

férence entre la valeur boursière et la valeur réelle de l'action («net asset value», ci-après NAV). Lorsque le cours de l'action est inférieur à la «NAV», les actions bénéficient d'un «discount». Dans le cas contraire, chaque action est au bénéfice d'une «prime». Dans les deux situations, le conseil d'administration doit tenter d'égaliser le cours en bourse et la «NAV» en modifiant le capital-actions: l'acquisition par la société de ses propres actions, liée à une réduction du capital, permet d'augmenter la demande en titres et de réduire un éventuel «discount»; une augmentation du capital élargit l'offre de titres sur le marché et fait diminuer la «prime».

Dans les deux cas, le facteur-temps joue un rôle déterminant. La nécessité de procéder par décision de l'assemblée générale conduit inévitablement à un retard. Le véhicule juridique idéal pour ces sociétés serait donc un institut hybride, entre la société anonyme et le fonds de placement, soit la «open-ended company».

## B. Pas de forme juridique hybride entre la société anonyme et le fonds de placement

La société anonyme «privée» et la société anonyme «publique» garantissent

aussi bien les droits sociaux («voice») que le droit de sortir de la société en vendant ses titres à la bourse («exit»). Le fonds de placement au sens de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur les fonds de placement (LFP; RS 951.31) ne prévoit aucun droit social mais aménage un droit de sortie institutionnalisé<sup>16</sup>: les fonds offrent donc une position médiane entre celle de créancier et celle d'associé<sup>17</sup>. Les droits sociaux représentent un avantage de la société anonyme par rapport au fonds de placement; ces derniers bénéficient cependant de quelques plus par rapport à la société anonyme (capital flexible). L'ensemble de ces avantages pourraient être combinés au sein d'une forme de société hybride, à cheval entre la société anonyme et le fonds de placement.

Le droit suisse des sociétés est dominé par le principe du *numerus clausus*. La doctrine distingue l'obligation de choisir une forme de société prévue par la loi<sup>18</sup> («*Formenzwang*») du respect des limitations imposées dans l'aménagement des structures de la société<sup>19</sup> («*Formenfixierung*»). Le législateur a néanmoins relativisé le principe du *numerus clausus*, en autorisant certains éléments capitalistes dans une société de personnes et inversement. Le *numerus clausus* n'est donc pas un axiome et doit être examiné à la lumière de l'autonomie privée.

<sup>16</sup> Selon l'art. 24 LFP, l'investisseur peut dénoncer en tout temps le contrat de placement collectif et demander au fonds le paiement en espèces de ses parts. Si des certificats lui ont été remis, il doit les restituer («exit»). Ce principe est relativisé lorsqu'une alternative existe, par exemple lorsque les parts sont cotées en bourse (art. 24 et 42 LFP).

<sup>17</sup> Pour un aperçu, cf. PETER V. KUNZ, *Publikumsgesellschaften in der Schweiz – theoretische und praktische Ansätze zur Investorenschutz*, in *Recht* 1997, p. 136 s et les références citées.

<sup>18</sup> Le concept hybride ne pose pas de problèmes au regard du «*Formenzwang*» car il repose sur la société anonyme.

<sup>19</sup> Cf. notamment ROLF H. WEBER, *Juristische Personen*, TDP II/4, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998, p. 80 ss («*Formenzwang*») et p. 83 ss («*Formenfixierung*»); PETER V. KUNZ, *Der Minderheiten- bzw. Aktionärschutz in der Schweiz – Ausgewählte Probleme und Lösungsansätze* in: *L'expert-comptable suisse* 1997, p. 419 ss et les références citées sous note 106.

Le droit suisse ne prévoit aucune forme hybride entre la société anonyme et le fonds de placement. Reste à examiner si, sur la base de la société anonyme – soit en respectant le *numerus clausus* des formes de sociétés («*Formenzwang*») – et en se fondant sur le principe de l'autonomie privée, une réglementation qui permette d'aboutir à un résultat similaire est admissible, sans pour autant remettre en question les limites imposées dans l'aménagement des structures de la société («*Formenfixierung*»).

## C. Structure de l'exposé

En premier lieu, il faut exposer les principes qui conduisent au concept hybride fondé sur l'autonomie privée<sup>20</sup>. La prise de position négative de l'Office fédéral du registre du commerce (ci-après OFRC) doit également être résumée<sup>21</sup>. Il convient ensuite d'examiner le concept hybride au regard du droit impératif de la société anonyme<sup>22</sup>. La situation doit finalement être examinée de lege lata et de lege ferenda<sup>23</sup>.

## II. Proposition: un concept hybride fondé sur l'autonomie privée

### A. Principes

#### 1. Premier aperçu

Dans le concept hybride, l'assemblée générale donne «carte blanche» au con-

seil d'administration dans un cadre clairement déterminé, afin que celui-ci puisse – dans ce cadre strictement délimité – procéder à des modifications du capital-actions et les exécuter de son propre chef. Lors de l'assemblée générale, les actionnaires doivent être informés de l'ensemble des variantes envisageables; ils laissent le conseil d'administration décider de l'opération adéquate<sup>24</sup>.

