

Verbot des Art. 614 aOR eine ähnliche Operation als zulässig erklärt, bei der eine Kapitalerhöhung um 100% bewirkt wurde durch den Umtausch einer volleinbezahlten Aktie von Fr. 1000.— gegen zwei neue, zu 50% einbezahlte Aktien im Nennwert von ebenfalls je Fr. 1000.—. Man erblickte in diesem Vorgang eine Rückzahlung des Grundkapitals an die Aktionäre, wobei diese den empfangenen Betrag zur sofortigen teilweisen Liberierung des neuen Aktienkapitals verwendet hatten. Dass die für die Kapitalrückzahlung im allgemeinen zur Sicherung der Gesellschaftsgläubiger aufgestellten Vorschriften der Art. 670 und 667 Abs. 2 aOR (Publikation des Rückzahlungsbeschlusses, Einhaltung des Sperrjahres, etc.) nicht erfüllt waren, wurde nicht als Grund zur Verweigerung der Eintragung der durchgeführten Umwandlung angesehen (BURCKHARDT, Bundesrecht, III Nr. 1524 II).

Im Hinblick auf diesen Fall würde die Vorinstanz, ihren Ausführungen in Erwägung 7 des angefochtenen Entscheides nach zu schliessen, offenbar eine Erhöhung des Grundkapitals von Fr. 20,000.— auf Fr. 60,00.— durch Austausch jeder volleinbezahlten Aktie von je Fr. 100.— gegen drei zu  $33\frac{1}{3}\%$  liberierte neue Aktien zu ebenfalls Fr. 100.— zulassen, obwohl auch hier die Aktionäre nicht sofort etwas zu leisten hätten. Dann ist aber nicht einzusehen, warum dieser Erfolg nicht auch durch einfache Heraufsetzung des Nennwerts erreichbar sein soll. Es macht doch sicherlich keinen Unterschied aus, ob eine volleinbezahlte Aktie von Fr. 100.— durch drei nur zu einem Drittel liberierte Aktien von ebenfalls je Fr. 100.— oder durch eine auch nur zu einem Drittel liberierte Aktie von Fr. 300.— ersetzt wird. Lässt man das eine zu, so muss man auch das andere dulden.

Nach dem Wegfall des in Art. 614 aOR aufgestellten Verbotes bedarf es aber dieses Umweges über die Konstruktion der Kapitalrückzahlung unter Verletzung der dafür aufgestellten besonderen Sicherungsvorschriften gar nicht mehr, wie oben dargelegt wurde. Dass die wirt-

schaftlichen Wirkungen, um derentwillen eine Kapitalrückzahlung nur unter besonderen Kautelen gestattet wird, nicht eintreten können, beweist, dass es sich eben in Tat und Wahrheit gar nicht um eine Kapitalrückzahlung handelt.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Handelsregisterführer des Kantons Basel-Stadt wird angewiesen, die in der Generalversammlung der Beschwerdeführerin vom 10. Oktober 1940 beschlossene Erhöhung des Grundkapitals von Fr. 20,000.— auf Fr. 50,000.— einzutragen.

**19. Arrêt de la 1<sup>re</sup> Section civile du 3 juillet 1941 dans la cause Masse concordataire Mérat S. A. contre Département genevois du commerce et de l'industrie.**

En cas de concordat par abandon d'actif, la raison sociale ou individuelle ne doit être rayée au registre du commerce qu'une fois la liquidation terminée. Toutefois, en cas de radiation prématurée, il ne peut être procédé à la réinscription que pour sauvegarder un intérêt actuel et légitime. Art. 941 CO ; 64 al. 2 et 66 al. 3 ORC.

Bei Nachlassvertrag mit Abtretung der Aktiven ist die Gesellschafts- oder Einzelfirma im Handelsregister erst nach Abschluss der Liquidation zu löschen. Bei vorzeitiger Löschung kann jedoch die Wiedereintragung nur zur Wahrung eines gegenwärtigen und schutzwürdigen Interesses erfolgen. Art. 941 OR, Art. 64 Abs. 2 und 66 Abs. 3 HRegV.

