

01.082

Message
concernant la révision du code des obligations
(Droit de la société à responsabilité limitée; adaptation des droits
de la société anonyme, de la société coopérative, du registre
du commerce et des raisons de commerce)

du 19 décembre 2001

Madame la Présidente,
Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs,

Nous avons l'honneur de vous soumettre, en vous proposant de l'adopter, le projet de révision du code des obligations (droit de la société à responsabilité limitée; adaptation des droits de la société anonyme, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce).

Nous vous demandons en outre de classer les interventions parlementaires suivantes:

- 1975 P 12126 Révision du droit de la société anonyme
(N 3.10.1975, Baumberger)
- 1992 P 93.3005 Nouvelle forme de société pour petites et moyennes entreprises
(E 10.12.92, Commission du Conseil des Etats 91.430)
- 1997 M 97.3668 LP Associé gérant d'une Sàrl (N 3.3.99, Dettling)
- 1998 P 97.3142 Associés indéfiniment responsables des sociétés de personnes.
Admission des personnes morales (N 9.10.98, Raggenbass)

Nous vous prions de croire, Madame la Présidente, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs, à l'assurance de notre haute considération.

19 décembre 2001 Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Moritz Leuenberger
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Condensé

Le projet de révision a pour but de donner à la société à responsabilité limitée (Sàrl) les attributs d'une véritable société de capitaux à caractère personnel. Les imperfections du droit de la Sàrl en vigueur, qui remonte à 1936, doivent être écartées et les dispositions légales actualisées.

La nouvelle réglementation permet la fondation d'une Sàrl unipersonnelle. La limite supérieure du capital social, fixée à 2 millions de francs, est abolie car elle peut inutilement freiner la croissance d'une société qui a besoin de fonds propres. Le montant minimal du capital social n'est quant à lui pas modifié et reste fixé à 20 000 francs. Ce dernier doit cependant toujours être intégralement libéré (selon le droit en vigueur, le degré de libération est fixé à 50 % au moins). En contrepartie, la responsabilité solidaire et subsidiaire de tous les associés à concurrence de l'entier du capital social est supprimée.

A la différence du droit actuel, qui prévoit qu'un associé ne peut posséder qu'une seule part sociale, le projet autorise une répartition de la participation financière de chacun des associés en plusieurs parts. Les règles de forme pour leur cession doivent être assouplies, sans pour autant abandonner les possibilités étendues de restreindre leur transfert, typiques d'une société de capitaux à caractère personnel.

Le projet améliore la protection des associés minoritaires, notamment le droit aux renseignements et à la consultation et le droit de souscription préférentiel en cas d'augmentation du capital social. Il propose de mieux régler le droit de sortie et l'exclusion d'un associé – deux caractéristiques de la Sàrl – sur de nombreux points (en particulier quant à l'indemnisation de l'associé qui quitte la société), afin d'assurer une meilleure mise en œuvre de la réglementation légale. Il répond également à diverses questions relatives aux obligations d'effectuer des versements supplémentaires ou de fournir des prestations accessoires.

Eu égard aux besoins des petites entreprises, il n'est pas prévu de manière générale qu'un organe de révision doive vérifier les comptes annuels des Sàrl. Seules les sociétés qui remplissent certaines conditions y sont contraintes. Le projet se fonde à cet égard sur divers critères relatifs à la taille des entreprises. L'obligation de vérification peut cependant aussi résulter de dispositions statutaires particulières.

Afin d'assurer l'unité et la cohérence du droit des sociétés, il convient d'harmoniser la réglementation légale d'autres formes juridiques avec les dispositions révisées du droit de la Sàrl. Le projet prévoit les adaptations nécessaires pour la société anonyme et pour la société coopérative. Diverses améliorations sont donc aussi proposées pour ces formes de droit, telle que la fondation d'une société anonyme unipersonnelle. En outre, quelques modifications sont également apportées au droit du registre du commerce et au droit des raisons de commerce.

Pour un résumé plus complet du message, cf. ch. 1.3.

Message

1 Partie générale

1.1 Contexte

La société à responsabilité limitée (Sàrl) fut introduite dans le code des obligations (CO; RS 220) par la nouvelle de 1936¹. Jusqu'à l'entrée en vigueur du droit révisé de la société anonyme², la Sàrl ne s'est pas véritablement implantée en Suisse. Entre 1992 et 2001, le nombre de Sàrl inscrites dans le registre du commerce n'a cependant cessé de s'accroître, passant de 2 964 seulement à fin 1992 à 52 395 à fin octobre 2001. Dans le même temps, le nombre de sociétés anonymes n'a que légèrement augmenté (de 170 584 à fin 1992 à 173 320 à fin octobre 2001).

Les raisons de cette «redécouverte» de la Sàrl pourraient en partie tenir à diverses exigences imposées aux sociétés anonymes suite à la révision de 1991: l'augmentation du montant minimal du capital-actions de 50 000 à 100 000 francs ainsi que la mise en œuvre de l'obligation de faire vérifier les comptes annuels par un organe de révision indépendant en particulier ont conduit à ce que les petites entreprises choisissent de plus en plus régulièrement la Sàrl. Il convient également de mentionner que (à la différence des pays qui nous entourent) la société anonyme a aussi longtemps été choisie, de manière un peu trop machinale, pour de très petites sociétés, alors que l'alternative proposée par la Sàrl, moins connue, était laissée de côté.

Les dispositions du droit de la Sàrl n'ont encore jamais été modifiées depuis leur adoption. Bien que largement fondées sur le modèle allemand de l'époque, elles contiennent toutefois quelques particularismes helvétiques qui ne sont pas indispensables. La réglementation en vigueur présente en outre divers inconvénients et lacunes. Il faut retenir notamment les suivants:

- Chaque associé est solidairement et subsidiairement responsable, comme un associé en nom collectif, de la libération du capital social et d'une éventuelle restitution indue, jusqu'à concurrence de l'entier du capital social inscrit dans le registre du commerce (art. 802 CO). Le cas échéant, cette responsabilité solidaire dépasse largement le montant nominal de la part sociale souscrite par un associé.
- La réglementation actuelle ne prévoit pas expressément la fondation d'une Sàrl unipersonnelle (ni d'ailleurs celle d'une société anonyme unipersonnelle; art. 775 et 625 CO). En pratique, la réunion de l'ensemble des parts sociales (ou des actions) en une seule main est néanmoins tolérée.
- Le transfert de parts sociales s'avère difficile à réaliser. La cession et la promesse de cession requièrent la forme authentique (art. 791, al. 4, CO). En outre, le montant des parts sociales doit figurer dans les statuts (art. 776, ch. 3, CO). Comme chaque associé ne peut posséder qu'une seule part sociale (art. 774, al. 2, CO), sa valeur nominale doit être modifiée lorsqu'un associé acquiert une participation supplémentaire. Cette adaptation requiert une modification statutaire, qui doit également revêtir la forme authentique (art. 784, al. 1, CO).

¹ Loi fédérale du 18 décembre 1936; RO 53 185.

² Loi fédérale du 4 octobre 1991, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1992; RO 1992 733.

- La doctrine est partagée quant au rapport entre la réglementation actuelle de la Sàrl et le droit révisé de la société anonyme³.
- Le plafonnement du montant nominal du capital social à 2 millions de francs peut freiner la croissance d'une entreprise qui a besoin de fonds propres (art. 773 CO).
- Les associés répondent solidairement et subsidiairement de la libération de la totalité du capital social (cf. ch. 1); une augmentation de ce dernier nécessite donc leur assentiment unanime selon la réglementation actuelle (art. 784, al. 3 et 786 CO, en relation avec l'art. 779, al. 1, CO).
- La réduction facilitée du capital social afin de supprimer un excédent passif constaté au bilan et résultant de pertes (art. 735 CO) n'est expressément pas prévue pour la Sàrl (art. 788, al. 2, 2^e phrase, CO).
- La protection des associés minoritaires non gérants présente des défauts. Leur droit de contrôle et d'information est insuffisant (art. 819 CO). Par rapport au droit de la société anonyme (cf. art. 652b, al. 2, CO), il n'est pas nécessaire d'invoquer de justes motifs pour supprimer le droit de souscription préférentiel (art. 787 CO). La réglementation relative à la sortie et à l'exclusion d'un associé est aussi lacunaire, notamment quant à l'indemnisation (art. 822 CO).
- La faillite d'un associé peut entraîner la dissolution de la Sàrl (art. 793 et 794 CO). Bien qu'il n'exploite pas d'entreprise en la forme commerciale en son nom propre et pour son propre compte, l'associé gérant est soumis personnellement *ex lege* à la poursuite par voie de faillite (art. 39, al. 1, ch. 5, LP). Le caractère personnel de la Sàrl peut certes expliquer cette conception; celle-ci n'est cependant pas compatible avec le principe de la séparation des sphères de responsabilité dans les sociétés de capitaux.
- La répartition des compétences entre les gérants, d'une part, et l'assemblée des associés d'autre part n'est pas précisément définie (art. 810 CO). Sauf disposition contraire des statuts, tous les associés doivent et ne peuvent gérer et représenter la société que collectivement (art. 811 CO). La délégation de la gestion et de la représentation à des tiers n'est pas clairement réglementée (art. 812 CO).
- La réglementation de la prohibition de faire concurrence (art. 818 CO) ne paraît pas satisfaisante. Elle ne s'applique en particulier pas à l'ensemble des personnes chargées de la gestion mais uniquement aux associés gérants.
- Au début de chaque année civile, une liste indiquant le nom de tous les associés, les apports et les prestations qu'ils ont effectuées doit être remise à l'office du registre du commerce (art. 790, al. 2, CO).
- La rédaction actuelle du droit de la Sàrl laisse en outre quelque peu à désirer. Plusieurs dispositions sont en effet difficiles à saisir, voire trompeuses. La terminologie adoptée est parfois disparate, notamment en allemand.

³ Le Conseil fédéral a pris position en faveur de l'application du nouveau droit; (cf. BO 1995 N p. 2269 s.).

Comme indiqué, la Sàrl a considérablement gagné en importance au cours de ces dix dernières années. L'élimination des défauts et inconvénients de la réglementation actuelle de la Sàrl, qui sont nombreux et parfois considérables, paraît donc prioritaire.

1.2 Résultats de la procédure préliminaire

1.2.1 Elaboration de l'avant-projet

Après l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation de la société anonyme, le Département fédéral de justice et police (DFJP) a institué, en janvier 1993, un Groupe de réflexion «Droit des sociétés». Ce dernier a été chargé d'examiner les autres besoins de modifications législatives en droit des sociétés. Dans son rapport final, ce groupe de travail a entre autres recommandé de réviser le droit de la Sàrl⁴.

En 1995, l'Office fédéral de la justice (OFJ) a donc mandaté les professeurs Peter Böckli, de Bâle, Peter Forstmoser, de Zurich et Jean-Marc Rapp, de Lausanne, pour élaborer un avant-projet de révision du droit de la Sàrl. Les experts ont rendu un premier projet en novembre 1996⁵. L'OFJ a ensuite chargé les mêmes experts de compléter leur premier projet. Dans leur rapport complémentaire, les experts ont notamment examiné si l'introduction de nouvelles formes juridiques était opportune (cf. ch. 1.4). Ces travaux se sont achevés en décembre 1998.

Les experts ont proposé entre autres d'augmenter le montant minimal du capital social (entièrement libéré) de 20 000 francs à 40 000 francs, de supprimer le plafonnement du capital social, d'abolir la responsabilité solidaire et subsidiaire des associés mais, en contrepartie, d'appliquer les dispositions du droit de la société anonyme relatives à la libération du capital, de faciliter le transfert des parts sociales, de remodeler la protection des associés minoritaires, d'admettre la constitution de sociétés unipersonnelles et de prescrire la désignation d'un organe de révision pour toutes les Sàrl également.

1.2.2 Procédure de consultation

Le 28 avril 1999, le Conseil fédéral a chargé le DFJP de mettre en consultation l'avant-projet de révision du droit de la Sàrl⁶. Au total, 67 prises de position ont été enregistrées.

La majorité des participants consultés ont accueilli l'avant-projet favorablement et ont reconnu le besoin de révision. Plusieurs prises de position ont salué la qualité générale de l'avant-projet et le travail accompli.

⁴ Voir le rapport final du Groupe de réflexion «Droit des sociétés» du 24.9.1993, p. 46 et 84. (Commande auprès de l'OFCL, Diffusion publications, 3003 Berne; art. n° 407.020.f).

⁵ Voir Peter Böckli, Peter Forstmoser, Jean-Marc Rapp, Révision du droit de la Sàrl, CEDIDAC n° 34, Lausanne 1997.

⁶ Avant-projet de révision du droit de la Sàrl et rapport d'experts; documents de la procédure de consultation d'avril 1999 (Commande auprès de l'OFCL, Diffusion publications, 3003 Berne).

Certains participants à la procédure de consultation ont cependant aussi fait part de leurs réserves par rapport aux propositions de révision. Quelques organisations et un parti politique se sont opposés à une révision totale sous la forme proposée. Ils ont souhaité que l'avant-projet soit profondément remanié avant d'être soumis au Parlement ou ont émis des doutes quant à l'opportunité de procéder rapidement à une révision.

Le rapprochement du droit de la Sàrl du droit de la société anonyme a été remis en question à plusieurs égards. La crainte de voir la Sàrl se transformer en «petite société anonyme» a été notamment exprimée. Les exigences supplémentaires imposées par le droit révisé de la société anonyme et les coûts qu'elles engendreraient ont plus particulièrement fait l'objet de critiques. D'aucuns ont craint de voir disparaître bon nombre de Sàrl qui n'auraient pas les moyens de s'adapter au nouveau droit. Or, les associés notamment optent pour cette forme de société afin d'éviter les charges financières et administratives supplémentaires liées à la constitution et à la gestion d'une société anonyme. Quelques participants ont au contraire approuvé une plus grande harmonisation avec le droit de la société anonyme.

De nombreuses prises de position ont souligné que la Sàrl devait rester une personne morale à la disposition des petites et moyennes entreprises. Selon ces participants, la Sàrl aurait sa place entre la société anonyme et les sociétés de personnes: elle doit combiner à la fois les avantages de la responsabilité limitée à la fortune sociale et la plus grande liberté possible dans l'aménagement des rapports internes. Afin de soulager les petites et moyennes entreprises de certaines tâches administratives, une réglementation différenciée en fonction de la taille de la société devrait être envisagée.

1.2.3 Elaboration du projet

Le Conseil fédéral a pris connaissance des résultats de la procédure de consultation le 5 juillet 2000⁷. Il a chargé le DFJP d'élaborer un message.

L'OFJ a donc retravaillé et complété sur plusieurs points l'avant-projet de révision du droit de la Sàrl à la lumière des remarques et des propositions formulées dans le cadre de la procédure de consultation, avant de procéder à une nouvelle vérification matérielle avec la collaboration des professeurs Böckli, Forstmoser et Rapp. La Commission fédérale d'experts en matière de registre du commerce a pris position quant aux nouveautés relevant du droit du registre du commerce. L'OFJ a également fait appel à l'Office fédéral chargé du droit du registre foncier et du droit foncier et à l'Administration fédérale des contributions afin d'éclaircir quelques points particuliers.

Le projet prend en compte les principales critiques exprimées. Le montant minimal du capital social est ainsi maintenu à 20 000 francs mais sa libération intégrale est requise. De plus, seules les grandes Sàrl doivent désigner un organe de révision. Pour le surplus, les objections ponctuelles et les propositions formulées dans le cadre de la consultation sont examinées plus en détail dans la présentation des éléments principaux du projet (cf. ci-dessous ch. 1.3) ou dans la partie spéciale du message.

⁷ Classement des réponses et résultats de la procédure de consultation (Commande auprès de l'OFCL, Diffusion publications, 3003 Berne).

Comme le projet procède à une révision totale du droit de la Sàrl, une nouvelle numérotation des articles a été effectuée.

1.3 Survol du projet

1.3.1 La Sàrl, une société de capitaux à caractère personnel

Le présent projet vise à donner à la Sàrl les attributs d'une véritable société de capitaux à caractère personnel. Alors que la conception de la société anonyme repose sur la participation des actionnaires au capital et que, dans l'idéal, leur personnalité reste à l'arrière-plan, il convient d'adopter, pour la Sàrl, une réglementation qui permette, tant que faire se peut, de prendre concrètement en compte la personne des associés et les circonstances de chaque cas d'espèces.