Une double décision de l'assemblée pourrait ainsi conférer une double autorisation au conseil d'administration quant au capital-actions:

- la première autorisation concernerait l'augmentation de capital au sens des art. 650 ss CO.
- la seconde autorisation se référerait à une réduction de capital, dans le cadre modifié des art. 732 ss CO. Afin de protéger les intérêts des actionnaires, une limitation temporelle serait nécessaire.

Le législateur a assuré la flexibilité nécessaire au moyen de l'augmentation autorisée de capital (art. 651 ss CO). L'augmentation ordinaire de capital avec indication d'un montant minimal/maximal – admise en pratique – accroît également la liberté d'action du conseil d'administration. La procédure de réduction du capital est en revanche peu flexible, dans le souci de protéger les

manière erronée et fautive la «carte blanche» qui leur a été conférée et qu'il en résulte un dommage; la décision ne constitue donc pas une délégation ou une décharge particulière; cf. PETER V. KUNZ, *Rechtsnatur und Einredenordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit*, thèse Berne 1993, p. 161 s. et les références citées.

<sup>20</sup> Cf. ci-dessous II A.

<sup>21</sup> Cf. ci-dessous II B.

<sup>22</sup> Cf. ci-dessous III A.

<sup>23</sup> Cf. ci-dessous V A et B.

<sup>24</sup> Les actionnaires sont déjà protégés à ce stade par l'action en responsabilité contre les administrateurs de la société fondée sur les art. 754 ss CO lorsque ces derniers ont utilisé de

intérêts des créanciers<sup>25</sup>. Le comblement d'une lacune de la loi doit être admissible – sur la base de l'autonomie privée et sur le modèle de l'augmentation de capital – pour autant que les intérêts des créanciers et des actionnaires soient pris en considération de manière adéquate.

La deuxième partie de la double décision de l'assemblée générale autoriserait le conseil d'administration à acquérir les propres actions de la société par une réduction de capital et une adaptation des statuts<sup>26</sup>; l'autorisation serait limitée dans le temps et par des montants minimaux et maximaux. Le conseil d'administration pourrait ainsi réagir rapidement à l'évolution du marché sans avoir à consulter à nouveau l'assemblée générale.

## 2. Protection des créanciers

### a. Généralités

La protection des créanciers joue un rôle plus accru en cas de réduction qu'en cas d'augmentation du capital-actions. Les créanciers ne participent pas à l'assemblée générale. Les mesures actuelles ne suffisent pas à les protéger dans le concept hybride. Sur la base de l'autonomie privée, il faudrait donc aménager des mesures de protection spécifiques<sup>27</sup>.

Le préposé au registre du commerce joue un rôle important dans la protection des droits des créanciers mais également de ceux des actionnaires et

<sup>25</sup> Cf. à ce sujet le message du Conseil fédéral du 23 février 1983, peu convaincant, concernant la révision du droit des sociétés anonymes; FF 1983 II 961 s.

<sup>26</sup> De lege lata, la modification des statuts revient à l'assemblée générale et non au conseil d'administration. L'art. 732, al. 1 CO n'est cependant pas de droit impératif. L'application par analogie de l'art. 651a CO semble admissible; le législateur a aussi conféré au

des minoritaires. Comme le concept hybride nécessiterait une modification statutaire<sup>28</sup>, le préposé serait contraint de s'en préoccuper. Le pouvoir d'examen du préposé doit donc également être brièvement examiné<sup>29</sup>.

### b. Augmentation et réduction de capital

La protection des créanciers ne joue aucun rôle en cas d'augmentation de capital car la substance de la société anonyme et le substrat de responsabilité s'accroissent. Il en va tout autrement en cas de réduction du capital-actions, notamment dans le concept hybride: la décision de l'assemblée générale serait fondée sur un rapport de révision spécial établi par un réviseur particulièrement qualifié (art. 732, al. 2 CO); elle serait suivie d'un avis aux créanciers (art. 733 CO); lorsqu'une limite minimale/maximale serait fixée, il faudrait se fonder sur le montant supérieur afin d'assurer dans tous les cas la protection des créanciers.

De nouvelles créances contre la société pourraient prendre naissance après la décision de principe de l'assemblée générale. Afin de protéger les créanciers, un second rapport de révision spécial («rapport de révision ad hoc»<sup>30</sup>) devrait être établi lorsque le conseil d'administration souhaite procéder à la modification des statuts; le rapport de révision ad hoc devrait se fonder sur un rapport de réduction du

conseil d'administration la compétence de modifier les statuts dans certains domaines (art. 634a, art. 651a, art. 652g, art. 653g, art. 653i CO); la décision du conseil d'administration doit revêtir la forme authentique.

