

# LA SOUSCRIPTION D' ACTIONS

THÈSE

*présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel  
pour obtenir le grade de Docteur en droit*

PAR

**ALBERT BRAUEN**

LICENCIÉ EN DROIT

---

**PARIS**

**LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE**

*Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C<sup>ie</sup> et ancienne Librairie F. Pichon réunies*

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5<sup>e</sup> ARR<sup>t</sup>)

—  
1928

**LA SOUSCRIPTION  
D' ACTIONS**

La Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel, sans donner approbation ni improbation aux opinions émises par l'auteur, autorise l'impression de la thèse de doctorat en droit présentée par M. Albert Brauen et intitulée : La souscription d'actions.

Neuchâtel, le 24 octobre 1928.

Au nom de la Faculté de Droit :

*Le Doyen,*

Claude DUPASQUIER

## INTRODUCTION

---

Le développement économique moderne, dû surtout au machinisme et à l'augmentation des moyens de communication, n'a pas laissé d'avoir une répercussion dans le domaine du droit. La transformation du système de production auquel on assista au XIX<sup>e</sup> siècle, a entraîné avec elle la modification et l'assouplissement de nombreux principes juridiques, qu'il fallut adapter aux nécessités de la vie contemporaine.

Notamment, le besoin de disposer de capitaux toujours plus importants et le souci de réduire les risques qui menaçaient les industriels au fur et à mesure de l'accroissement de leurs entreprises, ont provoqué la création d'institutions nouvelles, capables de répondre parfaitement aux exigences de notre époque. Parmi ces innovations, aucune ne nous a paru aussi significative que la société anonyme. La rapidité avec laquelle cette forme d'association s'est généralisée, et l'intérêt que présente sa structure interne, nous ont engagé à examiner, avec quelques détails, une des nombreuses questions que la doctrine et la jurisprudence se posent encore à son sujet.

En effet, la société anonyme a ceci de particulier, qu'elle

est née de la pratique des affaires et des besoins du commerce. Elle n'est pas l'œuvre d'un jurisconsulte ou le résultat des délibérations de tel parlement, mais bien le fait de nécessités d'ordre économique. Aussi le législateur s'est-il souvent borné à consacrer dans les codes l'introduction pure et simple de principes déjà sanctionnés par la coutume, ou à réprimer certains abus dans l'intérêt de la sécurité transactionnelle. On conçoit dès lors l'embarras dans lequel peuvent se trouver les juristes qui ont à résoudre les problèmes que soulève l'existence de ces nouveaux rapports de droit, pour l'analyse et l'interprétation desquels les méthodes historique et dogmatique ne sont que d'un maigre secours.

Il en est ainsi en particulier de la souscription d'actions, à l'étude de laquelle il ne nous a pas paru inutile de consacrer quelques-uns de nos loisirs... et les pages qui suivent.

---

## CHAPITRE PREMIER

### GÉNÉRALITÉS

Les auteurs qui se sont appliqués à construire juridiquement la souscription d'actions, ont proposé tant de solutions diverses à ce problème, qu'il nous a paru opportun, afin de situer notre sujet dans son véritable cadre, d'examiner au préalable la question toute générale de la constitution des sociétés dites anonymes. En effet, lorsqu'on a dépouillé la littérature en cette matière, on est surpris de constater la puissante emprise des conceptions traditionalistes sur l'esprit de ceux qui se sont efforcés d'analyser la structure et le sens véritable de la société par actions. Il semble, à lire les ouvrages de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et les commentateurs de l'ancien H. G. B., que l'apport personnel, l'élément individuel aient une importance prépondérante dans la création de la société anonyme, tandis que ce qui la distingue des autres organisations civiles ou même politiques, c'est d'être avant tout une association de capitaux, c'est-à-dire un groupement d'ordre financier où la personnalité des associés, *l'intuitus personæ* du droit romain, n'entre pour ainsi dire pas en considération. Il

résulte de cette constatation préliminaire que la société anonyme ne doit pas être étudiée du point de vue de ceux qui la forment, mais au contraire en tant que sujet de droit, dont le caractère propre est d'être une entité de nature éminemment capitaliste.

Toutefois, comme le capital n'est pas une valeur absolue, et n'existe qu'en fonction des individus et pour ceux-ci, nous ne pourrons pas faire absolument abstraction de certains éléments personnels et d'ordre psychologique (concours de volonté, etc., etc.), mais nous aurons soin de les circonscrire dans leur sphère propre et de ne pas supposer leur existence là où rien en pratique ne permet d'en discerner la trace. L'erreur de nombreux auteurs anciens provient en effet d'une conception trop subjectiviste de la société anonyme. Cette dernière ne peut et ne doit pas être considérée comme une association d'individus, une *societas* au sens romain du mot, mais bien comme une personne morale, qu'il y a lieu d'étudier à la lumière des principes modernes en cette matière.

En citant plus loin<sup>1</sup> le cas de la banque San Giorgio de Gênes, puis en rendant compte des différentes théories qui ont voulu expliquer la souscription d'actions, nous aurons l'occasion de constater que cette dernière ne peut plus avoir le sens d'une déclaration de volonté préparant ou perfectionnant la conclusion d'un simple contrat de société. Lors de la constitution d'une société anonyme, il ne s'agit, en effet, pas tant d'unir les efforts ou les res-

<sup>1</sup> Voir page 45.

sources de plusieurs personnes en vue d'un but commun <sup>1</sup>, que de provoquer la manifestation collective de volonté, nécessaire pour créer le nouveau sujet de droit, — et de réunir les fonds qui lui permettront de remplir son rôle dans la vie économique.

Du moment donc que l'apport industriel des souscripteurs d'actions est nul, et que leur participation à l'entreprise se limite à un versement d'argent, nous pouvons dire que la société anonyme présente un caractère nettement capitaliste qui justifie, ainsi que nous le verrons, l'interprétation originale que les auteurs modernes donnent aux phénomènes qui précèdent sa constitution.

Mais nous ne voulons pas anticiper ici sur les chapitres suivants et sans nous attarder à ces considérations d'ordre général, nous allons examiner trois points sur lesquels il convient d'être fixé avant d'aborder les questions relatives au fond même du sujet. Nous voulons parler de l'initiative de la constitution de la société anonyme, — de la distinction que les auteurs allemands expriment par les termes d'*Aktienzeichnung* et d'*Aktienübernahme* et enfin de la différence qu'il y a entre la constitution dite *simultanée* et la constitution dite *successive*.

Ajoutons que nous assimilons la société en commandite par actions <sup>2</sup> à la société anonyme, puisque ces deux formes d'association ont pour caractère commun, la division en parts ou actions d'un capital déterminé d'avance et au delà duquel les bailleurs de fonds ne peuvent être tenus.

<sup>1</sup> C. O., art. 530.

<sup>2</sup> C. O., art. 676 et suiv.

### SECTION I. — De l'initiative de la constitution de la société anonyme.

D'une manière générale, nous dirons que l'initiative de la constitution d'une société anonyme émane d'une ou de plusieurs personnes (fondateurs, comité d'initiative) qui, après avoir conçu l'idée d'une entreprise, travaillent à sa réalisation pratique. Le plus souvent, ce rôle est assumé par un consortium de souscripteurs ou de non-souscripteurs.

Pratiquement quatre éventualités sont possibles : le consortium des fondateurs et l'ensemble des souscripteurs peuvent être les mêmes personnes ; il se peut aussi que le consortium se présente comme tel et ne comprenne pas de souscripteurs ; il se peut encore que le consortium apparaisse comme un groupement de souscripteurs invitant à de nouvelles souscriptions, et enfin, comme le fait remarquer LEHMANN <sup>1</sup>, il arrive qu'à l'origine les fondateurs se soient obligés à prendre un certain nombre d'actions seulement, mais qu'ensuite, l'un d'eux se décide à souscrire le reste du capital, ce qui nous ramène à la première éventualité. Le rôle et la situation juridique des fondateurs seront étudiés plus loin <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> LEHMANN. Vol. I, p. 351.

<sup>2</sup> Voir pp. 83, 89, 99 et 111.

SECTION II. — Constitution « simultanée »  
et « successive ».

En matière de souscription d'actions, les auteurs <sup>1</sup> font actuellement une distinction fondamentale, suivant que le consentement des souscripteurs se perfectionne en une seule fois (simultanément), ou qu'il ne se forme, au contraire, qu'au fur et à mesure des souscriptions, c'est-à-dire d'une manière successive.

Dans le premier cas, le comité d'initiative a pu, par ses propres moyens et parmi ses seuls membres, réunir les sommes nécessaires à la constitution du capital social : il y a donc identité de personnes entre les fondateurs et les souscripteurs, et point n'a été besoin de faire appel au public. Ce premier mode de fondation de la société anonyme — par contrat — bien que connu du droit actuel, n'est pas réglementé par notre loi suisse. Les projets de révision du code des obligations <sup>2</sup>, par contre, s'en occupent, et disposent que « la société anonyme peut être fondée par la conclusion d'un contrat, passé en la forme authentique entre tous les fondateurs, qui, dans ce contrat, déclarent fonder une société anonyme, en fixent les statuts, constatent la prise de toutes les actions et le paiement de 20 0/0 au moins sur chacune d'elles, soit en

<sup>1</sup> JAHN, p. 7; GERSTER, p. 11; SCHREIBER, p. 11; SCHNERING, p. 1; SIEBERT, p. 7, etc. WIENER le premier (*Zeitschrift für Handelsrecht*, vol. XXIV, pp. 31 et 32) a proposé de faire cette distinction.

<sup>2</sup> Projet Huber de 1919, art. 702; Projet Hoffmann de 1923, art. 653.

espèces, soit par des apports en nature, approuvent le cas échéant toute autre prise de biens et les avantages accordés à des fondateurs et désignent les organes nécessaires de la société. L'établissement de cet acte authentique tient lieu d'assemblée générale constitutive ».

La doctrine allemande parle dans ce cas de *Simultan-gründung*.

Dans la deuxième éventualité, au contraire, le comité d'initiative, qui s'occupe du lancement de la nouvelle entreprise, a dû faire appel à des tiers pour réunir les capitaux nécessaires. Les fondateurs ne sont donc plus les mêmes personnes que l'ensemble des souscripteurs et le consentement de ceux qui créeront la société anonyme ne s'établit plus qu'au fur et à mesure des souscriptions et de leur acceptation : la doctrine allemande parle alors de *Sukzessivgründung*, terme qu'il est malaisé de traduire en français et pour lequel le rapport accompagnant le projet de révision de C. O. de 1919 <sup>1</sup> emploie l'équivalent de *foundation par souscription successive*.

### SECTION III. — Aktienzeichnung et Aktientübernahme.

Il nous paraît également utile de rappeler ici que certains auteurs <sup>2</sup> emploient deux mots différents suivant que les actions sont souscrites par des fondateurs ou par d'autres personnes, réservant l'expression d'*Aktienü-*

<sup>1</sup> *Rapport* à page 104.

<sup>2</sup> AVERBECK, p. 2; BEHREND, p. 733; JAHN, p. 7.

*bernahme* au premier cas et celui d'*Aktienzeichnung* au second.

Le terme français de *souscription d'actions* s'applique indifféremment aux deux éventualités et nous ne voyons pas la nécessité d'augmenter notre terminologie. *Aktienübernahme* et *Aktienzeichnung* ne désignent pas en effet deux opérations dont la nature juridique soit différente ; il s'agit bien dans l'un et l'autre cas de la déclaration par laquelle une personne s'engage à participer pour un montant déterminé à la création ou à l'augmentation du capital actions d'une société anonyme. La majorité des auteurs<sup>1</sup> a, du reste, renoncé à faire cette distinction, que nous ne nous serions pas arrêté à rappeler, si elle ne nous avait pas aidé à délimiter nettement le cadre du présent travail ; car la souscription d'actions dont la nature juridique est la plus discutée en doctrine, et qui soulève encore aujourd'hui le plus grand nombre de problèmes, est la souscription d'actions en cas d'appel au public ou *Aktienzeichnung* proprement dite. Cette forme seule retiendra notre attention.

Toutefois, avant d'aborder ces problèmes de théorie pure, il nous a paru convenable de consacrer quelques pages à trois sujets importants : la forme de la souscription d'actions, la capacité juridique requise par la loi suisse pour souscrire des actions et l'influence des vices de consentement sur les souscriptions d'actions.

<sup>1</sup> LEHMANN. Vol. I, p. 345 ; SCHNØRING, p. 66.

## CHAPITRE II

### DE LA CAPACITÉ DE SOUSCRIRE DES ACTIONS

#### SECTION 1. — De la pleine capacité de souscrire.

Pour être valable, la souscription d'actions, qui est un acte juridique, doit émaner d'une personne *capable*. Or en droit suisse, cette qualité du souscripteur doit être étudiée à la lumière des principes généraux du Code civil, qui reconnaît la pleine capacité de s'obliger à deux catégories de personnes : *a*) aux personnes physiques, majeures, non interdites et capables de discernement, et *b*) aux personnes morales.

Nous rappelons que la majorité est l'état de toute personne ayant atteint l'âge légal ou réalisant les conditions exigées par la loi pour qu'une personne ait l'exercice des droits civils. Plus exactement la majorité s'acquiert par l'accomplissement de la vingtième année, par le mariage et par l'émanicipation <sup>1</sup>. Le discernement, c'est la faculté d'agir raisonnablement <sup>2</sup>.

Quant aux personnes morales, dont la nature est toujours discutée en doctrine, leur existence est reconnue dès

<sup>1</sup> C. C. S., art. 14 et 15.

<sup>2</sup> C. C. S., art. 16.

que les conditions déterminées par la loi sont réalisées, l'inscription au registre du commerce étant nécessaire dans certains cas <sup>1</sup>. L'étude détaillée des personnes juridiques ne rentrant pas dans le cadre de notre travail, nous nous bornons à les mentionner ici comme des souscripteurs possibles.

## SECTION 2. — De la capacité restreinte de souscrire des actions.

Parallèlement à la pleine capacité de s'obliger, le Code civil prévoit aussi une capacité restreinte <sup>2</sup> en faveur des mineurs et des interdits capables de discernement. Sans vouloir ici commenter les dispositions légales, nous rappellerons que les mineurs sont les personnes physiques de l'un et l'autre sexe qui ne possèdent pas la majorité. Ils sont représentés par leurs père et mère ou éventuellement par un tuteur <sup>3</sup>. Les interdits sont les personnes physiques, majeures, placées sous puissance paternelle ou pourvues d'un tuteur dans les cas prévus par la loi <sup>4</sup>.

En matière de souscription d'actions, l'incapacité relative des mineurs et des interdits capables de discernement nous paraît devoir appeler quelques développements, bien que les cas de souscriptions faites par un tuteur pour un mineur ou un interdit ne doivent pas, apparemment,

<sup>1</sup> C. C. S., art. 52 et suiv., et 80 et suiv.

<sup>2</sup> C. C. S., art. 49.

<sup>3</sup> C. C. S., art. 407, 279.

<sup>4</sup> C. C. S., art. 369-372.

être très fréquents, puisque les actions ne constituent pas en général un placement recommandé par les autorités de tutelle. Cependant, il peut se trouver dans le dossier d'un pupille, des actions qui, à l'occasion d'une augmentation de capital social, lui donneront droit à certains avantages dont il sera judicieux de profiter. Un tuteur pouvant donc être appelé à souscrire des actions pour son pupille, nous nous demandons comment il devra procéder.

Les conditions de forme de l'article 617 C. O., seront naturellement observées. Mais, en outre, le tuteur devra se légitimer comme tel auprès des fondateurs et signer *ès qualité* le bulletin de souscription. Nous croyons également que l'homologation de l'autorité tutélaire devra être obtenue en application de l'article 421 ch. 2 et 4 C. C. S. Cette approbation doit intervenir conformément à l'article 401 al. 1 *in fine* appliqué par analogie, le cas échéant. S'il s'agit d'un capital important à investir dans une entreprise, il faudra même, selon nous, le consentement exprès de l'autorité tutélaire de surveillance <sup>1</sup>.

Quant au mineur ou à l'interdit sous puissance paternelle, le détenteur de cette puissance peut souscrire des actions au nom de son enfant ou ratifier la souscription qu'aurait faite celui-ci, sans le concours des autorités de tutelle. <sup>2</sup>

Ces principes généraux une fois posés, il y a lieu d'examiner également quelle est la valeur d'une souscription

<sup>1</sup> C. C. S., art. 422, ch. III.

<sup>2</sup> C. C. S., art. 279.

faite par un mineur ou un interdit sans le consentement de son représentant légal. Inefficace au moment où elle intervient, cette souscription pourra cependant déployer des effets, si elle est ratifiée dans la suite par le tuteur ou par le représenté devenu capable ; en particulier, cette ratification pourra être provoquée par les fondateurs, qui fixeront ou feront fixer par le juge un délai convenable au représentant légal pour couvrir l'acte de l'incapable<sup>1</sup>. Mais lorsque cette ratification n'intervient pas, on peut se demander si certaines responsabilités ne sont pas engagées en raison du dommage causé par la nullité de la souscription. Nous examinerons cette délicate question en faisant la distinction suivante :

Si l'incapacité du souscripteur est découverte *avant* la création de la société anonyme, elle peut en retarder la mise sur pied ou augmenter ses frais de constitution. Aussi, le souscripteur mineur ou interdit, qui s'est faussement donné pour capable (C. C. S., art. 411, al. 2), nous semble-t-il assumer une responsabilité vis-à-vis des fondateurs. Il y a en effet *culpa in contrahendo*<sup>2</sup> et ce pseudo-souscripteur doit pouvoir être actionné en application des articles 41 et suivants C. O.

Si, par contre, le souscripteur incapable ne tombe pas sous le coup de l'article 411 al. 2 C. C. S. les fondateurs sont sans recours contre lui.

Mais qu'en sera-t-il, si l'incapacité du souscripteur n'est découverte qu'*après* l'inscription de la société anonyme au

<sup>1</sup> C. C. S., art. 410, al. 2.

<sup>2</sup> Voir OSER, *ad*, art. 39, ch. IV, et *ad*, art. 54.

registre du commerce, à l'occasion, notamment, de l'appel d'un versement complémentaire ? On sait que, malgré l'incapacité d'un souscripteur, l'inscription au registre du commerce confère à la société anonyme la qualité de sujet de droit. Mais les créanciers de cette dernière, auxquels une partie de leur garantie peut ainsi échapper, sont-ils sans recours ?

Il nous semble que, pour autant que le souscripteur ne s'est pas faussement donné pour capable, l'examen des conditions dans lesquelles une société anonyme se constitue, permet d'envisager et de discuter la responsabilité de trois sortes de personnes : les fondateurs, le notaire instrumentant et le préposé au registre du commerce.

Les fondateurs, tout d'abord, étant donné leur activité et leur mission, pendant la période constitutive de la société, nous paraissent pouvoir être recherchés par les tiers lésés. Ce sont eux, en effet, qui reçoivent les bulletins de souscriptions, qui convoquent l'assemblée générale constitutive et qui en préparent le travail. Or une de leurs fonctions essentielles nous semble être la vérification de l'identité et de la capacité juridique des souscripteurs. C'est là un de leurs devoirs élémentaires vis-à-vis du public, des autres souscripteurs et même des futurs créanciers de la société anonyme, — si bien qu'à notre sens, l'inexécution consciente de cette obligation engage la responsabilité des fondateurs et c'est contre eux que la société ou ses créanciers pourront exercer leur recours en invoquant les articles 671, ch. 3 et 41 C. O. La responsabilité des fondateurs est le corollaire nécessaire de l'importance des

fonctions qu'ils assument lors du lancement d'une société anonyme. Elle ne préjudicie en rien, du reste, à celle de l'incapable qui s'est faussement donné pour capable, ainsi que nous l'avons vu <sup>1</sup>.

De son côté, le notaire stipulant l'acte authentique est-il recherché ? La question peut se poser, mais nous pensons qu'il faut la résoudre négativement, puisque le rôle de l'officier public à l'assemblée générale consiste simplement à constater dans son procès-verbal authentique les décisions prises par les souscripteurs.

Nous réservons toutefois le cas où, contrairement à toute probabilité, un notaire accepterait de stipuler un acte constitutif de société anonyme, en sachant pertinemment que certains souscripteurs sont mineurs ou interdits. Dans cette éventualité, l'officier public engagerait sa responsabilité sur le terrain des articles 41 et suivants C. O.

Le préposé au registre du commerce, enfin, nous semble hors de cause, puisque ses fonctions se bornent à inscrire la société dans son registre, après s'être assuré que les exigences de la loi sont satisfaites. S'agissant plus spécialement de la constatation de l'intégralité de la souscription du capital-actions, le préposé se réfère simplement aux décisions prises par l'assemblée générale et consignées dans le procès-verbal authentique dressé par le notaire.

Si le préposé a connaissance d'une manière ou d'une autre de l'irrégularité résultant de l'incapacité d'un souscripteur, il doit refuser l'inscription, sous peine d'engager sa responsabilité délictuelle (C. O., art. 41).

<sup>1</sup> Voir ci-dessus p. 43.

La responsabilité des fondateurs étant donc celle qui sera le plus souvent mise en jeu, il y a lieu de voir quelle en sera la sanction, à teneur des articles 41 et 671, C. O., lorsque des souscripteurs incapables, devenus actionnaires, exciperont de leur incapacité pour refuser de libérer le solde de leurs actions. Ce sera, pensons-nous, l'obligation pour les fondateurs de verser eux-mêmes à la société anonyme, ou à sa masse en faillite, les sommes qui sont réclamées sans succès aux actionnaires, dont ils n'ont pas vérifié la capacité lors de la constitution de la société, et contre lesquels ils auront, le cas échéant, un recours jusqu'à concurrence du montant payé pour leur compte.

Le Code civil statue encore une capacité restreinte de s'obliger à l'égard de trois sortes de personnes :

1° L'article 386, al. 2, C. C. S., dispose que les personnes, qu'il y a lieu d'interdire, peuvent, dès avant l'interdiction, être privées provisoirement de l'exercice des droits civils et recevoir un représentant. Au point de vue de la souscription d'actions, la situation est la même qu'en cas d'interdiction et nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut <sup>1</sup>.

2° L'article 395, C. C. S., dispose que certains majeurs peuvent être pourvus d'un conseil légal lorsque leur intérêt commande cette mesure et qu'il n'y a pas de cause suffisante pour justifier une interdiction. Nous nous demandons dès lors si le concours du conseil légal est nécessaire pour souscrire des actions?

La question peut se discuter, car, pour le majeur dans

<sup>1</sup> Voir ci-dessus pp. 11 et 12.

cette situation, le plein exercice des droits civils est la règle, l'incapacité partielle l'exception. D'aucuns penseront donc qu'on ne saurait étendre par analogie les cas où le concours du conseil légal est exigé par la loi. Mais, d'autre part, il semble qu'en raisonnant à *fortiori*, le cas de la souscription d'actions puisse être ramené sous le chiffre 3 de l'article 395 C. C. S. qui vise l'achat de papiers valeurs et sous le chiffre 5 du même article qui traite des prêts faits par le majeur. Si l'on consulte la *ratio legis* et l'intérêt de la personne pourvue d'un conseil légal, pareille interprétation ne fait pas de doute. Mais on peut aussi se demander si les tiers n'auront pas de justes motifs de se plaindre de voir ainsi frappés d'inefficacité à leur égard, des actes non expressément compris dans l'énumération de l'article 395 C. C. S. La question est certainement embarrassante, car c'est avec la sécurité des transactions qu'entre ici en conflit l'intérêt du majeur doté d'un conseil légal. Toutefois, comme nous avons reconnu plus haut la responsabilité des fondateurs, lorsque les tiers subissent un dommage du fait qu'un souscripteur ne pouvait pas s'engager sans le consentement de son représentant légal et que, d'autre part, l'incapable qui s'est faussement donné pour capable répond du dommage causé, — nous estimons que le public a, dans son droit de recours contre ces personnes, des garanties suffisantes pour qu'on proclame la nécessité du concours du conseil légal pour valider les souscriptions faites par ceux qui en sont pourvus.

### 3° La femme mariée.

En droit suisse, le régime matrimonial exerce une influence sur la capacité juridique de la femme mariée.

Une étude détaillée de cette question dépassant le cadre de ce travail, il nous suffira de rappeler ici que, dans le régime de l'union des biens, la femme peut souscrire des actions avec le consentement de son mari<sup>1</sup>. Elle est alors tenue sur tous ses biens, même sur ses apports, sans égard aux droits que le régime matrimonial confère au mari. Ce dernier ne sera pas actionnaire, mais il exercera sur ces actions, — apports de la femme — les droits d'administration et de jouissance qui lui sont conférés par la loi. Si, par contre, la femme souscrit des actions sans le consentement de son mari et que les fondateurs acceptent sa souscription, elle ne sera tenue que jusqu'à concurrence de la valeur de ses biens réservés<sup>2</sup>.

Dans le régime de la communauté de biens, ce sera, dans l'immense majorité des cas, le mari qui souscrira des actions et, si même c'est la femme qui souscrit, avec le consentement de son mari, — combinaison théoriquement possible, — les actions souscrites tomberont dans la communauté<sup>3</sup>. Aux termes de l'article 221, alinéa 2, et de l'article 217, C. C. S., les souscriptions faites par la femme sans le consentement de son mari ne l'engageront que jusqu'à concurrence de ses biens réservés.

Enfin, quel que soit le régime matrimonial, il convient d'ajouter que la femme a la libre disposition des biens qui servent à l'exercice de sa profession ou de son industrie. Ces biens ont la qualité de biens réservés et sont soumis

<sup>1</sup> C. C. S., art. 207, ch. II.

<sup>2</sup> C. C. S., art. 208, ch. II.

<sup>3</sup> C. C. S., art. 220, ch. II.

aux règles de la séparation<sup>1</sup>. Une femme qui serait à la tête d'une maison de banque, pourrait donc valablement souscrire des actions sans le consentement de son mari, encore qu'elle soit avec lui en communauté de biens.

La femme séparée de biens et la femme dotale, sauf en ce qui concerne la dot, ont une entière capacité juridique et pourront souscrire des actions sans demander l'autorisation de leur mari.

### SECTION III. — De l'incapacité de souscrire des actions.

C'est l'incapacité absolue des personnes privées de discernement, c'est-à-dire incapables d'agir raisonnablement. La cause de cette incapacité est indifférente : elle peut résulter du jeune âge, d'une maladie mentale, de faiblesse d'esprit, d'ivresse, de sénilité. Elle peut être permanente ou temporaire, mais quelle que soit son origine, elle est toujours absolue. Elle existe sans qu'il soit besoin d'un jugement prononçant l'interdiction. Les actes de l'incapable n'existent pas juridiquement, conséquemment ses souscriptions d'actions sont nulles.

<sup>1</sup> C. C. S., art. 194, ch. II.

---

## CHAPITRE III

### DE LA FORME DE LA SOUSCRIPTION D'ACTIONS

Une seule disposition de la loi suisse s'occupe de cette matière : l'article 617, alinéa 5 actuel du C. O. dont la teneur est la suivante : « les souscriptions d'actions ne sont valables que sous la forme d'une déclaration écrite se référant au projet de statuts et au prospectus ». Cet article 617 C. O., alinéa 5, n'est autre chose que l'ancien article 615, alinéa 2, modifié par l'arrêté fédéral du 8 juillet 1919. D'autres législations sont plus explicites à cet égard et déterminent, notamment, quel doit être le contenu nécessaire du bulletin de souscription, en combien d'exemplaires il doit être remis aux fondateurs, etc.<sup>1</sup> En Suisse, par contre, la loi se borne à exiger une déclaration écrite se référant au projet de statuts et au prospectus. Il y a donc lieu pour nous d'examiner en quoi consiste la forme écrite, quel est son caractère et quelles en sont les modalités.

#### SECTION I. — De la forme écrite du bulletin de souscription.

L'article 13 C. O. dispose que le contrat pour lequel la loi exige la forme écrite doit être signé par toutes les per-

<sup>1</sup> Voir H. G. B., § 189.

sonnes auxquelles il impose des obligations. La signature du souscripteur est donc un élément essentiel du bulletin de souscription. Par signature, le Tribunal fédéral <sup>1</sup> entend le nom par lequel une personne affirme son identité, relativement à un écrit dont elle entend faire sien le contenu. Il est indifférent que le signataire use de son nom, avec ou sans prénoms, d'un pseudonyme ou d'un surnom, pourvu que son identité soit établie d'une manière suffisante. La signature doit encore être écrite de la main même du souscripteur d'actions. Les moyens mécaniques sont inadmissibles, car nous ne sommes pas ici dans un des cas prévus à l'article 14, C. O. et l'usage commercial ne tient pas pour suffisante une signature donnée par un moyen mécanique <sup>2</sup>.