Le nouveau droit de la Sàrl est conçu en fonction des besoins des entreprises dont le cercle des associés est limité et plutôt étroit. Le projet renonce sciemment à des prescriptions échafaudées pour le marché public des capitaux. De telles normes pourraient en effet ne pas s'avérer adéquates pour les petites exploitations, voire représenter une charge. La Sàrl, une forme d'organisation à caractère personnel, ne convient pas aux sociétés qui comptent un grand nombre d'associés, ni à celles qui souhaitent recourir au marché des capitaux. Lorsque le cercle des associés croît fortement ou que l'entreprise vise le marché public des capitaux, la société anonyme s'avère alors être la forme juridique appropriée. Dans ces cas, la future loi sur la fusion⁸ autorise la transformation d'une Sàrl en une société anonyme. Il n'est pas nécessaire de transférer les rapports juridiques⁹. Le projet du Conseil fédéral part donc d'une conception claire, selon laquelle la Sàrl et la société anonyme doivent par principe répondre à des besoins différents.

Sur plusieurs points importants, la réglementation légale proposée est dispositive. Cela permet de conformer statutairement la Sàrl en fonction des circonstances concrètes et des rapports entre les associés. En revanche, les règles qui protègent les créanciers ou les associés minoritaires ou celles qui concernent la structure de base de la Sàrl notamment revêtent un caractère impératif. Dans ses rapports externes, la Sàrl est ainsi pour l'essentiel soumise, pour des motifs matériels, aux principales mesures de protection imposées aux autres sociétés de capitaux. Les associés bénéficient par contre d'une plus grande liberté dans l'aménagement de leurs rapports internes. Ils peuvent notamment prévoir dans les statuts des réglementations auxquelles l'interdiction de fournir des prestations accessoires qui figure dans le droit de la société anonyme s'oppose (art. 680, al. 1, CO).

Les instruments suivants, notamment, donnent la possibilité de configurer la société d'une manière centrée sur la personne des associés: les obligations statutaires d'effectuer des versements supplémentaires ou de fournir des prestations accessoires, la réglementation du devoir de fidélité et de la prohibition de faire concurrence, l'émission de parts sociales privilégiées quant au droit de vote, des restrictions du droit de vote, un droit de veto, une forte restriction au transfert des parts sociales,

⁸ Projet de loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (loi sur la fusion; LFus), FF 2000 3995 ss.

⁹ Voir message concernant la loi sur la fusion, FF 2000 4014, 4099 et 4111.

l'exigence de l'approbation de décisions déterminées des gérants par l'assemblée des associés ainsi que les droits de sortie et la possibilité d'exclure un associé.

1.3.2 Admissibilité de la fondation de sociétés unipersonnelles

Selon la réglementation actuelle, la fondation d'une Sàrl unipersonnelle n'est pas possible (art. 775 CO). La loi exige la présence de deux fondateurs au moins. En pratique, on recourt donc souvent à des «associés de paille», qui détiennent une part sociale à titre fiduciaire lors de la fondation. La réunion ultérieure en une seule main de l'ensemble des parts sociales est *de facto* déjà tolérée aujourd'hui. Formellement, un associé ou un créancier pourrait toutefois demander la dissolution judiciaire de la société (art. 775, al. 2, CO).

Il est aujourd'hui évident qu'une forme de droit adéquate pour les entreprises unipersonnelles est nécessaire. Le projet autorise donc la fondation d'une société unipersonnelle et crée une base légale claire à cet effet (aussi bien pour la Sàrl que pour la société anonyme; cf. ch. 2.1.1.5 et 2.2.3). Cette innovation majeure sur le plan dogmatique est conforme au développement du droit dans les pays qui nous entourent et aux directives de la Communauté européenne¹⁰.

1.3.3 Montant maximal et minimal du capital social

Le montant minimal du capital social d'une Sàrl est actuellement fixé à 20 000 francs. Un plafond est également placé à 2 millions de francs (art. 773 CO).

Le projet de révision envisage de supprimer le plafonnement du capital social à 2 millions de francs car il peut freiner la croissance d'une Sàrl qui a besoin de fonds propres, sans qu'un motif matériel convaincant n'ait été avancé pour justifier cette restriction. Une limitation supérieure n'est en particulier ni nécessaire, ni judicieuse pour distinguer la société anonyme de la Sàrl. La quasi totalité des participants à la procédure de consultation qui se sont exprimés à ce sujet ont par ailleurs approuvé que le projet renonce à cette limite.

Vu le renchérissement intervenu depuis la révision du code des obligations de 1936¹¹, l'avant-projet proposait une augmentation du montant minimal du capital social exigé par la loi de 20 000 à 40 000 francs ainsi que sa libération intégrale (au sujet de la libération, voir ci-dessous ch. 1.3.4). Lors de la consultation, une partie des prises de position ont bien accueilli l'augmentation du montant minimal du capital social. Elles ont souligné qu'une meilleure capitalisation renforcerait effectivement les garanties financières des créanciers et augmenterait le crédit et la réputation de la Sàrl. La proposition a toutefois fait l'objet de nombreuses critiques. Plusieurs participants ont en effet redouté qu'une augmentation du montant minimal du capital social à 40 000 francs liée à l'obligation de libérer ce dernier dans son

¹⁰ Voir directive 89/667/CEE concernant les sociétés à responsabilité limitée unipersonnelles; JO n° L 395 du 30.12.1989, p. 40 ss (12^e directive en matière de droit des sociétés).

¹¹ Selon les données de l'Office fédéral de la statistique, l'indice suisse des prix à la consommation a augmenté de 636,3 % entre 1936 et 2000. Si l'on souhaitait prendre en compte l'inflation intervenue dans l'intervalle, il faudrait donc fixer le montant minimal du capital social à 147 000 francs environ.

intégralité empêche de jeunes entrepreneurs de choisir la forme juridique d'une société de capitaux. La réglementation proposée contraindrait en réalité les associés, lors de la fondation d'une Sàrl, à investir un montant quatre fois supérieur à celui qu'exige la réglementation actuelle. La différence avec la société anonyme quant à l'apport minimal au capital social ne serait donc que de 10 000 francs. L'attrait de la Sàrl par rapport à la société anonyme serait ainsi fortement réduit. Quelques prises de positions ont proposé de renoncer à une augmentation du montant minimal du capital social à 40 000 francs mais d'exiger en revanche sa libération totale ou alors d'augmenter le montant minimal du capital social à 40 000 francs tout en maintenant la possibilité de le libérer partiellement.

Dans l'intérêt des petites entreprises dont les besoins en fonds propres sont peu élevés (p. ex. dans le domaine des services), le projet renonce à une augmentation du montant minimal du capital social, quand bien même cette option n'est pas sans poser problème au regard du maigre substrat de responsabilité. Selon le projet, le montant minimal du capital social demeure donc fixé à 20 000 francs (art. 773 P CO). Vu les modiques exigences légales concernant la dotation en capital, celui-ci doit toutefois être intégralement libéré (art. 777c, al. 1, P CO).

1.3.4 Libération des apports

Selon la réglementation actuelle, seule la moitié du capital social doit être libérée à la fondation, en espèces ou par apport en nature (art. 774, al. 2, CO).

Si, eu égard aux besoins des petites entreprises, la fondation d'une Sàrl avec une dotation en capital modeste – en comparaison avec la société anonyme – doit, à l'avenir également, demeurer possible, il faut exiger, au vu de la limitation de la responsabilité à la fortune sociale, la libération intégrale des parts sociales afin de protéger les créanciers.

Cette exigence permet en outre de simplifier la réglementation légale et de renoncer à la responsabilité solidaire et subsidiaire pour la libération de la totalité du capital social qui peut s'avérer dangereuse pour les associés (cf. ci-dessous ch. 1.3.7). Pour autant qu'un besoin se fasse sentir, une obligation statutaire d'effectuer des versements supplémentaires peut remplir de manière plus adéquate la fonction de l'actuelle libération partielle du capital social.

A première vue, l'exigence de la libération totale du capital social peut paraître indésirable. Les avantages l'emportent cependant clairement: c'est la seule manière de maintenir un montant minimal du capital social modique, de renoncer à l'actuelle responsabilité solidaire et subsidiaire pour sa libération et de simplifier considérablement la réglementation légale. Comme le montant minimal du capital social est fixé très bas, en comparaison, les inconvénients semblent mineurs. S'il n'est pas possible de faire un apport d'au moins 20 000 francs dans une entreprise, la Sàrl – une société de capitaux – ne devrait alors pas représenter la forme juridique adéquate; dans ce cas, l'entreprise individuelle, la société en nom collectif ou la société en commandite devraient apparaître au premier plan.

Le projet assure l'apport effectif en capital en reprenant les exigences du droit de la société anonyme en matière de libération et de vérification des apports (art. 777c, al. 2, ch. 3, P CO); l'application à la Sàrl des mêmes règles que celles qui régissent la société anonyme concernant les apports en nature et les reprises de biens s'avère

nécessaire dès lors que le projet renonce à l'actuelle responsabilité solidaire et subsidiaire des associés pour la libération du capital social. Il autorise également, en cas d'augmentation du capital social, la libération des apports au moyen de fonds propres à la libre disposition de la société (art. 781, al. 5, ch. 3, P CO).

1.3.5 Augmentation du capital social

Selon la réglementation actuelle, une augmentation du capital social requiert l'assentiment de l'ensemble des associés (art. 784, al. 3, et 786 CO en relation avec l'art. 779, al. 1, CO)¹². Cette exigence est liée à la responsabilité solidaire et subsidiaire des associés pour la libération de la totalité du capital social. Le projet renonce à cette responsabilité des associés. En contrepartie, il prévoit l'obligation de libérer intégralement le capital social (art. 777c, al. 1 et 793 P CO). Comme la responsabilité solidaire et subsidiaire à concurrence de l'entier du capital social disparaît, il est possible de renoncer au consentement de tous les associés pour augmenter le capital social. La décision d'augmentation n'en reste pas moins une décision importante. Le projet prévoit donc qu'elle doit être prise par l'assemblée des associés et recueillir la majorité des deux tiers des voix représentées et la majorité absolue du capital social autorisé à voter (art. 808b, al. 1, ch. 5, P CO).

Le droit de souscription préférentiel des associés est mieux protégé qu'en droit actuel par un renvoi aux dispositions du droit de la société anonyme (art. 781, al. 5, ch. 2, P CO); il ne peut être retiré par l'assemblée des associés que pour de justes motifs.

1.3.6 Renonciation à une réglementation des prêts des associés remplaçant du capital propre

L'avant-projet de révision proposait, aussi bien pour la Sàrl que pour la société anonyme, une réglementation relative aux prêts que les associés accordent à la société à des fins de capitalisation, sur le modèle allemand. Ce sont des prêts que les associés ou des personnes proches de ces derniers allouent à la société à un moment où un apport de fonds propres aurait été justifié. L'avant-projet visait à postposer de tels prêts après toutes les autres créances, en cas de faillite de la société (art. 697i et 807c AP CO).

Cette réglementation a majoritairement fait l'objet de critiques lors de la procédure de consultation. Plusieurs participants ont en effet objecté qu'une telle disposition pouvait rendre l'assainissement d'une société plus difficile. Par ailleurs, on souligna que la réglementation allemande avait suscité dans son propre pays de nombreuses difficultés d'application.

¹² Voir notamment Werner von Steiger, in: Zürcher Kommentar V/5c, Zurich 1965, Art. 786 N 8; d'un autre avis, Gaudenz. G. Zindel, Peter R. Isler, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1994, art. 786 N 2.

Les critiques formulées lors de la consultation sont justifiées. Le projet renonce donc à régir les prêts que les associés accordent à la société à des fins de capitalisation. Cette absence de réglementation en droit civil n'affecte cependant pas la pratique actuelle des autorités fiscales en la matière.

1.3.7 Suppression de la responsabilité solidaire et subsidiaire des associés

En vertu de l'art. 802 CO, les associés sont tenus solidairement, comme des associés en nom collectif, de toutes les obligations de la société, mais jusqu'à concurrence seulement du montant du capital social inscrit. Ils sont exonérés de cette responsabilité dans la mesure où le capital social a été versé. Cette exonération n'a pas lieu si le capital social a été réduit par des restitutions, par la perception indue de bénéfices ou d'intérêts, à moins que ce ne soient des intérêts intercalaires. En d'autres termes, cette réglementation légale pour le moins complexe revient à dire que chaque associé répond pour la libération de l'entier du capital social. Cette responsabilité solidaire est donc engagée même lorsque le capital social a été en soi entièrement libéré mais que des restitutions ou la perception de bénéfices ont été opérées indûment par la suite. Ainsi, la responsabilité personnelle potentielle des associés n'est pas, comme dans la société anonyme, limitée à la libération de leurs propres parts sociales; elle s'étend au contraire à la totalité du capital social.

La configuration de cette responsabilité solidaire selon l'art. 802 CO, notamment le renvoi au régime de la société en nom collectif, est une particularité du droit suisse de la Sàrl. En pratique, les associés ne sont souvent pas conscients de leur responsabilité pour la libération de l'entier du capital social; on la néglige parfois également lors de la consultation juridique qui accompagne la fondation d'une Sàrl. Elle présente un véritable danger pour les associés et peut conduire à des résultats choquants: l'associé titulaire d'une part sociale de 1000 francs peut ainsi être amené à répondre solidairement et subsidiairement de la libération de la totalité d'un capital social dont le montant est, p. ex., fixé à 200 000 francs.

Vu le nombre croissant de Sàrl, la suppression de l'actuelle responsabilité solidaire et subsidiaire des associés paraît urgente. Si les exigences en matière de dotation de la société en capital restent volontairement peu élevées eu égard aux intérêts des petites entreprises (cf. ci-dessus ch. 1.3.2), il est alors indispensable de remplacer l'actuelle responsabilité solidaire et subsidiaire par des mesures compensatoires, destinées à protéger les intérêts des créanciers de la société. C'est la seule manière d'assurer la fiabilité et le crédit de la Sàrl. Le projet supplée à l'abolition du régime actuel de responsabilité en particulier par les mesures suivantes:

- Les parts sociales doivent toujours être intégralement libérées.
- Afin de mieux assurer la libération effective des apports, il s'agit d'adopter, pour les apports en nature, les reprises de biens, la libération par compensation de créances ou à l'aide de fonds propres dont la société peut librement disposer, une réglementation qui rend les abus plus difficiles à commettre (rapport de fondation ou d'augmentation, vérification de ces rapports par un réviseur).
- Les grandes sociétés au moins doivent faire vérifier leurs comptes annuels par un organe de révision.

1.3.8 **Parts sociales**

La réglementation actuelle prescrit de manière impérative qu'un associé ne peut posséder qu'une seule part sociale (art. 774, al. 2, CO). Cette exigence complique pourtant singulièrement le transfert de parts sociales: excepté l'aliénation de la totalité d'une part sociale à un tiers, toute modification de la participation d'un associé implique la division ou la réunion de parts sociales. Une modification des parts sociales suppose cependant une adaptation des statuts. Afin de simplifier les changements dans la répartition de la participation des associés, un associé peut, selon le projet, détenir plusieurs parts sociales.

Il convient également de simplifier la forme de la cession de parts sociales. Contrairement à la réglementation actuelle (art. 791, al. 4, CO) et à l'avant-projet (art. 791, al. 1, AP CO), le projet abandonne l'exigence de la forme authentique. Il revient à la proposition qu'avaient formulée les experts dans leur premier rapport¹³ et se contente de la forme écrite et de l'inscription des associés dans le registre du commerce (art. 785, al. 1 et 791, al. 1, P CO). Dans l'optique de protéger les acquéreurs de parts sociales, le projet prescrit que certaines obligations statutaires soient expressément mentionnées dans le contrat de cession (art. 785, al. 2, en relation avec l'art. 777a, al. 2, P CO).

