

par l'Office fédéral se rapporte à des faits différents tombant sous le coup de l'art. 617 al. 2 CO ancien (632 révisé). Le texte français de l'art. 680 CO rev. (629 anc.) doit être interprété comme le texte allemand dans ce sens que, si les actionnaires n'ont pas de créance en restitution de leurs versements, une décision de l'assemblée générale peut leur accorder une telle créance. L'utilité de l'opération est évidente. Les 29 000 fr. disponibles ne doivent pas rester improductifs. Leur restitution temporaire est le moyen le plus simple et le plus direct de remédier à cet état de choses, au lieu de recourir à des voies détournées (la recourante en indique trois). Les droits des créanciers pourraient être sauvegardés par l'application analogique de l'art. 732 CO révisé.

L'Office fédéral du registre du commerce propose de rejeter le recours. Il invoque les art. 629, al. 3 CO anc. et 680, al. 2 CO rev. qui, d'après la jurisprudence citée, ne permettent pas à la Société de rembourser aux actionnaires leurs versements.

Considérant en droit :

L'art. 680 al. 2 CO rev. statue comme l'art. 629 al. 3 CO ancien que les actionnaires « n'ont pas le droit de réclamer la restitution de leurs versements ». Et le texte allemand nouveau porte comme l'ancien : « Ein Recht, den eingezahlten Betrag zurückzufordern, steht dem Aktionär nicht zu ». Quoi qu'en dise la recourante, le sens de ces dispositions est exactement le même. Le texte allemand et le texte français souffriraient, quant à la lettre, la restitution volontaire par décision de l'assemblée générale. Mais la question est de savoir si cette interprétation serait en harmonie avec la notion et la fonction du capital-actions.

Sous l'empire de l'ancien code des obligations, le Tribunal fédéral, s'inspirant de la doctrine et de la jurisprudence allemandes (RG 27 p. 11 ; STAUB, Comm. ad § 213 du code de commerce allemand), a jugé que l'art. 629, al. 3, excluait, non seulement le droit de l'actionnaire de réclamer

la restitution de son versement, mais aussi, en vertu du principe de l'intangibilité du capital-actions, le droit de la Société de rembourser le versement effectué (RO 35 II p. 308). Les faits de l'espèce jugée alors différaient à la vérité de la présente affaire, mais cela est sans importance pour la portée de principe de l'arrêt. Cette interprétation de la disposition légale vaut encore aujourd'hui. On ne voit pas pour quel motif le Tribunal fédéral s'en départirait. La loi prévoit un seul mode de restitution pendant la durée de la Société : la réduction du capital social, réglée spécialement aux art. 732 et sv. avec interdiction de descendre au-dessous du minimum de 50 000 fr. (art. 732 dern. al. et 621). Le capital-actions sert de garantie aux créanciers ; il doit rester intact dans leur intérêt. La recourante objecte en vain que son capital nominal ne sera pas réduit et que les actionnaires pourront être appelés à libérer de nouveau en totalité leurs actions. La sûreté offerte aux créanciers par 50 000 francs entièrement versés est, en général, préférable à la garantie constituée par 25 000 fr. versés et par l'obligation de parfaire la libération des titres, car il n'est pas certain que l'actionnaire reste solvable. La restitution de la moitié des versements revient en fait à diminuer d'autant le fonds de l'entreprise.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

rejette le recours.

25. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 20 septembre 1939
dans la cause Société électrique du Châtelard près Vallorbe S. A.
contre Office fédéral du Registre du commerce.

Recours de droit administratif ; modification des statuts d'une S. A. ; droit transitoire.

Recevabilité du recours de droit administratif qui vise les instructions données au préposé par l'Office fédéral du registre du commerce dans un cas qui pose une question de principe délicate (consid. 1).

La société reste soumise à l'ancien droit pendant cinq ans dans la mesure où ses statuts sont incompatibles avec les dispositions du droit nouveau, même lorsque ces dispositions sont d'ordre public (consid. 3).

La règle statutaire qui permet à l'assemblée générale de disposer librement des réserves est incompatible avec l'art. 671 al. 1 et 2 CO 1937. Elle reste donc en vigueur pendant cinq ans dans le cadre de l'ancien droit (consid. 4).