L'alinéa 2 de l'article 13 C. O. <sup>3</sup> trouve-t-il également son application en matière de souscription d'actions ?

Pour répondre à cette question, il faut distinguer suivant que la souscription a été faite par lettre ou par télégramme. Faite par lettre, elle nous paraît pleinement suffisante au point de vue formel, pourvu, bien entendu, que la lettre soit signée et se réfère au projet de statuts et au prospectus. Il serait excessif d'exiger que le contenu du bulletin de souscription ne concernât que la souscription.

<sup>1</sup> A. T. F., vol. 33, p. 105.

<sup>2</sup> GERSTER, p. 45.

<sup>3</sup> C. O., art. 13, al. 2 : « Si la loi n'en dispose autrement, une lettre ou un télégramme équivaut à la forme écrite, pourvu que l'original du télégramme ou de la lettre porte la signature des parties qui s'obligent ».

La souscription d'actions faite par télégramme, au contraire, ne saurait, selon nous, donner complètement satisfaction malgré la disposition de l'article 13, C. O. et quoi qu'en pensent certains auteurs <sup>1</sup>. En effet, les modifications apportées à notre législation ces dernières années en matière de société anonyme ont pour but de prévenir les abus dolosifs et d'augmenter l'élément de sécurité. Or qu'y a-t-il de plus important que la constatation de l'intégralité de la souscription du capital social? Et comment se fera cette constatation si ce n'est par la présentation à l'assemblée générale constitutive et au notaire instrumentant, de bulletins de souscription portant la signature de ceux-mêmes qu'ils obligent? Le formulaire de télégramme remis au destinataire ne porte pas de signature, il ne porte pas non plus de déclaration attestant que l'expéditeur a signé lui-même le télégramme: il n'est pas impossible, dès lors, d'entrevoir des manœuvres déloyales, qu'on ne saurait prévenir avec trop de prudence. Aussi à supposer même qu'on dût, en droit, admettre la validité d'une souscription faite par télégramme dûment signé, en pratique ce genre de souscription est peu recommandable et doit être évité.

La question peut aussi se poser de savoir si une souscription d'actions peut être faite sous forme de blanc-seing. Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement, non pas tant parce que le Tribunal fédéral <sup>2</sup> a décidé que l'absence de référence aux statuts et au prospectus n'a

<sup>1</sup> GERSTER, p. 47; SILBERNAGEL, p. 127.

<sup>2</sup> Voir la jurisprudence citée à la page 39 ci-après (note 4).

pas pour effet d'annuler la souscription, — que par application des règles générales en matière de blanc-seing. Par la remise aux fondateurs de sa signature, le souscripteur documente valablement son intention de s'approprier le contexte au moment où il sera libellé intégralement. L'obligation du souscripteur ne se formera que par l'adjonction du contexte, lequel, du reste, suivant la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>1</sup> est présumé conforme à la volonté du signataire. Mais on devra faire remonter les effets de l'obligation du souscripteur au moment de l'apposition de la signature et cela en conformité de ses intentions. Remarquons enfin que le blanc-seing au lieu d'être complet peut être partiel, le souscripteur ne laissant en blanc, par exemple, que le nombre d'actions souscrites.

Nous devons également dire deux mots de la souscription des aveugles, puisque la cécité, dont peut être affectée une personne, ne saurait l'empêcher de souscrire des actions. On applique à ce cas spécial les dispositions de l'article 14, al. 3 C. O., c'est-à-dire que la souscription faite par l'aveugle ne l'obligera que si sa signature est légalisée ou s'il est établi qu'il a connu le texte du bulletin au moment de signer. Si cependant l'aveugle écrit lui-même tout le bulletin de souscription, les réquisits de la loi deviennent superflus<sup>2</sup>.

Quant aux personnes qui ne peuvent écrire, ni signer, nous rappelons ici l'article 15 C. O. qui prévoit le rem-

<sup>1</sup> A. T. F., vol. 13, p. 206.

<sup>2</sup> SCHNEIDER et FICK. *ad.*, art. 14, C. O.

placement possible de leur signature par une marque à la main ou une attestation authentique.

Les principes généraux du C. O. sont pareillement applicables à la souscription d'actions faite par un représentant. Celui-ci devra justifier de l'existence de ses pouvoirs. L'acte qui les lui confère peut, du reste, être tacite, bien que cela ne soit pas très pratique puisque, pour se mettre à l'abri de toute surprise, ceux qui doivent constater l'existence des souscriptions exigeront la production de documents justificatifs en original ou en copie vidimée. Le représentant signera en faisant précéder son nom de la mention « pour » ou « par procuration de ». La doctrine conteste en effet, avec raison, au représentant le droit de signer du nom du représenté.

S'agissant enfin de la promesse de souscrire, nous savons qu'à teneur de l'article 22 C. O., lorsque, dans l'intérêt des parties, la loi subordonne la validité du contrat à l'observation d'une certaine forme, celle-ci s'applique également à la promesse de contracter. L'application de cette disposition se justifie en l'espèce, bien que les auteurs modernes contestent, ainsi que nous le verrons, le caractère contractuel de la souscription d'actions. Pour être valable, la promesse de souscrire devra donc, à notre sens, être faite par écrit. C'est l'opinion généralement reçue<sup>1</sup>. La promesse devra aussi se référer au projet de statuts et au prospectus, car la promesse de souscrire ne peut être faite qu'en vue de la création d'une société détermi-

<sup>1</sup> Voir GOLDMANN, *ad*, § 189, H. G. B.; HOFFMANN, p. 4; LEHMANN-RING, *ad*, § 189, H. G. B.

née et la loi veut que le souscripteur sache ou puisse savoir à quoi il s'engage. La preuve de cette connaissance se fera précisément par une référence au projet de statuts et au prospectus.

## SECTION 2. — Du caractère de la forme écrite du bulletin de souscription.

La théorie générale des obligations connaît deux sortes de formes écrites, l'une solennelle, l'autre probatoire.

Lequel de ces deux caractères revêt la forme écrite exigée par la loi pour la souscription d'actions? En principe, les formes prescrites par le code sont des formes solennelles, en ce sens qu'elles doivent être observées pour la validité de l'acte <sup>1</sup>, ce qui revient à dire que la forme écrite n'est pas un simple moyen de preuve. Ce principe général doit être appliqué dans le domaine que nous étudions, dès lors : sans écrit, pas de souscription. Une souscription faite par téléphone, par exemple, sera nulle.

Cependant le droit des obligations connaît des cas où le vice de forme est couvert par l'exécution de l'obligation : il en est ainsi pour la promesse de donner (C. O., art. 243); de même, l'inscription au registre du commerce d'une société anonyme couvre les informalités antérieures. Cela étant, peut-on admettre une telle validation dans le cas où un souscripteur a fait aux fondateurs

<sup>1</sup> C. O., art. 11, al. 2.

un versement d'argent à titre d'apport à la future société, sans signer de bulletin de souscription ? A notre sens, cette question doit être résolue négativement, car, aux termes de l'article 618, C. O., l'assemblée générale constitutive et le notaire instrumentant doivent constater que l'intégralité du capital actions a été *souscrit*. Or cette constatation ne peut se faire qu'au vu de bulletins de souscription. De plus, nous ne croyons pas que le fait pour une personne, qui n'a pas signé de bulletin, d'avoir effectué un versement à la future société, constitue en soi un moyen de preuve suffisant pour l'obliger à libérer à réquisition le solde des actions qui ont pu lui être attribuées. Aussi la seule perspective de difficultés pouvant naître de l'absence de signatures des souscripteurs nous persuade-t-elle de la nécessité absolue qu'il y a d'exiger la production à l'assemblée générale de bulletins de souscription dûment signés. Ce réquisit de la forme écrite est même si important que le législateur allemand veut que les bulletins de souscription soient remis en deux exemplaires <sup>1</sup> aux fondateurs. Un de ces bulletins demeure déposé aux archives de la société et l'autre est remis au greffe du *Registergericht*.

### SECTION 3. — Des modalités de la souscription d'actions.

Les principes généraux qui régissent la forme écrite trouvent ici aussi leur application : la matière qui reçoit

<sup>1</sup> H. G. B., § 189.

l'écrit est indifférente, de même que la langue employée ou l'écriture du contexte. Un bulletin libellé en sténographie ou en caractères grecs sera donc valable. D'autre part, il suffit que le bulletin de souscription soit adressé en un seul exemplaire aux fondateurs.

S'agissant du contenu du bulletin, nous devons constater que la loi suisse est extrêmement sommaire à cet égard : elle ne contient pas, comme la loi allemande <sup>1</sup>, une énumération des divers points sur lesquels le bulletin de souscription doit s'exprimer. L'article 617, C. O., se borne à exiger une référence au projet de statuts et au prospectus. Mais étant donné le but que se proposent les souscripteurs, il n'est pas trop malaisé de détailler le contenu du bulletin, qui comportera :

la déclaration que son auteur souscrit, c'est-à-dire s'engage à faire un apport à la société, peu importe que ce soit lors de sa constitution ou à l'occasion d'une augmentation de capital,

le nom et le siège de la société,  
une référence au projet de statuts et au prospectus,  
le montant pour lequel le souscripteur s'oblige,  
le nombre d'actions souscrites et leur nature en cas d'émission de titres de diverses espèces,  
la date de la souscription,  
la durée de l'engagement du souscripteur,  
la signature du souscripteur.

Pour que notre exposé soit complet, il convient encore d'examiner le caractère légalement conditionnel de la

<sup>1</sup> H. G. B., § 189.

souscription d'actions. L'article 617, al. 1<sup>er</sup>, C. O., dispose, en effet, que toute souscription est faite sous la condition tacite que la société anonyme sera effectivement constituée, c'est-à-dire que toute souscription est conditionnelle en vertu même de la loi. Au point de vue juridique cette condition légale, positive, suspensive ou résolutoire suivant les cas, est aussi casuelle, en ce sens que son accomplissement dépend, somme toute, du hasard, soit de l'accueil favorable ou non que le public capitaliste réservera à l'appel des fondateurs.

L'article 617, C. O., précité dispose encore en son alinéa 2 que : « si une souscription d'actions est subordonnée à une autre condition quelconque, il ne peut en être tenu compte lors de la constatation du capital social qu'autant qu'elle est couverte par une autre souscription faite éventuellement pour le cas où la condition ne s'accomplirait pas ». Cela revient à dire, pratiquement, que la souscription d'actions doit être inconditionnelle, et si les souscripteurs veulent que les fondateurs tiennent compte d'une condition, ils doivent joindre à leur souscription principale un autre bulletin modalisé par une condition contraire. SCHNEIDER et FICK <sup>1</sup> donnent un bon exemple de ce cas : une ligne de chemin de fer va être établie par une société anonyme : deux tracés sont en concurrence ; une commune souscrit des actions à la condition que le tracé A soit adopté, une autre commune souscrit le même nombre d'actions sous réserve que le tracé B soit exécuté : il est satisfait à l'article 617, al. 2, C. O., *in fine*.

<sup>1</sup> SCHNEIDER et FICK, *ad*, art. 617, C. O.

D'un autre côté, la clause par laquelle un souscripteur stipulerait que sa souscription d'actions serait annulée et que ses versements devraient lui être restitués, s'il n'obtenait pas de la société une certaine commande, serait évidemment frappée de nullité<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Voir *Journal des Tribunaux*, LVIII, pp. 359 et suiv.

---

## CHAPITRE IV

### DE L'INFLUENCE DES VICES DE CONSENTEMENT SUR LES SOUSCRIPTIONS D'ACTIONS

Ce problème mérite d'être étudié d'un peu près, car dans le domaine qui nous occupe, les dispositions du code des obligations sur le dol et l'erreur ne sont appliquées que d'une manière très restreinte par les tribunaux. Il convient donc de rendre compte ici de certaines décisions jurisprudentielles.

Lorsque nous avons précisé<sup>1</sup> quel devait être le contenu du bulletin de souscription, nous avons constaté que, pour être valable, celui-ci ne devait être accompagné d'aucune réserve ou condition; le but de la disposition légale<sup>2</sup> posant ce principe, est de mettre l'assemblée générale constitutive en présence de déclarations catégoriques, documentant d'une manière indiscutable l'engagement des souscripteurs. Ce même besoin de donner à la société anonyme une base solide a suscité une jurisprudence spéciale en matière de vices de consentement : les tribunaux ont, en effet, décidé que la déclaration de volonté du souscripteur

<sup>1</sup> Voir ci-dessus, pp. 27 et 28.

<sup>2</sup> C. O., art. 617.

demeure inattaquable, nonobstant le dol ou l'erreur dont elle est entachée. Divers auteurs ont exposé les raisons de cette jurisprudence quelque peu sévère. Nous croyons pouvoir résumer leurs arguments de la manière suivante :

La souscription d'actions, de par sa nature et surtout, eu égard à son but, ne peut pas être considérée comme une simple déclaration de volonté adressée par un particulier à un tiers. Du moment qu'elle vise à la création d'un nouveau sujet de droit, elle concerne également d'autres personnes que son destinataire, la souscription d'actions touche à la vie commerciale en général<sup>1</sup>. M. ROSSEL<sup>2</sup> va même jusqu'à lui donner un caractère d'ordre public. Dans ces conditions, on conçoit que la doctrine et la jurisprudence<sup>1</sup> s'opposent à ce que la souscription d'actions puisse être attaquée aussi aisément que s'il s'agissait d'une déclaration de volonté n'intéressant que deux particuliers. L'importance des intérêts en cause légitime à elle seule, les mesures exceptionnelles de précaution qui peuvent être prises afin de ne pas compromettre la situation financière de la société anonyme. SCHNÖRING<sup>3</sup> fait très bien remarquer que dans le domaine du droit de change, par exemple, le législateur, pour augmenter la sécurité des transactions s'est opposé à ce que l'obligation assumée par le souscrip-

<sup>1</sup> Voir STAUB, commentaire *ad*, § 189, note 25, p. 78. De son côté le Tribunal fédéral déclare que la souscription d'actions est « nicht nur eine Willenserklärung gegenüber den Gründern sondern auch gegenüber der Aktiengesellschaft und der Oeffentlichkeit ». A. T. F., vol. 32, II, p. 101, — vol. 29, II, p. 655 ; voir aussi *Reichgericht*, vol. 9, p. 38, — vol. 57, p. 299.

<sup>2</sup> ROSSEL, vol. II, p. 87.

<sup>3</sup> SCHNÖRING, p. 149.

teur d'un billet de change ou l'accepteur d'une traite, puisse être contestée avec la même facilité que n'importe quelle autre obligation. En matière de société anonyme nous nous trouvons dans un cas analogue, et la même rigueur s'impose.

Un autre argument invoqué par les auteurs allemands<sup>1</sup> et les tribunaux pour réduire l'influence des vices de consentement en matière de souscription d'actions, est la nécessité de sauvegarder le plus possible les intérêts des créanciers de la société anonyme. Or leur garantie n'est constituée que par le capital social, puisque les souscripteurs n'assument aucune responsabilité au delà de leur mise de fonds. Le crédit des sociétés anonymes serait évidemment compromis si les actionnaires avaient la possibilité à un moment donné de se faire restituer leurs apports en invoquant le dol des fondateurs ou l'erreur dans laquelle ils se trouvaient au moment de souscrire. Il faut, comme le dit très bien SIEVERS<sup>2</sup>, éviter « d'ébranler la base financière des sociétés anonymes ».

D'autres auteurs allemands enfin et spécialement JAHN<sup>3</sup> insistent sur le caractère formaliste de la procédure de

<sup>1</sup> Voir SIEBERT, p. 70; SIEVERS, dans la *Deutsche Juristen Zeitung*, année 1903, p. 88.

<sup>2</sup> SIEVERS. *Deutsche Juristen Zeitung*, année 1903, p. 88.

<sup>3</sup> JAHN, p. 40. Die Natur der Aktienzeichnung als sozialrechtlicher, nur in einer ganz speziellen Form sich äussernder Konstitutivakt rechtfertigt bei gleicher Würdigung des streng formell ausgeprägten Gründungsprozesses des Aktienvereins, dass ihre Wirksamkeit nicht auf den wahren Willen des Aktienzeichners, Mitglied zu werden, sondern nur auf den nach aussen sich als unabänderlichen verkörperten Willen des Aktienzeichners darstellenden Zeichnungsschein zurückgeführt werden muss.

constitution des sociétés anonymes et donnent une importance primordiale à la réalisation des conditions de forme prescrites par le code. Pour Jahn, la loi est satisfaite quand l'assemblée générale constitutive peut être mise en présence de bulletins valables au point de vue formel, puisque, dit-il, ces documents incorporent la volonté des souscripteurs d'une manière définitive. Pour cet auteur, la volonté réelle du souscripteur est moins à considérer que l'écrit, qui devrait être en principe son reflet fidèle. Jahn explique sa rigueur par des considérations d'opportunité et de sécurité publique.

Telles sont — brièvement résumées — les raisons développées par les auteurs qui se sont occupés de cette question. Le Tribunal fédéral s'en est manifestement inspiré dans ses jugements, lorsqu'il a été appelé à la trancher en précisant l'influence des vices de consentement sur la validité de la souscription d'actions. Notre cour suprême, en effet, a « refusé en principe et d'une façon absolue d'admettre de la part du souscripteur recherché l'exception tirée de l'erreur ou de la fraude <sup>1</sup> » ... si bien que le souscripteur « ne pourra dans la règle invoquer la fraude ou l'erreur pour se dérober au versement de sa souscription. <sup>2</sup> ». S'agissant plus spécialement de l'erreur nous devons constater que le Tribunal fédéral va plus loin que le Reichsgericht <sup>3</sup> et certains auteurs allemands <sup>4</sup> qui

<sup>1</sup> *Journal des Tribunaux*, 1924, p. 245.

<sup>2</sup> Voir *Journal des Tribunaux*, 1924, p. 227. Voir aussi BACHMANN, *ad*, art. 615, C. O., note 7, et ROSSEL, vol. II, p. 87, note 3.

<sup>3</sup> R. G., XIX, 126 ; IX, 37 ; LIV, 129 ; LVII, 292

<sup>4</sup> AVERBECK, p. 44 ; ADELMANN, p. 62 ; PINNER, *ad*, § 189, VI 2 b.

permettent au souscripteur de se prévaloir de son erreur lorsqu'il n'a pas réellement voulu souscrire, c'est-à-dire dans le cas où il a signé un bulletin de souscription alors qu'il croyait avoir en main un autre document. C'est, du reste, le seul cas où le *Reichsgericht* ait admis le souscripteur à invoquer l'erreur et il tient notamment à ce que cette exception soit irrecevable lorsque le souscripteur a signé un bulletin l'engageant pour une somme supérieure à celle qu'il avait en vue. REIS <sup>1</sup> a critiqué cette jurisprudence et proposé d'admettre ou de rejeter le moyen tiré de l'erreur du souscripteur, suivant qu'elle est essentielle ou qu'elle ne l'est pas. Pour lui, l'erreur serait essentielle lorsqu'elle porte sur une « qualité essentielle de la chose » (*wesentlich geltende Eigenschaft der Sache*, article 19, B. G. B.) c'est-à-dire, par exemple, lorsqu'elle porte sur l'essence même de la société à laquelle le souscripteur désire se rattacher, sa qualité de société anonyme par opposition à une société en commandite ou en nom collectif.

Personnellement, nous serions disposé à suivre le Tribunal fédéral qui se place au point de vue de la sécurité des transactions, d'autant plus que la loi suisse assure à l'actionnaire un recours personnel contre les fondateurs qui ont agi frauduleusement à son égard <sup>2</sup>.

Quand au dol, c'est pratiquement le vice de consentement dont les souscripteurs se prévalent le plus souvent

<sup>1</sup> REIS, pp. 49 et 50.

<sup>2</sup> Voir ci-après, p. 38.

pour se soustraire à l'exécution de l'obligation qu'ils ont contractée. Il convient de s'y arrêter également. Le dol est d'une manière générale, toute tromperie intentionnelle et contraire au droit<sup>1</sup>; plus spécialement, pour qu'il y ait dol au sens de l'article 28 C. O. une personne doit avoir eu l'intention de déterminer par ce dol la conclusion d'un contrat. Mais la variété que peuvent présenter les manœuvres dolosives est telle que les actionnaires, déçus dans leurs espérances, ont, comme on le conçoit sans peine, une tendance naturelle à accuser de tromperie ceux qui les ont convaincus de souscrire, soit en leur garantissant certains avantages, soit en leur faisant entrevoir des bénéfices importants. Aussi le Tribunal fédéral, pour prévenir des abus et empêcher que le capital actions puisse être diminué du montant des mises de fonds de certains actionnaires, a-t-il dans un arrêt déjà ancien<sup>2</sup>, décidé que l'*exceptio doli* en raison des manœuvres employées par les fondateurs ne pourrait pas être opposé à la société anonyme. Cette jurisprudence a été confirmée par la suite et l'on peut lire dans un arrêt plus récent<sup>3</sup> *dass die Zeichnung, als Kundgebung nach aussen, schlechthin verbindlich ist*. Ces décisions excluent toute application de l'article 28 C. O. et semblent consacrer une jurisprudence définitive. M. WIELAND<sup>4</sup>

<sup>1</sup> A. T. F., vol. 28, p. 718.

<sup>2</sup> A. T. F., vol. 15, p. 626, consid. 5.

<sup>3</sup> A. T. F., vol. 49, II, p. 497.

<sup>4</sup> WIELAND dans la *Schweizer. Juristen Zeitung*, vol. X, p. 217 et suiv. Le Tribunal fédéral a fait allusion à cet article dans son arrêt A. T. F., vol. 41, III, p. 147, mais sans se prononcer à cet égard.

l'a du reste critiquée et voudrait que l'exception tirée du dol puisse être opposée valablement par un actionnaire quand il n'en résulte aucun inconvénient pour les créanciers de la société.

En Allemagne, la doctrine <sup>1</sup> et la pratique des tribunaux paraissent moins rigoureuses, en ce sens qu'elles admettent la recevabilité de l'exception de dol lorsque les tromperies ont eu pour résultat de faire signer à une personne un bulletin de souscription alors qu'elle se croyait en présence d'un autre document. Mais si cette condition de fait n'est pas réalisée et si le souscripteur s'est simplement laissé circonvenir par des promesses fallacieuses, l'exception de dol sera rejetée. Le *Reichsgericht* <sup>2</sup> a décidé que les raisons pour lesquelles une personne a souscrit des actions sont indifférentes à la société anonyme, pourvu que la souscription ait été réellement voulue.

Enfin la crainte fondée sous l'empire de laquelle le souscripteur a souscrit, lui donne un moyen qu'il peut valablement opposer à la société anonyme <sup>3</sup>. La doctrine est dans ce cas beaucoup moins rigoureuse qu'en matière de dol ou d'erreur. Cela se comprend, car pour obliger son auteur, la souscription doit avoir été voulue et l'on doit avec REIS <sup>4</sup> répudier l'adage : *quamvis coactus voluit*.

<sup>1</sup> Voir REIS, p. 50.

<sup>2</sup> REICHSGERICHT. Arrêt du 4 juin 1902, dans la *Holdheims Monatschrift*, XI<sup>e</sup> année, pp. 267-268.

<sup>3</sup> En sens contraire : RING, *ad*, § 335 ; STAUB, *ad*, § 189, A. 26.

<sup>4</sup> REIS, p. 53.

SIEBERT <sup>1</sup> va même plus loin et déclare qu'en cas de *vis absoluta* il n'y a pas de souscription.

Le Tribunal fédéral n'a pas encore eu à s'occuper d'un cas pareil.

Nous devons enfin consacrer quelques mots à la souscription simulée. D'une manière générale, il y a simulation lorsque les parties sont d'accord pour ne pas donner à leur volonté exprimée les effets qu'elle devrait avoir naturellement et normalement <sup>2</sup>. Or, si nous nous reportons à la jurisprudence suisse étudiée plus haut et si nous nous rappelons les principes dont s'inspirent les tribunaux en matière d'interprétation de la volonté du souscripteur d'actions, nous ne pensons pas que le moyen tiré de la simulation puisse être déclaré recevable. Ici aussi l'accord des parties est une de ces « conventions spéciales conclues entre les fondateurs et les souscripteurs, mais qui ne peuvent être opposées à la société anonyme » <sup>3</sup>. Celle-ci, une fois constituée sur la base de bulletins de souscription dûment libellés et signés, a un droit absolu au paiement du solde des souscriptions et elle n'a pas à tenir compte des modalités qui peuvent avoir été convenues avec les fondateurs. Les hommes de paille sont, dans tous les pays, considérés comme de véritables souscripteurs <sup>4</sup>.

<sup>1</sup> SIEBERT, p. 69.

<sup>2</sup> A. T. F., vol. 32, p. 692; vol. 20, p. 1084; vol. 30, p. 500.

<sup>3</sup> R. G., 28, p. 76. Vereinbarungen der Zeichner untereinander bezw. mit dritten Personen kommen für das Rechtsverhältnis zwischen Zeichnern und Aktiengesellschaft nicht in Betracht.

<sup>4</sup> Voir AVERBECK, p. 43. R. G., vol. 28, p. 77.

Notre étude sur l'influence des vices de consentement aboutit ainsi à des conclusions qui peuvent paraître bien sévères. Cependant la rigueur des principes appliqués par les tribunaux ne prive pas le souscripteur de tout moyen. Nous avons déjà réservé son recours personnel contre ceux qui ont usé de manœuvres dolosives à son égard. D'autre part, les fondateurs, s'ils sont en faute, sont toujours recherchables sur le terrain de l'acte illécite (C. O., art. 41) et de la responsabilité spéciale prévue par le C. O. pour ceux qui ont coopéré à la fondation d'une société anonyme (C. O., art. 671) ou à l'augmentation du capital social (C. O., art. 672) en formulant ou en répandant sciemment dans des circulaires ou des prospectus, des assertions mensongères. Il y a ainsi dans la loi un palliatif à la dureté apparente des décisions jurisprudentielles.

En résumé, nous dirons que les conceptions juridiques modernes s'opposent à ce que les souscripteurs puissent exciper du dol ou de l'erreur dont ils sont victimes, pour se libérer des obligations qu'ils ont contractées en souscrivant. Le but poursuivi par les tribunaux est d'éviter, dans la mesure du possible, qu'il soit porté atteinte à la stabilité financière de la société anonyme, mais cette jurisprudence ne s'oppose pas à ce que les souscripteurs recherchent personnellement ceux qui les ont circonvenus<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Le *Reichsgericht* cité par SIEVERS (*Deutsche Juristen Zeitung*, 1903, p. 88) a justement proclamé : *Der Betrogene mag den Betrüger persönlich in Anspruch nehmen, seine Beteiligung bei der Gesellschaft darf er nicht in Frage stellen und damit ihre kapitalistisch Grundlage erschüttern.*

## CHAPITRE V

### DU MOMENT DE LA SOUSCRIPTION D'ACTIONS

Le temps pendant lequel les souscriptions peuvent être faites valablement en vue de la constitution de la société anonyme est facilement déterminable. Les souscriptions devant se référer au projet de statuts et au prospectus ne peuvent avoir lieu avant la rédaction de ceux-ci. L'*initium* du délai de souscription sera donc le moment où les fondateurs, ayant terminé leur travail préparatoire, s'adressent au public. Les souscriptions antérieures à ce moment sont en principe nulles, parce qu'elles ne peuvent contenir les références exigées par l'article 617, al. 5, C. O.

Toutefois, suivant la jurisprudence du Tribunal fédéral, il peut être remédié à cette nullité par la participation du souscripteur à l'assemblée générale constitutive et par l'exercice des droits de sociétaire <sup>1</sup>. Notre Cour suprême n'a pas interprété d'une manière formaliste l'article 617, C. O., qui, dit-elle <sup>2</sup>, ne tient aucun compte des nécessités d'ordre pratique. Il a jugé <sup>3</sup> que l'absence de

<sup>1</sup> A. T. F., vol. 15, II, p. 628, consid. 5. — A. T. F., vol. 33, II, p. 164.

<sup>2</sup> A. T. F., vol. 41, II, p. 588, consid. 2.

<sup>3</sup> A. T. F., vol. 33, II, p. 162, consid. 2.

référence aux statuts n'entraîne pas la nullité radicale de la souscription. Le vice résultant de cette omission peut être couvert postérieurement par le souscripteur s'il fait acte de sociétaire, par exemple, s'il participe à l'assemblée générale. En effet, au moment où la souscription a lieu, les statuts n'existent pas encore, ce n'est que lors de l'assemblée générale qu'ils sont définitivement adoptés. Si le souscripteur participe à cette assemblée générale, il indique par là plus clairement que ne le pourrait faire une référence aux statuts contenue dans la souscription, qu'il entend faire partie de la société dans la forme qui lui est donnée par l'adoption des statuts.