<sup>27</sup> Cf. ci-dessous II A 2 b.

<sup>28</sup> Cf. ci-dessous II A 3 a.

<sup>29</sup> Cf. ci-dessous III B.

<sup>30</sup> En application par analogie de l'art. 732, al. 2 CO.

conseil d'administration<sup>31</sup>. Ces mesures devraient permettre de tenir compte des intérêts des créanciers; ces derniers pourraient encore, le cas échéant, agir en responsabilité contre les membres du conseil d'administration ou les réviseurs.

## 3. Protection des actionnaires et des minoritaires

### a. Généralités

L'assemblée générale devrait prendre une double décision (soit deux objets – augmentation ou réduction – mais une seule proposition et un seul vote) qui confère une double autorisation au conseil d'administration: augmentation, respectivement réduction du capital-actions dans son propre domaine de compétence. Cette décision transférerait les compétences de l'assemblée générale vers le conseil d'administration sans base légale expresse<sup>32</sup>.

Sur la base de l'art. 698, al. 2, ch. 6 CO, une double décision nécessiterait une base statutaire; la décision de l'assemblée générale y relative devrait être instrumentée en la forme authentique et prise à la majorité qualifiée de l'art. 704, al. 1, ch. 4 CO. Les conditions générales applicables en cas d'augmentation, respectivement de réduction, de capital devraient être respectées. Lors de réduction, des limites temporelles et quantitatives devraient être prévues.

<sup>31</sup> Ce rapport spécial n'est pas prévu par la loi; l'art. 652e CO (rapport d'augmentation) pourrait servir de modèle.

<sup>32</sup> Bien au contraire; l'assemblée générale est compétente ex lege en cas de réduction de capital (art. 732, al. 1 CO); cette disposition est cependant purement dispositive.

<sup>33</sup> Les actionnaires minoritaires peuvent cependant être mis en danger; cf. notamment ULRICH FELIX KREBS, *Gefährdung und Schutz der Minderheit bei Kapitalerhöhungen in der*

### b. Augmentation et réduction de capital

Bien qu'elle ne soit pas véritablement problématique au regard de la protection des actionnaires<sup>33</sup>, l'augmentation de capital fait l'objet d'une réglementation détaillée (art. 650 ss CO). Le droit de souscription préférentiel des actionnaires (art. 652b, art. 653c CO) constitue le mécanisme de protection le plus important.

En cas de réduction de capital, la protection des créanciers apparaît sans aucun doute au premier plan<sup>34</sup>; elle peut cependant sans autre être assurée sur la base de l'autonomie privée. Dans le concept hybride, la proposition principale vise à appliquer à la réduction du capital-actions une procédure analogue à l'augmentation ordinaire, respectivement autorisée. Lorsque l'assemblée générale décide, la mesure adéquate à prendre par le conseil d'administration n'est en effet encore pas claire (p. ex.: acquisition par la société de ses propres actions et cancellation de celles-ci); si – à l'occasion de l'assemblée générale – l'actionnaire pouvait prendre connaissance de cette possibilité et des autres alternatives dans un «paquet» commun et qu'il y adhérerait, aucun motif matériel ne s'opposerait à l'admissibilité d'une telle décision.

Le législateur ne s'est pas préoccupé de la délégation de compétence de l'assemblée générale au conseil

*Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht*, thèse Berne 1980, p. 57 ss; THOMAS VON PLANTA, *Der Schutz der Aktionäre bei der Kapitalerhöhung*, thèse Bâle 1992, p. 48 ss.

<sup>34</sup> La protection des actionnaires minoritaires a également son importance; pour l'ancien droit, cf. BERNHARD MOSIMANN, *Die Herabsetzung des Grundkapitals bei der Aktiengesellschaft und ihr Einfluss auf die wohlverworbenen Rechte der Aktionäre*, thèse Zurich 1938, p. 55 ss et 80 ss.

d'administration lors d'une réduction du capital-actions. Aucun silence qualifié du législateur ne permet d'exclure de manière générale une réglementation supplétive fondée sur l'autonomie privée. La protection des droits des actionnaires impose certaines limites quantitatives et temporelles; en revanche, contrairement à l'augmentation, aucune restriction ne doit être apportée quant au contenu.

Le conseil d'administration ne devrait pas être entièrement libre de décider du montant de la réduction; l'assemblée générale devrait fixer un montant clairement déterminé (p. ex.: réduction du capital-actions à un montant nominal de CHF...) ou, comme en matière d'augmentation, des limites minimale et maximale. La délégation de compétence devrait également être limitée dans le temps par une disposition ancrée dans les statuts: un délai de six mois paraît approprié<sup>35</sup>.

## B. Prise de position de l'Office fédéral du registre du commerce

Le 15 novembre 1999, l'OFRC a, dans une décision non publiée, refusé le concept hybride tel qu'exposé<sup>36</sup>.