En revanche, la règle statutaire qui oblige la société à payer toutes les charges sociales avant de répartir aucun dividende l'oblige à constituer en réserves soumises au droit nouveau les montants fixés à l'art. 671 CO 1937 (consid. 5).

Verwaltungsrechtliche Beschwerde ; Statutenänderung der A.-G. ; intertemporales Recht.

Zulässigkeit der verwaltungsrechtlichen Beschwerde gegen Weisungen, die vom eidg. Amt für das Handelsregister in einer heikeln, grundsätzlichen Frage dem Handelsregisterführer erteilt werden (Erw. 1).

Die A.-G. bleibt während 5 Jahren dem alten Recht unterstellt, soweit ihre Statuten mit den Bestimmungen des neuen Rechts unvereinbar sind ; dies gilt auch gegenüber Gesetzesvorschriften, die um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellt sind (Erw. 3).

Eine Statutenbestimmung, welche der Generalversammlung das freie Verfügungsrecht über die Reserven einräumt, ist unvereinbar mit Art. 671 Abs. 1 und 2 revOR und gilt daher während 5 Jahren im Rahmen des alten Rechts weiter (Erw. 4).

Hat dagegen die Gesellschaft nach den Statuten jeder Dividendenausüttung vorgängig alle Gesellschaftslasten zu begleichen, so ist sie verpflichtet, eine dem neuen Recht unterstehende Reserve nach Massgabe des Art. 671 revOR anzulegen (Erw. 5).

Ricorso di diritto amministrativo ; modifica degli statuti d'una società anonima ; diritto transitorio.

Ricevibilità del ricorso di diritto amministrativo contro le istruzioni date dall' Ufficio federale del registro di commercio in un caso che involge una delicata questione di principio (consid. 1).

La società resta soggetta al vecchio diritto durante cinque anni nella misura in cui i suoi statuti sono incompatibili con le disposizioni del nuovo diritto, anche se queste disposizioni sono di ordine pubblico (consid. 3).

La norma degli statuti che permette all' assemblea generale di disporre liberamente delle riserve è incompatibile con l'art. 671 cp. 1 e 2 del CO riv. Essa resta quindi in vigore durante cinque anni entro i limiti del vecchio diritto (consid. 4).

Invece se, a tenore degli statuti, la società deve soddisfare tutti gli oneri sociali prima di distribuire un dividendo, essa è obbligata a formare una riserva sottoposta al nuovo diritto e comprendente gli importi fissati dall'art. 671 del CO riv. (consid. 5).

A. — Au cours d'une assemblée générale extraordinaire, tenue le 29 avril 1939, les actionnaires de la Société

électrique du Châtelard S. A. (nommée ci-dessous, en bref, la Société) ont décidé notamment de porter de 500 000 à 600 000 fr. le capital-actions de la Société par l'émission de 400 actions gratuites de 250 fr. chacune, valeur nominale. Ces actions devaient être libérées par des prélèvements effectués sur le bénéfice de l'exercice de 1938, sur deux réserves spéciales et, pour la plus grosse part, sur les réserves statutaires. Les statuts furent mis en accord avec cette décision.

B. — Le 2 mai 1939, la Société a requis l'inscription de cette modification des statuts sur le Registre du commerce d'Orbe. Le préposé soumit la question à l'Office fédéral du Registre du commerce. Ce dernier s'opposa à l'inscription par deux lettres des 17 et 30 mai, qu'il adressa au Bureau du Registre du commerce d'Orbe, mais dont il fit tenir des copies à la Société.

C. — Contre ces instructions, données par l'Office fédéral au préposé d'Orbe, la Société a formé, en temps utile, un recours de droit administratif. Elle conclut à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral prononcer avec suite de dépens :

« I. — Que l'inscription de la modification statutaire requise par la recourante en date du 2 mai 1939 du préposé au Registre du commerce du district d'Orbe doit être autorisée et opérée au dit registre, la recourante étant autorisée à disposer pour la libération de ses actions gratuites de la totalité de sa réserve statutaire générale se montant à 83 572 fr. 60 au 31 décembre 1938.