Dans ses fondements, la Sàrl est conçue en fonction des besoins des sociétés dont le cercle des associés est limité. A plusieurs égards, la réglementation légale part du principe que les sociétaires sont étroitement liés à l'entreprise. Elle autorise également l'adoption, dans les statuts, de diverses obligations des associés. Dans l'intérêt des petites et moyennes entreprises (PME), le projet renonce en outre à plusieurs exigences impératives afin de protéger la participation de tiers aux fonds propres de la société. Au vu de cette conformation de la Sàrl, les parts sociales ne peuvent pas – comme en droit actuel déjà – faire l'objet d'échange sur le marché des capitaux. Elles ne peuvent donc être incorporées que dans un titre de preuve ou dans un papier-valeur nominatif.

Le projet réduit la valeur nominale minimale des parts sociales de 1000 à 100 francs (art. 774, al. 1, P CO). Vu le caractère fortement personnel de la Sàrl et son incapacité à s'approvisionner en fonds propres sur le marché des capitaux, le projet peut et doit renoncer à une réduction au-dessous de ce montant. En effet, une valeur nominale minimale des parts sociales fixée à 100 francs permet déjà, avec un capital social minimal de 20 000 francs, à 200 sociétaires de prendre une part dans la société. Pour les sociétés dont le cercle des associés est encore plus large, la société anonyme devrait, en règle générale, constituer une forme de droit plus adéquate.

1.3.9 **Restriction de la transmissibilité de parts sociales**

Selon le droit en vigueur, la transmissibilité de parts sociales est restreinte de par la loi. En d'autres termes, le transfert de parts sociales est obligatoirement limité. Celles-ci ne peuvent être cédées qu'avec le consentement d'une majorité qualifiée des associés. Les statuts peuvent subordonner à d'autres conditions ou – contrairement au droit de la société anonyme – totalement interdire la cession de parts sociales

¹³ Voir Peter Böckli, Peter Forstmoser, Jean-Marc Rapp, Révision du droit de la Sàrl, CEDIDAC n° 34, Lausanne 1997, p. 30 et p. 114 ss.

(art. 791, al. 2 et 3, CO). Il n'est en revanche pas admissible d'alléger les exigences légales pour la cession de parts sociales.

Conformément au caractère personnel de la Sàrl, le projet de révision maintient une forte restriction de la transmissibilité de parts sociales. Il convient néanmoins d'améliorer la flexibilité de la réglementation légale et de la rendre plus facile à appliquer, afin de tenir compte des différents besoins concrets. Sauf disposition contraire des statuts, la cession de parts sociales requiert l'approbation de l'assemblée des associés. Cette dernière peut refuser son approbation sans indiquer de motifs (art. 786, al. 1, P CO). Cette réglementation légale de la restriction de la transmissibilité devrait fréquemment répondre aux besoins des petites sociétés en particulier. Le plus souvent, il sera ainsi possible d'épargner une réglementation statutaire complexe.

Cependant, les statuts peuvent concevoir une réglementation qui s'écarte du système légal. Vu l'importance que revêt le transfert de parts dans une société de capitaux et afin d'assurer la sécurité du droit nécessaire, le projet détermine de manière exhaustive quelles alternatives sont offertes (art. 786, al. 2, P CO): d'une part, il convient de maintenir l'interdiction possible de toute cession de parts sociales; d'autre part, le projet admet désormais aussi la libre cessibilité. De plus, les statuts peuvent déterminer les motifs qui justifient le refus de l'approbation de la cession. L'introduction, dans les statuts, d'une «escape clause» est également admise (refus de l'approbation de la cession liée à une offre de reprise des parts sociales à leur valeur réelle).

La réglementation proposée est conçue en fonction des besoins des petites sociétés. Elle peut néanmoins conduire à l'inaliénabilité des parts sociales des associés minoritaires. Le refus de l'approbation de la cession sans indication de motifs ne peut en outre faire l'objet que d'un contrôle juridique restreint. Le droit de sortir de la société pour de justes motifs doit donc assurer la protection des associés minoritaires (art. 786, al. 3, et 822, al. 1, P CO).

1.3.10 Obligation d'effectuer des versements supplémentaires ou de fournir des prestations accessoires

Contrairement au droit de la société anonyme, il est possible de prévoir dans les statuts d'une Sàrl une obligation, pour les associés, d'effectuer des versements supplémentaires ou de fournir des prestations accessoires. La réglementation actuelle des versements supplémentaires est cependant lacunaire (art. 803 CO) et ne prévoit pas de garde-fous suffisants contre d'éventuels abus au détriment des associés minoritaires.

Le projet limite l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires au double de la valeur nominale de la part sociale à laquelle elle est attachée (art. 795, al. 2, P CO; cf. à ce sujet le commentaire relatif à cette disposition). S'écartant de la réglementation actuelle (art. 803, al. 1, CO), le projet assimile les versements supplémentaires aux fonds propres. Leur versement et leur restitution obéissent à des règles particulières. Le recours à des versements supplémentaires n'est plus limité à l'extinction de pertes ressortant du bilan; il est au contraire étendu aux cas dans lesquels la société ne peut plus continuer à gérer ses affaires de manière diligente sans ces moyens additionnels (manque de liquidités) ou lorsqu'elle a besoin de fonds

propres pour des motifs prévus par les statuts (art. 795a, al. 2, P CO). L'accroissement des motifs pour lesquels des versements supplémentaires peuvent être requis remplace dans une large mesure la libération partielle du capital social selon le droit en vigueur. A la différence de cette libération partielle (cf. ci-dessus ch. 1.3.4), les associés ne sont tenus qu'à l'exécution des versements supplémentaires afférents à leurs parts sociales (art. 795, al. 3, P CO). Ils ne répondent ni solidairement, ni subsidiairement.

L'obligation statutaire de fournir une prestation accessoire offre de vastes possibilités (art. 796 P CO). La notion de prestation accessoire doit être comprise dans un sens large. L'obligation des associés peut aussi bien consister en une obligation de faire qu'en un devoir d'abstention ou de tolérance. Les statuts ne peuvent toutefois prévoir que des obligations de fournir des prestations accessoires qui servent le but de la société ou qui visent à assurer le maintien de son indépendance ou le maintien de la composition du cercle des associés. Le principe et l'étendue de l'obligation de fournir une prestation accessoire doivent être définis dans les statuts. Les détails de l'obligation peuvent faire l'objet d'un règlement soumis à l'approbation de l'assemblée des associés.

L'introduction subséquente et l'extension d'une obligation statutaire d'effectuer des versements supplémentaires ou de fournir des prestations accessoires requièrent toujours l'accord de l'ensemble des associés concernés (art. 797 P CO).

1.3.11 Devoir de fidélité et prohibition de faire concurrence

Alors que les actionnaires ne sont soumis à aucune obligation légale de fidélité envers la société, les gérants ainsi que les associés d'une Sàrl doivent se tenir à un devoir de fidélité (art. 803, al. 1, et 812, al. 2, P CO). Cette réglementation tient compte en particulier des liens personnels en général étroits entre les associés et la société ainsi que de leur droit étendu d'obtenir des renseignements sur les affaires de la société et de consulter les livres et les dossiers (cf. art. 802 P CO).

Le projet défend expressément aux gérants de faire concurrence, en sus de leur devoir de fidélité. Les statuts peuvent néanmoins supprimer ou au contraire étendre la prohibition de faire concurrence à des associés non gérants (art. 803, al. 2 et 812, al. 3, P CO).

Afin d'offrir la plus grande flexibilité possible, les associés peuvent, au cas par cas et d'un commun accord, renoncer au respect du devoir de fidélité ou de la prohibition de faire concurrence (art. 803, al. 3 et 812, al. 3, P CO).

1.3.12 Suppression de l'obligation annuelle d'annonce à l'office du registre du commerce

Selon le droit en vigueur, les gérants doivent déposer au début de chaque année civile à l'office du registre du commerce une liste mentionnant le nom de tous les associés ainsi que les apports et les prestations qu'ils ont déjà effectués (art. 790, al. 2 CO et art. 91 ORC). L'obligation de libération totale des parts sociales rend ce devoir d'annonce superflu; l'exigence peut être supprimée.

1.3.13

Etablissement des comptes annuels

Suite à des opinions divergentes exprimées dans la doctrine, le Conseil fédéral a déjà exposé, en réponse à une intervention parlementaire, que les nouvelles dispositions du droit de la société anonyme de 1991 (art. 662 ss CO) s'appliquaient à l'établissement des comptes annuels de la Sàrl, dans le cadre des renvois existants. A cet effet, le Conseil fédéral s'est appuyé sur un examen de cette question au sein de la commission ad hoc du Conseil national ainsi que sur une analyse des normes de renvoi¹⁴. Ce point de vue correspond également à celui de la doctrine dominante¹⁵. Aucun motif matériel convaincant ne justifie une réglementation différente de l'établissement des comptes annuels dans les diverses sociétés de capitaux (société anonyme, société en commandite par actions, Sàrl). Il faut en particulier mentionner que les dispositions du droit de la société anonyme ne sont en aucun cas – comme on l'a parfois prétendu – conçues que pour les grandes sociétés; elles prennent au contraire précisément la situation des petites entreprises comme modèle¹⁶; les grandes sociétés respectent le plus souvent des cadres de référence émanant d'organisations spécialisées dont les exigences sont bien plus élevées. Vu ce qui précède, le projet part du principe que les dispositions en vigueur du droit de la société anonyme s'appliquent à l'établissement des comptes (art. 801 P CO).

1.3.14

Organisation de la société; gestion et représentation

La Sàrl reste caractérisée par une grande liberté dans la configuration de ses rapports internes. Les possibilités d'organisation interne prévues par le projet tiennent ainsi compte du caractère personnel marqué de la Sàrl.

Les dispositions actuelles (art. 808 ss CO) ne règlent pas de manière assez claire les compétences respectives de l'assemblée des associés et des gérants. Le projet de révision détermine donc quelles attributions reviennent impérativement à l'assemblée des associés (art. 804, al. 2, P CO), aux gérants (art. 810, al. 2, P CO) et, le cas échéant, à l'organe de révision (art. 818, al. 2, P CO, en relation avec l'art. 728 CO). Il laisse néanmoins une marge de manœuvre suffisante pour une conformation centrée sur des besoins particuliers.

Le projet introduit une innovation importante: il autorise, de manière limitée, l'attribution variable de certaines compétences. Les statuts peuvent prévoir que les gérants doivent soumettre des décisions déterminées, qu'il convient de définir précisément, à l'approbation de l'assemblée des associés. Si les statuts le prévoient, les

¹⁴ BO 1995 N, p. 2269 s.

¹⁵ Voir notamment Thomas Bähler, *Die massgeschneiderte Gesellschaft*, thèse Berne 1999, p. 37 s; Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 2^e éd., Zurich 1996, N 2037a s.; Heinrich Koller, Hanspeter Kläy, *Das Mittel der gesetzlichen Verweisung im Gesellschaftsrecht*, in: *Aktienrecht 1992 – 1997 Versuch einer Bilanz*, Festschrift Rolf Bär, Berne 1998, p. 193 ss; Brigitte Tanner, *Die Auswirkungen des neuen Aktienrechts auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaften und Bankaktiengesellschaften*, in: *Festschrift zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser*, Zurich 1993, p. 34 ss; d'un autre avis, notamment Herbert Wohlmann, *GmbH-Recht, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1997*, p. 8 et les références citées.

¹⁶ Voir le rapport final du Groupe de réflexion «Droit des sociétés» du 24.9.1993, p. 9 et 36 (Commande auprès de l'OFCL, Diffusion publications, 3003 Berne; art. n° 407.020.f).

gérants peuvent aussi soumettre de leur propre chef certaines questions à l'approbation de l'assemblée des associés (art. 811 P CO).

Selon les circonstances, il est possible d'influencer la prise des décisions par l'assemblée des associés en limitant le droit de vote statutairement ou en émettant des parts sociales privilégiées quant au droit de vote. Outre ces instruments issus du droit de la société anonyme, les statuts d'une Sàrl peuvent octroyer aux associés un droit de veto statutaire à l'égard de décisions déterminées de l'assemblée des associés (art. 807 P CO).

Contrairement à ce qui est prévu dans le droit de la société anonyme, les décisions de l'assemblée des associés peuvent aussi, selon le projet, être prises par écrit, à moins qu'une discussion ne soit requise par un associé (art. 805, al. 4, P CO).

Le projet règle de manière dispositive la gestion et la représentation, sur la base des besoins des petites entreprises. En principe, tous les associés gèrent collectivement la société (art. 809, al. 1, P CO). Alors que le droit en vigueur prévoit que la société est représentée de manière collective par l'ensemble des associés (art. 811, al. 1, CO), selon l'art. 814, al. 1, P CO, chaque gérant a le pouvoir de représenter la société. Cette différence est justifiée par des considérations pratiques: lorsqu'une société compte plusieurs gérants, la représentation collective n'est guère envisageable. Les statuts peuvent néanmoins déroger au régime légal, aussi bien pour la gestion qu'en ce qui concerne la représentation, en fonction des besoins spécifiques de la société. Il est en particulier possible de transférer la gestion à des tiers (i. e. des personnes qui ne sont pas des associés). Toutefois, un gérant au moins doit être autorisé à représenter la société (art. 814, al. 2, P CO). En outre, un gérant ou un directeur domicilié en Suisse doit pouvoir représenter la société (art. 814, al. 3, P CO).

1.3.15 Vérification des comptes annuels

Le droit actuel ne contraint pas une Sàrl de faire vérifier ses comptes annuels par un réviseur indépendant (art. 819 CO). La désignation d'un organe de révision est laissée à la libre appréciation de la société.

L'avant-projet des professeurs Peter Böckli, Peter Forstmoser et Jean-Marc Rapp prévoyait de manière générale une obligation de vérification des comptes annuels pour toutes les Sàrl (art. 819 AP CO; comme en droit de la société anonyme, il n'imposait pas d'exigences particulières quant aux qualifications du réviseur des comptes des petites sociétés). Bien que saluée par certaines prises de position lors de la procédure de consultation, cette proposition a également fait l'objet de critiques parfois sévères, avant tout en raison des frais qu'implique l'obligation de vérification. On a exprimé le souhait d'adopter une solution différenciée en fonction de la taille de l'entreprise, sur le modèle proposé dans l'avant-projet de loi fédérale sur l'établissement et le contrôle des comptes annuels (AP LECCA¹⁷).

Sous l'angle du droit des sociétés, l'organe de révision et les prescriptions relatives à l'établissement des comptes sont un corollaire de la limitation de la responsabilité des personnes morales à leur fortune sociale. Ils sont non seulement utiles pour gérer une société de manière fiable, mais servent aussi à protéger les créanciers ainsi que

¹⁷ Cf. art. 43 AP LECCA, in: Révision du droit comptable, avant-projets et rapport explicatif du 29.6.1998 (Commande auprès de l'OFCL, Diffusion publications, 3003 Berne).

les associés minoritaires. Des exigences légales relatives à la vérification des comptes annuels par un organe de révision sont importantes avant tout pour protéger les petits créanciers (des fournisseurs, p. ex.), alors que d'autres bailleurs de fonds (les banques en particulier) sont en mesure de garantir leurs crédits sans réglementation légale particulière.

En outre, il convient de tenir compte des décisions du législateur dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme de 1991, dans la mesure où les motifs matériels qui peuvent justifier une différenciation entre la société anonyme et la Sàrl font largement défaut. Il faut considérer les intérêts légitimes des petites entreprises sans perdre de vue que la Sàrl sera également ouverte à de grandes entreprises en raison de la suppression du plafonnement du capital social (cf. ci-dessus ch. 1.3.3).

De ce fait, le projet propose une solution différenciée. Eu égard aux petites entreprises, les Sàrl ne sont pas tenues de désigner un organe de révision de manière générale, mais uniquement si certains critères déterminés sont réalisés, à savoir:

- si un associé tenu à une obligation d'effectuer des versements supplémentaires le requiert, ou
- si le montant du capital social est égal ou supérieur à 100 000 francs, ou
- si deux des grandeurs suivantes sont dépassées pendant deux exercices consécutifs:
 - total du bilan de 5 millions de francs;
 - chiffre d'affaires de 10 millions de francs;
 - moyenne annuelle de 50 emplois à plein temps.

En outre, un associé qui a quitté la société peut également exiger la désignation d'un organe de révision aussi longtemps qu'il n'a pas été complètement indemnisé (art. 825a, al. 4, P CO).