L'OFRC ne conclut pas à un silence qualifié du législateur quant à la réduction autorisée du capital-actions, la question la plus délicate du concept hybride. L'OFRC précise que «lors d'une procédure de réduction du capital qui s'éloigne à ce point de la régle-

<sup>35</sup> L'art. 651, al. 1 CO prévoit un délai de deux ans en cas d'augmentation autorisée; le délai d'exécution d'une augmentation ordinaire est fixé à trois mois par l'art. 650, al. 1 et 3 CO; en cas de réduction autorisée, un délai inférieur à six mois n'a pas de sens car l'avis aux créanciers dure au minimum deux mois (art. 733 CO).

mentation légale, plusieurs questions se posent, eu égard notamment à la protection des créanciers. A notre avis, la réduction autorisée de capital nécessite donc une base légale explicite. Il appartient au législateur seul de prendre une décision à ce sujet. Le comblement d'une lacune sur la base de l'augmentation de capital doit être rejeté de lege lata».

L'OFRC a également rejeté la possibilité d'une double décision<sup>37</sup>: «la décision de l'assemblée générale contient deux délégations de compétence en faveur du conseil d'administration qui ne sont pas prévues par la loi. De lege lata, il apparaît inadmissible de s'écarter à ce point de la répartition légale des compétences entre l'assemblée générale et le conseil d'administration. [...] Un des objectifs de la révision du droit de la société anonyme visait précisément à améliorer la protection des actionnaires. Il n'est pas acceptable de favoriser un affaiblissement de l'assemblée générale en passant outre la répartition légale des compétences en sa défaveur».

L'OFRC assène le coup décisif au concept hybride dans l'application du droit en se référant au pouvoir d'examen du préposé: «La délégation de compétence statutaire en question sortirait manifestement du cadre légal et devrait être considérée comme nulle (art. 706b, ch. 3 CO)».

En conclusion, l'OFRC ajoute que «Nous tenons [...] à préciser que la

<sup>36</sup> L'OFRC a donné son accord à la mise en discussion de sa prise de position.

<sup>37</sup> L'OFRC a néanmoins relativisé son refus: «A supposer qu'une réduction autorisée de capital soit admissible, une double décision de l'assemblée générale devrait probablement être considérée comme admissible».

proposition de capital-actions flexible nous paraît digne d'intérêt de lege ferenda. Les questions liées à son aménagement concret doivent en effet être tranchées par le législateur. Un développement du droit dans ce domaine sort du cadre de son application telle que fixée par la réglementation légale».

## III. Du droit impératif de la société anonyme en Suisse

### A. Généralités

#### 1. Le fondement: la responsabilité propre de l'actionnaire

Dans le concept hybride en particulier – comme lors d'augmentations ou de réductions de capital en règle générale, divers aspects liés à la protection des actionnaires minoritaires sont touchés. Cette dernière est assurée par plusieurs instances ou «sentinelles» (législateur, tribunaux, préposé au registre du commerce); la protection des créanciers sera examinée en premier lieu en rapport avec le pouvoir d'examen du préposé au registre du commerce.

L'actionnaire lui-même est la meilleure sentinelle de la protection des minoritaires: il doit s'en assurer sur la base de l'autonomie privée, dans les statuts

<sup>38</sup> Cf. notamment ANDREA R. GRASS, Business Judgment Rule – Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, thèse Zurich 1998, p. 81 ss; MAJA D. JÖSLER, Rechtsstreit zwischen Organen und Organmitgliedern, thèse St Gall 1998, p. 236 et les références citées.

<sup>39</sup> Dans le même sens, HANS KASPAR VON DER CRONE, Ein Aktienrecht für das 21. Jahrhun-

ou à l'aide de conventions d'actionnaires. La pratique judiciaire le confirme, qui intervient en principe de manière réservée au profit des associés<sup>38</sup>. Pourquoi une autorité quelconque devrait-elle se préoccuper de la protection des actionnaires minoritaires lorsque le législateur laisse à l'actionnaire lui-même le soin de débattre de sa protection?

Le principe de la responsabilité propre domine le droit privé suisse en général et le droit de la société anonyme, respectivement la protection des actionnaires minoritaires en particulier. Il n'y a pas place dans ce domaine pour une protection «sociale» de l'actionnaire<sup>39</sup>.

De ce fait, une réglementation fondée sur l'autonomie privée est admissible et doit être acceptée par le préposé au registre du commerce, lorsque des mécanismes protecteurs appropriés sont institutionnalisés; c'est assurément le cas pour le concept hybride. Le droit impératif de la société anonyme l'emporte cependant en tous les cas sur une réglementation fondée sur l'autonomie privée.

