

**Rapport d experts**  
**pour un avant-projet de révision**  
**du droit de la société à responsabilité limitée**

**Professeur Peter Böckli, dr en droit, Bâle**

**Professeur Peter Fortsmoser, dr en droit, Zurich**

**Professeur Jean-Marc Rapp, dr en droit, Lausanne**

**Documents de la procédure de consultation d avril 1999**

### **Vue d ensemble**

*La réforme proposée par le groupe de travail Sàrl a pour but de mettre à disposition des petites et moyennes entreprises (PME) qui désirent revêtir les atours d'une société de capitaux une forme de droit correspondant mieux à leurs besoins que la Sàrl actuelle. L'incertitude résultant de la responsabilité inhérente, personnelle et solidaire de chacun des associés pour la partie non libérée du capital social est écartée. La fondation d'une Sàrl en tant que société unipersonnelle est admise; simultanément, des cautèles sont introduites afin de garantir la sécurité des transactions. Les domaines de compétences des associés d'une part et de la gestion de l'entreprise d'autre part sont plus clairement délimités l'un de l'autre. Dans les petites et moyennes entreprises, cela contribue à éviter les conflits et l'insécurité. La Sàrl est également à disposition, cela est nouveau, pour des buts non économiques. La croissance d'une entreprise constituée sous la forme d'une Sàrl n'est plus limitée par le plafond absolu du capital social fixé jusqu'alors à 2 millions de francs et la règle de l'unanimité n'est plus exigée pour l'augmentation du capital social; dans le même sens, une augmentation du montant du capital social minimal à 40'000 francs est proposée. La valeur nominale minimale des parts sociales est réduite à 100 francs et la participation de chacun des associés peut être divisée en plusieurs parts. Le transfert des parts sociales est facilité, sans que la restriction à la transmissibilité, typique de la Sàrl, soit abandonnée. L'incorporation des parts sociales dans un papier-valeur nominatif est possible; en revanche, l'incorporation dans un titre au porteur ou à ordre reste prohibée. L'émission de bons de jouissance doit être autorisée; en revanche, celle de bons de participation n'est pas envisagée. D'autres allègements sont prévus, notamment en ce qui concerne le droit du registre du commerce: seul l'associé qui s'est obligé à effectuer des versements supplémentaires est inscrit au registre du commerce. La faillite d'un associé ne menace plus l'existence de la Sàrl en tant que telle. Le droit de sortie, pour juste motif, d'un associé une caractéristique essentielle de la Sàrl est réglé de manière plus détaillée sur de nombreux points.*

*Sur la base du droit révisé des sociétés anonymes, le droit révisé de la Sàrl se propose d'introduire des standards minimaux pour l'établissement des comptes annuels, la publicité et le contrôle qui soient appropriés; le projet renonce en revanche à l'institution du contrôle spécial.*

*La réalité effective de l'apport en capital est finalement consolidée. Le crédit dont jouit la Sàrl en tant que forme juridique s'en trouvera renforcé. La nouvelle réglementation relative aux prestations supplémentaires des associés déguisées sous forme de prêt, au détriment des créanciers, alors qu'un nouvel apport en capital se révélerait nécessaire, poursuit un but identique. L'interdiction du remboursement anticipé des versements supplémentaires effectués, la prolongation (limitée dans le temps) de l'obligation statutaire d'effectuer des versements supplémentaires suite à la sortie d'un associé et la limitation au montant du capital propre librement disponible de l'indemnisation des associés sortants visent à maintenir la substance du capital social. A l'avenir, et c'est une nouveauté, la libération partielle du capital social ne devrait plus être permise.*

*Les droits des associés minoritaires sont affermis : le droit aux renseignements et à la consultation et la protection du droit de souscription préférentiel lors d'une augmentation du capital social sont améliorés, notamment.*

*La révision du droit de la Sàrl exige certaines adaptations d'autres domaines du droit, notamment du droit des sociétés anonymes et du droit des coopératives.*

## **1 Partie générale**

### **11 Point de départ de la réforme**

#### **111 Importance pratique de la Sàrl**

Depuis sa création par le législateur en 1936, la Sàrl ne s'est pas véritablement implantée en Suisse jusqu'à la fin 1991: il y avait alors environ 2'800 Sàrl (ce nombre avait un peu baissé les années précédentes), alors qu'il existait plus de 100'000 petites sociétés anonymes. L'idée des années trente d'offrir aux petites et moyennes entreprises une alternative à la forme juridique de la SA n'avait manifestement pas trouvé, en pratique, le succès escompté.

Cette situation a soudainement changé avec l'entrée en vigueur du nouveau droit des sociétés anonymes le 1er juillet 1992: alors que le nombre des sociétés anonymes stagnait, et était même en légère diminution en 1994 et 1995, celui des Sàrl n'a cessé de s'accroître de façon spectaculaire pour passer en 1993, la première année complète sous l'empire du nouveau droit des SA, de 2'964 à 4'186 unités, soit une augmentation de plus d'un tiers par rapport à l'année précédente. Durant les années suivantes, la tendance s'est maintenue, le nombre des Sàrl atteignant 6'600 unités en 1994 et 10'705 en 1995; à fin 1998, le nombre de Sàrl dépassait déjà plus de 31'000 unités. Cet accroissement est principalement dû à de nouvelles fondations, mais aussi à des transformations de sociétés anonymes en Sàrl en vertu des art. 824 ss CO.

La raison de la «redécouverte» de la Sàrl tient, en premier lieu, aux exigences plus sévères posées par le nouveau droit des sociétés anonymes: l'augmentation du capital minimum à 100'000.- francs, les exigences de qualifications particulières et d'indépendance de l'organe de révision; ces *deux* éléments conduisent à une augmentation des *coûts* de fonctionnement d'une entreprise sous forme de SA. Il est aussi apparu (même si cela était déjà le cas sous l'empire de l'ancien droit des SA) que les exigences de nationalité et de domicile des gérants dans la Sàrl étaient inexistantes ou moins sévères que celles posées par l'art. 708 CO pour le conseil d'administration d'une SA. En outre, la possibilité de restreindre, sans limitation, la transmissibilité des parts sociales, ainsi que la possibilité de sortie et d'exclusion d'un sociétaire ont joué un rôle. Enfin, faut-il rappeler que l'obligation de prestations accessoires telle qu'elle est possible dans la Sàrl, ainsi que le principe selon lequel les fondateurs peuvent, sans autre, prétendre eux-mêmes à la gestion de la société, rendent inutiles les conventions entre sociétaires. Mais en premier lieu, comme déjà exposé, les considérations de coûts ont été déterminantes. Ceci n'est pas sans poser problème car, de l'avis du groupe de travail Sàrl, les exigences minimales du droit actuel concernant le montant du capital à la fondation et la possibilité de renoncer à un organe de révision ne garantissent pas une protection suffisante des créanciers. Le futur droit de la Sàrl devrait, s'agissant du capital de fondation et de l'organe de révision, se rapprocher des principes régissant le droit des SA (cf. ci-dessous ch. 225 et 243).

#### **112 Insuffisances de fond du droit actuel**

En dépit de la flexibilité relativement grande qu'offre encore la société anonyme après la réforme de 1991, il existe toujours en Suisse le besoin d'une *société de capitaux à caractère personnel*, qui présente les caractéristiques suivantes:

1. personnalité juridique;
2. raison sociale indépendante du changement des titulaires de parts sociales;
3. réduction des risques pour les associés;

4. structure simple, en principe sans nécessité de faire appel à un organe formel de délibération et de décision (conseil d'administration);
5. possibilité d'ancrer directement dans les statuts, pour les associés, l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires, des devoirs accessoires, une prohibition de faire concurrence, des droits de préemption ou de vente des parts;
6. possibilité de sortir de la société ainsi que d'une action en exclusion d'un associé pour juste motif.

La société anonyme ne peut que partiellement répondre à ces exigences, et seulement par le biais de conventions d'actionnaires. Le modèle suisse de *Sàrl* de 1936, quant à lui, ne peut y satisfaire que jusqu'à un certain point. La réglementation de 1936 contient des «particularismes» helvétiques, qui ne sont nullement indispensables et se révèlent plutôt comme un fardeau. Ils sont dus en partie à la méfiance régnant encore dans les années vingt et trente à l'égard de cette société nouvelle et en partie au besoin de la profiler par rapport à son modèle allemand.

Bien que les avis ne soient pas totalement unanimes sur un point ou l'autre, *la réglementation actuelle telle qu'adoptée en 1936 présente les inconvénients* suivants:

1. Une *Sàrl* ne peut, du moins selon le texte légal, poursuivre des *buts non économiques* (art. 772 al. 3 CO, à l'inverse de l'art. 620 al. 3 CO pour la SA et du droit allemand).
2. La *Sàrl unipersonnelle* – comme d'ailleurs la SA unipersonnelle – n'est pas prévue expressément par la loi actuelle. En tous les cas, la fondation d'une *Sàrl* par une seule personne est impossible (art. 775 CO).
3. Le *capital minimum* de Fr. 20'000.- exigé (art. 773 CO) est si bas que les dépenses engagées durant la première année conduiront régulièrement à une perte de la moitié du capital ou un surendettement, même pour une entreprise modeste.
4. La *limitation du capital social à deux millions* au maximum (art. 773 CO) restreint à l'avance les possibilités de développement d'une entreprise sous forme de *Sàrl*.
5. De manière plus sévère que dans le modèle allemand de la *Sàrl*, chaque associé est tenu solidairement, comme un associé en nom collectif, *jusqu'à concurrence du montant du capital inscrit* (le cas échéant, bien au delà de sa part sociale) pour la libération de ce capital et en cas de restitution indue (art. 802 CO).
6. L'associé sortant répond dans ce cadre de toutes les obligations de la société encore pendant les *cinq ans* qui suivent sa sortie de cette dernière (art. 802 en relation avec l'art. 591 CO).
7. Une *augmentation de capital* nécessite l'*assentiment* de tous les associés (art. 786 CO en relation avec l'art. 779 al. 1 CO), exigence que les statuts ne peuvent pas assouplir.
8. Le droit de la *Sàrl* ne prévoit pas de *réduction de capital facilitée pour assainir le bilan en cas de déficit*, comme c'est le cas pour la SA (art. 735 CO).
9. Il manque une réglementation claire instaurant une *postposition des prêts des associés à la société (resp. leur qualification de capital propre)*, lorsque cette dernière dispose d'un capital tout juste suffisant (cf. §32a de la loi allemande sur la *Sàrl*, «Eigenkapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen»).
10. Le *transfert des parts sociales* est difficile à réaliser. La cession d'une part sociale requiert la forme authentique (art. 791 al. 4 CO) et une modification des statuts dans tous les cas, car le montant de la part sociale de chaque associé est indivisible et doit figurer dans les statuts (art. 776 ch. 3 CO). Cela suppose une décision de l'assemblée

des associés revêtant la forme authentique (art. 784 al. 1 CO) et l'approbation des trois quarts des associés, représentant en même temps les trois quarts au moins du capital social (art. 784 al. 2 et 791 al. 2 CO).

11. Au début de chaque année civile, une *liste*, signée par tous les associés gérants, doit être remise au préposé au registre du commerce; cette liste doit contenir le *nom de tous les associés*, leur part et les prestations qu'ils ont faites (art. 790 al. 2 CO).
12. La réduction du capital social est rendue plus difficile par la fixation des parts sociales à un montant *divisible par Fr. 1 000.-* (art. 774 al. 1 CO).
13. La *faillite d'un associé* peut entraîner la *dissolution de la Sàrl* (art. 793 CO).
14. Le *droit de contrôle et d'information* de l'associé *non gérant* (art. 819 CO), qui dépend tout particulièrement des informations, est insatisfaisant.
15. La *modification des statuts* est rendue très difficile, puisqu'elle exige l'approbation de la majorité des trois quarts des associés représentant au moins trois quarts du capital social (art. 784 al. 2 CO).
16. L'applicabilité à la Sàrl des *nouvelles dispositions du droit des SA* (1991) sur la *tenue de la comptabilité* (art. 805 CO, qui renvoie aux «règles de la société anonyme en matière de bilan et de fonds de réserve»), est contestée en doctrine, et de manière plus générale, le rapport entre le droit révisé des SA et celui de la Sàrl n'est pas clair.
17. La convocation et la direction de *l'assemblée des associés* est attribuée aux «gérants» (art. 809 CO), sans qu'il soit précisé quelle est la procédure à suivre lorsque deux ou plusieurs gérants ne sont pas d'accord entre eux.
18. La *répartition des compétences* entre les gérants et l'assemblée des associés n'est pas clairement définie (art. 810 CO).
19. *Tous les associés ne peuvent et ne doivent gérer la société que collectivement*, sauf disposition contraire des statuts (art. 811 CO).
20. L'associé gérant d'une Sàrl est soumis *ex lege personnellement à la poursuite par voie de faillite*, bien qu'il n'exploite pas d'entreprise en son propre nom et pour son propre compte (art. 39 ch. 5 LP).
21. La *prohibition de faire concurrence* à la charge des associés gérants, valable *ex lege*, ne peut être levée qu'à l'unanimité des associés (art. 818 CO).
22. La *révision* même dans la forme la plus simple d'un contrôle des comptes n'est pas obligatoire pour la Sàrl (art. 819 CO).

En doctrine, on relève d'autres inconvénients tels que la *réglementation actuelle interdisant l'incorporation des parts sociales* dans un papier-valeur ou la non adaptation des parts d'une Sàrl au *marché boursier, hors bourse ou para-boursier*. De l'avis du groupe de travail Sàrl, il s'agit moins d'inconvénients que de caractéristiques propres au droit de la société à responsabilité limitée.

### 113 Faiblesses rédactionnelles du droit actuel

On ne saurait en outre perdre de vue que la *rédaction* du droit actuel de la Sàrl laisse à désirer par endroit. A la différence des règles sur la société en nom collectif ou en commandite, qui se lisent et se comprennent dans l'ensemble aisément, plusieurs dispositions du droit de la Sàrl sont difficiles à saisir, voire même trompeuses. En voici quelques exemples :

1. La loi dispose que *tous les associés sont solidairement tenus de toutes les obligations de la société selon les règles de la société en nom collectif*, cela jusqu'à concurrence du capital social inscrit (art. 802 al. 1 CO). En réalité la référence à la responsabilité «des associés en nom collectif» est inexacte. En effet, la responsabilité introduite par l'art. 802 CO – si sévère qu'elle puisse être en pratique – n'est qu'une responsabilité pour des *irrégularités* dans les apports ou le maintien du capital social, et *non* une responsabilité solidaire et originaire comme dans la société en nom collectif.
2. La loi ne précise pas si les associés répondent solidairement pour les *versements supplémentaires* selon l'art. 803 CO.
3. Comme déjà relevé, la loi pose le principe *que tous les associés sont appelés à la gestion commune* de la société (art. 811 al. 1 CO), bien que ce soit en pratique un cas exceptionnel.
4. On ne sait à quelles conditions un gérant, qu'il soit associé ou tiers, peut être *privé de ses pouvoirs de gestion* (art. 814 CO; renvoi au droit de la société en nom collectif, art. 565 CO).
5. La loi n'exprime pas clairement qu'un gérant au moins, *habilité à représenter la société*, doit avoir son domicile en Suisse (art. 813 al. 1 CO).
6. Selon les art. 810 al. 2 et 816 CO, les fondés de procuration et les mandataires commerciaux sont désignés par l'assemblée des associés. Il n'est pas fait mention des *directeurs*.
7. Il ne résulte pas directement de la loi *que l'inscription de la dissolution de la société au registre du commerce est le fait du juge non seulement en cas de faillite, mais plus généralement dans tous les cas de dissolution judiciaire* (art. 821 CO; cf. en revanche art. 737 CO).
8. Dans de nombreux domaines, la *terminologie est disparate*, en particulier en langue allemande, mais également en français :
  - «Gesellschafter» (par ex. art. 774, 775 al. 1 CO) et «Mitglieder» (par ex. art. 784 al. 2 CO);
  - «Stammeinlage» (par ex. art. 774 CO) ou «Gesellschaftsanteil» (art. 774, 789 al. 1 CO);
  - «Assemblée des associés» («Gesellschafterversammlung») (par ex. art. 810 CO) et «décision de la société» («Gesellschaftsbeschluss») (par ex. art. 816 CO);
  - «Objet» («Gegenstand») (art. 776 ch. 2 CO) alors que l'expression «but» («Zweck») est utilisée à l'art. 772 al. 3 CO ainsi qu'en droit des SA et coopératives.

## 114      **Adaptation indispensable au droit actuel de la SA**

Plusieurs dispositions du droit de la Sàrl de 1936 se rapportent naturellement à la terminologie et à la réglementation du droit des SA de l'époque. Dans la mesure où aucun motif impérieux ne s'y oppose, tenant à la conception particulière de la Sàrl en tant que société de capitaux à caractère personnel, ces dispositions doivent être adaptées à l'état actuel du droit des sociétés anonymes.

## 12 Méthode de réflexion du groupe de travail Sàrl

Le groupe de travail Sàrl, lors de l'élaboration de ses propositions, ne s'est pas uniquement fondé sur la doctrine relative au droit de la Sàrl et sur les derniers développements à l'étranger. Le point de vue de la pratique a aussi été pris en compte en prenant l'avis de quatre juristes expérimentés dans le domaine de la Sàrl. Il s'agit – dans l'ordre alphabétique – des personnes suivantes:

- Me Lukas Handschin, privat-docent, docteur en droit et avocat à Zurich;
- Moritz Ottiker, docteur en droit, expert-comptable à Zurich;
- Karl Rebsamen, docteur honoris causa, ancien préposé au Registre du commerce du canton de Bâle-Ville;
- Herbert Wohlmann, docteur en droit, responsable du service juridique de Clariant International AG, à Muttenz.

Pour l'élaboration du chapitre relatif à l'eurocompatibilité de l'avant-projet, Me Dirk Trüten, avocat, de l'Institut de l'Europe de Zurich, a également apporté sa contribution.

## 13 Droit comparé

### 131 Evolution du droit de la Sàrl en Allemagne

#### 131.1 Révision du droit de la Sàrl, notamment en 1980

La loi allemande sur la Sàrl de 1892 a démontré une grande stabilité dans le temps. Une première grande réforme eut lieu en 1980. Celle-ci vit le capital social minimum passer de 20'000 à 50'000 DM, l'apport minimum de 5'000 à 25'000 DM, l'introduction d'un rapport de fondation en cas d'apports en nature, la fondation unipersonnelle ainsi que l'exclusion légale de toute gestion par des personnes condamnées pénalement. La nouvelle de 1980 élargit le droit à l'information de l'associé et introduisit la fusion de Sàrl et la transformation d'une raison individuelle en Sàrl. Cette révision législative a codifié la jurisprudence sur certains points, tels que la responsabilité de l'associé pour le montant manquant en cas d'apport en nature surévalué («Differenzhaftung»), ainsi que des règles sur les prêts consentis par les associés à la société (aux fins de capitalisation). La loi sur la réforme du droit commercial (du 22 juin 1998, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1998) a apporté d'autres modifications au droit de la Sàrl.

De même que pour la société anonyme, l'introduction d'un *droit de participation* des travailleurs a eu des conséquences indirectes sur la structure juridique des grandes Sàrl. Selon la loi sur la participation des travailleurs, les grandes Sàrl ont été légalement contraintes d'introduire un conseil paritaire de surveillance qui s'est vu attribuer d'importantes compétences en matière de nomination et de révocation des gérants. Sur plus de 550'000 Sàrl en Allemagne en 1994, seule une petite partie, soit moins de 300, a été concernée par ce droit de participation paritaire. En revanche, il existe un très grand nombre de sociétés dotées d'un conseil de surveillance obligatoire, composé pour un tiers de représentants des travailleurs.

#### 131.2 Transposition du droit européen des sociétés

La Sàrl allemande a également été affectée par l'adoption de *directives européennes*, notamment par la 1<sup>ère</sup> directive (publicité), la 4<sup>ème</sup> (comptes annuels), la 7<sup>ème</sup> (comptes de groupe) et la 8<sup>ème</sup> (qualifications de l'organe de révision). Certes, les dispositions en question n'ont été que partiellement transposées dans la loi sur la Sàrl, la majorité l'ayant été avec application générale dans le Code de commerce. La publication des comptes annuels

avait déjà été imposée, par le droit européen, en 1985 et fait l'objet des §§ 325 ss du Code de commerce. Il fut de même imposé, pour les «moyennes» et «grandes» Sàrl (près de 10'000 sociétés en tout), une attestation officielle du contrôle des comptes annuels effectuée par un expert-comptable (§ 316 al. 1 en relation avec le § 267 al. 3 du Code de commerce). Contrairement au droit suisse de la société anonyme, le § 267 du Code de commerce (en application des directives européennes) ne connaît pas deux mais *trois* classes de sociétés, les «petites», les «moyennes» et les «grandes», définies de la manière suivante :

*«(1) Les petites sociétés de capitaux sont celles qui ne dépassent pas deux à trois des grandeurs ci-dessous :*

- 1. 3 900 000 DM correspondant au total du bilan moins la perte comptabilisée à l'actif (§ 268 al. 3).*
- 2. 8 mio DM correspondant au chiffre d'affaires des douze derniers mois avant la clôture.*
- 3. Moyenne annuelle de 50 employés.*

*(2) Les sociétés de moyenne importance sont celles qui dépassent au moins deux des trois grandeurs prescrites à l'alinéa précédent et ne dépassent pas deux des trois grandeurs ci-dessous :*

- 1. 15 500 000 DM correspondant au total du bilan moins la perte comptabilisée à l'actif (§ 268 al. 3).*
- 2. 32 mio DM correspondant au chiffre d'affaires des douze derniers mois avant la clôture.*
- 3. Moyenne annuelle de 250 employés.*

*(3) Les grandes sociétés de capitaux sont celles qui dépassent au moins deux des trois grandeurs de l'alinéa précédent. Une société de capitaux est considérée comme grande lorsque ses actions ou tout papier-valeur qu'elle émet sont admis à la cotation officielle d'une bourse d'un Etat membre de la CEE ou circulent sur le marché libre ou encore, sont admis à la cotation officielle.*

*(4) Les effets attachés aux critères prévus par les alinéas 1 à 3 1<sup>ère</sup> phrase ne sont applicables que si ceux-ci sont réalisés pendant deux années consécutives dès la clôture des comptes.»*

Depuis la modification, en 1985, du § 293 du Code de commerce, seules les «très grandes Sàrl» sont astreintes à tenir des comptes de groupe.

D'autres modifications de la loi allemande sur la Sàrl remontent à la 12<sup>ème</sup> directive européenne sur les Sàrl unipersonnelles (du 12 décembre 1989, modification du 18 décembre 1991) et à la directive sur les succursales (même date; modification du 22 juillet 1993). Aujourd'hui, le droit allemand de la Sàrl connaît les Sàrl unipersonnelles, en conformité avec le droit européen, ce qui n'a impliqué que d'insignifiantes modifications législatives.

### **131.3 Evolution récente**

Actuellement, des efforts sont en cours en Allemagne pour inclure les «GmbH & Co. KG» dans la réglementation sur le contrôle et la publicité du Code de commerce. L'initiative européenne tendant à l'allégement des exigences comptables et de publicité pour les petites et moyennes sociétés (directive sur les petites et moyennes entreprises) a été introduite par la Loi du 25 juillet 1994.



En 1988, le législateur allemand inséra dans le droit de la Sàrl la *réduction facilitée du capital* (suppression d'une perte au bilan) dans le cadre de la révision du droit de la faillite, prévoyant également l'introduction de *l'augmentation de capital au moyen de fonds propres* (§§ 57c à 57o), possibilité jusqu'alors réglée dans la loi sur l'augmentation de capital. Les règles spéciales relatives à la *fusion*, contenues dans la loi sur la Sàrl ont par contre été remplacées par la nouvelle loi sur la transformation, prévoyant le changement de forme ainsi que la scission (au sens de la 6<sup>ème</sup> directive).

Dans l'ensemble, on peut parler d'une modernisation progressive du droit de la Sàrl en Allemagne, dans le sens d'un aménagement de sa structure capitaliste sans pour autant aller jusqu'à une rupture avec l'acquis de 1892.

## **132 Evolution récente du droit de la Sàrl en France**

Cette étude comparative est conçue en deux volets : le premier met en évidence les plus récentes modifications du droit de la Sàrl en France (depuis les années quatre-vingt), alors que le second souligne quelques points qui n'ont pas été modifiés récemment, mais dont les solutions peuvent être intéressantes. Notons que le droit français de la Sàrl a été complètement révisé en dernier lieu par la Loi du 24 juillet 1966.

### **132.1 Innovations récentes**

Depuis le début des années quatre-vingt, la France a entrepris de moderniser son droit de la Sàrl. Les modifications que nous exposons ici démontrent cette volonté d'adaptation aux besoins et aux risques de la société actuelle.

#### **132.11 Innovations structurelles**

##### **132.111 Augmentation du capital social minimum**

La Loi n° 84-148 du 1er mars 1984 a fait passer le capital social minimum de 20'000 à 50'000 FF. Cela représente une adaptation au coût de la vie. Les apports, en nature ou en numéraire, doivent être souscrits en totalité et intégralement libérés.

##### **132.112 Libre passage de la Sàrl à la SA**

Jusqu'en 1994, il fallait que la Sàrl ait existé au moins deux ans pour que les associés puissent la transformer en SA. Dans une optique de souplesse, la Loi n° 94-126 du 11 février 1994 a aboli cette exigence. La transformation n'est plus limitée que par les conditions propres à la SA et des mesures de garantie des apports.

##### **132.113 Vote par signature d'un acte unanime**

En 1994, le législateur français a assoupli les formes à respecter lors des prises de décisions par l'assemblée générale des associés. La Loi n° 94-126 du 11 février 1994 admet notamment la validité d'un vote de l'assemblée générale sous forme de signature, par tous les associés, d'un acte unanime, pour autant que cela soit prévu dans les statuts.

#### **132.12 Protection des créanciers et des associés non gérants**

La plupart des dispositions citées ci-dessous protègent tant les créanciers que les associés non gérants, puisqu'elles tendent à assurer une gestion saine de l'entreprise et une tenue des comptes correcte, profitables aussi bien aux premiers qu'aux seconds.

### **132.121 Extension des droits de contrôle des associés non gérants**

La révision de 1966 a considérablement élargi les droits de contrôle des associés non gérants. Cette tendance s'est confirmée par la suite, par exemple dans la Loi du 1er mars 1984, qui accorde à un ou plusieurs associés, représentant au moins le dixième du capital social, la possibilité de demander une expertise de la gestion de l'entreprise.

### **132.122 Commissaire aux comptes**

Toute Sàrl d'une certaine importance doit être dotée d'un organe qui vérifie la bonne tenue de sa comptabilité. Selon la réglementation du 7 mars 1925, cet organe pouvait être composé uniquement d'associés, ce qui rendait tout contrôle illusoire en pratique. La Loi de 1966 a astreint toutes les Sàrl dont le capital dépassait 300'000 FF à faire vérifier ses comptes par une personne indépendante, le «commissaire aux comptes». Enfin, la Loi du 1er mars 1984 (mise en œuvre par le Décret du 1er mars 1985) définit le cercle des entreprises soumises à cette obligation de manière plus satisfaisante : seules celles qui satisfont à au moins deux des trois grandeurs suivantes doivent faire appel à un commissaire aux comptes; les autres peuvent le faire, mais n'y sont pas tenues :

- bilan supérieur à 10'000'000 FF;
- chiffre d'affaires supérieur à 20'000'000 FF;
- emploi de plus de 50 salariés en moyenne annuelle.

### **132.123 Obligation de déposer ses comptes en mains de justice**

Selon un Décret du 30 juillet 1986, toutes les Sàrl ont l'obligation de déposer leurs comptes au greffe du Tribunal de commerce dans le mois qui suit leur approbation par l'assemblée générale. Cette obligation est également au bénéfice des associés non gérants, qui n'ont pas toujours la capacité d'évaluer la bonne tenue des comptes et, partant, peuvent être induits en erreur facilement.

### **132.124 Prévention accrue des difficultés financières**

Par la Loi du 1er mars 1984 sur la prévention des difficultés des entreprises, le législateur a pris des mesures pour tenter de lutter contre les débâcles financières des entreprises, obligeant les gérants, sous peine d'amende voire d'emprisonnement, à convoquer une assemblée extraordinaire des associés lorsque les affaires périclitent et à informer le juge s'il y a un risque de faillite.

### **132.125 Modification de la responsabilité personnelle solidaire des associés en cas d'apports en nature**

Avant la Loi du 5 janvier 1988, les associés étaient dans tous les cas solidairement responsables du dommage qui pouvait intervenir lorsque des apports en nature à la société se révélaient par la suite insuffisants. Du fait de l'obligation d'avoir un vérificateur spécial en cas d'apports en nature, il a semblé opportun de limiter cette responsabilité solidaire des associés aux seuls cas où un tel contrôle n'a pas été entrepris ou lorsque l'avis du contrôleur n'a pas été suivi.

### **132.13 Augmentation de l'attrait de la Sàrl**

La Sàrl est de loin la forme de société la plus répandue en France. Cependant, l'intérêt pour cette forme juridique déclinait toujours davantage, notamment en raison de problèmes fis-

caux. Cette situation a conduit le législateur français à réformer quelques points afin d'en augmenter l'attrait.

### **132.131 Admissibilité d'un apport en industrie entre époux**

Dans un désir de favoriser la constitution d'entreprises privées, le législateur a introduit, dans la Loi du 11 juillet 1982, la possibilité d'effectuer des apports en industrie, lors de la constitution de la société. Cette possibilité est cependant réservée aux conjoints et soumise à des conditions strictes.

### **132.132 Suppression de la discrimination fiscale des gérants majoritaires**

Des réformes fiscales du 30 décembre 1980, puis du 5 janvier 1988 ont partiellement supprimé la discrimination qui existait entre les gérants majoritaires et les gérants minoritaires, favorisés. En effet, ce traitement inégal constituait un frein nuisible à l'expansion des Sàrl, dont l'abolition devrait rendre à la Sàrl française tout son attrait.

### **132.14 Elargissement du champ d'application de la Sàrl**

#### **132.141 Une Sàrl pour les professions libérales**

Le système de la société à responsabilité limitée a été repris pour les professions libérales, dont l'exercice est soumis à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé: depuis la Loi du 31 décembre 1990, les personnes qui exercent une profession libérale peuvent en effet adopter cette forme de Sàrl, appelée S.E.L.A.R.L (société d'exercice libéral à responsabilité limitée).

#### **132.142 Société unipersonnelle**

L'E.U.R.L. (entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée) fut introduite par la Loi du 11 juillet 1985. Cette forme de société fut reprise en droit européen par la 12<sup>ème</sup> directive du 21 décembre 1989. Il s'agit d'une Sàrl dont l'unique associé ne supporte en principe les dettes sociales qu'à concurrence du montant de ses apports. Cette forme de limitation de la responsabilité des entrepreneurs individuels existait déjà de facto avant l'introduction de l'E.U.R.L. par l'engagement d'associés purement fiduciaires, dont les parts sociales restaient économiquement en mains de l'entrepreneur individuel. C'est donc pour régulariser une pratique incontournable que cette nouveauté a été introduite en droit français. Il s'agit pourtant d'une entorse à toute la théorie du droit des sociétés, puisqu'il ne peut y avoir d'*affectio societatis*, qui constitue généralement la condition sine qua non de l'existence d'un contrat de société. De même, il ne peut pas y avoir de «contrat» à proprement parler, puisqu'il n'y a qu'une personne en jeu. Ce sont donc des raisons pratiques qui ont présidé à l'introduction de cette nouvelle institution.

