

16 AOÛT 2001

BUNDESAMT FÜR JUSTIZ
OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE
UFFICIO FEDERALE DI GIUSTIZIA
UFFIZI FEDERAL DA LA GIUSTIA



Eidgenössisches Amt für das Handelsregister
Office fédéral du registre du commerce
Ufficio federale del registro di commercio
Uffizi federal dal register da commerzi

Berne, le 15 août 2001

Aux autorités cantonales
du registre du commerce

Communication relative aux apports en nature et aux reprises de biens

1. Problématique

Les autorités du registre du commerce sont régulièrement confrontées à des problèmes liés aux apports en nature et aux reprises de biens. Il s'agit ici d'examiner deux questions en particulier:

- Si, lors de la constitution de sociétés anonymes par des associations sportives (football, hockey sur glace), la reprise par la société anonyme des contrats liant les joueurs constitue un apport en nature ou une reprise de biens.
- Si les sites internet et les droits portant sur des noms de domaine peuvent faire l'objet d'un apport en nature ou d'une reprise de biens.

2. Pouvoir d'examen des autorités du registre du commerce

Le législateur a édicté des dispositions strictes et contraignantes en matière d'apports en nature et de reprises de biens. Cette réglementation doit garantir la libération effective du capital-actions en tant que substrat de responsabilité de la société. Le respect de ces dispositions revêt dès lors une importance primordiale pour les créanciers.

En vertu de la jurisprudence, lorsqu'il s'agit de dispositions impératives édictées en vue de la protection des droits de tiers, les autorités du registre du commerce ne jouissent d'un pouvoir d'examen que si la violation du droit est manifeste¹.

Sur presque toutes les questions juridiques d'une certaine importance, une profusion d'opinions sont défendues dans la doctrine. Dès lors, eu égard à la nécessité de protéger les droits de tiers, le critère de la violation manifeste du droit ne doit plus être interprété de telle sorte que les autorités du registre du commerce disposent d'un pouvoir d'examen uniquement lorsque les opinions ne divergent pas. Il faut insister ici sur le fait que le Tribunal fédéral lui-même n'a jamais compris sa formule de

¹ Cf. ATF 125 III 18 et les références citées.

cognition dans le sens que des opinions divergentes excluraient d'emblée le pouvoir d'examen des autorités du registre du commerce².

Cependant, une limitation du pouvoir d'examen des autorités du registre du commerce en matière de dispositions qui ont une importance primordiale pour la protection de tiers est, par principe, problématique. Les tiers, notamment les créanciers, qui doivent être protégés par les dispositions légales en question, ne bénéficient d'aucune voie de droit dans la procédure du registre du commerce; ainsi, ils n'ont pas la possibilité de porter devant le juge une décision trop laxiste du préposé au registre du commerce. Une décision positive d'inscription au registre du commerce est donc définitive pour les tiers. Pour ces raisons, le critère de la violation manifeste du droit devra être examiné dans son principe par le Tribunal fédéral, eu égard notamment aux normes impératives visant la constitution effective du capital-actions.

Une récente décision du Tribunal administratif du canton de Neuchâtel a reconnu, de manière convaincante, le pouvoir d'examen des autorités du registre du commerce en matière d'apports en nature³. Le tribunal a en particulier pris en considération le fait que le préposé au registre du commerce est la seule autorité à pouvoir s'opposer, dans le but de protéger les tiers, aux vices dont pourrait être affectée la fondation de la société.

3. Critères pour l'admissibilité des apports en nature et des reprises de biens

La loi ne définit pas les exigences matérielles que doit remplir l'objet d'un apport en nature ou d'une reprise de biens. Selon la doctrine, la jurisprudence et la pratique des autorités du registre du commerce, les apports en nature doivent cumulativement être⁴:

- **évaluables, respectivement activables**
Seuls les éléments patrimoniaux dont la valeur peut être déterminée sont susceptibles de faire l'objet d'un apport en nature. Cette valeur doit pouvoir être portée à l'actif du bilan.
- **transférables**
Pour que la société puisse acquérir l'objet de l'apport en nature, celui-ci doit pouvoir être transféré et doit pouvoir passer dans le patrimoine de la société au moment de la constitution de celle-ci ou d'une augmentation du capital. Ainsi, aucun obstacle juridique ne doit s'opposer au transfert (p. ex. incessibilité contractuelle).
- **disponibles**
Une fois inscrite au registre du commerce, la société doit pouvoir disposer de l'objet de l'apport en nature sans délai et sans réserve.
- **réalisables**
L'objet de l'apport en nature doit pouvoir être transféré de la société à un tiers,

² Cf. p. ex. ATF 107 II 246, 249 et 117 II 186, 188 s. (avec référence à un arrêt non publié). En outre, ATF 114 II 68, 70 s.

