La prime sur émission d'actions et le Code des obligations

Autor(en): **Folliet, Edouard**

Objekttyp: **Article**

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

Band (Jahr): **70 (1951)**

Heft 1

PDF erstellt am: **27.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-896474

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

La prime sur émission d'actions et le Code des obligations

Par Edouard Folliet,
professeur honoraire de l'Université de Genève

I

Introduction

La majorité des auteurs admet que la prime est un apport supplémentaire, consenti par les fondateurs de la société anonyme ou par les nouveaux actionnaires en cas d'augmentation du capital.

La société, en effet, est un contrat par lequel un certain nombre de personnes conviennent d'unir leurs efforts et leurs ressources en vue d'atteindre un but commun (530)[1]. La prime fait partie des ressources que les associés ont décidé d'unir en vue d'atteindre le but commun. Ce versement est fait dans l'intérêt des actionnaires (anciens et nouveaux), de tous les autres participants, enfin de la société elle-même et de ses créanciers.

L'émission à prime, lors de la fondation d'une société, n'apparaîtra que dans des cas exceptionnels. Si la société se constitue avec un capital entièrement libéré en espèces, on ne voit pas très bien l'intérêt que pourrait présenter pour les fondateurs le versement d'une prime, donc d'une somme supérieure à la valeur nominale des actions qu'ils reçoivent[2].

S'il est procédé à une augmentation de capital, l'émission à prime est facile à justifier. Les premiers actionnaires ont fait des sacrifices pour lancer l'affaire; ils ont peut-être

[1] Les numéros d'articles cités sont ceux du C. O. sauf indication spéciale.

[2] Nous laissons de côté les questions fiscales qui rendent cette solution pratiquement irréalisable, parce que trop onéreuse.

laissé dans la société une partie des bénéfices réalisés, bénéfices qui constituent les réserves apparentes et latentes. Les nouveaux actionnaires versent une somme déterminée qui représente leur participation au capital, et en plus, ils font un apport supplémentaire qui les met, en principe, a égalité avec les fondateurs.

Notre Code des obligations ne contient que quelques dispositions spéciales au sujet de la prime et l'on est étonné du nombre de questions qui peuvent être soulevées et qui sont passées sous silence.

Quelle est la nature de la dette contractée par la signature du bulletin de souscription d'une émission à prime? La somme due en libération de la valeur nominale de l'action et celle qui est due à titre de prime ne forment-elles qu'une seule dette, soumise aux mêmes dispositions légales ou bien la signature du bulletin de souscription donne-t-elle naissance, en même temps, à deux dettes de nature différente? [3]

Les dispositions applicables à la créance «valeur nominale» sont-elles applicables à la créance «prime»?

Quels seront les droits de la société contre le souscripteur et éventuellement contre son successeur, lorsque la prime n'est pas intégralement versée?

Tels sont quelques-uns des nombreux problèmes que nous nous proposons d'examiner au cours de cette étude.

II

Emission d'actions à prime

L'émission d'actions à prime est expressément autorisée. L'article 624 prévoit en effet que les actions ne peuvent

---

[3] ... die Regeln über die Einzahlung des Aktivwertes zum Teil auf die Leistung des Agios anwendbar sind, zum Teil aber nicht oder nur mit Vorbehalten oder mit geringer Strenge. (Siegwart, p. 188 No 17.)

Die gesetzlichen Bestimmungen über die Einzahlungsarten und Verzugsfolgen sind daher auch auf die Leistung des Agios anwendbar. (Burgi, p. 223 No 5.)

être émises qu'au pair ou à un *cours supérieur* et précise encore que l'émission au-dessus du pair est licite lorsqu'elle a été décidée par l'assemblée générale ou un organe habilité par celle-ci (normalement le conseil d'administration) ou lorsqu'elle a été prévue par les statuts.

En principe, une disposition spéciale ne figuerera pas dans les statuts s'il y a création d'une nouvelle société avec émission à prime, et encore bien moins s'il y a augmentation du capital. On remarquera du reste que l'émission à prime ne fait pas partie des dispositions qui ne sont valables qu'à la condition de figurer dans les statuts (627).

Le législateur n'a prévu aucune règle spéciale pour l'émission à prime. Nous examinerons donc très rapidement les dispositions qui ont été édictées pour l'émission des actions au pair, afin de voir comment celles-ci sont applicables à la prime.

Les statuts doivent contenir un certain nombre de dispositions et parmi celles-ci, nous trouvons (626 n° 3) le montant du capital (Grundkapital) et la valeur nominale des actions, mais il n'est fait aucune allusion à la prime, ce qui est normal. Il s'agit ici de mentions obligatoires; or en application de l'article 624, comme nous venons de le voir, la prime sur émission peut ne pas figurer dans les statuts.

Sauf pour les montants couverts par les apports statutaires en nature, les souscripteurs doivent verser, au plus tard lors de l'assemblée constitutive, au moins le 20% de la *valeur nominale* de chaque action (633). Aucune obligation par conséquent de faire un versement quelconque à valoir sur la prime avant cette assemblée constitutive[4].

L'alinéa 2 de ce même article prévoit le versement ou la libération par apport en nature d'une somme de Fr. 20 000.— au moins, à valoir sur le capital. Les versements effectués sur la prime n'entrent pas dans le calcul du minimum de Fr. 20 000.—.

---

[4] Siegwart, Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch, p. 188 No 18, p. 281 No 3.

Il est évident encore que le capital minimum fixé à Fr. 50 000.— (621) ne comprend pas le montant de la *prime* que les actionnaires se sont engagés à verser.

Quelle sera la situation en cas d'émission d'actions à droit de vote privilégié avec prime?

L'article 633 exige le versement de 20% de la valeur nominale de chaque action «ordinaire», mais il ajoute (al. 1) «la disposition concernant l'*entière libération* d'actions à droit de vote privilégié demeure réservée».

Nous trouvons pour ces actions les termes de: «entière libération» («volle Einzahlung») (art. 633) et «intégralement libérées» («voll einbezahlt») (art. 693). Que signifient ces expressions? Valeur nominale plus prime ou seulement valeur nominale?

Le terme «libération» du texte français laisserait déjà supposer qu'il ne s'agit que de la valeur nominale. De plus, si l'on prend en considération l'ensemble de l'article 633, de la note marginale (versement minimum), si l'on tient compte du fait que tout cet article n'a en vue que la valeur *nominale* des actions, les versements à opérer sur le *capital social*, désignation précise que l'on trouve aux alinéas 2 et 3, on doit en déduire qu'il s'agit de la libération de la valeur nominale seulement, donc prime non comprise (voir encore ci-dessous art. 635).