L'associé unique peut être une personne physique ou morale, à l'exclusion d'une E.U.R.L. Il s'agit donc d'une forme de droit réservée aux sociétés indépendantes, qui ne sont pas partie d'un groupe; l'E.U.R.L. ne peut donner lieu à des chaînes de sociétés. Pour le reste, les règles de la Sàrl sont applicables mutatis mutandis. En particulier, les deux patrimoines doivent rester bien distincts : comme c'est le cas pour la Sàrl, certains contrats de l'associé avec la société sont interdits, notamment les prêts, cautionnements, ou découverts. Les opérations courantes et conclues à des conditions normales peuvent être effectuées librement. Enfin, toutes les autres opérations impliquant un contrat entre la société et l'associé unique nécessitent une annotation au registre des décisions.

### **132.1 Quelques solutions intéressantes du droit français**

#### **132.21 Capital social**

- Les associés ont l'obligation de souscrire tout le capital social et de le libérer entièrement, que ce soit en numéraire ou en nature, auquel cas le rapport d'un commissaire aux apports sera généralement nécessaire.
- Les parts sociales ne sont pas des titres négociables. Elles ont toutes la même valeur, et les associés peuvent en avoir plusieurs.
- Les règles de la SA sont applicables en matière de réserves.
- Il en va de même pour ce qui concerne les diminutions de capital.

Il n'y a aucune limite maximale pour le capital social. Cependant, une Sàrl ne peut avoir plus de 50 associés. Si tel est le cas, elle doit alors se transformer en SA.

#### **132.22 Droits des associés**

- Un associé ne peut en principe pas être exclu de la société par ses coassociés.
- Les minorités bénéficient des protections suivantes:
  - Le quart des associés représentant le quart du capital social, ou un nombre quelconque d'associés représentant la moitié du capital social, peuvent demander la convocation d'une assemblée générale extraordinaire.
  - L'action sociale leur est ouverte en réparation d'un dommage personnel.
  - La minorité a la possibilité de nommer des experts et administrateurs provisoires. Depuis la Loi du 1er mars 1984, ceux-ci ont même le droit de vérifier la bonne gestion de l'entreprise.
- L'associé a un droit de sortie de la société, à condition de trouver un acquéreur pour ses parts. Il ne s'agit pas d'une redistribution du capital, mais d'une cession de ses parts.
- L'associé peut en tout temps aliéner ses parts à un autre associé, sans avoir besoin de l'accord de la société. Un tel transfert ne fait pas entrer une personne étrangère à celle-ci et est par conséquent conforme au principe de personnalité. Il y a par contre une réglementation pour les difficultés internes d'influence qui surgiront au sein de la société.
- L'aliénation à un tiers doit en revanche être approuvée par la société pour pouvoir sortir ses effets. Mais si la société refuse d'accepter le tiers acquéreur, l'associé cédant peut obliger les autres associés à racheter ou à faire racheter les parts dont la cession est envisagée, pour autant qu'il détienne ses parts depuis au moins deux ans. Le rachat par la société est également possible, mais fiscalement désavantageux.
- Comme en droit suisse, l'assemblée générale des associés a des compétences réservées par la loi et les majorités exigées varient en fonction de l'importance des décisions.

#### **132.23 Divers**

- Le droit français connaît depuis longtemps la possibilité pour une Sàrl d'être complémentaire («commandité») dans une société en commandite.

- La Sàrl à deux associés, qui peut présenter des situations de blocage, n'a pas fait l'objet d'une réglementation spéciale.
- Le droit français ne connaît pas la prohibition légale de concurrence; elle peut être prévue expressément dans les statuts.

## **14 Objectifs de la présente révision de la Sàrl**

Sur cette base et compte tenu des postulats émis par la doctrine et les experts dont l'avis a été sollicité, l'avant-projet du groupe de travail Sàrl vise les buts suivants:

1. Réglementation centrée sur les besoins de petites et moyennes entreprises à caractère personnel;
2. Adaptation à l'état actuel du droit des sociétés anonymes, notamment en ce qui concerne l'établissement, la publicité et la vérification des comptes;
3. Adaptation aux principes des directives européennes;
4. Garantie de l'apport et du maintien du capital social, toutefois sans responsabilité solidaire des associés;
5. Renforcement de la protection des minorités.

Par là même, et pour des raisons qu'on exposera plus loin, la révision proposée devrait s'inscrire dans le cadre des solutions consacrées chez nos voisins.

## **2 Partie spéciale: explications relatives aux principales dispositions de l'avant-projet**

### **21 Remarque préalable**

Eu égard aux objectifs principaux mentionnés plus haut, l'avant-projet contient des changements importants par rapport au droit de la Sàrl de 1936. Pour certaines propositions, il s'agit de solutions totalement nouvelles; toutefois, le souci de maintenir une certaine unité du droit des sociétés conduit à renvoyer, dans certains cas, aux dispositions du droit des sociétés anonymes. Ces renvois se veulent dynamiques, à savoir que toute nouvelle révision du droit des sociétés anonymes aura un impact indirect sur celui de la Sàrl<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Une commission d'experts, présidée par M. Peider Mengiardi, dr en droit, a élaboré un avant-projet pour une loi fédérale sur l'établissement et le contrôle des comptes annuels (AP LECCA) et pour une ordonnance sur l'agrément des contrôleurs des comptes (AP OACC). Cet avant-projet prévoit en principe des règles uniformes pour toutes les formes de sociétés du droit privé dotées de la personnalité morale mais différencie néanmoins en fonction de la taille, du genre d'activités et de la forme de droit. Les dispositions du droit des sociétés anonymes devraient être adaptées en conséquence. Le 21 octobre 1998, le Conseil fédéral a décidé d'ouvrir la procédure de consultation relative aux deux avant-projets. La procédure de consultation est ouverte jusqu'à fin avril 1999. Les documents mis en consultation peuvent être commandés à l'Office fédéral de la justice (Tél: 031/322 41 96 ou 031/322 41 97, Fax: 031 / 322 44 83).

Les présents avant-projet et rapport explicatif pour une réforme du droit de la Sàrl ne tiennent pas encore compte des propositions de la commission d'experts «Droit comptable». Dans le présent rapport, des notes de bas de page renvoient, si nécessaire, aux propositions de la commission d'experts «Droit comptable».

## 22 Dispositions générales

### 221 Définition de la Sàrl (art. 772 al. 1 CO, 772 al. 1 AP)

La *définition actuelle* de la Sàrl contenue à l'art. 772 CO n'est pas un modèle de clarté rédactionnelle; en outre, cet article présente d'autres défauts. En Allemagne, précisément, où la Sàrl a été créée il y a plus de cent ans, on a renoncé à toute définition de cette société, sans que cela n'ait entraîné d'inconvénients (on trouve uniquement au § 13 de la loi sur la Sàrl une description de la «nature juridique de la Sàrl» qui précise que la responsabilité patrimoniale de la société est *limitée* à la seule fortune sociale et que la société est dotée de la personnalité juridique). On peut dès lors se demander s'il est nécessaire de donner une définition.

Si l'on devait tenir à une définition (ce qui serait justifié, eu égard aux dispositions correspondantes du droit des sociétés anonymes et de la coopérative, tout comme des sociétés de personnes), on pourrait, à l'instar de l'art. 772 AP, dire que la Sàrl est une société réunissant un ou plusieurs associés, sous une raison sociale propre, dont le capital, divisé en parts sociales, est déterminé à l'avance (capital social) et dont les associés ne répondent pas personnellement des engagements et détiennent une ou plusieurs parts sociales. La définition légale doit ainsi se rapprocher le plus possible de celle de la société anonyme tout en soulignant ses caractéristiques propres par rapport aux autres sociétés de capitaux.

Un des éléments principaux de la définition proposée se trouve dans la suppression de l'actuelle responsabilité personnelle et solidaire des associés (art. 772 al. 2 2<sup>ème</sup> phrase et art. 802 CO) jusqu'à concurrence du capital social (cf. ci-dessous ch. 225). Le groupe de travail Sàrl souhaite, malgré cette modification, garder le nom de «Sàrl», parce qu'il correspond largement à la désignation utilisée dans la plupart des pays continentaux et en raison de l'aménagement statutaire d'une responsabilité pour des versements supplémentaires (cf. ci-dessous ch. 238) – à savoir une responsabilité limitée – qui correspond à l'une des caractéristiques de la Sàrl.

### 222 Admissibilité des buts non économiques (art. 772 al. 3 CO, art. 772 al. 3 AP)

Comme il n'existe aucune raison valable pour que la Sàrl ne puisse poursuivre que des buts économiques, l'avant-projet précise – comme l'art. 620 al. 3 CO pour la société anonyme – qu'une Sàrl peut aussi être fondée pour des buts autres qu'économiques.

### 223 Sàrl unipersonnelle (art. 775 CO, art. 775 AP)

En Suisse, la pratique connaît depuis longtemps les *Sàrl unipersonnelles*. Toutefois, l'art. 775 al. 1 CO prévoit au minimum le concours de *deux fondateurs* de sorte que les Sàrl unipersonnelles ne peuvent prendre naissance qu'à la suite d'une concentration des parts sociales en main d'une seule personne physique ou morale. Vestige d'une conception selon laquelle la société unipersonnelle est une anomalie, l'art. 775 al. 2 CO prévoit une action en dissolution – restée lettre morte en pratique – pour les créanciers ou les associés, au cas où la société n'aurait plus qu'un associé.

La concentration ultérieure de l'ensemble des parts sociales en une seule main (de la société elle-même ou de l'un des associés) a pour conséquence, dans une Sàrl connaissant *l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires ou de faire des prestations accessoires*, que la société créancière de ces prestations n'a plus en face d'elle qu'un seul débiteur. Cela peut entraîner une augmentation des risques pour les créanciers de la société. Cette hypothèse est toutefois déjà connue du droit actuel.

En accord avec la *directive européenne sur la Sàrl unipersonnelle* (12<sup>ème</sup> directive, JOCE no L 395 du 30.12.89 p. 40) l'avant-projet propose d'admettre la fondation par un seul fondateur (art. 772 al. 1 et 775 AP) et de supprimer la règle de l'art. 775 al. 2 CO.

En conformité avec l'art. 5 al. 1 de la directive européenne précitée, *les contrats entre la société et l'associé doivent être passés en la forme écrite*, sous réserve de ceux portant sur des opérations courantes et conclus à des conditions normales (cf. art. 812b al. 3 AP).

Au surplus, l'art. 3 de ladite directive exige que, lorsque l'ensemble des parts sociales sont réunies dans les mains d'un seul associé, ce fait soit inscrit au registre du commerce et publié. Cette réglementation est reprise en droit suisse, bien que l'on puisse mettre en doute son but (art. 775 al. 2 et art. 781 ch. 6a AP).

Comme le droit suisse révisé de la Sàrl, tel que proposé par le groupe de travail Sàrl, ne connaît plus la *libération partielle des parts sociales* (art. 774 al. 4 AP; cf. ci-dessous ch. 225.5.), une règle analogue au § 19 al. 4 GmbHG prévoyant trois solutions pour la part non libérée, à savoir la libération proprement dite, la constitution de sûretés ou le transfert à un tiers, n'est pas nécessaire.

## 224 **Raison sociale** (art. 949, 951 CO, art. 950, 951 AP)

Selon le droit actuel, la raison sociale de la Sàrl doit dans tous les cas comprendre la désignation de société à responsabilité limitée (art. 949 al. 2 CO), alors que ce n'est le cas pour les sociétés anonymes et coopératives que si la raison sociale comprend des noms de personnes. L'indication de la forme de droit dans la raison de commerce est par ailleurs la condition sine qua non à l'adoption d'une réglementation libérale quant à la formation des raisons de commerce, dans la mesure où elle assure la reconnaissance d'une raison de commerce en tant que symbole d'un sujet de droit. En droit comparé, il faut remarquer que le droit européen exige la mention de la forme juridique dans la correspondance et sur les bons de commande (1<sup>ère</sup> Directive, art. 4). Le droit national des Etats membres a mis en œuvre cette exigence matériellement justifiée en adaptant son droit des raisons de commerce en conséquence. Il faut mentionner à cet égard qu'aucune obligation d'usage de la raison de commerce n'existe dans les relations d'affaires, de sorte qu'une révision du droit des raisons de commerce qui ne réglerait pas l'usage de la raison de commerce ne satisferait que partiellement aux exigences du droit européen. Le développement du droit devrait aussi viser à ce que le droit matériel des raisons de commerce soit libéralisé, tout en exigeant la mention de la forme de droit dans la raison de commerce (comme c'est le cas en Allemagne). Renoncer à l'exigence de l'indication de la forme juridique pour la Sàrl reviendrait donc à faire fausse route. Bien au contraire, dans le cadre d'une révision du droit des raisons de commerce, les prescriptions relatives à leur formation pour d'autres formes de droit devraient être adaptées au droit de la Sàrl.

Concernant le droit exclusif à la raison sociale, le droit en vigueur met sur pied d'égalité les Sàrl comportant des noms de personnes avec les sociétés de personnes et en commandite par actions (art. 951 CO). L'avant-projet prévoit dans ce cas un régime commun aux raisons sociales de Sàrl, comprenant ou non des noms de personnes, aux SA et aux sociétés coopératives (art. 951 al. 2 AP), ce qui assure une certaine amélioration de la protection de la raison.

Lors d'une future révision du droit des raisons de commerce, le groupe de travail Sàrl proposerait de prendre trois points en considération:

1. toutes les sociétés devraient pouvoir former librement leur raison de commerce;
2. toutes les raisons de commerce devraient contenir la mention de la forme juridique;

3. le droit exclusif devrait être formulé de manière correcte (soit comme un droit de contestation du titulaire de la raison déjà inscrite et non pas comme une contrainte imposée au titulaire de la raison qui désire s'inscrire au registre du commerce) et réglé de manière uniforme sur le plan suisse pour toutes les formes juridiques connues du droit commercial.

## 225 Capital social

### 225.1 Augmentation du capital social minimum à 40 000.- francs (art. 773 CO, art. 773 AP)

Le capital social minimum d'une Sàrl est fixé aujourd'hui en Allemagne à 50'000 DM (§ 5 al. 1 GmbHG) et en France à 50'000 FF (art. 35 al. 1 LSC [Loi 66-357 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales]). Lors de l'introduction de la Sàrl en Suisse, le premier janvier 1937, le législateur avait fixé le capital social minimum à 20 000.- francs (ce qui représentait 40 % du capital minimum de 50'000.- francs alors exigé pour la société anonyme). La fixation de ces montants en chiffres absolus remonte d'ailleurs à 1928; à cette époque, le pouvoir d'achat du franc suisse était plus de dix fois plus élevé qu'aujourd'hui. Il n'est bien entendu pas question d'en déduire qu'il faudrait augmenter le capital minimum à 200'000.- francs, ne serait-ce qu'à cause de la réglementation actuelle de la SA (capital minimum de 100'000.- francs). Cependant une augmentation est indispensable, car un montant de 20'000.- francs, avec le pouvoir d'achat actuel, ne suffit pas à couvrir les coûts de la première année d'activité, même dans une entreprise de dimension modeste. Sans un minimum de capital, qui ne permet d'ailleurs même pas d'assurer le salaire d'une seule personne pour la première année d'activité, il paraît exclu de pouvoir fonder une société «de capitaux». Il semble approprié de fixer à nouveau ce montant à 40 % du capital minimum de la SA, c'est-à-dire à 40'000.- francs. Au demeurant, les règles de droit transitoire proposées par le groupe de travail Sàrl permettront aux Sàrl inscrites au registre du commerce avant le 1<sup>er</sup> janvier 2000 de ne pas s'adapter à cette nouvelle limite (cf. art. 3 al. 1 dispositions transitoires).

La possibilité de libérer le capital social en monnaies étrangères convertibles régulièrement utilisées dans le commerce international, et non seulement en francs suisses, n'a pas été prévue. Les questions y relatives devraient être examinées de manière plus approfondie avant de pouvoir franchir ce pas. Une réglementation légale correspondante apparaît encore problématique aujourd'hui, entre autre aussi en raison du principe de droit fiscal de la valeur nominale exprimée en francs suisses. Elle ne devrait alors pas être limitée à la Sàrl.

### 225.2 Suppression du capital maximum de 2 millions de francs (art. 773 CO)

La limitation du capital social d'une Sàrl à un montant maximum est une particularité suisse. Elle remonte au projet de 1928, qui prévoyait une limite supérieure à 5 millions de francs, ce qui correspondrait aujourd'hui à un montant d'environ 50 millions de francs. Le but du législateur de l'époque était de conserver, par l'introduction de ce plafond, le caractère éminemment personnel de la Sàrl ou du moins d'éviter que ne se constituent en Sàrl des entreprises pour lesquelles une organisation collective («kollektivistische Organisation», cette expression renvoyant en fait à la société anonyme) serait indiquée.

La limitation absolue vers le haut du capital social a été un *obstacle*, au moins psychologique, au développement de la Sàrl. Il n'y a, à l'analyse, pas de raison majeure pour que le législateur interdise la Sàrl aux sociétés de capitaux à partir d'un certain seuil :



- Il n’y a aucun lien contraignant entre l’activité de la société et le *montant du capital social*. Ainsi, Hoffmann-La Roche SA, l’une des plus importantes sociétés pharmaceutiques du monde, n’avait qu’un capital d’environ 50’000.- francs jusqu’à la fin des années 80.
- La Sàrl est une forme de société qui peut aussi convenir à de *grandes entreprises*, pour le cas où celles-ci désireraient précisément sa structure à caractère personnel, ou du moins s’en accommoderaient, la transformation en société anonyme demeurant toujours possible.
- On mentionnera enfin que les *intérêts des tiers* n’exigent en aucune manière une limite supérieure au montant du capital social.

La limite de 2 millions de francs apparaît dès lors comme un frein inutile au développement d’entreprises. Son absence dans les pays voisins n’a eu aucun effet négatif. Elle peut donc être supprimée sans autre.

### 225.3 Garantie des apports en capital (art. 779 al. 4 et 5 AP)

Il est vrai que le droit communautaire des sociétés (2<sup>ème</sup> directive) ne soumet pas explicitement la Sàrl aux dispositions plus strictes concernant la preuve de l’apport en capital. Cependant, selon une opinion aujourd’hui largement majoritaire, chaque société de capitaux – et donc aussi la Sàrl – doit être soumise, dans les phases de constitution et d’augmentation de capital, et sans égard aux dispositions supplémentaires sur la responsabilité, à une procédure qualifiée destinée à vérifier l’exécution régulière de la constitution du capital. Selon le droit des SA de 1991, les conditions sont les suivantes :

1. *Transparence* (les montants et le mode de constitution du capital doivent apparaître clairement dans les statuts et au registre du commerce);
2. Intervention d’un *notaire* lors de l’acte constitutif;
3. *Compte bloqué* dans une banque pour la preuve du paiement en espèces;
4. Exigence de la *forme écrite* pour les contrats d’apports en nature;
5. Exigence d’un rapport de *fondation ou d’augmentation de capital* écrit pour rendre compte de l’évaluation et de la prise en considération des apports en nature, des reprises de biens, des libérations par compensation et des avantages particuliers;
6. Exigence d’une *vérification* du rapport de fondation ou d’augmentation de capital par un réviseur<sup>2</sup>, qui atteste qu’il est complet et exact.

Des dispositions spéciales sur la responsabilité (comme, en droit actuel de la Sàrl, la responsabilité solidaire de chaque associé jusqu’à concurrence du montant du capital social pour l’accomplissement des apports souscrits ou la responsabilité des fondateurs) ne sont pas en mesure de remplacer l’effet préventif et régulateur d’exigences qualifiées quant à la preuve de l’apport effectif du capital à la société. A cet égard, aux yeux du groupe de travail Sàrl, les règles du droit de 1936 sont en partie dépassées et en partie insuffisantes. Elles doivent être adaptées au droit actuel des sociétés anonymes, qui trouve sa formulation aux art. 633 à 635a, 652e et 652f CO. Cela est inévitable si l’on souhaite supprimer la responsabilité subsidiaire et solidaire de chacun des associés telle qu’en vigueur aujourd’hui (voir ci-dessous ch. 225.4).

---

<sup>2</sup> L’avant-projet de LECCA ne parle plus de réviseur, resp. d’organe de révision, mais utilise le terme de contrôleur des comptes (art. 43 ss AP LECCA).

A ce propos, il ne faut pas oublier que les exigences posées pour garantir le capital découlent du genre de l'activité économique elle-même et de son étendue, et non de la forme juridique qui a été choisie pour «habiller» cette activité économique.

L'avant-projet renvoie donc ici aux dispositions du droit des sociétés anonymes sur le maintien du capital social (art. 779 al. 5 AP) et sur la fondation qualifiée (art. 778 AP). Le renvoi de l'art. 778 AP au droit des SA, soit à l'art. 628 al. 4 CO, permettra désormais aux Sàrl d'éliminer des statuts, après 10 ans, les dispositions sur les apports en nature et les reprises de biens.

#### **225.4 Suppression de la responsabilité subsidiaire et solidaire de chaque associé** (art. 772 al. 2, 802 CO, art. 772 al. 2, 802 AP)

La «*responsabilité des associés*» selon l'art. 802 CO est une particularité helvétique. On voulait par là appliquer au moins en partie le principe de responsabilité individuelle du droit de la *société en nom collectif* à la Sàrl. Selon l'art. 802 al. 1 CO, l'associé est soumis à une responsabilité personnelle solidaire, analogue à celle de l'associé en nom collectif pour tous les engagements de la société à concurrence de l'entier du capital social. Il s'agissait, par cette disposition, de créer une «protection des créanciers aussi large que possible», en fermant la porte à la création de «*sociétés mirages avec des apports fictifs*» et en évitant qu'au cours de son existence, la société ne distribue des *bénéfices et des intérêts indus* (cf. art. 802 al. 2 CO). Enfin, cette responsabilité solidaire devait garantir l'exécution des prestations futures pour le *capital social partiellement libéré* (cf. art. 802 al. 2 CO).

La responsabilité solidaire est cependant insatisfaisante, et ce à deux égards :

- Tout d'abord, la réglementation actuelle est insuffisante. On reconnaît aujourd'hui que la protection contre les apports «bidon» (et contre d'autres vices dans les apports en capital) est assurée moins par l'institution d'une responsabilité personnelle de l'associé que par la combinaison de la *transparence* (publication des apports en nature et des reprises de biens dans les statuts et au registre du commerce), d'un rapport de fondation ou d'augmentation de capital et de la *vérification par un réviseur*. Dans l'intérêt de la protection des créanciers et de la solvabilité de cette forme de société, la Sàrl doit, comme dans nos pays voisins, obéir au régime des *sociétés de capitaux* en ce qui concerne l'apport et la garantie du capital social.
- Ensuite, la responsabilité solidaire réduit l'attrait de cette forme de société, en exposant les associés, avant tout ceux qui ont de petites parts sociales, à une responsabilité disproportionnée, pouvant aller jusqu'à la totalité du capital social.

L'avant-projet renonce donc à la responsabilité solidaire du droit actuel, mais propose d'autres mesures de protection des créanciers et de garantie de la crédibilité de la société :

- du fait du renvoi aux *principes du droit des SA* pour *l'apport en capital*, on évitera les tromperies lors de la fondation. Le paiement comptant sur un compte bloqué d'une banque soumise à la Loi fédérale sur les banques en vue de constituer le capital social devient en effet obligatoire, de même que le rapport de fondation, accompagné de l'attestation du réviseur, pour les apports en nature, reprises de biens et avantages particuliers (art. 779 al. 5 AP);
- l'avant-projet de révision tient compte du besoin de protection contre la soustraction indue de bénéfices, ouverte ou cachée, par un renvoi à *l'action en restitution* du droit des SA, améliorée en 1991 (art. 678 ss. CO; 806 AP);
- une garantie pour la part non encore libérée, en cas de libération partielle, n'a plus de raison d'être, puisque l'avant-projet exige, lors de la fondation ou d'une augmentation

de capital, une *libération totale des parts sociales* (art. 774 al. 4 AP, cf. ci-dessous ch. 225.5).

En lieu et place de la responsabilité solidaire et subsidiaire de l'associé, les mécanismes juridiques suivants doivent servir à la *protection des créanciers* :

1. meilleure garantie de *l'apport en capital*, sur le modèle de la SA (cf. art. 779 al. 4 s. AP ci-dessus ch. 225.3);
2. amélioration de *l'action en restitution* des soustractions indues de bénéfice (art. 806 AP et ci-dessus ch. 225.4);
3. amélioration de la réglementation concernant la *reprise par la société de parts sociales* (art. 807 AP et ci-dessus ch. 225.6);
4. maintien de l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires, si les statuts la prévoient, pendant deux ans en cas de faillite (art. 803a AP et ci-dessus ch. 238);
5. *postposition* du prêt de l'associé à la société destiné à remplacer le capital, lorsque la société est sous-capitalisée (art. 807c AP et ci-dessus ch. 238);
6. reprise de la *réglementation de la SA sur la tenue des comptes* (art. 805 AP et ci-dessus ch. 232);
7. *révision* des comptes annuels *obligatoire* (art. 819 AP et ci-dessus ch. 243)<sup>3</sup>

Le groupe de travail Sàrl considère que ce renforcement fonctionnel des dispositions de protection est plus efficace que la responsabilité solidaire actuelle jusqu'à concurrence de l'entier du capital social et qu'il évite les inconvénients propres à cette dernière.

### **225.5 Libération totale des parts souscrites** (art. 774 al. 4 AP)

Le droit actuel de la Sàrl admet que les statuts peuvent prévoir une *libération partielle* des parts sociales. Lors de la constitution de la société, au moins (ce qui signifie aussi «pas plus de») 50% des parts doivent être libérées en espèces ou couvertes par des apports en nature (art. 774 al. 2 CO). Des libérations partielles surviennent en pratique avant tout dans le cas de *très petites Sàrl*; le capital social est fixé à 20'000.- francs, dont 10'000.- francs sont payés en espèces, le reste étant dû comme «non versé». Il n'y a pas d'intérêt légitime à maintenir une telle forme de société. Il n'est d'ailleurs guère imaginable, même pour des activités économiques très modestes, que les dépenses d'installation de la première année d'activité n'atteignent pas au moins l'ordre de grandeur de 10'000.- à 20'000.- francs alors que les gains ne rentrent qu'ultérieurement et progressivement. Une Sàrl fondée avec un tel capital minimum a en réalité commencé son existence économique sans substrat suffisant pour répondre de ses dettes; on ne peut dès lors pas parler de *véritable apport* en capital.

La procédure de préexamen a montré qu'il était très rare, dans la Sàrl, qu'une libération partielle du capital ait un autre but que celui de minimiser l'apport en capital au stade de la constitution de la société.

---

<sup>3</sup> La proposition de révision du groupe de travail Sàrl part du principe de l'obligation de révision des comptes annuels. L'avant-projet de LECCA prévoit, à son art. 43, deux variantes quant à la révision obligatoire des comptes annuels. Variante I: libération des petites Sàrl de l'obligation de révision (bilan inférieur à 4 mio de francs, chiffre d'affaires inférieur à 8 mio de francs, moins de 50 collaborateurs). Variante II: révision obligatoire des comptes annuels pour toutes les Sàrl, indépendamment de leur taille (cf. rapport explicatif LECCA, p. 148 ss). La proposition du groupe de travail Sàrl considère implicitement, en d'autres termes, qu'au cas où son projet serait réalisé, seule la variante II de l'avant-projet de LECCA resterait à disposition; au sein du cadre fixé de la «taille modeste» de la société, la révision par un réviseur sans qualifications particulières devrait être admise.

L'avant-projet prescrit dès lors *impérativement*, à son art. 774 al. 4, la *libération totale* des parts sociales. Les nombreuses règles sur la libération partielle, dont l'application ne va pas sans poser de problèmes, peuvent dès lors être abandonnées sans autre. Par cette modification, le droit de la Sàrl est rendu plus clair et plus simple.

Au cas où la société désire impérativement disposer de capital supplémentaire, lorsque la marche des affaires l'exige, *l'introduction dans les statuts d'une obligation des associés d'opérer des versements supplémentaires* offre une solution satisfaisante. L'avant-projet s'appliquera dès lors à donner des solutions à ces questions jusqu'à maintenant résolues de manière insatisfaisante (art. 803 à 803c AP et ci-dessous ch. 238).

### **225.6 Maintien du capital en cas d'acquisition par la société de ses propres parts sociales** (art. 807 al. 2 CO, art. 807 al. 1 et 3 AP)

De même que pour la société anonyme, *l'acquisition par la Sàrl de ses propres parts sociales* doit être admise à certaines conditions précisément définies.

Cette possibilité revêt toute son importance, notamment en cas de sortie ou d'exclusion d'un associé. Dans de tels cas, il peut, dans une certaine mesure, se produire une *réduction de capital propre* en faveur d'un associé sortant, à la charge tant du capital d'exploitation (du point de vue de la continuation de l'entreprise par les associés restants) que de la fortune sociale (du point de vue des créanciers). La loi doit mettre des limites à ce procédé. En droit des SA, la société ne peut acquérir ses propres actions que si elle *dispose librement d'une part de ses fonds propres* et si cette acquisition ne dépasse pas *10% à 20% du capital nominal*. L'avant-projet reprend la réglementation du droit des SA<sup>4</sup>. La possibilité de sortie d'un associé autoriserait toutefois une limite plus élevée qu'en droit des SA. Si la sortie d'un associé n'est plus possible par la reprise de ses parts sociales par la société, en raison de l'épuisement de la limite des 20%, ou si la prétention en dédommagement ne peut être satisfaite que par une réduction de capital (art. 822c al. 3 ch. 2 AP), la sortie va de pair avec la réduction du capital.

### **225.7 Allégement de la procédure d'augmentation du capital** (art. 779/786 CO, art. 786 AP)

Le droit de la Sàrl de 1936 prévoit qu'une *augmentation du capital social* – bien que cela ne découle en fait qu'indirectement du texte de l'art. 786 CO – ne peut être décidée qu'à *l'unanimité des associés*. Cette exigence s'explique par l'introduction en 1936 du système de la responsabilité solidaire et subsidiaire de chaque associé à concurrence du montant du capital social. Il est évident qu'une augmentation de capital entraîne aussi, dans ce système, une augmentation subséquente de la responsabilité solidaire subsidiaire des associés. C'est pourquoi l'approbation de chacune des personnes touchées par cette augmentation de responsabilité est indispensable.

Avec la suppression de la responsabilité solidaire subsidiaire, le droit de veto de chaque associé perd sa raison d'être. Cependant, la décision d'augmentation du capital ne peut être prise, comme dans la société anonyme, à la majorité généralement requise pour modifier les statuts, mais seulement avec le consentement des deux tiers des voix représentées et la majorité absolue de l'entier du capital social (art. 810c al. 1 ch. 4 AP). Il est expressément

---

<sup>4</sup> L'avant-projet de LECCA prévoit, à son art. 16 al. 3 ch. 19, que la valeur d'acquisition des propres parts sociales ne doit plus être portée à l'actif du bilan mais doit être ouvertement déduite des réserves provenant de bénéfice (cf. rapport explicatif LECCA, p. 114 ss).

prévu que le capital social peut aussi être augmenté par conversion de fonds propres disponibles (art. 774 al. 4 AP).