Dans un autre arrêt<sup>1</sup> le Tribunal fédéral a déclaré qu'il n'y avait pas de motif de changer cette jurisprudence qui tranche une question si importante de la vie pratique et qui tient compte des besoins des affaires. L'interprétation adoptée par le Tribunal fédéral est, du reste, conciliable avec le texte de l'article 615, alinéa 2 C. O. (actuellement art. 617). La nullité visée par cette disposition n'est pas nécessairement une nullité absolue et irrémédiable, elle peut n'avoir qu'une portée relative dans le sens de l'article 31 ou des articles 230 et 525 C. O. de telle sorte que le vice sera couvert lorsque celui qui a le droit de s'en prévaloir valide la souscription attaquable en montrant par des actes concluants qu'il renonce à invoquer l'irrégularité (Voir Oser, ad. art. 20, ch. V ; et ad. art. 31, ch. III).

Le moment de l'expiration du délai de souscription est

<sup>1</sup> A. T. F., vol. 41, II, p. 589.

généralement déterminé par le prospectus. En cas de silence de ce dernier, il résulte de la nature même de la souscription d'actions, dont le but est de déterminer le montant de la participation de chacun des futurs actionnaires à la constitution du capital-actions. L'intégralité de ce dernier étant assurée aux fondateurs, toute souscription postérieure est superflue, donc nulle, sauf les dispositions spéciales du prospectus en cas de sursouscription. Pour être valable, la souscription doit ainsi parvenir au plus tard aux fondateurs avant la décision de l'assemblée générale constatant l'intégralité de la souscription.

---

## CHAPITRE VI

### DU RETRAIT DE LA SOUSCRIPTION

La théorie générale du droit qualifie de retrait ou de révocation, l'acte juridique unilatéral, consistant dans la déclaration de volonté qu'une personne adresse à une autre aux fins d'empêcher un acte juridique. Dans le cas qui nous occupe, le retrait de la souscription n'est pas autre chose que l'acte par lequel une personne annule sa souscription.

Pour être efficace, le retrait doit réaliser deux conditions : il doit être déclaré par l'auteur de la souscription ou par un représentant autorisé, — il doit parvenir aux mêmes destinataires. Les souscripteurs peuvent employer les moyens qu'ils jugent les plus opportuns à cet effet.

La forme du retrait est indifférente ; la théorie générale des obligations consacre ce principe, encore que le retrait porte sur une déclaration dont la validité est subordonnée à la forme écrite.

Le contenu du retrait peut être différent suivant les cas, partiel ou total. Mais il doit toujours viser exactement la souscription que son auteur entend annuler et s'exprimer clairement sur sa portée.

La question de l'époque du retrait se résoud par appli-

cation de la règle de l'article 9 C. O. Pour être opérant il doit parvenir au destinataire avant la souscription ou en même temps. Le Tribunal fédéral <sup>1</sup> a jugé que le retrait est parvenu au destinataire lorsque ce dernier a la possibilité d'en prendre connaissance.

<sup>1</sup> A. T. F., vol. 25, p. 469.

---

## CHAPITRE VII

### DE LA NATURE JURIDIQUE DE LA SOUSCRIPTION D' ACTIONS. HISTORIQUE

Dérivée du contrat de commande, puis de la société en commandite, la société anonyme en a incontestablement conservé certains caractères, dont le principal nous paraît être l'exploitation par des tiers d'un capital qui leur a été confié, et dont les propriétaires perçoivent une part des revenus, sans contribuer activement à sa mise en valeur.

L'apport financier, au début, n'était le fait que d'un particulier (contrat de commande), mais à un moment donné, l'extension des affaires a provoqué la création de sociétés dans lesquelles plusieurs personnes investirent leurs fonds. Notamment, l'exploitation des richesses découvertes dans le Nouveau Monde et les relations naissantes avec les Indes furent l'occasion d'un développement extraordinaire des entreprises coloniales et maritimes, auxquelles chacun voulut participer. De puissantes organisations financières surgirent en Italie, en Hollande, en Espagne et permirent au commerce de ces pays de prendre l'envergure que l'on sait. Ce nouveau genre de groupements économiques, sous forme d'associations de capi-

taux ne cessa de se généraliser jusqu'à nos jours et se révéla, ainsi que le fait remarquer M. Charles GIDE <sup>1</sup> « comme étant à la fois la manifestation et la condition d'une des évolutions les plus caractéristiques de notre époque, le passage de la petite production à la grande production ».

Mais ce changement profond des circonstances et des conditions dans lesquelles le capital s'associa à l'élément « travail » entraîna avec lui la modification de la nature du rapport juridique entre les bailleurs de fonds et les commandités, dont les relations réciproques devinrent de moins en moins fréquentes. L'*intuitus personæ* que l'on considérait comme un élément principal du contrat de société perdit de son importance et finalement ne joua plus aucun rôle ; le capital, par contre, s'affirma comme une valeur en soi, indépendante de la personne qui le possède : il devint anonyme.

Il est fort suggestif à cet égard de se reporter, à l'histoire de la banque San Giorgio de Gênes, que l'on considère comme la première société anonyme. Au xvi<sup>e</sup> siècle les commanditaires de cet établissement étaient devenus si nombreux que l'on ne pouvait plus songer à la résiliation du contrat qui unissait les associés lorsque l'un d'eux mourait ou tombait en faillite. Pour parer à cet inconvénient, les hommes d'affaires de cette époque estimèrent que le moyen le plus pratique consistait à diviser le capital de la banque en un certain nombre de parts, lesquelles seraient représentées par des titres transmis-

<sup>1</sup> CH. GIDE, p. 189.

sibles et sur lesquelles les créanciers de leurs titulaires pourraient agir par voie d'exécution forcée. On créa ainsi 20.400 titres de 25 *scudi* chacun, qui eurent nettement le caractère de ce qu'on appelle aujourd'hui des *actions*.

Ce bref rappel historique a pour but de rendre sensible la modification profonde qui s'est opérée dans la nature des relations entre les chefs d'entreprises et leurs bailleurs de fonds. L'*animus societatis* a disparu. L'acte par lequel une personne désire s'intéresser au développement d'une affaire comme la banque San Giorgio ne se caractérise plus comme la conclusion d'un contrat de société. La personnalité de l'apporteur devient un élément secondaire, sa contribution financière par contre est prédominante; dans ce nouveau genre d'association, le capitalisme a trouvé une formule qui lui convient, une formule moderne.

L'histoire des théories qui ont été émises pour expliquer et construire juridiquement la souscription d'actions nous a paru particulièrement apte à faire saisir cette évolution de la doctrine, qui peu à peu s'est accoutumée à concevoir la société anonyme comme une entité originale, nettement indépendante des individus qui contribuent à sa constitution.

Dans ses considérations générales sur ce développement du droit, WACHTEL<sup>1</sup> a fort bien exposé que celui qui actuellement cherche à se documenter sur la souscription d'actions se trouve en présence de deux groupes d'auteurs : ceux qui veulent expliquer la souscription

<sup>1</sup> WACHTEL, p. 2.

d'actions par des formules classiques, c'est-à-dire au moyen de différents contrats empruntés au droit romain, et ceux qui, au contraire, voient dans la souscription d'actions une figure juridique nouvelle et cherchent à l'expliquer en la situant dans son milieu (la société anonyme) et en lui appliquant des règles propres au droit des sociétés.

Sans nous attarder davantage à ces conjectures, nous allons passer en revue les différents auteurs qui se sont occupés de la souscription d'actions. Nous exposerons ces théories d'après leur contenu, plutôt que par ordre chronologique.

#### SOUS-CHAPITRE PREMIER

##### Etudes des anciennes doctrines.

#### SECTION I. — Des auteurs qui voient dans la souscription d'actions un contrat de société.

a) JOLLY <sup>1</sup> estime que la souscription d'actions perfectionne la conclusion d'un contrat de société entre les fondateurs et les souscripteurs. L'offre émane de ces derniers, elle est acceptée par les premiers. Le contrat est parfait au moment où le souscripteur est avisé de l'ac-

<sup>1</sup> JOLLY « Das Recht der Aktiengesellschaft » dans la *Zeitschrift für deutsches Recht*, vol. XI, pp. 317 et suiv. (année 1847).

ception de son offre et le but de la société ainsi formée est la constitution de la société anonyme proprement dite.

Pour Jolly, le contrat conclu est un contrat bilatéral. L'objet de l'obligation des fondateurs peut consister uniquement dans le déploiement d'une activité suffisante pour mettre sur pied la société anonyme, ou bien également dans la promesse d'un apport sous forme de souscription d'actions. La prestation du souscripteur sera une contribution plus ou moins importante en vue de constituer le capital actions.

Plus spécialement, Jolly considère que chaque souscripteur est lié, non pas seulement envers les fondateurs, mais aussi vis-à-vis des autres souscripteurs en ce sens que chaque personne qui a souscrit devient membre de la société dont le but est la création de la société anonyme. Le souscripteur après la souscription prend ainsi la qualité de fondateur lui aussi.

Jolly estime enfin que la société anonyme est simplement la continuation de la société formée entre souscripteurs et fondateurs et que les droits de celle-ci passent à la société anonyme en vertu d'une cession fictive (*fingierte Zession*).

La réfutation de cette théorie est aisée. RENAUD <sup>1</sup> le premier a mis en doute l'existence d'une société de souscripteurs constituée par des personnes qui s'ignorent et dont le nombre est indéterminé. Il fait remarquer que l'intention du souscripteur n'est pas de se lier vis-à-vis des autres souscripteurs, — dès lors, où Jolly voit-il un *animus socie-*

<sup>1</sup> RENAUD. Das Recht der A. G., 1873, p. 226.

*tatis* quelconque ? En outre, si l'on était vraiment en présence d'une société, la mort d'un associé devrait mettre fin au contrat, ce qui ne laisserait pas d'être peu pratique. Sans doute, les prospectus et les bulletins de souscription pourraient-ils contenir une clause spéciale à cet égard, mais était-ce le cas au temps de Jolly ? Nous ne pouvons pas non plus voir dans la société anonyme un être juridique qui continue purement et simplement l'existence de la prétendue société des souscripteurs et des fondateurs <sup>1</sup>. Une société et une personne juridique sont des entités trop différentes dans leur essence même pour que cette assimilation puisse être admise.

Nonobstant ces erreurs nous devons reconnaître que Jolly a tout de même le grand mérite d'avoir essayé, le premier, de construire juridiquement la souscription d'actions.

b) WITTE <sup>2</sup> propose une théorie qui se rapproche beaucoup de celle de Jolly. Pour lui, la souscription est aussi un acte juridique qui perfectionne la conclusion d'un contrat de société. Toutefois l'offre, à son avis, émane des fondateurs et le contrat se conclut par la souscription d'actions, qui prend ainsi le caractère d'une acceptation. Le transfert à la société anonyme des droits acquis par la société des fondateurs et des souscripteurs se fait également en vertu d'une cession fictive, construction à l'égard de laquelle nous avons à faire bien des réserves.

<sup>1</sup> Le R. O. H. G. avait admis ce point de vue, vol. 4, p. 313 ; — vol. 7, p. 271 ; — vol. 11, p. 381.

<sup>2</sup> WITTE. *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, vol. VIII, pp. 21 et suiv.

En effet, il nous paraît peu pratique d'opérer avec la cession puisque l'opposition d'un seul intéressé (souscripteur) la rendrait impossible <sup>1</sup>. En outre qu'est-ce qu'une cession fictive? Witte rappelle bien que les souscripteurs n'agissent qu'en vue de la constitution de la société anonyme, mais ce fait suffit-il pour expliquer et justifier la fiction en vertu de laquelle s'opère la cession des droits de la société des fondateurs et des souscripteurs à la société anonyme? Nous ne le pensons pas. A ce propos HOFFMANN <sup>2</sup> fait justement remarquer qu'on pourrait alors accorder à une société de bienfaisance une action juridique pour se faire délivrer les fonds recueillis à son intention par un groupe de personnes bien intentionnées. Or cela paraît singulièrement osé.

Indépendamment de ce qu'il y a de téméraire dans la construction proposée par Witte, on peut faire en substance à la théorie de cet auteur les mêmes critiques que nous venons d'adresser à celle de Jolly.

c) PRIMKER <sup>3</sup> se distingue des auteurs dont nous venons d'analyser les théories en ce sens que, pour lui, tant que le capital social n'est pas complètement souscrit, seul un *pactum de ineunda societate* unit juridiquement les souscripteurs entre eux. Par la conclusion de ce pacte, les contractants s'obligent réciproquement à faire un apport à la future société anonyme, puis à accepter les décisions

<sup>1</sup> Voir REGELSBERGER, p. 53.

<sup>2</sup> HOFFMANN, p. 23.

<sup>3</sup> PRIMKER. Die Aktiengesellschaft, dans le *Handbuch des deutschen Handelsrechts* de ENDEMANN, vol. I, 1884.

de l'assemblée générale constitutive <sup>1</sup>. Les fondateurs, eux, ne sont liés par le *pactum de ineunda societate* que dans la mesure où ils souscrivent des actions. En dehors de ce cas, leur situation est celle d'intermédiaires.

D'autre part, Primker estime que dès que le capital social est intégralement souscrit, il se forme entre les souscripteurs, mais par un procédé qui nous échappe, une véritable société à laquelle l'inscription au registre du commerce confère *ipso facto* les caractères de la société anonyme.

Indépendamment de ce qu'a d'artificiel cette transformation successive du rapport juridique qui unit les souscripteurs, il nous semble qu'ici encore les critiques de Renaud portent en plein, car on se demande, tout naturellement comment il se fait que Primker puisse voir un contrat bilatéral, une société, dans le concours des déclarations de volonté émanant de personnes qui ne se connaissent pas et qui pratiquement n'ont qu'un but : la constitution d'une entité juridique nouvelle. En outre, l'enregistrement d'une société ne suffit pas pour en faire une personne juridique, il faut encore que les associés aient manifesté leur volonté de s'organiser corporativement. C'est ici l'occasion de rappeler que GIERKE <sup>2</sup> a justement proclamé le principe qu'une personne morale en formation ne peut jamais être une société (*Eine werdende Körperschaft als solche kann nie eine Societas sein*). En effet,

<sup>1</sup> PRIMKER, p. 342.

<sup>2</sup> GIERKE. *Genossenschaftstheorie*, p. 129, rem 2.

la société est un contrat, un rapport juridique, tandis qu'une personne morale est un sujet de droit <sup>1</sup>.

d) DERNBURG <sup>2</sup>. Il nous paraît également intéressant de mentionner ici l'opinion de cet auteur qui, bien que plus récent que Jolly et Witte, n'attribue qu'à l'égard des tiers, la qualité de personne morale à la société anonyme et ne lui reconnaît un caractère corporatif, une existence propre comme sujet de droit, que lorsqu'elle déploie une activité juridique, c'est-à-dire lorsqu'elle s'engage vis-à-vis des tiers ou contracte avec eux. Mais c'est tout.

Au point de vue de sa structure interne notamment, la société anonyme est, pour Dernburg, une simple société, constituée primitivement par les seuls fondateurs. Les statuts rédigés par eux sont donc un document purement contractuel. Par l'envoi des prospectus, les fondateurs invitent le public à souscrire et la souscription d'actions est l'adhésion d'une tierce personne au contrat de société primitif. Lorsque le capital social est intégralement souscrit, la société anonyme se trouve constituée.

La théorie de Dernburg prête le flanc aux mêmes objections que les précédentes.

e) THOEL <sup>3</sup> opère aussi avec un contrat de société ou plus exactement avec une succession de contrats conclus au fur et à mesure que les bulletins de souscription parviennent aux fondateurs. Il estime, en effet, que chaque souscription détermine la conclusion d'un contrat de société

<sup>1</sup> Voir VON GARSSEN, p. 46.

<sup>2</sup> DERNBURG. *Preussisches Privatrecht*, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, p. 604 et suiv.

<sup>3</sup> THOEL. *Handelsrecht*, vol. I, Leipzig, 1875.

entre le nouveau souscripteur, d'une part, et, d'autre part, les fondateurs et les souscripteurs déjà membres de la société. Chaque souscription subséquente a pour effet de résilier l'ancien contrat et d'en conclure un nouveau qui le remplace. De contrat en contrat, la société primitive devient plus importante jusqu'au moment où enfin le capital social est intégralement souscrit. Par l'inscription au registre du commerce de la dernière société, se constitue la société anonyme proprement dite.

Bien que Thœl se soit efforcé d'analyser la réalité, sa théorie ne nous semble pas heureuse : elle est trop compliquée et, comme nous le verrons plus loin, la société anonyme ne doit pas sa naissance à un complexe ou à une succession de contrats, mais bien à un acte unique.

1) WIENER <sup>1</sup> présente aussi une théorie qui doit résoudre le problème de la souscription d'actions, au moyen d'un contrat de société dont les parties sont uniquement les souscripteurs, lesquels s'obligent les uns envers les autres à verser une partie déterminée du capital social et à créer un nouveau sujet de droit. PRIMKER <sup>2</sup>, on s'en souvient, ne parle que de l'acceptation des décisions prises par l'assemblée générale constitutive.

Wiener admet aussi qu'à l'occasion de la souscription d'actions il puisse se conclure des conventions spéciales entre les souscripteurs et les fondateurs, mais il leur donne un caractère accessoire (*Nebenabreden*), car, dit-il,

<sup>1</sup> WIENER. *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, vol. XXIV, pp. 1-63 et vol. XXVI, p. 49.

<sup>2</sup> PRIMKER. Voir ci-dessus, p. 50.

si les fondateurs étaient parties au contrat principal, la société qui leur succéderait en tous droits et obligations à l'égard des souscripteurs, pourrait se voir opposer les exceptions de ces derniers contre les fondateurs, en application des principes qui régissent la subrogation et la stipulation pour autrui. Or il est contraire aux intérêts de la société anonyme et de la sécurité transactionnelle qu'un souscripteur, appelé à libérer le solde impayé de ses actions, puisse refuser d'exécuter son obligation à l'égard de la société anonyme, sous prétexte que les fondateurs ont obtenu sa souscription par dol ou par d'autres moyens qui vicièrent son consentement.

Pour Wiener, donc, la société anonyme naît du contrat qui se conclut entre les seuls souscripteurs. Il estime aussi qu'il n'est pas besoin d'avoir recours à une cession réelle ou fictive pour expliquer le droit de la société anonyme aux versements déjà opérés entre les mains des fondateurs ou d'une banque, car l'intention des souscripteurs est d'affecter à la future société anonyme les sommes qu'ils ont confiées au comité d'initiative ou à des tiers désignés par lui. C'est malheureusement le seul point intéressant de la théorie de Wiener qui, par ailleurs, prête à de sérieuses critiques : elle force en effet la réalité en supposant chez les souscripteurs une intention qui leur est étrangère : celle d'entrer réciproquement en relations contractuelles. En outre, l'échange des déclarations de volonté qui a lieu entre les fondateurs et les souscripteurs n'a pas un caractère accessoire, tout au contraire, c'est l'entente préalable du comité d'initiative et des personnes disposant de fonds à investir dans une entre-

prise qui prépare et conditionne la création de la société anonyme. Cette interprétation, à notre sens erronée, des faits en présence desquels on se trouve nous oblige à rejeter la théorie de Wiener.

## SECTION 2. — De la souscription d'actions envisagée comme un mandat.

BRINKMANN <sup>1</sup> a cherché à construire la souscription d'actions sur une autre base juridique qu'un contrat de société. Pour lui, le contrat qui lie les fondateurs aux souscripteurs est un mandat, et le prospectus a pour but d'inviter le public à conférer aux fondateurs la mission et le soin de trouver des autres souscripteurs jusqu'au moment où tout le capital social sera réuni. Les fondateurs sont donc des conseillers (*Ratgeber*), par l'intermédiaire desquels les souscripteurs entrent en relations. Pour Brinkmann, l'invitation à souscrire n'émane pas des fondateurs, mais bien des souscripteurs, représentés par eux il est vrai, pour cette activité spéciale.

D'autre part, dans leurs relations internes, les souscripteurs sont liés par un *pactum de contrahendo*. L'offre émane du premier souscripteur, lequel agit pour compte de la société future. Chaque souscripteur subséquent accepte cette offre et devient à son tour *Proponent*. Les fondateurs ne sont parties au *pactum de contrahendo* que dans la mesure où ils souscrivent eux-mêmes des actions.

<sup>1</sup> BRINKMANN. *Lehrbuch des Handelsrechts*, 1832, pp. 241 et suiv.

L'essai de Brinkmann n'est pas de nature à nous donner satisfaction. En effet, les fondateurs ne gèrent pas l'affaire d'autrui en répandant leur prospectus. L'activité qu'ils déploient est, au contraire, leur fait propre, et leur intérêt, plus encore qu'un mandat, les pousse à réunir les souscriptions nécessaires pour constituer la société anonyme.

Au surplus, les fondateurs ne s'obligent pas à recueillir les souscriptions, comme le prétend Brinkmann, et cette intention, dans le doute, ne peut pas se présumer. Enfin si l'on examine la manière dont la plupart des prospectus sont rédigés, on remarquera que les fondateurs n'assument aucun engagement en ce qui concerne l'intégralité de la souscription du capital-actions. Réciproquement, la volonté du souscripteur est uniquement d'investir des fonds dans une affaire, l'idée du mandat lui est étrangère<sup>1</sup>. Ce ne sont pas les souscripteurs d'actions qui ont l'initiative de la constitution de la société, ils se bornent à y contribuer. L'idée de la création de la société anonyme est antérieure à leur intervention : elle émane des fondateurs qui agissent *motu proprio*. Enfin, nous devons écarter l'idée d'un mandat, parce que jamais les souscripteurs ne sont tenus de rembourser aux fondateurs leurs impenses en cas de tentative infructueuse pour constituer la société anonyme. Nulle part les fondateurs ne peuvent intenter aux souscripteurs une *actio mandati contraria*.

<sup>1</sup> A cet égard Schulze dit très bien (p. 24) : *es liegt dem Zeichner auch voellig fern, mit seiner Zeichnung einen Mandat erteilen zu wollen.*

L'essai de Brinkmann est intéressant dans la mesure où cet auteur cherche une solution en dehors du contrat de société, mais nous ne croyons pas que la notion du mandat puisse à elle seule expliquer la nature juridique de la souscription d'actions.

### SECTION 3. — De la souscription d'actions envisagée comme une vente.

AUERBACH <sup>1</sup> est l'auteur qui nous paraît avoir professé les idées les plus fantaisistes en matière de souscription d'actions. Il l'explique au moyen d'un contrat de vente entre les fondateurs et les souscripteurs, dans lequel la chose est la participation à la société anonyme en formation et le prix, le cours d'émission des actions. Ce contrat, sanctionné par les actions *empti et venditi*, est conclu par les fondateurs agissant en qualité de gérants d'affaires de la société, laquelle ratifie la gestion en appelant les souscripteurs à opérer leurs versements. Le droit aux sommes remises aux fondateurs passe à la société anonyme en vertu d'une cession fictive.

Auerbach a immédiatement été pris à partie et critiqué par GOLDSCHMIDT <sup>2</sup>. Il est clair, en effet, que les fondateurs en répandant leur prospectus ne gèrent pas l'affaire d'autrui, ni surtout celle d'une personne dont l'existence est encore problématique. C'est ce qu'exprime fort bien

<sup>1</sup> AUERBACH, pp. 230 et suiv.

<sup>2</sup> GOLDSCHMIDT. *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, vol. 3, p. 638 et suiv.

M. VIVANTE<sup>1</sup> dans le passage suivant : « Les fondateurs, écrit-il, ne peuvent pas... se considérer comme gérants d'affaires. En effet, celui qui agit comme tel fait des actes essentiellement conservatoires et d'ordre administratif, que l'intéressé aurait accompli lui-même s'il l'avait pu ; en outre, le gérant d'affaires a droit au remboursement de ses frais, si l'affaire apparaissait avantageuse lorsqu'elle a été commencée. Mais les actes des fondateurs ne peuvent pas être considérés comme des actes d'administration ou conservatoires, ni être présumés conformes à la volonté de l'intéressé, puisqu'ils visent à créer un être qui n'existe pas encore. Au surplus, le droit des fondateurs au remboursement de leurs frais ne dépend pas, comme dans les actes de gestion, du caractère opportun de l'initiative prise par le gérant, mais du résultat de leurs démarches, c'est à-dire de la constitution de la société, et ce sont là des considérations incompatibles avec la nature de la gestion d'affaires. »

D'aucuns<sup>2</sup> ont voulu assimiler la situation de la société anonyme en formation à celle d'un enfant conçu, mais cette comparaison n'est pas raison, car si l'enfant conçu peut avoir un représentant, c'est en vertu d'une disposition expresse de la loi, qui manque en matière de société anonyme.

Il nous paraît également inadmissible de considérer comme une chose pouvant faire l'objet d'une vente le droit de faire partie d'une personne juridique en formation,

<sup>1</sup> VIVANTE, p. 454, traduction libre.

<sup>2</sup> WERNER, p. 35.

puisqu'il ne s'agit pas là d'un élément de fortune, ni d'une valeur dépendant du patrimoine des fondateurs ou susceptible d'y entrer. Cette qualité de membre de la société anonyme échoit au souscripteur par l'effet de l'acte collectif qui intervient à l'assemblée générale constitutive, c'est une acquisition de droit originaire et non pas dérivée comme pourrait le faire croire la théorie d'Auerbach. Enfin, l'intention de conclure un contrat d'échange au sens large du mot, fait complètement défaut aux souscripteurs. Elle ne résulte pas non plus des circonstances, étant donné que les versements opérés ne profitent pas aux fondateurs.

En un mot, la théorie d'Auerbach nous paraît devoir être rejetée car les éléments de la souscription d'actions sont vraiment trop différents de ceux d'un contrat de vente.

#### SECTION IV. — De la souscription d'actions envisagée comme un contrat bilatéral innommé.

a) LABAND<sup>1</sup> voit dans la souscription d'actions un contrat bilatéral innommé, suivant le type *do ut facias*, qui se conclut entre les souscripteurs et les fondateurs. Ces derniers s'obligent à faire tout ce qui est nécessaire pour que les souscripteurs deviennent membres de la société anonyme. Là est le *facere*. De leur côté, les souscripteurs s'obligent à faire un certain versement, là réside le *dare*. D'après Laband, l'offre émane des fondateurs, elle est contenue dans le prospectus. Le contrat innommé se forme par l'ac-

<sup>1</sup> LABAND, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, VII, pp. 620 et suiv.

ceptation de l'offre, c'est-à-dire par la souscription d'actions. L'obligation assumée par les souscripteurs, d'abord vis-à-vis des fondateurs, passe à la société anonyme en vertu d'une cession qui légitime cette dernière à exiger des souscripteurs le versement du solde de leur souscription, en cas de libération partielle des actions.

Le reproche que nous ferons à cette théorie de Laband, c'est de ne pas analyser avec assez de minutie les faits tels qu'ils résultent de la vie commerciale, car on ne saurait trop le dire, sauf stipulation contraire du prospectus, les fondateurs ne s'obligent à rien envers les souscripteurs, dès lors il ne peut y avoir de contrat bilatéral. VIVANTE<sup>1</sup> dit très bien qu'il serait absurde d'admettre que l'obligation assumée par les souscripteurs correspond à celle des fondateurs de réclamer les 3/10 (en Suisse le 1/5) de la valeur des actions, de convoquer l'assemblée générale constitutive et éventuellement d'apporter des biens en nature. Il n'y a pas échange des prestations dues. Celles-ci ne passent pas du patrimoine d'un contractant dans celui de l'autre, mais elles sont stipulées dès l'origine au bénéfice de la société en formation. Pour le surplus nous renvoyons à la critique que nous avons faite plus haut<sup>2</sup> de la cession en vertu de laquelle la société anonyme serait aux droits des fondateurs à l'égard des versements des souscripteurs.

b) HAHN<sup>3</sup> sans beaucoup améliorer la théorie de Laband, la corrige en ce sens que, pour lui, la souscription d'actions

<sup>1</sup> VIVANTE. *Diritto commerciale*, vol. II, p. 455.

<sup>2</sup> Voir ci-dessus, p. 50.