#### 2. Règles impératives et dispositives

Le principe de l'autonomie privée s'applique également en droit suisse de la

dert in Revue Suisse de Droit des Affaires 1998, p. 157 ss; d'un autre avis: ROLAND MANDL, Die richterliche Interessenabwägung in der Frage des aktienrechtlichen Minderheitenschutzes, thèse St Gall 1974, p. 243; modéré: ALEXANDER I. DE BEER, Minderheitenschutz durch erweiterte Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers, in Revue de droit suisse 1995 p. 114.

société anonyme<sup>40</sup>. Il est possible d'en tirer une véritable présomption au profit du droit dispositif. L'autonomie privée est la règle et non pas l'exception<sup>41</sup>. Ce principe est cependant limité par le *numerus clausus*. En outre, dans plusieurs domaines, le droit impératif limite également la liberté d'action de la société anonyme et celle des actionnaires: en ce qui concerne la protection des minoritaires, les dispositions impératives constituent un mécanisme de protection et une limite absolue au pouvoir de la majorité. Le droit impératif doit compenser les carences de la responsabilité propre des actionnaires minoritaires<sup>42</sup>.

Le droit impératif de la société anonyme n'est malheureusement pas déterminé de manière univoque; dans le doute, la présomption en faveur du droit dispositif doit l'emporter. Aucun domaine du droit de la société anonyme qui entre en considération dans le concept hybride ne peut être considéré comme impératif. Il est donc regrettable que les autorités ne fassent pas usage du principe de l'autonomie privée dans toute sa mesure.

<sup>40</sup> Cf. notamment CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, Die Zulässigkeit aussergesetzlicher Rechtsformwechsel im Gesellschaftsrecht, in *Revue de droit suisse* 1994 p. 358 ss; PETER FORSTMOSER, Gestaltungsfreiheit im schweizerischen Gesellschaftsrecht, in *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, cahier spécial n° 13, Berlin et New York, p. 254 ss; ARNOLD KOLLER, Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, thèse Fribourg 1967, p. 107; CLAUDE ANDRÉ LAMBERT, Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, thèse Zurich 1992, p. 165 ss.

<sup>41</sup> Cf. ATF 114 II 70 consid. 2; ROLAND VON BÜREN / JOHANNES BÜRGI, Rechtsformwechselnde Umwandlung einer GmbH in eine AG de lege lata: Das klärende Wort aus Lausanne, in *REPRAX* 1/1999, p. 7 et les références citées sous note 33.

## B. Fonction du préposé au registre du commerce

### 1. Quelques compétences

Le préposé au registre du commerce est au bénéfice de compétences décisionnelles ou de recours au juge<sup>43</sup>. Dans le premier cas, il agit sans recourir à des tiers; dans le second cas, il doit en appeler au juge et son influence est limitée. Sous l'angle de la protection des minoritaires, la répartition des compétences décisionnelles et de recours au juge ne se fonde sur aucun concept. Dans tous les cas, le préposé doit prendre garde à la protection des intérêts des créanciers. Le préposé au registre du commerce a pour fonction principale, dans le cadre de son pouvoir d'examen, de contrôler le respect des exigences légales avant de procéder à une inscription (art. 940, al. 1 CO; art. 21 ORC).

### 2. Le pouvoir d'examen, un «thème éternel»

Le seul point qui prête à discussion est le pouvoir d'examen du préposé sous l'angle matériel. Selon une pratique

<sup>42</sup> Dans la technique législative, les diverses méthodes d'«opting» offrent une voie médiane entre droit impératif et dispositif:

- une disposition n'est en vigueur qu'à la suite d'une action positive de la société, p. ex. une modification statutaire («opting in»);
- Une réglementation s'applique automatiquement, pour autant qu'elle n'ait pas été partiellement ou totalement exclue par une action positive de la société («opting out»).

<sup>43</sup> Pour un aperçu, cf. THOMAS KOCH, Die Aktiengesellschaft ohne Revisionsstelle – Ein Tatbestand des handelsregisterrechtlichen Zwangsverfahrens in *Annuaire du registre du commerce* 1998, p. 141 et les références citées; PETER V. KUNZ, Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, Zurich 1997, p. 65 et les références citées.

constante, il convient de procéder en deux étapes<sup>44</sup>:

- «Le pouvoir d'examen du préposé est limité lorsque l'on a affaire à des normes de droit matériel et non à des règles qui régissent le registre du commerce. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, le préposé peut se borner à vérifier le respect des dispositions impératives de la loi qui sont édictées dans l'intérêt public ou en vue de la protection de tiers. Il doit en revanche renvoyer à agir devant le juge civil les justiciables qui invoquent des prescriptions de droit dispositif ou concernant uniquement des intérêts privés<sup>45</sup>».

Les possibilités d'intervention du préposé sont donc limitées à certaines dispositions qualifiées. Aucune compétence ne lui est reconnue quant au respect du droit dispositif; c'est la conséquence du principe de la responsabilité propre de l'actionnaire. Le préposé ne peut néanmoins pas intervenir sans autre en cas de violation d'une disposition impérative:

- «La délimitation [mentionnée dans la première étape] entre les unes et les autres pouvant s'avérer ardue dans certains cas, l'inscription ne sera refusée que s'il est manifeste et

<sup>44</sup> Cf. notamment ATF 125 III 18 ss.