Un *rapport d'augmentation* et une *attestation de vérification par l'organe de révision* en cas d'apports en nature, de reprises de biens, d'avantages particuliers et d'augmentation du capital par compensation ou par suppression du droit de souscription préférentiel est également nécessaire pour la Sàrl. Ceci peut être obtenu par simple renvoi aux art. 652e et 652f CO (art. 786 al. 2 AP).

#### **225.8 Réduction de capital facilitée à des fins d'assainissement du bilan** (art. 788 CO, art. 788 AP)

L'absence en droit de la Sàrl d'une *réduction de capital* «déclarative» ou *réduction de capital simplifiée* pour éliminer une perte au bilan, analogue à l'art. 735 CO («réduction en cas de bilan déficitaire»), est ressentie par la pratique comme un inconvénient majeur.

Cette réduction facilitée de capital pose forcément des problèmes dans le système de la responsabilité solidaire subsidiaire des associés jusqu'à concurrence du montant du capital social. La *suppression de la responsabilité solidaire subsidiaire de l'associé jusqu'à concurrence du montant du capital social*, qui est proposée dans l'avant-projet de révision (cf. ci-dessus ch. 225.4), fait tomber cet obstacle. L'avant-projet propose d'introduire la réduction déclarative du capital, qu'il règle par un renvoi aux dispositions du droit des sociétés anonymes.

Une réduction déclarative du capital n'est possible, selon l'art. 788 al. 2 de l'avant-projet, que lorsque les versements supplémentaires ont été effectués. Un surendettement doit être d'abord éliminé par l'exécution des engagements statutaires des associés, plutôt que par une réduction de capital. La réduction de capital, qui interviendrait ensuite, conduit nécessairement à une réduction du montant exigible au titre de l'obligation de versements supplémentaires et, par là même, à une réduction de la fortune sociale, garantie des créanciers. Sous réserve de ce qui vient d'être exposé, on s'accommode de ces conséquences.

#### **225.9 Prêt des associés à la société en remplacement du capital propre** (art. 807c AP)

Pour renforcer le capital social, il est indiqué, par analogie avec le droit allemand de la Sàrl, de réglementer la question, importante dans la pratique, des *prêts remplaçant le capital propre* dans les sociétés de capitaux à caractère personnel.

Selon l'art. 807c de l'avant-projet, les prêts en remplacement de capital propre sont ceux qu'un associé ou une personne qui lui est proche font à la société en cas de surendettement ou à un moment où la situation financière de la société aurait requis l'apport de capital propre. Ces prêts seront colloqués après tous les autres prêts, y compris ceux ayant fait l'objet d'une déclaration ou d'une convention de postposition.

Cette réglementation permet d'augmenter la crédibilité de la Sàrl et de diminuer la tentation de doter la Sàrl du plus petit capital propre possible, afin d'être colloqué sur pied d'égalité avec les créanciers ordinaires.

Il ne faut pas interpréter cette nouvelle réglementation de telle sorte qu'un *Durchgriff*, tel qu'il peut déjà avoir lieu à certaines conditions en droit positif, ne puisse plus être envisageable.

## 226 Sociétariat

### 226.1 Simplification de la terminologie

Le texte allemand nécessite une simplification terminologique, dont le besoin ne se fait pas sentir pour la version française, qui n'utilise que les termes de «parts sociales» et «capital social». Pour la version allemande, la mise au point nécessaire concerne les notions suivantes :

1. «*Stammkapital*» : sans modification au regard des art. 772 al. 1 et 773 CO. Ce qu'il y a de *nouveau* en revanche, c'est que cette notion est définie par la somme de la valeur nominale de toutes les «Stammanteile».
2. «*Stammeinlage*» : ce terme n'est *plus utilisé*. Il utilise à tort la notion d'«Einlage» (apport), qui, dogmatiquement, désigne l'exécution de l'obligation de libérer une part, soit un *processus* et le cas échéant son résultat, mais ne vise pas la *part* relative à l'associé.
3. «*Stammanteil*» : ce terme remplace celui de «Stammeinlage», tout en désignant désormais une *part individuelle* ayant la valeur nominale prévue dans les statuts (au minimum 100.- francs). Un sociétaire peut avoir plusieurs «Stammanteile» (parts sociales). La société peut parfaitement prévoir des parts importantes, par exemple cinq de 10'000.- francs chacune, dont trois appartiendront à l'associé A et deux à l'associé B. De ce point de vue, les associés doivent disposer de la plus grande liberté dans l'élaboration des statuts.
4. «*Gesellschaftsanteil*» : cette notion (en droit allemand : «Geschäftsanteil») désigne en droit actuel la totalité des participations de chaque sociétaire à la Sàrl. L'avant-projet ne l'utilise plus.
5. «*Kapitalverlust*» : la notion de «Kapital» comprend dans ce contexte la somme du capital social et des réserves légales (art. 803 al. 1 ch. 1 AP)<sup>5</sup>.

### 226.2 Réduction de la valeur nominale minimum des parts sociales (art. 774 al. 1 CO, art. 774 al. 1 AP)

Le droit actuel prévoit une valeur nominale minimum de 1'000.- francs (art. 774 al. 1 CO), et la réduction de ce montant n'est pas possible, même dans le cadre d'un assainissement. Pour permettre la flexibilité nécessaire, l'avant-projet prévoit d'abaisser cette valeur nominale à 100.- francs (art. 774 al. 1 1<sup>ère</sup> phrase AP) et de réserver, comme dans le droit des SA (art. 622 al. 4 CO), une réduction plus importante dans le cadre d'un assainissement (art. 774 al. 1 2<sup>ème</sup> phrase AP).

### 226.3 Admissibilité de la possession simultanée de plusieurs parts sociales (art. 772 al. 2 CO, art. 774 al. 2 AP)

Une des particularités du droit suisse de la Sàrl consiste en ce qu'il prescrit, de manière impérative, que chaque associé d'une *Sàrl ne peut posséder qu'une seule part sociale* (art 774 al. 2 1<sup>ère</sup> phrase CO). Si par exemple un associé ayant une part de 40'000.- francs cède à chacun de ses enfants une part de 10'000.- francs et si le second enfant a déjà une

---

<sup>5</sup> Aux termes de l'art. 62 AP LECCA, s'il ressort du dernier bilan annuel que la moitié du capital social d'une Sàrl n'est plus couvert, il y a perte en capital. La moitié des réserves légales n'est plus visée par l'avant-projet de LECCA pour des motifs de simplification (cf. rapport explicatif LECCA, p. 159). Le groupe du travail Sàrl est d'avis que cette proposition ne tient pas compte du déclenchement anticipé des mesures d'assainissement et ne peut donc y adhérer.

part dans la même société de 20'000.- francs, il faudra non seulement une cession en la forme authentique, mais encore une modification des statuts dans l'acte notarié: création d'une nouvelle part pour le premier enfant, réunion de celles du second dans une nouvelle de 30'000.- francs, et réduction de la part du père à 20'000.- francs.

Cette formalité n'a pas d'utilité économique ou juridique. Lors de son introduction, elle n'a pas été motivée; ce ne sont que les commentaires qui permettent de conclure que l'on a voulu par là «rapprocher la Sàrl des sociétés de personnes» et – soi-disant pour suivre des avis allemands – renforcer le lien entre le capital et les personnes et «compliquer» l'intrusion du grand public.

En réalité, on ne voit pas comment la règle de la *part unique* pour chaque associé pourrait servir à la réalisation de ces buts; il n'en résulte qu'une complication inutile. La Sàrl reste une société de capitaux à caractère personnel de structure simple, même si la loi autorise la division du capital social en un certain nombre de parts ayant chacune une valeur nominale déterminée dans les statuts et que chaque associé peut posséder une ou plusieurs de ces parts.

L'avant-projet, à son art. 774 al. 2, prévoit ainsi que chaque associé peut être titulaire de *plusieurs parts* sociales. Comme déjà mentionné, le terme de «Stammeinlage» n'a ainsi plus sa raison d'être. On élimine aussi la nécessité de modifier les statuts par acte authentique à chaque cession de part entre associés, la formulation de la déclaration de cession s'en trouvant simplifiée et la Sàrl devenant plus attrayante pour ses utilisateurs.

#### **226.4 Assouplissement des règles sur les restrictions à la transmissibilité des parts sociales** (art. 791 al. 2 CO, art. 791 al. 2 à 4 AP)

Les *restrictions à la transmissibilité* des parts sociales selon l'art. 791 al. 2 CO sont particulièrement strictes : la cession suppose l'approbation des trois quarts de tous les associés représentant au moins trois quarts du capital social. Cette disposition est relativement impérative, en ce sens que les statuts peuvent rendre la cession encore plus difficile, voire l'exclure, mais non la faciliter (art. 791 al. 3 CO). Cette réglementation est en totale contradiction avant tout avec le droit français, qui prévoit à titre dispositif la libre cessibilité des parts entre associés (art. 47 al. 1 LSC), et qui donne à l'associé le droit d'être indemnisé pour sa part à sa valeur réelle (art. 45 al. 3 LSC), s'il se voit opposer un droit de veto statutaire ou un refus de la société en cas de transfert à un tiers, selon l'art. 45 al. 1 LSC.

L'avant-projet ne va pas aussi loin, mais prévoit d'une part un assouplissement du régime. Il autorise d'autre part, à ses art. 777 ch. 1 et 810c al. 1 ch. 3, l'exclusion statutaire de toute cession des parts sociales. Cette interdiction complète d'aliéner sa part est certes difficilement compatible avec le concept de société de capitaux et porte une atteinte importante à la disponibilité des parts. Cependant, elle doit demeurer possible dans le futur. On tient ainsi compte du caractère personnel de la Sàrl.

Le *droit de sortir de la société pour justes motifs* reste cependant toujours possible pour l'associé qui y est «enfermé» (art. 822 al. 2 AP). Pour le surplus, la réglementation est dispositive et laisse aux intéressés la possibilité d'assouplir ou d'aggraver les conditions de sortie (art. 822 al. 1 AP).

#### **226.5 Droit d usufruit et droit de gage** (art. 797a AP)

La constitution d'un droit réel restreint sur les parts sociales n'est actuellement pas réglée dans la loi. Eu égard à la nature personnelle de la Sàrl, il s'impose de mettre sur le même pied la constitution d'un usufruit et le transfert des parts sociales (art. 797a al. 1 AP), d'autant plus que l'usufruitier apparaîtra comme un associé (art. 797a al. 3 AP).

L'avant-projet prévoit au surplus que la constitution d'un droit de gage ne nécessite pas le consentement de la société. Les statuts peuvent cependant prévoir que le consentement de l'assemblée des associés est nécessaire (art. 797a al. 2 AP).

#### **226.6 Suppression de l'obligation annuelle d'annonce** (art. 790 al. 2 CO)

Selon l'actuel art. 790 al. 2 CO, une liste indiquant les noms des associés, les apports et les prestations doit être remise à l'office du registre du commerce au début de chaque année civile. Selon les praticiens consultés, cette exigence administrative est considérée par la pratique comme très désagréable. L'avant-projet propose dès lors de la supprimer. En droit des sociétés coopératives, la loi n'exige la publication des données personnelles que pour les coopérateurs assujettis statutairement à une responsabilité personnelle pour les dettes sociales ou à une obligation d'opérer des versements supplémentaires (art. 833 ch. 5 et 835 al. 4 CO). Les associés dispensés d'une telle obligation, ou auxquels n'incomberaient que des obligations de prestations accessoires ne concernant pas les créanciers sociaux, devraient en conséquence échapper à toute obligation de publication (art. 772 al. 2, 803a AP).

Seule l'obligation faite aux gérants d'annoncer à l'office du registre du commerce le *transfert de part sociale à laquelle est liée une obligation d'opérer des versements supplémentaires* (cf. ci-dessus ch. 226.4) doit être maintenue (art. 794 al. 1 AP). Les tiers de bonne foi pouvant se fonder sur l'inscription des associés (art. 794 al. 3 AP), les associés sortants auront intérêt à être radiés, ce qui leur permettra de ne plus être recherchés en responsabilité ou au titre de l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires. L'art. 794 al. 2 AP du rapport de 1996 prévoyait un délai d'attente de trente jours, au cas où la société omettait de requérir le transfert. Un tel délai pourrait conduire l'associé à devoir supporter, sans pouvoir se protéger, tous les désavantages liés à une décision de la société qui contreviendrait à ses propres intérêts. Au cas où les gérants n'auraient pas requis la radiation, l'avant-projet prévoit que l'associé sortant peut requérir lui-même sa radiation au registre du commerce, en annonçant simultanément l'inscription de l'acquéreur (art. 794 al. 2 AP). L'ordonnance sur le registre du commerce devra également être adaptée à cet effet.

#### **226.7 Modifications concernant le droit de sortie et l'exclusion des associés** (art. 822 CO, art. 822 à 822c AP)

La *structure personnelle* de la Sàrl doit laisser à un associé la possibilité, pour justes motifs, d'ouvrir devant le juge une *action tendant à la sortie* de la société moyennant indemnisation à la valeur réelle (art. 822 al. 2 AP). Il ne s'agit pas de la sortie d'une société de personnes, mais d'un cas exceptionnel d'intervention judiciaire dans la structure d'une société de capitaux. La sortie prononcée par le juge correspond à une réduction de capital à hauteur du montant de la quote-part du demandeur dont l'action a été admise (au cas où la société ne reprend pas la part de l'associé sortant et ceci dans les limites de l'art. 807 AP); il en résulte une action en indemnisation dont les conditions, notamment le montant, sont prévues par la loi. Ces éléments doivent être clarifiés dans le jugement formateur, afin que la structure de la société soit précisée sur tous les points essentiels *après* la sortie de l'associé.

Les statuts doivent aussi pouvoir librement prévoir que chaque associé a *le droit de sortir* de la société à des conditions générales ou particulières (art. 822 al. 1 AP). Enfin, la société doit pouvoir, pour justes motifs, ouvrir devant le juge une action en *exclusion* d'un associé, lorsqu'il est prouvé que le maintien de ce dernier dans la société ne peut plus être exigé (art. 822b AP).



En cas d'exercice par un associé de son droit statutaire de sortie, les statuts détermineront le montant et le mode d'indemnisation (art. 822c al. 1 1<sup>ère</sup> phrase AP). Dans les autres cas de sortie, en cas d'exclusion ou encore en cas d'exclusion prononcée par le juge suite à une action en dissolution (art. 820 al. 1 ch. 4, 2<sup>ème</sup> phrase AP), l'associé sortant sera indemnisé à la *valeur réelle* de sa part sociale (art. 822c al. 1 2<sup>ème</sup> phrase AP). Ce mécanisme pose problème lorsque la société ne dispose pas de moyens suffisants ou si les conditions pour l'acquisition de ses propres parts sociales ne sont pas remplies. Dans ce cas, l'avant-projet prévoit que l'associé sortant ne pourra obtenir le paiement que si un autre associé reprend sa part pour ce montant ou, si cela est possible, conformément aux dispositions sur la réduction du capital social (art. 822c al. 2 AP). Pour la part de sa prétention non réglée, l'associé sortant sera titulaire d'une créance postposée et non porteuse d'intérêts (art. 822c al. 3 AP).

L'avant-projet prévoit en outre la possibilité d'une *sortie conjointe* (art. 822a AP), ceci dans le but d'éviter que l'associé le plus rapide ne soit totalement désintéressé alors que les autres associés désireux de sortir se retrouveraient provisoirement ou même définitivement dans une situation plus défavorable. De cette manière, on réduit aussi l'intérêt à sortir de la société lorsque celle-ci est en difficulté.

L'avant-projet règle également les conséquences de la sortie sur l'obligation statutaire d'effectuer des *versements supplémentaires* (art. 803a AP). Pour les cas d'exclusion statutaire, les statuts peuvent s'écarter de la règle sur l'indemnisation à valeur réelle (art. 822c al. 1 2<sup>ème</sup> phrase AP). En cas de sortie pour justes motifs, d'exclusion ou de sortie suite à une action en dissolution, l'indemnisation à la valeur réelle est de droit impératif.

## **226.8 Protection de la société contre les conséquences de la faillite d un associé** (art. 793 s CO, art. 792 AP)

Le droit de la Srl de 1936 prévoit que l'administration de la faillite peut exiger la *dissolution de la société* lorsqu'un *associé* tombe en faillite. Le même droit appartient au créancier d'un associé qui a fait saisir sa part (art. 793 al. 1 CO). Même si l'art. 794 CO prévoit une réglementation pour empêcher la dissolution, cette disposition fait néanmoins dépendre l'existence de la société du destin financier d'un de ses membres.

En pratique, cette disposition est restée lettre morte. Elle est d'ailleurs contraire au système qui prévaut pour les sociétés de capitaux; on ne voit pas pourquoi les créanciers pourraient s'en prendre à la substance de la société contre la volonté de la majorité des associés alors que ceux-ci ne le pourraient pas.

De par la suppression de la responsabilité solidaire subsidiaire de l'associé jusqu'à concurrence du montant du capital social (cf. 225.4), il se produit une séparation plus nette entre le patrimoine de l'associé et celui de la société. Pour trouver une solution dans les cas de faillite d'un associé qui ne mette pas en péril l'existence de la société tout en tenant compte des besoins particuliers d'une société de capitaux à caractère personnel, il faut respecter les *principes* suivants:

1. Introduction du principe *inverse*, c'est-à-dire que la faillite d'un associé ne donne *pas* le droit à l'administration de la faillite ou à un créancier d'exiger la dissolution de la société (cf. art. 571 al. 2 et 615 al. 2 CO).
2. *Vente aux enchères*, par l'administration de la faillite ou l'office des poursuites, de la part sociale de l'associé failli.
3. L'*adjudicataire* entre dans la société avec tous les droits et obligations d'un associé entrant.

4. La société elle-même ou, moyennant consentement de l'assemblée des associés, un associé ou encore un tiers entrant dans la société peuvent racheter les parts sociales à leur *valeur réelle*.

L'avant-projet prévoit dès lors que l'adjudicataire est placé, suite à la réalisation forcée, dans la position d'un associé de plein droit, disposant de l'ensemble des droits et obligations sociaux; la société a cependant, dans un délai de 6 mois dès la vente des parts, le droit de les reprendre à leur valeur réelle, pour son propre compte ou pour le compte de son nommable (art. 792 al. 1 et 2 AP). L'assemblée des associés peut ainsi autoriser une ou plusieurs personnes à exercer ce droit de reprise directement contre l'adjudicataire ou à reprendre la part qu'elle a rachetée.

Cette réglementation permet de *tenir compte des intérêts divergents*. D'une part, les associés ont l'assurance que la société continuera, même en cas de faillite de l'un d'eux, en pouvant choisir entre l'admission dans la société d'un tiers quelconque et la reprise à leur valeur réelle des parts en question. D'autre part, les créanciers de l'associé peuvent obtenir ce que leur débiteur leur avait effectivement concédé comme élément patrimonial: une participation non fongible dans une société de capital à caractère personnel et donc un bien patrimonial, qui ne se prête pas bien à la réalisation par des tiers.

Savoir si la société peut reprendre elle-même les parts sociales, au cas où un ou plusieurs associés ne pourraient financer la reprise, cela dépend des règles sur le *rachat par la société de ses propres parts* (art. 807 AP et ci-dessus ch. 225.6). De même, un associé reprenant sera soumis aux dispositions générales sur la reprise et notamment à l'exigence de l'assentiment de l'assemblée des associés. Dès lors, l'avant-projet prévoit, au contraire du droit actuel (art. 794 al. 1 ch. 3 CO), qu'une décision de cette nature peut être adoptée à la majorité absolue des voix représentées.

## **226.9 Admissibilité des bons de jouissance (art. 774a AP)**

Le droit actuel de la Sàrl ne connaît pas le bon de jouissance. Or, précisément pour une société de capitaux à caractère personnel, le bon de jouissance peut être un instrument utile, par exemple pour rémunérer ceux qui ont investi dans la société.

L'avant-projet prévoit dès lors que les dispositions du droit des sociétés anonymes seront applicables par analogie (art. 774a AP).

Comme dans la SA, les bons de jouissance ne pourront être émis dans des buts de financement. Le caractère fortement personnel de la Sàrl est incompatible avec la possibilité de se financer sur le marché des capitaux ou par l'émission de titres fongibles. Il n'y a donc aucun intérêt légitime à permettre l'émission de bons de participation et l'avant-projet y renonce.

## **23 Droits et obligations des associés**

### **231 Amélioration de la situation des associés minoritaires**

Sur de nombreux points, l'avant-projet de révision améliore nettement la position des associés minoritaires. Il s'agit en particuliers des suivants :

1. Abandon de la *responsabilité solidaire* subsidiaire jusqu'à concurrence du montant du capital social, *disproportionnée* pour les associés disposant d'une faible participation (art. 778 AP avec renvoi aux art. 628, 634 à 635a CO, cf. ci-dessus ch. 225.4);
2. *Assouplissement de l'aliénabilité des parts sociales* (par l'abandon des exigences de la modification des statuts; par l'acquisition facilitée de parts sociales propres par la

société, art. 791 ss AP, cf. ci-dessus ch. 225.6; par une réglementation plus souple des restrictions à la transmissibilité, cf. ci-dessus ch. 226.4);

3. Amélioration de la protection contre les *soustractions de bénéfice injustifiées* de la part des associés majoritaires ou des gérants choisis par eux (art. 806 AP avec renvoi à l'art. 678 CO; cf. ci-dessus ch. 225.4);
4. Meilleure réglementation *de l'obligation d'opérer des versements supplémentaires* et prohibition du remboursement anticipé du capital (cf. ci-dessus ch. 238);
5. *Postposition légale* des prêts accordés par un associé à la société au titre de capital propre (art. 807c AP et cf. ci-dessus ch. 225.9);
6. Réglementation différenciée concernant *l'obligation de fidélité* des associés (art. 807a AP et cf. ci-dessus ch. 237) et des gérants (art. 812b AP; cf. ci-dessus ch. 242.3) ;
7. Amélioration des *droits aux renseignements et à la consultation* en tant que droits individuels des associés (art. 807b AP et cf. ci-dessus ch. 234);
8. Renforcement du *droit de chaque associé de faire des propositions* et de celui de la *minorité de faire inscrire un objet à l'ordre du jour* (art. 809 al. 3 AP avec renvoi à l'art. 699 al. 3 CO et cf. ci-dessus ch. 241.2);
9. Protection des associés minoritaires contre les surprises par l'obligation de *mentionner* dans la *convocation* à l'assemblée les *propositions* de décisions (art. 809 al. 3 AP avec renvoi à l'art. 700 al. 2 CO et cf. ci-dessus ch. 241.2);
10. *Inapplicabilité des privilèges de vote* à certaines décisions (art. 810 al. 3 et 810b al. 1 AP et cf. ci-dessus ch. 241.3);
11. Liste des *décisions importantes* pour lesquelles une majorité qualifiée est exigée (art. 810c AP et cf. ci-dessus ch. 241.3);
12. Réglementation plus claire du *droit de sortie* (jonction de sorties, prétention à être indemnisé à la valeur réelle, mise en œuvre de ce droit art. 822 à 822c AP et cf. ci-dessus ch. 226.7).

On peut se demander si, dans le cadre des droits de convocation et d'introduction d'un objet à l'ordre du jour, il faudrait, suivant l'exemple du droit allemand de la Sàrl, instaurer un «droit d'autodéfense des minorités», comme étape préalable ou alternative au recours au juge. L'introduction d'une telle disposition a été envisagée, mais rejetée en raison des problèmes posés par des demandes concurrentes et du souci de maintenir une unité entre les règles du droit des SA et celles de la Sàrl.

A chaque fois que de nouvelles règles sont proposées, on tient compte de la protection des minorités. Ainsi, la disparition de l'exigence d'unanimité en cas d'augmentation du capital social est remplacée par une protection sévère des droits préférentiels de souscription.

## 232 Tenue des comptes annuels (art. 805 CO, art. 805 AP)

Les *exigences* concernant la tenue des comptes annuels sont dictées par des impératifs économiques, en particulier par la taille de l'entreprise, non par la forme juridique de la société. La suppression du capital social maximum dans la Sàrl soulignera encore ce dernier point. Sociétés anonymes, sociétés à responsabilité limitée et sociétés coopératives se distinguent par des différences qualitatives dans la structure et l'organisation du *titulaire de l'entreprise*. Le droit comptable doit par contre être réglé indépendamment des formes juridiques utilisées. L'avant-projet veut le garantir pour le droit des SA et de la

Sàrl. Il prévoit donc à son art. 805, pour la tenue des comptes annuels, de reprendre les dispositions correspondantes du droit des sociétés anonymes<sup>6</sup>.

De même, *l'obligation de consolider les comptes* est indépendante de la forme de société choisie. Les motifs qui ont poussé à l'introduction des comptes de groupe pour la SA (cf. *Message du Conseil fédéral du 23 février 1983 [FF 1983 II 757] concernant la révision du droit des sociétés anonymes*), plaident également pour une obligation des groupes de Sàrl d'une taille comparable, de consolider leurs comptes. Le renvoi exprès de l'art. 805 de l'avant-projet exprime clairement que toutes les dispositions concernant la tenue des comptes de la SA sont applicables à la Sàrl. En particulier, les art. 663e à 663g CO s'appliquent aux groupes de Sàrl.

Comme les cas *d'émission d'emprunts par obligation* par une Sàrl seront très rares et que les parts sociales ne peuvent de toute façon pas être cotées en *bourse*, les cas où un groupe de Sàrl sera obligé d'établir des comptes consolidés se réduiront à ceux où un associé l'exige ou ceux où le chiffre d'affaire dépasse 20 millions et le total du bilan 10 millions de francs. Les petites Sàrl seront par conséquent en principe libérées du devoir de consolidation, même si elles ont la position de société mère au sein d'un petit groupe<sup>7</sup>.

### 233 Répartition des bénéfices aux associés (art. 804 CO, art. 804 AP)

La doctrine allemande rend attentif au fait que le droit de la Sàrl, en raison des usages en vigueur au 19<sup>ème</sup> siècle, contient toujours une prétention de l'associé à une *distribution totale* du bénéfice résultant du bilan (après les affectations légales aux réserves). L'art. 804 CO peut également se comprendre de cette manière, même si la pratique fait en général comme si l'art. 674 CO s'appliquait aussi à la Sàrl. Il faut donc adapter sur ce point la loi à la réalité.

L'avant-projet prévoit ainsi la reprise des règles du droit des sociétés anonymes<sup>8</sup> et, par ce biais, la possibilité pour l'assemblée des associés de décider la constitution de réserves.

### 234 Droit aux renseignements et à la consultation des associés (art. 819 CO, art. 790 al. 3 et art. 807b AP)

#### 234.1 Le concept de 1936 et ses faiblesses

Il est incontesté que le *droit aux renseignements et à la consultation* des associés, tel qu'il est prévu dans la réglementation de 1936 (art. 819 CO), est insuffisant. Trois des idées admises à l'époque ne peuvent plus convaincre aujourd'hui :

1. Le droit de la Sàrl de 1936 se fonde sur l'idée que le «*contrôle*» (au sens de la vérification des comptes annuels et du rapport annuel d'une part, du droit aux renseignements et du droit à la consultation d'autre part) se situe, méthodiquement parlant, au même niveau que la «*révision*» (contrôle des comptes de clôture). On sait aujourd'hui

<sup>6</sup> L'avant-projet de LECCA prévoit en principe des règles uniformes pour la tenue des comptes pour toutes les entités soumises à l'obligation d'établir des comptes et distingue en fonction de la taille, de la nature de l'activité et de la forme juridique.

<sup>7</sup> L'avant-projet de LECCA prévoit une obligation de consolider les comptes pour toutes les sociétés mères revêtant la forme juridique d'une personne morale. Au contraire du droit actuel, les petits groupes ne sont pas exclus de l'obligation de consolider les comptes. La nouvelle condition posée à l'obligation de consolider les comptes est le contrôle (art. 38 ss AP LECCA; cf. rapport explicatif LECCA p. 144 ss).

<sup>8</sup> L'avant-projet de LECCA prévoit une révision des dispositions du droit des sociétés anonymes relatives aux réserves (art. 72 AP LECCA, art. 671 ss CO; cf. rapport explicatif LECCA, p. 167 ss).

qu'il s'agit cependant de deux choses différentes: dans le premier cas, il s'agit de l'amélioration de l'information de l'associé à propos des affaires de la société, alors que dans le second, on a affaire à un contrôle a posteriori de la régularité de la tenue de la comptabilité et des comptes annuels par un contrôleur extérieur à la société. A l'avenir, il convient de séparer clairement ces deux éléments.

2. Le droit à l'information des associés non gérants par renvoi au droit de contrôle qui prévaut dans la société simple est difficilement compréhensible pour un non juriste (art. 541 CO). Matériellement, ces droits à l'information sont en tous les cas insuffisants pour la Sàrl. Dans la société simple, l'associé non gérant n'a que le droit de:
  - s'informer personnellement de la *marche des affaires de la société*;
  - consulter les *livres* et les *papiers* de la société;
  - dresser pour son usage personnel, un état sommaire de *la situation financière* de la société.

Il n'a donc même pas la possibilité, qui est accordée au commanditaire, d'exiger un extrait du compte de pertes et profits et du bilan et de faire vérifier leur exactitude par un tiers qualifié ou de demander au juge la nomination de cet expert en cas de litige (art. 600 al. 3 CO).

3. Enfin, la question des droits de contrôle des *associés gérants entre eux* n'est pas clairement réglée. Contrairement aux apparences, cette question peut revêtir une grande importance pratique, lorsqu'un associé gérant agit de plus en plus de sa propre autorité, cachant à ses collègues son domaine d'activités.

L'option prise en 1936 de restreindre, en présence d'un organe de révision, les droits d'information et de consultation de tous les associés aux seuls droits d'un *actionnaire dans une assemblée générale* n'est pas satisfaisante. L'associé d'une Sàrl ne peut se contenter d'un droit *annuel* à la consultation et aux renseignements, vu l'organisation peu structurée, fortement personnalisée et les liens étroits entre les associés qui prévalent dans ce type de société. De même, au vu de l'obligation de fidélité à laquelle sont soumis les associés, les secrets d'affaires et autres intérêts dignes de protection de la société (art. 697 al. 2 CO) ne peuvent pas constituer dans la même mesure un motif de refuser purement et simplement une consultation ou des renseignements. L'avant-projet propose de s'écarter sur ce point de la réglementation du droit des sociétés anonymes.

### 234.2 Réglementation proposée

Selon les conceptions actuelles, une *révision* par un *tiers indépendant* s'imposant aussi pour la Sàrl (cf. ci-dessous ch. 243), il y a lieu d'abandonner toute alternative entre les droits à la consultation et aux renseignements et l'examen des comptes de fin d'année<sup>9</sup>. Il faut aussi garantir dans la même mesure à tous les associés – qu'ils soient gérants ou non – un droit objectivement étendu de s'informer et de consulter les documents de la société.