³ Arrêt du Tribunal administratif de la République et Canton de Neuchâtel du 7 juillet 2000, publié dans REPRAX 2/00, p. 75 ss.

⁴ CHRISTOPH K. WIDMER, Die Liberierung im schweizerischen Aktienrecht, thèse Zurich 1998, p. 295 ss; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2^{ème} éd., Zurich 1996, N 69 s.; FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 15 N 10; JOSEPH-ALEXANDER BAUMANN, Gegenstand und Bewertung von Sacheinlagen und Sachübernahmen nach Privat- und Steuerrecht, mit besonderer Berücksichtigung der kantonalen Steuerrechte von Zürich und Thurgau, thèse Zurich 1972, p. 40 ss.

ceci notamment dans le cas où la société est dissoute. Il doit être réalisable, afin de permettre le désintéressement des créanciers en cas d'exécution forcée. L'existence d'un marché, même limité, est déterminante pour juger de la possibilité de réaliser l'objet de l'apport en nature. Il faut en outre que le transfert soit licite et soit juridiquement valable.

4. Utilité de l'apport en nature pour la société

Aux côtés des critères énumérés ci-dessus, la doctrine, suivant une pratique antérieure des autorités du registre du commerce, mentionne une condition supplémentaire: un élément patrimonial ne peut faire l'objet d'un apport en nature ou d'une reprise de biens que s'il présente une utilité pour la société eu égard à son but. Cette condition apparaît cependant superflue:

- Le critère qui veut qu'un élément patrimonial déterminé présente une utilité pour une société déterminée est difficile à mettre en œuvre en pratique. Il est donc inadéquat lors de l'examen de la libération du capital-actions par le préposé. En effet, il ne peut, ni ne doit, revenir au préposé de décider si un élément patrimonial déterminé présente un intérêt pour la société; cette décision appartient aux organes de la société.
- Les dispositions légales relatives aux apports en nature doivent garantir la libération effective du capital-actions en tant que substrat minimal de responsabilité afin de protéger les créanciers. La protection des créanciers est cependant suffisamment garantie lorsque les éléments patrimoniaux qui font l'objet de l'apport en nature sont librement disponibles et réalisables. Sous l'angle de la protection des créanciers, l'utilité de l'apport en nature pour la société, dans le cas concret, est sans importance.

Ainsi, la libération du capital d'une fabrique de vis par l'apport en nature d'un Van Gogh (qui n'a pas été dérobé) ne soulève aucune difficulté en ce qui concerne la libération effective du capital, même lorsque le tableau est placé dans un coffre à la banque et qu'il ne présente aucun intérêt pour la réalisation du but statutaire. Cet exemple démontre également que le critère de l'utilité pour la société n'est pas justiciable: si le Van Gogh est accroché dans la salle de réunion, il offre déjà une certaine utilité pour la société. On peut donc toujours prétendre qu'un bien présente une utilité pour la société, même si celle-ci peut parfois être difficile à déterminer de manière objective.

Pour ces raisons, la pratique récente des autorités du registre du commerce a renoncé à l'exigence de l'utilité de l'apport en nature pour la société.

Dans un avis de droit établi à l'attention de l'Office fédéral du registre du commerce, il a été proposé, en lieu et place des critères jusqu'ici en vigueur, que l'admissibilité des apports en nature soit évaluée exclusivement sous l'angle de l'utilité actuelle de ce bien pour la société. Cette thèse part du principe que la fonction du capital-actions est un moyen de se procurer les facteurs de production nécessaires⁵. Et ce n'est qu'en l'absence d'une telle utilité actuelle qu'il y aurait lieu d'examiner de manière subsidiaire si le bien apporté est transférable et réalisable⁶.

⁵ FORSTMOSER / ZINDEL, Sacheinlagefähigkeit von Transferwerten im Berufssport, Neuausrichtung der Sacheinlagekriterien, REPRAX 2/01, ch. III. 1. b., III. 1. e.

⁶ FORSTMOSER / ZINDEL, Sacheinlagefähigkeit von Transferwerten im Berufssport, Neuausrichtung der Sacheinlagekriterien, REPRAX 2/01, ch. III. 2.

Cependant, les dispositions relatives au capital minimum et à la libération du capital-actions servent à assurer un substrat de responsabilité minimal⁷ au regard du privilège qu'offre la limitation de la responsabilité au patrimoine de la société. Tandis que l'avis de droit évoqué considère le point de vue de la société tendant à atteindre son but, la réglementation légale et la pratique suivie jusqu'à présent se situent bien plutôt dans l'optique de la protection des créanciers⁸. La riche expérience pratique des préposés au registre du commerce atteste que le contrôle par l'autorité du respect des prescriptions relatives à la libération revêt une importance primordiale pour la protection des tiers. Il a déjà été démontré que le critère de l'utilité pour la société n'est pas nécessaire pour garantir la constitution effective du capital et, de plus, qu'il n'est que difficilement vérifiable⁹.