<sup>45</sup> Cf. ATF 117 II 188, consid. 1, JdT 1993 I 85 ss; cf. également ATF 125 III 18 consid. 3b; 114 II 70 consid. 2; 107 II 247 s. consid. 1.

<sup>46</sup> Cf. ATF 125 III 18, consid. 3b, p. 21; cf. également ATF 121 III 371 consi. 2a; 91 I 362 consid. 2.

<sup>47</sup> Cf. notamment HANSPETER KLÄY, Die Vinkulierung, thèse Bâle 1996, p. 333 ss; THOMAS KOCH, Das Zwangsverfahren des Handelsregisterführers, thèse Zurich 1997, p. 103 s; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, op. cit., p. 448 note 110; CLEMENS MEISTERHANS, Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregister-

indiscutable qu'elle est contraire au droit; elle ne devra en revanche pas l'être si elle repose sur une interprétation plausible de la loi, dont l'appréciation doit être laissée en définitive au juge<sup>46</sup>».

Cette pratique restrictive paraît convaincante, bien que la doctrine récente souhaite un élargissement du pouvoir d'examen, respectivement de manière générale une nouvelle formule<sup>47</sup>.

Le pouvoir d'examen du préposé aurait déjà dû conduire de lege lata à l'admissibilité de la réduction autorisée du capital-actions fondée sur l'autonomie privée; l'OFRC ne partage pas cette opinion.

## IV. Conséquences sur le concept hybride

### 1. Prise de position sur l'avis exprimé par l'Office fédéral du registre du commerce

La prise de position de l'OFRC passe à côté de l'élément essentiel, soit la problématique du droit impératif et la compatibilité du concept statutaire avec la réglementation actuelle. Dans la mesure où il ne s'agit pas d'un silence qualifié du législateur<sup>48</sup>, la question des

behörde, thèse Zurich 1996, p. 116 ss; MANFRED KÜNG, Die Prüfungspflicht des Handelsregisterführers in materiellrechtlichen Fragen in *Revue Suisse de Droit des Affaires* 1990, p. 41 ss, spéc. 45 ss; ALEXANDER I. DE BEER, op. cit., p. 82 et 102; ROLF BÄR, Kognitionsbefugnisse des Handelsregisterführers, in *Le notaire bernois* 1978, p. 410 s.

<sup>48</sup> Sur la base de recherches détaillées dans les travaux parlementaires publiés et non publiés, il n'y a pas de silence qualifié du législateur; l'OFRC laisse la question ouverte sans apporter la preuve qui démontre la volonté contraire du législateur.

lacunes ne se pose pas. Dans le concept hybride, ce n'est pas le comblement d'une lacune par les autorités chargées d'appliquer le droit qui prête à discussion, mais une réglementation des actionnaires fondée sur l'autonomie privée.

Le concept hybride ne nécessite pas d'intervention d'une autorité ou d'un tribunal pour pallier aux omissions du législateur. De lege lata comme de lege ferenda, il est difficile de saisir pourquoi une intervention du législateur est nécessaire, alors qu'une réglementation fondée sur l'autonomie privée offre aux actionnaires comme aux créanciers une protection similaire. L'OFRC, dont le travail et les capacités ne sont par ailleurs pas contestées, a manqué l'occasion de donner suite à une conception créatrice du droit suisse des sociétés<sup>49</sup>.

L'OFRC s'est trop facilement fondé sur le principe de la «protection des actionnaires»: il ne faut pas mettre les associés minoritaires sous tutelle, sous le couvert de leur protection, en tous les cas lorsque leurs intérêts et ceux des créanciers sont assurés de manière plus satisfaisante et que la solution s'avère meilleure dans son ensemble en se fondant sur l'autonomie privée.

## 2. Admissibilité du concept hybride

Le concept hybride paraît en principe admissible. Certaines questions restent cependant sans réponse. Pour des considérations pratiques, les décisions né-

<sup>49</sup> Dans le domaine des fusions partiellement non prévues par la loi, l'OFRC se montre plus courageux, sans que la question de la protection des intéressés ne soit véritablement remi-

gatives d'une autorité peuvent rarement faire l'objet d'un examen judiciaire.