La nouvelle formulation de l'art. 715a CO de 1991 sur *le droit aux renseignements et à la consultation du conseil d'administration* de la SA constitue un bon modèle. Un rapide

---

<sup>9</sup> L'avant-projet de LECCA prévoit à son art. 43 deux variantes quant à l'obligation de révision. Variante I: libération de toutes les petites Sàrl de l'obligation de révision (bilan inférieur à 4 millions de francs, chiffre d'affaires inférieur à 8 millions de francs, nombre de collaborateurs inférieur à 50). Variante II: obligation de révision pour toutes les Sàrl. En droit révisé de la Sàrl, il est inconcevable de renoncer à l'obligation de révision des comptes annuels, aux yeux des experts du groupe de travail (cf. ci-dessous ch. 243.1).

coup d'œil sur les droits des pays qui nous entourent montre que la réglementation est semblable, en Allemagne par exemple. Le § 51a GmbHG, introduit par la loi fédérale du 4 juillet 1980 (BGBl 1980 I 836) a la teneur suivante:

*«(1) Les gérants doivent donner à chaque associé, sur demande et sans délai, des renseignements sur les affaires de la société et leur donner accès aux livres et aux écritures.*

*(2) Les gérants peuvent refuser les renseignements et la consultation lorsqu'il y a lieu de craindre que l'associé les utilisera à des fins étrangères à la société et que, par là, la société ou une entreprise qui lui est liée subira un dommage non négligeable. Le refus doit être l'objet d'une décision des associés.*

*(3) On ne peut pas s'écarter de ces dispositions dans le contrat de société.»*

Sur la base de ces deux modèles (art. 715a CO et § 51a GmbHG 1980) le droit aux renseignements et à la consultation des associés d'une Sàrl aménagé par l'avant-projet (art. 807b AP) obéit aux principes suivants:

1. Chaque associé doit pouvoir obtenir des gérants des renseignements sur la marche des affaires de la société et, dans la mesure où il rend vraisemblable un intérêt légitime, exiger la présentation des livres et dossiers. La nouvelle réglementation garantit ainsi que ce droit à l'information puisse être exercé sur l'ensemble des activités de l'entreprise. Le droit à l'information est ainsi indépendant de l'activité du réviseur (désormais imposé par la loi: art. 819 AP).
2. Les associés, contrairement aux actionnaires, peuvent en principe exercer ce droit en tout temps et non pas seulement lors de l'assemblée des associés. La différenciation qu'opère le droit des SA entre l'information donnée «pendant les séances» et «en-dehors des séances» ne se justifie pas pour la Sàrl (art. 715a al. 2 et 3 CO).
3. Il appartient aux gérants de la société de déterminer, dans le cadre de leur pouvoir d'appréciation, les modalités des renseignements et de la garantie de la consultation. Ils peuvent convoquer à brève échéance une assemblée des associés pour donner les informations nécessaires, les donner directement par écrit ou donner la possibilité à l'associé, dans un délai approprié, de consulter les pièces ou de poser des questions aux personnes tenues de le renseigner au siège de la société.
4. S'il existe un risque que l'associé utilise les informations obtenues à des fins étrangères à la société et à son préjudice, les gérants peuvent alors refuser de le renseigner. Cette réserve est indispensable et on la retrouve d'ailleurs également dans les droits des pays voisins. Le refus de renseigner ne pourra ainsi pas être fondé sur la seule protection des secrets d'affaires.
5. En cas de refus des gérants, la décision définitive appartient à l'assemblée des associés, sur demande de l'associé lésé. Sur le plan interne, cette dernière tranche définitivement. Si elle refuse le droit aux renseignements ou à la consultation, le recours au juge reste néanmoins possible, ce qui n'est pas clairement exprimé en droit actuel.

Le groupe de travail Sàrl ne considère pas qu'il soit nécessaire de régler en détail dans la loi ces étapes, qui participent du fonctionnement régulier d'une société de capitaux. Dans la nouvelle disposition sur le droit aux renseignements et à la consultation, il n'est pas mentionné expressément que son exercice est limité, matériellement et formellement, par les principes généraux du droit. Ces principes généralement reconnus imposent à l'associé de faire usage de son droit de la façon *qui protège le plus possible les intérêts de la société*, de n'en faire usage que dans la mesure où il se borne à *exercer ses droits d'associé* et de ne

pas s'en servir pour atteindre des buts étrangers à la société ou pour en *abuser* de toute autre manière

Il y a encore lieu d'ajouter que le nouvel art. 790 al. 3 AP donne le droit à chaque associé de consulter le registre des parts sociales. Elle tient également compte de l'art. 781 ch. 5 AP, selon lequel seuls seront inscrits au registre du commerce les associés tenus à une obligation de versements supplémentaires.

### **235 Protection du droit de souscription préférentiel des associés minoritaires (art. 787 CO, art. 787 AP)**

La formulation actuelle du *droit préférentiel de souscription* des associés que l'on trouve à l'art. 787 CO est celle de l'ancien droit des SA. Il ressort clairement des discussions relatives au droit des sociétés qui ont eu lieu depuis lors que les associés minoritaires ont besoin d'une protection particulière de leur droit de souscription, *spécialement* dans le cas d'une *société fermée au public*. Comme déjà mentionné, il n'est pas sûr que la jurisprudence créatrice du Tribunal fédéral des années 70 instaurant pour la SA, sans base légale explicite, le principe de la «fairness» soit applicable à la Sàrl. Il est dès lors indispensable de protéger dans la loi les droits de souscription des associés minoritaires d'une Sàrl au moins aussi bien que ceux des actionnaires d'une SA. Une telle protection s'impose d'autant plus qu'à l'avenir – selon la proposition du groupe de travail Sàrl – le droit de veto légal de chaque associé en cas d'augmentation de capital doit disparaître (cf. art. 810c al. 1 ch. 4 AP) et, avec lui, la possibilité de s'opposer à la suppression du droit de souscription.

La réglementation du *droit des SA* révisée sur le droit de souscription préférentiel s'est avérée *judicieuse* pour l'essentiel. Il y a lieu de la reprendre, avec les adaptations nécessaires. Ainsi, la suppression du droit préférentiel de souscription ne peut être décidée par l'assemblée des associés que pour de justes motifs et non par les statuts (art. 787 al. 2 1<sup>ère</sup> phrase AP). Cela constitue un renforcement substantiel de la protection des minorités dans la Sàrl, sans pour autant diminuer la capacité de fonctionner de cette forme particulière de société.

Sont en particulier de justes motifs la reprise de parts d'entreprises ou de participations (art. 787 al. 2 2<sup>ème</sup> phrase AP). L'énumération pourrait être éventuellement complétée par *d'autres exemples typiques* de justes motifs, notamment, pour la Sàrl, lorsque l'exclusion du droit préférentiel de souscription de l'associé doit être considérée comme un «juste motif». Comme la *participation des travailleurs* au sens où on l'entend dans la SA devrait être exceptionnelle dans une Sàrl, on a renoncé à la mentionner.

Les problèmes spécifiques qui se posent pour la SA en relation avec l'augmentation de capital autorisée ou conditionnelle ne concernent pas la Sàrl, qui ne connaît pas ces institutions.

### **236 Privilèges statutaires (art. 777 ch. 2, art. 808 al. 2 ch. 2 AP)**

La version révisée du droit de la Sàrl doit permettre, comme auparavant, d'adopter *dans les statuts des règles supplémentaires*, tenant compte des exigences de chaque société et de ses besoins de caractère personnel. En font partie, par exemple:

#### **236.1 Privilèges, droit d'emption et de préemption (art. 803c AP)**

Les statuts peuvent prévoir des privilèges ainsi que des droits d'emption et de préemption à titre de véritables obligations de nature sociale. Celles-ci font partie, en bonne doctrine, des obligations accessoires (art. 803c AP), qui trouvent leur fondement juridique dans la sou-

mission de l'associé aux obligations statutaires contractées lors de la fondation ou de l'acquisition des parts sociales.

### **236.2 Parts sociales à droit de vote privilégié (art. 810 al. 2 AP)**

Comme pour la SA, les statuts peuvent fixer le droit de vote selon le nombre des parts sociales appartenant à chaque associé, indépendamment de leur valeur nominale, de telle manière qu'à chaque part corresponde une voix (art. 810 al. 2 1<sup>ère</sup> phrase AP). Cependant, comme pour le droit des sociétés anonymes, ce privilège est limité par un ratio de un à dix calculé sur les valeurs nominales (art. 810 al. 2 2<sup>ème</sup> phrase AP).

### **236.3 Droits de veto (art. 777 ch. 5 AP)**

Les statuts peuvent accorder à certaines catégories de parts sociales, comme à certains associés, un *droit de veto* contre certaines décisions de l'assemblée des associés. Le droit de la Sàrl offre ainsi, pour les joint ventures ainsi que d'autres types de besoins, un support juridique flexible. C'est l'affaire des rédacteurs des statuts de trouver les solutions idoines aux situations de «patt» pouvant résulter d'un droit de veto. L'action en dissolution pour justes motifs subsiste, qui permet au juge d'adopter aussi, à la place de la dissolution, une autre solution adaptée aux circonstances (art. 820 al. 4 AP). Une situation de «patt» non résolue pourra donc être éclaircie dans le cadre de cette procédure.

### **236.4 Droit de vote prépondérant (art. 777 ch. 5 AP)**

Les statuts peuvent attribuer à un associé déterminé ou déterminable (p. ex. au président) un *droit de vote prépondérant* en cas d'égalité de voix dans une assemblée des associés.

### **237 Devoir de fidélité et prohibition de faire concurrence à charge des associés (art. 818 CO, art. 807a AP)**

*L'organisation fortement axée sur la personnalité des associés* de la Sàrl exige que les associés soient soumis à un *devoir de fidélité*. Si le droit actuel de la Sàrl ne mentionne pas ce devoir comme tel, l'art. 818 CO règle sa conséquence la plus importante, la prohibition de faire concurrence. Pour éviter tout malentendu, le devoir de fidélité doit être introduit expressément dans le droit de la Sàrl (art. 807a AP).

Le devoir de fidélité va plus loin que l'obligation générale de bonne foi, qui est l'obligation de s'abstenir de l'exercice arbitraire, ou non exigé par l'intérêt de la société, d'une prérogative et l'obligation d'exercer ses droits en ménageant les intérêts de cette dernière. Le devoir de fidélité oblige spécifiquement l'associé à ne pas mener pour son compte particulier des affaires qui pourraient menacer le but de la société aussi longtemps que tous les autres associés n'ont pas donné leur consentement par écrit. Il s'agit donc de reprendre la règle générale posée à l'art. 536 CO pour la société simple.

Cette obligation de fidélité concerne *tous* les associés, qu'ils soient ou non chargés de la gestion de la société. En revanche, *la prohibition qualifiée de faire concurrence* ne vise que les associés *gérants* (et eux seuls selon la règle dispositive prévue), ce qui est une conséquence de leur qualité d'organe de la personne morale. Ceci est réglé à l'art. 807a al. 3 de l'avant-projet.

En large concordance avec le droit actuel, un *associé gérant* ne peut, sans l'assentiment de l'assemblée des associés, faire des opérations dans la branche d'activités de la société ni pour son propre compte, ni pour le compte d'autrui, ni prendre part à une entreprise comme associé indéfiniment responsable, commanditaire ou titulaire de parts pour plus de



10%. Les statuts peuvent étendre cette interdiction aux associés non gérants (art. 807 al. 3 AP).

## **238 Obligation d opérer des versements supplémentaires** (art. 803 CO, art. 803 à 803c AP)

### **238.1 Faiblesse du droit actuel**

*L obligation d opérer des versements supplémentaires* (art. 803 CO) va prendre de l'importance avec la révision du droit de la Sàrl, du fait que la libération partielle du capital social n'est plus possible. Les sociétés qui désirent instaurer pour leurs associés une obligation de paiement supplémentaire devront recourir à ce procédé.

La réglementation de 1936 comporte des faiblesses :

1. L'ampleur de l'obligation d'opérer des versements supplémentaires peut être fixée dans les statuts à *n importe quelle hauteur*, par exemple à 25 fois le capital social. Ce système met fortement en péril le besoin de protection des acquéreurs postérieurs de parts sociales; mais les fondateurs peuvent aussi se trouver exposés à une obligation de payer de manière inattendue des montants élevés et exigibles, ce que l'on ne trouve qu'en droit du cautionnement sans en avoir ici les cautions.
2. La loi ne dit pas clairement dans quelle mesure il existe une responsabilité *solidaire* ou une *responsabilité pour les pertes* d'un associé, pour l'obligation d'opérer des versements supplémentaires d'un autre associé, ni si les versements supplémentaires peuvent être *restitués* aux associés s'ils se révèlent par la suite inutiles.
3. Troisième imperfection de la réglementation actuelle, *la compétence pour exiger les versements supplémentaires* est confiée à l'assemblée des associés (art. 810 al. 1 ch. 7 CO). Le fait d'exiger les versements supplémentaires est toutefois une mesure visant à éviter le manque de liquidités et la faillite.
4. La limitation de l'obligation d'opérer des versements supplémentaires aux cas de *perte en capital* semble être par trop restrictive.
5. La loi ne dit pas ce qui doit se produire quand un associé débiteur de l'obligation *sort* de la société et que celle-ci tombe en faillite peu de temps après.
6. Le droit actuel ne limite pas la *restitution* des versements supplémentaires une fois ceux-ci opérés.

### **238.2 Proposition de solutions**

L'avant-projet propose dès lors la nouvelle réglementation suivante :

1. Pour éviter la fixation à un montant quelconque des versements supplémentaires, l'avant-projet prévoit, à son art. 803 al. 3, que ce montant soit fixé dans les statuts par référence aux parts sociales et qu'il ne puisse dépasser le double de la valeur nominale de la part sociale.
2. Afin d'exclure toute responsabilité solidaire pour les versements supplémentaires, l'avant-projet prévoit de manière explicite que chaque associé ne répond que des montants afférents à sa part sociale (art. 803 al. 4 AP).
3. Le recours à des versements supplémentaires apparaissant comme une mesure de gestion (cf. art. 634a al. 1 CO relatif à la libération partielle dans la SA), il convient de laisser cette compétence aux gérants (art. 803 al. 5 AP).

4. Les possibilités de recourir à des versements supplémentaires sont élargies. Ils pourront être exigés dans des cas où les statuts ont prévu un besoin de capital propre (art. 803 al. 1 ch. 2 AP)<sup>10</sup>.
5. Pour éviter qu'un associé ne se soustraie par sa sortie à l'obligation de versements supplémentaires, mais aussi pour assurer la protection des créanciers (ce qui rend la règle applicable en cas de sortie par suite d'exclusion), l'art. 803a de l'avant-projet prévoit que l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires est maintenue si la société tombe en faillite dans les deux ans qui suivent l'inscription de la sortie de l'associé au registre du commerce. Ce délai a été choisi par analogie avec le délai de deux ans de l'art. 181 al. 2 CO. Le versement supplémentaire ne peut cependant dépasser en importance celle qu'il aurait eue au moment de la sortie de l'associé; de plus, il ne peut être demandé à l'associé que s'il n'a pas été opéré par un successeur.

Comme cela résulte déjà de la systématique de l'avant-projet, on a en revanche renoncé à prévoir le maintien des *prestations accessoires*. Alors que l'obligation de versements supplémentaires intéresse au premier chef les créanciers comme moyen de maintien du capital social, l'obligation de prestations accessoires concerne uniquement les rapports entre associés.

6. En ce qui concerne le remboursement des versements effectués, on peut se rapporter au droit allemand, selon lequel le remboursement ne peut avoir lieu en tout ou partie au plus tôt seulement lors du troisième exercice annuel suivant le versement, et uniquement si le montant en question peut être distrait du capital propre librement disponible (art. 803b AP).

Le lien entre l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires, en cas de perte en capital, et la postposition en cas de surendettement, peut être précisé de la manière suivante:

- La postposition ne fournit comme telle pas de nouveaux moyens; qu'elle émane d'un acte juridique ou qu'elle soit la conséquence légale d'un prêt en remplacement du capital (art. 807c AP), elle a toujours pour effet d'éviter l'annonce obligatoire au juge en cas de surendettement, si le montant concerné est suffisant et que les autres conditions sont remplies;
- L'exécution de versements supplémentaires apporte de nouveaux moyens à la société et permet d'améliorer le ratio entre fonds propres et fonds étrangers. Dans la période située entre le moment où la société est en bonne santé et celui où elle est surendettée, ils doivent être exigés bien avant ce dernier instant : dès le début de la perte en capital, c'est-à-dire dès qu'en raison de pertes au bilan, le capital et les réserves légales ne sont plus couverts par des actifs correctement évalués.

L'obligation statutaire d'effectuer des versements supplémentaires va aussi bien au-delà de la possibilité de postposer des créances, puisqu'elle intervient plus tôt et apporte de nouveaux moyens à la société. En cas de faillite, les versements non encore effectués deviennent exigibles (art. 803 al. 2 AP). L'obligation d'effectuer des versements supplémentaires a, du point de vue des créanciers, les mêmes effets qu'une responsabilité personnelle restreinte.

---

<sup>10</sup> L'avant-projet de LECCA règle aussi, c'est une nouveauté, la procédure à suivre en cas d'insolvabilité sans surendettement à ses art. 62 ss. (cf. rapport explicatif LECCA p. 161 ss).

## 24 Organisation de la société

### 241 Assemblée des associés

#### 241.1 Répartition des compétences entre l'assemblée des associés et les gérants (art. 810 ss CO, art. 808, 811 al. 3 et 812a AP)

La *répartition des compétences* entre l'assemblée des associés et les gérants est réglée de manière insuffisante aux art. 808 et 811 CO.

##### 241.11 Attributions inaliénables et exclusives des gérants

Comme c'est le cas du conseil d'administration dans la société anonyme ou des associés gérants d'une société en nom collectif ou en commandite, les gérants d'une Sàrl doivent avoir un domaine dans lequel leur compétence est *exclusive*. Bien que l'assemblée des associés soit largement impliquée dans la direction des affaires et puisse souvent y être associée, en raison de la nature personnelle de la Sàrl, elle n'est toutefois pas apte à assumer les tâches exécutives pour lesquelles elle n'est ni compétente, ni responsable.

L'avant-projet propose dès lors de reprendre à son art. 812a une réglementation qui correspond pour l'essentiel à celle de l'art. 716a CO concernant le conseil d'administration de la SA; il s'en distancie naturellement quant aux possibilités d'influence offertes à l'assemblée générale (art. 808 al. 2 ch. 1 AP; cf. aussi ci-dessous ch. 241.12).

##### 241.12 Attributions de l'assemblée des associés

Les attributions inaliénables de *l'assemblée des associés* correspondent sur plusieurs points à celles de l'assemblée générale de la société anonyme (cf. art. 808 al. 1 ch. 1 à 6, 10 et 11 AP). Cependant, certaines d'entre elles sont spécifiques à la Sàrl, telles que l'agrément au transfert des parts sociales (art. 808 al. 1 ch. 7 AP) ou la demande d'exclusion par le juge (art. 808 al. 1 ch. 8 AP). Il faut noter en particulier que, contrairement au droit des SA, l'acquisition de ses propres parts sociales par la Sàrl exige impérativement l'accord (préalable) ou l'approbation (subséquente) de l'assemblée des associés (art. 808 al. 1 ch. 9 AP).

L'approbation des actes des gérants que les statuts soumettent à l'assentiment de l'assemblée des associés (art. 808 al. 2 ch. 1 AP), les décisions concernant l'exercice des droits de préférence, de préemption et d'emption (art. 808 al. 2 ch. 2 AP), le consentement à la constitution d'un droit de gage sur les parts sociales (art. 808 al. 2 ch. 3 AP), l'adoption d'un règlement relatif aux prestations accessoires (art. 808 al. 2 ch. 4 AP), l'accord sur les activités d'un associé pouvant entrer en conflit ou porter préjudice au but de la société (art. 808 al. 2 ch. 5 AP; cf. art. 807a al. 2 2<sup>ème</sup> phrase AP) ainsi que les décisions sur les demandes d'exclusion d'un associé, sur la base des dispositions statutaires (art. 808 al. 2 ch. 6 AP), entrent aussi obligatoirement dans les compétences de l'assemblée (si les statuts prévoient les questions visées).

La compétence de nommer les directeurs, fondés de procuration et mandataires commerciaux peut être transférée aux gérants (art. 808 al. 3 AP).

La compétence de recouvrer les versements supplémentaires, s'ils sont prévus dans les statuts (jusqu'ici à l'art. 810 al. 1 ch. 7 CO), est laissée, comme déjà dit, aux gérants, mieux à même de remplir cette charge (art. 803 al. 5 AP), par analogie avec la réglementation du droit des sociétés anonymes en cas de libération partielle des actions (art. 634a al. 1 CO).

La proposition de droit révisé de la Sàrl diverge cependant du droit des SA sur un point essentiel: aux termes de l'article 716a al. 1 CO, les compétences du conseil d'administration mentionnées ne sont pas seulement intransmissibles mais également inaliénables. Il en découle – selon la doctrine dominante – que l'assemblée générale n'a aucune possibilité de prendre influence dans ce domaine, quand bien même il s'agit de questions de principe.

Cette répartition rigide des forces ne semble pas appropriée pour la Sàrl, dont le caractère personnel est fortement marqué. Au contraire du droit des SA, l'art. 812a al. 2 AP prévoit que les statuts peuvent réserver à l'assemblée des associés l'approbation de décisions de gestion d'une importance particulière.

Les affaires d'une importance particulière peuvent aussi être soumises par les gérants à l'approbation de l'assemblée des associés, volontairement et sans base statutaire (art. 812a al. 2 AP); il s'agit d'une autre divergence par rapport au droit des SA. L'avant-projet fait référence à cette possibilité à son art. 808 al. 1 ch. 11. Aux yeux de la doctrine dominante, aucune possibilité de ce genre n'est offerte en droit des SA, ou éventuellement à titre purement consultatif seulement.

### **241.2 Formalités de l'assemblée des associés (art. 809 CO, art. 809 AP)**

Le délai de cinq jours pour la convocation de l'assemblée des associés (art. 809 al. 4 CO) est prolongé à dix jours, la société pouvant statutairement le ramener à cinq jours mais aussi le prolonger (art. 809 al. 2 AP). Au surplus, l'avant-projet renonce à prévoir une réglementation spécifique; l'art. 809 al. 3 AP renvoie aux dispositions du droit des SA en ce qui concerne la convocation, l'objet des délibérations, les requêtes, l'assemblée universelle, les procès-verbaux, ainsi que pour le droit d'un associé de demander la convocation d'une assemblée et d'y faire des propositions.

Il en résulte en particulier que les propositions des gérants et des associés qui ont demandé la convocation de l'assemblée ou l'inscription d'un objet à l'ordre du jour doivent être mentionnées dans la convocation (cf. art. 700 al. 2 CO).

### **241.3 Majorités (art. 808 al. 3 CO, art. 810c et 810d AP)**

Les exigences de majorités fixées par le droit de 1936 doivent être révisées. La nouvelle réglementation correspond dans ses principes à celle du droit des SA. Ainsi, l'assemblée des associés prend en règle générale ses décisions et procède aux élections à la majorité absolue des voix représentées, ce dont il résulte, pour une série de cas, un vote à la majorité des parts (art. 693 al. 3 CO, repris à l'art. 810 al. 3 AP).

Il y a cependant des cas où la prise de décision est rendue plus difficile. C'est d'abord le cas (contrairement au droit des SA) de la dissolution de la *société avec liquidation*, ou de l'exclusion d'un associé (art. 810c al. 1 ch. 8 et 9 AP). De même, les décisions relatives à *toutes les augmentations de capital* (même pour l'augmentation de capital avec libération des parts en espèce dans le respect des droits préférentiels de souscription) exigent une majorité qualifiée (art. 810c al. 1 ch. 4 AP). Le fait que l'on se fonde sur *l'ensemble du capital à droit de vote* et non seulement sur celui qui est valablement représenté correspond à la structure personnelle de la Sàrl; les décisions les plus importantes doivent tenir compte de l'ensemble des associés. Les dispositions statutaires instituant un droit de veto en faveur d'associés déterminés ou déterminables contre les décisions de l'assemblée des associés exigent aussi, en raison de leur importante signification, une majorité qualifiée (art. 810c al. 1 ch. 7 AP).

Selon l'art. 810c al. 2 AP, le consentement au transfert d'une part sociale à un autre associé ou à un tiers requiert une décision de l'assemblée des associés recueillant au moins les

deux tiers des voix représentées et la majorité absolue du capital social. La précision du transfert à «un autre associé ou à un tiers» permet à la société d'acquérir ses propres parts sociales sans exigence de majorité qualifiée, à moins que les statuts ne la prévoient. Le droit de rachat est soumis par la loi à des conditions et des limites très strictes et il est assujéti à une publication au bilan et dans l'annexe. Il n'est pas nécessaire de renforcer en outre la protection des minorités.

S'agissant des règles de quorum, il faut observer que les décisions sociales relatives à l'introduction ou à l'augmentation de l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires ou des prestations accessoires requièrent le consentement de tous les associés concernés (art. 803d AP).

#### **241.4 Droit d'attaquer les décisions de l'assemblée des associés** (art. 808 al. 6 CO, art. 810d AP)

En vertu du renvoi de l'art. 808 al. 6 CO, le droit révisé des sociétés anonymes s'applique aujourd'hui déjà quant au *droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale*, du moins si l'on admet – ce qui n'est pas incontesté – que les renvois du droit de la Sàrl à celui de la SA visent le nouveau droit (sur ce problème, cf. ci-dessus ch. 114, 14 et 21). Cela étant, l'avant-projet ne change rien à la situation juridique mais la clarifie. Deux points méritent d'être mentionnés:

- Le principe de l'égalité de traitement de l'art. 706 al. 2 ch. 3 CO s'applique aussi à la Sàrl;
- La règle de l'art. 706a al. 3 CO, selon laquelle, en cas de rejet de la demande, le juge peut librement répartir les *frais* entre la société et le demandeur est reprise.

Si un acte de gestion est soumis par les statuts à l'approbation de l'assemblée des associés, l'approbation comme le rejet de cet acte pourront faire l'objet de l'action en contestation.

## **242 Gérants**

Remarque préliminaire: selon la terminologie de l'avant-projet, *l'organe exécutif* de la Sàrl est constitué par les gérants, alors que la gestion désigne la *fonction* assumée par les gérants. Le terme de «gérants» au pluriel sera utilisé de manière générique, désignant à chaque fois la ou les personnes de sexe masculin ou féminin remplissant la fonction en question.

### **242.1 Pluralité de gérants** (art. 812 AP)

Le droit actuel ne règle pas la question des rapports des gérants entre eux. Le point de savoir, notamment, qui convoque l'assemblée des associés n'est pas clair (cf. ci-dessus ch. 112)

L'avant-projet prévoit simplement à son art. 812 al. 1 AP que l'un des gérants doit être nommé président par l'assemblée des associés et lui attribue à l'art. 812 al. 2 AP la compétence de la convoquer, de la diriger, ainsi que pour toutes explications et communications aux associés.

### **242.2 Retrait des pouvoirs de gestion et de représentation** (art. 814a AP)

Le retrait des pouvoirs de gestion et de représentation est soumis jusqu'à présent par l'art. 814 al. 2 CO aux dispositions de la société en nom collectif; selon l'art. 565 al. 1 CO, le droit de représenter la société (ne) peut être retiré à un associé (que) pour de justes motifs.

L'avant-projet prévoit à son art. 811 al. 1 que les statuts règlent le mode d'administration et de représentation de la société. Celle-ci est donc libre de prévoir le système de l'autogestion («Selbstorganschaft»), de la gestion confiée à un tiers («Drittorganschaft») ou encore le mélange des deux systèmes. Bien que l'exigence selon laquelle un associé au moins soit habilité à gérer la société corresponde à la nature de la Sàrl, des cas peuvent se produire dans lesquels la gestion confiée à des tiers correspond à un besoin. On pense à une société dont les associés ne sont pas ou pas encore aptes à assurer la gestion ou n'y sont pas intéressés, faits qui peuvent se produire avant tout lors du changement de génération au sein de l'entreprise. Il faut également mentionner les joints ventures.

Lorsque le gérant a été désigné par une décision de l'assemblée des associés, cette dernière peut le révoquer en tout temps (art. 814a al. 1 AP).

En revanche, si un associé est gérant sur la base d'une disposition statutaire, le juge peut, à la requête de chaque associé, révoquer ou limiter ses pouvoirs de gestion et de représentation pour justes motifs (art. 814a al. 2 AP). Il y a notamment juste motif lorsque le gérant a, de manière fautive, manqué gravement à ses devoirs ou perdu la capacité de bien gérer la société (art. 814a al. 3 AP).

### **242.3 Devoir de diligence et de fidélité des gérants** (art. 812b AP)

Dans le cadre du toilettage de la loi, il s'impose d'ancrer expressément dans le droit de la Sàrl (art. 812b AP) les devoirs de diligence et de fidélité des gérants, ainsi que le devoir d'égalité de traitement dans les rapports entre l'exécutif et les titulaires de parts (cf. art. 717 al. 2 CO). Cette injonction, qui interdit tous les actes qui seraient de nature à porter atteinte aux intérêts de la société mais dépasse l'obligation générale de bonne foi, n'implique cependant aucun comportement positif.

### **242.4 Avis obligatoires en cas de perte en capital et de surendettement** (art. 817 al. 1 CO, art. 817, 817a AP)

Après la réforme et l'élargissement de la réglementation relative à la perte en capital et au surendettement en droit des SA, il s'impose d'en faire de même en droit de la Sàrl. Il faut en même temps éliminer la différence existant entre les textes des art. 817 al. 1 CO («lorsque la moitié du capital social n'est plus couverte») et 725 al. 1 CO («s'il ressort du dernier bilan annuel que la moitié du capital-actions et des réserves légales n'est plus couverte»). L'avant-projet propose un renvoi au droit des SA (art. 817 1<sup>ère</sup> phrase AP) et réserve, à son art. 817 2<sup>ème</sup> phrase, les dispositions spécifiques à la Sàrl relatives à l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires (cf. ci-dessus ch. 238).

L'avant-projet reprend également «le moratoire de droit des sociétés» de l'art. 725a CO, selon lequel le juge peut surseoir à la faillite si l'assainissement de la société paraît possible<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> L'avant-projet de LECCA règle de manière uniforme les conséquences de la perte en capital pour la SA, la Sàrl et la coopérative à son art. 62. Il devrait donc y avoir – contrairement à l'avis du groupe de travail Sàrl – perte en capital s'il ressort du dernier bilan annuel que la moitié du capital-actions d'une SA, du capital social d'une Sàrl ou d'une société coopérative (sans les réserves) n'est plus couverte. Les conséquences du surendettement et de l'insolvabilité sont réglées indépendamment de la forme juridique aux art. 63 ss AP LECCA (cf. rapport explicatif LECCA, p. 160 ss).

## 243 Révision

### 243.1 Obligation de contrôle annuel des comptes (art. 819 CO, art. 819 al. 1 AP)

La possibilité de constituer une Sàrl *sans révision* des comptes annuels, admise à l'art. 819 CO et que le droit français prévoit aussi pour les petites Sàrl (art. 64 al. 2 et 3 LSC), est apparue à certains comme un avantage. L'idée selon laquelle les droits aux renseignements et à la consultation des associés non gérants ainsi que la surveillance constante des gérants sur la marche des affaires remplacent un contrôle annuel des comptes est à la base de cet article. L'art. 777 ch. 6 CO (in fine) prévoit, de même, l'institution d'un organe de contrôle spécial en le désignant – de façon inexacte ou trompeuse – de mesure de «surveillance de la gestion».