Le projet s'efforce, avec cette proposition, de prendre en compte de manière adéquate les intérêts contradictoires en présence.

1.3.16 Sortie et exclusion

La sortie ou l'exclusion d'un associé correspond au caractère fortement personnel de la qualité d'associé d'une Sàrl (cf. art. 822 CO, à la différence de la société anonyme, qu'il n'est possible de quitter qu'en transférant ses actions). Le projet comble les lacunes de la réglementation en vigueur et facilite ainsi le règlement du départ d'une société de capitaux, complexe sur le plan matériel.

Le droit de chaque associé de requérir en tout temps du tribunal l'autorisation de sortir de la société pour de justes motifs n'est pas modifié. En sus de cette possibilité de sortir de la société fixée de manière impérative par la loi, il est loisible aux associés de prévoir dans les statuts un droit de sortir de la société plus général et d'en subordonner l'exercice à des conditions déterminées (art. 822 P CO et art. 822, al. 1 et 2, CO). Comme la sortie d'un associé peut représenter un inconvénient pour les autres sociétaires, le projet introduit une réglementation de la sortie conjointe, afin d'assurer l'égalité de traitement de tous les associés (art. 822a P CO).

Le droit de sortir pour de justes motifs a un contre-pied: la société peut en effet requérir du tribunal l'exclusion d'un associé lorsqu'il existe un juste motif. Le projet

permet également – c’est une nouveauté – de prévoir dans les statuts que l’assemblée des associés a le droit d’exclure un associé pour des motifs déterminés et statutairement clairement définis (art. 823 P CO; art. 822, al. 3, CO).

Des mesures provisionnelles peuvent s’avérer nécessaires dans le cadre d’une procédure judiciaire liée à la sortie ou à l’exclusion d’un associé. Le tribunal peut notamment décider que tout ou partie des droits et obligations de l’associé concerné sont suspendus (art. 824 P CO).

Le projet dispose clairement que l’associé qui quitte la société a droit à une indemnisation correspondant à la valeur réelle de ses parts sociales (art. 825 P CO). Ce droit lui est conféré non seulement lorsqu’il sort de la société mais aussi lorsqu’il en est exclu, car l’exclusion ne doit pas revêtir une fonction expropriatrice.

Le versement de l’indemnité s’avère tout sauf simple. Il convient de prendre en équitable considération, de manière objectivement défendable, les intérêts divergents de l’ensemble des parties prenantes. Le projet vise à assurer le versement effectif d’indemnités; celui-ci ne doit cependant pas mettre en danger d’une manière substantielle l’exécution des prétentions des créanciers (cf. art. 825a P CO).

1.3.17 Adaptation du droit de la société anonyme et du droit de la société coopérative

Le droit des sociétés met à disposition une série de formes juridiques dont les structures de base répondent à des besoins spécifiques. Les mêmes questions doivent recevoir une réponse concordante dans les diverses formes de droit, aussi longtemps qu’un traitement distinct n’est pas motivé par les différences qui découlent de ces structures de base. C’est la seule manière d’éviter des divergences qui ne sont pas imposées matériellement, dans l’intérêt de la cohérence et de l’harmonie interne du droit des sociétés. Lorsque les dispositions qui régissent une société sont révisées, les nouveautés doivent également être reprises pour les autres sociétés, sauf si leur conception juridique légitime une réglementation différente.

Le projet procède donc à une harmonisation de la réglementation légale de la société anonyme, de la Sàrl et de la société coopérative, notamment en ce qui concerne:

- la fondation de sociétés unipersonnelles (pour la Sàrl et pour la société anonyme, mais non pas pour la société coopérative, cf. ch. 2.2.5);
- les exigences relatives à la nationalité et au domicile des membres des organes de la société;
- la réglementation concernant les contrats conclus entre la société et ses représentants;
- la procédure à suivre en cas de carences dans l’organisation d’une personne morale;
- les prescriptions régissant la formation et la protection des raisons de commerce.

Le parallélisme délibéré de la réglementation de questions matérielles précises dans plusieurs formes de droit a également pour conséquence que les renvois à une autre forme juridique – typiques en droit des sociétés – doivent être considérés comme

dynamiques¹⁸: lorsqu'une norme à laquelle on fait référence est révisée, le renvoi s'opère au droit en vigueur, soit au nouveau droit. Il appartiendrait au législateur de prévoir expressément un régime divergent.

1.4 Nouvelles formes de sociétés; classement d'interventions parlementaires

Au cours des discussions publiques qui se sont développées suite à la révision du droit de la société anonyme, on a proposé à divers titres, comme alternative à la révision du droit de la Sàrl, la création d'une société anonyme d'un type particulier, la «petite société anonyme» ou la «société anonyme privée»¹⁹. En 1975 déjà, le conseiller national Hans Ulrich Baumberger avait déposé un postulat qui allait dans le même sens²⁰. La commission des affaires juridiques du Conseil des Etats a invité le Conseil fédéral, par un postulat du 15 avril 1992, à examiner la création d'une forme de société pour les petites et moyennes entreprises²¹. Une intervention parlementaire du conseiller national Hansueli Raggenbass²² exige également d'admettre les personnes morales en qualité d'associé indéfiniment responsable d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite (cf. art. 594, al. 2, CO). Cela rendrait possible la constitution de la «GmbH & Co. KG», sur le modèle allemand. Il s'agit d'une société en commandite dont l'unique associé indéfiniment responsable est une Sàrl. Le 9 octobre 1998, le Conseil national a transmis la motion sous forme de postulat.

Les experts chargés de la rédaction de l'avant-projet de révision du droit de la Sàrl ont été mandatés d'examiner aussi les alternatives mentionnées ci-dessus. Le rapport d'experts accompagnant l'avant-projet mis en consultation prend déjà position de manière approfondie sur ce sujet²³: les experts déclinent clairement la création d'une «petite société anonyme» ou d'une «société anonyme privée». A leurs yeux, la société anonyme est une forme de droit très malléable qui (comme c'est déjà le cas) s'avère également adéquate pour les petites entreprises. La Sàrl et la société anonyme ne devraient pas se différencier par leur taille mais bien davantage par le fait que la Sàrl autorise une conformation à caractère plus personnel. A l'inverse, la Sàrl ne serait pas adaptée aux situations dans lesquelles la personnalité des associés n'est

¹⁸ Cf. Dieter Grauer, Die Verweisung im Bundesrecht, insbesondere auf technische Verbandsnormen, thèse Bâle 1979, Zurich 1980, p. 64 ss et 71 ss; Heinrich Koller, Hanspeter Kläy, Das Mittel der gesetzlichen Verweisung im Gesellschaftsrecht, in: Aktienrecht 1992 – 1997 Versuch einer Bilanz, Festschrift Rolf Bär, Berne 1998, p. 193 ss; Brigitte Tanner, Die Auswirkungen des neuen Aktienrechts auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaften und Bankaktiengesellschaften, in: Festschrift Peter Forstmoser, Zurich 1993, p. 39 ss.

¹⁹ Cf. Alain Hirsch, Peter Nobel, Projekt einer Privatenaktiengesellschaft, in: Revue suisse de droit des affaires 1997, p. 126 ss; Peter Nobel, L'alternative: SA privée au lieu de Sàrl, ainsi que Jacques-André Reymond, Le projet de «société anonyme privée», tous deux in: Les projets de Sàrl révisée et de SA privée, CEDIDAC n° 37, Lausanne 1998, p. 205 ss et 227 ss; Christian J. Meier-Schatz, Die GmbH und die private AG, in: Die GmbH und Ihre Reform – Perspektiven aus der Praxis, Zurich 2000, p. 111 ss.

²⁰ Voir N 12 126; BO 1975 N p. 1493 ss.

²¹ Voir E 93.3005; BO 1992 E p. 1219 s.

²² Voir N 97.3142; BO 1998 N p. 2177 ss.

²³ Voir Rapport d'experts pour un avant-projet de révision du droit de la Sàrl, documents de la procédure de consultation d'avril 1999, p. 63 à 71 (Commande auprès de l'OFCL, Diffusion publications, 3003 Berne).

pas essentielle, en particulier pour les sociétés publiques (par société publique, on entend une société dont les titres sont cotés en bourse ou qui a émis un emprunt par obligations). Pour les experts, il convient également de repousser la conception d'une société anonyme à deux niveaux²⁴, eu égard au rayonnement de la Sàrl dans les pays voisins. Renoncer à la Sàrl conduirait un grand nombre d'entreprises à changer de forme juridique. La création d'une «petite société anonyme» en sus de la Sàrl conduirait à une variété inutile de formes de société semblables. Le droit de la Sàrl devrait en outre quand même être révisé²⁵.

La motion relative à l'admissibilité de la «GmbH & Co. KG» se fondait notamment sur le fait que le droit actuel ne permet pas de choisir la forme d'une société de personnes sans encourir le risque de la responsabilité illimitée. Son auteur y relevait que le recours à la société de personnes empêcherait la double imposition des sociétés de capitaux et de leurs propriétaires. Dans le rapport d'experts accompagnant l'avant-projet, il est démontré que la «GmbH & Co. KG», soit l'union d'une société en commandite et d'une Sàrl, est une institution juridique extrêmement complexe. Un tel modèle d'organisation juridique semble – contrairement à son objectif – précisément peu adapté aux petites entreprises; il ne satisfait pas aux exigences de la simplicité et de la clarté que doit revêtir une forme de droit destinée aux petites et moyennes entreprises (PME)²⁶.

Le rapport d'experts considère la création d'une «société de personnes à responsabilité limitée» comme une alternative à la «GmbH & Co. KG». Cette proposition de nouvelle forme juridique prendrait la société en commandite pour modèle, mais l'ensemble des associés ne répondraient que de manière limitée, à concurrence d'une somme inscrite dans le registre du commerce. Le montant des commandites des associés devrait s'élever à 40 000 francs au moins. Des normes relatives à l'établissement des comptes et l'obligation de vérification de ces derniers par un organe externe assureraient la protection du capital social et des créanciers²⁷.

Lors de la consultation, diverses opinions furent émises. Un véritable besoin de compléter les formes de droit traditionnelles n'a toutefois pas pu être énoncé de manière convaincante. A l'opposé, l'augmentation croissante du nombre de Sàrl - il est actuellement supérieur à 50 000 - souligne l'urgence d'une mise à jour du droit de la Sàrl (cf. ci-dessus ch. 1.1). Selon la conception du projet, la Sàrl est une société de capitaux au caractère personnel accentué, dont la dotation en fonds propres est modique mais dont le capital est entièrement libéré. Il s'avère donc superfétatoire de prévoir des formes juridiques complémentaires. Au demeurant, une variété trop importante de normes ne sert pas les intérêts des petites et moyennes entreprises (PME). A leur égard, l'ordre juridique doit en effet rester aussi simple et transparent que possible. En outre, dans une économie qui s'internationalise toujours davantage, l'introduction de types de sociétés inconnus du droit des pays qui nous entourent causerait des difficultés.

²⁴ Le rapport final du groupe de réflexion «Droit des sociétés» a déjà démontré que le droit de la société anonyme n'offre que des possibilités très restreintes de prévoir des assouplissements pour les petites sociétés; voir rapport final du 24.9.1993, p. 28 à 41 (Commande auprès de l'OFCL, Diffusion publications, 3003 Berne; art. 407.020 f).

²⁵ Voir Rapport d'experts, p. 63 s.

²⁶ Voir Rapport d'experts, p. 69 ss.

²⁷ Voir Rapport d'experts, p. 71.

2 **Partie spéciale:**
Commentaire des dispositions du projet

2.1 **Droit de la société à responsabilité limitée**

2.1.1 **Chapitre premier Dispositions générales**

2.1.1.1 **Définition**

Art. 772

Les définitions des formes de société du code des obligations ont fait l'objet de diverses critiques²⁸. Elles indiquent des éléments qui ne sont pas toujours essentiels sans mentionner certaines caractéristiques structurelles importantes. Le projet formule une définition inédite de la Sàrl, qui tient également compte de la nouvelle conception de cette forme de droit. L'*al. 1* définit la société en tant que telle, alors que l'*al. 2* est consacré à la qualité d'associé. De par sa nature, la définition légale ne peut mettre en évidence qu'un nombre limité de traits significatifs de la Sàrl, sans prétendre à l'exhaustivité. La portée normative de cette disposition réside avant tout dans la mise en lumière des paradigmes qui ont sous-tendu la (nouvelle) réglementation, en vue de l'interprétation de la loi.

L'*al. 1* définit la Sàrl; il s'agit d'une société de capitaux à caractère personnel, que forment une ou plusieurs personnes ou sociétés commerciales. La Sàrl est une corporation, soit une société dotée de la personnalité juridique; c'est un trait commun à l'ensemble des sociétés de capitaux²⁹. La Sàrl a une existence juridique propre, indépendante des personnes qui la composent. La définition légale souligne déjà qu'il sera possible de fonder une Sàrl unipersonnelle (cf. ch. 1.3.2. ainsi que le commentaire relatif à l'art. 775 P CO). La Sàrl est une société de capitaux; elle dispose d'un capital fixé dans les statuts. La qualité d'associé repose sur une participation à ce capital social. Le montant de la participation financière des sociétaires détermine, à tout le moins sur le principe, les droits qui leur sont attribués. Selon le projet, la Sàrl revêt cependant clairement les attributs d'une société de capitaux à caractère personnel³⁰ (cf. ci-dessus ch. 1.3.1). Cela signifie que la conformation juridique de la société repose certes, d'une part, sur l'existence d'un capital déterminé dans les statuts (i. e. le capital social), mais que les structures juridiques de la société permettent, d'autre part, de tenir largement compte des circonstances concrètes ainsi que de la personnalité des associés, à côté de leur seule participation financière. Les éléments suivants, notamment, illustrent le caractère personnel de la Sàrl: l'obligation, pour les associés, d'effectuer des versements supplémentaires ou de fournir des prestations accessoires, la forte restriction de la cessibilité des parts sociales ainsi que la sortie de la société ou l'exclusion d'un associé.

²⁸ Cf. notamment Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 2^e éd. Zurich 1996, N 38b; Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz, Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996, par. 1 N 4; pour la Sàrl, cf. notamment Werner von Steiger, in: *Zürcher Kommentar V/5c*, Zurich 1965, Einleitung, N 40 ss; Herbert Wohlmann, *GmbH-Recht*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1997, p. 9 ss.

²⁹ La société anonyme (SA), la société en commandite par actions et la Sàrl sont des sociétés de capitaux.

³⁰ Sur les différences entre les sociétés à caractère personnel («personenbezogen») et les sociétés centrées sur le capital («kapitalbezogen»), voir notamment Arthur Meier-Hayoz, Peter Forstmoser, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 8^e éd., Berne 1998, par. 3 N 13.

Le projet relève le caractère personnel de la Sàrl et vise à concevoir cette forme de droit en fonction des besoins des entreprises dont le cercle des associés est plutôt limité. Avec la Sàrl révisée, il propose, pour les sociétés au sein desquelles les rapports entre associés sont étroits (il peut tout à fait s'agir de grandes sociétés), une alternative à la société anonyme, qui est davantage centrée sur le capital³¹. Au final, ces deux formes juridiques semblent plus clairement conformées pour répondre à des besoins déterminés que sous l'empire de la réglementation de 1936. Elles se complètent mutuellement. Le projet de loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (loi sur la fusion³²) devrait à l'avenir simplifier le passage d'un type de société à un autre, lorsque cela semble souhaitable car les besoins se sont modifiés (p. ex. suite à la croissance d'une entreprise).

Dans la définition de la Sàrl, le projet souligne également que la responsabilité pour les dettes de la société reste limitée à sa fortune sociale. Cette véritable limitation de la responsabilité représente une innovation importante dans la mesure où le projet renonce à l'actuelle responsabilité solidaire et subsidiaire de tous les associés pour la partie du capital social qui n'est pas (ou plus) libérée (cf. art. 802 CO; cf. ci-dessus ch. 1.3.7 ainsi que ci-dessous le commentaire relatif à l'art. 794 P CO).