L'absence de silence qualifié du législateur, mais surtout la protection des intérêts des créanciers et des actionnaires à l'aide de mécanismes relevant de l'autonomie privée, s'avèrent décisifs pour admettre le concept hybride:

- La production d'un rapport de révision spécial qui couvre la variante maximale de la réduction de capital, la présence du réviseur particulièrement qualifié lors de l'assemblée générale, l'avis aux créanciers sur la base du montant maximal de la réduction, le rapport de réduction du conseil d'administration et le rapport de révision ad hoc sont les mécanismes qui servent à protéger les intérêts des créanciers.
- Les intérêts des actionnaires ne sont pas mis en danger. Considérée sous l'angle fonctionnel, qui souligne le principe de la responsabilité propre de l'actionnaire, la délégation formelle de certaines compétences de l'assemblée générale au conseil d'administration paraît donc acceptable. Des mesures compensatoires sont prévues: la double décision doit reposer sur une base statutaire; la décision doit être prise à une majorité qualifiée; l'assemblée générale fixe au conseil d'administration des limites quantitatives en indiquant les montants minimal et maximal; la délégation est également restreinte dans le temps, à six mois p. ex.

se en question; cf. notamment FRANK VISCHER, *Drei Fragen aus dem Fusionsrecht*, in *Revue suisse de droit des affaires* 1993, p. 1 ss.

## V. Perspectives

### 1. De lege lata

Le concept hybride fondé sur l'autonomie privée et la réduction autorisée du capital-actions est admissible sous l'empire du droit actuel de la société anonyme déjà<sup>50</sup>. L'absence de silence qualifié du législateur et la responsabilité propre de l'actionnaire quant à la protection de ses intérêts permettent de tirer cette conclusion; la protection des créanciers en cas de réduction du capital peut et doit également être assurée par divers mécanismes fondés sur l'autonomie privée.

L'OFRC n'admettra de manière générale pas le concept hybride et d'autres propositions fondées sur l'autonomie privée aussi longtemps que le législateur ou un tribunal ne sont pas intervenus. Le praticien ne doit pas se faire d'illusions: de tels concepts ne seront pas soumis prochainement à un examen judiciaire. Reste donc à espérer que le législateur aborde le sujet.

<sup>50</sup> D'un autre avis, BÖCKLI, op. cit., N 297: «Was es nach heutigem Recht im übrigen nicht gibt, ist eine genehmigte Kapitalherabsetzung mit Ermächtigung an den Verwaltungsrat, in Analogie zu der entsprechenden Sonderform der Kapitalerhöhung».

<sup>51</sup> Rapport explicatif et avant-projet de loi sur la fusion, la scission et la transformation de sujets de novembre 1997; classement des réponses suite à la procédure de consultation, Berne 1999; FRANK VISCHER, *Einführung in das Fusionsgesetz*, in *Revue de la Société des Juristes Bernois* volume 135bis, p. 9 ss; HANSPETER KLÄY / NICHOLAS TURIN, *La loi sur la fusion en consultation*, in *L'expert-comptable suisse* 1998, p. 39 ss.

<sup>52</sup> Rapport explicatif et avant-projet de loi fédérale sur l'établissement et le contrôle des comptes annuels du 29 juin 1998; cf. ROLAND JEITZNER, *Vernehmlassung für ein neues Rechnungslegungsrecht*, *Grundzüge des Vorent-*

### 2. De lege ferenda

Divers projets législatifs sont actuellement en cours en droit suisse des sociétés. Il faut mentionner le projet de loi sur la fusion<sup>51</sup> et l'avant-projet de loi fédérale sur l'établissement et le contrôle des comptes annuels<sup>52</sup>, ainsi que l'avant-projet de révision du droit de la société à responsabilité limitée<sup>53</sup>. Ce dernier contient également quelques modifications du droit de la société anonyme (société unipersonnelle, requête en dissolution du préposé au registre du commerce, frais du contrôle spécial, prêts des associés remplaçant du capital propre, radiation de l'organe de révision). Le capital-actions a également fait l'objet d'interventions parlementaires (réduction de la valeur nominale minimale des actions<sup>54</sup>). La création d'actions sans valeur nominale a aussi fait l'objet d'une proposition dans la doctrine<sup>55</sup>.

Le droit actuel a déjà rendu l'augmentation de capital plus flexible. De lege ferenda, il conviendrait d'en faire

wurfs, in *REPRAX* 1/1999, p. 71 ss.

<sup>53</sup> Rapport explicatif et avant-projet de révision du droit de la société à responsabilité limitée d'avril 1999; NICOLAS DUC / HANSPETER KLÄY, *Révision du droit de la Sàrl*, in *L'expert-comptable suisse* 1999, p. 651 ss; PETER V. KUNZ, *Gesetzgeberische Entwicklungen im schweizerischen Gesellschaftsrecht für «Kleingesellschaften» – Notwendigkeit einer Revision des GmbH-Rechts?*, *Revue de la Fédération suisse des avocats* 4/1998, p. 4 s; DIVERS AUTEURS, *Die GmbH und Ihre Reform – Perspektiven aus der Praxis*, Zurich 2000.

<sup>54</sup> Cf. l'initiative parlementaire du conseiller aux Etats MAXIMILIEN REIMANN du 27 septembre 1999, qui souhaite la réduction de la valeur nominale minimale des actions de 10 à 1 franc.