» II. — *Subsidiairement à la conclusion n° I*, que ladite inscription doit être autorisée et opérée, la recourante étant autorisée à disposer pour la libération de ses actions gratuites de sa réserve statutaire générale jusqu'à concurrence de la somme de 69 474 fr. 35 à l'exclusion du solde de 14 098 fr. 25 soumis à la restriction de l'art. 671 al. 3 CO. »

L'Office fédéral du Registre du commerce conclut au rejet du recours.

D. — L'argumentation des parties sera résumée, en tant que besoin, dans les motifs du présent arrêt.

Considérant en droit :

1. — En droit strict, le préposé au Registre du commerce d'Orbe aurait dû se prononcer tout d'abord sur la réquisition qui lui était soumise (art. 21 ORC). Toutefois, s'agissant d'une question de principe dont la solution ne laissait pas d'être délicate, il pouvait consulter tout d'abord l'Office fédéral du Registre du commerce et la Société pouvait attaquer par la voie du recours de droit administratif la décision de l'office prénommé, qui lui avait été communiquée directement. Il n'en allait du reste pas autrement sous l'empire de l'art. 44 de l'ORC du 6 mai 1890 (ATF 59 I 40).

2. — L'autorité administrative refuse d'inscrire la modification statutaire projetée dans la mesure où la recourante veut augmenter son capital social en émettant des actions gratuites libérées par des prélèvements sur ses réserves. Ce refus ne se justifierait que dans le cas où la modification litigieuse serait contraire à la loi (art. 940 CO 1937 ; cf. art. 44 ORC 1890). De fait, elle ne serait pas contraire au CO ancien, qui ne prévoyait pas la constitution de réserves, mais bien au CO 1937. En effet, le nouvel article 671 al. 1 et 2 oblige la société anonyme à créer un fonds de réserve et l'alinéa 3 du même article ne permet à l'assemblée générale de disposer librement de ce fonds — excepté certains cas spéciaux — que s'il excède la moitié du capital social. Or, cette éventualité n'est pas réalisée en l'espèce puisque, selon le bilan du 31 décembre 1938, le capital social est de 400 000 fr. et les réserves statutaires de 83 572 fr. 60 seulement. Il faut donc rechercher si le droit nouveau est applicable ou si, au contraire, la Société continue à être régie par le droit ancien.

3. — Conformément à l'art. 2 al. 1 et 2 des dispositions transitoires du CO 1937 les sociétés anonymes inscrites

au Registre du commerce dès avant la mise en vigueur de ce Code demeurent pendant cinq ans soumises à l'ancien droit « en tant que leurs statuts dérogent à la législation nouvelle » (al. 2 de la disposition précitée).

Cette règle vaut même pour les articles des statuts qui sont incompatibles avec des dispositions d'ordre public. Sans doute, l'art. 1 disp. trans. CO 1937 réserve-t-il l'application du titre final du CC lequel, à son art. 2, prévoit l'entrée en vigueur immédiate des dispositions d'ordre public. Cependant, il y a une réserve expresse en faveur des exceptions prévues par la loi et il faut voir une telle exception dans l'art. 2 disp. trans. CO 1937. En effet, cette règle a pour but d'accorder aux sociétés anonymes, en commandite et coopératives un délai suffisant pour adapter leurs statuts aux exigences du droit nouveau, ce qui, fréquemment, ne va pas sans difficultés pratiques et sans longueurs. Elle conserve son utilité dans les cas même où certaines dispositions des statuts ne s'accordent pas avec les nouvelles conceptions relatives à l'ordre public et il n'est, du reste, guère concevable que des règles qui étaient encore, naguère, en accord avec le droit positif puissent, après une revision de la loi, se trouver à tel point contraires à l'ordre public que tout sursis à leur abrogation apparaisse injustifié.

Il suit de là que, pour la constitution et l'emploi de ses réserves, la recourante est soumise à l'ancien droit et à ses anciens statuts dans la mesure où ceux-ci sont incompatibles avec le droit nouveau, c'est-à-dire dans la mesure où ils ne peuvent être accordés avec ce droit que par une revision. Peu importe, de ce point de vue, que l'art. 671 CO 1937 contienne une disposition d'ordre public ou non.