L'al. 2 précise que chaque associé détient au moins une part sociale du capital social. Suivant le caractère «capitaliste» de la Sàrl, la qualité d'associé repose donc nécessairement sur une participation au capital social. A la différence du droit actuel, selon lequel un associé ne peut posséder qu'une seule part sociale (art. 774, al. 2, CO), le projet prévoit que chaque associé peut désormais en posséder plusieurs (cf. ci-dessus ch. 1.3.8).

L'al. 2 stipule également que les statuts peuvent prévoir l'obligation, pour les associés, d'effectuer des versements supplémentaires ou de fournir des prestations accessoires (cf. art. 795 ss P CO). Cette disposition ne mentionne que deux obligations importantes. Les associés sont également tenus de par la loi, mais à titre dispositif, à un devoir de fidélité et peuvent être soumis à une prohibition de faire concurrence (cf. art. 803 P CO). La possibilité de contraindre les associés à remplir certains devoirs, en fonction des circonstances concrètes, correspond au caractère personnel de la Sàrl; à l'inverse, les actionnaires ne peuvent être tenus de fournir des prestations excédant le montant fixé, lors de l'émission, pour l'acquisition de leurs titres (libération des actions; cf. art. 680, al. 1, CO).

Selon la réglementation actuelle, la Sàrl ne peut être fondée qu'en vue de la recherche d'un but économique (cf. art. 772, al. 3, CO) alors que la société anonyme peut être fondée aussi afin de chercher à atteindre un objectif qui n'est pas de nature économique (cf. art. 620, al. 3, CO). La limitation de la Sàrl à des fins économiques n'est cependant matériellement pas justifiée. Selon le projet de révision, la Sàrl est aussi à disposition pour la poursuite d'un but idéal et d'utilité publique; l'actuel art. 772, al. 3, CO est donc abrogé. Le projet renonce à prévoir une disposition relative aux buts pour lesquels une Sàrl peut être constituée (sur le modèle de l'art. 620, al. 3, CO) car elle n'aurait aucun contenu normatif particulier.

³¹ Au sujet de la société anonyme en tant que société de capitaux fondamentalement centrée sur le capital («kapitalbezogen»), voir p. ex. Peter Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz, Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 2 N 22 s.; Christoph von Greyerz, Die Aktiengesellschaft, in: Traité de droit privé suisse, tome VIII/2, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1982, p. 14; Karl Wieland, Handelsrecht, volume II, Munich et Leipzig 1931, p. 2.

³² Message du Conseil fédéral concernant la loi sur la fusion; FF 2000 3995 ss.

2.1.1.2 Capital social

Art. 773

Selon le droit en vigueur, le capital social ne peut être inférieur à 20 000 francs ni excéder 2 millions de francs (art. 773 CO). Le projet prévoit de supprimer le plafonnement du capital social à 2 millions de francs car cela peut freiner la croissance d'une Sàrl. Dans l'intérêt des petites entreprises, il renonce à augmenter le montant minimal du capital social; celui-ci devra néanmoins être entièrement libéré dans tous les cas. Pour l'argumentaire, nous renvoyons aux ch. 1.3.3 et 1.3.4.

2.1.1.3 Parts sociales

Art. 774

En droit actuel, la valeur nominale minimale des parts sociales est de 1000 francs. L'*al. 1* réduit celle-ci à 100 francs. Vu le caractère personnel de la Sàrl, sa conformation en tant que forme de droit conçue pour répondre aux besoins d'entreprises dont le cercle des associés est limité et l'incapacité des parts sociales de faire l'objet de transactions sur le marché des capitaux, un abaissement au-dessous de ce montant semble matériellement injustifié (cf. ci-dessus ch. 1.3.8).

Lors d'un assainissement de la société, la valeur nominale doit toutefois pouvoir être réduite au delà de la valeur minimale générale, jusqu'à un franc; il en résulte des «parts sociales d'assainissement» (cf. à ce sujet l'art. 732a, en relation avec l'art. 782, al. 4, P CO ainsi que le commentaire relatif à l'art. 732a P CO).

Selon le droit en vigueur, un associé ne peut posséder qu'une seule part sociale (art. 774, al. 2, CO). En conséquence, lorsque la participation d'un associé est modifiée (soit par l'aliénation d'une partie de cette dernière ou par une acquisition supplémentaire), il faut modifier le montant de la part sociale. Cette opération nécessite une adaptation des statuts, qui requiert une décision de l'assemblée des associés prise en la forme authentique. Afin de simplifier les modifications de la participation des associés, selon le projet, chaque associé peut posséder plusieurs parts sociales.

L'*al. 2* fixe le principe selon lequel les parts sociales doivent être émises à leur valeur nominale au moins. Comme dans les autres sociétés de capitaux, l'émission au-dessous du pair n'est donc pas autorisée. Cette disposition ne règle que la détermination du prix d'émission. L'art. 777c P CO régit les apports à effectuer (libération).

2.1.1.4 Bons de jouissance

Art. 774a (nouveau)

Le projet autorise l'émission de bons de jouissance et comble ainsi une lacune de la loi. La disposition du droit de la société anonyme (art. 657 CO) s'applique par analogie.

2.1.1.5 Associés

Art. 775

Les sociétés unipersonnelles sont aujourd'hui déjà très répandues. La Sàrl doit toutefois compter, lors de sa fondation, deux associés au moins (art. 775, al. 1, CO). En pratique, on recourt le plus souvent à des «hommes de paille». Lorsque, par la suite, il ne reste plus qu'un associé, le juge peut, selon l'art. 775, al. 2, CO, à la requête d'un associé ou d'un créancier, prononcer la dissolution de la société si celle-ci ne rétablit la situation légale dans un délai convenable.

Le projet prévoit d'abroger ce droit d'action et d'admettre la fondation d'une Sàrl par une seule et unique personne. En pratique, cette innovation simplifie considérablement les choses et correspond de surcroît à la 12^e directive en matière de droit des sociétés³³. Il convient, dans le même trait, d'admettre la fondation de sociétés anonymes unipersonnelles (cf. art. 625 P CO; voir ci-dessus ch. 1.3.17; pour la société coopérative, cf. le commentaire de l'art. 831 P CO).

Outre l'admissibilité de la fondation de Sàrl unipersonnelles, l'art. 775 P CO précise également qui peut revêtir la qualité d'associé: les personnes physiques ou morales ainsi que d'autres sociétés commerciales (sociétés en nom collectif et sociétés en commandite) sont susceptibles d'être les associés d'une Sàrl. Cela correspond aussi bien à la doctrine qu'à l'opinion défendue au Parlement en 1934 déjà³⁴.

2.1.1.6 Statuts

Art. 776 Dispositions nécessaires

Cet article détermine les dispositions que doivent impérativement contenir les statuts. Les *ch. 1* et *4* sont repris de la réglementation actuelle sans modification, alors que seule la formulation du *ch. 2* est modifiée (la mention de «l'objet de l'entreprise» est remplacée par celle du «but de la société»). Le projet prévoit également une adaptation terminologique au *ch. 3* (la «part de chaque associé» est remplacée par la «valeur nominale des parts sociales»). Comme chaque associé peut désormais posséder plusieurs parts sociales (cf. le commentaire de l'art. 774 P CO), les statuts doivent également indiquer leur nombre.

Art. 776a (nouveau) Autres dispositions

Sur plusieurs points importants, la réglementation légale de la Sàrl est de nature dispositive. Cela permet de conformer la Sàrl en fonction des circonstances concrètes et des rapports personnels entre les associés. Le cas échéant, les possibilités de configuration substantielles énumérées à l'art. 776a P CO doivent impérativement figurer dans les statuts. Cette norme dresse une liste de sujets sur lesquels il est possible de

³³ Directive 89/667/CEE; JO n° L 395 du 30.12.1989, p. 40 ss.

³⁴ Voir notamment BO 1934 N 733 ss, spéc. 740 s.; parmi d'autres: Carl Baudenbacher, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Bâle et Art. 620 N 6 pour la société anonyme; Lukas Handschin, Die GmbH, ein Grundriss, Zurich 1996, par. 4 N 2; Roland Ruedin, Droit des sociétés, Berne 1999, N 428; Herbert Wohlmann, GmbH-Recht, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1997, p. 38.

déroger à la réglementation légale. La portée normative de cette règle est limitée à la détermination du contenu dispositif des statuts; d'autres dispositions régissent toujours les aspects matériels relatifs à chacune des options proposées.

L'énumération figurant à l'*al. 1* correspond en partie à la réglementation actuelle (cf. art. 777 CO); elle est néanmoins complétée et adaptée aux innovations prévues par le projet. Elle concerne les points suivants:

- *ch. 1*: les dispositions concernant le principe et les modalités d'une *obligation d'effectuer des versements supplémentaires ou de fournir des prestations accessoires* (cf. à ce sujet les art. 795 ss P CO); les statuts peuvent renvoyer à un règlement pour les détails de l'obligation de fournir une prestation accessoire (cf. art. 796, al. 3, P CO).
- *ch. 2*: les dispositions concernant le principe et les modalités de *droits (statutaires) de préférence, de préemption ou d'emption* des associés ou de la société sur les parts sociales. Il s'agit d'un type particulier de prestation accessoire (cf. art. 796 s. P CO). L'institution de droits d'acquisition préférentiels par voie contractuelle et hors statuts demeure réservée.
- *ch. 3*: les dispositions concernant la *prohibition, pour les associés, de faire concurrence*. S'ils prennent part à la gestion de la société, ils sont soumis à la prohibition de faire concurrence qui frappe les gérants (cf. à ce sujet al. 2 ch. 8 ainsi que les art. 803, al. 2 et 812, al. 3 P CO). L'institution, par voie contractuelle, d'une prohibition de faire concurrence hors statuts demeure réservée.
- *ch. 4*: les dispositions concernant l'institution de *peines conventionnelles* en cas d'inexécution ou d'exécution tardive d'obligations légales ou statutaires (cf. à ce sujet l'art. 796 P CO, relatif à l'obligation de fournir des prestations accessoires). L'institution, par voie contractuelle, de peines conventionnelles hors statuts demeure réservée.
- *ch. 5*: les dispositions concernant les privilèges attachés à certaines catégories de parts sociales (*parts sociales privilégiées*); cf. à ce sujet les art. 654, al. 1, et 656 CO, en relation avec l'art. 799 P CO).
- *ch. 6*: les dispositions concernant l'institution, en faveur des associés, d'un *droit de veto* à l'égard des décisions de l'assemblée des associés (cf. à ce sujet l'art. 807 P CO).
- *ch. 7*: les dispositions concernant une *restriction au droit de vote* des associés (cf. à ce sujet l'art. 806, al. 1, P CO) et les dispositions concernant une *restriction de leur droit de se faire représenter à l'assemblée des associés* (cf. à ce sujet l'art. 689, al. 2, CO en relation avec l'art. 805, al. 5, ch. 8, P CO).
- *ch. 8*: les dispositions concernant les *bons de jouissance* (cf. à ce sujet l'art. 657 CO, en relation avec l'art. 774a P CO).
- *ch. 9*: les dispositions concernant les *réserves statutaires* (cf. à ce sujet les art. 672 s. CO, en relation avec l'art. 801 P CO).
- *ch. 10*: les dispositions qui confèrent à *l'assemblée des associés* des *compétences* qui vont au-delà de celles prévues par la loi (cf. art. 810, al. 1, P CO). Le transfert d'attributions que la loi réserve impérativement à un autre

organe n'est pas autorisé (cf. en particulier art. 810, al. 2, P CO et art. 728 ss CO en relation avec l'art. 818, al. 2, P CO).

- *ch. 11*: les dispositions qui soumettent des décisions déterminées des gérants à l'*approbation de l'assemblée des associés* ainsi que celles qui offrent aux gérants la possibilité de soumettre certaines questions à l'approbation de l'assemblée des associés (cf. à ce sujet l'art. 811 P CO).
- Le *ch. 12* mérite une explication plus détaillée: sauf disposition contraire des statuts, tous les associés exercent collectivement la *gestion* de la société (art. 809, al. 1, P CO). Seules des personnes physiques peuvent être désignées comme gérants (art. 809, al. 2, P CO). Il convient donc de prévoir une réglementation particulière pour les associés qui seraient en soi autorisés à exercer la gestion de la société mais qui sont des personnes morales ou des sociétés commerciales: elles peuvent désigner une personne physique qui exerce le droit à la gestion à leur place. Afin de garantir le droit des autres associés à une gestion consensuelle, les statuts peuvent prévoir, selon le projet, que la désignation de personnes physiques qui exercent le droit à la gestion pour le compte des personnes morales ou des sociétés commerciales requiert l'*approbation de l'assemblée des associés* (cf. art. 809, al. 2, P CO).
- *ch. 13*: les dispositions concernant la faculté, accordée aux gérants, de *nommer des directeurs, des fondés de procuration et des mandataires commerciaux* (cf. à ce sujet l'art. 804, al. 3, P CO).
- *ch. 14*: les dispositions concernant l'attribution de *tantièmes* aux gérants (cf. à ce sujet l'art. 677 CO, en relation avec l'art. 798b P CO).
- *ch. 15*: les dispositions concernant l'attribution d'*intérêts intercalaires* (cf. à ce sujet l'art. 676 CO, en relation avec l'art. 798a, al. 2, P CO).
- *ch. 16*: les dispositions concernant l'organisation et les attributions de l'*organe de révision*, si ces dispositions vont au-delà des termes de la loi (cf. à ce sujet l'art. 818 P CO, en relation avec l'art. 731, al. 1, CO).
- *ch. 17*: les dispositions concernant l'attribution d'un *droit statutaire de sortir de la société* ainsi que les conditions d'exercice de ce droit et l'indemnisation en la matière (cf. à ce sujet les art. 822, al. 2, et 825, al. 2, P CO).
- *ch. 18*: les dispositions concernant les *causes spéciales d'exclusion* d'un associé (cf. à ce sujet l'art. 823, al. 2, P CO). Les statuts ne doivent pas obligatoirement mentionner l'exclusion pour de justes motifs (art. 823, al. 1, P CO); ils ne sauraient non plus modifier le régime légal en la matière.
- *ch. 19*: les dispositions concernant d'autres *causes de dissolution* que celles qui sont prévues par la loi (cf. à ce sujet l'art. 821, al. 1, ch. 1, P CO).

L'*al. 2* dresse une liste de questions pour lesquelles les statuts (et seuls les statuts) peuvent prévoir une réglementation qui déroge aux prescriptions légales en ce qui concerne:

- *ch. 1*: la prise des décisions concernant la *création ultérieure de nouvelles parts sociales privilégiées* (cf. à ce sujet l'art. 654, al. 2, CO en relation avec l'art. 799 P CO).
- *ch. 2*: le *transfert des parts sociales*. Il s'agit des prescriptions qui dérogent au régime légal dispositif concernant les restrictions au transfert de parts sociales (cf. à ce sujet les art. 786, al. 2, et 788, al. 5, P CO). Les statuts

ne peuvent en revanche pas renoncer aux prescriptions de forme en cas de cession (cf. art. 785 P CO), ni à l'exigence de l'inscription des associés dans le registre du commerce (cf. à ce sujet l'art. 791 P CO). Il est cependant admissible de prévoir que la cession de parts sociales requiert la forme authentique.

- *ch. 3: la convocation de l'assemblée des associés* (cf. à ce sujet l'art. 805, al. 2 et 3, P CO).
- *ch. 4: la détermination du droit de vote* (émission de parts sociales privilégiées quant au droit de vote; cf. à ce sujet l'art. 806, al. 2, P CO).
- *ch. 5: la prise des décisions* lors de l'assemblée des associés (soit les majorités requises, y compris les quorums de présence et la voix prépondérante; à ce sujet, cf. les art. 808, 808a et 808b, al. 2, P CO)
- *ch. 6: la prise des décisions* par les *gérants* (soit les majorités requises, y compris les quorums de présence et la voix prépondérante; à ce sujet, cf. art. 809, al. 4, P CO).
- *ch. 7: la gestion* (cf. à ce sujet l'art. 809, al. 1, P CO) et la *représentation* (cf. à ce sujet l'art. 814, al. 2, P CO). Pour les détails relatifs à la représentation, il est possible de renvoyer à un règlement d'organisation des *gérants*.
- *ch. 8: la prohibition de faire concurrence* frappant les personnes chargées de la gestion (cf. à ce sujet l'art. 812, al. 3, P CO).