Il résulte donc de ceci, que l'émission d'actions nominatives à droit de vote privilégié avec prime non versée est autorisée.

On constatera combien cette disposition de l'article 693 al. 2 est criticable, puisqu'il serait possible de procéder à une émission d'actions nominatives à droit de vote privilégié avec une prime non versée très importante et même supérieure à la valeur nominale.

*

Les actions, avec ou sans prime, ayant toutes été souscrites et les versements minimums effectués, l'assemblée constitutive doit être convoquée.

Un certain nombre de pièces doivent être soumises à cette assemblée (635), entre autres: les bulletins de souscription et l'attestation de l'Office de consignation. Cette attestation ne concerne que les versements effectués en libération partielle ou totale de la valeur nominale, c'est-à-dire les versements minimums exigés par l'article 633.

Les bulletins de souscription indiqueront le cours d'émission qui sera égal à la valeur nominale ou éventuellement à la valeur nominale plus la prime (632 al. 3).

Ces bulletins de souscription, doivent être soumis à l'assemblée générale constitutive (635 al. 1) mais dans quel but? Afin que cette assemblée puisse constater que le *capital social* est entièrement souscrit, que le montant légal ou un montant supérieur fixé par les statuts pour les versements à opérer sur chaque action a été déposé à l'Office de consignation (635 al. 2).

Cet article ne fait aucune allusion à la prime, ni directement, ni indirectement. Le montant légal ou supérieur fixé par les statuts dont il est fait mention, c'est celui prévu par l'article 633 (minimum 20% de la valeur nominale et Fr. 20 000.—) ou un montant supérieur à ce minimum, mais toujours en libération partielle ou totale de la valeur nominale.

Aucun versement sur la prime au moment de la constitution de la société n'est imposé par le législateur; il s'agit en effet d'un apport supplémentaire et facultatif, et même s'il est mentionné dans les statuts, la date de la libération sera fixée librement par la société.

Il n'y a aucune obligation de déposer auprès de l'Office de consignation le montant encaissé sur la prime, celle-ci ne faisant pas partie du capital (voir art. 633 al. 3).

Avant de procéder à l'inscription requise, le Registre du Commerce doit vérifier si la nouvelle société remplit toutes les conditions imposées par le législateur (art. 626, 633, 635 et 641) mais il n'a pas à examiner si l'émission a été faite au-dessus du pair et si les souscripteurs ont ou n'ont pas versé tout ou partie de la prime. (Il en sera de même en cas d'augmentation du capital par émission à prime.)

Il est remis au Registre du Commerce une demande d'inscription avec divers documents (637, 641), soit: le projet des statuts et les statuts définitifs, le procès-verbal authentique (ou l'acte constitutif en cas de fondation simultanée). Or, nous rappelons que les statuts ne mentionnent pas obligatoirement le fait qu'il y a eu émission à prime et s'il y a augmentation du capital, il est presque certain qu'une disposition à ce sujet ne sera pas introduite dans les statuts.

C'est pourquoi, malgré l'article 632 qui exige *une* déclaration écrite, nous estimons qu'il serait possible de faire signer deux bulletins de souscription: un pour la valeur nominale et l'autre pour la prime; le premier seul devant être obligatoirement mentionné dans le procès-verbal déposé au Registre du Commerce.

Signalons encore l'article 638 applicable en cas de fondation simultanée et qui sous le n° 2 contient une disposition identique à celle de l'article 635.

*

Examinons maintenant l'émission d'actions nouvelles avec prime.

Si des actions nouvelles sont offertes en souscription publique, il y a lieu d'établir un prospectus qui devra mentionner (651 n° 3): le montant actuel du capital social, les différentes espèces et catégories d'actions, leur valeur *nominale*, et encore (651 n° 9) le montant total des nouvelles actions, leur nombre, leur valeur nominale, leur espèce et le *prix d'émission*. Seul ce dernier point concerne la prime éventuelle. Il ne faut pas oublier cependant que le prospectus n'est pas obligatoire (651 al. 3) si le bulletin de souscription contient toutes les indications prescrites par l'article 651 n°s 1 à 12. Cette disposition est du reste la même que celle de l'article 631 al. 3 relative au prospectus en cas de fondation successive.

Le préposé au Registre du Commerce procédera à l'inscription de l'augmentation du capital après avoir reçu le

procès-verbal de l'assemblée générale constatant que les nouvelles actions ont été souscrites et que les versements nécessaires ont été opérés (653 al. 1), donc toujours les versements minimums prévus par l'article 633, prime non comprise.

En principe, il est évident que le procès-verbal de l'assemblée générale mentionnera le prix d'émission des nouvelles actions et les montants respectifs qui devront être versés avant l'assemblée générale, à valoir sur la valeur nominale et sur la prime, mais la nouvelle émission peut être faite avec versements à valoir seulement sur la valeur nominale.

Le Registre du Commerce constatera que toutes les actions ont été souscrites et que les versements minimums (633) ont été effectués. Par contre, toutes les questions relatives à la prime proprement dite, à sa souscription, à sa libération partielle ou totale ou à sa non-libération sortent du cadre de ses attributions.

Par conséquent, et comme nous l'avons déjà dit, ci-dessus, nous estimons que toutes les décisions et constatations relatives à la prime n'ont pas à figurer obligatoirement dans l'acte authentique déposé au Registre du Commerce[5].

III

Utilisation de la prime

L'émission au-dessus du pair, comme nous l'avons vu est expressément autorisée par l'article 624, mais ce même article ne laisse pas la prime à la libre disposition de la société. En effet, le troisième alinéa stipule que le produit

---

[5] Der Ausgabebetrag interessiert hauptsächlich den verpflichteten Aktionär. Er muß darum im Prospekt und in Zeichnungsscheinen... angegeben sein. In den Statuten braucht er nicht genannt zu sein. Das hindert aber nicht, daß er aus den beim HR aufliegenden Belegen ersichtlich ist. (Siegwart, p. 183 No 2.)

de l'émission qui dépasse le pair, c'est-à-dire la prime déduction faite des frais d'émission, doit être porté au fonds de réserve légal, à moins qu'il ne soit employé à des amortissements ou à des buts de bienfaisance.

Il est bien entendu qu'il s'agit de la prime totale et non seulement de la partie versée de la prime.

Examinons donc les trois solutions laissées au choix de la société:

1. Attribution à la réserve légale

Le solde du compte prime, compte passif, est viré au crédit de la réserve légale et celle-ci aura comme contrepartie à l'actif le montant versé par les souscripteurs en paiement de la prime et le solde débiteur du compte actionnaire pour le montant encore dû sur la prime[6].