Il faut bien distinguer le droit à l'information de la révision des comptes, comme relevé ci-dessus (ch. 234):

- La *révision* tend à ce qu'une personne extérieure à la société et indépendante de celle-ci, ayant les connaissances et l'expérience correspondante en matière de tenue des comptes, passe à la loupe le contenu des comptes annuels pour en vérifier *a posteriori* la conformité à la loi. Cette dernière intéresse non seulement les créanciers de la société mais aussi les associés. L'obligation d'un examen par un réviseur indépendant est une conséquence de la mise sur pied d'égalité de la SA et de la Sàrl quant à la protection du capital et à l'abandon de la responsabilité personnelle.
- Par contre, le *droit à l'information* doit permettre à l'associé d'obtenir des éclaircissements, notamment sur les *affaires en cours* de la société.

L'idée qu'un associé non gérant puisse par lui-même, au moyen des possibilités mentionnées à l'art. 541 CO – droit de consulter les livres et les papiers, droit de dresser un état sommaire de la situation financière de la société – procéder ne serait-ce qu'à une «révision» – encore bien éloignée du contrôle des comptes annuels – ne correspond pas à la réalité. A cet égard, un aménagement du droit à l'information ne saurait compenser un renoncement à une obligation de contrôle des comptes. Il est ainsi erroné de concevoir de manière alternative le droit à l'information et l'obligation de contrôle des comptes. Ils sont au contraire complémentaires.

Selon les conceptions actuelles, le concept de société de capital implique nécessairement la révision par un réviseur indépendant, qui permet de limiter le risque subi par les créanciers (notamment par les travailleurs), résultant de l'absence de responsabilité de l'associé. Pour les sociétés d'une importance économique nationale, la révision sert également la collectivité.

L'introduction d'un réviseur extérieur à la société est aussi conforme à l'intérêt des *associés non gérants*. Elle permet de découvrir après coup les soustractions de bénéfice et les attributions d'avantages pécuniaires injustifiées faites par les gérants ou les associés gérants.

Pour certains, l'inconvénient principal de la révision est constitué par les *coûts* qu'elle engendre. Pour de toutes petites sociétés, cela peut en effet entrer en considération. Dans ces cas cependant, la révision peut sans autre être assumée par une personne rompue à la comptabilité et ayant une expérience personnelle dans ce domaine, sans pour autant posséder un diplôme ou une autre formation spéciale.

Les coûts d'une révision sont compensés par un *effet utile important* pour la société. La révision a avant tout un *effet préventif*, le contrôle annuel des comptes permettant d'éviter les abus. Au surplus, elle facilite considérablement la tâche des associés qui veulent se faire une idée de la situation financière de la société et exercer correctement leur droit aux

renseignements et à la consultation. Selon l'expérience, le coût d'une révision simplifiée est en rapport raisonnable avec son utilité pour la société.

Il manquerait à une société de capitaux sans contrôle des comptes un élément fonctionnellement indispensable, qui constitue l'un des points essentiels de l'avant-projet.

### 243.2 Qualifications du réviseur (art. 819 al. 2 CO, art. 819 al. 2 AP)

Le *degré de qualification professionnelle* du réviseur n'a rien à voir avec la forme de la société révisée, mais avec son importance. L'art. 819 al. 2 de l'avant-projet propose dès lors de renvoyer sur ce point au droit des sociétés anonymes. Pour les petites Sàrl, l'avant-projet prévoit une révision allégée par un contrôleur qui ne doit pas disposer de qualifications particulières<sup>12</sup>.

Selon les conceptions actuelles, *l'indépendance du réviseur* est une exigence indispensable pour une organisation efficace de la vérification des comptes. A cet égard, ni la forme juridique de la société, ni son importance ne jouent un rôle. Ici aussi, l'art. 819 de l'avant-projet propose de renvoyer à la réglementation du droit des SA<sup>13</sup>.

## 25 Droit transitoire

Les dispositions transitoires (DT) proposées pour le droit révisé des sociétés à responsabilité limitée s'en tiennent de manière générale aux règles transitoire adoptées lors de la révision du droit des sociétés anonymes du 4 octobre 1991. Elles prennent toutefois les particularités de la Sàrl en considération et clarifient plusieurs questions douteuses.

### 251 Règle générale (art. 1 AP DT)

En harmonie avec les dispositions finales du droit des sociétés anonymes du 4 octobre 1991 et les dispositions finales et transitoires de la révision du droit des obligations de 1936, c'est le renvoi à l'art. 1 Tit. Fin. du CC de 1907 qui tient la première place: il s'agit du principe de *non-rétroactivité pour les états de fait achevés*. Il est généralement reconnu que cette règle n'est pas applicable aux situations durables, soit à des faits qui s'étendent au-delà du jour de l'entrée en vigueur; dans de tels cas, l'application du nouveau droit ne peut être qualifiée de rétroactive.

Pour les questions de droit transitoire en matière de droit des sociétés, en tant que ce dernier doit avoir pour objectif l'état de fait, durable, de sociétés qui existent et perdurent, c'est un autre principe, défini à l'art. 3 Tit. Fin. CC, qui est au premier plan: il apparaît opportun de poser expressément l'importante règle spéciale selon laquelle la nouvelle loi *est immédiatement applicable, dès son entrée en vigueur, à toutes les sociétés à responsabilité limitée existantes*, dans la mesure où les règles particulières des dispositions finales ne prévoient rien d'autre. La plus importante des dispositions ainsi réservée est le *délai transitoire de deux ans* pour l'adaptation des statuts (art. 2 AP DT). Toutefois, la grande majorité

<sup>12</sup> L'avant-projet «Droit comptable» prévoit, pour les moyennes et grandes Sàrl, que le contrôle doit être effectué par un contrôleur des comptes agréé (art. 44 al. 1 AP LECCA, variante I, réglementation de l'instance d'agrément aux art. 46 ss AP LECCA). Le contrôle facultatif des petites Sàrl doit être effectué par un contrôleur des comptes dont les qualifications sont adaptées à la nature et à la taille de l'entreprise (art. 44 al. 1 AP LECCA, variante II).

<sup>13</sup> Les art. 48 ss AP LECCA veulent, indépendamment de la forme juridique, distinguer deux types de prescriptions quant à l'indépendance des contrôleurs aux comptes: l'objectivité (clause générale, conséquence juridique de la responsabilité) et l'incompatibilité (cas d'espèce, conséquence juridique de l'invalidité de la nomination; cf. rapport explicatif LECCA, p. 152 ss).



des règles de la nouvelle loi seront applicables immédiatement et sans autre aux sociétés existantes, dès le jour de leur entrée en vigueur.

## 252 Délai d adaptation (art. 2 AP DT)

Reprenant un principe éprouvé, cette règle accorde aux sociétés un *délai transitoire* pour adapter leurs statuts et règlements aux nouvelles dispositions légales.

Les dispositions envisagées pour la révision de la Sàrl s'écartent cependant de celles de la révision du droit de la SA de 1991 à deux égards:

- *Un délai transitoire de cinq ans, tel qu'il a été prévu dans la révision du droit des SA, est trop long.* Le législateur pourra fixer ce délai selon son appréciation à deux, voire trois ans au maximum. Cette solution offre l'avantage de donner aux responsables de la société concernée le temps de procéder sereinement aux investigations et aux modifications nécessaires sans pour autant repousser la pleine efficacité du nouveau droit d'une demi-décennie. Le choix d'un délai de deux ou trois ans est une question d'appréciation et le groupe de travail Sàrl propose, à l'art. 2 al. 1 AP DT, la plus courte des deux variantes.
- *L'application de la règle d'adaptation est expressément étendue aux règlements.* Cette précision est d'importance, puisque les règlements d'une Sàrl peuvent compléter, approfondir, préciser et différencier de diverses manières les dispositions ancrées dans les statuts. Lorsque ces règlements existent, leur soumission à l'art. 2 al. 1 AP DT les fait bénéficier également d'un délai transitoire de deux ans.

L'alinéa 2 dit expressément, en accord avec les dispositions finales du droit des SA du 4 octobre 1991, que *les dispositions inconciliables avec le nouveau droit* peuvent rester en vigueur au plus tard jusqu'à l'expiration du délai d'adaptation. Le champ d'application de cette règle a simplement été étendu aux règlements.

## 253 Capital social et apports (art. 3 AP DT)

Cet alinéa *laisse tomber* l'exigence d'une adaptation impérative du *capital social minimum* pour les sociétés déjà existantes, de façon analogue à la réglementation des dispositions transitoires du droit des SA du 4 octobre 1991 mais avec un effet rétroactif plus limité. Les sociétés à responsabilité limitée qui existeront le 1<sup>er</sup> janvier 2000 – ou à un autre moment, situé *avant* l'entrée en vigueur de la nouvelle loi et que le législateur pourra déterminer librement – sont libérées pour toujours de l'obligation d'augmenter leur capital minimum au nouveau minimum légal de 40'000 francs. Il s'agit là d'une «*grandfathering clause*».

D'un autre côté, il est indispensable que les dispositions transitoires prévoient, à *l'alinéa 2*, la *libération complète* du capital social, car le droit révisé de la Sàrl ne contient plus de disposition sur le capital partiellement libéré; les dispositions correspondantes de l'ancienne loi ne sont pas reprises dans le nouveau droit. Si la société juge nécessaire de pouvoir *réclamer des fonds propres supplémentaires*, elle a toujours la possibilité de prévoir des *versements supplémentaires* dans ses statuts. Le délai prévu pour la libération totale est le même que celui qui prévaut pour l'adaptation des statuts et des règlements (deux ans). Cette libération totale du capital social peut être achevée au moyen de versements ultérieurs, d'apports en nature subséquents ou de la conversion de réserves en capital social.

Si le capital social s'élève, par exemple, à 20'000 francs et les apports effectués à 10'000 francs, les gérants doivent exiger le *paiement* du montant non-versé dans un délai de deux ans ou *convertir* comptablement un montant de 10'000 francs de fonds librement disponibles en capital nominal.

Si le capital social libéré atteint 40'000 francs ou plus, la nouvelle exigence légale de libération totale des apports peut aussi être respectée par une procédure de *réduction du capital social* au montant libéré. L'introduction dans les statuts de versements supplémentaires pourra, si nécessaire, remplacer le non-versé de l'ancien droit.

En outre, le problème du *droit de timbre à l'émission* s'est atténué pour la plupart des Sàrl, grâce à la réforme de la fiscalité des entreprises du 10 octobre 1997; en effet, dès le 1<sup>er</sup> janvier 1998, une exonération jusqu'à 250'000 francs est prévue et le taux, pour autant que l'apport en capital dépasse ce montant, a été réduit de 2% à 1 %.

La sanction de la libération des apports en cas d'existence d'un non-versé au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi consiste en la responsabilité des gérants; c'est à eux qu'il appartient d'assurer le respect de la loi. Le groupe de travail Sàrl a examiné l'éventualité d'une action «dérivée» des créanciers en libération des apports mais il l'a écartée. La possibilité d'une telle emprise des créanciers sur le capital propre d'une société en bonne santé apparaîtrait en effet contraire au système.

Si les bases du capital (capital social minimal, libération totale) ne sont pas adaptées dans le délai prévu, les associés répondent alors personnellement et proportionnellement à leurs parts pour les montants qui n'ont pas été libérés.

#### **254 Bons de participation** (art. 4 AP DT)

Le droit révisé ne prévoit *pas de bons de participation* pour la Sàrl, alors que leur émission est possible selon le droit actuel. Etant donné que les bons de participation constituent des parts de capital propre qui procurent à leur titulaire des droits acquis de nature patrimoniale, il n'est pas question de les supprimer sans autre. Les bons de participation définis à l'alinéa 1 de l'art. 4 AP DT doivent être supprimés dans un délai de deux ans (ce qui suppose une réduction de capital ou la conversion en parts sociales). Les titulaires de bons de participation doivent être indemnisés à la valeur réelle; la société peut toutefois s'écarter de cette règle, si elle restructure son capital de telle manière que les détenteurs de bons de participation puissent prendre part au capital social avec les mêmes droits patrimoniaux. La société peut alors faire usage des possibilités d'aménagement de l'art. 810 al. 2 AP pour l'octroi des droits de vote; elle peut attribuer aux nouvelles parts sociales, qui remplacent les anciens bons de participation, un droit de vote dix fois inférieur à celui des anciennes parts sociales. Un tel procédé entraîne toutefois inévitablement un certain déplacement des pouvoirs attachés au droit de vote des associés vers les anciens titulaires de bons de participation.

La société doit opérer son choix entre une indemnisation en liquide et une indemnisation sous forme de parts sociales munies des mêmes droits patrimoniaux que les bons de participation de façon appropriée, c'est-à-dire selon des critères rationnels et objectifs. L'indemnisation en liquide, compte tenu de la restriction du capital propre et de la diminution des liquidités qu'engendre un tel paiement, apparaît comme le second choix pour une société en bonne situation financière, sinon l'*ultima ratio* du point de vue de la société; pour une société très serrée financièrement, cette solution sera même impossible.

Selon l'alinéa 2, les décisions concernant la transformation du capital sont *facilitées* par rapport à la règle de la majorité qualifiée en matière de «décisions importantes» (art. 810c al. 1 ch. 2 AP): elles peuvent être prises à la majorité de l'ensemble des voix (et non seulement des voix représentées à l'assemblée des associés).

L'alinéa 3 contient une règle générale applicable à tous les cas dans lesquels des Sàrl existantes ont émis des droits de participation sans valeur nominale (*bons de jouissance*) et que ceux-ci sont qualifiés à tort de «bons de participation» ou de toute autre dénomination.

### 255 **Obligation d effectuer des versements supplémentaires** (art. 5 AP DT)

Le principe de l'art. 1 al. 2 AP DT a pour effet que l'obligation d'opérer des *versements supplémentaires* statutaires existante au jour de l'entrée en vigueur – en tant qu'état de fait durable – sera soumise immédiatement aux nouvelles règles pour les événements futurs. Demeure comme toujours réservée l'adaptation aux exigences du nouveau droit des dispositions statutaires incompatibles avec ce dernier, dans le délai de transition de deux ans.

Les dispositions transitoires doivent cependant prévoir une obligation particulière d'agir pour les sociétés dont les statuts *ne se réfèrent pas à la valeur nominale pour les versements supplémentaires*. Le rapport à la valeur nominale – et donc aussi le montant maximum du double de cette valeur nominale – que le nouveau droit exige pour les versements supplémentaires doit être introduit dans les statuts dans un délai de deux ans (art. 5 al. 1 AP DT).

L'alinéa 2 confirme qu'une *obligation d effectuer des versements supplémentaires qui dépasserait le double de la valeur nominale* en tant que cela constitue une disposition statutaire incompatible avec le nouveau droit – ne tomberait pas immédiatement, dès l'entrée en vigueur du nouveau droit, mais seulement après deux ans. Cette clarification donne donc aux créanciers d'une Sàrl existante, laquelle pouvait, selon l'ancien droit, invoquer des versements supplémentaires pour des montants plus élevés, voire illimités, la possibilité de s'adapter à la nouvelle situation.

Une protection accrue des créanciers pourrait être envisagée en leur aménageant un droit à la garantie ou à l'exigibilité de leur créance, de manière analogue à la réglementation prévue en cas de réduction de capital ou de dissolution. Le groupe de travail Sàrl ne juge cependant pas que ce soit indispensable.

### 256 **Prêts des associés remplaçant du capital propre** (art. 6 AP DT)

La règle concernant les *prêts remplaçant du capital propre* distingue, en vertu du nouveau texte légal, selon les circonstances au moment de leur octroi. D'après la règle générale de l'art. 1 AP DT, les prêts d'associés ou de personnes qui leur sont proches qui existeraient au jour de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions ne tomberaient pas sous le coup du nouveau droit. Néanmoins, dans l'intérêt de la mise en œuvre de ce dernier et dans celui de la protection des créanciers, il apparaît peu souhaitable que les intéressés puissent accorder jusqu'à ce moment de tels prêts «de l'ancien droit», à la dernière minute, sans encourir les conséquences du nouveau droit. C'est pourquoi l'art. 6 AP DT arrête la date du 1<sup>er</sup> janvier 2000 (choisie librement et qu'il y aura lieu d'adapter en fonction de l'état d'avancement des travaux législatifs) comme critère permettant de déterminer si les prêts remplaçant du capital propre sont soumis à l'ancien ou au nouveau droit. Les prêts nouveaux, soit ceux que des associés ou leurs proches auront accordés à partir de cette date – qui se situe encore avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi – seront soumis aux conséquences de l'art. 807c AP, s'ils remplissent les caractéristiques de l'art. 807c al. 2 AP.

La nouvelle réglementation des prêts remplaçant du capital propre rétrograde certains prêts existants à un rang inférieur et intervient dès lors dans une situation existante. C'est pourquoi il se justifie d'accorder un délai transitoire de deux ans pour permettre aux intéressés de s'adapter aux nouvelles règles.

### 257 **Etablissement des comptes annuels et révision** (art. 7 AP DT)

Les dispositions transitoires du droit des SA du 4 octobre 1991 ont omis de traiter spécialement des *comptes annuels* et de la *révision*. Comme le nouveau droit de la Sàrl introduit la révision obligatoire et que des questions douteuses concernant les comptes annuels ont

aussi surgi en droit des SA, l'art. 7 AP DT pose une règle qui a fait ses preuves: le nouveau droit régit les comptes annuels – et leur révision – en tant qu'ils concernent la première année d'activité, qui commence avec ou après l'entrée en vigueur de la loi. Si cette dernière entre en vigueur au 30 juin de l'an 1 et que la société boucle ses comptes à la fin de l'année civile, ce n'est qu'à partir de l'année 2 que les comptes (qui devront être révisés et soumis à l'approbation de l'assemblée générale ordinaire dans la première moitié de l'année 3) tomberont sous le coup du nouveau droit.

## 258 Droit de vote (art. 8 AP DT)

La révision du droit de la Sàrl implique que le *droit de vote* ne peut plus être réglé librement dans les statuts, p. ex. par tête ou sur la base de n'importe quel droit de vote préférentiel de certains associés fixé dans les statuts. Le droit de vote doit être fonction de la participation au capital, des parts sociales à droit de vote privilégié étant toutefois possibles. L'art. 8 al. 1 et 2 AP DT dispose clairement que des *dispositions contraires*, inscrites dans les statuts en vertu de l'ancien droit, conservent leur validité sans égard au nouveau droit. Elles bénéficient ainsi d'une clause de «*grandfathering*»: ces règles peuvent subsister comme elles ont été inscrites dans les statuts. Il est nécessaire de faire ici une exception, comme c'était déjà le cas lors de la révision du droit des SA; le législateur bouleverserait par trop les situations existantes s'il prescrivait une conversion obligatoire.

A l'inverse, il n'est *pas possible* d'émettre de *nouvelles parts sociales* qui iraient à l'encontre de la règle qui limite les privilèges de vote au maximum au décuple. Le fait que l'introduction, aux termes de l'art. 8 al. 3 AP DT, de nouvelles dispositions statutaires qui fixeraient des privilèges de vote indépendamment de la valeur nominale n'est plus possible après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, découle de l'art. 1 AP DT et correspond à la solution du nouveau droit des SA.

## 259 Majorités qualifiées (art. 9 AP DT)

L'art. 791 al. 2 du droit actuel soumet le *transfert de parts sociales* à une majorité qualifiée extraordinairement restrictive: il faut l'approbation des trois quarts de tous les associés, qui représentent en même temps les trois quarts au moins du capital social. Cette règle, qui prend toujours en compte *l'ensemble* des parts sociales, indépendamment de la présence à l'assemblée des associés, a souvent l'effet d'une règle d'unanimité, et ce non seulement dans les très nombreuses sociétés à deux ou trois associés, mais encore, selon les circonstances, dans les sociétés à quatre porteurs de parts, voire même plus.

Soumettre les Sàrl existantes – conformément à la règle générale de l'art. 1 al. 2 AP DT – immédiatement au nouveau droit, fort libéral en matière de transfert, des art. 791 et 810c al. 2 AP (deux tiers des voix *représentées* et *majorité absolue* de l'entier du capital donnant lieu au droit de vote) apparaîtrait comme une ingérence trop grave. C'est pour cette raison que le consentement au transfert des parts sociales reste soumis provisoirement, durant deux ans, selon l'art. 9 al. 1 AP DT, à la majorité de l'art. 791 al. 2 CO, pour les Sàrl existantes au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi – si leurs statuts ne contiennent aucune disposition particulière. Pour que l'on sache clairement de quoi l'on parle, cette «*ancienne*» majorité est mentionnée expressément (trois quarts de tous les associés, qui représentent en même temps les trois quarts au moins du capital social).

Il va de soi que ce n'est pas l'ancien droit dans son entier qui demeure applicable au transfert, mais seulement ses *critères quantitatifs pour la majorité qualifiée*.

En outre, une *règle transitoire complémentaire*, introduite à l'art. 6 des dispositions finales du droit des SA du 4 octobre 1991, a fait ses preuves. Si une société a adopté des règles de

majorité qualifiée pour certaines décisions, en copiant purement et simplement dans ses statuts les dispositions du droit de l'époque, elle doit pouvoir décider de l'adaptation au nouveau droit à des conditions allégées. Le délai à cet effet est fixé, en accord avec le délai général d'adaptation, à deux ans.

Du fait de l'art. 8 AP DT, cette règle n'est pas applicable sans autre au cas particulier du consentement au transfert des parts sociales. Pour le cas où les statuts contiendraient une simple reproduction de l'ancien art. 791 al. 2 CO, il est prévu que cette règle continue à s'appliquer, mais qu'une modification facilitée en vue de l'adaptation au nouveau droit soit possible durant deux ans.

Pendant les deux premières années, la situation est ainsi la suivante:

1. Pour une Sàrl dont les *statuts* exigent une *majorité particulière* pour le consentement à la cession des parts sociales (p. ex. quatre cinquièmes au lieu de trois quarts, ou l'unanimité), la règle statutaire reste en vigueur sans restriction et aussi longtemps qu'elle n'aura pas été modifiée par une décision valable de l'assemblée des associés.
2. Pour une Sàrl dont les statuts *reproduisent* purement et simplement l'ancien texte légal relatif aux majorités exigées pour la cession des parts ou pour un autre objet de décision (p. ex. l'art. 822 al. 3 AP), l'alinéa 2 s'applique, avec la possibilité qu'il prévoit d'une adaptation facilitée durant deux ans.
3. Pour une Sàrl qui ne connaît *aucune* disposition statutaire concernant les majorités nécessaires au transfert des parts sociales, la nouvelle règle de l'art. 810c al. 3 AP entre en vigueur automatiquement deux ans après l'entrée en vigueur de la loi, conformément à l'alinéa 1.

## 26 Digression: Aptitude de la Sàrl à être support d un joint venture

Dans les cas typiques de *joint venture*, deux entreprises indépendantes l'une de l'autre décident de transférer une certaine partie de leur activité économique à une entreprise commune (société de «joint venture»), dont elles détiennent chacune 50% des parts. Chacune s'oblige dans le contrat de joint venture à soutenir cette entreprise commune, constituée le plus souvent en société de capitaux, à ne pas lui faire concurrence et (en général dans des contrats détaillés séparés) à effectuer des livraisons et des prestations et à passer des commandes à l'entreprise commune.

La structure de la *société anonyme* ne satisfait que partiellement aux exigences d'un joint venture, parce qu'elle est conçue comme une entreprise indépendante et gérée de manière autonome et, qu'à côté de l'obligation de libération du capital, aucune autre obligation sociale ne peut être prévue dans les statuts. La société de joint venture, bien qu'elle soit une personne morale juridiquement indépendante, est entièrement vouée à la poursuite du but fixé contractuellement par ses propriétaires à parts égales. Une véritable volonté «indépendante» ainsi qu'une gestion sous sa propre responsabilité ne sont pas envisageables dans ces conditions. Plusieurs règles impératives du droit des SA, avant tout les règles sur la composition, les droits de vote et les compétences inaliénables du conseil d'administration ne conviennent pas du tout à la société de joint venture.

C'est pourquoi le législateur français a aussi introduit, par la Loi du 3 janvier 1994, une *forme de SA simplifiée* : la SAS (société par actions simplifiée).

Le droit révisé de la Sàrl offre à la *société de joint venture* toutes les possibilités d'organisation nécessaires; il n'y a pas de règles impératives qui lui barrent la route :

1. Le *plafonnement du capital social*, qui rendait jusqu'à présent la Sàrl inadaptée pour d'importants joint ventures, tombe;

2. Les statuts peuvent prévoir différentes *prestations accessoires ou obligations d'effectuer des versements supplémentaires*, si les parties le désirent;
3. Les *compétences de l'assemblée des associés* peuvent être élargies, par exemple en réservant son approbation pour certains actes de gestion;
4. Les statuts peuvent prévoir une *réunion trimestrielle* ou même plus fréquente de l'assemblée des associés;
5. Le *choix des gérants* peut être réglé dans les statuts de manière à tenir compte des exigences liées à la participation à parts égales;
6. Les statuts peuvent prévoir un *conseil* pour *surveiller* les gérants (mais non un conseil d'administration doté de compétences propres comme en droit des SA);
7. Un *droit de veto* d'un associé peut être prévu statutairement et, de façon plus générale, les règles sur les prises de décision sont très flexibles;
8. Les règles, souvent compliquées, pour résoudre les *cas de dissension* (situation de «patt») et de *dissolution* peuvent être insérées directement dans les statuts.

## 27 Suggestions de réformes rejetées

Suite au pré-examen auprès des praticiens lors de l'élaboration de l'avant-projet, le groupe de travail Sàrl rejette plusieurs idées de réformes formulées en doctrine ou dans des prises de position isolées.

### 27.01 Pas de règles spéciales pour les Sàrl composée de deux associés

Lors du pré-examen (cf. ci-dessus ch. 12), on a fait remarquer que la *Sàrl à deux associés* était une forme de société que l'on rencontrait assez fréquemment, mais qui pouvait poser des problèmes particulièrement difficiles. En particulier, le mécanisme décisionnel fondé sur le principe de majorité pouvait échouer et conduire à *des situations de blocage* («patt»). De même, la question de la légitimation passive dans l'action en dissolution se posait.

L'avant-projet de révision ne contient cependant pas de règles particulières pour la *Sàrl à deux associés* :

- L'introduction d'un droit de vote prépondérant impératif en faveur de l'un des associés permettrait de trancher le nœud gordien, mais aux dépens de l'autre associé, de manière disproportionnée. Les autres possibilités envisageables pour dépasser cette situation de blocage sont si particulières qu'elles ne doivent pas être introduites par le législateur mais par les intéressés eux-mêmes (attribution à un tiers d'une petite part de participation «pour faire pencher la balance»; proposition d'un compromis obligatoire par une tierce personne; droit d'un associé de faire une proposition qui doit obligatoirement être acceptée par l'autre, etc.).
- L'avant-projet renonce à régler la question de la légitimation passive de l'action en dissolution, en raison de sa complexité et de l'incohérence que l'on créerait avec le droit des SA.

### 27.02 Pas d'incorporation des parts dans des papiers-valeurs au porteur ou à ordre

L'interdiction de l'incorporation des parts sociales dans des papiers-valeurs fait partie du «*noyau dur*» de tous les droits de la Sàrl. Cette interdiction, qui existait déjà lors de la

«découverte» de la Sàrl en Allemagne en 1892, doit souligner le caractère personnel de ce type de société, soustraire d'avance les parts au commerce régulier sur un marché anonyme et rendre impossible toute forme d'anonymat de la qualité d'associé (que ce soit par le biais d'un titre au porteur ou d'un titre à ordre endossé en blanc). Ce pas ne pourrait pas être franchi sans placer la Sàrl suisse en profonde contradiction avec les modèles des pays avoisinants, qui ont fait leurs preuves (voir aussi art. 43 LSC) et surtout avec la conception fondamentale d'une société de capitaux à structure personnalisée. Seule une société de capitaux ayant un organe délibérant et décisionnel obligatoire (conseil d'administration) peut être combinée avec une base d'associés totalement anonymes.

Par contre, l'incorporation des parts sociales dans un *papier-valeur non à ordre*, («Rektapapier», véritable titre nominatif selon l'art. 974 CO) doit être admissible. De tels titres ne peuvent être transférés que par la voie de la cession de créances et sont soumis aux dispositions de l'avant-projet.

### **27.03 Pas de limitation du nombre des associés**

Le droit français *limite* à 50 au maximum le *nombre* des associés d'une Sàrl (art. 36 LSC). Au cas où cette limite vient à être dépassée, la société dispose de deux ans pour se transformer en société anonyme, sous peine de dissolution.

Il n'y a pas de motifs justifiant une telle intervention de la puissance étatique. Le manie- ment d'une Sàrl devient certes difficile lorsque le nombre des associés s'accroît constam- ment et l'on peut attribuer au nombre de 50 une certaine signification comme limite de praticabilité. Mais le choix de la forme juridique doit tout de même être laissé à l'auto- nomie organisationnelle des associés concernés. S'ils peuvent continuer à fonctionner à 70 associés dans une structure de Sàrl, il ne faut pas les en empêcher.

### **27.04 Pas d'anonymat, resp. anonymat restreint des associés**

Il n'est certes guère concevable, vu le caractère personnel plus développé du droit de la Sàrl en regard du droit des SA, de franchir le pas de l'anonymat pur et simple de la qualité d'associé. L'avant-projet tient cependant compte des postulats émis en faveur d'une moins grande publicité obligatoire des rapports entre associés en n'exigeant l'inscription au registre du commerce du nom et des parts sociales des associés que lorsque ces derniers sont tenus d'effectuer des versements supplémentaires ou que l'ensemble des parts sociales est détenu par un seul et unique associé.

Sur le plan interne, l'identité d'un associé est toujours garantie par l'inscription dans le registre des parts sociales, sur lequel tous les associés ont un droit de regard. Il s'agit ici aussi d'une différence typique par rapport au droit des SA, dans la mesure où, en principe, les actionnaires n'ont aucun droit de regard sur le registre des actionnaires.

### **27.05 Pas de suppression de l'exigence de la forme authentique pour la cession des parts sociales**

L'exigence de la *forme authentique pour la cession des parts sociales* était, en 1892, une des valeurs essentielles du nouveau concept allemand de la Sàrl. En 1936, cette exigence de forme fut reprise du droit allemand (art. 791 al. 4 CO). En pratique, elle complique consi- dérablement l'utilisation de la Sàrl. Dans son rapport de 1996, le groupe de travail Sàrl voulait renoncer à cette exigence, comme en droit français (art. 48 LSC): il s'est finale- ment résolu à s'en tenir au droit actuel dans son projet de révision.