<sup>3</sup> HAHN. *Ueber die aus der Zeichnung von Aktien hervorgehenden Rechtsverhältnisse*, 1874.

est un contrat bilatéral innommé du genre *facio ut facias*. D'une part, les souscripteurs s'obligent non pas seulement à verser aux fondateurs une certaine somme pour contribuer à la constitution du capital social, mais aussi à prendre part à l'assemblée générale, soit activement en participant aux votations, soit passivement en acceptant les résolutions prises. Ainsi donc, pour Hahn, la souscription d'actions confère aux fondateurs le droit d'exiger de leurs co-contractants une collaboration qui se manifesterà, non seulement par l'apport d'un capital, mais aussi par une participation aux opérations de constitution de la société anonyme, idée nouvelle et dont, nous le verrons, la doctrine moderne s'inspire largement. Les fondateurs, d'autre part, s'obligent principalement à réunir les souscriptions nécessaires pour constituer le capital actions, plus spécialement ils s'engagent aussi envers chaque souscripteur à tenir compte de sa souscription lors de la répartition des actions.

Hahn estime que l'obligation assumée par les fondateurs est d'une importance telle, que les souscripteurs ont une action pour les contraindre à poursuivre ceux des souscripteurs qui refuseraient d'opérer les versements qu'ils se sont obligés à faire. Il sanctionne aussi par une action le droit de chaque souscripteur de faire partie de la société anonyme. Ajoutons que, pour cet auteur, les souscripteurs ne sont liés entre eux par aucun rapport juridique et que le transfert à la société anonyme des droits acquis aux fondateurs sur le premier versement se produit en vertu d'une cession, dont nous avons déjà montré plus haut l'inadmissibilité<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Voir ci-dessus p. 50.

Ce qu'on peut surtout objecter à la théorie de Hahn, c'est d'opérer avec un contrat dont le contenu est beaucoup trop vaste et qui, par-là même, dépasse la réalité.

SECTION V. — De la souscription d'actions envisagée  
comme un « *pactum in favorem tertii* ».

a) RENAUD <sup>1</sup>, comme les autres auteurs de son époque, estime que la souscription d'actions s'explique par une formule contractuelle ; mais son système offre une double originalité en ce sens que le contrat qui se perfectionne entre les fondateurs et les souscripteurs est, d'une part, unilatéral, c'est-à-dire qu'il oblige les seuls souscripteurs, sans imposer de contre-prestation aux fondateurs, et que, d'autre part, il déploie ses effets directement à l'égard de la société anonyme, qui, pour Renaud, est une *persona incerta* au moment de la conclusion du contrat.

Le premier point de la théorie de Renaud présente un réel intérêt car, en mettant en relief le caractère unilatéral de la souscription d'actions, cet auteur a ouvert la voie aux doctrines modernes, qui s'appliquent de plus en plus à isoler cette déclaration de volonté des circonstances et conditions dans lesquelles elle se manifeste, et considèrent les diverses souscriptions d'actions comme autant d'actes juridiques indépendants, mais dont le concours à un moment donné provoque le consentement collectif et *sui generis* qui donne naissance à la personne morale. La

<sup>1</sup> RENAUD. *Das Recht der Aktiengesellschaft*, 1875, p. 221 et suiv.

construction proposée par Renaud constitue ainsi, en quelque sorte, le trait d'union entre les solutions anciennes et modernes du problème qui nous occupe.

La deuxième partie de la théorie de Renaud est plus discutable, mais pour comprendre le souci avec lequel cet auteur s'est efforcé de construire au moyen de la stipulation pour autrui, un lien de droit immédiat entre la société anonyme et le souscripteur d'actions, il faut se souvenir qu'à son époque, de nombreuses législations<sup>1</sup> interdisaient aux fondateurs de réclamer et même d'accepter la libération du capital-actions avant la constitution de la société anonyme. Dans ces conditions, le problème de la souscription d'actions se présentait autrement qu'en droit suisse, par exemple, où le versement effectif du 20 0/0 au moins du capital-actions est une des conditions *sine quâ non* de la mise sur pied de la société anonyme. En Allemagne, la construction de Renaud devait expliquer que les fondateurs, sans être les représentants à un titre quelconque de la société anonyme, pussent conclure avec les souscripteurs une convention qui obligèât ces derniers directement envers le futur sujet de droit, et sans qu'eux-mêmes (fondateurs) aient la faculté d'exiger l'exécution de l'obligation assumée. Pour justifier sa théorie, Renaud invoque des considérations de nécessité en raison des circonstances spéciales dans lesquelles on se trouve. Il rappelle aussi qu'en droit romain déjà<sup>2</sup>, à titre

<sup>1</sup> *Ungar. Gesetzes Artikel*, XVIII, § 59; *Bernisch. Gesetz über A. G.*, art. 8 Abs. 3. *Oesterr. Vereinsgesetz von 1852*, § 12, cités par RENAUD édition de 1863, p. 204, note 3.

<sup>2</sup> Const. un C. ut actiones (4, 11); SAVIGNY, *Obligat.*, II, p. 84; VON VANGEROW. *Pandectes*, § 608.

exceptionnel il est vrai, une convention pouvait créer un droit en faveur d'un tiers non partie au contrat.

De nos jours, la validité de telles conventions n'est plus discutée, mais à son époque, l'essai de Renaud ne manquait pas de hardiesse et révélait un louable effort de pensée. Dans notre propre essai de construction, nous nous inspirerons de sa théorie, sauf à la modifier pour l'adapter à notre législation suisse, car, présentée telle quelle, elle prête le flanc à une double critique. D'abord, elle ne met pas suffisamment en relief le caractère obligatoire de la souscription d'actions, puisque tant que la société anonyme n'est pas constituée, il est impossible de faire sanctionner l'engagement du souscripteur, faute de demandeur capable de se légitimer comme tel. En outre, comme l'a fait remarquer HOFFMANN<sup>1</sup>, on ne peut pas adopter absolument la stipulation pour autrui, parce que la société anonyme, bénéficiaire de la stipulation, pourrait se voir opposer par les souscripteurs toutes les exceptions de ces derniers contre les fondateurs, ce qui est contraire aux exigences de la vie commerciale.

b) VIVANTE<sup>2</sup> s'inspire largement de la théorie de Renaud. Il opère avec une double série de contrats unilatéraux, préliminaires, conditionnés par la future constitution de la société anonyme et stipulés en faveur de cette dernière.

Les contrats de la première série se concluent par l'envoi du bulletin de souscription aux fondateurs, en réponse à leur prospectus, auquel M. Vivante donne le caractère

<sup>1</sup> HOFFMANN, pp. 25 et 26.

<sup>2</sup> VIVANTE. *Diritto commerciale*, vol. II, pp. 152 et suiv.

d'une offre irrévocable, dès qu'elle est parvenue au souscripteur. Ces premiers contrats obligent les fondateurs conformément au prospectus.

Les contrats de la deuxième série, eux, se perfectionnent par l'acceptation totale ou partielle des souscriptions, par le comité d'initiative. Ils obligent les souscripteurs à faire un apport à la future société, aux termes du bulletin de souscription, qui, pour M. Vivante, remplit ainsi une double fonction : celle d'acceptation de l'offre contenue dans le prospectus, et celle d'offre de participer pour une certaine somme à la constitution du capital social. Par cet échange de contrats unilatéraux se détermine le contenu de l'acte constitutif qui interviendra au moment de l'assemblée générale. Mais, pour M. Vivante, cet échange de déclarations de volonté a lieu *in favorem societatis*. Il fait donc sienne la théorie de la stipulation pour autrui, en observant qu'il est indifférent que le sujet de droit bénéficiaire de la stipulation n'existe pas encore, puisque la théorie des contrats en faveur de tiers admet cette possibilité.

La théorie de M. Vivante est à notre sens une des plus subtiles qui aient été présentées. Elle ne prête pas aux critiques que nous avons adressées jusqu'ici aux auteurs allemands, mais son point faible est de ne pas donner assez d'importance à la notion d'acte collectif ou *Gesamtakt*, dont la doctrine moderne tire des enseignements et des déductions toujours plus suggestifs.

SECTION 6. — Théorie d'ADELMANN <sup>1</sup>.

Cet auteur présente une combinaison de différentes théories, qu'AYERBECK <sup>2</sup> qualifie de « compliquée, inconsciente et non conforme à la réalité ». Pour Adelmann chaque souscripteur conclut avec les fondateurs un *pactum de ineunda societate* et leur confère en même temps un mandat. En vertu de ce pacte, fondateurs et souscripteurs s'obligent à créer une société, dont ces derniers constitueront le capital social au moyen de leurs apports en argent ou en nature. La société elle-même ne naîtra qu'au moment de l'assemblée générale constitutive. Elle n'acquiert la personnalité juridique que par son inscription au registre du commerce. D'autre part, le mandat conféré aux fondateurs les oblige à déployer l'activité nécessaire à créer la société.

Cette théorie hybride est exposée aux mêmes critiques que nous avons formulées plus haut à propos de celles qui opèrent avec le mandat <sup>3</sup> et le contrat de société <sup>4</sup>. Elle nous paraît trop compliquée, ne correspond guère à la réalité et n'a d'intérêt qu'au point de vue critique.

Nous sommes ainsi arrivés au terme de l'examen des différentes théories par lesquelles on a cru pouvoir résoudre le problème de la construction juridique de la sous-

<sup>1</sup> ADELMANN. *Ueber die bei der Sukzessivgründung von Aktiengesellschaften hervorgehenden Rechtsverhältnisse*, 1893.

<sup>2</sup> AYERBECK, p. 44, note 19.

<sup>3</sup> Voir p. 55.

<sup>4</sup> Voir pp. 47 et suiv.

cription d'actions, tout en restant fidèle aux formules romaines. Mais ces tentatives, dont certaines, — celle de M. Vivante notamment — sont très ingénieuses, ne satisfont plus les juristes modernes orientés vers la nouvelle école allemande. Comme le fait remarquer Wachtel <sup>1</sup> les systèmes qui veulent résoudre le problème de la souscription d'actions au moyen de contrats ne peuvent maîtriser les difficultés qui se posent, « parce qu'elles donnent au contrat une fonction qu'il n'a pas ». Un contrat a pour objet de créer, modifier, éteindre des rapports de droit, mais lors de la constitution d'une société anonyme il ne s'agit pas tant de cela, que de la création d'un sujet de droit, ce qui est bien différent.

C'est un des mérites de la doctrine allemande du XIX<sup>e</sup> siècle d'avoir cherché une dogmatique permettant de mieux résoudre les problèmes de la souscription d'actions et, sans nous attarder à d'autres considérations, nous allons examiner la théorie de Gierke.

## SOUS-CHAPITRE II

### Etude des théories modernes.

#### SECTION 1. — GIERKE

GIERKE <sup>2</sup> a construit sa théorie de la souscription d'actions en se basant sur une constatation qui, aujourd'hui

<sup>1</sup> WACHTEL, p. 3.

<sup>2</sup> GIERKE. *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 1887, pp. 21, 23, 133 et suiv. ; 150 et suiv.

ne nous étonne plus, mais qui, au moment où il publia sa *Genossenschaftstheorie*, trancha une question encore controversée : celle de la personnalité juridique de la société anonyme, qu'il n'a pas hésité à affirmer. — C'est ce principe qui l'a dirigé dans son étude et lui permit de sortir des formules empruntées au droit romain.

En effet, se demande GIERKE <sup>1</sup>, quel est durant la phase constitutive de la société anonyme, le but poursuivi par les fondateurs, souscripteurs, apporteurs, etc ? Est-ce de faire naître entre eux des rapports de droit (contrats de mandat, de société, de vente ?) ou bien n'est-ce pas plutôt de créer un nouvel être juridique ? *Handelt es sich nicht vielmehr um das Schaffen eines Rechtssubjektes ?* Poser la question, c'est la résoudre, mais personne jusqu'alors ne l'avait posée comme Gierke ; son mérite est d'avoir mis en lumière que les personnes en cause (souscripteurs et fondateurs) ne doivent pas être considérées comme étant opposées l'une à l'autre (comme c'est le cas lors de la conclusion des contrats ordinaires du droit privé), mais bien comme étant juxtaposées. Or cette différence d'attitude, sur laquelle Gierke, pour la première fois, attirera l'attention des juristes, ne permet plus, selon lui, de construire la souscription d'actions en s'efforçant de la faire rentrer dans le cadre des contrats du droit commun. Ceux-ci créent, modifient des rapports juridiques, mais ils ne peuvent pas donner naissance à un nouveau sujet de droit. Les contrats déterminent les obligations réciproques des parties, ils précisent l'étendue de

<sup>1</sup> GIERKE. *Genossenschaftstheorie*, p. 25.

leur *Rechtssphaere*, pour employer l'expression allemande, mais ils sont impuissants à produire une nouvelle entité, une nouvelle personne du droit civil.

Lorsqu'il s'agit de créer un être juridique, la coopération (au sens étymologique du mot) de toutes les parties intéressées devient l'élément déterminant et l'acte qui donnera naissance à une personne morale est un acte de volonté *sui generis*, collectif, spécifiquement créateur, générateur et dont l'essence réside dans la faculté qu'il a d'appeler à l'existence un être doué d'une volonté indépendante de celles des individus qui le composent. Cet acte, Gierke l'appelle *Gesamtakt*, — et c'est pour lui la seule formule par laquelle il soit possible d'expliquer comment se réalise le but commun que se proposent les fondateurs et les souscripteurs. Aussi, dans son système, la souscription d'actions apparaît-elle principalement comme la déclaration de volonté d'une personne qui s'oblige à participer au *Gesamtakt* créateur de la nouvelle personne morale. Voilà l'ambiance dans laquelle on doit situer la souscription d'actions si l'on veut l'analyser et l'étudier comme il convient.

Mais aussi quelle distance nous sépare du droit romain et des contrats nommés ou innommés par lesquels Jolly Witte, Auerbach et tant d'autres auteurs ont essayé de résoudre le problème qui nous occupe!

Nous serions même disposé à aller plus loin encore que Gierke et à chercher dans le droit public certaines analogies avec les phénomènes en présence desquels nous met la souscription d'actions. En effet, la constitution d'un état fédératif ne résulte-t-elle pas aussi d'un *Gesamtakt*

en vertu duquel les anciens états déclarent se constituer en une nouvelle entité juridique : l'état fédératif. Et n'est-ce pas cela qui distingue essentiellement ce dernier de la confédération d'états, laquelle établit entre ses membres un certain nombre de droits et d'obligations, crée certaines relations juridiques (*Rechtsverhältnisse*), mais ne donne pas naissance à un état nouveau. Cette comparaison avec le droit public nous paraît particulièrement apte à éclairer le concept de l'acte collectif dont nous ferons application pour expliquer la souscription d'actions. Ce parallèle met en lumière l'élément qui différencie spécifiquement, d'une part, le contrat de société et, d'autre part, le concours de volonté nécessaire à la création d'une société anonyme <sup>1</sup>. Nous aurons encore l'occasion d'y revenir lorsque nous chercherons plus loin à déterminer la nature juridique des statuts <sup>2</sup>.

Mais, pour le moment, bornons-nous à constater ici que l'apport de Gierke à la doctrine moderne a une valeur incontestable et que l'on peut sans exagération qualifier sa conception de nouvelle, bien qu'elle ne rompe pas complètement encore avec les théories contractuelles. En effet, pour Gierke, la souscription d'actions ne comporte pas seulement l'engagement d'une personne à participer à l'acte collectif qui donnera naissance à la société anonyme, elle se caractérise aussi comme l'élément d'un contrat *in favorem tertii*, en raison des conditions dans

<sup>1</sup> KUNTZE, p. 80. *Der Schöpfungsakt ist kein Vertrag, sondern ein konstitutiver Gesamtakt.*

<sup>2</sup> Voir p. 83.

lesquelles elle oblige son auteur. Lorsque nous examinerons les différentes phases de la constitution d'une société anonyme <sup>1</sup>, nous verrons que les fondateurs font appel au public, pour réunir le capital nécessaire, — que les souscripteurs de leur côté déclarent s'obliger à faire un certain apport, etc... or, dans cet échange de manifestations de volontés, Gierke voit les éléments d'un contrat et explique la situation juridique réciproque des fondateurs et des souscripteurs en reprenant l'explication de Renaud, c'est-à-dire la stipulation pour autrui, dont nous avons fait la critique plus haut <sup>2</sup>. Gierke, sans doute, proclame-t-il, pour les besoins de la cause, que la société anonyme ne pourra pas se voir opposer les exceptions des souscripteurs contre les fondateurs et que le contrat formé par la souscription d'actions diffère des autres *pacta in favorem tertii* en raison de la nature de l'obligation reprise, laquelle n'est pas un lien de droit entre deux personnes étrangères l'une à l'autre, mais est une partie intégrante de l'acte constitutif. Ces arguments cependant ne nous paraissent pas péremptoires et, comme Hellwig, nous ne croyons pas qu'ils justifient, en Allemagne, une dérogation à l'article 334 B. G. B. Ainsi que nous l'exposerons, il est vain de vouloir faire rentrer la souscription d'actions dans l'une ou l'autre des catégories de contrats prévus dans les codes en vigueur. Née de la vie commerciale et du besoin des affaires, elle participe à trop d'institutions juridiques pour pouvoir

<sup>1</sup> Voir p. 83.

<sup>2</sup> Voir p. 64.

s'accommoder du cadre nécessairement restreint d'une définition légale. Aussi, pour nous, la seule manière de résoudre la question de la nature juridique de la souscription d'actions consiste-t-elle à lui reconnaître un caractère véritablement *sui generis*, quitte à préciser dans la mesure du possible l'étendue et le caractère des obligations qu'elle engendre. C'est ce que nous essayerons de faire dans la dernière partie de notre travail.

Mais, nonobstant les observations que nous venons de formuler, il est incontestable que la théorie de Gierke en matière de sociétés et sa notion du *Gesamtakt* ont fait entrevoir un nouvel aspect de la question, auquel la doctrine moderne s'habitue de jour en jour davantage.

## SECTION 2. — Les successeurs de GIERKE.

a) KUNTZE, en 1892, a publié un ouvrage *Der Gesamtakt, ein neuer Rechtsbegriff*, dans lequel il étudie et développe les idées de Gierke. Il s'en fait du reste l'écho fidèle en ce sens que, pour lui aussi, la souscription d'actions présente un double caractère, mais le contrat qui lui paraît le mieux expliquer la nature du rapport juridique qui lie les fondateurs et les souscripteurs est la société, thèse que nous avons déjà eu l'occasion de réfuter.

La théorie de Kuntze a été examinée et critiquée d'une manière intéressante par BOLCHINI<sup>1</sup> : la théorie de Kuntze,

<sup>1</sup> BOLCHINI. *Le pubbliche sottoscrizioni*, p. 203, traduction libre.

écrit-il en substance, a de la valeur pour nous, dans la mesure où elle définit les rapports qui conduisent à la création de la « fondation » et de la « société anonyme », mais elle perd son intérêt lorsqu'elle veut appliquer à l'acte qui appelle à l'existence ces personnes morales, la notion d'*acte créateur* en tant qu'institution juridique originale. Il est possible qu'il y ait des actes juridiques collectifs contractuels et non contractuels, mais au point où en est le droit, cette constatation ne le dote d'aucune notion nouvelle. Il ne s'agit pas là en effet d'un concept dont l'essence ait été inconnue jusqu'à présent, mais bien d'une circonstance de fait (la pluralité de sujets qui concourent à l'acte), qui doit être envisagée dans le cadre des institutions ordinaires du droit positif.

Cette critique de Bolchini ne nous convainc toutefois pas, car ce qui distingue le *Gesamtakt* des autres institutions juridiques, ce n'est pas le nombre de personnes qui y prennent part, mais bien le résultat obtenu par leur concours de volonté *sui generis* et dont le principal effet est de créer un nouvel être doué d'une vie indépendante et d'une volonté spécifiquement distincte de celles des individus qui le composent. C'est là que réside la nouveauté du système de Gierke, auquel, malgré les observations de Bolchini, nous nous rallierons plus loin.

b) GOLDMANN <sup>1</sup> dans son commentaire du H. G. B. s'occupe aussi de la souscription d'actions, qui lui apparaît comme une déclaration de volonté comportant une double offre adressée aux fondateurs : d'une part, celle de

<sup>1</sup> GOLDMANN. *Das Handelsgesetzbuch*, pp. 822 et suiv.

devenir membre de la future société anonyme en contribuant au moyen d'un apport à la constitution de son capital social, et, d'autre part, celle de conclure avec les fondateurs un contrat innommé qui les obligera à faire du souscripteur agréé un actionnaire en le portant sur la liste qui doit être remise au registre du commerce, avant l'inscription de la société anonyme.

Goldmann rend assez bien compte des conditions dans lesquelles la souscription d'actions s'effectue, mais son exposé manque d'originalité et d'aperçus dogmatiques.

c) GERSTER <sup>1</sup> voit dans la souscription d'actions un acte juridique qu'il caractérise à la fois comme la participation au *Gesamtakt* qui donnera naissance à la société anonyme et comme l'élément d'un contrat innommé entre souscripteurs et fondateurs. Ce dernier contrat est particulièrement intéressant parce que Gerster le double d'une convention de fiducie, qui oblige les fondateurs à ne se dessaisir des premiers versements des souscripteurs qu'au profit de la société anonyme. Pour M. Gerster, et conformément aux principes du droit moderne, cette restriction du droit des fondateurs de disposer des sommes qui leur sont confiées à titre de fiduciaires a des effets réels, c'est-à-dire opposables aux tiers. Il en résulte notamment que, sous peine de payer deux fois, la banque dépositaire de la contrevaletur totale ou partielle des actions ne pourra suivre aux instructions des fondateurs que dans la mesure où ils demandent le remboursement aux souscripteurs des fonds qu'ils ont versés, ou leur virement au crédit du

<sup>1</sup> GERSTER. *Die Aktienzeichnung nach schweizer. Recht.*, 1919.

compte de la société anonyme. Enfin, c'est encore ce pacte de fiducie qui permet d'expliquer que, par le seul fait de sa constitution, la société anonyme devienne *ipso jure* propriétaire des versements que les souscripteurs ont effectués.

Comme on le voit, la construction proposée par M. Gerster témoigne d'un réel souci d'originalité. Elle est cependant critiquable à un double point de vue. Tout d'abord nous contestons que la souscription d'actions comme telle puisse être considérée comme un élément du *Gesamtakt* puisque, avant l'assemblée constitutive, les souscripteurs n'entrent pas réciproquement en relations. En outre, il nous paraît superflu de faire intervenir ici la notion de fiduciaire, car dans l'état actuel du droit fédéral, les principes posés par le C. O. sont suffisants pour expliquer toutes les situations juridiques qu'entraînent la souscription d'actions et la création des personnes morales.

d) SCHREIBER <sup>1</sup>, dans une autre thèse plus ancienne, s'était également rallié au point de vue de Gierke. Pour lui aussi, la souscription est tout ensemble une déclaration de volonté unilatérale obligatoire et l'élément d'un contrat qui prépare la constitution de la société anonyme. Mais Schreiber n'a pas eu le souci de déterminer la nature et les effets de cette convention qu'il qualifie de bilatérale *sui generis* et préparatoire : c'est en somme un *pactum de contrahendo*.

<sup>1</sup> SCHREIBER. *Die rechtliche Natur der Aktienzeichnung*, 1909.

SECTION 3. — LEHMANN<sup>1</sup>

LEHMANN représente avec HELLWIG<sup>2</sup> la dernière évolution de la doctrine en matière de souscription d'actions. Il renonce complètement à l'expliquer au moyen de formules contractuelles, pour n'y voir plus qu'un acte juridique unilatéral, générateur de droits et d'obligations et visant à donner à son auteur la qualité d'associé dans la future société anonyme : c'est un *Statusakt*, assimilable à l'agrégation dans un état ou une commune.

Pour Lehmann, il y a, lors de la création d'une société anonyme, un enchaînement de faits qui tendent au même résultat et auxquels on ne peut donner leur signification véritable qu'en les envisageant dans leur ensemble. Les fondateurs et les souscripteurs ne sont pas des co-contractants mais des collaborateurs, des *Mitwirkungsberechtigte*<sup>1</sup>. Les différents actes juridiques qui préparent la constitution de la société anonyme ne doivent pas être envisagés en eux-mêmes ou comme des activités particulières, mais bien en leur qualité d'éléments ou parties de l'acte collectif qui donne naissance à la société anonyme.

Ainsi qu'on peut s'en rendre compte, Lehmann abandonne Gierke et son système bipartite. Il cherche à nous faire admettre que le nouveau sujet de droit puisse être créé au moyen d'un simple concours de déclarations de

<sup>1</sup> LEHMANN. *Das Recht der Aktiengesellschaft*, vol. I, pp. 344 et suiv.

<sup>2</sup> Voir ci-après p. 78.

volontés unilatérales et convergeantes. C'est là que réside l'originalité de son système.

Toutefois, cette conception idéale et abstraite ne s'oppose pas à ce que certains contrats puissent lier les souscripteurs aux fondateurs et réciproquement, mais ces rapports juridiques, — *naturales Beiwerk*, dit Lehmann — bien que naissant à l'occasion de la souscription d'actions, lui sont étrangers. Il s'en suit en particulier que les exceptions des souscripteurs contre les fondateurs à raison de ces différentes conventions ne peuvent pas être opposées à la société anonyme. En outre, du moment que celle-ci est issue d'une manifestation collective de volonté des souscripteurs, elle devient immédiatement propriétaire des sommes qui peuvent avoir été versées aux fondateurs à titre de libération partielle ou totale des actions, sans qu'il soit besoin d'une cession ou d'un autre acte juridique translatif de droits. Comme on le voit, Lehmann a cherché à isoler la déclaration du souscripteur des divers éléments qui tendent à la provoquer. Il s'attache à construire une sorte de faisceau de manifestations successives de volontés qui engendreront le nouveau sujet de droit.

Quel que soit son intérêt, cette théorie nous semble artificielle, car on ne peut reléguer à l'arrière-plan les fondateurs dont l'activité est souvent tout aussi importante pour la constitution de la société anonyme que celle des souscripteurs, — ni qualifier de *naturales Beiwerk* les conventions passées entre le comité d'initiative et les souscripteurs. Il ne nous est donc pas possible d'accueillir les suggestions de Lehmann, qui s'éloigne par trop de la réalité.

SECTION 4. — HELLWIG <sup>1</sup>

Dans son traité sur les contrats *in favorem tertii* HELLWIG s'est occupé incidemment de la souscription d'actions. Comme Lehmann il rejette le système bipartite de Gierke bien qu'il demande par ailleurs au *Gesamtakt* la solution du problème qui nous occupe. Après avoir rappelé les anciennes théories, Hellwig s'exprime ainsi <sup>2</sup> :

« Je crois qu'aucun de ces points de vue n'est juste. La solution du problème doit plutôt être trouvée dans l'application logique et simple du principe défendu avec une énergie particulière par Gierke, relativement à la nature juridique des actes qui préparent la constitution de la société anonyme. L'entente qui lui donnera naissance n'a pas de caractère contractuel, c'est comme dit Gierke un acte constitutif, spécial au droit des sociétés, qui n'engendre aucun lien d'obligation entre ceux qui y participent. Or cela n'est pas vrai seulement de l'acte constitutif pris dans son ensemble, mais aussi des différents actes particuliers qui le composent, et spécialement de la souscription d'actions. Comme l'admettent REGELSBERGER <sup>3</sup> et le *Reichsgericht* <sup>4</sup>, le nouveau sujet de droit qui doit son existence à ces activités multiples est subrogé par le seul fait de sa création dans tous les droits qui compétaient aux

<sup>1</sup> HELLWIG. *Verträge auf Leistungen an Dritte*, 1899.

<sup>2</sup> HELLWIG, p. 250, traduction libre.

<sup>3</sup> REGELSBERGER. *Pendekten*, I, 305.

<sup>4</sup> R. G., vol. 9, p. 26; vol. 24, p. 22; vol. 31, pp. 22-23.

fondateurs et spécialement dans ceux qui résultent des obligations assumées par les souscripteurs, en ce qui concerne les versements à opérer. Cette subrogation ne résulte donc pas d'un nouvel acte juridique emprunté à la théorie générale des contrats, mais bien de la nature même de cet acte constitutif : elle trouve sa reconnaissance légale dans le § 189, H. G. B. Nous perdrons immédiatement la base solide que nous donne ce principe, si nous admettions, avec Gierke, que la souscription soit en même temps un élément de l'acte collectif créateur du nouveau sujet de droit et un contrat en faveur de la future société. Une contradiction se dissimule dans ce dédoublement. La souscription d'actions doit être l'un ou l'autre et elle est uniquement une participation à l'acte collectif. Les bulletins de souscription sont envoyés aux fondateurs en réponse à leur prospectus. Mais ils ne contiennent pas — ainsi que doivent l'admettre nos contradicteurs — un engagement de leur payer quoi que ce soit, — prestation dont la contrepartie serait le droit de participer à la société anonyme. Les bulletins constituent bien plutôt une simple déclaration de la somme pour laquelle le souscripteur entend s'intéresser à la société anonyme. Cette déclaration s'adresse, ainsi que l'a reconnu le *Reichsgericht*, au registre du commerce. C'est d'elle que surgiront d'eux-mêmes après la constitution de la société, les droits et obligations des sociétaires ».