Vu ce qui précède, nous nous en tenons expressément à la pratique suivie jusqu'ici, telle qu'elle a été exposée sous chiffre 3 ci-dessus. Le critère de l'utilité d'un bien pour la société est abandonné, conformément à la pratique récente des autorités du registre du commerce.

5. Apport de la valeur des footballeurs

Dans le football professionnel et dans d'autres sports d'équipe il fut longtemps d'usage qu'en cas de transfert d'un joueur dans une autre équipe, cette dernière verse au club précédent une somme de transfert. La Cour de justice des Communautés européennes, dans "l'arrêt Bosman"¹⁰ tient ce procédé pour incompatible avec la libre circulation des personnes, puisque le non-versement de la somme de transfert empêche le joueur en question d'évoluer dans le club d'un autre Etat-membre.

A la suite de cet arrêt, la pratique des transferts s'est organisée sur une autre base : des contrats de longue durée sont conclus entre les joueurs et le club de football. Toutefois, ce contrat est le plus souvent dénoncé avant le terme convenu, et l'ancienne somme de transfert est désormais versée sous forme d'une indemnité pour résiliation anticipée du contrat.

Les contrats entre les joueurs et les clubs sportifs contiennent des obligations de prestations typiques du contrat de travail et relèvent de ce fait des dispositions légales sur le contrat de travail¹¹. Dès lors, ils doivent impérativement pouvoir être résiliés

⁷ PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2^{ème} éd., Zurich 1996, N 38e, 38g, 795; FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 1 N 41 ss, § 49 N 33 ss; JOSEPH-ALEXANDER BAUMANN, Gegenstand und Bewertung von Sacheinlagen und Sachübernahmen nach Privat- und Steuerrecht, mit besonderer Berücksichtigung der kantonalen Steuerrechte von Zürich und Thurgau, thèse Zurich 1972, p. 2 s.; CHRISTOPH K. WIDMER, Die Liberierung im schweizerischen Aktienrecht, thèse Zurich 1998, p. 15 ss.

⁸ A ce sujet, cf. THOMAS GEISER, Fussballspieler als Sacheinlage?, Avis de droit à l'attention de l'Office fédéral de la Justice, REPRAX 2/01, ch. 3.2., 3.5.

⁹ Selon FORSTMOSER / ZINDEL, pour évaluer l'utilité concrète d'un bien apporté à la société, le préposé devrait s'en remettre en principe aux indications de celle-ci (REPRAX 2/01, ch. III.1.d., note 32). Si les critères actuels d'examen pour l'admissibilité d'un apport en nature devaient se réduire à l'existence d'une utilité pour la société, cela équivaldrait, dans une large mesure, à abandonner tout examen officiel de la libération. Compte tenu de l'expérience pratique et de la protection des tiers, un tel changement de pratique serait inopportun.

¹⁰ Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 15 décembre 1995, Affaire C-415/93 en la cause Union Royal Belge des Sociétés de Football Association ASBL et consorts c/Jean-Marc Bosman et consorts.

¹¹ Voir THOMAS GEISER, Fussballspieler als Sacheinlage?, REPRAX 2/01, ch. 1.3.

en tout temps pour de justes motifs (art. 337 CO, en relation avec l'art. 361 CO). Si le travailleur abandonne son emploi abruptement sans justes motifs, l'employeur a droit, selon l'art. 337d CO, à une indemnité égale au quart du salaire mensuel ainsi qu'à la réparation d'un éventuel dommage supplémentaire.

La pratique actuelle des transferts, qui fait dépendre le transfert d'un joueur du versement d'une somme de départ, n'est conciliable avec la réglementation légale sur le contrat de travail que dans la mesure où la somme de départ n'excède pas les indemnités prévues à l'art. 337d CO. Des clauses pénales fixées à un montant supérieur contreviennent au droit impératif et ne sont pas exécutoires en cas de procès. Comme les règles régissant le contrat de travail veulent garantir, dans une certaine mesure et de façon contraignante pour les deux parties, la liberté de dénoncer le contrat, cette liberté ne saurait être restreinte davantage par la voie d'une peine stipulée pour le cas d'inexécution (art. 160, al. 3, CO)¹².

Les sommes de transfert conventionnelles qui dépassent les indemnités impérativement réglées par la loi pour la fin du contrat de travail ne représentent pas des valeurs patrimoniales juridiquement protégées, quel que soit leur diffusion. Il se peut que les critères habituels - caractère évaluable, activable¹³ transférable - soient remplis, mais il y manque cependant le critère de la libre disponibilité, et surtout, faute de pouvoir requérir leur exécution, de telles valeurs ne sont pas réalisables. Les conditions pour faire l'objet d'un apport en nature dans une société de capitaux ne sont donc pas remplies¹⁴.