2.1.1.7 Fondation

Art. 777 Acte constitutif

Matériellement, cette disposition correspond à la réglementation actuelle de l'art. 779, al. 1 et 2, CO. Elle reprend en revanche la formulation et la structure de la norme correspondante en droit de la société anonyme, améliorées lors de la révision de 1991 (art. 629 CO).

L'*al. 1* régit la constitution de la société par les fondateurs. Le contenu matériel de cette disposition correspond à celui de la réglementation actuelle.

L'*al. 2* détermine le contenu de l'acte constitutif, qu'il y a lieu d'instrumenter en la forme authentique. Il s'agit de mêmes points que pour la fondation d'une société anonyme. Les fondateurs d'une Sàrl doivent cependant constater au surplus qu'ils acceptent l'éventuelle obligation statutaire d'effectuer des versements supplémentaires ou de fournir des prestations accessoires (ch. 4).

Art. 777a (nouveau) Souscription des parts sociales

Selon l'*al. 1*, pour être valable, la souscription des parts sociales requiert l'indication du nombre, de la valeur nominale et du prix d'émission des parts sociales. S'il existe plusieurs catégories de parts sociales, la catégorie doit également être mentionnée. A la différence de la souscription des actions (cf. art. 630, ch. 1, CO), la mention de l'espèce des parts sociales n'est pas nécessaire car ces dernières ne peuvent être émises que sous la forme de titres de preuve ou de papiers – valeurs nominatifs (cf. art. 784, al. 1, P CO).

L'al. 2 prévoit que l'acte de souscription doit, afin de protéger les fondateurs, renvoyer expressément aux éventuelles dispositions statutaires concernant: une obligation statutaire d'effectuer des versements supplémentaires ou de fournir une prestation accessoire, l'institution d'une prohibition, pour les associés, de faire concurrence (la prohibition légale de faire concurrence qui frappe les gérants n'a pas besoin d'être mentionnée), les droits de préférence, de préemption et d'emption sur les parts sociales ainsi que les peines conventionnelles assurant l'exécution d'une obligation légale ou statutaire.

Art. 777b (nouveau) Pièces justificatives

Comme l'actuel art. 779, al. 3, CO, l'al. 1 précise que l'officier public doit mentionner dans l'acte constitutif chacune des pièces justificatives. Il doit également attester que ces dernières lui ont été présentées, ainsi qu'aux fondateurs.

L'al. 2 énumère les pièces justificatives qui doivent être annexées à l'acte constitutif. Il s'agit pour les fondateurs d'une Sàrl de produire les statuts, le rapport de fondation, l'attestation de vérification, l'attestation confirmant le dépôt des apports en espèces, d'éventuels contrats relatifs aux apports en nature ainsi que les contrats de reprises de biens existants.

Art. 777c (nouveau) Apports

Cette disposition traite de l'ensemble des règles relatives aux apports. Elle s'applique à la fondation, mais aussi en cas d'augmentation du capital social (par renvoi; cf. art. 781, al. 3, P CO).

Selon l'al. 1, lors de la fondation, un apport correspondant au prix d'émission (cf. à ce sujet l'art. 774, al. 2, P CO) doit être intégralement libéré pour chaque part sociale (libération des parts sociales). Selon la réglementation actuelle toutefois (art. 774, al. 2, CO), l'associé ne doit libérer sa part qu'à concurrence de 50 % au moins, lors de la fondation; chaque associé répond cependant solidairement et subsidiairement pour la partie non libérée de l'ensemble du capital social (art. 802 CO). Le projet propose d'une part de maintenir, dans l'intérêt des petites sociétés dont les besoins en fonds propres sont peu élevés (cf. ci-dessus ch. 1.3.3), le montant minimal du capital social à 20 000 francs seulement, nonobstant le renchérissement survenu depuis 1936. Par ailleurs, il semble urgent de renoncer à la responsabilité solidaire et subsidiaire des associés, qui n'est pas sans danger (cf. ci-dessus ch. 1.3.7). Eu égard à la protection des tiers, ces deux propositions ne sont cependant matériellement défendables qu'à la condition que l'on puisse toujours garantir l'existence d'un substrat de responsabilité minimal. De ce fait, le projet exige qu'un apport correspondant au prix d'émission soit libéré entièrement pour chaque part sociale lors de la fondation ainsi qu'en cas d'augmentation du capital social (cf. également ch. 1.3.4). Vu la modicité du montant minimal du capital social, il n'en résulte pas de difficultés véritablement conséquentes, même pour les petites entreprises. L'exigence selon laquelle il faut toujours libérer intégralement les parts sociales permet en outre de simplifier la réglementation de la Sàrl dans l'intérêt de la pratique. L'obligation statutaire d'effectuer des versements supplémentaires (art. 795 ss P CO) supplée fonctionnellement à l'actuelle libération partielle; le même problème n'a ainsi pas à être réglé à deux reprises dans la loi.

L'al. 2 renvoie au droit de la société anonyme sur trois points, qu'il convient de régler de manière concordante pour toutes les formes de sociétés de capitaux, car aucune différence n'est matériellement justifiée (au sujet des renvois en droit des sociétés, cf. ci-dessus ch. 1.3.17).

- *ch. 1*: selon le projet, les dispositions du droit de la société anonyme (art. 628 CO) s'appliquent par analogie en ce qui concerne l'indication des apports en nature, des reprises de biens et des avantages particuliers dans les statuts. L'actuelle réglementation de la Sàrl (art. 778 CO), moins précise et incomplète, peut donc être abrogée.
- *ch. 2*: il convient de régler l'inscription des apports en nature, des reprises de biens et des avantages particuliers dans le registre du commerce de la même manière qu'en droit de la société anonyme (art. 642 P CO; à ce sujet, voir ci-dessous le commentaire relatif à cette disposition). Par rapport au droit actuel de la Sàrl (art. 781, ch. 6, CO), le projet inclut aussi l'attribution d'avantages particuliers.
- *ch. 3*: selon la conception actuelle de la Sàrl, la garantie de la libération du capital social repose avant tout sur la responsabilité solidaire et subsidiaire de tous les associés à concurrence de l'entier du capital social, dans la mesure où ce dernier n'a pas été libéré ou ne l'a pas été dûment ou encore qu'il a été réduit par la perception indue de bénéfices ou d'intérêts (cf. art. 802 CO). Les mesures bien connues du droit de la société anonyme visant à assurer une libération effective du capital (dépôt des apports en espèces, rapport de fondation et attestation de vérification; art. 633, 635 et 635a CO) font défaut. La libération du capital n'est donc pas assurée. En outre, cette réglementation a pour corollaire que les associés sont soumis, en matière de responsabilité, à des risques peu raisonnables. Comme déjà indiqué, le projet de révision renonce à la responsabilité solidaire et subsidiaire des associés pour la libération du capital social (cf. ci-dessus ch. 1.3.7). En conséquence, l'apport au capital social doit être assuré par des mesures identiques à celles qui prévalent pour la société anonyme. La mise en place d'une procédure de libération plus ou moins fiable semble également indispensable au regard du modique montant minimal du capital social (20 000 francs; cf. ch. 1.3.3). C'est pourquoi le projet renvoie aux art. 633 et 634 CO en ce qui concerne la libération des apports (l'art. 634a CO n'est pas applicable; la libération par compensation est néanmoins admise): les apports en espèces doivent être déposés auprès d'un établissement soumis à la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne; les apports en nature doivent respecter les exigences du droit de la société anonyme (y compris les critères développés par la doctrine et la pratique quant à l'admissibilité des apports en nature³⁵). Conformément à l'art. 635 CO, les fondateurs rendent compte dans un rapport écrit des apports en nature, des reprises de biens, de la libération par compensation et des avantages particuliers. Un réviseur vérifie le rapport de fondation (art. 635a CO), même pour les sociétés qui ne disposent pas d'organe de révision (cf. art. 818 P CO). La doctrine mentionne que la fondation qualifiée (soit la fondation avec apports en nature, reprises de biens, libération par compensation ou avantages particuliers) est un des instituts du droit des

³⁵ A ce sujet, voir la communication de l'Office fédéral du registre du commerce du 15 août 2001, in: REPRAX 2/01, p. 66 ss (et les références citées).

sociétés qui est le plus sujet aux abus³⁶; les expériences des autorités du registre du commerce confirment cette opinion. Les mesures prévues afin d'assurer la protection des tiers paraissent donc indispensables (même pour les petites sociétés). A y regarder de plus près, il n'en résulte pour les entreprises qu'une charge modeste car il s'agit d'une prestation unique et car les frais peuvent être minimisés en renonçant aux apports en nature et aux reprises de biens.

2.1.1.8 Inscription dans le registre du commerce

Art. 778 Société

Selon cette disposition, la société doit être inscrite dans le registre du commerce du lieu où elle a son siège (selon le droit en vigueur, art. 780, al. 1, CO). Le projet régit la signature des réquisitions d'inscription ainsi que la procédure d'inscription et les pièces justificatives de manière uniforme pour toutes les personnes morales (cf. art. 929 et 931a P CO); les dispositions du droit de la Sàrl en la matière peuvent donc être abrogées (art. 780, al. 2 à 4, CO).

Art. 778a (nouveau) Succursales

Cette disposition reprend l'art. 782, al. 1, CO, selon lequel les succursales doivent être inscrites dans le registre du commerce du lieu où elles ont leur siège, avec référence à l'inscription de l'établissement principal (cette disposition ne régit que l'obligation d'inscription; pour le contenu de l'inscription, cf. la norme de délégation figurant à l'art. 929 P CO; pour la façon dont l'inscription est opérée, cf. art. 935 CO).

2.1.1.9 Acquisition de la personnalité

Art. 779 Moment; conditions légales non remplies

La réglementation relative à l'acquisition de la personnalité correspond plus ou moins à la réglementation actuelle (art. 783, al. 1, CO). Elle est néanmoins complétée et précisée sur le modèle de la société anonyme (cf. art. 643 CO). Selon l'*al. 1*, la société acquiert la personnalité par son inscription dans le registre du commerce (comme le prévoit l'actuel art. 783, al. 1, CO; cf. l'art. 932 CO en ce qui concerne le moment précis). Vu l'effet guérisseur de l'inscription, la société acquiert la personnalité selon l'*al. 2*, même si les conditions d'inscription ne sont pas remplies. Dans ce cas, l'*al. 3* offre toutefois aux associés et aux créanciers le droit de requérir la dissolution de la société. Selon l'*al. 4*, l'action s'éteint si elle n'est pas introduite dans les trois mois.

³⁶ Herbert Wohlmann, GmbH-Recht, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1997, p. 26.

Art. 779a (nouveau) Actes accomplis avant l'inscription

Cette disposition reprend le contenu de l'art. 783, al. 2 et 3, CO. Selon l'*al. 1*, les personnes sont solidairement et personnellement responsables lorsqu'elles agissent au nom de la société avant l'inscription de cette dernière dans le registre du commerce. Selon l'*al. 2*, elles sont toutefois libérées si la société reprend les obligations dans les trois mois à compter de son inscription.

2.1.1.10 Modification des statuts

Art. 780

Comme c'est déjà le cas en droit positif, toute décision de l'assemblée des associés qui modifie les statuts doit revêtir la forme authentique, et être inscrite dans le registre du commerce (cf. art. 784, al. 1, et 785, al. 1, CO). Cette réglementation correspond à celle qui régit l'adoption des statuts originaux lors de la fondation (cf. art. 777, al. 1, et 778 P CO).

Le droit actuel prévoit, à l'art. 785, al. 2, CO (dans ses versions allemande et italienne à tout le moins) que la décision qui modifie les statuts est immédiatement suivie d'effet, dès son inscription dans le registre du commerce, même à l'égard des tiers (soit pas uniquement à titre interne à la société). Sous cette forme, cette disposition déroge au régime ordinaire relatif au début des effets d'une inscription dans le registre du commerce (cf. art. 932 CO). Cependant, aucun motif matériellement défendable et convaincant ne justifie une réglementation particulière³⁷. Au contraire, les modifications des statuts ne doivent également être opposables aux tiers qu'une fois que ceux-ci ont au moins pu en prendre connaissance sur la base de l'inscription dans le registre du commerce et de la publication dans la Feuille officielle suisse du commerce. L'art. 785, al. 2, CO doit donc être abrogé. Il en va de même pour la norme parallèle du droit de la société anonyme (art. 647, al. 3, CO).

2.1.1.11 Augmentation du capital social

Art. 781

La réglementation en vigueur de l'augmentation du capital social est peu précise (art. 786 CO). Le renvoi aux règles prescrites pour la fondation a en outre pour effet qu'une augmentation du capital social requiert l'approbation de l'ensemble des associés³⁸. Cette exigence du consentement est la conséquence inévitable de la responsabilité solidaire et subsidiaire des associés pour la libération de la totalité du capital social. Elle rend pourtant singulièrement plus difficile l'augmentation du capital social. Le projet renonce à la responsabilité subsidiaire et solidaire des associés (cf. à ce sujet ci-dessus ch. 1.3.7); l'augmentation du capital social peut donc être

³⁷ Voir également la critique de Guillaume Vianin, L'inscription au registre du commerce, thèse Fribourg 2000, p. 212 s. et les références citées.

³⁸ Voir notamment Werner von Steiger, in: Zürcher Kommentar V/5c, Zurich 1965, Art. 786 N 8; d'un autre avis, Gaudenz. G. Zindel, Peter R. Isler, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1994, art. 786 N 2.

simplifiée. Par la même occasion, il convient de compléter la réglementation légale en tenant compte des besoins pratiques.

L'*al. 1* offre à l'assemblée des associés la possibilité de décider d'une augmentation du capital social. La décision doit recueillir au moins les deux tiers des voix représentées et la majorité absolue du capital social autorisé à voter (cf. art. 808*b*, al. 1, ch. 5, P CO). L'augmentation du capital social s'opère en deux temps: l'assemblée des associés décide du principe, du montant et des modalités particulières de l'augmentation (cf. art. 650, al. 2, ch. 1 à 9, CO).

Selon l'*al. 2*, l'exécution de la décision et le reste de la procédure incombent aux gérants. Ils doivent effectuer les démarches nécessaires à l'apport du capital et faire les constatations requises par la loi. Si l'augmentation vient à chef, il leur appartient également de modifier les statuts et de requérir son inscription dans le registre du commerce.

Selon l'*al. 3*, la souscription des parts sociales et la libération des apports sont régies par les dispositions applicables à la fondation de la société (soit les art. 777*a* et 777*c* P CO). En outre, les dispositions du droit de la société anonyme concernant le bulletin de souscription (art. 652 CO) s'appliquent par analogie.

De plus, l'*al. 3* exclut une offre publique en souscription des parts sociales. Ceci correspond au caractère personnel et plutôt fermé de la Sàrl et à l'incapacité des parts sociales de faire l'objet d'échanges sur le marché des capitaux (cf. ci-dessus ch. 1.3.8). La recherche d'un nouvel associé par le biais d'une annonce publiée dans une revue spécialisée ou dans un journal n'est pas considérée comme une offre publique en souscription, qui n'est pas admissible au sens de cette disposition. Comme la Sàrl ne peut pas s'alimenter en fonds propres sur le marché des capitaux, le projet de révision ne reprend pas les procédures d'augmentation autorisée et conditionnelle du capital-actions.

L'*al. 4* prévoit un délai de trois mois pour exécuter l'augmentation du capital social (comme en droit de la société anonyme; cf. art. 650, al. 3, CO). Ce délai tend à éviter – tant que faire se peut – que les circonstances et conditions qui jouaient un rôle lorsque l'assemblée des associés a pris sa décision ne se modifient considérablement d'ici à l'exécution effective de l'augmentation du capital social. Le délai de trois mois est respecté dès lors que la réquisition d'inscription est déposée auprès de l'office du registre du commerce.