Ainsi donc Hellwig fait de l'ensemble des opérations qui précèdent la constitution de la société anonyme un acte collectif dont la souscription est l'un des éléments. Mais, comme nous l'avons fait remarquer à propos de

Lehmann, ce n'est pas reconnaître suffisamment le rôle que les fondateurs jouent avant la mise sur pied de la société anonyme, car les déclarations unilatérales de volonté des souscripteurs, bien que convergeant toutes vers un même but ne suffisent pas pour créer la société anonyme. Une organisation préalable doit intervenir pour préciser la mesure dans laquelle les initiateurs entendront avoir recours aux offres de participation financière qui leur parviennent. Or Hellwig ne précise pas la nature juridique de cet échange préalable de déclarations de volonté et, pour ce qui nous concerne, nous ne pouvons pas admettre que le seul mot de *Konstitutivakt* réussisse à expliquer le sens et le caractère des conventions qui préparent la constitution de la société anonyme.

#### SECTION 5. — BOLCHINI <sup>1</sup>.

Bolchini est un spécialiste de la souscription d'actions. La solution qu'il propose peut se résumer comme suit :

Par l'envoi de leurs bulletins au comité d'initiative, les souscripteurs concluent entr'eux un *pactum de contrahendo* les obligeant les uns envers les autres à provoquer un nouveau concours de volonté, créateur de la société anonyme <sup>2</sup>.

Quant aux fondateurs, leur rôle est secondaire : ils servent simplement d'intermédiaires entre les souscripteurs.

<sup>1</sup> BOLCHINI. *Le pubbliche sottoscrizioni d'azioni nel diritto privato*. Voir aussi *Rivista del diritto commerciale*, 1, 431.

<sup>2</sup> BOLCHINI. Voir *Rivista del diritto commerciale*, 1, 433.

L'originalité et, en même temps, l'intérêt de la construction de Bolchini résident dans la distinction bien nette que cet auteur fait entre les deux phases de la constitution d'une société anonyme. Au début, la personne qui veut s'intéresser à l'entreprise projetée agit pour son compte propre et personnel, tandis que dans la deuxième phase, c'est-à-dire une fois que les fondateurs et les souscripteurs se sont mis d'accord sur leur participation respective à la constitution de la société anonyme, c'est l'ensemble des intéressés qui intervient et agit comme tel pour créer le nouveau sujet de droit.

Cette distinction faite par Bolchini nous paraît heureuse. Elle s'oppose à l'opinion d'Hellwig, par exemple, pour qui l'envoi du bulletin de souscription constitue déjà un élément du *Gesamtakt* alors que celui-ci n'intervient qu'à l'assemblée générale constitutive. Par contre, nous ne pouvons suivre Bolchini, dans la mesure où il admet que, par le seul fait de l'envoi de leurs bulletins, les souscripteurs soient liés entr'eux par un contrat. Ainsi que nous l'avons vu plus haut, Renaud a réfuté d'une manière définitive cette interprétation des faits.

---

## CHAPITRE VIII

### ESSAI D'UNE CONSTRUCTION DE LA SOUSCRIPTION D'ACTIONS

La brève étude historique que nous avons faite nous a révélé l'intérêt et les difficultés du problème de la souscription d'actions. Nous allons essayer maintenant de traiter nous-même ce sujet, tout en restreignant le cadre de notre travail au droit suisse, car l'extrême diversité des dispositions législatives que chaque pays a consacrées à la constitution des sociétés anonymes s'oppose à l'élaboration d'une théorie générale et universelle <sup>1</sup>.

Cela dit et pour présenter avec une certaine ordonnance les matières de notre thèse, il nous a paru convenable d'analyser séparément les divers actes juridiques qui précèdent la création de la société anonyme. La divi-

<sup>1</sup> Ainsi le fait que les cours autrichiennes refusent aux fondateurs d'une société anonyme le droit de poursuivre les souscripteurs en libération des actions qui leur ont été attribuées, enlève à l'engagement contenu dans le bulletin son caractère véritablement obligatoire et s'oppose à ce qu'on en fasse l'élément d'un contrat, alors qu'en France, en Suisse et même en Allemagne les juristes posent des principes différents. Voir la jurisprudence autrichienne dans ADLER CLEMENS : *Entscheidungen auf dem Gebiete des Handelsrechts*, n° 2380 de 1906.

sion suivante reflète, à notre sens, assez exactement ce qui se passe en pratique :

1° Les fondateurs rédigent le projet de statuts et le prospectus ;

2° Ils s'adressent au public et l'invitent à souscrire des actions ;

3° Le public souscrit des actions ;

4° Les fondateurs acceptent ou refusent les souscriptions ;

5° Ils reçoivent le premier versement et en prennent soin ;

6° Ils convoquent l'assemblée générale.

Dans un sommaire appendice, nous nous occuperons plus spécialement de l'assemblée générale constitutive de la société anonyme.

#### SECTION I. — Les fondateurs rédigent le projet de statuts et le prospectus.

La constitution d'une société anonyme nécessite une activité préparatoire, qui est généralement assumée par un *comité d'initiative* dont les membres s'appellent les *fondateurs* (*Gründer, promotori*). Leur rôle est de préciser l'importance financière, l'organisation interne, le but et les moyens d'action de la société projetée, puis d'intéresser le public à leur entreprise et de réunir les fonds nécessaires à sa création. Plus spécialement, ils s'adressent aux capitalistes après avoir rédigé le *projet de statuts* et le *prospectus*, c'est-à-dire les deux documents sur

la base desquels notre loi veut que se forme le consentement des fondateurs et des souscripteurs.

D'une manière générale, les statuts peuvent être considérés comme la loi organique, comme la constitution du nouveau sujet de droit. L'article 616 C. O. dispose qu'ils doivent déterminer notamment :

- 1° La raison sociale et le siège de la société ;
- 2° L'objet de l'entreprise ;
- 3° La durée de l'entreprise, si celle-ci est restreinte à un temps déterminé ;
- 4° Le montant du capital social et de chaque action ;
- 5° La nature des actions, soit au porteur, soit nominatives, le nombre de chacune des deux espèces, s'il est fixé, le mode de leur conversion si elle est admise ;
- 6° Les organes chargés de l'administration et du contrôle ;
- 7° Le nombre des actions que les membres de l'administration sont tenus de déposer ;
- 8° Les dispositions relatives à la convocation de l'assemblée générale, au droit de vote des actionnaires et au mode de délibérer ;
- 9° Les questions qui ne peuvent être tranchées à la simple majorité des actionnaires présents, mais seulement à une majorité plus forte ou sous d'autres conditions ;
- 10° Le mode d'établissement et d'examen du bilan, ainsi que les règles prescrites pour calculer et distribuer les bénéfices ;
- 11° La forme à suivre pour les publications émanant de la société.

La nature juridique des statuts est extrêmement discutée en doctrine. Les anciens auteurs, fidèles à la tradition romaine, s'en tiennent au principe contractuel. DERNBURG <sup>1</sup> par exemple, pense que la société anonyme se forme par l'adhésion successive de tierces personnes à la société constituée primitivement entre les fondateurs seuls. THOEL <sup>2</sup> partage cette opinion dans une large mesure, de même que PUCHELT <sup>3</sup>, WIENER <sup>4</sup> et ADELMANN <sup>5</sup>.

A la fin du XIX<sup>e</sup> siècle toutefois, une autre théorie fut lancée par Gierke et ses disciples, lesquels s'appliquèrent à démontrer que la société anonyme, en tant que personne morale, ne doit pas son existence à un concours de volontés assimilable à celui qui perfectionne la conclusion d'un contrat ordinaire du droit civil ou commercial, mais bien plutôt à un acte *sui generis*, qu'ils appellent le *Gesamtakt* et dont nous avons exposé plus haut les caractères <sup>6</sup>.

Cette innovation de Gierke ne laissa pas de soulever un problème très délicat et mit les juristes en présence d'un dilemme embarrassant, car la question se posa dès lors pour eux de savoir s'il fallait s'en tenir à la théorie de Dernburg et de Thoel, ou s'il n'y avait pas plutôt lieu de suivre la nouvelle école, en admettant avec elle que ceux qui veulent constituer une personne morale, ne créent

<sup>1</sup> DERNBURG, voir ci-dessus, p. 52.

<sup>2</sup> THOEL, voir ci-dessus, p. 52.

<sup>3</sup> PUCHELT, p. 380.

<sup>4</sup> WIENER, voir ci-dessus, p. 53.

<sup>5</sup> ADELMANN, p. 10.

<sup>6</sup> Voir ci-dessus, p. 69.

pas entre eux des rapports de créanciers et de débiteurs, mais s'unissent au contraire dans un *acte collectif* et *sui generis*, formé d'une « pluralité de déclarations unilatérales de volontés concourantes, à la suite desquelles se forme une règle objective, une véritable loi matérielle du nouveau groupe »<sup>1</sup> : les statuts.

Le problème était d'importance. La nouvelle doctrine contestait, notamment, qu'il se forme à l'assemblée générale des relations juridiques réciproques d'ordre contractuel entre les créateurs de la société anonyme. Elle posait, au contraire, le principe que les liens de droit qui s'élaborent à ce moment-là, unissent d'une part la société anonyme et d'autre part les actionnaires, sans que ces derniers assument les uns envers les autres des obligations quelconques. Il devenait ainsi impossible de qualifier de contrat l'entente qui se trouve documentée dans les statuts lesquels, étant d'une autre nature que les conventions ordinaires du droit civil, apparurent comme une véritable loi du nouveau sujet de droit, comme une constitution autonome, émanant d'un acte *sui generis* et nouveau au point de vue dogmatique.

Telle est la double solution que la doctrine propose actuellement au problème de la nature juridique des statuts. Cette intéressante question est encore ouverte dans de nombreux pays. En particulier, elle n'est pas résolue en Suisse où la pensée du législateur ne ressort pas clairement de l'examen de la loi. L'art. 615 C. O. porte bien le terme de *statuts* dans le texte français, mais les textes

<sup>1</sup> DUGUIR. Vol. I, p. 296.

allemand et italien emploient des expressions équivalentes de *contrat de société*. Quant au Tribunal fédéral, il ne s'est pas encore prononcé sur ce point <sup>1</sup>.

Pour ce qui nous concerne, et quoi qu'il puisse en être de *lege lata*, nous pensons que la doctrine allemande moderne doit être suivie dans ce domaine, car même s'il est vrai que, de l'ensemble des déclarations de volonté qui se manifestent à l'assemblée générale, il naisse un accord au sens large du mot, nous ne pouvons pas y voir les éléments d'un contrat proprement dit. L'adoption des statuts ne résulte pas, en effet, de l'acceptation d'une offre qui serait adressée par une personne à une autre, l'intention des parties à l'assemblée générale constitutive n'est pas de se lier réciproquement, mais bien plutôt de se soumettre unanimement à la loi générale que suppose toute organisation corporative. En approuvant les statuts de la société anonyme, les souscripteurs votent donc la constitution que leur collectivité se donne au moment où elle s'affirme comme sujet de droit, en vertu d'une souveraineté, restreinte sans doute, mais qui lui est déléguée par l'Etat à mesure que celui-ci reconnaît la liberté d'association.

Telle est, croyons-nous, l'explication qu'il faut donner des statuts et des décisions qui interviennent à l'assemblée constitutive pour les sanctionner, car le but des souscripteurs est d'ordre corporatif et non pas personnel. Leur entente au sujet des principes qui régiront la société anonyme appartient spécifiquement au droit des sociétés

<sup>1</sup> A. T. F., vol. 20, p. 954, consid. 7.

à personnalité morale et doit être rangée dans une catégorie spéciale d'actes juridiques.

En résumé, nous dirons que les fondateurs, en rédigeant le projet de statuts, dressent l'écrit qui servira d'abord à documenter l'accord de ceux qui créent le nouveau sujet de droit, puis à régir organiquement ce dernier.

Le phénomène de la création de personnes morales n'appartient du reste pas seulement au droit civil. Un parallèle avec le droit public s'impose naturellement à l'esprit, puisque plusieurs états peuvent également, par un complexe de déclarations unilatérales de volonté, renoncer à toute ou partie de leur souveraineté au profit d'une nouvelle entité juridique issue de leur accord réciproque. La loi commune ainsi adoptée ne sera pas un pacte, mais une constitution. Le corps politique ainsi organisé ne s'appellera plus une confédération d'états, mais bien un état fédératif ou unitaire.

S'agissant d'autre part du prospectus, nous dirons simplement que c'est une circulaire par laquelle les fondateurs font connaître leur entreprise au public tout en l'invitant à s'y intéresser par des mises de fonds. Les indications que le prospectus doit contenir ont été précisées par l'article III de l'arrêté fédéral du 8 juillet 1919 modifiant l'article 617 C. O. Il ne nous paraît toutefois pas opportun d'examiner ici dans ses détails ce document législatif. Nous devons nous demander, par contre, quelle est la nature juridique de l'appel à souscrire lancé par le comité d'initiative.

## SECTION II. — Les fondateurs s'adressent au public et l'invitent à souscrire des actions.

Dans la généralité des cas, les fondateurs apparaissent comme un groupe de personnes qui, par leurs propres moyens, ne peuvent réunir le capital nécessaire au lancement d'une nouvelle entreprise et qui s'adressent au public dans ce but. La doctrine s'est montrée fort embarrassée lorsqu'elle a voulu préciser le caractère de cet appel de fonds.

Certains auteurs ont pensé qu'en invitant des tiers à souscrire des actions, le comité d'initiative faisait une *offre* à une personne incertaine, de conclure avec ses membres tel contrat nommé <sup>1</sup> ou innommé <sup>2</sup>. Cette conception était notamment celle des rédacteurs du projet du Code civil saxon de 1852 et de l'ancienne loi bernoise sur les sociétés anonymes <sup>3</sup> pour qui l'envoi du bulletin de souscription équivalait à l'acceptation de l'offre contenue dans le prospectus.

Cette manière d'interpréter les faits, qui pouvait séduire par sa simplicité et son équilibre apparents, présentait toutefois de sérieux inconvénients, dès que le public atteint par les fondateurs devenait quelque peu important. Il suffisait, en effet, que l'appel du comité d'initiative rencontrât un succès inattendu et que les bulletins de souscrip-

<sup>1</sup> WITTE, voir ci-dessus, p. 49, opère avec un contrat de société.

<sup>2</sup> LABAND, voir ci-dessus, p. 59, opère avec un contrat innommé.

<sup>3</sup> Loi bernoise sur les sociétés anonymes du 27 novembre 1860, art. 15.

tion affluassent d'une manière inespérée pour rendre impossible l'application des principes posés ci-dessus, en vertu desquels les fondateurs, liés par leurs propositions, doivent admettre toutes les souscriptions qui leur parviennent.

Les surprises que réserve l'éventualité d'une sur-souscription s'opposent donc à ce que l'on donne, en principe, au prospectus le caractère d'une offre obligatoire, qu'il suffirait d'accepter pour être certain de devenir actionnaire d'une société anonyme déterminée. L'intérêt de cette dernière veut au contraire que le comité d'initiative ait la latitude de refuser le concours de tiers dont la solvabilité est douteuse, et puisse réduire à sa convenance les souscriptions qui lui parviennent, dans la mesure où elles dépassent le montant du capital social. Aussi le législateur allemand semble-t-il partir d'un autre point de vue. L'article 202, H. G. B. qui vise le cas où les fondateurs ont *accepté* la participation d'un actionnaire insolvable (... *die Gründer, welche die Beteiligung des Aktionärs in Kenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit angenommen haben*), laisse entrevoir par l'emploi du mot *accepté* qu'en Allemagne, c'est la souscription proprement dite qui est une offre, provoquée, il est vrai, par l'invitation des fondateurs.

Cette deuxième interprétation est plus conforme aux nécessités de la vie pratique. Elle a été adoptée par la majorité des auteurs et nous avons eu le plaisir de constater que les juristes suisses qui se sont occupés de la révision du code des obligations, sont également partis de cette idée. L'article 696 du projet de 1919 dispose en effet

que « l'*invitation à souscrire* doit être faite sous la forme d'un prospectus signé par les fondateurs », et l'article 647 du projet de 1923 s'exprime de la manière suivante : « En cas de souscription publique, l'*invitation à souscrire* est faite par un prospectus signé des fondateurs ». Les termes de ces articles ne laissent pas de doute sur la pensée du législateur, qui est bien de considérer l'appel du comité d'initiative comme une démarche faite en vue de provoquer une offre. Nous sommes ici en présence d'un des nombreux actes juridiques rentrant dans la catégorie de ceux énumérés à l'article 7, alinéa 2, C. O., et dont le caractère propre est de ne pas engager leur auteur.

L'obligation imposée aux membres du comité d'initiative d'apposer leur signature au pied du prospectus ne doit pas nous induire en erreur. Si elle consacre la responsabilité des fondateurs qui se rendent coupables de dol et de mensonges, elle n'a pas pour effet de donner aux souscripteurs un droit quelconque à l'acceptation de leurs souscriptions. Nous réservons toutefois les cas spéciaux où l'intention des fondateurs est manifestement d'offrir des actions à un groupe déterminé de personnes. Il en sera ainsi, pour citer un exemple emprunté à AVERBECK <sup>1</sup>, lorsqu'une entreprise de famille se transforme en société anonyme, dans laquelle les propriétaires ne veulent intéresser qu'un certain nombre d'amis auxquels ils s'adressent à l'exclusion d'autres tiers. Mais nous sortons ici du domaine de la souscription publique proprement dite, dont

<sup>1</sup> AVERBECK, p. 6.

le but est d'atteindre le plus grand nombre possible de personnes disposant de capitaux.

En résumé et en principe, le prospectus doit donc être juridiquement considéré comme une simple invitation à faire une offre.

### SECTION III. — Le public souscrit des actions.

Partant du point de vue que les fondateurs, en s'adressant au public, ne lui font pas d'offres fermes, mais cherchent au contraire à en provoquer une de sa part, il nous sera facile de préciser la nature et l'objet de la souscription d'actions.

Mais avant d'entreprendre l'analyse de cette dernière, il nous a paru opportun d'examiner au préalable à qui elle est adressée et quel est son véritable destinataire. Il semble à première vue que seuls les fondateurs puissent être considérés comme tels, mais les auteurs allemands ont émis diverses théories plus ou moins fantaisistes, qu'il y a lieu d'étudier et de réfuter ici. Leur trait commun est de ne pas admettre que la souscription d'actions soit une simple déclaration de volonté, dont les effets se limitent à ceux qu'elle met en cause directement. Du moment qu'elle vise à la création d'un nouveau sujet de droit, nous disent ces auteurs, elle concerne d'autres personnes que ses destinataires immédiats. Ainsi Staub, dans son commentaire du H. G. B.<sup>1</sup>, prétend que la souscription d'actions

<sup>1</sup> STAUB. Commentaire, *ad* § 489, p. 78 (1926).

s'adresse non seulement aux fondateurs mais à la vie commerciale en général, au *Verkehr*. Dans deux arrêts, le Tribunal fédéral<sup>1</sup> a admis ce point de vue et M. ROSSEL<sup>2</sup> ainsi que nous l'avons vu<sup>3</sup>, donne à la souscription d'actions un caractère d'ordre public. En un mot, magistrats et écrivains pensent que l'acte du souscripteur a une portée spéciale, parce qu'il vise à constituer une société anonyme dont l'existence pourra intéresser des tiers à titre d'associés ou de créanciers. Le commerce (*Verkehr*) ne peut rester indifférent à la souscription d'actions, elle est d'ordre public ! De telles théories ne résistent pas à la critique et il faut déplorer que notre Tribunal fédéral croie devoir s'en inspirer. Qu'est-ce que le *Verkehr*? Comment peut-on donner la qualité de destinataire d'une offre, à une personne morale non encore existante et qui peut prétendre avoir jamais mis en cause le public en général, lorsqu'il a souscrit des actions de telle ou telle société anonyme ?

La doctrine allemande et suisse nous paraît faire fausse route sur ce point. Nous estimons au contraire, avec RENAUD<sup>4</sup> et WERNER<sup>5</sup> que les fondateurs sont les seuls destinataires de la souscription d'actions.

Cela dit, nous allons examiner un deuxième point qui

<sup>1</sup> A. T. F., vol. 29, II, p. 655 : vol. 32, II, p. 404.

<sup>2</sup> ROSSEL. Vol. II, p. 76.

<sup>3</sup> Voir ci-dessus p. 31.

<sup>4</sup> RENAUD, p. 200. *Ein Rechtsverhältniss wird durch die Zeichnung jedenfalls nur zwischen den Unternehmern und den einzelnen Subskribenten gegründet.*

<sup>5</sup> WERNER, p. 37.

divise la doctrine, celui de savoir si la souscription d'actions doit être considérée comme un acte juridique unique, ou si au contraire, et comme le prétendent Gierke et ses disciples, longtemps suivis du reste par le Reichsgericht<sup>1</sup>, elle peut être construite à la fois comme un acte unilatéral préparant la conclusion d'un contrat avec les fondateurs et comme un élément du *Gesamtakt* constitutif du nouveau sujet de droit. Cette dernière idée d'origine germanique peut paraître singulière, mais elle se comprend si l'on se reporte à l'aperçu historique que nous avons présenté au début de ce travail. Elle a été le refuge des auteurs auxquels certaines habitudes d'esprit, inspirées de la tradition romaine, ne permettaient pas d'affirmer que par lui-même le *Gesamtakt* puisse expliquer tout le processus de la constitution des personnes morales, — et qui, tout en faisant une large part à la notion de l'acte collectif, n'ont pas rejeté l'existence d'un lien contractuel entre les fondateurs et les souscripteurs. Ces auteurs s'appliquent donc à distinguer dans la souscription d'actions un élément « personnel », générateur d'obligations, et un élément dit « social » afin de souligner que, pour avoir tout son sens et toute son efficacité, la déclaration du souscripteur doit être faite en concours avec celles d'autres personnes et dans un but commun.

C'est ainsi que SIEBERT<sup>2</sup> oppose *das sozialrechtliche Element der Zeichnung* à l'*individualrechtliches Element*, — que REIS<sup>3</sup> intitule un premier chapitre de son étude :

<sup>1</sup> R. G., vol. 28, p. 76.

<sup>2</sup> SIEBERT, p. 6.

<sup>3</sup> REIS, p. 4.

*Rechte und Pflichten aus dem individualrechtlichen Zeichnungsvertrag* et un deuxième chapitre *Rechte und Pflichten aut der Zeichnung als Element des-konstitutiven Gesamtaktes*, — que VON GARSSEN<sup>1</sup>, à propos de la nature juridique de la souscription d'actions, distingue *das socialrechtliche Moment* de l'*individualrechtliches Moment* et que GERSTER<sup>2</sup> parle d'une part de l'*individualrechtliche Annahme der Zeichnung* et d'autre part de la *sozialrechtliche Annahme der Zeichnung*.

Or, il nous paraît que Gierke et ses disciples en voulant faire déjà de la souscription d'actions un élément du *Gesamtakt*, donnent à celui-ci un contenu trop vaste. A notre avis, l'acte collectif en tant que concours de volonté *sui generis* n'intervient et ne peut intervenir qu'à l'assemblée générale, puisqu'auparavant les souscripteurs n'entrent pas réciproquement en relations. Aussi pensons-nous que la souscription d'actions, en tant qu'engagement unilatéral et conditionnel du souscripteur, doit être considérée comme étant en dehors de l'acte collectif, bien qu'elle le prépare dans une large mesure. Nous nous appliquerons même à démontrer plus loin que la théorie des contrats permet à elle seule d'expliquer tous les rapports juridiques formés avant la constitution de la société anonyme entre les différentes personnes qui participent à sa mise sur pied.

D'autre part la distinction faite entre les éléments « personnel » et « social » de la souscription est discutable.

<sup>1</sup> VON GARSSEN, p. 10.

<sup>2</sup> GERSTER, p. 9.

Indépendamment du vague dont s'enveloppe le mot « social » nous nous demandons s'il est exact de conférer ce double caractère à un acte qui apparaît simplement comme une offre dont le but est unique : coopérer à la création d'une société anonyme. Psychologiquement, l'intention du souscripteur est une. Elle se réalise bien en trois phases (envoi du bulletin, versement aux fondateurs, et participation à l'assemblée générale constitutive), mais ce n'est pas là une raison suffisante pour la présenter sous deux aspects aussi différents que ceux dont parle Gierke.

Enfin, du moment que la souscription est adressée uniquement aux fondateurs, nous ne voyons pas qu'elle constitue un élément du *Gesamtakt*, car, en bonne logique, les autres souscripteurs devraient aussi y participer. Or, nous savons que ces derniers ignorent en général les autres souscriptions adressées aux fondateurs, — qu'ils n'entrent pas réciproquement en relations, si bien que l'idée de les faire coopérer avant l'assemblée générale à un acte collectif quelconque nous paraît erronée et nous ne saurions nous y rallier.

Cela posé, voyons quel est l'objet ou plutôt quels sont, car il y en a deux, les objets de la souscription d'action.

HAHN<sup>1</sup> le premier a posé ce principe que le souscripteur n'a pas rempli tous ses devoirs lorsqu'il a libéré conformément au prospectus les actions qui lui ont été attribuées, mais qu'il doit encore participer à l'assemblée générale constitutive, soit activement en y assistant et en prenant part aux votations, soit passivement en se sou-

<sup>1</sup> HAHN, voir ci-dessus, p. 60.

mettant aux résolutions prises. La théorie de cet auteur, qui s'inspire d'une saine analyse des faits, n'est pas en contradiction avec le droit suisse puisque la deuxième obligation du souscripteur résulte implicitement de l'article 618 C. O. : « Après la clôture de la souscription, une assemblée générale des actionnaires, *doit*, au vu des pièces justificatives qui lui sont soumises, constater par une décision que le capital a été intégralement souscrit et que le 1/5 au moins de chaque action a été versé ;..... »

La construction de Hahn, que nous faisons nôtre, a encore un autre avantage : elle permet de renoncer au système bipartite de Gierke, puisque, tout en considérant la souscription d'actions comme un acte unique, elle tient compte du fait qu'elle engendre pour son auteur une double obligation, dont la participation à l'assemblée générale n'est pas la moins importante.

S'agissant maintenant des effets de la souscription d'actions, nous relèverons ce qui suit :

A l'égard des fondateurs, la souscription lie le souscripteur jusqu'à l'expiration du délai indiqué par le prospectus, à moins qu'entre temps, elle n'ait été acceptée ou refusée, ou qu'il soit constant que la société ne pourra pas se constituer conformément au projet de statuts. La doctrine <sup>1</sup> est unanime pour reconnaître que cette dernière éventualité délie de plein droit le souscripteur d'actions. Mais dans les autres cas, celui qui envoie un bulletin de souscription est lié par son engagement conformément à l'article 3 C. O. C'est, du reste, le seul effet

<sup>1</sup> HOUPIN et BOVIEUX. Vol. I, pp. 616 et 625.

de la souscription, qui, par elle-même, ne confère aucun droit quelconque contre les fondateurs. Ces derniers ne sont pas obligés de l'accepter <sup>1</sup>, ni de garantir que la société se constituera, ni de faire des démarches pour recueillir d'autres souscriptions, à moins que le prospectus n'en dispose autrement.

A l'égard de la future société, le souscripteur n'assume aucune obligation, pour autant que les actions sont complètement libérées au moment de l'assemblée générale constitutive. Dans le cas contraire, l'engagement qu'il a pris en signant le bulletin de souscription, de verser une somme déterminée en vue de la constitution du capital social, déploiera ses effets envers la société, dès qu'elle sera inscrite au registre du commerce et jusqu'à concurrence du montant impayé de chaque action.

A l'égard des autres souscripteurs, il ne se forme aucun lien de droit par l'envoi des bulletins de souscription. Il existe bien entre ceux qui promettent leur concours aux fondateurs, une communauté de fait, une *communio incidens* <sup>2</sup>, mais c'est tout ! Nous devons absolument rejeter les suggestions des auteurs qui veulent unir par un contrat de société ou un *Gesamtakt*, des personnes qui s'ignorent et n'entrent ni matériellement ni juridiquement en relations avant l'assemblée constitutive, puisque d'une part les fondateurs sont les seuls destinataires de la souscription d'actions et que d'autre part ils ne sont pas, malgré ce que pense BRINKMANN <sup>3</sup>, les mandataires ou les représentants des souscripteurs.