Les deux buts suivants sont assignés à l'exigence de la forme authentique:

1. Il s'agit d'abord simplement de *rendre plus difficile le transfert des parts sociales*, dans l'intention «d'empêcher un commerce facile et spéculatif des parts sociales à la bourse ou au marché gris». (Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, Commentaire, 14<sup>ème</sup> éd., Cologne 1995, § 15, note 11). Cette justification courante en Allemagne se retrouve aussi dans le *Message du Conseil fédéral du 21 février 1928 sur la Sàrl (FF 1928 I 311)*: «Les dispositions relatives à la cession de parts sociales ont pour but d'entraver dans toute la mesure du possible le commerce de ces parts».
2. La seconde fonction que l'on peut attribuer à la forme authentique, malgré le silence du passage topique du Message, est d'assurer la *sécurité du droit*, avant tout la *protection des associés nouvellement entrés dans la société*. La forme authentique augmente la fiabilité du titre obtenu par l'acquéreur d'une part, grâce à la chaîne ininterrompue de titres notariés qui remonte jusqu'à l'acte constitutif. Cela est d'autant plus important en pratique qu'en l'absence de titres au porteur ou à ordre en droit de la Sàrl, la bonne foi du tiers acquéreur ne peut être protégée. Par l'intervention d'un notaire tenu à vigilance, on tenait aussi à s'assurer que le nouvel associé fût conscient de la responsabilité solidaire subsidiaire jusqu'à concurrence du montant du capital social à laquelle il s'engageait (et, le cas échéant, des devoirs accessoires et des versements supplémentaires).

Le souci d'une meilleure sécurité des relations juridiques doit être pris au sérieux; c'est en premier lieu ce second but assigné à l'exigence de la forme authentique qui a poussé le pays d'origine de la Sàrl à maintenir cette dernière pour la cession des parts sociales jusqu'à nos jours.

Un durcissement des conditions fixées au transfert des parts sociales pour lui-même n'est par contre guère productif. Même sans l'exigence de la forme authentique, les parts d'une Sàrl ne sont pas adaptées au marché *boursier* (ni même à un *commerce organisé*). En effet, tous les droits découlant de la part sociale ne passent à l'acquéreur qu'après l'approbation de l'assemblée générale des associés et le transfert doit nécessairement être inscrit dans le registre des parts sociales.

La proposition du groupe de travail Sàrl de 1996 croyait préserver la sécurité des transactions et la fonction protectrice de l'acquéreur par l'inscription au registre du commerce. Selon cette proposition, tout nouvel associé devait être inscrit au registre du commerce; à cet effet, les pièces justificatives du transfert devaient aussi être déposées (art. 781 ch. 5 de l'avant-projet de 1996). Avant l'inscription, le préposé au registre du commerce aurait contrôlé la validité formelle du contrat de cession. La protection du titre aurait été garantie, grâce à la chaîne ininterrompue de cessions documentées, de l'acte constitutif jusqu'au dernier acquéreur. Une garantie procédurale de la sécurité du titre était ainsi assurée, même sans avoir recours à l'acte authentique. Selon l'avant-projet, seuls les associés tenus à des versements supplémentaires sont inscrits au registre du commerce. Avec l'abandon de la responsabilité personnelle subsidiaire de tous les associés, la publicité obligatoire de l'identité et de la participation de tous les associés ne se justifie plus, d'un point de vue fonctionnel; l'intérêt ne se manifeste qu'en cas d'obligation d'effectuer des versements supplémentaires. Dans tous les cas de transfert de parts sociales auxquelles aucune obligation d'effectuer des versements supplémentaires n'est liée, les contrôles actuels par un tiers (la forme authentique) et par le préposé au registre du commerce devraient donc tomber. La suppression de l'exigence de la forme authentique créerait une différence substantielle avec le droit allemand et serait difficile à justifier, dans la mesure où l'avant-projet impose de nouvelles exigences quant au contenu de la déclaration de cession lorsque des dispositions statutaires particulières d'une Sàrl le prévoient.



C'est pourquoi l'avant-projet ne renonce pas à l'exigence de la forme authentique en cas de transfert. L'art. 791 al. 1 AP prévoit que le transfert des parts sociales doit revêtir la forme authentique.

Le besoin de protéger l'acquéreur contre un engagement inconsidéré à des *obligations accessoires ou des versements supplémentaires* peut donc être assuré par les deux éléments suivants:

- Le *transfert* d'une part sociale n'est valable que si le contrat de cession *indique expressément* l'existence d'une obligation de versements supplémentaires, de prestations accessoires, l'aggravation de la prohibition de concurrence ou les droits statutaires d'emption, de préemption ou de préférence (art. 791 al. 1 AP);
- L'exigence de la forme authentique est maintenue;
- Les prestations accessoires et les engagements à opérer des versements supplémentaires ne doivent pas seulement être inscrits, mais encore *publiés* (publication de l'obligation dans la Feuille officielle suisse du commerce, art. 781 ch. 11 AP).

Le transfert doit faire l'objet d'une décision sociale d'approbation prise à la majorité absolue des voix des associés, selon la règle dispositive de l'art. 791 al. 2 AP en relation avec l'art. 810b AP. Contrairement au droit des SA, il est possible de *refuser un acquéreur sans indication de motifs* (art. 791 al. 3 AP). Si une obligation d'effectuer des versements supplémentaires ou des prestations accessoires existe, l'avant-projet institue «une restriction au transfert pour raison d'insolvabilité» (art. 791 al. 4 AP). Si les parts sociales sont acquises par succession, partage successoral, régime matrimonial ou exécution forcée, la société a la possibilité de refuser un acquéreur si elle lui offre de les lui racheter à leur valeur réelle (art. 792 al. 2 AP). L'avant-projet permet aussi la libre transmissibilité des parts sociales car, dans certains cas, cela peut être nécessaire (art. 791 al. 2 AP).

Le maintien de l'exigence de la forme authentique en cas de transfert des parts sociales ne devrait pas gêner substantiellement l'exercice des activités d'une Sàrl en Suisse.

## **27.06 Pas d'augmentation de capital autorisée ou conditionnelle**

Si «*faciliter l'acquisition de capital*» faisait partie des cinq objectifs essentiels de la révision du droit des SA (cf. *Message du Conseil fédéral du 23 février 1983 concernant une révision du droit des sociétés anonymes*, [FF 1983 II 757 ss] ch. 132, point 1), cela ne peut pas faire partie des buts de la révision du droit de la Sàrl dans la même mesure. Une augmentation conditionnelle de capital (pour des emprunts convertibles ou par options, des options gratuites et des programmes d'actions pour les employés) est d'entrée de cause incompatible avec la structure personnelle et le caractère non fongible des parts d'une Sàrl. Elle n'est en outre pas nécessaire, puisque les gérants d'une Sàrl peuvent en tout temps provoquer une décision des associés à propos d'une augmentation de capital et que l'organisation d'une telle assemblée pose moins de problèmes que dans une SA publique. Pour ces raisons, l'introduction de l'augmentation autorisée du capital dans la Sàrl est aussi inutile.

## **27.07 Pas de réglementation sur l'amortissement (recouvrement) des parts sociales**

Il existe, en droit de la SA, une controverse sur le point de savoir s'il faut admettre un *amortissement d'actions* prévu dans les statuts, c'est-à-dire le recouvrement et l'annulation d'actions sans procédure de diminution de capital, sur proposition du conseil d'administration.

En droit de la Sàrl, on pourrait tout à fait admettre expressément cette forme particulière de *réduction de la base de la société*, prévue dans les statuts, comme le montre le § 34 de la GmbHG allemande. L'assemblée des associés serait toutefois compétente et non l'administration.

On a vérifié l'opportunité de reprendre une disposition correspondante en droit suisse. Il semble qu'elle ne réponde toutefois pas à une nécessité pratique. On a ainsi renoncé à introduire une telle disposition, eu égard notamment aux problèmes de délimitation avec l'exclusion et aux questions dogmatiques compliquées qui se posent de ce point de vue.

### **27.08 Pas de contrôle spécial**

Le *contrôle spécial*, qui joue un grand rôle dans le droit des SA de 1991 (art. 697a CO), n'est pas nécessaire dans la Sàrl, bien que le droit français connaisse une réglementation rudimentaire dans ce sens (art. 64-2 LSC). *Le droit aux renseignements et à la consultation* des associés – amélioré par la révision – devrait suffire à assurer l'accès de l'associé aux informations spécifiques. On peut cependant aussi soutenir que les associés minoritaires d'une Sàrl devraient pouvoir demander un contrôle spécial au même titre que les actionnaires.

### **27.09 Pas d'organe décisionnel ex lege**

Un des éléments essentiels de la Sàrl est sa *structure organique simple*. Les titulaires de parts, réunis en assemblée générale des associés, ont directement en face d'eux les gérants, qui peuvent être des associés et le sont souvent. Il n'y a pas de nécessité d'un organe intermédiaire, conçu comme un conseil délibératif et décisionnel séparé, agissant sous sa propre responsabilité, comme *le conseil d'administration* d'une SA. Par contre, il doit rester possible d'instaurer librement, par le biais des statuts, un *conseil consultatif* ou un *conseil de surveillance* pour l'accomplissement régulier de certaines tâches de contrôle.

### **27.10 Prohibition d'une personne morale en tant que gérant**

La Loi française du 3 janvier 1994 sur la «SAS» (Société par actions simplifiée) autorise à laisser tous les pouvoirs de représentation, et par là aussi l'administration, aux mains d'une seule personne, qui peut être *une personne morale* (art. 262-8 LSC). La SAS a été créée en particulier en guise de forme de société pour les joint ventures (entreprises communes).

Si le droit révisé de la Sàrl doit être conçu de manière à rendre possible son utilisation pour des joint ventures, on doit alors se demander s'il faut laisser ouverte cette possibilité d'organisation de manière générale ou seulement pour le but mentionné.

Le droit actuel de la Sàrl – ainsi que les droits allemand et français (§ 6 al. 2 GmbHG; art. 49 al. 1 LSC) – n'acceptent comme gérants que des personnes physiques (on le déduit de l'art. 815 al. 2 CO). Le conseil d'administration d'une SA (art. 707 al. 3 CO) et l'administration d'une société coopérative (art. 894 al. 2 CO) doivent également être composés de personnes physiques. Une disposition qui prévoirait que le gérant d'une Sàrl puisse être une personne morale serait ainsi un corps étranger à notre droit des sociétés.

L'admission de personnes morales comme gérants susciterait de nombreux problèmes: si le gérant était par exemple une Sàrl, ses propres gérants détermineraient la volonté de la Sàrl administratrice, qui elle-même exercerait les fonctions d'administratrice de la Sàrl en question. Non seulement cela prêterait à confusion, mais il faudrait encore prévoir expressément qu'au moins les gérants de la Sàrl administratrice doivent être des personnes physiques.

En outre, l'expérience montre que, pour une société de joint venture, le choix d'une personne morale comme organe exécutif est loin d'être une nécessité impérieuse. Il y a donc lieu de renoncer à compléter la loi sur ce point.

### **27.11 Pas d'annulabilité des décisions des gérants**

Au cours du préexamen, certains ont proposé que non seulement les décisions de l'assemblée générale des associés (art. 808 al. 6 CO) mais encore les actes ou décisions des *gérants* puissent être attaqués devant un tribunal.

Un tel *contrôle judiciaire des activités de l'exécutif* de la société ne paraît pas mieux fondé pour la Sàrl qu'il ne l'est pour la SA. Comme à l'art. 714 CO pour la SA, on pourrait introduire dans la loi une disposition spéciale concernant la *nullité* des décisions des gérants; le groupe de travail Sàrl y a renoncé en raison de la possibilité toujours ouverte d'ouvrir une action judiciaire en constatation de nullité. Par contre, les actes des gérants ne devraient pas pouvoir être attaqués en annulation devant le juge. Le contraire reviendrait précisément à insérer dans une société de capitaux à structure personnelle un contrôle par la justice, qui n'est pas seulement étranger à la SA, mais également aux sociétés en nom collectif et en commandite. La sanction des actes de gestion illicites doit être, comme dans la SA et la société coopérative, exclusivement fournie par la responsabilité personnelle des gérants (cf. art. 827 AP).

## **28 Adaptation des autres dispositions du droit des sociétés au droit révisé de la Sàrl**

Le groupe de travail Sàrl est parti du principe que le droit révisé des SA, en vigueur depuis quelques années seulement, ne devrait pas à nouveau être modifié. Il est également d'avis que le droit des sociétés coopératives doit être révisé plus tard et de manière indépendante.

Le groupe de travail Sàrl a délibérément rompu ce principe sur certains points, notamment lorsqu'il s'agissait d'introduire de manière uniforme, pour toutes les sociétés de capitaux et même pour la société coopérative, des éléments nouveaux, qui n'étaient pas à l'ordre du jour lors de la révision du droit des SA ou lorsqu'il y avait lieu de corriger certains défauts patents et indiscutables du droit des SA.

### **281 Droit des sociétés anonymes**

#### **281.1 Nombre de membres d'une SA; conséquences juridiques du défaut des organes nécessaires**

##### **281.11 Admissibilité de la SA unipersonnelle (art. 625 al. 1 AP)**

L'art. 625 al. 1 AP statue expressément l'admission de la SA unipersonnelle en droit suisse. Ceci est réalisé par le biais d'une disposition sur le nombre des actionnaires lors de la *fondation*: lors de la *fondation* également, et non seulement ultérieurement – comme on l'admet jusqu'ici comme conséquence du caractère non impératif de l'art. 625 al. 2 CO, resté lettre morte en pratique – *un seul actionnaire* suffit. Ainsi, ce n'est pas à proprement parler la SA unipersonnelle qui est (nouvellement) introduite, mais bien la *fondation unipersonnelle*.

La raison de cette innovation est à rechercher d'abord dans l'art. 775 al. 1 AP («nombre des membres» selon l'avant-projet de révision de la Sàrl), admettant qu'un associé suffit à fonder une *Sàrl*. L'admission de la SA unipersonnelle est la conséquence logique de la décision prise dans cet avant-projet d'admettre qu'au stade de la *fondation* déjà, une corporation puisse ne compter qu'une seule personne – physique ou morale.

En outre et sur le fond, des *motifs pratiques* plaident en faveur de la fondation unipersonnelle. Les SA à un seul actionnaire sont une réalité largement répandue. On les rencontre typiquement comme titulaires d'entreprises individuelles (avec pour fonction de limiter la responsabilité) ou comme instruments du regroupement d'entreprises complexes (participation de 100 % à une société fille). Leur admission n'amène pas de difficultés particulières, dans la mesure où les règles du droit des personnes morales sont respectées. En pareil cas, aucun participant n'a intérêt à ouvrir une action en vertu de l'art. 625 al. 2 CO ou à utiliser une autre voie de droit éventuelle. Or, si une SA unipersonnelle satisfait des besoins légitimes sans compromettre les intérêts dignes de protection des autres participants aux relations juridiques, elle ne peut plus susciter d'objections.

L'affirmation qu'une personne morale doit *nécessairement* impliquer *plusieurs personnes* apparaît comme dépassée, ainsi que le montrent les développements récents en droit européen des sociétés (admission de la Srl unipersonnelle; cf. ci-dessus ch. 131.2) et en droit allemand des sociétés anonymes (admission de la SA unipersonnelle en vertu du § 2 de la loi allemande sur la SA). On reconnaît de plus en plus que le choix d'une forme juridique signifie (seulement) celui d'une institution, d'un modèle d'organisation et d'action, qui entraîne l'application de certaines règles. Le respect de celles-ci, et de principes généraux du droit (comme l'art. 2 CC, dont on déduit le «Durchgriff»), garantit la protection de tous les intérêts en présence. Si la réunion de plusieurs personnes est toujours un élément typique d'une société, elle ne présente cependant aucune nécessité.

Sitôt que l'on admet le principe de la société unipersonnelle, c'est faire preuve de dogmatisme excessif sans avantage pratique que de continuer à exiger plusieurs associés au stade de la fondation et de laisser tomber ensuite cette exigence (ou de ne prévoir qu'une sanction illusoire). Une telle réglementation n'a pas de finalité protectrice, mais elle induit le recours à des «hommes de paille» et engendre des coûts.

Une fois la SA unipersonnelle admise, il ne reste qu'à examiner, comme pour la Srl, l'introduction de *règles d'accompagnement*. De telles règles ne doivent, comme en droit de la Srl, s'appliquer qu'aux sociétés ne comptant effectivement qu'un *seul* associé, même si les considérations pratiques qui les justifient pourraient être valables dans des sociétés comportant des rapports de majorités qualifiées ou présentant d'autres particularités. Toute autre solution compromettrait la sécurité du droit. Les règles à poser sont les suivantes:

- Pour la SA unipersonnelle, le groupe de travail Srl propose uniquement une disposition au sujet des *contrats conclus entre l'actionnaire unique et la société* (art. 717 al. 3 AP et cf. ci-dessous ch. 281.6).
- L'art. 3, en relation avec l'art. 6 de la 12<sup>ème</sup> Directive, exige la publication du caractère unipersonnel d'une SA. Cette exigence est reprise à l'art. 641 ch. 6 AP dans un souci d'eurocompatibilité du droit suisse.

### **281.12 Requête en dissolution du préposé au registre du commerce lors du défaut des organes nécessaires (art. 625 al. 2 AP)**

L'absence des organes – légalement ou statutairement – prescrits selon l'art. 625 al. 2 CO ne concerne en pratique que le stade postérieur à la fondation. En effet si, lors de celle-ci et de l'annonce au registre du commerce qui lui est liée, il manque un organe (p. ex. l'organe de révision ou les trois administrateurs en tous cas statutairement prévus dans la SA unipersonnelle en cause), l'inscription doit être refusée.

La sanction prévue par l'art. 625 al. 2 CO en cas d'inobservation des règles sur les organes indispensables, sous forme d'une action en dissolution ouverte aux créanciers et aux actionnaires, a un caractère illusoire reconnu de longue date. Aussi convient-il de repren-

dre la solution de l'art. 820 AP à l'art. 625 al. 2 CO. Cette sanction (requête du préposé au registre du commerce en dissolution de la société) est également applicable dans le cas, qui peut se produire dans le contexte de l'art. 727f CO, où l'organe de révision désigné par le juge à la requête du préposé ne peut entrer en fonction, faute d'avance de ses frais par la société. Mais, après y avoir songé, le groupe de travail Sàrl a renoncé à introduire à l'art. 727f CO une règle spéciale allant dans le même sens ou renvoyant à l'art. 625 al. 2 CO.

### **281.2 Frais du contrôle spécial (art. 697g AP)**

L'art. 697g CO prévoit que l'avance des frais du contrôle spécial ordonné par le juge est en principe mise à la charge de la société. Il peut arriver que celle-ci ne s'exécute pas et tente ainsi d'empêcher le contrôle ordonné. En pareil cas, la loi ne prévoit pas de sanction propre à assurer la protection des actionnaires requérants, auxquels on ne peut demander d'avancer les frais à la place de la société. Pour remédier à ce problème, le groupe de travail Sàrl propose d'ajouter à cette disposition une règle permettant dans ce cas à la personne qui a requis le contrôle spécial de demander l'exécution du jugement, de manière que le réviseur puisse être provisionné et accomplir son mandat.

### **281.3 Prêts des associés remplaçant du capital propre (art. 697i AP)**

Les règles proposées par l'art. 807c AP sont destinées à renforcer le capital social (cf. ci-dessus ch. 225.9). Elles compléteraient utilement la réglementation de la société anonyme. Le groupe de travail Sàrl propose ainsi de les introduire aussi en droit des SA. Comme dans le projet de révision de la Sàrl, la disposition peut prendre place dans le chapitre consacré aux droits et obligations des associés (actionnaires).

### **281.4 Nationalité et domicile (art. 708 AP)**

A l'art. 813 AP, le groupe de travail Sàrl a proposé une réglementation posant uniquement des exigences sur le domicile en Suisse et non sur la nationalité des gérants d'une Sàrl aptes à la représenter. Cette solution devrait être reprise en droit des SA, ce qui alignerait les exigences posées à l'endroit des gérants d'une Sàrl et des administrateurs d'une SA. Pour ceux-ci aussi, il est nécessaire et suffisant d'assurer qu'un seul administrateur au moins de la société soit domicilié en Suisse et puisse l'y représenter, quelle que soit sa nationalité. La sanction prévue à l'art. 813 al. 2 AP serait également introduite en droit des SA.

### **281.5 Radiation d un administrateur sortant au registre du commerce (art. 711 al. 2 AP)**

La nouvelle règle permettant à un associé sortant d'annoncer lui-même et sans délai sa sortie de la Sàrl au registre du commerce (art. 794 al. 2 AP) peut être opportunément reprise pour l'administrateur d'une SA.

### **281.6 Contrats de l actionnaire avec une SA unipersonnelle (art. 717 al. 3 AP)**

La règle posée à l'art. 717 al. 3 AP, selon laquelle, dans une SA unipersonnelle, certains contrats entre l'actionnaire et la société doivent être passés par écrit ou protocolés, est prescrite par la directive européenne sur les Sàrl unipersonnelles; elle se trouve déjà dans l'avant-projet de révision de la Sàrl (art. 812b al. 3 AP; cf. ci-dessus ch. 213). Une telle disposition concrétise la prohibition du contrat avec soi-même, dans la mesure où elle prévoit une mesure de protection dans un cas posant un problème analogue.

### 281.7 Radiation de l'organe de révision (art. 727e al. 4 AP)

A l'instar de l'administrateur, le réviseur sortant devrait lui aussi pouvoir annoncer *lui-même* sa sortie<sup>14</sup>.

## 282 Droit de la société coopérative

### 282.1 Admissibilité de la société coopérative unipersonnelle?

Après avoir ancré expressément le principe de la société unipersonnelle dans le droit de la Sàrl, puis de la SA, le groupe de travail Sàrl s'est demandé s'il fallait en faire de même pour le droit des sociétés coopératives, dont la pratique connaît quelques (rares) cas de sociétés unipersonnelles.

Le groupe de travail Sàrl estime que cette forme est incompatible avec le droit en vigueur. Celui-ci se fonde sur le principe légal de l'*entraide réciproque* (art. 828 al. 1 CO), ce qui suppose nécessairement la réunion de plusieurs personnes. L'art. 894 al. 1 CO exige aussi que l'administration d'une société coopérative se compose au moins de trois personnes, dont la majorité – c'est-à-dire deux au moins – doivent être coopérateurs.

Il n'y a pas lieu d'examiner ici si l'introduction d'une coopérative à un seul associé pourrait être opérée dans le cadre d'une *révision globale de ce droit*, qui l'éloignerait de l'idéal coopératif.

### 282.2 Nombre de membres et domicile (art. 831 et 895 AP)

L'introduction de la possibilité, offerte *au préposé au registre du commerce, de requérir la dissolution de la société coopérative* lorsque les organes prescrits par la loi ne sont plus représentés et la modification des *exigences légales imposées aux membres de l'administration* quant à leur *domicile* sont les deux adaptations qui s'imposent en droit des sociétés coopératives. Le groupe de travail Sàrl s'est aussi demandé s'il était opportun d'introduire dans ce droit une disposition sur les prêts remplaçant le capital propre. Il y a renoncé, en raison du fait que la coopérative n'est pas une société de capitaux semblable à la SA et que le capital social n'y a pas la même signification.

## 283 Droit des raisons de commerce

L'adjonction de la forme juridique dans la raison de commerce des SA et des coopératives est désirable (cf. ci-dessus ch. 224). Le groupe de travail Sàrl propose donc une réglementation analogue à celle qui prévaut en droit de la Sàrl pour les deux formes de sociétés précitées (art. 950 AP).

Outre les modifications qui résultent directement des changements apportés aux règles de droit de la Sàrl, le groupe de travail Sàrl propose une innovation qui devrait répondre aux besoins de la pratique.

L'expérience démontre en effet que les fondateurs d'une nouvelle société devraient avoir la possibilité d'inscrire, en cours de constitution et à titre provisoire, la raison de commerce choisie – qui peut être un élément d'importance décisive pour leur projet – afin de bénéficier de la protection légale. En posant une limite dans le temps relativement étroite – les

---

<sup>14</sup> L'avant-projet de LECCA prévoit, à son art. 52 al. 2, que le réviseur démissionnaire peut annoncer lui-même la fin de son mandat au registre du commerce, dans la mesure où les organes de gestion supérieurs ne s'exécutent pas dans les trente jours.

trois mois proposés pourraient être éventuellement ramenés à deux, moins ne serait par contre plus raisonnable – on prévient les abus possibles.

Pour le calcul du délai, c'est la *requête d'inscription* qui est déterminante, non l'inscription elle-même. On peut se demander si cela doit résulter du texte légal lui-même, ou si son commentaire suffit: pour l'introduction de cette précision dans la loi plaide le fait que celle-ci doit être formulée exactement et sans ambiguïté; en revanche, cette solution se heurte au fait qu'elle créerait une divergence (seulement apparente sur le fond) avec l'art. 650 al. 3 CO. Pour ne pas créer cette divergence, l'art. 934 al. 3 AP parle donc d'«inscription», par quoi il faut comprendre la *requête d'inscription*, comme à l'art. 650 al. 3 CO, correctement interprété.

### **3 Eurocompatibilité de l'avant-projet**

#### **31 Introduction**

##### **311 Aperçu**

L'Union européenne poursuit en matière de droit des sociétés deux buts distincts:

- Depuis les années soixante déjà, elle tend à une *harmonisation* de certains domaines du droit des sociétés des Etats membres.
- Elle a entrepris par ailleurs des efforts pour la création de *formes de société supranationales*, ce qui n'a jusqu'ici donné de résultats que dans le cas du Groupement européen d'intérêts économiques (GEIE).

Ainsi, l'examen de l'avant-projet de révision du droit de la Sàrl doit tenir compte des douze directives d'harmonisation du droit des sociétés actuellement en vigueur.

Le programme d'harmonisation de l'Union européenne concerne principalement les sociétés de capitaux. Ainsi, si le droit de la Sàrl est concerné par les 1<sup>ère</sup>, 4<sup>ème</sup>, 7<sup>ème</sup>, 8<sup>ème</sup> et 11<sup>ème</sup> directive, la 12<sup>ème</sup> directive relative à la société unipersonnelle ne traite que de la Sàrl. Les autres actes, parmi lesquels la 2<sup>ème</sup> et la 3<sup>ème</sup> directive, ne traitent que de dispositions particulières à la SA.

Eu égard au grand nombre de règles existantes dans le domaine, on ne s'attachera qu'à discuter les différences entre le droit européen des sociétés et l'avant-projet de révision.

##### **312 But du programme d'harmonisation**

Le Traité de Rome n'institue pas de système unifié de droit des sociétés commerciales. L'art. 54 al. 3 lit. g prévoit cependant une *coordination*, dans la mesure nécessaire et en vue de les rendre équivalentes, des *garanties* exigées dans les Etats membres, pour protéger *les intérêts tant des associés que des tiers*. Le droit communautaire secondaire suit ce principe dans la mesure où il impose à la Sàrl une obligation étendue de publicité dans l'intérêt des associés et des tiers.

Il faut donc considérer que les directives de l'Union européenne ne cherchent à harmoniser et ne posent des principes que dans des domaines du droit des sociétés de capitaux, même s'il s'agit de domaines très importants. Il n'est par conséquent pas tout à fait pertinent de parler d'une manière générale de «droit européen des sociétés».

## **32 Examen de l'avant-projet au regard des directives européennes**

### **321 1<sup>ère</sup> directive du Conseil 68/151/CEE du 9 mars 1968 (directive relative à la publicité)**

#### **321.1 Contenu**

La directive règle d'abord l'obligation de la Sàrl de publier certains documents et renseignements, de même que les formes de publicité (inscription dans un registre, mesures de publicité dans les journaux officiels) et leurs effets à l'égard des tiers (art. 1 à 6).

La directive contient aussi des prescriptions sur la validité des engagements pris par la société, en introduisant notamment le principe des pouvoirs illimités de représentation des organes de la société (art. 7 à 9).

Enfin, elle limite à certains cas précisément délimités les causes de nullité de la société selon le droit national (art. 10 à 12).

#### **321.2 Publication des faits pertinents**

L'art. 930 CO, en relation avec l'art. 9 ORC, pose le principe de la publicité du registre du commerce, ce qui implique aussi la possibilité de consulter les pièces justificatives de l'inscription. Dans cette mesure, le droit suisse actuel satisfait déjà aux exigences les plus importantes de la 1<sup>ère</sup> directive relative au droit des sociétés.

#### **321.3 En particulier: publicité des comptes**

Il existe toutefois une exception dans le domaine de la publicité des comptes:

L'art. 2 al. 1 lit. f en relation avec l'art. 3 de la 1<sup>ère</sup> directive prévoit un droit de regard illimité et général des tiers sur le bilan et le compte de pertes et profits de chaque exercice.

Cette disposition n'était au départ pas applicable à la Sàrl et ne l'a été qu'en 1978, en même temps que l'adoption de la directive relative au bilan (4<sup>ème</sup> directive du droit des sociétés). L'art. 47 al. 2 et 3 de la 4<sup>ème</sup> directive fait pourtant les distinctions suivantes:

- Les petites sociétés dont le total du bilan n'excède pas 2,5 millions d'ECU, où le chiffre d'affaires net ne dépasse pas 5 millions d'ECU et dont le nombre d'employés est, en moyenne, inférieur à 50, ne doivent publier leurs comptes et les annexes que d'une manière simplifiée.
- Les sociétés moyennes dont le total du bilan n'excède pas 10 millions d'ECU, où le chiffre d'affaires net ne dépasse pas 20 millions d'ECU et dont le nombre d'employés est, en moyenne, inférieur à 250, jouissent de même d'un allègement de l'obligation de publication. Cet allègement ne va cependant pas aussi loin que pour les petites sociétés.
- Les grandes sociétés sont tenues à une obligation pleine et entière de publication de leurs comptes.

Selon les conceptions juridiques de l'Union européenne, la publication doit servir à informer les tiers sur la société. Ainsi, les comptes annuels de la Sàrl doivent être mis à disposition de tout un chacun pour consultation.

En revanche, l'avant-projet de révision prévoit, à son art. 805 AP, que la publication des comptes annuels ne sera obligatoire que lorsque la société aura émis des obligations d'emprunt. Si cette condition fait défaut, seuls les créanciers de la société, justifiant d'un intérêt digne de protection pourront exiger la consultation.



Les deux ordres juridiques ne coïncident donc pas, cela d'autant moins qu'en pratique, il est rare qu'une Sàrl émette des obligations d'emprunt<sup>15</sup>.

Une tentative allemande d'introduire, dans le droit européen, par la directive 90/604 du 8 novembre 1990, une publicité restreinte pour les petites et moyennes entreprises (PME), n'a pu être réalisée.

### 321.4 Validité des engagements

L'art. 783a AP, qui institue une responsabilité solidaire des fondateurs, remplit les conditions de la directive (art. 7).

L'art. 8 de la 1<sup>ère</sup> directive sur le droit des sociétés protège la bonne foi des tiers en la constitution des organes de la société. Un défaut dans la constitution des organes ne peut être opposé à un tiers que si la société prouve que le tiers en avait connaissance.

L'avant-projet de révision ne répond pas directement à la question de savoir quelle est l'étendue et la limitation des pouvoirs de représentation, mais se borne, à son art. 814 al. 1 AP, à renvoyer au droit des SA, soit à l'art. 718a al. 2 CO. Cette disposition ne satisfait pas aux exigences de l'art. 8 de la directive.

Selon l'art. 9 al. 1 1<sup>ère</sup> phrase de la 1<sup>ère</sup> directive, la société est engagée vis-à-vis des tiers pour les agissements de ses organes, même lorsque ceux-ci sortent du cadre des activités de l'entreprise. Cette règle ne vaut pas, si les agissements mis en cause dépassent les pouvoirs qui sont confiés par la loi à ces organes ou qui auraient pu l'être.