Il y aura donc augmentation de la fortune sociale (mais non du capital social) et par voie de conséquence, augmentation de la garantie des créanciers.

Mais si le compte de réserve légale dépasse la moitié du capital social, la société peut disposer librement du surplus (671 al. 3).

La prime dans ce cas augmente bien la garantie des créanciers, mais comme le ferait une réserve libre. Nous dirons que cette augmentation de garantie est précaire, puisque la société peut en disposer comme elle l'entend, même pour distribuer un dividende.

Théoriquement, on pourrait donc envisager la constitution d'une société anonyme dans laquelle la prime serait égale au capital, ce qui permettrait légalement de distribuer un dividende de 50% dès la fin du premier exercice (abstraction faite naturellement des conséquences fiscales).

---

[6] Siegwart (p. 187 No 15) admet que sous certaines conditions, la prime peut être attribuée à une autre réserve que la réserve légale, ce qui nous semble impossible vu le texte précis de l'article 624.

2. *Prime affectée aux amortissements*[7]

Cette utilisation n'a pas pour conséquence une sortie de fonds; le montant versé ou dû sur la prime augmente la valeur de réalisation de l'actif et en même temps la garantie des créanciers.

3. *Prime affectée à des buts de bienfaisance*

L'augmentation de fortune résultant de l'émission à prime sera annulée par cette affectation. En effet, ou bien l'actif sera diminué par le prélèvement de la somme qui sera bonifiée à un tiers (par exemple: Fonds de bienfaisance) ou bien le passif sera augmenté, s'il y a simple inscription de cette somme au crédit de ce tiers.

La prime dans ce cas n'augmente pas la garantie des créanciers.

IV

Indication sur le titre du montant libéré

Tant que les actions nominatives ne sont pas libérées à concurrence de leur *valeur nominale*, le montant libéré doit être indiqué sur le titre (687 al. 4). Nous trouvons la même disposition dans le texte allemand «Solange Namenaktien nicht voll einbezahlt sind, ist auf jedem Titel der auf den *Nennwert* einbezahlte Betrag anzugeben».

En rédigeant cette disposition, le législateur a certainement oublié que des actions peuvent être émises au-dessus du pair.

Comment l'acquéreur d'une action nominative aura-t-il connaissance du montant encore dû sur la prime si le vendeur lui livre une action qui ne porte aucune indication à ce sujet?

La situation est encore plus grave pour les actions au porteur.

---

[7] La prime ne peut pas être utilisée pour procéder aux amortissements annuels normaux si ceux-ci peuvent être couverts par les résultats de l'exercice. (Siegwart, p. 187 No 15.)

Celles-ci peuvent être remises à leurs propriétaires dès qu'elles ont été libérées à concurrence de leur *valeur nominale* (683) «dürfen erst nach der Einzahlung des vollen Nennwertes...». Il s'agit donc de titres qui circulent librement, qui se transmettent par simple tradition dès que la valeur nominale est libérée, même s'il est dû encore tout ou partie de la prime.

Or, aucune disposition légale n'exige l'indication, sur une action au porteur, de la somme encore due à titre de prime.

Il n'est donc pas exclu que l'acquéreur d'une action nominative ou au porteur apprenne, après plusieurs années seulement, qu'il est débiteur pour prime à l'émission, d'une somme qui peut être très importante, ce qui est inadmissible.

A notre avis, le législateur aurait dû:

a) exiger l'inscription sur les actions nominatives du montant dû sur la valeur nominale et sur la prime;
interdire la mise en circulation des actions au porteur tant qu'elles n'ont pas été libérées à concurrence du prix d'émission;

b) ou encore, ce qui serait plus simple, exiger aussi bien pour les actions nominatives que pour les actions au porteur, le versement intégral de la prime au moment de l'émission, solution assez généralement admise en pratique.

V

La créance prime

A. — Origine

Dans le cas d'une émission d'actions au pair non entièrement libérées, le solde encore dû par l'ensemble des actionnaires figure à l'actif dans un compte actionnaires. Ce compte fait partie de l'actif social qui seul sert de garantie au règlement des dettes (620).

S'il y a émission à prime, les actionnaires peuvent être débiteurs:

a) soit du solde non versé sur la valeur nominale des actions;
b) soit de tout ou partie de la prime;
c) soit encore du solde non versé sur la valeur nominale et de tout ou partie de la prime.

Le législateur exige (668 al. 2) que le montant du capital non libéré figure séparément à l'actif du bilan, mais il n'a prévu aucune disposition pour le montant non versé sur la prime. Or le mode d'inscription dans le bilan est évidemment le même pour la dette prime et pour la dette valeur nominale.

Au moment de l'émission des actions avec prime, les opérations seront passées comme suit en comptabilité:

I. — *Emission:*	*Actions à Capital* Emission de 2000 actions de Fr. 1000.—	2 000 000.—
II. — *Souscription:*	a) *Actionnaires à Actions* Souscription de 2000 actions de Fr. 1000.—	2 000 000.—
	b) *Actionnaires à Prime sur émission* prime de Fr. 100.— par action de Fr. 1000.— soit pour 2000 actions	200 000.—
III. — *Libération:*	*Banque à Actionnaires* Versement de Fr. 500.— par action à valoir sur valeur nominale, soit pour 2000 actions	1 000 000.—
	Versement de Fr. 25.— par action à valoir sur prime de Fr. 100.— par action, soit pour 2000 actions	50 000.—
IV. — *Frais d'émission:*	*Prime sur émission à Banque* Paiement frais d'émission	60 000.—
V. — *Affectation du compte prime:*	*Prime sur émission à Réserve légale* Virement du solde prime sur émission	140 000.—

ce qui donnera le bilan d'entrée suivant:

Bilan I

Actionnaires		Capital	2 000 000.—
solde dû s. val. nom.	1 000 000.—	Réserve légale	140 000.—
solde dû sur prime	150 000.—		
Banque	990 000.—		
	2 140 000.—		2 140 000.—

Nous voyons donc apparaître au passif, le capital nominal et la réserve légale dans laquelle a été porté le montant de la prime, déduction faite des frais d'émission. Par contre à l'actif, nous trouvons le solde non libéré sur le capital et le solde non versé sur la prime. Ces deux sommes figurent en général sous une seule dénomination: Actionnaires Fr. 1 150 000,—, mais vu les caractères respectifs et très différents de ces créances, il est préférable de les faire figurer séparément au bilan.