<sup>55</sup> Cf. GAUDENZ G. ZINDEL / PETER R. BURKHALTER, *Euro(päisiche) Aktien ohne Nennwert*, in *Europäische Juristenzeitung* 1999, p. 50 ss.

de même pour la réduction du capital-actions pour toutes les sociétés anonymes et non seulement pour les sociétés d'investissement.

Dans le cadre d'une prochaine révision du droit de la société anonyme, l'introduction éventuelle d'«open-ended companies» ou de la réduction autorisée du capital-actions devrait être examinée. Le législateur doit prendre le besoin de flexibilité des sociétés en considération, sans négliger la protection des créanciers et des associés minoritaires.

La globalisation de l'économie touche également le législateur et non seulement les sociétés actives dans plusieurs pays. Le droit économique suisse

se représente à cet égard un facteur concurrentiel à part entière pour maintenir les sociétés anonymes existantes en Suisse ou attirer de nouvelles sociétés. Le législateur doit donc répondre aux attentes des acteurs économiques.

Les considérations qui précèdent ne reflètent pas les intérêts particuliers d'une société anonyme publique mais un besoin pratique essentiel dans la réalité économique suisse. Cette contribution vise à démontrer qu'une intervention du législateur est justifiée, voire nécessaire.

*Résumé: Nicolas Duc, Office fédéral du registre du commerce*

Prof. Dr. Rolf Bär, Bern

## Die Kognition des Handelsregisterführers

Zum Aufsatz von Prof. Dr. Peter Forstmoser in REPRAX 2/1999 S. 1 ff.<sup>1</sup>

### Inhaltsübersicht

- |  |   |
|--|---|
| <p>I. Die zu diskutierende Formel des Bundesgerichts</p> <p>II. Anfechtbarkeit und Nichtigkeit</p> | <p>III. Das Ausmass der materiellen Kognition: Volle Kognition oder Prüfung der Anmeldung nur auf «offensichtliche und unzweideutige» Rechtswidrigkeit?</p> |
|--|---|

### I. Die zu diskutierende Formel des Bundesgerichts

Sie bezieht sich nicht auf die Prüfung im Bereich der registerrechtlichen Voraussetzungen; hier gilt volle Kognition<sup>2</sup>. Die Besonderheiten der Firmenbildung<sup>3</sup> und der Prüfung der Wahrheit geltend gemachter Tatsachen<sup>4</sup> werden weggelassen.

Es bleibt die hier zu besprechende Kognition hinsichtlich der *materiellen Voraussetzungen der Eintragung*. Sie lässt sich aus einer seit BGE 91 I 362 konstanten Praxis folgendermassen schematisieren:

- a) «Der Registerführer hat ... bloss auf die Einhaltung jener zwingenden Gesetzesbestimmungen zu achten, die *im öffentlichen Interesse oder zum Schutze Dritter* aufgestellt sind, während die Betroffenen zur Durchsetzung von Vorschriften, die nachgiebigen Rechts sind oder nur private Interessen berühren, den Zivilrichter anzurufen haben.
- b) Da die Abgrenzung im Einzelfall schwierig sein kann, ist die Eintragung nur dann abzulehnen, wenn sie *offensichtlich und unzweideutig* dem Recht widerspricht, nicht dagegen, falls sie auf einer ebenfalls denkbaren Gesetzesauslegung beruht, deren Beurteilung dem Richter überlassen bleiben muss.»

<sup>1</sup> Die beiden Autoren haben darüber am 25. Mai 1999 an einer Veranstaltung in Zürich (Europa Institut / Handelsregisteramt des Kantons Zürich) kontrovers referiert; zunächst ROLF BÄR als erster Schütze einer «Breitseite» (so PETER FORSTMOSER, Die Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers, in: REPRAX 2/1999 S.1) auf die Praxis des Bundesgerichts anno 1978 (ROLF BÄR, Die Kognitionsbefugnisse des Handelsregisterführers, in: Der Bernische Notar 1978 S. 410 ff.), anschliessend PETER FORSTMOSER als Verteidiger sowie mit neuen Vorschlägen. Die Herausgeber dieser Zeitschrift haben für den Druck eine inverse Reihenfolge angeregt, was den vorliegenden Aufsatz stark gekürzt hat: Für die Exposition und Einbettung

des Problems sowie die Übersicht über Praxis und Literatur darf auf PETER FORSTMOSER verwiesen werden (PETER FORSTMOSER, a.a.O., besonders S. 1–8). Im Übrigen wiederholt der Schreibende nicht in extenso seine Überlegungen von 1978.

<sup>2</sup> Darüber etwa die neuste und umfassende Darstellung der ganzen Materie: CLEMENS MEISTERHANS, Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörde, Diss. Zürich 1996 S.134–391.

<sup>3</sup> CLEMENS MEISTERHANS, a.a.O., S.191 ff.

<sup>4</sup> PETER FORSTMOSER, a.a.O., S. 3; BGE 114 II 70; ganz kurz hinten Ziff. III. 3. b). Ferner ROLF BÄR, a.a.O., FN 1, S. 432 ff.