L'*al. 5* renvoie pour le surplus aux dispositions du droit de la société anonyme relatives à l'augmentation ordinaire du capital-actions, qui s'appliquent par analogie. Il est ainsi possible de renoncer à une fastidieuse répétition des règles qui régissent les détails de la procédure d'augmentation du capital social. Le renvoi concerne les points suivants:

- le *ch. 1* renvoie à l'art. 650, al. 2, CO quant à la *forme* et au *contenu* de la décision de l'assemblée des associés. Afin d'assurer la sécurité du droit, la décision d'augmentation doit revêtir la forme authentique.
- selon le *ch. 2*, l'art. 652*b* CO s'applique par analogie au *droit de souscription préférentiel* des associés. Afin d'assurer la protection des associés minoritaires, l'application des principes du droit de la société anonyme relatifs au droit de souscription préférentiel s'avère nécessaire, car le projet renonce à l'accord de l'ensemble des associés pour décider d'une augmentation du capital social, dans le souci de rendre la réglementation plus praticable. Ce

renvoi permet également de combler les lacunes de la réglementation actuelle (art. 787 CO).

- aux termes du *ch. 3*, les dispositions du droit de la société anonyme (art. 652d CO) s'appliquent par analogie en cas d'augmentation du capital social au moyen de *fonds propres*.
- le *ch. 4* renvoie aux art. 652e et 652f CO quant au rapport d'augmentation et à l'attestation de vérification.

Il n'est pas nécessaire d'établir cette attestation lorsque les apports sont libérés en espèces, qu'aucune reprise de biens n'est effectuée et que les droits de souscription préférentiels ne sont ni limités, ni supprimés (cf. art. 652f, al. 2, CO). Dans la plupart des cas, et en particulier dans les petites entreprises, il est donc possible de renoncer à l'attestation de vérification. Si celle-ci est requise, elle doit être produite même si la société n'a pas d'organe de révision, afin d'assurer la protection de tous les sociétaires et des personnes concernées (il n'est toutefois pas nécessaire de désigner un véritable organe de révision).

- selon le *ch. 5*, l'art. 652g CO est applicable par analogie à la *modification des statuts* ainsi qu'aux *constatations* qui s'avèrent nécessaires. Les attributions qui reviennent au conseil d'administration dans une société anonyme sont conférées aux gérants dans une Sàrl.
- aux termes du *ch. 6*, l'*inscription* de l'augmentation du capital social dans le *registre du commerce* et la *nullité* des *titres émis avant l'inscription* sont régis par l'art. 652h CO (en ce qui concerne la réquisition d'inscription, cf. art. 931a P CO)

2.1.1.12 Réduction du capital social

Art. 782

Comme le fait déjà la réglementation actuelle (art. 788 CO), le projet renvoie largement au droit de la société anonyme en ce qui concerne la réduction du capital social. La réduction facilitée à des fins d'assainissement est introduite pour la Sàrl (art. 735 CO en relation avec l'art. 782, al. 4, P CO); c'est une nouveauté.

L'*al. 1* fixe le principe selon lequel l'assemblée des associés peut décider de réduire le capital social. Dans ce cadre, il s'agit néanmoins de respecter la limite minimale fixée par la loi (art. 773 P CO): selon l'*al. 2*, le capital social ne peut en aucun cas être ramené à un montant inférieur à 20 000 francs.

L'*al. 3* présente une singularité, en cas de réduction du capital social à des fins d'assainissement (art. 735 CO en relation avec l'art. 782, al. 4, P CO): lorsqu'un excédent passif est constaté au bilan et qu'il résulte de pertes (bilan déficitaire³⁹), le capital social ne peut être réduit afin de le supprimer que si l'ensemble des versements supplémentaires prévus dans les statuts ont été préalablement entièrement effectués. Cette particularité mise à part, la réduction facilitée du capital social s'opère de la même manière qu'en droit de la société anonyme.

³⁹ Au sujet de la notion de bilan déficitaire, voir Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 2^e édition, Zurich 1996, N 1684g.

Pour le surplus, l'*al.* 4 renvoie aux art. 732 ss CO. Les sociétés qui n'ont pas d'organe de révision sont également tenues de respecter la règle selon laquelle l'assemblée des associés ne peut décider d'une réduction du capital social que si un rapport de révision constate que les créances sont entièrement couvertes par le capital social après réduction.

Selon le droit en vigueur, l'art. 782 CO régit l'inscription des succursales dans le registre du commerce. Cette disposition est abrogée; l'art. 782, al. 1, CO est partiellement intégré à l'art. 778a P CO. La réquisition d'inscription (art. 782, al. 2, CO) devrait être réglée de manière uniforme pour l'ensemble des formes de droit à l'art. 931a P CO.

2.1.1.13 Acquisition par la société de parts sociales propres

Art. 783

L'acquisition par la société de parts sociales propres réduit le substrat de responsabilité de la société et peut affecter de manière significative la protection des créanciers sociaux. La réglementation actuelle (art. 807 CO) concernant l'acquisition ou le nantissement de parts sociales propres par la société n'est pas suffisante: il manque en particulier une limite claire. Le projet se fonde sur les règles du droit de la société anonyme (art. 659 CO), en tenant toutefois compte des particularités de la Sàrl.

Selon l'*al.* 1, la société ne peut acquérir de parts sociales propres que si elle dispose librement d'une part de ses fonds propres équivalant au montant de la dépense nécessaire. L'acquisition est en outre limitée à 10 % du capital social (en accord avec le droit de la société anonyme; cf. art. 659, al. 1, CO).

Dans certains cas particuliers, la limite de 10 % peut s'avérer trop restrictive. L'*al.* 2 prévoit ainsi qu'elle peut s'élever jusqu'à 35 % lorsque des parts sociales sont acquises en relation avec une sortie, une exclusion ou une restriction au transfert. L'énumération des situations dans lesquelles une Sàrl peut acquérir des parts sociales propres jusqu'à concurrence de 35 % est exhaustive. L'avant-projet limitait encore l'acquisition de parts sociales propres à 20 %, comme en droit de la société anonyme (cf. art. 659, al. 2, CO). Le projet a tenu compte des critiques formulées lors de la procédure de consultation en élevant cette limite à 35 %, afin de prendre en considération les besoins des entreprises qui comptent un petit nombre d'associés. De la sorte, la sortie d'un sociétaire qui détient un tiers du capital social devrait être également facilitée. Sous l'angle de la protection du capital social, la limite prévue semble cependant relativement haute. Afin de minimiser autant que faire se peut le danger résultant pour les créanciers de l'acquisition de parts sociales propres par la société, les parts sociales acquises au delà de la limite de 10 % du capital social doivent être aliénées ou supprimées par une réduction du capital social (art. 782 P CO) dans les deux ans.

Si une société acquérait des parts sociales propres auxquelles est attachée une obligation d'effectuer des versements supplémentaires, elle deviendrait elle-même débitrice de cette obligation. Il en découle que les versements supplémentaires seraient irrécouvrables. Il en va de même pour une obligation de fournir des prestations accessoires. L'*al.* 3 présuppose donc qu'avant l'acquisition de parts sociales propres,

les éventuelles obligations d'effectuer des versements supplémentaires ou de fournir des prestations accessoires doivent être supprimées.

Pour le surplus, l'*al. 4* renvoie à la réglementation du droit de la société anonyme concernant l'acquisition d'actions propres (art. 659*a* et 659*b* CO). La prise en gage de parts sociales propres, notamment, n'équivaut donc pas à l'acquisition de parts sociales propres.

En principe, l'assemblée des associés est compétente pour décider de l'acquisition d'actions propres. Elle peut toutefois autoriser les gérants à y procéder (cf. art. 804, al. 2, ch. 11, P CO).

2.1.2 Chapitre II Droits et obligations des associés

2.1.2.1 Parts sociales

Art. 784 Titre

Selon l'*al. 1*, si des parts sociales sont constatées par un titre, celui-ci ne peut constituer qu'un titre de preuve ou un papier-valeur nominatif au sens des art. 974 ss CO. Vu le caractère personnel de la Sàrl, les parts sociales ne peuvent pas faire l'objet d'échanges sur le marché des capitaux (cf. également ci-dessus ch. 1.3.8): en règle générale, les parts sociales ne sont pas transférables sans l'approbation de l'assemblée des associés (cf. art. 786 P CO). En effet, les associés peuvent d'une part être tenus à un devoir de fidélité, à une prohibition de faire concurrence, à effectuer des versements supplémentaires ou à fournir des prestations accessoires; d'autre part, ils exercent la gestion de la société, sauf disposition contraire des statuts (cf. art. 809 P CO). Lorsque la qualité d'associé obéit à une telle configuration, son incorporation dans un papier-valeur n'est en principe pas adéquate. Suivant la doctrine dominante relative à la réglementation en vigueur⁴⁰, il convient néanmoins d'admettre l'émission de papiers-valeurs nominatifs (pour sa part, le droit français proscrit l'émission de valeurs mobilières⁴¹).

L'*al. 2* exige que le titre constatant les parts sociales contienne les mêmes renvois aux droits et obligations statutaires que l'acte de souscription des parts sociales (art. 777*a*, al. 2, P CO).

Art. 785 Cession de parts sociales; forme

Selon la réglementation actuelle, la cession de parts sociales n'est valable que si elle est constatée par acte authentique (art. 791, al. 4, CO). Cette exigence de forme doit assurer la sécurité du droit en cas de cession, eu égard en particulier à d'éventuelles obligations des associés. Il convient également de garantir que les acquéreurs de parts sociales soient informés de leur responsabilité solidaire et subsidiaire dans la Sàrl (art. 802 CO).

⁴⁰ Voir notamment Peter Jäggi, in: Zürcher Kommentar V/7a, Zurich 1959, Art. 965 N 283; Werner von Steiger, in: Zürcher Kommentar V/5c, Zurich 1965, Art. 789 N 16; nuancés: A. Janggen, H. Becker, in: Berner Kommentar VII/3, Berne 1939, Art. 789 N 7.

⁴¹ Voir les art. L 223-11 et L 223-12 du Code de commerce.

Alors que le premier avant-projet d'experts de 1996 avait renoncé à la forme authentique pour la cession de parts sociales⁴², l'avant-projet de révision d'avril 1999 réintroduisit cette exigence (art. 791, al. 1, AP)⁴³. Lors de la consultation, la nécessité de la forme authentique a toutefois été contestée: les coûts engendrés par cette mesure ne seraient pas en rapport avec les bénéfices significatifs escomptés.

Le projet de révision renonce à l'exigence de la forme authentique: selon l'*al. 1*, la cession d'une part sociale ainsi que l'obligation de céder des parts sociales ne doivent revêtir que la forme écrite (cf. art. 165 CO). Il semble défendable de renoncer à la forme authentique car l'actuelle responsabilité solidaire et subsidiaire des associés est supprimée; en conséquence, il n'est plus nécessaire de fournir à l'acquéreur de parts sociales les conseils juridiques qui s'y rapportent (cf. ci-dessus ch. 1.3.8). En raison des droits et des obligations des associés, il faut néanmoins garantir, en cas de cession de parts sociales, la sécurité et la transparence du transfert aux acquéreurs subséquents. Sur le modèle du premier avant-projet d'experts, l'inscription des associés dans le registre du commerce permet d'assurer la sécurité du droit et des transactions qui s'avère nécessaire (art. 791 P CO). Il est vrai que la réglementation en vigueur prévoit déjà une telle inscription (art. 781, ch. 4 et 5, CO); celle-ci remplace toutefois également – c'est une nouveauté – la règle de forme prévoyant que la cession de parts sociales doit être constatée par acte authentique. Lors de l'inscription d'acquéreurs de parts sociales, l'office du registre du commerce ne contrôle toutefois la cession que sur le plan formel.

Selon l'*al. 2*, le contrat de cession doit contenir les mêmes renvois aux droits et obligations statutaires que l'acte de souscription (art. 777a, al. 2, P CO). On pourrait avoir l'impression que cette exigence fait double usage, dans la mesure où le projet requiert une référence aux droits et obligations statutaires aussi bien dans le titre de part sociale (art. 784, al. 2, P CO) que dans le contrat de cession. Une telle réglementation semble néanmoins utile car, d'une part, il est en pratique fréquent que les parts sociales ne soient pas émises sous la forme de titres et, d'autre part, il est possible que des titres qui ont été établis soient transférés selon un mode particulier d'acquisition (par voie successorale ou en cas de fusion p. ex.) sans contrat de cession. Dans les deux cas, il convient d'attirer l'attention des acquéreurs sur les droits et les obligations statutaires de manière appropriée.

Art. 786 Cession de parts sociales; exigences relatives à l'approbation

Les vastes possibilités de limiter la cessibilité de parts sociales sont caractéristiques de la Sàrl; elles reflètent le caractère personnel marqué de la société ainsi que l'importance considérable que revêt la composition du cercle des associés dans les petites sociétés. Comme, à la différence de la société anonyme, le départ d'un associé peut s'opérer non seulement en aliénant les parts sociales mais aussi en sortant de la société pour de justes motifs ou pour des motifs prévus dans les statuts (art. 822 P CO), on peut admettre les restrictions de la cessibilité de parts sociales bien plus largement qu'en droit de la société anonyme⁴⁴. Le projet propose une nouvelle réglementation, conçue sous un angle pratique et qui se veut claire; elle laisse une

⁴² Voir Peter Böckli, Peter Forstmoser, Jean-Marc Rapp, Révision du droit de la Sàrl, CEDIDAC n° 34, Lausanne 1997, p. 30 et p. 114 ss.

⁴³ Voir Rapport d'experts, p. 47 ss.

⁴⁴ Pour une présentation complète des restrictions au transfert en droit de la société anonyme, voir Hanspeter Kläy, Die Vinkulierung, thèse Bâle, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1997.

grande liberté aux sociétés tout en permettant de renoncer à une réglementation détaillée des restrictions au transfert dans les statuts.

Selon l'*al. 1*, la cession de parts sociales requiert l'approbation de l'assemblée des associés. Cette exigence relative à l'approbation est qualifiée de restriction au transfert («Vinkulierung»). A l'inverse du droit de la société anonyme (art. 684, al. 1, CO), le projet prévoit de par la loi une restriction dispositive au transfert de parts sociales, qui n'a pas besoin d'être concrétisée dans les statuts. Si rien d'autre n'est prévu, l'assemblée des associés peut refuser d'approuver la cession de parts sociales sans avoir à indiquer des motifs.

La décision relative à l'approbation est attribuée de manière impérative à l'assemblée des associés (art. 804, al. 2, ch. 8, P CO). Ceci correspond au caractère personnel marqué de la Sàrl: les associés doivent décider eux-mêmes de l'admission d'une personne au sein de leur cercle. La décision est importante et requiert la majorité des deux tiers des voix représentées et la majorité absolue du capital social autorisé à voter (art. 808*b*, al. 1, ch. 4, P CO; le quorum requis est légèrement réduit par rapport à la réglementation actuelle; cf. art. 791, al. 2, CO). Il convient de signaler que la décision de l'assemblée des associés porte sur l'approbation de la cession, et non pas sur son refus (cf. la formulation de l'art. 808*b*, al. 1, ch. 4, P CO). Si la décision ne peut recueillir la majorité requise, l'approbation est alors refusée (cf. néanmoins l'art. 787, al. 2, P CO).

Les statuts peuvent régir les restrictions au transfert de parts sociales de manière divergente. L'*al. 2* énumère les configurations statutaires envisageables de manière exhaustive. Par là même, le projet de réglementation garantit la sécurité du droit nécessaire à la cession de parts sociales et simplifie *in concreto* le modelage des statuts. Les variantes suivantes, qui peuvent en outre être partiellement combinées, offrent une alternative à la restriction au transfert prévue par la loi (possibilité de refuser l'approbation de la cession sans indiquer de motifs):

- selon la *ch. 1*, il est possible de *renoncer* à l'exigence de l'*approbation* de la cession de parts sociales. Cette option facilite les changements dans le cercle des associés, lorsque cela est souhaité au vu d'un caractère personnel tenu au sein de la société.
- aux termes du *ch. 2*, les statuts peuvent déterminer les *motifs* qui justifient le refus de l'approbation de la cession. Dans le cadre de leur spécification, plusieurs possibilités de connotations diverses sont envisageables. Les statuts peuvent définir certains motifs plus ou moins concrètement, en prévoyant p. ex. des clauses visant à mettre à l'écart des personnes en concurrence avec le but social («Konkurrentenklausel») ou des personnes étrangères à la famille («Familienklausel»). Ils peuvent également spécifier qu'un associé ne peut acquérir une participation supérieure à 20 % de l'ensemble du capital social (clause liée au pourcentage). Ils peuvent en outre prévoir que l'approbation de la cession ne peut être refusée que pour de justes motifs. Alors que les statuts d'une société anonyme doivent définir clairement et précisément les motifs justifiant une restriction au transfert des actions⁴⁵, le droit de la Sàrl admet des formulations matériellement plus ouvertes, comme il n'est pas indispensable d'indiquer un motif de refus de l'approbation de la cession (cf. al. 1).