Rappelons que les actionnaires n'ont pas le droit de demander la restitution de leurs versements (680 al. 2) peu importe que ceux-ci aient été effectués à valoir sur la valeur nominale ou sur la prime à l'émission.

B. — Réduction de la créance prime

Abstraction faite de la réduction normale résultant des versements effectués par les actionnaires en libération des engagements pris, la créance prime peut-elle être diminuée ou même supprimée?

Il y a lieu tout d'abord de rappeler que la suppression d'une perte (solde de pertes et profits), la diminution d'un actif (caisse par exemple), ou l'annulation pure et simple d'une créance (abandon de créance), peuvent être compensées par une réduction du capital.

Une société peut donc abandonner sa créance valeur nominale ou sa créance prime ou même les deux créances et compenser la perte résultant de la diminution de son actif par une réduction du capital, mais en observant les dispositions légales prévues pour la réduction du capital suivie de remboursement (art. 732 et 733).

Mais, sans procédér à une réduction de son capital, une société peut-elle:

a) abandonner tout ou partie de sa créance prime;

b) rembourser tout ou partie de la prime encaissée.

A première vue, il semble que les dispositions légales prévues pour la réduction du capital par remboursement ou par abandon de créance devraient être applicables aussi bien aux comptes:

Actif	*Passif*
Actionnaires (prime)	Réserve légale

qu'aux deux comptes:

Actionnaires (valeur nominale)	Capital

puisque la réserve légale (pour le montant de la prime non versée) a en contre-partie à l'actif, le compte actionnaires (prime), comme le capital non libéré a lui-même en contre-partie à l'actif, le compte actionnaires (valeur nominale).

Si donc la société peut renoncer à sa créance valeur nominale en réduisant le capital, ne peut-elle pas abandonner sa créance prime en diminuant la réserve légale? [8]

Or, tant que la réserve légale ne dépasse pas la moitié du capital, elle ne peut être employée que pour couvrir des pertes (671 al. 3). Mais la perte résultant de l'abandon de la créance prime est-elle une perte au sens de l'article 671 al. 3?

Si la société décidait, plusieurs années après l'émission à prime, de faire un don au Fonds de prévoyance en faveur du personnel (624 al. 3), l'opération serait admissible.

Mais l'abandon par la société d'une créance qu'elle possède contre ses actionnaires est tout simplement un don fait à ces actionnaires et ce don ne peut être considéré comme une perte sociale amortissable au moyen de la réserve légale. L'abandon de la créance prime par diminution de la réserve légale est donc exclu tant que celle-ci ne dépasse pas la moitié du capital et pour autant naturel-

[8] Voir Burgi, p. 231 No 34; Siegwart, p. 188 No 19.

lement que seul le dépassement est utilisé pour réaliser cette opération.

De même, la société pourra rembourser aux actionnaires tout ou partie de la prime encaissée, pour autant qu'elle est en droit de disposer de la partie de la réserve légale qui dépasse la moitié du capital. Du reste, cette opération apparaîtra purement et simplement comme une répartition de bénéfices, donc comme un dividende.

Il est facile de se rendre compte des différences importantes qui existent entre la créance valeur nominale et la créance prime, et ces différences sont encore accentuées si le solde du compte prime a été affecté à des amortissements ou à des buts de prévoyance. Dans ces deux derniers cas, il ne peut plus être question de compenser la réduction de la créance prime par diminution soit du compte Fonds de prévoyance, soit du compte amortissements.

VI

La créance prime et la liquidation de la société

Les liquidateurs, nous dit l'article 743, recouvrent au besoin les versements non encore opérés sur les actions (noch ausstehende Aktienbeträge). Il est évident qu'il s'agit ici, aussi bien de la créance valeur nominale que de la créance prime, ceci en application de l'article 680, duquel il résulte, comme nous le verrons, que les actionnaires sont tenus à des prestations jusqu'à concurrence du montant fixé lors de l'émission.

L'actif net de la société dissoute (745), donc après paiement de tout le passif et sauf dispositions contraires des statuts, devrait être réparti entre les actionnaires dans la mesure de leurs versements (nach Maßgabe der einbezahlten Beträge) et en proportion des droits attachés aux actions.

Nous avons déjà exposé[9] que l'actif de la société dissoute comprend aussi le compte actionnaires (valeur nomi-

[9] Société anonyme suisse, vol. XIX p. 182, et Semaine judiciaire 1950 No 25 p. 385.

nale plus prime) et qu'il est impossible, par conséquent, de répartir l'actif entre les actionnaires dans la mesure de leurs versements.

De plus, même si l'on admettait cette base de répartition, elle devrait être faite en proportion des versements opérés au capital social seulement, comme le dit l'article 661 et non en proportion de tous les versements opérés, ce que laisse supposer le texte de l'article 745.

VII

Appel du solde dû sur la prime

L'article 620 al. 2 nous dit que les actionnaires ne sont tenus que des prestations *statutaires*, ce qui est inexact, car, comme nous l'avons vu, il résulte de l'article 624 que l'émission à prime peut ne pas figurer dans les statuts. Or, il est évident que les actionnaires sont tenus de verser, non seulement la valeur nominale des actions qu'ils ont souscrites, mais aussi la prime qui a été prévue au moment de l'émission.

Il est vrai, que l'article 680 corrige cette erreur en précisant que les actionnaires ne peuvent être tenus, même par les statuts, à des prestations excédant le *montant fixé lors de la souscription.*

Les actionnaires qui ne *libèrent* pas leurs actions en temps utile, doivent les intérêts moratoires (681 al. 1). Le texte français manque de précision et l'on peut se demander si la libération d'une action ne comprend pas seulement le règlement de la valeur nominale[10] c'est-à-dire abstraction faite de la prime. Le texte allemand, heureusement, ne laisse aucun doute sur cette question: «Ein Aktionär, der den *Ausgabebetrag* seiner Aktie nicht zur rechten Zeit einbezahlt...» *Il s'agit donc bien de la libération du prix d'émission* et le texte français de cet article 681 al. 1, aurait dû être rédigé dans ce sens: Les actionnaires qui ne *libèrent*

[10] Voir article 633: entière libération = valeur nominale.

pas le prix d'émission de leurs actions en temps utile doivent des intérêts moratoires.

Il résulte déjà du premier alinéa de cet article 681 que toutes les dispositions prévues par les articles 681 al. 2 et 3, et 682 du C. O. pour le recouvrement de la somme due par l'actionnaire, *s'appliquent aussi bien au non-versé sur la valeur nominale qu'au solde dû sur la prime.*

Cependant, pour examiner l'application de ces dispositions, il est nécessaire de diviser comme suit les différents cas qui peuvent se présenter:

A. — Prime due sur une action nominative
Avec valeur nominale partiellement ou totalement libérée.

B. — Prime due sur une action au porteur
1. Avec valeur nominale et prime non entièrement libérées.
2. Avec valeur nominale libérée, mais prime non entièrement versée.