In caso di concordato mediante abbandono dell'attivo, la ditta sociale o individuale dev'essere cancellata dal registro di commercio soltanto a liquidazione terminata. Tuttavia, ove la cancellazione sia avvenuta prematuramente, non si può procedere alla reinscrizione che per salvaguardare un interesse attuale e legittimo. Art. 941 CO ; 64 cp. 2 e 66 cp. 3 ORC.

A. — Le 12 octobre 1933, le Tribunal de première instance de Genève homologuait le concordat par abandon d'actif de la société Joseph Mérat S. A. à Genève. En conséquence, selon la pratique de cette époque, le préposé au registre du commerce raya d'office la société le 26 octobre 1933.

La Banque coopérative suisse — dont la Banque suisse d'épargne et de crédit a repris l'actif et le passif — était créancière de la société Mérat pour des sommes importantes — plus de 230 000 fr. —, garanties par gage mobilier en 1<sup>er</sup> et en 2<sup>e</sup> rang sur divers papiers-valeurs, des actions et obligations de sociétés genevoises.

La liquidation du concordat dura plus de 8 ans. En janvier 1941, la Commission d'exécution soumit aux créanciers des propositions de règlement définitif, savoir : aux créanciers gagistes, l'abandon des gages entre leurs mains moyennant renonciation à toutes prétentions ultérieures ; — aux créanciers chirographaires, un dividende de 10 %. La Banque se déclara prête en principe à accepter ces propositions, à condition que les cautions et les créanciers gagistes subséquents donnent leur consentement.

Toutefois, à la fin de l'année 1940, le 12 décembre, la Banque avait déjà fait notifier à la S. A. Joseph Mérat, représentée par la Commission d'exécution du concordat, un commandement de payer, par poursuite en réalisation de gage, pour la somme de 111 290 fr. 45. La Commission fit opposition ; la créancière demanda la mainlevée, puis retira sa demande, qui, vu la radiation de la société anonyme au registre du commerce, ne lui paraissait avoir aucune chance de succès.

La Banque s'adressa alors au Bureau du registre du commerce de Genève et demanda la réinscription de la S. A. Mérat, en vertu des art. 64 al. 2 et 66 al. 3 ORC ainsi que de l'art. 121 de la même ordonnance. Elle invoquait en outre la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral, concernant le maintien de l'inscription d'une société anonyme qui avait passé un concordat par abandon d'actif avec ses créanciers.

B. — Par décision du 3 mars 1941, le Bureau du registre du commerce de Genève rejeta la demande de réinscription, considérant la radiation opérée d'office en 1933 comme définitive.

Sur recours de la Banque, le Département du commerce et de l'industrie du Canton de Genève, autorité de sur-

veillance du registre du commerce, admit le recours par décision du 18 avril 1941 et statua :

« a) Il y a lieu de réinscrire d'office au registre du commerce la société Joseph Mérat S. A. à Genève ;

» b) La Commission de liquidation est invitée à procéder à l'inscription du concordat par abandon d'actif intervenu entre la susdite société et ses créanciers et ce dans le sens de l'art. 64 al. 2 ORC, faute de quoi il y sera procédé d'office. »

C. — La masse concordataire Mérat S. A. a formé auprès du Tribunal fédéral un recours de droit administratif contre cette décision ; elle conclut au rejet de la demande de réinscription.

L'intimée conclut à la confirmation de la décision attaquée, de même l'autorité cantonale de surveillance. Le Département fédéral de justice et police propose aussi de rejeter le recours.

#### *Considérant en droit :*

1. — La radiation de la S. A. Joseph Mérat a été opérée sous l'empire de l'ancienne ORC, au vu de l'arrêt du Tribunal fédéral du 23 septembre 1930 dans l'affaire du Crédit de Lausanne (RO 56 I 288), d'après lequel la société anonyme qui a conclu avec ses créanciers un concordat par abandon d'actif doit être rayée d'office au registre du commerce, dès que ce concordat est homologué. Mais cette jurisprudence a été abandonnée le 13 mars 1933 par l'arrêt Banque de Montreux (RO 60 I 35), qui pose le principe contraire.