4. — L'art. 42 des statuts dispose :

« Le bénéfice constaté par le compte de profits et pertes, après déduction de tous les frais quelconques et de toutes les charges sociales, est appliqué à l'amortissement des immeubles et du mobilier, dans la mesure que

l'assemblée générale fixe chaque année sur préavis du Conseil, en tenant compte de la durée des concessions. On distribue ensuite un premier dividende de 5 % aux actionnaires.

» Enfin, l'excédent est réparti comme suit :

- 50 % aux actions à titre de superdividende ;
- 20 % au Conseil d'administration ;
- 30 % à un fonds de réserve dont l'assemblée générale des actionnaires a la libre disposition. »

L'Office fédéral du Registre du commerce admet que cette règle n'est pas contraire à l'art. 671 al. 3 CO 1937 parce que, notamment, elle n'empêche point l'assemblée générale de disposer des réserves dans le cadre du droit nouveau. C'est ainsi, dit-il, que dans le cas de sociétés qui, jusqu'en 1937, n'avaient pas encore créé de fonds de réserve, les statuts ne doivent pas être tenus pour contraires à l'art. 671 al. 1 et 2 CO 1937 lorsqu'ils accordent à l'assemblée générale le pouvoir de disposer librement du bénéfice net.

Cette argumentation n'est pas logique. Sans doute, lorsque les statuts lui accordent toute latitude de disposer du bénéfice net ou des réserves comme bon lui semble, l'assemblée générale a-t-elle le pouvoir d'en disposer conformément aux prescriptions nouvelles, mais elle n'y est nullement obligée. Et, dès lors que ces prescriptions la lient effectivement, elles la privent, du même coup, de la liberté que lui garantissaient les statuts. Ceux-ci se trouvent donc avec le droit nouveau dans une contradiction qui ne peut être réduite que par une révision statutaire. Cette révision consistera, tout au moins, à introduire une réserve en faveur des limitations nouvelles.

C'est, de même, à tort que l'office fédéral conclut, en l'espèce, du cas où une société ancienne, au capital de 50 000 fr., voudrait réduire ce capital après l'entrée en vigueur de l'art. 621 CO 1937. Par cette opération, en effet, la société créerait une dérogation au droit nouveau sous l'empire de ce droit, ce qui est inadmissible (art. 2 al. 2 disp. trans. CO 1937), tandis qu'en l'espèce la recou-

rante veut seulement se mettre au bénéfice d'une disposition statutaire ancienne, qui est incompatible avec le droit nouveau.

Il suit de là que l'assemblée générale de la recourante pourra, en principe et dans les limites fixées par l'art. 2 disp. trans., disposer librement des fonds de réserve. Sans doute cette latitude lui permettra-t-elle, éventuellement, de soustraire les réserves actuelles à la destination que leur assigne l'art. 671 al. 3 CO 1937, mais un tel acte aurait seulement pour effet de la mettre dans la situation où se trouvent les sociétés qui n'avaient pas constitué de réserves avant l'entrée en vigueur du droit nouveau. Du reste, cette faculté qui lui est laissée est une conséquence nécessaire du droit transitoire, lequel retarde de cinq ans, dans la présente espèce, l'entrée en vigueur des dispositions nouvelles sans pour cela prévoir de correctif aux inconvénients qui en pourraient résulter.

5. — Sur un point particulier, cependant, il faut réserver l'application de l'art. 671 CO 1937 : L'art. 42 des statuts de la recourante prévoit que le bénéfice net ne peut servir à la répartition d'un dividende avant que toutes les charges sociales n'aient été payées. Parmi les charges sociales, il faut comprendre aussi les prélèvements légaux en faveur du fonds de réserve. De ce point de vue, les statuts sont en accord avec le nouveau droit, dont l'entrée en vigueur n'est ainsi nullement retardée. Par conséquent, la recourante a, dès le 1^{er} juillet 1937, l'obligation légale de laisser au fonds de réserve une somme correspondante aux versements prévus à l'art. 671 CO 1937. Le droit de libre disposition que l'art. 42 des statuts réserve à l'assemblée générale ne porte point sur ces réserves légales parce qu'il vise seulement les sommes qui restent « après déduction de tous les frais quelconques et de toutes les charges sociales ».

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

admet le recours dans le sens des motifs.