Reprenons ces différents cas:

A. — Prime due sur une action nominative

Peu importe que la valeur nominale ait été partiellement ou totalement libérée, si l'actionnaire ne verse pas en temps utile le montant dû à titre de prime, la société a le droit:

1. d'exiger le versement du solde total dû, plus les intérêts moratoires (681 al. 1) et exécuter la peine conventionnelle statutaire (681 al. 3);
2. de déclarer l'actionnaire déchu de ses droits, alors même qu'il aurait libéré la valeur nominale, s'il est encore débiteur de tout ou partie de la prime. Les versements déjà effectués sur la valeur nominale et sur la prime pourront être déclarés acquis à la société. L'actionnaire devra restituer le titre si celui-ci lui a déjà été remis. Par «titre», il faut entendre soit l'action, soit le certificat intérimaire qui aurait été établi en application de l'article 688 al. 3.

Si le titre n'est pas restitué, son annulation sera publiée dans la F.O.S.C. et dans la forme prévue par les statuts (681 al. 2). Si l'administration se propose de déclarer l'actionnaire en demeure déchu de ses droits ou de lui demander l'exécution de la clause pénale prévue par les statuts, elle doit envoyer *une* sommation sous pli recommandé aux actionnaires inscrits sur le registre des actions, en leur impartissant un délai d'un mois (682 al. 1 et 2).

L'acquéreur d'une action nominative dont la prime n'est pas entièrement libérée répond des versements du solde prime, dès qu'il est inscrit sur le registre des actions (687 al. 1).

Lorsque le souscripteur aliène son action, il peut être recherché pour le montant dû sur la prime, si la société est déclarée en faillite dans les deux ans qui suivent son inscription sur le Registre du Commerce[11] et si le nouveau titulaire a été déclaré déchu de ses droits (687 al. 2). Par contre, l'aliénateur qui n'est pas souscripteur est libéré du versement du solde prime, dès que l'acquéreur a été inscrit sur le Registre des actions (682 al. 2).

La persistance de la responsabilité subsidiaire du souscripteur pendant deux ans tombe évidemment, en cas de cession résultant de la loi ou de l'exécution forcée[12].

Suivant les circonstances, la société sera en possession soit de l'action originale, soit de l'action créée en remplacement de celle qui a été annulée.

L'actionnaire en demeure ayant été déclaré déchu de ses droits, la société cèdera ce titre à un tiers. Si le prix obtenu est inférieur au solde (valeur nominale plus prime ou seulement prime) dû par l'actionnaire en demeure, ce dernier sera personnellement responsable du montant non couvert par les prestations de l'acquéreur (682 al. 3).

Par actionnaire en demeure, il faut entendre:
soit le souscripteur — si le titre n'a pas été régulièrement cédé;

---

[11] Ou dans les deux ans qui suivent l'inscription de l'augmentation du capital.

[12] Théo Guhl, Droits des obligations, p. 438 No 4.

soit le dernier cessionnaire inscrit sur le registre des actionnaires;
soit le dernier cessionnaire et le souscripteur dans le cas prévu par l'article 687 al. 2.

En cas de décès de l'actionnaire, les héritiers acquièrent de plein droit les actions nominatives et deviennent débiteurs du solde dû sur le prix d'émission (art. 560 C. Civ.). Il n'est donc pas possible de leur demander des sûretés, ce que confirme l'art. 686 C. O. Cependant, contrairement aux dispositions de l'art. 560 C. Civ., le refus de transfert est autorisé, sous réserve du rachat des actions par les administrateurs et les actionnaires (art. 686 C. O.).

En résumé donc, toutes les dispositions légales relatives au solde valeur nominale sont applicables au solde prime.

B. — Prime due sur une action au porteur

1. Action au porteur avec valeur nominale et prime non entièrement libérées

D'une façon générale les sanctions prévues pour l'action nominative dont le prix *d'émission* n'est pas intégralement libéré, sont applicables à l'action au porteur sur laquelle est encore due une partie de la *valeur nominale et tout ou partie de la prime*; cependant les formalités prévues par le C. O. sont différentes.

En effet, (682 al. 1) si la société se propose de déclarer l'actionnaire en demeure déchu de ses droits de souscripteur ou de lui réclamer l'exécution de la clause pénale prévue par les statuts, elle doit publier au moins *trois fois* les appels de versements dans la F. O. S. C. et en la forme prévue par les statuts, en impartissant un délai de un mois au moins à partir de la troisième publication.

On peut se demander pourquoi le législateur a imposé *trois* publications dans la F. O. S. C. pour une action au porteur, encore attachée à la souche, alors qu'il n'a prévu qu'*un seul* avis, par pli recommandé, pour les actions nominatives (682 al. 2) qui sont déjà en circulation. En reproduisant plus ou moins textuellement l'article 635 de l'an-

cien C. O., le législateur n'aurait-il pas oublié le nouvel article 683 en application duquel une action au porteur ne peut pas être remise à l'actionnaire avant la libération totale de la valeur nominale?

Cette différence de procédure peut cependant se justifier dans une certaine mesure. L'article 688 al. 2 prévoit que la société peut établir des certificats intérimaires nominatifs pour des actions au porteur dont la valeur nominale n'est pas entièrement libérée.

Il est vrai que ces certificats ne peuvent être transmis qu'en la forme prévue pour la cession de créance (164 et ss.) et que le transfert n'a effet envers la société que s'il lui a été communiqué (688 al. 2).

Néanmoins, ce certificat peut être endossé sans que la société en ait connaissance. Le transfert ne lui sera pas opposable, mais il ne sera pas nul. Il résulte donc de cette disposition qu'un titre, émis par la société, autre que l'action, peut être en circulation et que ce titre doit être annulé en observant les dispositions de l'article 682 al. 1. Par contre, il sera inutile de prononcer l'annulation de l'action, puisque celle-ci est entre les mains de la société.

Nous pouvons donc nous trouver en présence de deux cas très différents:

a) Il n'a pas été émis de certificats intérimaires nominatifs. Il aurait été plus logique de ne prévoir qu'un simple avis par pli recommandé, adressé au souscripteur, comme pour les actions nominatives.

b) Il a été émis des certificats intérimaires nominatifs. Peu importe que des transferts aient été communiqués à la société; celle-ci ignore si tous les transferts lui ont été notifiés. Il était donc nécessaire de prévoir les trois publications (682 al. 1) pour pouvoir prononcer l'annulation, non pas de l'action, mais du certificat en circulation[13].