<sup>1</sup> HOUPIN et BOVIEUX. Vol. I, p. 632.

<sup>2</sup> *Journal des Tribunaux*, 1924, p. 243.

<sup>3</sup> BRINKMANN, voir ci-dessus, p. 35.

Telle est, à notre sens, la signification de la souscription d'actions avant que les fondateurs qui l'ont reçue aient pris une décision à son sujet.

#### SECTION 4. — Les fondateurs acceptent ou refusent les souscriptions d'actions.

Le délai de souscription étant écoulé, les fondateurs se trouveront en présence de l'une ou l'autre des trois éventualités suivantes.

Ou bien l'offre de capitaux qui leur a été faite est insuffisante pour permettre la constitution de la société anonyme sur les bases indiquées dans le projet de statuts et dans le prospectus. Les souscripteurs sont alors déliés de plein droit de leurs engagements <sup>1</sup>, car le comité d'initiative ne peut pas mettre sur pied son entreprise en réduisant de son chef le montant du capital social. S'il veut procéder ainsi, il doit s'assurer préalablement de l'assentiment de tous les futurs actionnaires, sous peine d'engager sa responsabilité sur le terrain des articles 41 et suivants C. O. Une irrégularité est ici purement théorique, car le notaire appelé à dresser le procès-verbal authentique de l'assemblée générale, refusera son concours si le capital n'est pas intégralement souscrit, et selon toute vraisemblance le préposé au registre du commerce, de son côté, rejettera la demande d'inscription.

Les fonds offerts peuvent aussi dépasser les besoins de

<sup>1</sup> Voir ci-dessus, p. 97.

la future société. Les fondateurs devront alors, avant toute autre opération, réduire les souscriptions suivant le mode prévu par le prospectus. La réduction sera en général proportionnelle, mais le comité d'initiative peut se réserver le droit d'écartier les dernières souscriptions qui lui parviennent, ou donner la préférence à certains souscripteurs en raison, par exemple, de leur domicile, de leur solvabilité ou de leur activité spéciale en vue de réaliser le but de la société. Si le prospectus ne contient aucune disposition à ce sujet, les fondateurs sont libres d'agir comme bon leur semble. Ils n'ont en aucun cas à justifier leur refus <sup>1</sup>. Strictement, seul l'intérêt bien compris de la future société devrait les diriger, mais on n'ignore pas qu'en matière de souscription publique, qu'il s'agisse d'actions ou d'obligations, des considérations d'ordre personnel et régional jouent souvent un rôle dont il serait vain de se dissimuler l'importance.

Juridiquement parlant, la réduction des souscriptions se caractérise comme un refus partiel ; en Allemagne, on discute si elle peut émaner d'un seul fondateur ou si, au contraire, le concours de tous les membres du comité d'initiative est nécessaire pour cette opération. En Suisse, nous pensons que la question doit être résolue par application de l'article 535 (et non pas de l'article 534) C. O. c'est-à-dire, qu'à notre avis, la réduction des souscriptions est un acte d'administration de la société simple que les fondateurs forment entre eux <sup>2</sup> et dont l'accomplissement

<sup>1</sup> LERMANN, p. 335 ; SCHENGERING, p. 124.

<sup>2</sup> Dans leurs relations internes, les fondateurs forment une société

appartient à chaque associé, sous réserve bien entendu du droit légal de veto administratif des autres fondateurs. La doctrine suisse est établie dans ce sens <sup>1</sup>.

La réduction des souscriptions étant opérée, nous nous trouvons dans la même situation que si le montant exact du capital social avait été souscrit. C'est là, la troisième éventualité qui peut se présenter aux fondateurs. Dans ce dernier cas, ils acceptent tel quel le concours financier qui leur est offert par le public, à moins que la solvabilité d'un souscripteur soit notoirement douteuse.

L'acceptation des souscriptions fera l'objet d'une communication spéciale ou résultera de la convocation à l'assemblée générale. Elle émane du comité d'initiative ou de l'un ou l'autre des fondateurs. Nous admettons, en effet, que chacun d'eux peut représenter ses collègues en vertu d'une délégation tacite de pouvoirs. Par ce fait, il rend les autres fondateurs créanciers conjoints du souscripteur et les oblige solidairement envers ce dernier, pour autant qu'aucune opposition ne se manifeste de leur part. Mais si tel membre du comité d'initiative agit con-

simple, qui, sans avoir la personnalité juridique, représente néanmoins une certaine entité, un complexe d'intérêts communs et temporaires auxquels on ne peut dénier quelque analogie avec la société en nom collectif par exemple. Toutefois, dans l'état actuel du droit suisse, les fondateurs apparaissent comme des créanciers conjoints du souscripteur. Le projet de révision du C. O. de 1919 (art. 625) consacre par contre un titre spécial à un genre de société justement qualifié d'*occasionnelle* et dont les dispositions s'appliqueraient au consortium que forment les fondateurs d'une société anonyme. Le projet de 1923 (art. 552) désigne sous le nom de *sociétés en participation*, les syndicats et associations temporaires.

<sup>1</sup> GERSTER, p. 60.

trairement aux avis qui lui sont donnés, il engage sa responsabilité personnelle vis-à-vis de celui dont il accepte la souscription, et pourra se voir actionné en dommages-intérêts.

Des situations délicates résulteront parfois d'un défaut d'entente préalable. Il en sera ainsi, par exemple, lorsqu'un trop grand nombre d'actions aura été attribué par des fondateurs, qui ne se sont pas concertés au sujet de la répartition à faire. Le moyen le plus simple de sortir de cette impasse sera sans doute, comme le recommande FRUTH <sup>1</sup> d'annuler les dernières attributions d'actions et d'exciper de l'erreur dans laquelle se trouvaient les fondateurs qui ont accepté des souscriptions, alors que le montant total du capital social était déjà réparti. Les fondateurs fautifs devront, le cas échéant, réparer le dommage causé <sup>2</sup>.

Dès qu'elle est parvenue aux souscripteurs, l'acceptation de la souscription perfectionne avec les fondateurs un accord mutuel, que nous devons étudier avec quelques développements, car sa nature juridique a été extrêmement discutée. On peut même dire qu'il n'est aucune des solutions proposées jusqu'à présent par la doctrine qui puisse être considérée comme définitive. Ici encore une double interprétation des faits nous met en présence d'un dilemme malaisé à résoudre.

D'une part, et comme nous l'avons vu dans notre exposé historique, de nombreux auteurs anciens opèrent

<sup>1</sup> FRUTH, p. 42.

<sup>2</sup> C. O. art. 26.

avec des contrats de société, de mandat, de vente, etc., etc., — et d'autre part, les juristes modernes allemands, s'inspirant de Gierke, qu'ils complètent souvent, contestent l'existence d'un véritable contrat de société et s'efforcent de créer en marge des principes classiques, une nouvelle théorie qui fait de toutes les opérations relatives à la constitution d'une personne morale un acte unique : le *Gesamtakt*.

AVERBECK <sup>1</sup>, par exemple, déclare que la souscription et son acceptation ne créent pas un rapport juridique bilatéral, ni un contrat, mais sont des actes unilatéraux et successifs, éléments nécessaires de la procédure de constitution des sociétés anonymes.

HELLWIG <sup>2</sup> de son côté estime que l'entente qui donnera naissance au nouveau sujet de droit n'a pas de caractère contractuel, que la souscription d'actions est uniquement une participation à l'acte collectif.

SCHNÖRRING <sup>3</sup> déclare qu'il n'existe pas de contrat entre les fondateurs et le souscripteur.

VOLLENWEIDER <sup>4</sup> parle de quasi-acceptation de la souscription, mais ce terme n'explique rien.

POUR WERNER <sup>5</sup> l'acceptation de la souscription est une déclaration de volonté unilatérale et indépendante, émanant des organes de la société en formation, c'est un

<sup>1</sup> AVERBECK, p. 20.

<sup>2</sup> HELLWIG, voir ci-dessus, p. 78.

<sup>3</sup> SCHNÖRRING, p. 121.

<sup>4</sup> VOLLENWEIDER, p. 46.

<sup>5</sup> WERNER, p. 39.

acte propre au droit corporatif, un élément de l'acte collectif qui crée le nouveau sujet de droit.

HOFFMANN<sup>1</sup> enfin laisse entrevoir son hésitation et après avoir déclaré que la souscription d'actions, en tant qu'acte juridique unilatéral et obligatoire, n'a pas besoin d'être acceptée, reconnaît toutefois qu'il y a bien en fait une sorte d'acceptation de la souscription, mais « dans un sens différent de celui qu'on donne généralement à ce terme ». Elle ne confère pas au souscripteur, dit-il, un droit absolu à devenir membre de la société anonyme, puisque les fondateurs peuvent en tout temps renoncer à la constituer, mais elle oblige le comité d'initiative, qui a notifié son acceptation, à ne pas éliminer de la liste des futurs actionnaires le souscripteur qui a été agréé. Cette formule embarrassée trahit une méfiance injustifiée à l'égard du principe contractuel. C'est, du reste, l'impression qui se dégage des quelques citations que nous venons de faire, afin de marquer l'influence énorme de la notion de l'acte collectif sur les juristes modernes.

Mais, pour ce qui nous concerne, et malgré ce que ce concept peut avoir de séduisant, nous pensons qu'il est préférable de considérer comme un contrat, l'échange de déclarations de volonté qui se fait entre les souscripteurs et les fondateurs. Nous avons déjà exposé que, pour nous, l'acte collectif n'intervient qu'à l'assemblée générale, aussi la thèse des auteurs qui veulent faire de la remise du bulletin de souscription uniquement un élément du *Gesamtakt* nous paraît-elle erronée. Nous pré-

<sup>1</sup> HOFFMANN, p. 39.

férons le système français, qui opère avec une pluralité de contrats de souscription, lesquels se concluent entre chaque souscripteur et l'ensemble des fondateurs, au moment de la répartition des actions et pour celles qui sont définitivement attribuées. Nous contestons notamment qu'il se forme une société entre les souscripteurs par le seul fait de l'envoi de leurs bulletins au comité d'initiative<sup>1</sup> ; il ne suffit pas, en effet, d'un ensemble de déclarations de volonté convergentes et concourantes pour créer une association. Il faut encore un élément de réciprocité, qui manque en l'espèce, si bien que tout essai de tirer une conséquence juridique quelconque de l'identité de situation dans laquelle les souscripteurs se trouvent vis-à-vis des fondateurs est, à notre sens, voué à l'insuccès et sera toujours renversé par la critique.

S'agissant de préciser l'objet du contrat ainsi formé, nous rappellerons que chaque souscripteur s'oblige à faire un apport à la société et à participer à l'assemblée constitutive. Les fondateurs, de leur côté, s'engagent à tenir compte des souscriptions qu'ils acceptent, à recevoir, le cas échéant, la libération totale ou partielle des actions, à convoquer l'assemblée générale constitutive, puis à transférer à la société anonyme les capitaux qui peuvent leur avoir été confiés momentanément.

L'inexécution par les fondateurs de leurs obligations les exposera à être actionnés en dommages-intérêts, conformément aux articles 41 et suivants C. O. et 97 et suivants C. O. Il en sera ainsi, par exemple, s'ils retardent indû-

<sup>1</sup> RENAUD, p. 226.

ment la constitution de la société anonyme alors que le capital social est intégralement versé entre leurs mains, ou s'ils omettent de convoquer à l'assemblée constitutive certains souscripteurs agréés par eux. Ceux-ci pourront alors se faire indemniser de la perte d'intérêt qu'ils subissent sur les capitaux qu'ils tiennent à la disposition du comité d'initiative ou réclamer le remboursement des frais que les fondateurs les ont déterminé à faire en vue du lancement de l'entreprise constituée sans eux. Une demande en dommages-intérêts ne pourra toutefois être introduite que si la société anonyme est effectivement constituée, car, aux termes de l'article 617, al. 1, C. O., c'est sous cette condition que les souscriptions sont faites.

Quant aux souscripteurs récalcitrants, nous pensons que les fondateurs peuvent les poursuivre en vertu des principes que nous développerons plus loin <sup>1</sup>. En pratique toutefois, et surtout lorsque l'émission publique a été couronnée de succès, le comité d'initiative se borne à décider que ceux qui n'auraient pas libéré leurs titres après une mise en demeure de 8 ou 15 jours, seront déchus de leurs droits et que leurs actions seront attribuées à d'autres souscripteurs.

Il peut néanmoins arriver que l'impossibilité d'obtenir les premiers versements empêche la mise sur pied de la société anonyme dans le délai prévu au prospectus. Les fondateurs devront alors, s'ils ne reprennent pas eux-mêmes les titres des souscripteurs défailants, décider le renvoi de l'assemblée générale, jusqu'au moment où de

<sup>1</sup> Voir ci-après, pp. 114 et 115.

nouveaux bailleurs de fonds auront été trouvés, à moins que tous les souscripteurs primitifs n'acceptent de constituer la société anonyme avec un capital social moins important. Cette dernière solution est la plus simple, mais elle ne permettra pas toujours le lancement de l'entreprise projetée. Le consentement de *tous* les souscripteurs non défailants est en outre nécessaire.

Ces principes posés, voyons maintenant en quelle qualité les fondateurs acceptent les offres du public. La plus grande diversité d'opinion règne à ce sujet parmi les auteurs anciens et modernes, à tel point qu'on peut se demander si le législateur n'aurait pas raison de trancher la question dans un sens déterminé et de fixer les attributions des membres du comité d'initiative en tenant compte de leur situation spéciale.

Les projets de révision du C. O. <sup>1</sup>, qui consacrent certaines dispositions à la société occasionnelle et à la société en participation, témoignent d'un réel souci de mettre de la clarté dans ce domaine, mais sans arriver à une précision suffisante. La difficulté qu'il y a d'analyser la situation véritable du comité d'initiative à l'égard de la future société tient aux incertitudes qui obscurcissent encore le problème de la nature juridique des personnes morales durant leur phase constitutive, et à la relative nouveauté des problèmes qui se posent.

Il semble, à première vue, qu'il doit exister un rapport juridique entre la société anonyme et les fondateurs, et

<sup>1</sup> Projet de 1919, art. 625 ; projet de 1923, art. 552.

que ces derniers apparaissent en quelque mesure comme ses représentants. Pourtant, quelle que soit la logique apparente d'un tel principe, nous avons cru devoir rejeter la thèse des auteurs qui considèrent les fondateurs comme des mandataires, des gérants d'affaires ou des représentants de la société anonyme, car tant que cette dernière n'est pas constituée en personne du droit civil, nous ne pouvons admettre qu'elle soit titulaire de droits ou d'obligations quelconques, à moins d'une disposition expresse de la loi, qui, du reste, manque en Suisse. On ne saurait, en effet, créer des représentants légaux en dehors des cas prévus par la loi, ni assimiler à un enfant conçu la société anonyme, comme le veulent certains juristes <sup>1</sup>. Déclarer enfin que les fondateurs sont les représentants non autorisés de la future société anonyme ne nous avance guère, car, bien que la représentation non autorisée soit une institution juridique reconnue par notre droit (C. O., art. 38), elle ne lie pas les parties avant que le pseudo-représenté ait ratifié les actes faits pour son compte, — mais elle permet seulement d'envisager la possibilité d'un rapport d'obligation consécutif à la ratification <sup>2</sup>.

Un autre groupe d'auteurs a cherché à tourner la difficulté en admettant que, dans le silence de la loi, en ce qui concerne la situation juridique des personnes morales avant leur naissance, il y a lieu de suppléer à cette carence en attribuant par anticipation une personnalité

<sup>1</sup> WERNER, p. 35.

<sup>2</sup> C. O. art. 38, al. 1, *in fine* et art. 623, al. 3.

restreinte à la future société anonyme. KOHLER<sup>1</sup>, qui est le promoteur de cette doctrine, n'hésite pas à qualifier les fondateurs d'*organes de la société en formation* et leur donne toutes les compétences qui leur sont nécessaires pour mettre sur pied le nouveau sujet de droit. C'est bien là un moyen de fortune, un *Aushilfrecht*, comme dit HOFFMANN<sup>2</sup>, mais qui permet, dès le début de la souscription d'actions, de conférer à la société anonyme tous les droits qui lui compéteront par la suite. Les fondateurs, en tant qu'organes de la société en formation, acceptent et réduisent les souscriptions, c'est en cette qualité qu'ils reçoivent les premiers versements, convoquent l'assemblée constitutive, etc., etc. La théorie de Kohler est malheureusement inacceptable, car de deux choses l'une, ou bien la société existe comme personne juridique avec tous les droits qui sont les attributs des êtres capables et la mention « en formation » n'a pas de raison d'être, ou bien on est en présence d'un sujet de droit effectivement en formation, mais auquel aucune disposition de la loi, en Suisse du moins, ne permet de reconnaître une capacité juridique quelconque, puisque celle-ci pour les personnes morales, ne s'acquiert, dans la règle, que par l'inscription au registre du commerce<sup>3</sup>.

M. ROSSEL<sup>4</sup> s'exprimant à cet égard dit textuellement : « Dans le système de notre loi, la personnalité de la société

<sup>1</sup> KOHLER. *Lehrbuch*, vol. I, p. 354, suivi par LEONHARD, p. 110 ; HOFFMANN, p. 44 ; SCHNGERING, p. 108.

<sup>2</sup> HOFFMANN, p. 45.

C. C. S., art. 52 et 54.

<sup>4</sup> ROSSEL, p. 776 (édition de 1905).

anonyme ne naît donc point pendant la phase de sa constitution, il n'y a pas même pendant cette période et jusqu'à l'inscription opérée au registre du commerce ce qu'on a désigné par les mots de personnalité intérieure ou de constitution provisoire ».

D'autre part, comme le fait remarquer M. GERSTER <sup>1</sup>, on ne peut pas, d'une personne juridique, séparer ses organes, ni donner à ces derniers une existence indépendante, car en tant que parties ils supposent le tout qui est la personne. — Or tant que la société anonyme n'est pas constituée régulièrement, il n'est pas possible de parler de ses organes, ni les créer *ex nihilo*. C'est donc que la suggestion de Kohler ne nous donne pas plus satisfaction que celles des autres auteurs.

Aussi pensons-nous qu'il est vain de chercher l'existence d'un rapport de droit entre les fondateurs et la société anonyme durant sa période constitutive. Admettre le contraire reviendrait à lui conférer par anticipation une personnalité restreinte, ce que nos lois ne permettent pas. Le comité d'initiative agit donc *motu proprio* et sous sa seule responsabilité. Son but est bien de créer un nouveau sujet de droit, mais tant que celui-ci n'est pas constitué, il ne peut être titulaire de droits et d'obligations, ni avoir d'organes ou de représentants, à moins d'une disposition expresse de la loi.

C'est dire que les fondateurs acceptent ou refusent les souscriptions en tant que membres d'un comité de particuliers, qui lancent une entreprise ; ils stipulent bien avec

<sup>1</sup> GERSTER, p. 64.

les souscripteurs un contrat qui déploiera ses effets au profit de la société anonyme et auquel nous appliquerons dans une certaine mesure les dispositions de l'article 112 C. O. sur la stipulation pour autrui, mais c'est tout. Cette solution est partiellement adoptée par GIERKE <sup>1</sup>. Elle présente certaines lacunes, que nous avons relevées, mais à y regarder de près c'est encore celle qui nous paraît se rapprocher le plus *de lege lata* de la réalité.

#### SECTION 5. — Les fondateurs reçoivent le premier versement et en prennent soin.

L'article 618 C. O. dispose qu'après la clôture de la souscription, une assemblée des actionnaires doit au vu des pièces justificatives qui lui sont soumises, constater par une décision que le capital a été intégralement souscrit et que le cinquième au moins de chaque action a été versé.

Les différents problèmes d'ordre pratique que soulève cette dernière exigence de la loi retiendront un instant notre attention car, en cas d'appel au public, les fondateurs d'une société anonyme ne peuvent se borner à inviter les souscripteurs à libérer leurs actions au moment de l'assemblée constitutive. Pour prévenir toute surprise, cette libération doit se faire avant. Mais nous devons nous demander en vertu de quel droit et en quelle qualité les fondateurs procèdent ainsi, puisque les versements qui leur sont faits ne doivent pas les enrichir personnellement, ni augmenter leur patrimoine ?

<sup>1</sup> GIERKE, voir ci-dessus, p. 67.

JOLLY et WITTE <sup>1</sup>, qui considèrent la souscription et son acceptation comme les éléments d'un contrat de société, estiment que la remise des premiers fonds n'est pas autre chose que l'exécution d'une obligation sanctionnée par l'action *pro socio*.

Nous avons toutefois cru devoir rejeter cette théorie, de même que celle de BRINKMANN <sup>2</sup>, pour qui les fondateurs sont les mandataires des souscripteurs. Les suggestions de HAHN <sup>3</sup>, AUERBACH <sup>4</sup>, LABAND <sup>5</sup>, WIENER <sup>6</sup>, examinées plus haut, ne nous ont guère paru plus heureuses. KOHLER <sup>7</sup>, LEONHARD, SCHNOERING et HOFFMANN, de leur côté, ont adopté la théorie qui prête par anticipation une personnalité restreinte à la société en formation et donne aux fondateurs la qualité d'organes de cette société. Cependant ce système se heurte aux principes du droit suisse et doit être rejeté, comme inconciliable avec l'article 623 C. O.

AVERBECK <sup>8</sup> pense que les fondateurs peuvent exiger des souscripteurs la libération des actions en vertu du pouvoir fiduciaire que comporte leur situation. COSAK <sup>9</sup>, dans le même ordre d'idées, déclare que le seul fait que les fondateurs veulent créer un nouveau sujet de droit, leur donne les moyens et les compétences nécessaires à la réa-

<sup>1</sup> JOLLY et WITTE, voir ci-dessus, pp. 47 et 49.

<sup>2</sup> BRINKMANN, voir ci-dessus, p. 55.

<sup>3</sup> HAHN, voir ci-dessus, p. 60.

<sup>4</sup> AUERBACH, voir ci-dessus, p. 57.

<sup>5</sup> LABAND, voir ci-dessus, p. 59.

<sup>6</sup> WIENER, voir ci-dessus, p. 53.

<sup>7</sup> KOHLER, voir ci-dessus, p. 109, note 1.

<sup>8</sup> AVERBECK, p. 30.

<sup>9</sup> COSAK, p. 568.

lisation de leur but, mais ces affirmations n'ont pas la valeur d'arguments et n'apportent rien à la doctrine.

Quant aux auteurs enfin, qui font de la souscription d'actions uniquement un élément de l'acte collectif <sup>1</sup> nous devons constater que leur finesse consiste surtout à rendre superflue toute analyse des rapports réciproques des fondateurs et des souscripteurs. A les lire, il semble même que la question de la situation juridique du comité d'initiative ne doive pas se poser, puisque c'est spontanément que les souscripteurs manifestent leur volonté collective pour créer la société anonyme, et s'unissent dans un acte unanime afin de constituer le nouveau sujet de droit.

Or la réalité est bien différente et si le mot *acte collectif* rend bien compte du phénomène de coopération psychologique qui se manifeste lors de l'adoption des statuts de la société anonyme, il ne peut pas cependant, à lui seul, comprendre et expliquer les différents rapports d'obligations qui se créent à l'occasion de la formation d'une personne morale. Ce serait enlever à la souscription d'actions son caractère obligatoire, au mépris des nécessités de la vie transactionnelle.

Il nous semble, au contraire, que chaque acte juridique précédant la constitution de la société anonyme doit être analysé d'une manière distincte pour en fixer la signification particulière. C'est ainsi que, pour nous, la souscription d'actions apparaît comme une offre, laquelle est acceptée ou refusée par les fondateurs. Et c'est dans le même ordre d'idées qu'en appliquant l'article 112 C. O.

<sup>1</sup> Voir HELLWIG, p. 78 ci-dessus.

on arrive à dégager, croyons-nous, le principe en vertu duquel les fondateurs peuvent exiger des souscripteurs l'exécution de leurs engagements, puisque cet article dispose que « celui qui, agissant en son propre nom, a stipulé une obligation en faveur d'un tiers a le *droit* d'en exiger l'exécution au profit de ce tiers ». La circonstance, en l'espèce, qu'au moment où le souscripteur s'oblige, le bénéficiaire n'existe pas encore ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition, car la doctrine a depuis longtemps admis que la stipulation pour autrui peut valablement se conclure même avant la naissance du tiers. Le point délicat de cette construction serait celui de savoir si le stipulant peut exiger l'exécution de l'obligation en sa faveur à lui, alors que le bénéficiaire n'existe pas encore. BECKER <sup>1</sup> résoud la question affirmativement tant que ce dernier n'est pas *déterminé* ; de son côté HELLWIG <sup>2</sup> veut qu'en pareille occurrence on accorde au stipulant le droit d'exiger la prestation. Mais que décider dans notre cas où il ne s'agit pas tant de déterminer que de créer le tiers bénéficiaire ? L'hésitation est permise. C'est ici qu'il serait utile de pouvoir reconnaître, par anticipation, une personnalité juridique même restreinte à la société anonyme en formation, comme le recommandent KOHLER, LEONHARD et leurs disciples.

Nous croyons toutefois que, même sans recourir à ce moyen, il est possible d'admettre que les fondateurs sont en droit d'exiger le premier versement, et cela tant en

<sup>1</sup> BECKER. Commentaire du C. O., *ad art.* 112, note 13.

<sup>2</sup> HELLWIG, *op. cit.*, p. 223.

raison du fait que les souscripteurs (promettants) se sont engagés envers eux (stipulants), que parce que les fondateurs sont, avant la création de la société anonyme, les seules personnes qui, par leur situation, peuvent faire valoir le caractère obligatoire des engagements des souscripteurs. A notre idée, on doit pouvoir étendre au présent cas, la théorie de Becker et d'Hellwig, qui ne s'oppose pas à ce que, tant que le tiers n'est pas déterminé, le stipulant exige du promettant qu'il s'acquitte *envers lui* de l'obligation assumée, mais *pour compte* de ce tiers hypothétique. Il est vrai que, strictement et aux termes de l'article 112 C. O., l'exécution de la promesse ne peut être exigée que directement au profit du tiers, c'est-à-dire sans passer par l'intermédiaire du stipulant, mais les principes généraux du droit veulent, de leur côté, que les engagements soient respectés et que chacun exécute ses obligations selon les règles de la bonne foi. Or, pour assurer le respect de ces dispositions il faut bien qu'il existe une personne capable de les faire sanctionner. Dans le cas de la souscription d'actions, seuls les fondateurs se trouvent dans cette situation, aussi ne voyons-nous pas pourquoi on ne leur reconnaîtrait pas le droit de demander, même juridiquement, le respect par les souscripteurs de leurs engagements. C'est là un postulat d'ordre pratique, qui trouve sa légitimité dans des considérations d'opportunité et de nécessité.

Le seul moyen que les souscripteurs pourront éventuellement opposer est celui tiré de l'article 617 al. 1. C. O. Mais cette disposition ne saurait être interprétée en ce sens que le souscripteur pourrait refuser de faire le pre-

mier versement tant que la société n'est pas effectivement constituée, puisque la loi elle-même fait du premier versement une condition de cette constitution (C. O., art. 618). Dès l'instant que les fondateurs peuvent prouver aux souscripteurs récalcitrants que la société est à même de se constituer, nous ne pensons pas qu'un tribunal leur contesterait le droit d'exiger la remise du premier versement sur les actions. A cet égard le Code civil zurichois <sup>1</sup> connaissait une disposition très sage, que nous aimerions voir introduite dans le nouveau Code des obligations. Son article 1350 disposait que l'obligation de libérer les actions souscrites suppose que le capital nécessaire à l'entreprise projetée a été couvert au point que la possibilité de la réalisation de cette dernière apparaît comme certaine. Nous réservons, bien entendu, les dispositions spéciales du prospectus.

Revenant à l'article 112 C. O., nous remarquerons encore que, même si l'on exige dans la personne du stipulant un intérêt pécuniaire à la stipulation, cet intérêt existe ordinairement en l'espèce, soit que les fondateurs se proposent comme administrateurs de la société anonyme, soit qu'ils trouvent avantage à lui céder des biens en nature pour un prix déterminé ou qu'ils se fassent accorder des rémunérations ou des privilèges particuliers (parts de fondateurs, etc...) <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> *Zürcher Zivilgesetzbuch* : art. 1350 : *Die Verpflichtung die gezeichnete Aktien einzuzahlen, setzt voraus dass, das für die Ausführung des beabsichtigten Unternehmens veranschlagte Kapital durch Aktienzeichnungen soweit gedeckt worden, dass die Möglichkeit der Ausführung gesichert erscheint. Vorbehalten bleiben nähere Bestimmungen darüber in dem Programm der Unternehmung.*

<sup>2</sup> VIVANTE, *op. cit.*, p. 157.