Depuis lors est entrée en vigueur l'ORC du 7 juin 1937 dont les art. 64 al. 2 et 66 al. 3 prescrivent clairement que la radiation, en cas de concordat par abandon d'actif d'une société ou d'une entreprise à raison individuelle, ne se fait qu'une fois la liquidation terminée.

2. — Invoquant ces dispositions nouvelles, la Banque a demandé la réinscription de la société Mérat. L'autorité cantonale de surveillance, dont l'opinion est partagée par le Département fédéral de justice et police, estime au

contraire que ces dispositions n'ont pas d'effet rétroactif et qu'il ne saurait être question de réinscrire d'office toutes les sociétés commerciales rayées au registre du commerce, sous l'ancien droit, à la suite d'un concordat par abandon d'actif.

Le Tribunal fédéral s'est déjà prononcé dans ce dernier sens. D'après un second arrêt concernant le Crédit de Lausanne, du 29 septembre 1936, malgré le changement de jurisprudence intervenu, « il ne peut être procédé à une réinscription que pour sauvegarder un intérêt légitime » et actuel.

Il n'y a aucune raison de revenir sur cette jurisprudence.

3. — Le Tribunal fédéral a, en revanche, admis invariablement qu'un tiers qui justifiait d'un *intérêt légitime* pouvait, en vertu de l'art. 941 CO, demander la réinscription au registre du commerce d'une société ou d'une personne physique rayée en violation des prescriptions légales.

Or, comme l'a reconnu l'autorité cantonale de surveillance, l'intérêt légitime est ici manifeste. La Banque est encore créancière de la S. A. Joseph Mérat pour plus de 100 000 fr. Elle ne peut mettre sa débitrice en poursuite tant que celle-ci reste rayée au registre du commerce, c'est-à-dire n'a plus de personnalité juridique. Or un créancier a le droit strict de recouvrer sa créance et de faire réaliser ses gages par les voies légales. Et la voie légale, en l'espèce et malgré le concordat homologué, n'est autre que la poursuite en réalisation du gage (RO 60 I 44).

La Banque a ainsi un intérêt majeur à faire réinscrire sa débitrice.

4. — La recourante formule certaines objections :

a) En n'attaquant pas l'état de collocation et en ne portant pas plainte à l'autorité de surveillance, la Banque aurait tacitement admis que la réalisation de ses gages devait se faire par la Commission de liquidation et aurait ainsi renoncé à poursuivre elle-même la réalisation des gages.

Il est vrai que la Banque n'a pas agi lors du dépôt de l'état de collocation. Elle n'avait toutefois pas à le faire. Forte de son droit de gage admis par la Commission, elle n'avait qu'à attendre les propositions qu'on lui ferait pour la désintéresser ; elle restait au bénéfice des dispositions de la LP (art. 306 ch. 3), qui exige le paiement intégral des créances privilégiées.

Le fait que les valeurs mises en gage pour garantir sa créance ont été inventoriées dans le concordat ne change rien à la situation juridique. Un droit de gage ne supprime point le droit de propriété. Ces valeurs devaient donc être portées à l'actif de la masse concordataire, grevées du droit de gage de la Banque.

La Banque a du reste formellement réservé tous ses droits (lettre du 11 mars 1941) en réponse aux circulaires de la Commission de liquidation.

b) La Banque aurait dû poursuivre, non pas une société anonyme inexistante, mais bien la « Masse concordataire Joseph Mérat » ; elle peut encore le faire et n'a ainsi aucun intérêt à demander la réinscription de la société.

C'est le contraire qui ressort de la jurisprudence de la Chambre des poursuites du Tribunal fédéral. Suivant un arrêt du 24 novembre 1933, Morandini et C<sup>ie</sup> (RO 59 III 269), après comme avant l'homologation d'un concordat par abandon d'actif, les poursuites en réalisation de gage doivent être dirigées *contre le débiteur*. Il n'est pas nécessaire de notifier un commandement de payer au liquidateur.

Cette jurisprudence repose sur le principe suivant lequel les créances garanties par gage ne sont pas touchées par un concordat et la situation de ces créanciers ne saurait être, du fait du concordat, rendue plus mauvaise qu'elle ne l'était auparavant.

*Par ces motifs, le Tribunal fédéral*  
rejette le recours.