Les Etats membres peuvent toutefois introduire des dispositions selon lesquelles la société n'est pas engagée lorsqu'elle prouve que le tiers avait ou aurait dû avoir connaissance du dépassement des pouvoirs. La publication seule ne suffit pas à en apporter la preuve (art. 9 al. 1 2<sup>ème</sup> phrase).

L'avant-projet de révision règle à nouveau ce problème, à son art. 814 al. 1 AP, par renvoi au droit des SA. La solution de l'art. 718a CO diverge de la directive.

Ainsi, les personnes autorisées à représenter la société ont le droit d'accomplir, au nom de celle-ci, tous les actes que peut impliquer le but social.

Même une interprétation extensive de l'art. 718a CO ne permet pas d'atteindre le niveau de protection de la 1<sup>ère</sup> directive. Celle-ci, contrairement à l'art. 718a CO, part du principe que les actes des organes de la société, même ceux qui dépassent le but de celle-ci, restent valables. La conséquence pratique de cette distinction est cependant limitée à de rares cas, car le Tribunal fédéral tient largement compte de la sécurité des transactions dans l'interprétation des pouvoirs de représentation.

Les dispositions de la 1<sup>ère</sup> directive sur la nullité des sociétés ne posent quant à elles aucun problème (art. 10 à 12).

---

<sup>15</sup> Selon l'avant-projet de LECCA, l'obligation de publication des comptes annuels dépend de la taille de l'entreprise. L'art. 61 AP LECCA prévoit que seules les grandes Sàrl (bilan supérieur à 20 millions de francs, chiffre d'affaires supérieur à 40 millions de francs, nombre de collaborateurs supérieur à 250) doivent les délivrer à toute personne qui en fait la demande. Pour les petites et moyennes sociétés de capitaux, l'avant-projet de LECCA n'est pas eurocompatible non plus (cf. rapport explicatif LECCA, p. 83 ss et 157 ss).

### 321.5 Résultat intermédiaire

Du point de vue de la publication des comptes annuels, l'avant-projet de révision reste en deçà des exigences actuelles posées par les 1<sup>ère</sup> et 4<sup>ème</sup> directive européennes<sup>16</sup>. La première directive pose d'autres problèmes en relation avec la protection des tiers vis-à-vis des actes des organes de la société.

## 322 4<sup>ème</sup> directive du Conseil 78/660/CEE du 25 juillet 1978 (directive relative au bilan)

### 322.1 Contenu

La directive traite en détail de la clôture annuelle des comptes. Le bilan, le compte de pertes et profits ainsi que l'annexe (art. 2) font partie intégrante des comptes annuels. Complétés par un rapport de situation (art. 46) et par un rapport de révision des comptes (art. 51), ces documents constituent un rapport d'ensemble de la situation de la société.

La structure du bilan et du compte de pertes et profits doit être établie selon un schéma détaillé, même si diverses options sont offertes aux Etats membres.

La directive contient aussi des règles et principes d'évaluation, ainsi que des prescriptions sur la révision et la publication des comptes annuels (cf. ci-dessus ch. 131.2).

La directive opère une distinction entre petites, moyennes et grandes sociétés. Pour les catégories inférieures de sociétés, elle ne prévoit pas seulement un allègement des exigences de publication mais aussi des détails dans la tenue des comptes.

### 322.2 Tenue des comptes

L'avant-projet de révision prévoit à l'art. 805 AP que les dispositions du droit des sociétés anonymes relatives à la tenue des comptes et aux réserves (art. 662 à 674 CO) sont applicables à la Sàrl. La tenue des comptes des sociétés anonymes suisses repose en outre, également, sur les dispositions générales de la comptabilité commerciale (art. 957 ss CO)<sup>17</sup>.

La reddition des comptes au moyen de rapports séparés est prévue tant dans le droit suisse que dans la 4<sup>ème</sup> directive. Le code des obligations définit ces rapports - en particulier les comptes annuels (comprenant le compte de pertes et profits, le bilan et les annexes, art. 662 al. 2 CO) et le rapport annuel - comme étant un rapport global, soit le rapport de gestion. De cette manière, une unité formelle et matérielle des divers rapports individuels est assurée<sup>18</sup>.

Malgré le rapprochement, résultant de la révision du droit des sociétés anonymes en 1991, des dispositions du droit suisse avec les dispositions du droit européen, le droit suisse sur l'établissement des comptes ne peut être qualifié d'eurocompatible. Les différences entre les deux ordres juridiques résident notamment dans les points suivants:

---

<sup>16</sup> Cela vaut toutefois aussi pour l'avant-projet de LECCA (art. 60 ss; cf. rapport explicatif LECCA, p. 83 ss et 157 ss.)

<sup>17</sup> L'avant-projet de LECCA règle en principe l'établissement des comptes annuels indépendamment de la forme juridique (cf. rapport explicatif LECCA, p. 70 ss).

<sup>18</sup> L'avant-projet de LECCA stipule que le rapport de gestion se compose des comptes annuels et du rapport annuel. Les comptes annuels comprennent les comptes individuels et, le cas échéant, les comptes consolidés (art. 7 al. 2). Les comptes individuels se composent du bilan, du compte de résultat mais aussi, et cela est nouveau, du tableau des flux de trésorerie et de l'annexe (art. 13 al. 1 AP LECCA).

- Les exigences quant à la structure minimale des comptes du droit suisse des SA (cf. art. 663 CO et art. 9 de la directive) n’ont pas la densité normative de la 4<sup>ème</sup> directive. Alors que le droit suisse des sociétés anonymes laisse largement le soin à la doctrine et à la pratique de répondre à la question de savoir de quel compte doit ressortir la situation financière de la société, la 4<sup>ème</sup> directive contient des dispositions contraignantes et détaillées.
- Le droit suisse actuel ne tient aucun compte de l’importance de la société quant à l’étendue de l’obligation d’établir des comptes. Les prescriptions de la directive en la matière sont cependant facultatives pour les Etats membres, ce qui signifie qu’ils sont libres de les transposer dans leur droit national ou non (cf. art. 11 à 12, 27, 44).
- La différence la plus importante entre les deux ordres juridiques est que le droit suisse permet la constitution de *réserves latentes volontaires*. Cette constitution, justifiée par le souci d’assurer la prospérité durable de l’entreprise selon l’art. 669 al. 3 CO, n’est plus possible au regard de la 4<sup>ème</sup> directive. Comme le renvoi de l’art. 805 de l’avant-projet de révision se réfère aussi à l’art. 669 al. 3 CO, le droit comptable de la Sàrl se trouve également en contradiction avec le principe directeur de la «true and fair view» du droit comptable européen.
- Il n’y a aucune concordance terminologique et systématique.

### 322.3 Révision

La 8<sup>ème</sup> directive du Conseil 84/253 du 10 avril 1984 unifie les exigences relatives aux contrôleurs des comptes afin que les rapports annuels de révision comptables prescrits par les 4<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> directives soient présentés de manière équivalente dans tous les Etats membres.

Selon l’art. 51 al. 2 de la 4<sup>ème</sup> directive, en relation avec les dispositions de la 8<sup>ème</sup> directive, les comptes annuels de toutes les sociétés qui sont astreintes à tenir des comptes doivent être contrôlés par un réviseur indépendant de niveau universitaire. Les Etats membres peuvent exonérer de cette obligation les petites sociétés (sociétés dont le total du bilan n’excède pas 2,5 millions d’ECU, 5 millions d’ECU de chiffre d’affaires et qui ne comptent en moyenne pas plus de 50 collaborateurs, cf. art. 11 de la 4<sup>ème</sup> directive).

L’avant-projet de révision prévoit, à son art. 819 AP, une obligation de révision pour toutes les sociétés. Selon l’art. 727b CO, seules les grandes sociétés sont astreintes à un contrôle par un expert-comptable diplômé au sens de l’ordonnance de 1992 sur la qualification des réviseurs<sup>19</sup>.

Le droit suisse correspond ainsi pour l’essentiel, mais non entièrement, aux exigences des 4<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> directives :

- Comme l’art. 51 al. 2 de la 4<sup>ème</sup> directive libère entièrement les petites sociétés (sociétés dont le total du bilan n’excède pas 2,5 millions d’ECU, 5 millions d’ECU de chiffre d’affaires et dont le nombre de collaborateur n’excède en moyenne pas 50) de l’obligation de révision, la réglementation suisse (obligation de révision, mais par des réviseurs moins qualifiés) est dans cette mesure conforme au droit européen.

---

<sup>19</sup> Les art. 46 ss AP LECCA prévoient une procédure d’agrément pour les contrôleurs des comptes. Les moyennes et grandes Sàrl doivent faire contrôler leurs comptes par un contrôleur agréé (art. 44 AP LECCA, variante I). Si toutes les Sàrl sont astreintes au contrôle des comptes (variante II de l’art. 43 AP LECCA), les petites Sàrl doivent faire contrôler leurs comptes par un contrôleur dont les qualifications sont adaptées à la nature et à la taille de l’entreprise (art. 44 AP LECCA, variante II).

- Dans la mesure où le droit suisse admet cependant, pour les sociétés dépassant les limites ci-dessus, un contrôle par des réviseurs qui ne remplissent pas les conditions de la 8<sup>ème</sup> directive, l'eurocompatibilité de l'avant-projet n'est pas garantie.

Pour les sociétés dépassant les valeurs limites de l'art. 727b CO, les exigences des directives concernant le réviseur sont à nouveau remplies.

En ce qui concerne l'indépendance des réviseurs, il n'existe selon les termes de l'art. 727c CO, auquel nous renvoyons, aucune réserve (cf. art. 24 de la 8<sup>ème</sup> directive).

A nouveau, le strict respect des normes européennes créerait des différences avec le droit des SA.

### **322.4 Domicile en Suisse**

A la lumière du droit européen, le renvoi à l'art. 727 al. 2 CO, selon lequel un réviseur au moins doit avoir son domicile, son siège ou une succursale enregistrée *en Suisse* pose problème<sup>20</sup>. La 8<sup>ème</sup> directive ne règle ni la liberté d'établissement des réviseurs, ni la libre circulation des services correspondants (cf. expressément le 11<sup>ème</sup> considérant de la directive). De telles assertions ressortent cependant du Traité.

Tenant compte des restrictions de la directive 89/48 sur une réglementation générale de la reconnaissance des diplômes des hautes écoles, qui justifient d'une formation professionnelle d'au moins trois ans, les art. 59 ss du Traité (libre circulation des services) accordent à chaque réviseur établi dans l'Union européenne une prétention à pouvoir utiliser ses connaissances professionnelles dans un autre État membre que celui où il a son siège (cf. considérants 1 et 13 de la directive 89/48).

*Digression* : ces développements valent par analogie aussi pour les exigences de l'art. 813 AP en relation avec les exigences de domicile des gérants. Une telle exigence constitue une discrimination directe prohibée par l'art. 6 du Traité; une telle restriction est cependant possible sur le plan de l'EEE.

### **322.5 Résultat intermédiaire**

Le renvoi de l'avant-projet aux prescriptions relatives à la tenue des comptes du droit des SA introduit la même situation – rapprochement des standards des directives européennes mais toujours de nombreuses lacunes dans l'eurocompatibilité – dans le droit de la Sàrl. Dans des domaines particuliers, les prescriptions sur la révision annuelle ne sont pas toujours en accord avec les dispositions des 4<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> directives relatives à la révision des comptes ou avec le principe de la libre circulation des services.

## **323 7<sup>ème</sup> directive du Conseil 83/349/CEE du 13 juin 1983 (directive relative aux comptes consolidés)**

### **323.1 Contenu**

Cette directive a été émise en complément de la 4<sup>ème</sup>. Elle ne contient aucune définition légale du groupe de sociétés mais oblige les sociétés liées à consolider leurs comptes

---

<sup>20</sup> L'avant-projet de LECCA prescrit qu'au moins un contrôleur des comptes doit avoir son domicile, son siège ou une succursale inscrite en Suisse. La commission d'experts laisse la question de la conformité de la disposition avec le droit européen ouverte. A ses yeux, il se justifie de prolonger l'état actuel du droit en vigueur (art. 45 al. 2 AP LECCA; cf. rapport explicatif LECCA, p. 150).

annuels. Ceux-ci doivent en principe être établis de la même manière que pour une entreprise unique.

L'obligation de consolidation existe pour une entreprise lorsque celle-ci, en qualité de société mère ou fille, a la forme juridique d'une Sàrl (art. 4). En outre, une telle société doit posséder la majorité des voix d'une ou plusieurs sociétés filles ou être autorisée à désigner les organes directeurs de la société ou à dominer la société fille, soit par le biais d'un contrat, soit par les statuts.

Il incombe par ailleurs aux États membres d'introduire l'obligation de consolidation lorsqu'une société mère a la maîtrise de fait sur la société fille ou encore lorsque deux sociétés se trouvent sous la direction commune de la société mère (art. 1, 2).

Les groupes d'entreprises peuvent être libérés de l'obligation de consolidation lorsqu'ils remplissent les critères établis dans la 4<sup>ème</sup> directive pour les petites et moyennes entreprises.

### **323.2 Obligation de consolidation selon l'avant-projet**

Le renvoi de l'art. 805 de l'avant-projet pose clairement que les art. 663e à 663g CO s'appliquent aussi aux groupes de Sàrl.

S'agissant du devoir de consolidation, l'art. 663e CO vise uniquement le cas où la société regroupe, par une majorité des voix ou d'une autre manière, une ou plusieurs sociétés sous une direction commune. Dans cette mesure, il n'existe aucune contradiction avec l'art. 1<sup>er</sup> de la 7<sup>ème</sup> directive. Il est vrai que la 7<sup>ème</sup> directive a un champ d'application plus étendu, exigeant la consolidation selon le critère du «contrôle» lorsqu'il n'existe pas une direction commune.

S'agissant de la tenue des comptes d'un groupe de sociétés, l'art. 663g CO renvoie aux principes généraux de la tenue des comptes de l'art. 662a CO<sup>21</sup>.

### **324 11<sup>ème</sup> directive du Conseil 89/666/CEE du 21 décembre 1989 (directive sur les succursales)**

La directive vaut pour les succursales qui ont été créées dans un État membre, notamment par des Sàrl, et qui sont soumises au droit d'un autre État membre. Elle contient des obligations particulières de publication, en vue de la protection des personnes qui entrent en relation avec une société par le biais d'une succursale.

S'agissant des documents comptables de la société, il suffit de déposer au registre des succursales les documents contrôlés et publiés par la société selon son droit national et en accord avec les 4<sup>ème</sup>, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> directives. Les succursales ne doivent pas dresser de bilan.

S'il existe dans un État membre plusieurs succursales d'une même société, la publication relative à l'acte de fondation, aux statuts et à leurs éventuelles modifications ainsi qu'aux comptes de la société peut avoir lieu, au choix de la société, au registre de l'une des suc-

---

<sup>21</sup> L'avant-projet LECCA instaure une obligation de consolidation des comptes pour toutes les entités soumises à l'obligation d'établissement des comptes. La condition préalable à l'obligation de consolidation est le contrôle. Même les petits groupes, contrairement au droit des SA, ne sont pas libérés de l'obligation de consolidation. L'avant-projet LECCA ne pose aucun principe quant à la consolidation et renvoie aux principes généralement admis quant à l'établissement des comptes (art. 38 ss AP LECCA; cf. rapport explicatif LECCA, p. 144 ss).

curiales. L'obligation de publication des autres succursales s'étend alors aux données du registre de la succursale où la publication a eu lieu.

La correspondance commerciale et les bons de commande utilisés par la succursale doivent au moins contenir les mêmes données que les papiers correspondants de la société, ainsi que l'indication du registre dans lequel la succursale est enregistrée.

L'avant-projet de révision ne prévoit pas, en tant que réglementation purement nationale, de prescriptions transnationales qui correspondent à cette directive.

L'art. 782 AP ne règle la publicité de la succursale que dans la mesure où l'inscription en référence à l'établissement principal doit intervenir au lieu de la succursale. Au surplus, cette disposition fonde un for au lieu de la succursale.

### **325          12<sup>ème</sup> directive du Conseil 89/667/CEE du 21 décembre 1989 (sociétés unipersonnelles)**

La 12<sup>ème</sup> directive n'est en principe impérative que pour la Srl. Elle s'applique cependant aussi aux sociétés anonymes, dans la mesure où celles-ci sont admises dans les États membres comme sociétés unipersonnelles (art. 6 de la 12<sup>ème</sup> directive).

La directive prévoit la fondation d'une société unipersonnelle comme telle ou sa transformation postérieure suite à la réunion de toutes les parts sociales en mains d'une seule personne. Dans le cas d'une transformation postérieure, aussi bien cette circonstance que l'identité du sociétaire doivent faire l'objet d'une publication dans un registre accessible à tous.

Les décisions du sociétaire en sa qualité d'assemblée des sociétaires doivent être constatées par écrit. Il en va de même pour les contrats conclus entre lui-même et la société qu'il représente, dans la mesure où il ne s'agirait pas d'opérations courantes.

L'avant-projet de révision prévoit expressément à son art. 775 AP (pour la SA, art. 625 al.1 AP) la société unipersonnelle créée de manière originale ou transformée postérieurement. L'art. 812b al. 3 AP (pour la SA, art. 717 al. 3 AP) satisfait également aux exigences de la directive concernant les contrats conclus entre l'associé unique et la société qu'il représente. Les art. 775 al. 2 AP et 781 ch. 6 AP (pour la SA, art. 641 ch. 6 AP) sont conformes aux exigences de l'art. 3 de la 12<sup>ème</sup> directive quant à la publication de l'existence d'une société unipersonnelle au registre du commerce.

### **33            Synthèse**

Sur de nombreux points qui ont été réglés par les directives de l'Union européenne, l'avant-projet de révision se rapproche du standard européen ou y satisfait entièrement.

Des différences subsistent là où il est renvoyé aux dispositions du droit des sociétés anonymes. En particulier, les *prescriptions en matière de comptabilité* ne correspondent notamment pas aux standards européens. L'eurocompatibilité ne pourrait être atteinte qu'au moyen d'une nouvelle révision du droit des SA ou par la *nouvelle loi fédérale sur l'établissement et le contrôle des comptes annuels* (LECCA) qui fut élaborée par la commission d'experts dirigée par M. Peider Mengiardi, docteur en droit. Cet avant-projet est en procédure de consultation à l'heure actuelle. L'assimilation totale aux directives

d'harmonisation de l'Union européenne en matière d'établissement des comptes n'est pas complète<sup>22</sup>.

Enfin les dispositions relatives aux *exigences en matière de siège* pour les réviseurs et les gérants ne pourraient être maintenues dans l'Union européenne<sup>23</sup>.

#### 4 Besoin de nouvelles formes de sociétés?

Reste à discuter si, dans le large contexte de la révision du droit de la Sàrl, il ne vaudrait pas mieux introduire une *forme particulière de SA*, la «petite SA» (ou SA privée) en lieu et place ou en sus de la Sàrl révisée. Il y a également lieu d'examiner si la *création d'une forme supplémentaire de société de personnes*, qui se rapprocherait du modèle allemand de «GmbH & Co. KG», telle que la connaît la pratique des pays voisins, s'impose.

Dans le premier paragraphe qui suit (ch. 41), les relations entre le droit révisé de la Sàrl et le *droit des sociétés anonymes* sont abordées. Dans le second paragraphe (ch. 42), l'introduction possible d'une construction juridique au sens de la «GmbH & Co. KG», connue du droit allemand notamment, est analysée.

#### 41 La révision du droit de la Sàrl au regard du droit des sociétés anonymes

La forme de la société anonyme du droit suisse est par expérience très *souple*. Elle n'est pas seulement appropriée pour les grandes mais aussi pour les petites et les moyennes entreprises. Lorsque le droit des sociétés anonymes est, sur certains points, trop strict ou lorsque les statuts de la société anonyme ne peuvent être suffisamment élaborés en fonction du caractère personnel de la société, la forme juridique de la Sàrl – dans la mesure où elle est réformée de manière judicieuse, s'offre aux fondateurs.

L'avant-projet de révision du droit de la Sàrl renvoie sur de nombreux points aux dispositions actuelles du droit des sociétés anonymes. Cela ne signifie toutefois pas que la Sàrl devrait apparaître comme une variante de la SA. Au contraire, le droit des sociétés anonymes contient une sorte de *partie générale* du droit des sociétés de capitaux, à laquelle les règles de la Sàrl ou de la société coopérative renvoient ou devraient renvoyer.

Un début de réforme du droit des sociétés anonymes, notamment en regard des besoins des PME, pourrait aussi consister en l'introduction, dans la réglementation actuelle du droit des sociétés anonymes, de quelques dispositions spéciales et en la création d'une *forme particulière de SA*, entre la SA et la Sàrl («SA privée» ou «petite SA»). Une telle proposition fut développée par *Alain Hirsch* et *Peter Nobel* (cf. RSDA 3/1997, p. 126 ss) – en tant qu'alternative à la réforme du droit de la Sàrl. Après mûre réflexion, le groupe de travail Sàrl est arrivé à la conclusion que cette voie *ne devait pas être suivie*.

Même au regard du droit actuel, une Sàrl n'est *pas nécessairement plus petite* qu'une SA. Bien plus, l'avant-projet s'écarte encore davantage de la conception selon laquelle une Sàrl doit nécessairement être une petite société et une SA une grande.

<sup>22</sup> L'avant-projet LECCA correspond dans son ensemble aux 1<sup>ère</sup>, 4<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> directives relatives au droit des sociétés: «*Fair presentation*» (plus de réserves latentes volontaires), prescriptions et différenciations en fonction de la taille de la société. Quant à la publicité et à la reconnaissance des principes généralement admis pour l'établissement des comptes, l'avant-projet s'est consciemment écarté des directives. Les prescriptions relatives à l'annexe s'en écartent aussi sur certains points (cf. rapport explicatif LECCA, p. 83 ss).

<sup>23</sup> La commission d'experts «Droit comptable» laisse ouverte la question de l'eurocompatibilité de la disposition. A ses yeux, il se justifie de maintenir l'état actuel du droit en vigueur (art. 45 al. 2 AP LECCA; cf. rapport explicatif LECCA, p. 150).

Ainsi, le capital social minimal d'une Sàrl est de 40'000.- francs alors que le capital-actions d'une SA atteint au moins 100'000.- francs. Comme le capital social de la Sàrl doit toujours être entièrement libéré, contrairement au capital-actions, les *moyens financiers* permettant de fonder une Sàrl sont *très proches* de ceux nécessaires à la fondation d'une SA, à savoir 40'000.- francs, resp. 50'000.- francs.

La disposition actuelle limitant le capital social à 2 millions de francs au maximum pour la Sàrl étant *supprimée*, cette société est tout à fait à même de convenir pour de grandes entreprises. Les associés auront dès lors le choix entre la Sàrl et la SA.

*Fondamentalement*, la Sàrl se distingue de la SA par l'exigence du *consentement* de l'assemblée des associés au transfert des parts sociales, par la prohibition de l'*incorporation* des parts sociales dans un titre à ordre ou au porteur et enfin par la possibilité de prévoir statutairement *une obligation de versements supplémentaires ou de prestations accessoires*. La Sàrl est ainsi taillée sur mesure pour les rapports sociaux dans lesquels il importe de tenir particulièrement compte des personnes, de leurs aptitudes ou intérêts particuliers. Elle apparaît particulièrement appropriée pour les sociétés de famille.

La Sàrl n'est au contraire *pas indiquée* pour des situations dans lesquelles la *personnalité* des associés importe peu, c'est-à-dire pour les sociétés publiques. Il est exclu, selon l'avant-projet, que la Sàrl puisse faire appel au *marché des capitaux* pour se financer en fonds propres; tout au plus peut-elle émettre des obligations d'emprunts mais non des emprunts convertibles ou à option. L'exclusion des parts sociales du marché boursier, hors bourse ou para-boursier n'est donc nullement un inconvénient mais seulement un élément essentiel inhérent au concept de Sàrl.

Le concept de «*petite SA*» suggère que cette forme de société est plus petite qu'une SA et lui correspond pour le surplus. Pour la Sàrl, il est insatisfaisant à deux égards: comme déjà mentionné, la Sàrl révisée ne se distingue pas nécessairement de la SA par sa taille mais par sa structure personnalisée. Elle ne doit ainsi pas être utilisée sur la base de considérations financières mais bien plus en raison des liens étroits entre associés, ces liens étant souvent concrétisés actuellement, en droit des SA, par des conventions d'actionnaires.

La dénomination de «*petite SA*» pour la Sàrl apparaît donc comme inopportune. La notion de «*SA privée*», également en discussion, n'englobera nécessairement pas la totalité des SA dont les actions ne sont pas cotées en bourse.

Il faut donc rejeter le concept d'une SA éclatée en deux morceaux, et cela aussi parce que la Sàrl existe comme concept et comme réalité dans nos *pays voisins*. Il faut surtout refuser l'idée selon laquelle la Sàrl serait la (petite) sœur de la SA.

Le concept de «*petite SA*» comporterait en outre et surtout l'inconvénient que le législateur devrait légiférer «*dos au mur*»: si la Sàrl était supprimée et remplacée par la «*petite SA*», alors *plus de 31'000 Sàrl* (état à fin 1998) devraient se *transformer* en petites sociétés anonymes. Si la «*petite SA*» était adoptée en sus des autres formes de sociétés, alors cela conduirait à *multiplier sans nécessité* des formes de sociétés analogues sans supprimer pourtant la *nécessité d'une révision de la Sàrl*.

## 42 La «GmbH & Co. KG»

### 421 Le postulat du Conseiller national Raggenbass (97.3142)

#### 421.1 Contenu

Le 20 mars 1997, Monsieur le Conseiller national *Hansueli Raggenbass* déposa une *motion* en ces termes:



*«Le Code des obligations doit être modifié de manière à ce que les personnes morales (p. ex. SA, Sàrl, etc) puissent devenir des associées indéfiniment responsables des sociétés de personnes (sociétés en nom collectif, sociétés en commandite).»*

A l'appui de cette motion, son auteur fit valoir pour l'essentiel que le droit actuel empêche un entrepreneur de choisir la forme juridique de la société de personnes, lorsqu'il ne veut pas assumer le risque d'une responsabilité illimitée. L'écrasante majorité des Etats européens (à l'exception notoire de l'Italie) ont fait droit au besoin ressenti par les petites et moyennes entreprises (PME) de pouvoir disposer d'une société de personnes à responsabilité limitée. La forme juridique de la société de personnes peut présenter des avantages pour les PME suisses non seulement sur le plan fiscal (élimination de la «double imposition», c'est-à-dire de la double imposition fiscale du bénéfice dégagé par une société de capitaux), mais aussi pour d'autres raisons (droit comptable, coûts, etc.). L'expérience montrant qu'une grande partie des nouvelles entreprises connaissent l'échec, le législateur devrait permettre la création d'entreprises sans que la responsabilité du fondateur soit engagée de façon illimitée. Les entreprises étrangères profiteraient également de la possibilité de déployer une activité en Suisse en tant qu'associées d'une société de personnes; en vertu des conventions de double imposition passées par la Suisse, les investisseurs étrangers ne seraient imposés qu'en Suisse pour les revenus et la fortune tirés d'une société de personnes. Par contre, dans une société de capitaux, les bénéfices seraient taxés en Suisse et les dividendes imposés encore une fois dans l'Etat étranger du domicile. Parmi les formes juridiques possibles, le Conseiller national H. U. Raggenbass mentionnait la «*GmbH & Co. KG*» (ou «*AG & Co. KG*») qui est très répandue, surtout en Allemagne.

#### **421.2 Prise de position du Conseil fédéral et traitement par le Parlement**

Le Conseil fédéral proposa de transformer la motion en postulat. Dans sa prise de position, il estima que ces propositions méritaient d'être examinées. Il se référa à une forme d'organisation développée en Allemagne par la pratique: la «*GmbH & Co. KG*». Celle-ci n'est cependant pas sans poser problèmes et a souvent fait l'objet de critiques de la part de la doctrine et de la jurisprudence. Parmi les formes possibles de sociétés, elle est celle qui jouit de la plus mauvaise réputation. En effet, on l'associe fréquemment à la possibilité de léser les créanciers. Le Conseil fédéral releva la *construction juridique compliquée* de ce type de société, développée en Allemagne: dans la «*GmbH & Co. KG*» typique, seul un associé est indéfiniment responsable, à savoir une Sàrl, dont le seul but est d'assumer ce rôle dans la société en commandite qui lui est liée. Combiner la «société en commandite» et la «Sàrl» dans un système hybride engendrerait de nombreux problèmes juridiques, à telle enseigne que le contrat de société devrait répondre à des exigences élevées. On peut alors se demander si cette société constituerait vraiment une forme d'organisation apte à satisfaire les besoins des PME. On peut voir le principal avantage de la «*GmbH & Co. KG*» dans la combinaison d'une responsabilité limitée avec le traitement fiscal d'une société de personnes (suppression de la double imposition). En raison des critiques adressées en Allemagne à la «*GmbH & Co. KG*» et de la grande complexité de cette forme de société, il est nécessaire d'examiner plus en détails les avantages et les inconvénients de celle-ci par rapport à d'autres solutions, en particulier l'alternative d'une société de personnes composée exclusivement de personnes physiques assumant une responsabilité limitée. Cette dernière solution impliquerait, il est vrai, un abandon clair et net du système actuel du droit suisse des sociétés.

Le 9 octobre 1998, le Conseil national a décidé de transmettre la motion sous forme de postulat.

## 422 Caractéristiques juridiques de la «GmbH & Co. KG»

### 422.1 Admission d'une société en commandite avec une personne morale en tant qu'unique associée indéfiniment responsable

La «GmbH & Co. KG» est apparue progressivement en Allemagne dès 1912; son existence juridique a été reconnue de manière générale par une décision du Reichsgericht du 4 juillet 1922 (RGZ 105, p. 101 ss) rendue sous la République de Weimar. Le Bundesgerichtshof s'est rallié à cette jurisprudence après la Deuxième guerre mondiale (BGHZ 45, p. 207).

A l'époque, des réserves furent émises à l'égard de la «GmbH & Co. KG»; mais les décisions susmentionnées des Cours suprêmes ne tinrent pas ces objections pour décisives. Une première critique découlait directement de la *structure inhabituelle* de cette forme de société: le titulaire du patrimoine de l'entreprise organisée sous forme de «GmbH & Co. KG» n'est pas la Sàrl, comme son nom le laisse présumer, mais une *société en commandite*. A côté des associés dont la responsabilité est limitée (les commanditaires), on trouve une personne morale, une Sàrl, ayant la qualité d'associé indéfiniment responsable. En droit allemand, il n'y avait pas à l'époque (et il n'y a pas, aujourd'hui encore) de disposition spéciale correspondant à l'art. 594 al. 2 CO, introduit en 1936 dans notre code des obligations et aux termes duquel les associés indéfiniment responsables d'une société en commandite ne peuvent être que des personnes *physiques*. Les tribunaux allemands se sont toujours refusés à *interpréter* les dispositions du code de commerce allemand (*Handelsgesetzbuch, HGB*) dans le sens de l'art. 594 al. 2 CO, règle qui domine le droit commercial suisse depuis 1936. Il est admis de façon constante que l'associé indéfiniment responsable peut être une société de capitaux ou une fondation.