[13] Das Kaduzierungsverfahren kann sämtliche Aktientitel erfassen, die vor der Volliberierung ausgegeben werden dürfen. Nach neuem Recht sind dies Namenaktien sowie auf den Namen lautende

Il en résulte qu'en principe, la société adressera un avis recommandé au souscripteur ou au titulaire du certificat, si le transfert de celui-ci lui a été notifié, mais elle devra néanmoins faire procéder aux trois publications imposées par l'article 682, même s'il n'a pas été établi de certificats intérimaires nominatifs.

Le souscripteur sera toujours responsable du solde non versé sur la valeur nominale et sur la prime, même si un certificat nominatif a été établi et que son transfert a été notifié à la societé, puisque ce transfert n'a pu être effectué qu'en la forme prévue pour la cession de créance (688 al. 2).

A remarquer qu'il ne s'agit pas d'une cession de créance au sens réel du mot, mais plus exactement du transfert de divers droits sociaux ayant des effets analogues à ceux d'une cession de créance. En transférant le certificat nominatif, le souscripteur cède tous les droits attachés à l'action (droit aux répartitions futures, droit d'exiger la remise du titre après libération de la valeur nominale — droits administratifs) mais la société pourra opposer au cessionnaire les exceptions qu'elle était en droit d'invoquer contre le cédant au moment où elle a eu connaissance de la cession (169) car il n'y a pas eu reprise de dettes (175). Si tout ou partie de la somme due (valeur nominale et prime) a été appelée, la société aura le droit de compenser la répartition revenant au cessionnaire avec le montant appelé et non libéré.

Le transfert du certificat nominatif ne libère pas le souscripteur de ses obligations; il reste donc responsable du paiement du solde du prix d'émission et la prescription de 10 ans de l'article 127 C.O. ne commencera à courir qu'à partir de la date fixée par la société pour la libération du montant encore dû sur la valeur nominale et sur la prime. Il en est de même, si le solde prime seul est appelé alors qu'une partie de la valeur nominale n'est pas encore libérée.

Interimsscheine für Namen und Inhaberaktien. (W. Burgi, p. 239 No 19.)

Cependant le souscripteur ne pourrait-il pas être déchargé de toute responsabilité ?

Aucune disposition légale n'interdit la cession d'une action au porteur dont la valeur nominale n'est que partiellement libérée. Suivant les circonstances, le souscripteur peut se trouver dans l'obligation et de réaliser son portefeuille et de se dégager de toute responsabilité.

Le fait que l'action au porteur ne peut pas être détachée de la souche tant que la valeur nominale n'est pas libérée (683), n'empêche pas la cession de ce titre avec tous les droits et obligations qui y sont attachés. Cependant, pour que cette cession soit valable, il faut que la société accepte expressément le cessionnaire en lieu et place du cédant et délie ce dernier de toute responsabilité. En fait, ce transfert doit remplir non seulement les conditions applicables à la cession de créance (164) qui, dans le cas présent, entraîne aussi la cession des droits administratifs, mais encore celles prévues pour la reprise de dette (176).

Il est peu probable que les statuts aient prévu la possibilité de refuser le transfert, puisqu'il s'agit d'actions au porteur, mais il est évident que la société aura le droit de ne pas accepter le cessionnaire sans que des sûretés lui soient fournies.

Nous avons vu que le souscripteur d'une action nominative qui cède régulièrement son action peut être recherché pour le montant non versé, si la société est déclarée en faillite dans les 2 ans qui suivent son inscription au Registre du Commerce (687 al. 2), quoique la sociéte ait accepté le cessionnaire en son lieu et place.

Cette disposition n'est pas applicable au souscripteur d'une action au porteur; celui-ci est donc dégagé de toute responsabilité dès que la société a approuvé le transfert de l'action au porteur avec valeur nominale et prime partiellement libérées et accepté le cessionnaire.

Quelle sera la situation en cas de décès du souscripteur ?

L'article 686 al. 4 ne s'appliquant qu'aux actions nominatives, la société ne pourra pas refuser le transfert de

l'action aux héritiers. Il est vrai que les héritiers seront tenus solidairement des dettes du défunt (603 C. Civ.) même après partage des actions souscrites par le défunt (639 C. Civ.) à moins que la société n'ait consenti expressément ou tacitement au partage de ces actions.

Cette solidarité, en tout cas, cesse après cinq ans à compter du partage ou de l'exigibilité de la créance, si celle-ci est postérieure au partage. En fait donc, ce délai de 5 ans ne courra qu'à partir de la date fixée par la société pour le versement du solde du prix d'emission.

La société pourrait-elle demander des sûretés aux héritiers?

En principe, non, vu les dispositions de l'article 560 C. Civ. Cependant si elle a des raisons sérieuses de craindre que le solde dû sur la valeur nominale et sur la prime ne soit pas payé, elle pourra requérir la liquidation officielle de la succession dans les trois mois à compter du décès ou de l'ouverture du testament, si à sa demande, elle n'est pas désintéressée ou n'a pas obtenu des *sûretés* (594 C. Civ.).

2. Action au porteur avec valeur nominale libérée — mais prime non entièrement versée

Dès que la valeur nominale est libérée, l'action au porteur peut être détachée de la souche (683); dès lors, ce titre, ou le certificat intérimaire au porteur établi en application de l'article 688 al. 1, circule librement; il est transmis par simple tradition, *même s'il est encore dû tout ou partie de la prime.* Qui est responsable du paiement de cette dette prime?

Deux solutions peuvent être envisagées:

La société émet l'action dès que la valeur nominale est libérée (683) mais le souscripteur s'étant engagé à régler le prix d'émission (680) n'en reste pas moins débiteur du solde dû sur la prime et cela sans aucune limitation dans le temps. En conséquence l'action[14] ne peut pas, par simple

[14] Ou le certificat intérimaire au porteur de l'article 688 al. 1.

tradition, être transférée avec tous les droits et obligations qui y sont incorporés. On arrive donc à une application extensive de l'article 688 al. 2 qui peut être exprimée sous cette forme: L'action au porteur dont la prime n'est pas libérée ne peut être transférée que sous la forme prévue pour la cession de créance.

L'action au porteur avec valeur nominale libérée, titre essentiellement transférable, serait donc, en fait, soumise aux mêmes restrictions de cession que l'action au porteur avec valeur nominale partiellement libérée.