Compte tenu du fait que les critères d'admissibilité des apports en nature et des reprises de biens sont identiques, les valeurs de joueurs qui excèdent les indemnités admises par le droit du contrat de travail ne peuvent pas non plus faire l'objet d'une reprise de biens, et cela, même si on peut regretter qu'il en résultera un manque de transparence.

6. L'apport de sommes de transfert au sein de la Ligue nationale suisse de hockey sur glace

Un joueur de hockey sur glace peut changer de club en signant un contrat de travail avec un autre club de ligue nationale. Le nouveau club doit une somme de transfert au précédent employeur (une indemnité dite de formation ou de changement de club). Sauf convention contraire, le montant se calcule sur la base d'un règlement de la ligue nationale, soit de l'Association suisse de hockey sur glace. Pour le joueur, le contrat de travail est seul déterminant, ainsi sa réglementation légale en droit suisse ; autrement dit, le précédent employeur ne peut faire valoir à l'encontre du joueur que les prétentions dérivant de l'art. 337d CO.

Bien que cette solution tienne compte des dispositions régissant le droit du travail (l'obligation de verser une somme de transfert prend naissance seulement entre les deux clubs), nous estimons cependant nécessaire d'en examiner l'admissibilité de manière plus approfondie. Il est notamment possible que le système des indemnités

¹² Pour les limites résultant du droit du contrat de travail, on renvoie à l'exposé de THOMAS GEISER, REPRAX 2/01, ch. 4.2. ss.

¹³ A ce sujet, cf. GIORGIO BEHR, Rechnungslegung im professionellen Mannschaftssport, Die Bilanzierung von Spielerverträgen, Transferrechten und Spielbetrieb, REPRAX 2/01.

¹⁴ Pour plus de détails à ce sujet, cf. THOMAS GEISER, Fussballspieler als Sacheinlage? REPRAX 2/01, ch. 4.1. ss; d'une autre opinion : FORSTMOSER / ZINDEL, Sacheinlagefähigkeit von Transferwerten im Berufssport, REPRAX 2/01, ch. IV.

pour changement de club touche les droits de la personnalité du joueur (empêchement d'exercer une activité) et que cette régulation serrée du marché du travail viole les dispositions légales sur les cartels. C'est pourquoi, nous vous prions de prendre contact avec nous sans tarder si une réquisition d'inscription au registre du commerce ou une demande d'examen préalable font état de sommes de transfert comme objet d'apport en nature ou de reprise de biens. Nous examinerons avec les requérants quelles questions il y a lieu de tirer au clair préalablement à une inscription, et cela en sollicitant des requérants qu'ils apportent le préavis d'un spécialiste.

7. L'apport de sites internet et de noms de domaine (« domain-names »)

Un site internet consiste en un logiciel, une présentation graphique et un texte. Ces trois éléments sont protégés par les dispositions sur le droit d'auteur. Des droits d'auteurs sont en principe activables, transférables (art. 16 LDA), disponibles et réalisables (art. 18 LDA), pour autant que l'apporteur puisse en disposer et qu'aucune convention ne s'oppose à leur transfert de la société à un tiers. Donc, en principe, rien ne fait obstacle à un apport en nature ou à une reprise de biens.

La doctrine suisse n'a pas encore pris position ou n'a pris position que marginalement en ce qui concerne le point de savoir si un nom de domaine est transférable, saisissable et réalisable. Dans la doctrine et la jurisprudence allemandes, ces questions sont controversées. En Allemagne, le caractère saisissable des noms de domaine a été dénié, en argumentant entre autres que les noms de domaine ont la fonction du nom et qu'ils ne sont par conséquent pas des droits indépendants et distincts de la personne du titulaire; au vu de leur caractère éminemment personnel, ils ne sont donc pas saisissables. Il n'est pas déterminant que l'office d'enregistrement prévoie que les noms de domaine sont transférables, vu qu'il ne s'agit que d'une règle technique qui ne permet nullement de conclure à l'admissibilité matérielle du transfert des noms de domaine.

Etant donné que les prescriptions relatives aux apports en nature et aux reprises de biens concernent la libération du capital et, de ce fait, la protection des créanciers, étant donné aussi que la situation juridique n'est pas claire actuellement, nous maintenons notre pratique, qui refuse les noms de domaine comme objet d'apport en nature ou de reprise de biens, et cela en raison du fait que leur caractère réalisable ne peut pas être garanti juridiquement. Nous observerons attentivement la doctrine et la jurisprudence suisses sur la question et examinerons, le cas échéant, si notre pratique doit être adaptée au fil des développements.