### 422.2 Formes particulières et formes typiques de cette combinaison

Depuis la Première Guerre mondiale, la pratique a développé un grand nombre de *formes particulières* de sociétés (par exemple «AG & Co. KG», «Stiftung & Co. KG»), qui ne seront pas examinées ici. Pour mettre en balance les avantages et les inconvénients de cette forme juridique, mieux vaut se baser sur la *structure typique*, dans laquelle la société en commandite, titulaire de l'entreprise, a pour associé indéfiniment responsable prévu par la loi une société à responsabilité limitée. Les parts sociales de cette Sàrl «indéfiniment responsable» sont en principe réparties proportionnellement entre les *commanditaires*. La Sàrl, associée indéfiniment responsable, en tant que personne morale, assure exclusivement la *gestion* de la société en commandite et apparaît seule dans les rapports externes. Les commanditaires se limitent aux rapports internes.

## 423 Avantages principaux de la «GmbH & Co. KG» dans son pays d'origine

La doctrine et la pratique allemandes reconnaissent à la «GmbH & Co. KG» *quatre avantages principaux* par rapport à la «véritable» Sàrl d'une part et à la «véritable» société en commandite d'autre part:

1. combinaison entre l'organisation d'une société de personnes sur le plan interne et une responsabilité limitée sur le plan externe;
2. société de personnes dont le gérant *n'assume pas* une responsabilité personnelle illimitée;
3. possibilité de confier la gestion de la société à un tiers («*Fremdorganschaft*»);
4. allègements en matière de comptabilité et de publicité.

En revanche, en Allemagne, contrairement à la Suisse, le problème de la double imposition des sociétés de capitaux ne joue plus le même rôle qu'autrefois depuis la réforme de l'imposition des corporations de 1977; sur ce point, voir ci-dessous ch. 424.

#### **423.1 Combinaison entre l'organisation d'une société de personnes sur le plan interne et une responsabilité limitée sur le plan externe**

Puisque l'associé indéfiniment responsable d'une «GmbH & Co. KG» est une *société de capitaux* – à savoir une société à responsabilité limitée – le risque total assumé par l'entreprise qui revêt cette forme juridique est finalement limité de la manière suivante:

- Du point de vue des *commanditaires*: leur responsabilité est limitée par définition au montant de la commandite inscrit au registre du commerce;
- Du point de vue de la *Sàrl associée indéfiniment responsable*: les associés de celle-ci ne répondent pas des dettes de la société au-delà de la responsabilité limitée définie par la loi.

La «GmbH & Co. KG» permet ainsi de *combiner* deux caractéristiques importantes principalement pour les PME, c'est-à-dire le mode d'organisation informelle et flexible de la société de personnes et le risque limité de la participation à une société de capitaux.

#### **423.2 Société de personnes dont le gérant n'assume pas une responsabilité personnelle illimitée**

Dans la *société de personnes* traditionnelle du droit allemand («*offene Handelsgesellschaft*» et «*Kommanditgesellschaft*»); en Suisse par analogie: société en nom collectif et en commandite, art. 552 ss et 594 ss CO), il est *impossible* de combiner les pouvoirs de gestion avec une responsabilité limitée. Dans les deux formes de sociétés, les associés gérants assument en vertu de la loi et impérativement une responsabilité personnelle illimitée. En revanche, dans une Sàrl, même la responsabilité des associés gérants est limitée de par la loi.

Or, il est parfois justifié de confier les pouvoirs de gestion d'une entreprise à une personne, qui est certes disposée à engager sa responsabilité personnelle pour la conduite diligente des affaires sociales *mais qui ne veut pas assumer une responsabilité personnelle illimitée pour l'entier des dettes de la société.*

#### **423.3 Possibilité de confier la gestion à un tiers («Fremdorganschaft»)**

Tant la société en nom collectif qu'en commandite sont soumises en droit allemand (comme en droit suisse) au principe de la «*Selbstorganschaft*», selon lequel les pouvoirs de gestion définis par le droit des sociétés ne peuvent être conférés qu'à un associé inscrit en cette qualité au registre du commerce. Certes, un *non associé* peut se voir accorder un pouvoir de représentation fondé sur un acte juridique (procuration générale, pouvoir de signature en tant que directeur ou fondé de procuration). Mais ces pouvoirs ne sont jamais aussi étendus que ceux qui découlent de la loi, ces derniers devant toujours être assumés par au moins *un* associé dont la responsabilité est personnelle et la représentation externe de la société doit toujours être réglée. Une véritable gestion par un tiers n'est donc pas possible.

Dans la «GmbH & Co. KG», la gestion peut être confiée indirectement à des tiers («*Fremdorganschaft*»), étant donné que la gestion de la société en commandite incombe uniquement à la Sàrl en sa qualité d'associé indéfiniment responsable. Un non associé peut être désigné comme gérant de la Sàrl et gérer ainsi indirectement les affaires de la «GmbH

& Co. KG». Les associés d'une «GmbH & Co. KG» ont donc la possibilité de confier la gestion *non pas* à l'un d'entre eux, mais à un manager issu du marché du travail.

Cette solution permet de conférer temporairement la gestion à un tiers, principalement en cas de décès. Dans ce cas, la qualité d'unique associé indéfiniment responsable de la *Sàrl* a également pour avantage de faciliter la poursuite des activités de la société. Si l'unique associé indéfiniment responsable d'une société en commandite, qui jusqu'alors a mené les affaires, vient à décéder, il faudra rapidement trouver un remplaçant. Il se peut qu'aucun des héritiers ne soit apte à assurer la gestion de la société ou qu'un héritier le soit, mais qu'il ne désire pas assumer une responsabilité personnelle pour toutes les dettes de la société. Les participants restants, les commanditaires, devront alors s'associer à un tiers, ce qu'ils ne veulent peut-être pas. Dans tous ces cas et dans d'autres, la «GmbH & Co. KG» offre des solutions souples aux PME.

#### **423.4 Allègements en matière de comptabilité et de publicité**

Jusqu'à présent, en Allemagne, la «GmbH & Co. KG» n'a pas été soumise, en tant que société de personnes, aux règles strictes du HGB régissant les sociétés de capitaux en matière de comptabilité et de publicité. En particulier, on considère en Allemagne que la publicité exigée pour la *Sàrl* est lourde, ce qui peut conduire les entrepreneurs à se tourner vers la «GmbH & Co. KG». A noter toutefois que la Directive européenne du 8 novembre 1990 (JO n° L 317 du 16 novembre 1990, p. 60) enjoint à l'Allemagne de déclarer les dispositions en matière de comptabilité et de publicité régissant les sociétés de capitaux applicables à la «GmbH & Co. KG».

### **424 Aspects fiscaux en Allemagne et en Suisse**

#### **424.1 Large suppression de la double imposition en Allemagne**

En Allemagne, depuis la réforme de l'imposition des corporations de 1977, la double imposition des bénéfices des sociétés de capitaux a été pour l'essentiel *supprimée* par la méthode de l'imputation. La «GmbH & Co. KG» *n'est donc plus* un moyen d'éviter la double imposition et il n'est pas possible d'expliquer sa popularité en Allemagne par cet avantage fiscal qui a disparu depuis plus de vingt ans. Par ailleurs, l'Allemagne a supprimé le 1<sup>er</sup> janvier 1997 *l'impôt sur la fortune* des personnes physiques, de sorte que l'avantage que la «GmbH & CO. KG» offrait encore à cet égard après 1977 n'entre aujourd'hui plus en ligne de compte.

#### **424.2 Double imposition en Suisse**

En *Suisse* en revanche, la double imposition des bénéfices des sociétés de capitaux subsiste. Si une forme de société analogue à la «GmbH & Co. KG» était introduite, il va de soi que les bénéfices réalisés par une telle entreprise ne seraient pas imposés deux fois. Les associés seraient soumis directement et personnellement à l'impôt sur le revenu et la fortune, ainsi qu'aux charges sociales, proportionnellement à leur part de revenus et du patrimoine dans la société en commandite titulaire de l'entreprise; les sociétés en nom collectif et en commandite ne sont pas, en tant que telles, assujetties à l'impôt et *n'en payent pas* directement. La double imposition résultant de la taxation des bénéfices auprès de la personne morale, de l'impôt anticipé frappant les distributions et de l'imposition des dividendes à titre de revenus serait ainsi éliminée et remplacée par l'imposition du patrimoine de l'associé.

## 425 Question de l'introduction de la «GmbH & Co. KG»

### 425.1 Nécessité d'une modification législative

Il est clair que l'introduction de la «GmbH & Co. KG» en Suisse nécessiterait une modification de la loi, emportant la suppression ou la limitation de l'art. 594 al. 2 CO. Il faudrait biffer la disposition impérative stipulant que les associés indéfiniment responsables ne peuvent être que des *personnes physiques*.

### 425.2 Inconvénients de la «GmbH & Co. KG»

L'inconvénient, souvent mis en avant, qui tient à la mauvaise réputation de la «GmbH & Co. KG» du fait de sa responsabilité limitée, ne mérite pas la place qui lui est faite: en effet, même les sociétés de capitaux travaillent en réalité avec un capital social très modeste (selon le droit actuel de la Sàrl: 20'000 francs, dont 10'000 doivent être libérés; selon le projet de révision: 40'000 francs), ce qui est extrêmement peu dans l'économie moderne, compte tenu du fait que toutes les fondations d'entreprises impliquent que les dépenses sont endurées immédiatement et les revenus encaissés ultérieurement. Si l'on accepte que de petites SA et Sàrl dotées de relativement peu de fonds propres jouissent d'un crédit limité, il ne serait pas logique de vouloir tout à coup utiliser ce fait comme argument contre la «GmbH & Co. KG».

En réalité, les *véritables inconvénients* de la «GmbH & Co. KG» sont à chercher ailleurs; du point de vue pratique, on peut les décrire ainsi:

#### 425.21 Désignation trompeuse

Le concept de «GmbH & Co. KG» est connu en Allemagne depuis des dizaines d'années et ne donne manifestement pas lieu à d'importantes confusions. Par contre, en cas d'introduction de cette forme de société en Suisse, il faut avoir à l'esprit que sa désignation est dans une très large mesure source de confusion, et cela pour deux raisons:

1. Contrairement à ce que pourrait laisser croire la première partie de l'expression, «GmbH», il ne s'agit pas d'une entreprise revêtant la forme de la société à responsabilité limitée. C'est une *société en commandite* qui est titulaire des droits, c'est-à-dire une société de personnes, disposant de la personnalité juridique et d'une raison sociale au sens des art. 594 et 602 CO («La société [c'est-à-dire la société en commandite] peut, sous sa raison sociale, acquérir des droits et s'engager, actionner et être actionnée en justice»). La Sàrl, terme par lequel la désignation commence et sur lequel on insiste quand on la prononce, n'assume que la fonction d'associé indéfiniment responsable – et par conséquent d'associé gérant – et se trouve, le plus souvent, dotée du capital social minimum. Les personnes physiques participant à la société ont ainsi la possibilité d'être des commanditaires («Kommanditär»; «Kommanditist» en Allemagne) et de limiter leur responsabilité. La Sàrl n'est pas titulaire des droits appartenant à la société qu'on appelle «GmbH & Co. KG».
2. Si l'on introduisait la «GmbH & Co. KG» en Suisse, à la suite de la pratique de la majorité des pays voisins (l'Allemagne, l'Autriche, la France, mais pas l'Italie), le problème de sa dénomination se poserait de manière aiguë. En effet, l'expression «GmbH & Co. KG» est à peu près inconnue en Suisse, surtout pour ceux qui n'entretiennent pas de relations juridiques avec l'Allemagne. En elle-même, elle est également difficile à comprendre, car l'abréviation «KG» (pour «Kommanditgesellschaft») n'est pas courante, et encore moins connue du grand public.

## 425.22 Complexité juridique

Les objections émises à l'époque en Allemagne qui mettaient en évidence la complexité et également la contradiction de fond caractérisant la réunion de *la Sàrl et de la société en commandite* ne doivent pas être prises à la légère en Suisse. En effet, la méfiance à l'égard des constructions juridiques y est plus grande et on accorde plus d'importance à la simplicité de la réglementation; avec raison, on s'attache à ce que la loi puisse être comprise par tout un chacun. C'est donc une entreprise difficile que d'expliquer aux profanes comment, dans une société en commandite, l'associé dont la loi prescrit impérativement la responsabilité *illimitée* peut être une société à responsabilité *limitée*. Ce n'est pas tout: donner une justification dogmatiquement correcte aux pouvoirs de gestion dans la «GmbH & Co. KG» relève du *funambulisme juridique*. La gestion de la «GmbH & Co. KG» est confiée à une personne morale (la Sàrl), dont la volonté interne est formée par une personne *physique* (le gérant), désignée selon les règles du droit de la Sàrl. Il en résulte une gestion à deux niveaux qu'on pourrait qualifier de *gestion «sac à dos»* («*doppelbödiige Huckepack-Geschäftsführung*»), puisque la personne physique qui agit véritablement, la gérante de la Sàrl, détermine par ses actes la volonté de la *société de capitaux*, qui assume à son tour la gestion de la *société de personnes*.

Cette construction juridique ne s'adresse toutefois pas aux participants à un séminaire de formation complémentaire en droit des sociétés mais aux PME, surtout aussi aux petites entreprises de services et artisanales. Bien que destinée à régir des relations simples, elle exigerait de grandes compétences dogmatiques.

A cela s'ajoute que la «GmbH & Co. KG» peut avoir non seulement un seul «étage» comme dans la pratique allemande, mais pourrait aussi être utilisée dans une «GmbH & Co. KG» à deux, voire trois «étages». Au niveau de la société en commandite exploitant l'entreprise, l'associé indéfiniment responsable n'est pas une Sàrl, mais *une deuxième «GmbH & Co. KG»*. La complexité s'accroît encore, si l'on attribue l'entier des parts sociales de la Sàrl indéfiniment responsable à *une «GmbH & Co. KG» de niveau supérieur*, plus précisément à la fortune sociale de la société en commandite. Cette soi-disant «*Einheitsgesellschaft*» sert en Allemagne à résoudre un autre problème complexe de la «GmbH & Co. KG». Puisque la construction opère dès le début avec deux types de participants différents – d'une part les commanditaires et d'autre part les associés de la Sàrl indéfiniment responsable – le problème est de savoir comment assurer leur *coexistence*, en d'autres termes comment éviter un «éclatement» progressif entre les deux types de participants. On parle en Allemagne à ce sujet de la «*Verzahnungsproblematik*». En pratique, ce n'est possible que par le biais de solutions contractuelles relativement délicates ou alors par le biais de la «*Einheitsgesellschaft*» (c'est-à-dire l'attribution des parts sociales de la Sàrl indéfiniment responsable au patrimoine de la société en commandite).

Il ne faut pas perdre de vue que ces *éléments complexes* sont difficilement conciliables avec la nécessité d'offrir aux PME une réglementation simple et claire. Que cet obstacle ait pu malgré tout être surmonté en Allemagne s'explique entre autre par le fait que la tradition juridique y est différente et que cette construction juridique s'y est implantée depuis une décision du *Reichsgericht* de 1922, soit depuis trois générations.

## 425.23 Droit des raisons de commerce

Selon l'ancien droit allemand des raisons de commerce, le nom de l'unique associé indéfiniment responsable devait être repris entièrement dans la raison de commerce de la société en commandite (§ 19 al. 2 aHGB). Des problèmes pouvaient se poser pour les «GmbH & Co. KG» car toute nouvelle raison de commerce devait se distinguer clairement de toute

autre raison déjà inscrite au registre du même lieu. Si la raison sociale de la *Sàrl associée indéfiniment responsable* d'une «GmbH & Co. KG», complétée de manière à indiquer clairement sa fonction (p. ex. «Müller Geschäftsführungs-GmbH»), était insérée dans la raison sociale de la «GmbH & Co. KG», les raisons sociales de la Sàrl et de la société en commandite seraient *identiques*, à la nuance près que la Sàrl associée indéfiniment responsable s'appellerait «Müller Geschäftsführungs-GmbH» et la «GmbH & Co. KG» en tant que telle s'appellerait «Müller Geschäftsführungs-GmbH & Co. KG». En Suisse, au vu de la pratique actuelle du droit des raisons de commerce, le problème se poserait en des termes semblables.

Une réforme du droit des raisons de commerce a été menée en Allemagne entre temps («Handelsrechtsreformgesetz», entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1998), qui a désarmé le problème: toute entreprise peut choisir entre une raison contenant un nom de personne, une désignation matérielle ou une désignation de fantaisie. La raison de commerce doit uniquement être apte à caractériser l'entreprise, pouvoir se distinguer des autres raisons de commerce et respecter le principe de la véracité; c'est pourquoi toute raison de commerce doit mentionner la forme juridique (§ 18 HGB; cf. § 4 GmbHG, 4 AktG und 3 GenG). En d'autres termes, l'Allemagne a opéré une grande libéralisation dans la formation des raisons de commerce. Le problème de la raison de commerce de la «GmbH & Co. KG» ne se pose donc plus tel qu'à l'origine.

#### 425.24 Conclusion

Si l'on reprend la «GmbH & Co. KG», il faudra vivre avec la contradiction conceptuelle, la complexité et le caractère difficilement explicable de cette construction juridique que la pratique allemande a mise au monde.

#### 43 Alternative à la « GmbH & Co. KG » : Création de la nouvelle forme juridique de la « société de personnes à responsabilité limitée »

Le groupe de travail Sàrl voit dans la création d'une soi-disant « société de personnes à responsabilité limitée » une alternative possible à la « GmbH & Co. KG ». Cette proposition de nouvelle forme juridique est fondée sur le modèle de la société en commandite, mais au sein de laquelle tous les associés ne devraient répondre que jusqu'à un montant inscrit au registre du commerce (c'est-à-dire que tous les associés seraient dans la situation juridique du commanditaire; il n'y aurait pas d'associé indéfiniment responsable). Selon la proposition des experts, les commandites devraient au moins s'élever à 40'000 francs. Aucun apport effectif ne serait exigé. A sa place, la protection du capital et des créanciers devrait être assurée par des dispositions relatives à la comptabilité et une obligation de révision externe.

Le DFJP va reprendre cette proposition et en débattre de manière approfondie dans les milieux spécialisés.





132.111	Augmentation du capital social minimum .....	9
132.112	Libre passage de la Sàrl à la SA .....	9
132.113	Vote par signature d'un acte unanime .....	9
132.12	Protection des créanciers et des associés non gérants .....	9
132.121	Extension des droits de contrôle des associés non gérants .....	10
132.122	Commissaire aux comptes .....	10
132.123	Obligation de déposer ses comptes en mains de justice .....	10
132.124	Prévention accrue des difficultés financières .....	10
132.125	Modification de la responsabilité personnelle solidaire des associés en cas d'apports en nature .....	10
132.13	Augmentation de l'attrait de la Sàrl .....	10
132.131	Admissibilité d'un apport en industrie entre époux .....	11
132.132	Suppression de la discrimination fiscale des gérants majoritaires .....	11
132.14	Elargissement du champ d'application de la Sàrl .....	11
132.141	Une Sàrl pour les professions libérales .....	11
132.142	Société unipersonnelle .....	11
132.1	Quelques solutions intéressantes du droit français .....	12
132.21	Capital social .....	12
132.22	Droits des associés .....	12
132.23	Divers .....	12
<b>14</b>	<b>Objectifs de la présente révision de la Sàrl .....</b>	<b>13</b>
<b>2</b>	<b>Partie spéciale: explications relatives aux principales dispositions de l'avant-projet .....</b>	<b>13</b>
<b>21</b>	<b>Remarque préalable .....</b>	<b>13</b>
<b>22</b>	<b>Dispositions générales .....</b>	<b>14</b>
221	Définition de la Sàrl (art. 772 al. 1 CO, 772 al. 1 AP) .....	14
222	Admissibilité des buts non économiques (art. 772 al. 3 CO, art. 772 al. 3 AP) ...	14
223	Sàrl unipersonnelle (art. 775 CO, art. 775 AP) .....	14
224	Raison sociale (art. 949, 951 CO, art. 950, 951 AP) .....	15
225	Capital social .....	16
225.1	Augmentation du capital social minimum à 40'000.- francs (art. 773 CO, art. 773 AP) .....	16
225.2.	Suppression du capital maximum de 2 millions de francs (art. 773 CO) .....	16
225.3	Garantie des apports en capital (art. 779 al. 4 et 5 AP) .....	17
225.4	Suppression de la responsabilité subsidiaire et solidaire de chaque associé (art. 772 al. 2, 802 CO, art. 772 al. 2, 802 AP) .....	18

225.5	Libération totale des parts souscrites (art. 774 al. 4 AP).....	19
225.6	Maintien du capital en cas d'acquisition par la société de ses propres parts sociales (art. 807 al. 2 CO, art. 807 al. 1 et 3 AP) .....	20
225.7	Allègement de la procédure d'augmentation du capital (art. 779/786 CO, art. 786 AP).....	20
225.8	Réduction de capital facilitée à des fins d'assainissement du bilan (art. 788 CO, art. 788 AP).....	21
225.9	Prêt des associés à la société en remplacement du capital propre (art. 807c AP) .	21
226	Sociétariat .....	22
226.1	Simplification de la terminologie.....	22
226.2.	Réduction de la valeur nominale minimum des parts sociales (art. 774 al. 1 CO, art. 774 al. 1 AP).....	22
226.3	Admissibilité de la possession simultanée de plusieurs parts sociales (art. 772 al. 2 CO, art. 774 al. 2 AP) .....	22
226.4	Assouplissement des règles sur les restrictions à la transmissibilité des parts sociales (art. 791 al. 2 CO, art. 791 al. 2 à 4 AP) .....	23
226.5	Droit d'usufruit et droit de gage (art. 797a AP).....	23
226.6	Suppression de l'obligation annuelle d'annonce (art. 790 al. 2 CO) .....	24
226.7	Modifications concernant le droit de sortie et l'exclusion des associés (art. 822 CO, art. 822 à 822c AP) .....	24
226.8	Protection de la société contre les conséquences de la faillite d'un associé (art. 793 s CO, art. 792 AP) .....	25
226.9	Admissibilité des bons de jouissance (art. 774a AP) .....	26
<b>23</b>	<b>Droits et obligations des associés .....</b>	<b>26</b>
231	Amélioration de la situation des associés minoritaires .....	26
232	Tenue des comptes annuels (art. 805 CO, art. 805 AP) .....	27
233	Répartition des bénéfices aux associés (art. 804 CO, art. 804 AP) .....	28
234	Droit aux renseignements et à la consultation des associés (art. 819 CO, art. 790 al. 3 et art. 807b AP).....	28
234.1	Le concept de 1936 et ses faiblesses .....	28
234.2	Réglementation proposée .....	29
235	Protection du droit de souscription préférentiel des associés minoritaires (art. 787 CO, art. 787 AP).....	31
236	Privilèges statutaires (art. 777 ch. 2, art. 808 al. 2 ch. 2 AP) .....	31
236.1	Privilèges, droit d'emption et de préemption (art. 803c AP) .....	31
236.2	Parts sociales à droit de vote privilégié (art. 810 al. 2 AP) .....	32
236.3	Droits de veto (art. 777 ch. 5 AP) .....	32
236.4	Droit de vote prépondérant (art. 777 ch. 5 AP) .....	32

237	Devoir de fidélité et prohibition de faire concurrence à charge des associés (art. 818 CO, art. 807a AP) .....	32
238	Obligation d’opérer des versements supplémentaires (art. 803 CO, art. 803 à 803c AP) .....	33
238.1	Faiblesse du droit actuel.....	33
238.2	Proposition de solutions.....	33
<b>24</b>	<b>Organisation de la société.....</b>	<b>35</b>
241	Assemblée des associés .....	35
241.1	Répartition des compétences entre l’assemblée des associés et les gérants (art. 810 ss CO, art. 808, 811 al. 3 et 812a AP).....	35
241.11	Attributions inaliénables et exclusives des gérants .....	35
241.12	Attributions de l’assemblée des associés .....	35
241.2	Formalités de l’assemblée des associés (art. 809 CO, art. 809 AP).....	36
241.3	Majorités (art. 808 al. 3 CO, art. 810c et 810d AP) .....	36
241.4	Droit d’attaquer les décisions de l’assemblée des associés (art. 808 al. 6 CO, art. 810d AP).....	37
242	Gérants .....	37
242.1	Pluralité de gérants (art. 812 AP).....	37
242.2	Retrait des pouvoirs de gestion et de représentation (art. 814a AP) .....	37
242.3	Devoir de diligence et de fidélité des gérants (art. 812b AP) .....	38
242.4	Avis obligatoires en cas de perte en capital et de surendettement (art. 817 al. 1 CO, art. 817, 817a AP) .....	38
243	Révision .....	39
243.1	Obligation de contrôle annuel des comptes (art. 819 CO, art. 819 al. 1 AP).....	39
243.2	Qualifications du réviseur (art. 819 al. 2 CO, art. 819 al. 2 AP).....	40
<b>25</b>	<b>Droit transitoire.....</b>	<b>40</b>
251	Règle générale (art. 1 AP DT).....	40
252	Délai d’adaptation (art. 2 AP DT).....	41
253	Capital social et apports (art. 3 AP DT) .....	41
254	Bons de participation (art. 4 AP DT).....	42
255	Obligation d’effectuer des versements supplémentaires (art. 5 AP DT).....	43
256	Prêts des associés remplaçant du capital propre (art. 6 AP DT) .....	43
257	Etablissement des comptes annuels et révision (art. 7 AP DT) .....	43
258	Droit de vote (art. 8 AP DT) .....	44
259	Majorités qualifiées (art. 9 AP DT).....	44
<b>26</b>	<b>Digression: Aptitude de la Sàrl à être support d un joint venture .....</b>	<b>45</b>

<b>27</b>	<b>Suggestions de réformes rejetées .....</b>	<b>46</b>
27.01	Pas de règles spéciales pour les Sàrl composée de deux associés .....	46
27.02	Pas d'incorporation des parts dans des papiers-valeurs au porteur ou à ordre.....	46
27.03	Pas de limitation du nombre des associés.....	47
27.04	Pas d'anonymat, resp. anonymat restreint des associés .....	47
27.05	Pas de suppression de l'exigence de la forme authentique pour la cession des parts sociales.....	47
27.06	Pas d'augmentation de capital autorisée ou conditionnelle.....	49
27.07	Pas de réglementation sur l'amortissement (recouvrement) des parts sociales.....	49
27.08	Pas de contrôle spécial .....	50
27.09	Pas d'organe décisionnel ex lege .....	50
27.10	Prohibition d'une personne morale en tant que gérant .....	50
27.11	Pas d'annulabilité des décisions des gérants .....	51
<b>28</b>	<b>Adaptation des autres dispositions du droit des sociétés au droit révisé de la Sàrl.....</b>	<b>51</b>
281	Droit des sociétés anonymes.....	51
281.1	Nombre de membres d'une SA; conséquences juridiques du défaut des organes nécessaires .....	51
281.11	Admissibilité de la SA unipersonnelle (art. 625 al. 1 AP) .....	51
281.12	Requête en dissolution du préposé au registre du commerce lors du défaut.....	52
	des organes nécessaires (art. 625 al. 2 AP).....	52
281.2	Frais du contrôle spécial (art. 697g AP).....	53
281.3	Prêts des associés remplaçant du capital propre (art. 697i AP).....	53
281.4	Nationalité et domicile (art. 708 AP) .....	53
281.5	Radiation d'un administrateur sortant au registre du commerce (art. 711 al. 2 AP) .....	53
281.6	Contrats de l'actionnaire avec une SA unipersonnelle (art. 717 al. 3 AP).....	53
281.7	Radiation de l'organe de révision (art. 727e al. 4 AP).....	54
282	Droit de la société coopérative.....	54
282.1	Admissibilité de la société coopérative unipersonnelle?.....	54
282.2	Nombre de membres et domicile (art. 831 et 895 AP) .....	54
283	Droit des raisons de commerce .....	54
<b>3</b>	<b>Eurocompatibilité de l'avant-projet.....</b>	<b>55</b>
<b>31</b>	<b>Introduction.....</b>	<b>55</b>
311	Aperçu .....	55
312	But du programme d'harmonisation .....	55

<b>32</b>	<b>Examen de l'avant-projet au regard des directives européennes .....</b>	<b>56</b>
321	1 <sup>ère</sup> directive du Conseil 68/151/CEE du 9 mars 1968 (directive relative à la publicité) .....	56
321.1	Contenu .....	56
321.2	Publication des faits pertinents.....	56
321.3	En particulier: publicité des comptes.....	56
321.4	Validité des engagements .....	57
321.5	Résultat intermédiaire .....	58
322	4 <sup>ème</sup> directive du Conseil 78/660/CEE du 25 juillet 1978 (directive relative au bilan).....	58
322.1	Contenu .....	58
322.2	Tenue des comptes .....	58
322.3	Révision .....	59
322.4	Domicile en Suisse .....	60
322.5	Résultat intermédiaire .....	60
323	7 <sup>ème</sup> directive du Conseil 83/349/CEE du 13 juin 1983 (directive relative aux comptes consolidés).....	60
323.1	Contenu .....	60
323.2	Obligation de consolidation selon l'avant-projet .....	61
324	11 <sup>ème</sup> directive du Conseil 89/666/CEE du 21 décembre 1989 (directive sur les succursales) .....	61
325	12 <sup>ème</sup> directive du Conseil 89/667/CEE du 21 décembre 1989 (sociétés unipersonnelles).....	62
<b>33</b>	<b>Synthèse .....</b>	<b>62</b>
<b>4</b>	<b>Besoin de nouvelles formes de sociétés? .....</b>	<b>63</b>
<b>41</b>	<b>La révision du droit de la Sàrl au regard du droit des sociétés anonymes ....</b>	<b>63</b>
<b>42</b>	<b>La «GmbH &amp; Co. KG» .....</b>	<b>64</b>
421	Le postulat du Conseiller national Raggenbass (97.3142) .....	64
421.1	Contenu .....	64
421.2	Prise de position du Conseil fédéral et traitement par le Parlement.....	65
422	Caractéristiques juridiques de la «GmbH & Co. KG» .....	66
422.1	Admission d'une société en commandite avec une personne morale en tant qu'unique associée indéfiniment responsable .....	66
422.2	Formes particulières et formes typiques de cette combinaison.....	66
423	Avantages principaux de la «GmbH & Co. KG» dans son pays d'origine.....	66
423.1	Combinaison entre l'organisation d'une société de personnes sur le plan interne et une responsabilité limitée sur le plan externe .....	67

423.2	Société de personnes dont le gérant n'assume pas une responsabilité personnelle illimitée .....	67
423.3	Possibilité de confier la gestion à un tiers («Fremdorganschaft»).....	67
423.4	Allégements en matière de comptabilité et de publicité.....	68
424	Aspects fiscaux en Allemagne et en Suisse.....	68
424.1	Large suppression de la double imposition en Allemagne.....	68
424.2	Double imposition en Suisse .....	68
425	Question de l'introduction de la «GmbH & Co. KG» .....	69
425.1	Nécessité d'une modification législative.....	69
425.2	Inconvénients de la «GmbH & Co. KG» .....	69
425.21	Désignation trompeuse .....	69
425.22	Complexité juridique.....	70
425.23	Droit des raisons de commerce .....	70
425.24	Conclusion .....	71
<b>43</b>	<b>Alternative à la « GmbH &amp; Co. KG » : Création de la nouvelle forme juridique de la « société de personnes à responsabilité limitée ».....</b>	<b>71</b>
	Table des matières .....	72