L'application de cette solution serait pratiquement impossible. Pour s'en convaincre, il suffit de se représenter quelle serait la situation dans laquelle se trouverait un souscripteur (ou ses héritiers) lorsqu'il recevrait la demande de versement d'une somme qui pourrait être très importante, vu le nombre d'actions souscrites, et cela en règlement de la prime due sur des titres vendus depuis un grand nombre d'années et dont il avait même oublié l'existence!

Cette interprétation des dispositions légales étant inadmissible, voyons donc une autre solution.

En autorisant la mise en circulation de l'action au porteur après libération de la valeur nominale, le législateur entendait libérer le souscripteur de sa responsabilité quant au règlement du solde prime.

De plus, en décidant de se dessaisir de l'action, la société reconnaît comme seul débiteur de la dette prime le porteur inconnu de ce titre. Elle sait que cette action pourra être cédée par simple tradition, sans avoir elle-même connaissance de ces transferts. Elle en accepte les risques et admet implicitement que le détenteur inconnu sera son seul débiteur.

C'est à notre avis la seule solution juridique défendable et applicable en pratique.

Comme nous l'avons déjà vu, le souscripteur d'une action nominative est dégagé de toute responsabilité dès que la société a accepté le nouveau titulaire (sous réserve du délai de 2 ans de l'art. 682 al. 2).

En mettant en circulation l'action au porteur, la société accepte d'ores et déjà tous les titulaires successifs et dégage le souscripteur de toute responsabilité, sans aucune réserve.

Il faut remarquer cependant que la société a le droit, mais non l'*obligation*, de se dessaisir des actions au porteur dès que la valeur nominale est libérée. Vu les conséquences qu'entraîne l'émission d'une action au porteur avec dette prime, nous estimons que la société est en droit de refuser la remise du *titre tant que la prime n'a pas été appelée et versée.*

Du reste si un ou plusieurs souscripteurs exigeaient la remise du titre avant libération de la prime, la société n'aurait qu'à appeler le solde encore dû, mais cet appel devrait être adressé à tous les actionnaires.

L'action au porteur avec dette prime ayant été remise au souscripteur, les sanctions, en cas de non-règlement de cette dette seront théoriquement les mêmes que celles prévues par le législateur pour le cas de non versement du solde du prix d'émission. Nous disons théoriquement, car comment pourra-t-on appliquer ces dispositions, alors que le titulaire actuel est inconnu ? La société pourra appeler le solde non versé, déclarer le porteur déchu de ses droits, annuler le titre, mais toute poursuite contre le détenteur inconnu, de même que l'exécution de la clause pénale qui pourrait figurer dans les statuts, seront impossibles, si le titulaire actuel préfère l'annulation de son titre au versement de la somme encore due à titre de prime.

Les publications prévues par l'article 682 al. 1 sont ici parfaitement justifiées, puisque la société ignore quel est le détenteur actuel de l'action.

Nous arrivons donc à cette conclusion.

Action nominative dont le prix d'émission n'est pas libéré.

Le souscripteur est responsable du solde valeur nominale et du solde prime. S'il cède régulièrement son action il reste subsidiairement responsable si la société tombe en faillite dans les deux ans qui suivent son inscription au

Registre du Commerce. Il est impossible de dégager le souscripteur de cette responsabilité.

S'il y a transfert par succession, impossibilité pour la société de demander des sûretés. Elle peut refuser le transfert, mais alors, obligation pour les actionnaires ou les administrateurs de racheter les actions.

Action au porteur dont la valeur nominale et la prime ne sont pas libérées.

Le transfert de cette action libère le souscripteur dès que le cessionnaire a été accepté par la société.

Le transfert du certificat intérimaire nominatif par cession de créance (art. 165 C.O.) ne libère jamais le souscripteur.

En cas de succession, impossibilité de refuser le transfert; en principe, impossibilité de demander des sûretés, voir cependant article 594 C.Civ.

Action au porteur dont la valeur nominale est libérée, mais sur laquelle est encore dû tout ou partie de la prime.

Le transfert de l'action par simple tradition libère le souscripteur du solde dû sur la prime.

Conclusions

1. Notre législateur n'a pas ignoré l'émission à prime, mais il semble qu'il a plus ou moins oublié son existence lors de la rédaction d'un certain nombre de dispositions.

Le texte allemand de l'article 681 prévoit expressément que les actionnaires sont tenus à des prestations jusqu'à concurrence du montant fixé lors de l'émission (Ausgabebetrag) et dans cet article il n'est fait aucune différence entre les conséquences résultant du non-règlement de la créance valeur nominale et de la créance prime.

La non-libération en temps utile de la prime due sur une action nominative entraînera l'application des sanctions prévues pour la non-libération de la valeur nominale.

De même, les sanctions prévues pour le cas de non-libération de la valeur nominale d'une action au porteur seront

applicables au non-règlement en temps utile de la prime due sur cette action.

Cependant la situation est totalement différente s'il s'agit du recouvrement de la prime due:

a) sur une action nominative dont la valeur nominale est totalement ou partiellement libérée;

b) sur une action au porteur avec valeur nominale partiellement libérée;

c) sur une action au porteur dont la valeur nominale est totalement libérée.

Tous les problèmes, toutes les difficultés que soulèvent les dispositions adoptées par notre législateur pour les actions au porteur partiellement libérées, pour les certificats intérimaires nominatifs de ces actions, leur transfert par cession de créance, etc., auraient pu être évités. Il aurait suffi d'assimiler à des actions nominatives, les actions au porteur sur lesquelles est encore due une partie du prix d'émission[15].

2. La signature du bulletin de souscription d'une émission à prime donne naissance à deux créances de nature différente. Le montant non versé sur l'une et l'autre de ces créances devrait figurer séparément à l'actif du bilan.

En souscrivant une action émise au-dessus du pair, l'actionnaire sait qu'une partie de la dette contractée servira à constituer le capital social alors que la prime sera obligatoirement utilisée dans un autre but imposé par le législateur.

Après la souscription d'une émission au-dessus du pair, la fortune de la société est égale au capital nominal plus le montant total de la prime (déduction faite des frais d'émission).

---

[15] Les actions sont nominatives jusqu'à leur entière libération (Loi française de 1893 modifiant l'article 3 de la loi de 1867). Les actions doivent être nominatives si elles sont délivrées avant que soit versé le montant de la valeur nominale ou du prix d'émission plus élevé (C. Co. allemand, art. 10, N° 2).

L'affectation de la prime à des amortissements ne modifie pas cette fortune, mais l'utilisation ultérieure de cette prime dans un autre but est impossible.