Un fait, par contre, met en lumière le caractère *sui generis* du contrat de souscription, c'est la jurisprudence spéciale du Tribunal fédéral aux termes de laquelle, — en dérogation aux principes ordinaires en matière de stipulation pour autrui, — les souscripteurs ne peuvent pas opposer à la société anonyme leurs exceptions contre les fondateurs. Nous avons exposé plus haut<sup>1</sup> les raisons invoquées par les auteurs et les tribunaux pour expliquer leur attitude. Elles procèdent de considérations d'ordre public et confirment bien notre idée que le contrat de souscription présente certains caractères originaux qui empêchent de le faire rentrer absolument dans telle ou telle catégorie du Code des obligations. Il en sera du reste ainsi, tant qu'une théorie complète des personnes morales en formation n'aura pas été consacrée par notre loi ou par le Tribunal fédéral. Le législateur serait donc bien inspiré de profiter de la révision prochaine du Code des obligations pour examiner à fond cette question et pour mieux préciser les compétences des fondateurs de sociétés anonymes, d'associations ou de sociétés coopératives.

Notre loi est également muette sur la manière en laquelle les actions doivent être libérées. Divers modes sont admis en Suisse. L'habitude bâloise d'exiger un paiement en espèces est recommandable, bien que le Tribunal fédéral<sup>2</sup> et le Tribunal de Commerce de Zurich<sup>3</sup> se

<sup>1</sup> Voir ci-dessus, p. 31.

<sup>2</sup> A. T. F., vol. 26, II, p. 437.

<sup>3</sup> *Blätter für zürcherische Rechtssprechung*, vol. I, n° 30.

soient montrés mois exigeants. GERSTER <sup>1</sup> pense que le souscripteur peut exécuter son obligation par le moyen d'un chèque ou d'un effet de change. Il nous semble toutefois, en ce qui concerne le chèque, que l'existence de la provision devrait être à tout le moins préalablement reconnue. Quant aux effets de change proprement dits, nous ne saurions les admettre comme mode de libération, car ils n'ont pas de valeur intrinsèque et ne comportent somme toute, comme le bulletin de souscription lui-même, qu'un engagement, qu'une ou plusieurs promesses de paiement. Si les versements des souscripteurs se font dans un établissement de crédit, on peut assimiler à la libération en espèces le virement bancaire « grâce auquel le comité d'initiative, puis la société anonyme se trouveront avoir effectivement à leur disposition le montant que les souscripteurs entendent leur remettre » <sup>2</sup>. Si la banque est elle-même souscripteur, il suffit qu'elle ait avisé les fondateurs de la mise à leur disposition ou de la passation à leur crédit de la somme représentant le premier versement, pour autant bien entendu qu'elle a dans ses caisses du numéraire disponible en quantité suffisante pour que l'opération ait été effectivement réalisée <sup>3</sup>.

Les principes ci-dessus ne s'appliquent pas au cas d'apports en nature pour lesquels le C. O. renferme des dispositions spéciales dans le détail desquelles il ne nous parait pas opportun d'entrer ici <sup>4</sup>.

<sup>1</sup> GERSTER, p. 53.

<sup>2</sup> HOUPIN et BOVIEUX, vol. I, p. 638.

<sup>3</sup> HOUPIN et BOVIEUX, vol. I, p. 638.

<sup>4</sup> C. O. art. 619.

Les projets de révision du Code des obligations exigent des versements en espèces et nous ne pouvons que les approuver<sup>1</sup>.

La situation juridique résultant du dépôt des fonds, avant la constitution de la société anonyme, soit entre les mains du comité d'initiative, soit auprès d'une banque mérite aussi de retenir notre attention car, là encore, certaines précisions sont nécessaires. Nous examinerons successivement les deux cas.

Lorsque ce sont les fondateurs qui reçoivent les versements des souscripteurs, ils en deviennent pleinement propriétaires, sauf à tenir un capital équivalent à la disposition de la société anonyme, dès qu'elle sera constituée. Il se greffe ainsi sur le contrat de souscription un contrat de dépôt irrégulier, et si pour une raison ou une autre la société ne se constitue pas, les fondateurs sont solidairement responsables de la restitution du premier versement. La situation est la même si les actions sont libérées auprès d'une banque qui crédite le compte personnel de tel ou tel fondateur désigné dans le prospectus comme caissier du comité d'initiative.

Dans le cas fréquent, par contre, où l'établissement de crédit choisi comme domicile de versement, a ouvert un compte spécial à « la société X. Y... en formation » il nous semble, comme à MM. HOUPIIN et BOVIEUX<sup>2</sup>, qu'avant l'assemblée constitutive, le droit de disposer de ce compte n'appartient que conjointement aux fondateurs et aux

<sup>1</sup> Projet de 1919, art. 702 ; projet de 1923, art. 633.

<sup>2</sup> HOUPIIN et BOVIEUX, vol. I, p. 643.

souscripteurs, seuls véritablement intéressés au sort de ce capital. Nous avons en effet rejeté la théorie des auteurs pour qui la souscription d'actions concerne également les tiers ou le public en général.

D'autre part, le fait de désigner comme titulaire du compte en banque la « société X. Y... en formation » présente des avantages pratiques incontestables, en ce sens que, dès le début, le futur capital-actions est géré à part et distinct des autres éléments de fortune des fondateurs.

Les projets de révision du C. O. <sup>1</sup> s'occupent du problème que nous examinons et prévoient que le montant des premiers versements doit être tenu à la *disposition exclusive* de la future société. C'est une innovation de notre droit, qui aura pour effet de bloquer le capital social jusqu'au moment de la création de la société. Mais il est clair que si cette dernière ne se constitue pas, les banques depositaires devront restituer aux souscripteurs leurs versements, après entente avec le comité d'initiative. Ce point n'est pas expressément réglé par les projets de révision du C. O. mais la solution que nous proposons se déduit du droit commun, comme l'a justement fait remarquer en France M. Chastenet dans son rapport sur le projet de loi de 1903 portant modification des lois du 24 juillet 1867 et du 1<sup>er</sup> avril 1893 <sup>2</sup>.

Une question délicate est celle de la situation créée par la faillite de la banque depositaire, avant l'assemblée

<sup>1</sup> Projet de 1919, art. 698, *in fine*; projet de 1923, art. 649, *in fine*.

<sup>2</sup> *Journal des sociétés civiles et commerciales*, 1903, p. 173; 1904, pp. 369 et 370.

générale constitutive. Qui devra supporter la perte éventuelle? La société n'étant pas encore devenue propriétaire des fonds, est naturellement hors de cause. Mais les fondateurs peuvent, à notre idée, être recherchés conformément à l'article 41, C. O. s'ils ont commis une faute en choisissant comme domicile de souscription tel établissement peu sûr. Leur responsabilité se trouvera même aggravée s'ils sont administrateurs de la banque en faillite, et ils pourront être, le cas échéant, prévenus d'escroquerie, si le lancement du prospectus qui leur a procuré de l'argent frais, apparaît comme une manœuvre frauduleuse <sup>1</sup>.

C'est sans doute pour prévenir de telles surprises que le projet de loi française de 1903, cité plus haut, dispose que les versements des souscripteurs devront se faire soit à la Caisse des dépôts et consignations, soit à la Banque de France, soit au Crédit Foncier. Mais si les fondateurs sont à l'abri de tout reproche, il n'y a que les souscripteurs pour supporter la perte. C'est la solution admise par la doctrine, notamment par MM. HOUPIN et BOVIEUX <sup>2</sup>. C'est aussi la seule qui soit juridique et que l'on puisse déduire normalement de l'examen des faits.

La société anonyme venant à se constituer, il reste à voir en vertu de quel principe ses organes peuvent exiger des fondateurs ou de la banque la remise du capital social déposé chez eux. Nombre d'auteurs anciens opéraient avec une cession réelle ou fictive. C'était notamment le

<sup>1</sup> Voir Code pénal Neuchatelois, art. 389.

<sup>2</sup> HOUPIN et BOVIEUX. Vol. I, p. 643.

cas de JOLLY, WITTE, LABAND, etc., etc.,<sup>1</sup>, dont nous avons réfuté les théories plus haut.

SCHNÖRING, HOFFMANN et KOHLER<sup>2</sup>, qui font des membres du comité d'initiative les organes de la société en formation, suppriment la difficulté du problème en prêtant par anticipation une personnalité restreinte au nouveau sujet de droit. Pour eux, les souscripteurs, en faisant le premier versement paient déjà à la société, mais nous avons vu que cette construction est inacceptable en Suisse.

GERSTER<sup>3</sup>, pour qui les fondateurs sont des *trustees*, estime que les sommes qui leur sont confiées deviennent de plein droit la propriété de la société anonyme au moment de sa constitution, en vertu même du contrat fiduciaire passé entre eux et les souscripteurs. Nous pensons toutefois qu'il n'est pas nécessaire d'avoir recours à ce moyen pour légitimer les organes de la société anonyme et les autoriser à prendre possession du capital social. La théorie de la stipulation pour autrui nous permet, ici encore, d'expliquer le contrat de souscription. Nous rappelons, en effet, que, si Becker et Hellwig autorisent les fondateurs à exiger que les souscripteurs libèrent, entre leurs mains, les actions qui leur ont été attribuées, c'est uniquement parce que la société n'existe pas encore et que durant sa période constitutive les fondateurs sont les seules personnes qui, matériellement et juridiquement, peuvent exiger l'exécution du contrat passé avec les souscripteurs au profit de la société anonyme. Mais le

<sup>1</sup> Voir ci-dessus exposé historique, pp. 47 et suiv.

<sup>2</sup> Voir ci-dessus, p. 109, note 1.

<sup>3</sup> GERSTER. Voir ci-dessus, p. 74.

fait de la libération des actions entre les mains des fondateurs ne préjudicie en rien au droit de la société anonyme d'en devenir propriétaire dès qu'elle sera constituée. A nos yeux, ce transfert de propriété en sa faveur s'opère même *ipso jure*, dès l'inscription au registre du commerce. Il résulte du contenu du contrat de souscription, et procède de l'*intention des contractants*, si bien qu'il n'est pas nécessaire pour habiliter les organes de la société anonyme à entrer en possession du capital-actions, de recourir à la notion germanique de la *Treuhand*, ni à une cession réelle ou fictive, ni de prêter par anticipation une capacité juridique quelconque à la société en formation.

Au vu d'un extrait du registre du commerce, les tiers dépositaires des versements des souscripteurs pourront valablement s'en dessaisir au profit du conseil d'administration ou de tel de ses membres muni d'une délégation régulière de pouvoirs. Une autre solution irait à l'encontre de la volonté des parties et de la législation en vigueur.

Puisque nous en sommes là, nous croyons utile de mentionner une particularité du droit autrichien, qui n'exige pas des souscripteurs un premier versement avant l'assemblée constitutive. Les fondateurs comme tels ne peuvent donc pas actionner en libération des actions<sup>1</sup> et doivent pourvoir, par d'autres moyens, à s'assurer de l'efficacité du concours qui leur est promis. Cela simplifie extrêmement la construction de la souscription d'actions,

<sup>1</sup> VOIR ADLER CLEMENS, 1906, n° 2580.

qui n'a plus que la valeur d'un engagement unilatéral, sur la foi duquel le nouveau sujet de droit sera créé. La théorie du *Gesamtakt* pourrait dès lors être admise en Autriche où ce concours de déclarations de volonté convergentes et concourantes des souscripteurs constituerait bien l'entente d'un genre spécial que désigne le terme d'acte collectif. Cette question n'est toutefois pas encore résolue par les tribunaux <sup>1</sup>.

Pour en revenir au droit suisse, nous croyons avoir ainsi exposé la manière la plus rationnelle de construire *de lege lata* la souscription d'actions, tout en précisant la nature et les effets des différents rapports de droit qui naissent, à cette occasion, entre le public et les fondateurs. Malgré les suggestions intéressantes des auteurs modernes, nous pensons qu'il convient de chercher plutôt parmi les institutions existantes la solution de ce problème, sauf à reconnaître certaines particularités, à accepter certains « hiatus » inévitables tant que la loi ou la jurisprudence n'auront pas dissipé l'obscurité qui plane encore sur la question des personnes juridiques en formation.

#### SECTION VI. — Les fondateurs convoquent l'assemblée générale constitutive.

Une des dernières activités des fondateurs est la convocation de l'assemblée générale, qui constitue aussi pour

<sup>1</sup> Voir ADLER CLEMENS, 1906, n° 2380.

eux l'exécution d'une obligation assumée au moment de l'acceptation totale ou partielle des souscriptions. Elle ne présente aucune particularité digne de remarque. Le comité d'initiative devra observer les règles prescrites dans le projet de statuts et respecter les délais indiqués dans le prospectus.

Nous tenons seulement à rappeler ici que les auteurs qui s'appliquent à distinguer l'élément personnel de l'élément social de la souscription d'actions, prétendent que l'acceptation de cette dernière n'est parfaite, au point de vue du droit des sociétés, que par l'invitation à participer à l'assemblée générale constitutive, tandis que l'avis d'attribution des actions n'a de valeur qu'au point de vue individuel, c'est-à-dire des relations personnelles entre les souscripteurs et les fondateurs.

Nous avons déjà réfuté cette distinction <sup>1</sup> et trouvons ici encore une occasion de la rejeter, car nous ne comprenons pas la raison pour laquelle les souscriptions devraient être acceptées deux fois et pourquoi l'invitation à participer à l'assemblée générale serait appelée une « acceptation sociale », alors qu'elle n'est, comme son nom l'indique, qu'une convocation adressée aux souscripteurs agréés par le comité d'initiative. Au surplus, nous contestons que l'acceptation des fondateurs puisse être qualifiée de *sociale*, alors que la société n'existe pas encore, et que c'est sous réserve de sa constitution effective, que le comité d'initiative agit en toutes circonstances.

Seules, à notre idée, les décisions prises conformément

<sup>1</sup> Voir ci-dessus, pp. 95 et 96.

à l'article 618 C. O. par l'assemblée générale pourraient avoir le caractère indiqué par Averbeck, Gerster et de nombreux auteurs. Les différents votes qui interviennent à ce moment peuvent apparaître, dans une certaine mesure, comme la ratification des travaux préparatoires accomplis par les fondateurs et comme une confirmation, par la société naissante, des conventions qui ont permis sa mise sur pied. Mais les auteurs cités ne s'expriment pas dans ce sens et nous ne nous permettrions pas de trahir leur pensée.

#### SECTION VII. — Appendice.

##### De l'assemblée générale constitutive.

Les souscripteurs d'actions, avons-nous vu, ont l'obligation de participer à l'assemblée générale constitutive qui votera les statuts et procédera aux constatations prévues à l'article 618 C. O. Cette obligation toutefois n'a pas le caractère absolu de celle de faire un apport à la société. Elle apparaît plutôt comme une obligation morale ou naturelle, c'est-à-dire dépourvue de sanction, puisque l'assemblée générale constitutive prend ses décisions à la majorité absolue des actions représentées, quel qu'en soit le nombre, sous réserve du cas visé à l'article 619 C. O. L'usage de la procuration permet, du reste, une large participation à ces assemblées.

La signification des votes qui y interviennent est une question qui présente un intérêt très actuel, car la

doctrine discute, encore, comment il faut qualifier les décisions prises par les souscripteurs conformément à l'article 618 C. O. Le fait est que Gierke en proclamant la réalité des personnes morales a posé le principe qu'elles naissent comme telles en vertu d'un concours collectif de volontés, auquel il a donné le nom de *Gesamtakt*. Or cette doctrine, que nous n'avons pu accepter dans la mesure où elle englobe dans un seul acte toutes les activités (y compris la souscription d'actions) qui précèdent la constitution de la société, — nous croyons pouvoir l'adopter maintenant qu'il s'agit uniquement de qualifier la manifestation collective de volonté, qui va créer le nouveau sujet de droit. Nous estimons, en effet, avec Gierke que le consentement qui se forme à l'assemblée générale diffère profondément de celui qui tend à la conclusion d'un contrat, aussi bien par le mode de sa formation, laquelle ne peut pas se décomposer en offre et en acceptation, que par les circonstances dans lesquelles il se perfectionne. Mieux que personne, M. DUGUIT<sup>1</sup> en a donné un résumé que nous désirons citer *in extenso*. On ne saurait en effet exposer plus clairement comment sont votés les statuts d'une société anonyme ou d'une association.

« Un certain nombre de personnes, écrit M. Duguit, ...  
 « ayant répondu à l'appel (des fondateurs) se trouvent  
 « réunies à l'heure et au lieu indiqués. Les initiateurs  
 « ont rédigé d'avance un projet de statuts, c'est-à-dire  
 « des règles, des dispositions par voie générale tendant à

<sup>1</sup> DUGUIT. Vol. I, p. 295.

« fixer essentiellement quatre points : 1° le but du grou-  
« pement qui va se former ; 2° son nom ; 3° son siège et  
« 4° la composition de l'organe ou des organes qui l'ad-  
« ministreront et souvent en outre le chiffre de la cotisa-  
« tion qui sera payée annuellement par les associés.

« Après une discussion plus ou moins longue, les sta-  
« tuts sont votés, l'association est alors constituée et elle  
« comprend comme membres initiaux tous ceux qui ont  
« voté l'ensemble des statuts.

« Qu'il y ait un concours de volonté, c'est incontestable.  
« Qu'il y ait une pluralité de déclarations de volontés  
« concordantes, ce n'est pas douteux. Mais qu'il y ait là  
« un contrat, je le nie. D'abord il n'y a pas eu prise de  
« contact entre elles, des diverses volontés qui ont voté les  
« statuts. L'une d'elles n'a point fait une offre à une autre  
« qui l'aurait acceptée. Les diverses personnes qui sont  
« venues au rendez-vous, sans se connaître, ne sont pas  
« entrées en relation pour faire naître un lien de droit  
« obligeant l'une d'elles envers l'autre. Il n'y a pas une  
« personne ou un groupe de personnes se trouvant dans  
« une situation opposée ou contraire à celle d'une autre  
« personne ou d'un autre groupe. Toutes sont dans la  
« même situation. Leurs déclarations de volonté sont  
« déterminées par le même but et ont le même objet. En  
« votant les statuts, elles n'échangent point leur consen-  
« tement pour faire naître entre elles un rapport de créan-  
« cier et de débiteur. L'une d'elles ne veut pas s'obliger  
« déterminée par la volonté qu'a l'autre de devenir  
« créancière et réciproquement. Toutes ces personnes ont  
« voulu au contraire la même chose : la constitution d'une

« association suivant les statuts qu'elles votent, toutes ces  
« déclarations de volonté ont été déterminées par le  
« même but, celui que les statuts donnent à l'association ».

Voilà comment M. Duguit analyse la genèse du consentement qui se forme à l'assemblée générale. Pas de contrat, dit-il, mais une pluralité de déclarations unilatérales et concourantes de volontés. Comme le fait justement remarquer TAKAKI <sup>1</sup>, l'assemblée générale n'est pas une simple réunion des souscripteurs en tant qu'individus. C'est au contraire l'ensemble de ceux-ci qui agit par voie de décisions en vertu d'une reconnaissance expresse de la loi.

Nombreux sont du reste les auteurs qui partagent cette opinion et font des résolutions prises par l'assemblée, des actes collectifs, *sui generis*, créateurs de la société anonyme.

BOLCHINI <sup>2</sup>, par exemple, relève en termes analogues qu'à l'assemblée générale, les souscripteurs ne sont pas pris individuellement et n'agissent plus pour leur compte propre, mais que c'est, au contraire, l'ensemble des souscripteurs qui passent à l'exécution des actes par lesquels se réalisera le but véritable proposé au public, c'est-à-dire la création du nouveau sujet de droit.

BEHREND <sup>3</sup>, LEHMANN <sup>4</sup>, HOMBERGER, <sup>5</sup>, SCHNOERING <sup>6</sup>, de

<sup>1</sup> TAKAKI, p. 41.

<sup>2</sup> BOLCHINI. Voir ci-dessus, p. 80.

<sup>3</sup> BEHREND, p. 743.

<sup>4</sup> LEHMANN, p. 380.

<sup>5</sup> HOMBERGER, p. 17.

<sup>6</sup> SCHNOERING, p. 163.

leur côté, n'assimilent pas non plus à un contrat les résolutions prises par les souscripteurs et opèrent avec l'institution nouvelle du *Gesamtakt*. Nous n'hésitons pas non plus à nous rallier à cette manière de voir. L'acte collectif est bien une notion que doit accepter la doctrine moderne, du moment qu'elle donne aux personnes morales la qualité de sujets de droit, c'est-à-dire d'êtres doués d'une vie propre et d'une volonté distincte de la somme des volontés des membres qui les constituent. L'adhésion du souscripteur au vote qui crée cette entité juridique nouvelle, n'est pas une déclaration de volonté qui s'adresse à tel ou tel de ses collègues, elle est au contraire une partie intégrante et constitutive de la volonté naissante de la personne morale, aux statuts de laquelle il sera désormais soumis. Il ne dépendra donc plus d'un seul souscripteur de mettre fin à l'association par une résiliation unilatérale, comme peut le faire un associé en matière de société simple. Un élément organique et extra-individuel s'est manifesté : la loi de la majorité s'est substituée à celle de la volonté personnelle des associés. Il nous semble bien, dans ces conditions, que Gierke et ses disciples aient eu raison de qualifier d'un terme spécial ce concours collectif de volonté, convergeant vers un même but et d'en faire une institution juridique nouvelle que la doctrine reconnaît peu à peu.

Voilà en raccourci comment nous comprenons les votes qui interviennent à l'assemblée générale constitutive.

Nous savons qu'ils portent d'une part sur l'adoption des statuts et d'autre part sur les constatations prévues à l'ar-

ticle 618 C. O. Les souscripteurs ont également à nommer les organes de la société et les vérificateurs de comptes. Un officier public assiste personnellement à l'assemblée et dresse le procès-verbal authentique des décisions prises. Ces opérations terminées, les administrateurs font inscrire la société au registre du commerce de l'arrondissement dans lequel elle aura son siège. Ils déposent à l'appui de leur réquisition les pièces mentionnées à l'article 622 C. O. Le préposé s'assure de la régularité de ces documents et les transmet au bureau fédéral du registre du commerce qui, après un nouvel examen, et après avoir constaté que le droit de timbre fédéral sur l'émission des actions a été payé à l'Administration fédérale des contributions, ordonne l'inscription de la société au registre du commerce et la publication de l'inscription dans la feuille officielle suisse du commerce.

La société acquiert la personnalité juridique dès le moment où elle est inscrite au registre du commerce (C. O., art. 863, al. 2.).

En ce qui concerne la souscription d'actions, cet enregistrement de la société anonyme présente un certain intérêt, en ce sens qu'il rend impossible l'avènement de la condition qui pourrait libérer les souscripteurs de leurs engagements et qu'en conférant la personnalité juridique à la société, il permet le transfert en faveur de cette dernière des fonds déposés en banque pour son compte, cela conformément à la volonté des souscripteurs. Si les premiers versements se trouvent en mains des fondateurs, ceux-ci doivent les tenir dès ce moment à la disposition exclusive de la société anonyme.

Enfin l'inscription au registre du commerce perfectionne l'obligation du souscripteur de libérer, à réquisition de la société, le solde impayé sur les actions qui lui ont été attribuées par le comité d'initiative. Le droit de la société anonyme d'exiger ces versements complémentaires procède aussi de la volonté des souscripteurs, dûment manifestée par la signature du bulletin de souscription et par les votes de l'assemblée générale, qui doivent avoir cet effet, pour être conformes à l'article 618 C. O.

---

## CHAPITRE IX

### DE LA SOUSCRIPTION D'ACTIONS EN CAS D'AUGMENTATION DU CAPITAL SOCIAL

Notre essai serait incomplet, si nous n'examinions pas encore, en terminant, ce cas spécial de la souscription d'actions. Mais l'étude en sera facilitée par l'analyse que nous avons faite plus haut des principes généraux qui dominent cette matière.

L'appel à souscrire émane ici de la société elle-même, après qu'une assemblée générale des actionnaires a décidé l'augmentation du capital social. Les exigences de la loi suisse à cet égard ont été considérablement augmentées par l'arrêté fédéral du 8 juillet 1919. Le contenu nécessaire du prospectus a été détaillé avec soin. Notamment, les deux derniers bilans et comptes de profits et pertes doivent être publiés, de même que les dividendes payés sur le capital social pendant les cinq dernières années ou depuis la fondation de la société (C. O. art. 626).

Juridiquement, l'appel à souscrire se caractérise ici encore comme une invitation à faire une offre. Par la souscription, le souscripteur s'engage à faire un apport à la société dont il deviendra actionnaire, après avoir fait le versement légal ou statutaire sur les actions qui lui sont attribuées <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> A. T. F. du 4 décembre 1915.

Au point de vue du fond et de la forme, nous nous bornons à renvoyer à ce qui a été dit plus haut sous réserve des observations suivantes :

1° Le bulletin de souscription est adressé aux organes de la société, désignés dans le prospectus pour le recevoir. Il n'est donc plus question de fondateurs.

2° La souscription parvenue à la société sera acceptée, réduite ou refusée suivant les cas. A cet égard, le conseil d'administration a la même liberté que les fondateurs, sauf à respecter les engagements qui peuvent avoir été pris dans le prospectus d'émission.

3° Le contrat de souscription se forme entre la société existante et les souscripteurs.

4° Le premier versement sur les actions se fera directement à la société ou dans une banque désignée comme domicile de souscription. On discute, en doctrine, la question de savoir à partir de quel moment la société est propriétaire des sommes versées pour libérer les nouvelles actions. GERSTER<sup>1</sup> estime que le transfert de propriété s'opère déjà lors de la remise des fonds et que le capital social s'augmente ainsi graduellement au fur et à mesure des versements. Il adopte l'opinion du Tribunal fédéral<sup>2</sup> qui, dans un arrêt du 4 décembre 1915, a estimé qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer par analogie, au cas qui nous occupe, les dispositions de l'article 618 C. O. WIELAND,

<sup>1</sup> GERSTER, p. 78.

<sup>2</sup> A. T. F., arrêt du 4 décembre 1915, voir *Praxis des Bundesgerichts*, 5<sup>e</sup> année, pp. 69 et suiv., cité par WIELAND. *Schweiz. Juristen Zeitung*, vol. 12, p. 349.

par contre, a un autre sentiment<sup>1</sup> et n'a pas manqué de critiquer le jugement que nous venons de citer. Pour lui et, d'une manière générale en droit des sociétés, la responsabilité des nouveaux associés ne commence que dès le moment où elle a été portée à la connaissance des tiers. Dans les sociétés en nom collectif ou en commandite, cette publicité résulte non seulement de l'inscription au registre du commerce des nouveaux associés, mais aussi de l'emploi par eux de la signature sociale ou d'avis et circulaires adressés aux personnes avec lesquelles ils sont ou seront en relations d'affaires. Pour la société anonyme, par contre, qu'il s'agisse de sa constitution ou de l'augmentation de son capital social, il en est autrement : pour Wieland, le seul moyen légal de faire connaître aux tiers l'existence de nouveaux associés, c'est l'inscription au registre du commerce, si bien que tant que cette formalité n'a pas été accomplie, les créanciers de la société anonyme n'ont aucun droit sur les versements opérés pour libérer les nouvelles actions. Cette question présente un réel intérêt lorsque la société anonyme tombe en faillite après avoir déjà encaissé des nouveaux souscripteurs la totalité ou une quote-part de leurs actions. En pareil cas, le Tribunal fédéral soumet ces versements à l'action des créanciers de la société anonyme, alors que nous estimons, avec Wieland, qu'ils devraient au contraire leur échapper. L'article 628 C. O., il est vrai, n'exige pas que, lors de l'augmentation du capital social, les constatations pré-

<sup>1</sup> WIELAND. A. dans la *Schweizer. Juristen Zeitung*. vol. 12, pp. 349 et suiv.

vues à l'article 618 C. O. soient faites par une assemblée générale des actionnaires, mais il y a une telle analogie entre ces faits et ceux précédant la constitution d'une société anonyme, que nous ne comprenons pas que le Tribunal fédéral ait pu admettre, qu'une fois l'augmentation du capital décidée par les actionnaires, la constatation de la libération des nouveaux titres puissent résulter d'une déclaration authentique ou d'une simple attestation émanant de l'administration. Il nous semble que l'attribution des versements à la société anonyme devrait, au contraire, résulter d'une décision prise conformément à l'article 618 C. O., à la double fin, de fixer, d'une part, le seul et unique moment à partir duquel l'action des créanciers de la société anonyme pourra s'exercer sur le nouveau capital social, et d'éviter, d'autre part, que la société, propriétaire, selon le Tribunal fédéral, des versements des nouveaux actionnaires dès que les fonds sont en sa possession, n'en dispose avant qu'il soit constant que l'augmentation du capital-actions pourra se faire conformément aux décisions de l'assemblée générale.

