objet de l'inscription au Registre du commerce et de la publication, en outre des indications prévues à l'art. 621 CO: ...

- 7° les apports ne consistant pas en espèces acceptés par la société (*die von der Gesellschaft . . . übernommenen, nicht in Geld bestehenden Vermögenswerte*) lors de la fondation ou d'une augmentation du capital.

704.

A la demande d'inscription doit être jointe une expédition ou une copie légalisée des statuts et du procès-verbal de l'assemblée générale ou du contrat de société contenant:

- ... 4. le cas échéant, les décisions de l'assemblée générale concernant les apports, les reprises . . . et *les rapports* établis à ce sujet par les fondateurs et les experts.

705.

Il faut inscrire au registre du commerce et publier par extrait: ... 6° les montants des apports en nature, des reprises ...

*CO actuel.***671.**

Ceux qui ont coopéré à la fondation d'une société anonyme sont responsables, soit envers la société, soit envers chaque actionnaire ou créancier de la société du dommage qu'ils leur ont causé:

- 1^o En formulant ou en répandant sciemment, dans des circulaires ou des prospectus, des assertions mensongères;
- 2^o en concourant sciemment à dissimuler ou à déguiser dans les statuts des apports ou transmissions de biens . . . contrairement à l'art. 619 al. 1;
- 3^o en contribuant sciemment à faire inscrire la société sur le registre du commerce en vertu d'une attestation ou d'un acte contenant des assertions mensongères.

666.

Celui qui coopère à la fondation d'une société commerciale avec personnalité est responsable du dommage qu'il a causé:

- 1^o En formulant ou en répandant intentionnellement *ou par négligence* de fausses assertions dans des prospectus ou des circulaires;
- 2^o en concourant intentionnellement *ou par négligence* à dissimuler ou à déguiser dans les statuts un apport, des reprises . . . ou en agissant d'une autre manière contraire à la loi lors de l'approbation d'une telle mesure;
- 3^o en contribuant intentionnellement *ou par négligence* à faire inscrire la société au registre du commerce sur la base d'une attestation ou d'un acte contenant des assertions mensongères.

(Pour les actions dérivant de la responsabilité, la prescription, le for, voir art. 669 sv.)

NB. Les points suspensifs remplacent la mention des „avantages particuliers“.

Nous donnons ci-après la liste de quelques ouvrages ordinairement cités dans le texte par le seul nom de l'auteur:

Bachmann, Die Sonderrechte des Aktionärs, 1902. — Cellerier, Etude sur les sociétés anonymes en France et dans les pays voisins, 1905. — Karl Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, 1908. — Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, t. II, 1912. — de Muralt, Fondation des sociétés anonymes, 1887. — René Nouel, Les sociétés par actions. La réforme, 1911. — Pic, Des sociétés commerciales, t. I, 1908, t. II, 1914. — Rehfsous, De la revision des règles du droit suisse relatives à la société anonyme. Rapport à la Société suisse des Juristes (Z. f. schw. R. 1904, p. 568). — Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch, t. I, 1921. — Thaller, Traité élémentaire de droit commercial, 1910. — O. von Waldkirch, Die Revision des schweiz. Aktiengesellschaftsrechts (Z. f. schw. R., 1904, p. 634).