Le virement de la prime au compte de réserve légale ne modifiera pas la fortune sociale, mais la société aura le droit de disposer librement de tout ce qui, dans la réserve légale dépassera le 50% du capital, alors que la prime représentera peut-être la plus grande partie de cette réserve. Par contre, l'attribution de la prime à des buts de bienfaisance privera la société de cet apport supplémentaire. La fortune sociale sera donc réduite d'une somme égale à celle qui aura été bonifiée à ces œuvres de bienfaisance.

3. Les termes «libérer», «libération», etc., employés par le législateur manquent de précision. Dans certains articles, ils sous-entendent «*valeur nominale*» et dans d'autres «*prix d'émission*». Ainsi nous trouvons:

art. 687 al. 1: intégralement libéré (voll einbezahlt);
art. 687 al. 2: montant non versé (nicht einbezahlten Betrag);
art. 633 al. 1: entière libération (volle Einzahlung);
art. 693 al. 2: intégralement libéré (voll einbezahlt).

Or dans les alinéas 1 et 2 de l'article 687 le législateur a en vue le *prix d'émission*. Il aurait donc fallu préciser en disant qu'il s'agit de l'acquisition d'une action qui n'est pas libérée jusqu'à concurrence du prix d'émission (al. 1) et en ajoutant que le souscripteur qui aliène son action peut être recherché pour le montant non versé sur le *prix d'émission* (al. 2).

Mais dans les articles 633 al. 1 et 693 al. 2 ces mêmes termes sous-entendent «*valeur nominale*».

Enfin le texte français de l'article 681 parle des actionnaires qui ne *libèrent* pas leurs actions, et dans ce cas, il s'agit non pas de la valeur nominale mais du prix d'émission.

4. Rappelons que l'article 620 al. 2 prévoit que les actionnaires ne sont tenus que des *prestations statutaires*, ce qui est inexact, la prime ne figurant pas obligatoirement dans les statuts. Par contre, l'article 680 stipule bien que

les actionnaires ne peuvent être tenus, même par les statuts, à des prestations excédant le *montant fixé lors de l'émission* pour l'acquisition de leurs titres.

5. En plus de ces erreurs de rédaction nous ne pouvons que critiquer les principes suivants admis par notre législateur:

a) Contrairement au texte de l'article 683 al. 1, il aurait fallu prévoir que les actions au porteur ne peuvent être remises à l'actionnaire qu'après avoir été libérées à concurrence de leur prix d'émission et non de leur valeur nominale.

b) De même, l'article 688 al. 1, n'aurait dû autoriser l'établissement de certificats intérimaires au porteur que pour les actions au porteur libérées à concurrence de leur prix d'émission et non de leur valeur nominale.

c) L'article 687 al. 4 aurait dû être rédigé dans ce sens: Tant que les actions nominatives ne sont pas libérées à concurrence de leur *prix d'émission* (et non de leur valeur nominale) le montant versé doit être indiqué sur le titre. Il aurait même été préférable d'exiger que les sommes dues sur la valeur nominale et sur la prime soient mentionnées séparément.

Cet article 687 aurait dû être complété par une disposition applicable aux actions au porteur mises en circulation après libération de la valeur nominale et sur lesquelles est encore dû tout ou partie de la prime.

d) Pour les actions à droit de vote privilégié, l'article 693 al. 2, aurait dû stipuler qu'elles ne peuvent être émises que comme actions nominatives et qu'elles doivent être immédiatement libérées à concurrence de leur *prix d'émission*, ce qui aurait entraîné encore la modification de l'article 633 al. 1 dans ce sens: La disposition concernant l'entière libération du *prix d'émission* d'actions à droit de vote privilégié demeure réservée.

6. D'une façon générale, le législateur aurait dû préciser dans toutes ces dispositions s'il avait en vue la valeur nominale ou le prix d'émission.

Le sens exact de divers textes résulte de l'examen comparatif d'un ensemble d'articles. Par contre, un certain nombre d'imprécisions, de lacunes, ne peuvent être que la conséquence d'une erreur du législateur, erreur due au fait qu'en rédigeant certains articles, ce dernier, comme nous l'avons déjà dit, n'a pas pensé à l'émission au-dessus du pair. Comment expliquer autrement l'omission de la prime dans les articles 683 al. 1, 687 al. 4, 688 al. 1 et 2 et 693 al. 2?

Nous ne pensons pas qu'il soit possible de supposer que le législateur a intentionnellement autorisé la remise au souscripteur, après libération de la valeur nominale seulement, d'une action au porteur émise avec prime — et comme nous l'avons vu ce n'est pas la seule erreur flagrante qui ressorte de l'étude de ces dispositions.

Le Tribunal fédéral[16] relève que dans son idée: «l'existence d'une lacune de la loi ne doit pas être admise à la légère, que l'opportunité d'une certaine réglementation ne permet pas encore d'admettre une lacune de la loi et qu'il ne faut pas notamment en admettre une quand le législateur a eu l'occasion de se prononcer sur la nécessité d'adopter de nouvelles dispositions.»

Mais dans le cas présent, il ne paraît pas douteux que certaines dispositions sont en contradiction avec l'intention, avec la pensée du législateur; il n'est pas douteux qu'elles ne peuvent être que la conséquence d'une omission ou d'une erreur.

Il nous semble donc, dans ces conditions, que certains des textes critiqués au cours de cette étude pourraient être rectifiés ou complétés par le Juge en application de l'article 1 al. 2 et 4 du Code civil.

«De même qu'il doit combler les lacunes de la loi, le Juge se voit ainsi attribuer la mission de combler les lacunes qui existent au sein de la loi elle-même[17].»

---

[16] A.T.F. - R.O. 76. II. 51 et J.d.T. 1950 No 18, p. 560.

[17] P. Tuor, Le Code Civil Suisse, p. 40.

7. Dans l'état actuel de notre législation, une société anonyme ne devrait émettre que des actions nominatives, *s'il est prévu au moment de sa constitution que le solde du prix de souscription ne sera appelé que dans un temps plus ou moins long*, quitte à transformer ces titres nominatifs en actions au porteur après libération totale du prix d'émission.

Il serait même possible de rédiger les statuts de telle façon que la transformation de ces actions nominatives en actions au porteur puisse se faire plus ou moins automatiquement dès versement de la somme totale due par l'actionnaire (622 al. 3).

Enfin, en cas d'émission au-dessus du pair, il serait en tout cas préférable de prévoir que le règlement de la prime devra être effectué au moment de la souscription. En procédant de cette façon on éviterait un grand nombre des difficultés signalées au cours de cette étude.