5° En matière de vices de consentement, la question se pose de savoir si, en tant que personne morale, ayant rédigé et lancé le prospectus de la nouvelle émission, la société anonyme peut encourir une responsabilité délictuelle et se voir appliquer l'article 671 C. O. disposant que ceux qui ont coopéré à l'émission sont responsables envers tout actionnaire ou créancier de la société du dommage qu'ils leur ont causé en formulant ou en répandant sciemment dans des circulaires ou des prospectus, des assertions mensongères. La doctrine ancienne était partagée

à cet égard <sup>1</sup>, mais du moment que le Tribunal fédéral <sup>2</sup> et la législation actuelle <sup>3</sup> consacrent la responsabilité civile des personnes morales à raison de leurs actes illicites, il s'ensuit indiscutablement que le dol des organes de la société anonyme engage la responsabilité de cette dernière. M. GERSTER <sup>4</sup> fait justement remarquer, à ce propos, que le public reçoit par là une garantie supplémentaire, puisque le capital de la société peut être mis à contribution pour réparer le dommage causé par ses administrateurs, alors que ces derniers, par leurs propres moyens, ne pourraient pas toujours indemniser les souscripteurs trompés. L'intention dolosive des organes de la société doit, d'ailleurs, être prouvée. En outre, ils sont eux-mêmes recherchables à teneur des articles 41 et 672 C. O. Rappelons enfin que les souscripteurs ne peuvent pas refuser de libérer le solde de leurs actions en opposant en compensation à la société anonyme la créance qu'ils estiment avoir contre elle en raison du dol dont ils ont été les victimes.

Comme on le voit, la souscription d'actions en cas d'augmentation du capital social, ne diffère pas essentiellement de l'autre et les mêmes principes lui sont applicables dans la mesure que nous venons de préciser.

<sup>1</sup> En Suisse notamment Silbernagel (p. 46) contestait cette responsabilité délictuelle de la société anonyme. Pour l'Allemagne, voir STAUB dans la *Monatschrift d'Holdheim*, vol. 10, p. 133; *Reichsgericht.*, vol. 34, p. 129; vol. 57, p. 292. SIEVERS, dans la *Deutsche Juristen Zeitung*, 1903, p. 88.

<sup>2</sup> A. T. F., vol. 31, II, p. 707, — vol. 44, II, p. 214.

<sup>3</sup> C. C. S., art. 55.

<sup>4</sup> GERSTER, p. 75.

## CONCLUSION

---

Arrivé au terme de cette étude, il nous reste à en dégager brièvement le résultat, en ce qui concerne la nature juridique de la souscription d'actions.

Nous avons vu que trois courants d'opinion divisent la doctrine. Le premier demande la solution du problème à la théorie générale du contrat et voit dans chaque acte juridique qui prépare et conditionne la création de la société anonyme l'élément d'un ou de plusieurs contrats.

La deuxième opinion, professée par certains juristes, attribue un double caractère à la souscription d'actions, qui leur apparaît à la fois comme l'élément d'un contrat et comme un acte unilatéral par lequel le souscripteur participe à l'acte collectif générateur du nouveau sujet de droit.

Un troisième groupe d'auteurs enfin estime que la souscription d'actions est uniquement une participation à l'acte collectif.

Notre construction s'inspire dans une large mesure de la théorie des contrats et peut se résumer dans les propositions suivantes :

1° L'échange des déclarations de volonté entre les sous-

cripteurs et les fondateurs perfectionne une entente, que nous ne saurions qualifier autrement que comme un contrat (contrat de souscription) ;

2° L'appel à souscrire est une simple invitation à faire une offre ;

3° Le premier acte juridique obligatoire pour son auteur est l'envoi du bulletin de souscription, par lequel le souscripteur offre aux fondateurs de faire un apport et de participer à l'assemblée générale en vue de la constitution de la société anonyme ;

4° Les seuls destinataires de la souscription sont les fondateurs, qui ont toute liberté de l'accepter, de la réduire ou de la refuser, à moins que le prospectus n'en dispose autrement. Entre les fondateurs et les souscripteurs, dont les souscriptions sont acceptées, il se conclut par ces acceptations, une série de *contrats de souscriptions* ;

5° Aucun rapport de droit ne lie les souscripteurs entre eux avant l'assemblée générale. Nous rejetons l'idée que, par le seul fait de l'envoi des bulletins de souscription, il se forme une société de souscripteurs, car ces derniers n'ont pas l'*animus societatis* au moment où ils offrent aux fondateurs de s'intéresser financièrement à la future entreprise, et ils n'entrent pas réciproquement en relations ;

6° Par le contrat de souscription, les fondateurs s'engagent envers chaque souscripteur, et pour le cas où la société se constituerait effectivement :

- a) A tenir compte des souscriptions qu'ils ont acceptées ;
- b) A convoquer en assemblée générale les souscripteurs agréés par eux ;
- c) Eventuellement à recevoir les premiers versements et

à les tenir à la disposition de la société anonyme dès qu'elle sera créée ;

Les souscripteurs, d'autre part, sont obligés envers les fondateurs aux termes des offres transmises par les bulletins de souscription ;

7° Le contrat de souscription ainsi conclu est une convention *sui generis*, qui se rapproche de la stipulation pour autrui, en ce sens que celui qui devra en bénéficier est un tiers non partie au contrat, puisque les fondateurs ne sont pas les représentants, ni les tuteurs, gérants ou mandataires de la société anonyme en formation ;

8° D'autre part, le contrat de souscription n'est pas à tous égards une stipulation pour autrui, car les exceptions du promettant à l'égard du stipulant (comité d'initiative) ne peuvent être opposées au tiers bénéficiaire que d'une manière très restreinte ;

9° Avant leur assemblée générale, les souscripteurs libèrent, conformément au projet de statuts et au prospectus, les actions qui leur ont été attribuées. Ces premiers versements deviennent la propriété des fondateurs, s'ils leur sont confiés personnellement, à charge par eux de tenir un capital équivalent à la disposition de la société, dès qu'elle sera inscrite au registre du commerce ;

10° Si les fonds sont déposés en banque, la situation est la même et le droit de disposer du compte ouvert à la « société... en formation » appartient conjointement aux souscripteurs et aux fondateurs. Dès que la société est inscrite au registre du commerce, elle doit être seule considérée comme titulaire du compte qui lui a été ouvert par la banque ;

11° L'assemblée générale constitutive est convoquée par les fondateurs. Elle réunit les souscripteurs qui, par une manifestation collective de volonté, décident la constitution de la société anonyme en adoptant ses statuts, en procédant aux constatations prévues à l'article 618, C. O. et en élisant les organes de la société ;

12° Ce concours unanime de volontés diffère du consentement en matière de conclusion d'un contrat, tant en raison des circonstances dans lesquelles se manifestent les déclarations de volonté, que parce qu'il n'est pas possible de le décomposer en offre et en acceptation. On est en présence d'un acte juridique *sui generis* du droit des sociétés à personnalité morale (*Gesamtakt* de Gierke) ;

13° La société, toutefois, n'acquiert la personnalité morale que par son inscription au registre du commerce. C'est à partir de ce moment-là seulement qu'elle existe comme sujet de droit et devient propriétaire des versements opérés par les souscripteurs en libération de leurs actions ;

14° L'inscription au registre du commerce rend aussi impossible l'avènement de la condition résolutoire qui, autrement, libérerait les souscripteurs de leurs engagements ;

15° La souscription d'actions, en cas d'augmentation du capital social, ne diffère pas essentiellement de celle qui conditionne la formation de la société anonyme. Elle a les mêmes effets, mais le contrat se conclut entre la société existante et les souscripteurs.

## BIBLIOGRAPHIE

---

- AEBY, P. — *L'acte fiduciaire dans le système du droit civil suisse* (*Zeitschrift für schweizer. Recht*, nouvelle série, vol. XXXI, p. 149).
- ADELMANN. — *Ueber die bei der Sukzessivgründung von Aktiengesellschaften hervorgehenden Rechtsverhältnisse*. Thèse, Erlangen, 1893.
- Arrêts du tribunal fédéral suisse (A. T. F.)*.
- ARTHUYS. — *De la constitution des sociétés par actions*. Paris, 1898.
- AUERBACH. — *Das Gesellschaftswesen in juristischer und volkswirtschaftlicher Hinsicht, unter besonderer Berücksichtigung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches*. Frankfurt a. M., 1861.
- AVERBECK. — *Wesen der Aktienzeichnung*. Jena, 1900.
- BACHMANN, G. — *Das schweizerische Obligationenrecht*. Titel 23 bis Schluss, Herausgegeben von G. Bachmann, F. Göttinger, L. Siegmund, H. Zeller. Zürich, 1915.
- BECKER. — *Obligationenrecht*. Berne, 1917.
- BEHREND. — *Lehrbuch des Handelsrechts*, vol. I, Berlin, 1908.
- BOLCHINI. — *Le pubbliche sottoscrizioni nel diritto privato*. Torino, 1905.
- *Il diritto commerciale*, vol. IV, p. 501 et suiv. Che figura giuridica costituisce la sottoscrizione pubblica d'azioni.
- *Rivista del diritto commerciale*, vol. I, pp. 431 et suiv.
- BOLLER, E. — *Die Gründung der Aktiengesellschaft*, dans la *Zeitschrift für Beurkundungs-und-Grundbuchrecht*, vol. I, p. 199 et suiv.
- BRINKMANN. — *Lehrbuch des Handelsrechts*. Heidelberg, 1852.
- BÜCHLER, H. — *Die Erhöhung des Grundkapitals mit Ausgabe von Gratisaktien nach schweizer. O. R.*, Berne. Stämpfli et Cie, 1926.

- BURCKHARDT, W. — *Die rechtliche Natur der Personenverbände im schweizer. Obligationenrecht*. Thèse, Berne, 1896.
- DE CATHEU. — *De la responsabilité civile des fondateurs de sociétés anonymes*. Paris, 1899.
- CELLERIER. — *Etude sur les sociétés anonymes en France et dans les pays voisins*. Paris, 1905.
- CHASSERIAN. — *Des syndicats d'émission de valeurs et de leur responsabilité*. Thèse, Paris, 1898.
- CLAYUOT, A. — *Der Gründungshergang bei der Simultangründung der Aktiengesellschaft*. Thèse, Leipzig, 1905.
- COHN, G. — *Die Aktiengesellschaft*, 1921.
- CORBLAU, J. — *De la constitution des sociétés anonymes*. Louvain, 1905.
- COSACK. — *Lehrbuch des Handelsrechts*. Stuttgart, 1903 et 1910.
- DALBERG. — *Das Emissionsagio der Aktiengesellschaft und seine Verwendung*, 1913.
- DECUGIS. — *Manuel pratique des fondateurs de sociétés anonymes*, 1913.  
— *Traité pratique des sociétés par actions*, 5<sup>e</sup> édition. Paris, Sirey, 1924.
- DEMOGUE, R. — *Traité des obligations en général*. Paris, 1923.
- DERNBURG. — *Preussisches Privatrecht*. Vol. II, 2<sup>e</sup> partie. Halle, 1895.
- DIECKEL. — *Bemerkungen zum Entwurf des neuen H. G. B.*, 1887.
- DILLER. — *Der Zeichnungsschein im Aktienrecht*, 1908.
- DOWE. — *Zur Prospekthaftung. Festgabe für Rieser*, 1913.
- DUGUIT, LÉON. — *Traité de droit constitutionnel*. Vol. I, Paris, 1923.
- DÜRINGER-HACHENBERG. — *Commentar zum H. G. B.*, 1899-1908.
- ENDEMANN. — *Handbuch des Handels-Wechsel-und Seerechts*. Vol. I, 1881-1885.  
*Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (R. G.)*.  
*Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (R. O. H. G.)*.
- ESSER. — *Die Aktiengesellschaft nach den Vorschriften des H. G. B. für das deutsche Reich vom 10 März 1897*. Berlin, 1899.
- FICK. — *Die verschleierte und schieberhafte Gründung von Aktiengesellschaften*. Zurich, 1922.  
— *Das schweizer. Obligationenrecht*. Tittel 1-22. Zurich, 1915.
- FISCHER. — *Pflichten der Aktionäre*. Thèse, Erlangen, 1895.

- FISCHER. — *Die Aktiengesellschaft*, 1916 (*Ehrenbergs Handbuch*, vol. III).
- FRUTH. — *Die Aktienzeichnung*. Thèse, Würzburg, 1903.
- GAREIS. — *Deutsches Handelsrecht*. VII<sup>e</sup> édition, 1903.
- GAREIS-FUCHSBERGER. — *Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, erläutert von C. Gareis et O. Fuchsberger*. Berlin, 1891.
- VON GARSEN. — *Die rechtliche Natur der Aktienzeichnung*. Thèse, Breslau, 1908.
- GAUBATZ. — *Die Entstehung der Aktiengesellschaft*. Thèse, Erlangen, 1899.
- GÉRSTER, J. — *Die Aktienzeichnung nach schweizer. Recht*. Thèse, Fribourg, 1919.
- GIDE, CH. — *Principes d'économie politique*. VI<sup>e</sup> édition, 1898.
- GIERKE. — *Das Wesen der menschlichen Verbände*. Leipzig, 1902.  
— *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*. Berlin, 1887.  
— *Deutsches Privatrecht*. Vol. I. Leipzig, 1893.
- GILIS, H. — *Responsabilité des souscripteurs d'actions (Revue de comptabilité et des finances pures et appliquées, 1899, p. 74)*.
- GLEININGER. — *Das Wesen der Aktienzeichnung*. Thèse, Jena, 1906.
- GOFFON. — *De la condition de la société par actions pendant la période constitutive et des contrats qui s'y rapportent*, Paris, 1904.
- GOIRAUD, L. — *Traité des sociétés par actions*. Paris, 1897.
- GOLDMANN. — *Das Handelsgesetzbuch*. Berlin, 1903.
- GOLDSMITH. — *Die Gründung der Aktiengesellschaft*, Berlin, 1924.
- GROS. — *Nature des souscriptions publiques*. Dijon, 1909.
- GROSHEIDE, G. — *Opriching van naamlooze, vennotschnappen naar Neederlandsch recht*. Amsterdam.
- GRUCHOT. — *Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts in besonderer Beziehung auf das preussische Recht mit Einschluss des Handels-und-Wechselrechts*. Années 1892, pp. 640 et suiv. et 1896, p. 742.
- HAHN. — *Ueber die aus der Zeichnung von Aktien hervorgehenden Rechtsverhältnisse*. Thèse, Strasbourg, 1874.
- HAUSMANN. — *Die Gründung der Aktiengesellschaft*, 1911.
- HELLWIG. — *Verträge auf Leistungen an Dritte*, 1899.
- HERZ. — *Zeichnung und Zuteilung (Monatsschrift für Handelsrecht*. Berlin, 1903, pp. 33-36).

- HOFFMANN. — *Die Aktienzeichnung*. Thèse, Leipzig, 1911.
- HOMBERGER. — *Das Recht der entstehenden Aktiengesellschaft*. Thèse, Würzburg, 1906.
- HOUPIŒ, CH. — *Situation des souscripteurs et des apportes avant la constitution (Journal des sociétés civiles et commerciales, n° 11, 1895, p. 481)*.
- HOUPIŒ, CH. et BOVIEUX, H. — *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, 5<sup>e</sup> édition, Paris, 1925.
- JACOBI, G. J. — *Die Rechtsnatur des Illationsvertrages bei der Aktiengesellschaft*, 1898.
- JAHN. — *Der Einfluss von Willensmängel bei der Aktienzeichnung*. Thèse, Würzburg, 1907.
- JAUFFRET, A. — *Le droit de souscrire par préférence des actions nouvelles*. Paris, Sirey, 1926.
- JOLLY. — *Zeitschrift für deutsches Recht.*, vol. XI, pp. 317 et suiv.
- KEYSSNER. — *Die Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien*, 1873.
- KIPPING. — *Einfluss von Willensmängeln bei der Aktienzeichnung*. Thèse, Jena, 1910.
- KOHL, W. — *Die Aktien nach italienischer Rechtsprechung*. Thèse, Berne, 1925.
- KOHLER. — *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.*, vol. I, Berlin, 1906.
- KUNTZE, J. E. — *Der Gesamakt, ein neuer Rechtsbegriff, in der Festgabe der Leipziger Juristen Fakultät für Dr Otto Müller*. Leipzig, 1892.
- LABAND. — *Zeitschrift für Handelsrecht*, vol. VII, pp. 620 et suiv.
- LANDAUER. — *Errichtung der Aktiengesellschaft*. Thèse, Erlangen, 1891.
- LEHMANN, K. — *Das Recht der Aktiengesellschaft*. Berlin, 1904.
- *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.*, vol. XXXV, p. 238.
- LEONHARD. — *Der allgemeine Teil des bürgerlichen Gesetzbuches*. Berlin, 1900.
- LESCOT. — *Etude sur la période constitutive des personnes morales du droit privé*. Thèse, Dijon, 1913.
- LIEFMANN. — *Die Unternehmungsformen*, 1912.
- LÖWENFELD. — *Das Recht der Aktiengesellschaft*. Berlin, 1879.
- MAGNÉ, L. — *La question des apports (Courrier de la bourse et de la banque, 1899, n° 941)*.

- MAKOWER. — *Handelsgesetzbuch mit Kommentar*. Berlin, 1904.
- MARIA, P. — *Les sociétés commerciales par actions*. Paris, 1906.
- MEURER. — *Juristische Personen nach deutschem Reichsrechte*. Stuttgart, 1904.
- MÜLLER-ERZBACH, Dr. — *Deutsches Handelsrecht*. 1<sup>re</sup> partie, Tübingen, 1924.
- MURALT (de). — *La fondation des sociétés anonymes*, 1887.
- NAGELSBACH, L. — *Die einseitigen Willenserklärungen und ihre Geltung im bürgerlichem Gesetzbuch*. Thèse, Erlangen, 1897.
- NÜBELL. — *Aktienseichnung und Aktienübernahme (Archiv für bürgerliches Recht., vol. XLVIII, pp. 104 et suiv.)*.
- OERTLI. — *Das Bezugsrecht der Aktionäre*. Thèse, Berne, 1915.
- OSER, H. — *Das Obligationenrecht*, 1915.
- PATERI. — *La società anonima*, 1890.
- PERCEROU, F. — *Contribution à l'étude des sociétés par actions*. Paris, 1908.
- PETERSEN-PECHMANN. — *Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaft, erläutert durch Dr. J. Petersen und W. von Pechmann*. Leipzig, 1890.
- PINNER. — *Das deutsche Aktienrecht*. Berlin, 1899.
- PISKO. — *Lehrbuch des öster. Handelsrechts*. Wien, 1923.
- PLATHNER. — *Die Entstehung der Aktiengesellschaft, in Gruchot's-Beiträgen*, vol. XXI, p. 370, Berlin, 1877.
- PRIMKER. — *Die Aktiengesellschaft*. Leipzig, 1881, dans *Endemann's Handbuch des deutschen Handelsrechts*, vol. I, pp. 542 et 545.
- Projet de loi fédérale concernant la révision des titres XXIV à XXXIII du code fédéral des obligations*, 1919.
- II. *Projet de loi fédérale concernant la révision des titres XXIV à XXXIII du code fédéral des obligations*, 1923.
- PUCHELT-FERTSCH. — *Kommentar zum allgem. Handelsgesetzbuch*, 1868.
- QUIENNER. — *La nature et les effets des souscriptions publiques*. Thèse, Caen, 1904.
- REGELSBERGER. — *Pandekten*, vol. I, 1893.
- REHFOUS, L. — *Les actes de société en droit fédéral*. Genève, 1903.
- De la révision des règles du droit suisse relatives à la société anonyme (Zeitschrift für schweizer. Recht., nouvelle série, vol. XXIII, pp. 567 et suiv.)*.
- REIS. — *Zeichnung und Uebnahme von Aktien*. Thèse, Jena, 1906.

- RENAUD, A. — *Das Recht der Aktiengesellschaften*. Leipzig, 1863, nouvelle édition, 1875.
- RING. — *Das Aktienrecht*. Berlin, 1902.
- ROSSEL, V. — *Droit fédéral des obligations*, 1920.
- RUELLE, X. de. — *De la constitution des sociétés anonymes (Petite revue scientifique*, 1908, fascicule de mai).
- SCHNEIDER et FICK. — *Das schweizer. Obligationenrecht*. Zürich, 1896.
- SCHNÖRRING. — *Die Simultan- und Sukzessivgründung von A. G. in der neueren Doktrin*. Thèse, Leipzig, 1919.
- SCHREIBER. — *Die rechtliche Natur der Aktienzeichnung*. Thèse, Leipzig, 1909.
- SCHULZE, Alf. — *Treuhänder im geltenden bürgerlichen Rechte*. Jena, 1904.
- SCHULZE, Adolf. — *Die Aktienzeichnung und ihre rechtliche Natur*. Thèse, Erlangen, 1910.
- SCHWABE. — *Der Aktienverein im Lichte der Relationen*. Bâle, 1917.
- SIEBERT. — *Die Bedeutung und das Wesen der Aktienzeichnung*. Thèse, Rostock, 1907.
- SIEGMUND. — *Guide des préposés au registre du commerce. Traduit en français par Lefort*. Genève et Bâle, diverses éditions depuis 1893.
- SIEVERS. — *Aktionär und Gläubiger im Konkurse der Aktiengesellschaft (Deutsche Juristen Zeitung*, 8<sup>e</sup> année, 1903, p. 88).
- SILBERNAGEL. — *Die Gründung der Aktiengesellschaft*. Berlin, 1907.
- STAUB. — *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*. 12<sup>e</sup> et 13<sup>e</sup> éditions, Berlin et Leipzig, 1926.
- STRAÜLL. — *Veränderungen des Grundkapitals (Zeitschrift für schweizer Recht.*, vol. XIV, pp. 40 et suiv.).
- STREY. — *Das deutsche Handelsgesellschaftsrecht*, 1873.
- TAKAKI, KURAKICHI. — *Die Rechtsverhältnisse der A. G. bis ihrer Eintragung in das Handelsregister und die Haftung der Gesellschafter aus der Gründung und aus der Zeichnung*. Thèse, Heidelberg, 1906.
- *Das Wesen der Aktienzeichnung*, 1907.
- THALLER. — *Rapport au congrès juridique international des socié-*

- tés anonymés tenu à Bruxelles en 1910* (Documents du congrès, t. II, p. 14). *Annales de droit commercial*, 1914, p. 83 et suiv.
- THOEL. — *Das Handelsrecht*. Leipzig, 1875.
- TROUMSIN, J. — *De la responsabilité qui résulte de la souscription d'actions de sociétés anonymes pour le compte de tiers* (*Jurisprudence commerciale de Bruxelles*, 1903, p. 234).
- VEIT, SIMON. — *Die Interimscheine*, 1913.
- VAVASSEUR. — *Revue des sociétés*, 1894, n° 11, p. 82.
- VIVANTE. — *Trattato di diritto commerciale*, vol. II, *Le società commerciali*, 1923.
- VOLLENWEIDER, H.-M. — *Beitrag zur Theorie der juristischen Person*. Thèse, Zürich, 1908.
- WACHTEL, A.-S. — *Das Wesen der Aktienzeichnung, Rechte und Pflichten aus der Zeichnung*. Thèse, Jena, 1903.
- WALDKIRCH, O. VON. — *Die Revision des schweizer. Aktiengesellschaftsrechts* (*Zeitschrift für schweizer. Recht.*, nouvelle série, vol. XXIII, p. 126).
- WERNER, F. — *Das Wesen der Aktienzeichnung. Rechte und Pflichten aus der Zeichnung*. Thèse, Heidelberg, 1907.
- *Die Aktienzeichnung als Grundlage für die Gründung einer Aktiengesellschaft*. Gotha, 1907.
- WEYL. — *Handbuch des deutschen Aktiengesellschaftsrechts*, 1906.
- WIELAND, A. — *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, vol. LXIV, pp. 58 et suiv.
- *Schweizer. Juristen Zeitung*, vol. XII, pp. 349 et suiv.
- WIENER. — *Die Errichtung der Aktiengesellschaft*. (*Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, vol. XXIV, p. 1) (Voir aussi *eodem loco*, vol. XXVI, p. 49).
- WITTE. — *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, vol. VIII, pp. 21 et suiv.
-

# TABLE DES MATIÈRES

---

	Pages
INTRODUCTION. . . . .	1
CHAPITRE PREMIER. — <i>Généralités</i> . . . . .	3
<i>Section 1.</i> — De l'initiative de la constitution de la société anonyme . . . . .	6
<i>Section 2.</i> — Constitution « simultanée » et « succes- sive » . . . . .	7
<i>Section 3.</i> — <i>Aktienzeichnung</i> et <i>Aktienüber-         nahme</i> . . . . .	8
CHAPITRE II. — <i>De la capacité de souscrire des actions</i> . . . . .	10
<i>Section 1.</i> — De la pleine capacité de souscrire . . . . .	10
<i>Section 2.</i> — De la capacité restreinte de souscrire . . . . .	11
<i>Section 3.</i> — De l'incapacité de souscrire des actions. . . . .	19
CHAPITRE III. — <i>De la forme de la souscription d'actions.</i> . . . .	20
<i>Section 1.</i> — De la forme écrite du bulletin de sous- cription . . . . .	20
<i>Section 2.</i> — Du caractère de la forme écrite du bul- letin de souscription . . . . .	25
<i>Section 3.</i> — Des modalités de la souscription d'ac- tions. . . . .	26
CHAPITRE IV. — <i>De l'influence des vices du consentement sur     les souscriptions d'actions</i> . . . . .	30
CHAPITRE V. — <i>Du moment de la souscription d'actions</i> . . . . .	39
CHAPITRE VI. — <i>Du retrait de la souscription d'actions</i> . . . . .	42
CHAPITRE VII. — <i>De la nature juridique de la souscription     d'actions. Historique</i> . . . . .	44
SOUS-CHAPITRE I. — <i>Etude des anciennes doctrines.</i> . . . .	47
<i>Section 1.</i> — Des auteurs qui voient dans la souscrip- tion d'actions un contrat de société (Jolly, Witte, Primker, Dernburg, Thœl, Wiener) . . . . .	47

	Pages
<i>Section 2.</i> — De la souscription d'actions envisagée comme un mandat (Brinkmann) . . . . .	55
<i>Section 3.</i> — De la souscription d'actions envisagée comme une vente (Auerbach) . . . . .	57
<i>Section 4.</i> — De la souscription d'actions envisagée comme un contrat bilatéral innommé (Laband, Hahn) . . . . .	59
<i>Section 5.</i> — De la souscription d'actions envisagée comme un <i>pactum in favorem tertii</i> (Renaud, Vivante) . . . . .	62
<i>Section 6.</i> — Théorie d'Adelmann . . . . .	66
SOUS-CHAPITRE II. — <i>Etude des théories modernes</i> . . . . .	67
<i>Section 1.</i> — Gierke . . . . .	67
<i>Section 2.</i> — Les successeurs de Gierke (Kuntze, Goldmann, Gerster, Schreiber) . . . . .	72
<i>Section 3.</i> — Lehmann . . . . .	76
<i>Section 4.</i> — Hellwig . . . . .	78
<i>Section 5.</i> — Bolchini . . . . .	80
CHAPITRE VIII. — <i>Essai d'une construction de la souscription d'actions</i> . . . . .	82
<i>Section 1.</i> — Les fondateurs rédigent le projet de statuts et le prospectus . . . . .	83
<i>Section 2.</i> — Ils s'adressent au public et l'invitent à souscrire des actions . . . . .	89
<i>Section 3.</i> — Le public souscrit des actions . . . . .	92
<i>Section 4.</i> — Les fondateurs acceptent ou refusent les souscriptions d'actions . . . . .	99
<i>Section 5.</i> — Les fondateurs reçoivent le premier versement et en prennent soin . . . . .	111
<i>Section 6.</i> — Ils convoquent l'assemblée générale constitutive . . . . .	124
<i>Section 7.</i> — Appendice. De l'assemblée générale constitutive . . . . .	126
CHAPITRE IX. — <i>De la souscription d'action en cas d'augmentation de capital social</i> . . . . .	133
CONCLUSION . . . . .	139