⁴⁵ Voir BO 1990 N p. 1365 s.

- selon le *ch. 3*, les statuts peuvent prévoir que l'assemblée des associés peut refuser son approbation si la société propose à l'aliénateur de lui *reprendre* ses parts sociales à leur valeur réelle. Une telle réglementation constitue une «*escape clause*». Elle offre aux associés la garantie de pouvoir quitter la société s'ils trouvent un acquéreur pour leurs parts sociales.
- aux termes du *ch. 4*, il est admissible d'*exclure* toute cession de parts sociales. Cette possibilité existe déjà en droit positif (cf. art. 791, al. 3, CO). L'exclusion de la cession de parts sociales n'est défendable au regard de la protection des associés qu'au vu de l'existence d'un droit de sortir de la Sàrl pour de justes motifs (art. 822 P CO). Admettre un lien très étroit entre les associés et la société peut pourtant, dans certaines situations particulières, répondre à un besoin et offrir des configurations intéressantes, en particulier pour les consortiums et les joint-ventures.
- en vertu du *ch. 5*, les statuts peuvent prévoir que l'assemblée des associés peut refuser son approbation lorsque l'exécution d'une *obligation d'effectuer des versements supplémentaires ou de fournir des prestations accessoires* est douteuse et que les sûretés exigées par la société ne sont pas fournies. Ce motif de restriction au transfert correspond, dans sa fonction, à la restriction légale au transfert des actions qui ne sont pas entièrement libérées (cf. art. 685, al. 1, CO). Dans une Sàrl, une telle réglementation n'a de sens que si les statuts prévoient une obligation d'effectuer des versements supplémentaires ou de fournir des prestations accessoires et que la société a exclu la restriction au transfert dispositive prévue par la loi (refus de l'approbation de la cession sans indication de motifs; al. 1).

La forte restriction au transfert des parts sociales d'une Sàrl n'est pas sans poser problème en ce qui concerne la protection des droits des associés. En effet, selon les circonstances, elle évince la possibilité pour les associés de quitter la société en aliénant leurs parts sociales. Le refus de l'approbation de la cession sans indiquer de motifs présente certes l'avantage d'être simple à appliquer; il n'est cependant guère possible d'éviter, voire même de prouver, un usage abusif en la matière. Une exclusion de la cession de parts sociales pourrait souvent avoir d'importantes conséquences, notamment pour les associés qui sont des personnes physiques. Comme déjà indiqué, il n'est concevable d'envisager des possibilités aussi étendues de restreindre le transfert des parts sociales d'une Sàrl (à la différence de la société anonyme) qu'au vu du droit qu'ont, le cas échéant, les associés de sortir de la société pour de justes motifs (art. 822 P CO). *L'al. 3* précise qu'en cas de refus de l'approbation de la cession de parts sociales, le droit de sortir de la société pour de justes motifs est toujours réservé. Cet alinéa revêt également son importance pour interpréter l'art. 822 P CO. Une restriction excessive de la cession de parts sociales peut – selon les circonstances personnelles et matérielles – représenter un juste motif qui légitime une sortie de la société.

Art. 787 Cession de parts sociales; moment du transfert

Selon *l'al. 1*, lorsque l'assemblée des associés doit approuver la cession de parts sociales, celle-ci ne déploie ses effets qu'une fois l'approbation donnée. La restriction au transfert des parts sociales de la Sàrl est donc conçue comme une véritable limitation de la transmissibilité, comme c'est aussi le cas pour les actions nominatives

non cotées en bourse (cf. art. 685c, al. 1, CO): sans l'approbation requise, la cession reste sans effets (à la différence de l'ancienne «théorie de la scission» relative au transfert d'actions; cf. en particulier ATF 90 II 235 ss).

Dans l'intérêt des associés concernés, l'*al.* 2 détermine un cadre temporel durant lequel l'assemblée des associés doit se prononcer sur une requête visant à l'approbation de la cession de parts sociales. Si l'assemblée des associés ne refuse pas une requête dans les six mois qui suivent sa réception, l'approbation est réputée donnée. Le délai est sauvegardé dès lors que la décision est remise au requérant. En fixant le délai à six mois, le projet est relativement généreux, afin d'octroyer à la société assez de temps pour procéder, de cas en cas, aux éclaircissements nécessaires (p. ex. en vue de l'exercice d'un droit statutaire préférentiel d'acquisition; le droit de la société anonyme fixe le délai à trois mois, pour les actions qui ne sont pas cotées en bourse; art. 685c, al. 3, CO).

Art. 788 Modes particuliers d'acquisition

La réglementation générale des exigences relatives à l'approbation (art. 786 P CO) et du moment du transfert (art. 787 P CO) n'est pas adaptée à certains modes d'acquisition. L'art. 788 P CO prévoit donc un régime spécifique lorsque les parts sociales sont acquises selon un mode particulier⁴⁶.

Selon l'*al.* 1, lorsque des parts sociales sont acquises par succession, par partage successoral, en vertu du régime matrimonial ou dans une procédure d'exécution forcée, l'ensemble des droits et obligations qui y sont attachés passent de par la loi à l'acquéreur, sans l'approbation de l'assemblée des associés. Cette réglementation s'impose car, en cas d'acquisition selon un mode particulier, les droits liés aux parts sociales ne peuvent ou ne doivent plus, pour des motifs matériels, être attribués à l'ancien propriétaire. On évite ainsi que les droits et les obligations se retrouvent «sans maître».

L'énumération des modes particuliers d'acquisition de l'*al.* 1 ne doit pas être considérée comme exhaustive. Bien au contraire, la réglementation spéciale prévue par cette disposition s'applique également à des états de faits semblables, pour autant que les circonstances et les intérêts en présence correspondent à l'un des cas énumérés dans la loi⁴⁷.

L'*al.* 2 détermine les effets juridiques de la restriction au transfert en cas d'acquisition selon un mode particulier. Comme, dans ces cas, le transfert des droits en tant que tel ne requiert jamais l'approbation de l'assemblée des associés, la restriction au transfert se limite à présupposer la reconnaissance de l'acquéreur en tant qu'associé avec droit de vote pour pouvoir exercer le droit de vote et des droits qui y sont attachés.

Selon l'*al.* 3, en cas d'acquisition selon un mode particulier, l'assemblée des associés ne peut refuser la reconnaissance que si la société propose au requérant de reprendre ses parts sociales à leur valeur réelle au moment de la requête. Cette

⁴⁶ La notion de «mode particulier d'acquisition» est reprise de: Hanspeter Kläy, Die Vinkulierung, thèse Bâle, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1997, p. 205 (relative au droit de la société anonyme).

⁴⁷ Cf. Hanspeter Kläy, Die Vinkulierung, thèse Bâle, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1997, p. 205 ss, en particulier p. 207; Peter Lutz, Vinkulierte Namenaktien, thèse Zurich 1988, p. 171 s. (toutes les deux relatives au droit de la société anonyme).

réglementation est nécessaire, car le requérant a déjà acquis les parts sociales. Si l'on refuse d'accorder l'exercice du droit de vote au nouveau propriétaire des parts sociales, il faut alors lui donner la possibilité d'aliéner à nouveau les parts sociales qu'il a acquises à leur valeur réelle.

L'offre de la société consistant à reprendre les parts sociales à leur valeur réelle peut être faite pour le propre compte de la société, pour le compte d'autres associés ou pour celui de tiers. Une offre de reprise pour le propre compte de la société présuppose toutefois que les règles relatives à l'acquisition de parts sociales propres (art. 783 P CO) soient respectées.

Si la société fait une offre de reprise des parts sociales à leur valeur réelle, l'offre est réputée acceptée si l'acquéreur ne la rejette pas dans le délai d'un mois après qu'il a eu connaissance de la valeur réelle (idem: art. 685*b*, al. 6, CO). Le requérant est toutefois libre de refuser l'offre de reprise et de conserver les parts sociales. Il ne peut alors exercer que les droits qui ne sont pas liés au droit de vote (en ce qui concerne l'inscription dans le registre des parts sociales, cf. art. 790, al. 3, P CO). Les éventuelles obligations des associés doivent être exécutées.

L'*al. 4* accorde à la société un délai de six mois pour se prononcer sur une requête visant à la reconnaissance d'un acquéreur. Ce délai correspond à celui qui figure à l'art. 787, al. 2, P CO. Dès lors qu'aucune décision n'est remise au requérant dans les six mois, la reconnaissance est réputée accordée.

Selon l'*al. 5*, les statuts peuvent, en cas d'acquisition selon un mode particulier, renoncer à l'exigence de la reconnaissance d'un acquéreur en tant qu'associé avec droit de vote. Il est également possible de ne renoncer à l'exigence de la reconnaissance que pour un ou plusieurs modes particuliers d'acquisition, p. ex. à titre successoral. Lorsque les statuts écartent la restriction au transfert dispositive prévue par la loi (soit la possibilité de refuser l'approbation de la cession sans indiquer de motifs; cf. art. 786, al. 1, et al. 2, ch. 1, P CO), la restriction au transfert en cas d'acquisition selon un mode particulier est également réputée non applicable sans autres.

Art. 789 Détermination de la valeur réelle

Lorsque des parts sociales sont acquises selon un mode particulier, le refus de la reconnaissance de l'acquéreur implique que la société lui propose de reprendre ses parts sociales à leur valeur réelle (art. 788, al. 3, P CO). Les statuts peuvent également prévoir de manière générale une réglementation identique en cas de cession de parts sociales (art. 786, al. 2, ch. 3, P CO). Si les parties n'arrivent pas à se mettre d'accord, elles peuvent, selon l'*al. 1*, requérir du tribunal qu'il détermine la valeur réelle (cf. art. 685*b*, al. 5, CO en droit de la société anonyme)⁴⁸.

L'*al. 2* octroie au tribunal une certaine liberté dans la répartition des frais de la procédure et de l'évaluation, afin qu'il puisse tenir compte de l'ensemble des circonstances pertinentes. Il convient de prendre en considération que c'est la société qui a un intérêt à tenir à l'écart des acquéreurs indésirables. La société doit également s'en

⁴⁸ Au sujet de la détermination de la valeur réelle, cf. en particulier Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2^e édition, Zurich 1996, N 699 ss; le même, Neun Regeln der «Best Practice» für den Rückkauf nicht kotierter eigener Aktien, in: L'expert-comptable suisse 2001, p. 575 ss, spéc. p. 579 ss; Peter Lutz, Vinkulierte Namenaktien, thèse Zurich 1988, p. 271 ss (tous deux relatifs au droit de la société anonyme).

prendre à elle-même si la détermination de la valeur de ses parts s'avère difficile. Aussi longtemps qu'aucun motif ne justifie une répartition différente des frais, il appartient en principe à la société de les supporter, comme c'est le cas en droit de la société anonyme (cf. art. 685*b*, al. 5, 2^e phr., CO). Une autre répartition peut être indiquée notamment lorsque le tribunal est appelé à se prononcer bien que la société ait fait procéder à une estimation sérieuse et convaincante de la valeur réelle par un expert indépendant.

Art. 789a (nouveau) Usufruit

Aux termes de l'*al. 1*, les dispositions concernant le transfert de parts sociales s'appliquent par analogie à la constitution d'un usufruit sur une part sociale. Ce renvoi concerne la forme, les exigences relatives à l'approbation, le moment du transfert, les règles relatives aux modes particuliers d'acquisition et, le cas échéant, la détermination de la valeur réelle (art. 785 à 789 P CO; en ce qui concerne l'exercice du droit de vote par l'usufruitier, cf. art. 806*b* P CO).

Selon l'*al. 2*, lorsque les statuts excluent la cession de parts sociales (art. 786, al. 2, ch. 4, P CO), la constitution d'un usufruit sur une part sociale est également exclue. Cela découle du droit de l'usufruit (cf. art. 745 ss CC) et permet d'éviter que l'exclusion de la cession de parts sociales soit éludée par la constitution d'un usufruit. Il est également possible d'admettre la cession de parts sociales mais d'exclure statutairement la constitution d'un usufruit (art. 786, al. 2, ch. 4 en relation avec l'art. 789*a*, al. 1, P CO). Un tel besoin pourrait se faire sentir notamment lorsque les statuts prévoient une obligation d'effectuer des versements supplémentaires ou de fournir des prestations accessoires; en effet, lorsque des obligations statutaires sont liées aux parts sociales, cela peut conduire à des problèmes considérables en cas de constitution d'un usufruit, liés à la répartition des droits et des obligations entre l'usufruitier et le nu-propriétaire.

Art. 789b (nouveau) Droit de gage

La constitution d'un droit de gage sur une part sociale ne doit pas être mise sur un pied d'égalité avec la cession de la propriété au créancier gagiste; ce dernier ne peut qu'exiger la réalisation de la part sociale lorsque le débiteur du gage ne satisfait pas à ses engagements. Le créancier gagiste ne peut en revanche exercer aucun droit lié à la part sociale. Le droit de vote et les droits qui sont attachés au droit de vote demeurent expressément en mains du débiteur du gage (art. 905, al. 2, P CC).

De ce fait, l'*al. 1* stipule que la constitution d'un droit de gage sur une part sociale ne requiert l'approbation de l'assemblée des associés que si les statuts le prévoient expressément. Lorsque l'approbation de l'assemblée des associés est réservée, celle-ci ne peut la refuser que pour de justes motifs. Par cette réglementation, le projet souhaite garantir que l'on puisse un tant soi peu disposer économiquement des parts sociales. Un associé devrait ainsi pouvoir mettre en gage sa part sociale afin d'acquiescer un logement.

L'*al. 2* correspond à l'art. 899, al. 1, CC, selon lequel les créances et autres droits aliénables peuvent être constitués en gage. Lorsque les statuts prohibent la cession de parts sociales, cette condition fait défaut. De ce fait, la constitution d'un droit de gage sur une part sociale qui n'est pas transférable est exclue.

Art. 790 Registre des parts sociales

L'al. 1 contraint la société à tenir un registre des parts sociales. Les gérants répondent de la tenue correcte du registre des parts sociales (sauf disposition contraire des statuts; cf. art. 810, al. 1, P CO).

L'al. 2 définit le contenu du registre des parts sociales. Celui-ci doit mentionner le nom et l'adresse des associés (*ch. 1*). Lorsqu'une part sociale est la propriété de plusieurs ayants droit, chacun d'entre eux est inscrit en qualité d'associé; il convient également d'indiquer qui est le représentant commun (cf. art. 792 P CO). Le registre des parts sociales doit également indiquer le nombre, la valeur nominale et les éventuelles catégories de parts sociales détenues par chaque associé (*ch. 2*). En revanche, la mention de la valeur des apports et des prestations de chaque associé n'est plus nécessaire car le projet part du principe que les parts sociales sont entièrement libérées (cf. art. 779c, al. 1, P CO). Au cas où, en vertu de la réglementation transitoire (cf. art. 3 disp. trans.), des parts sociales n'auraient pas (encore) été intégralement libérées, le registre des parts sociales doit mentionner les prestations de chaque associé (conformément à la réglementation actuelle; art. 790, al. 1, CO). Le nom et l'adresse des usufruitiers et des créanciers gagistes doivent également être indiqués dans le registre des parts sociales (*ch. 3 et 4*).

L'énumération des faits qu'il y a lieu de mentionner n'est pas exhaustive. La société est libre d'inscrire d'autres éléments pertinents, p. ex. des obligations d'effectuer des versements supplémentaires ou de fournir des prestations accessoires existantes.

L'al. 3 précise la manière dont il s'agit de désigner les associés qui ont acquis leurs parts sociales selon un mode particulier au sens de l'art. 788 P CO et qui n'ont pas été reconnus en tant qu'associé avec droit de vote par l'assemblée des associés: s'ils conservent leurs parts sociales, ils doivent être inscrits dans le registre des parts sociales comme étant des associés sans droit de vote.

Selon l'al. 4, chaque associé a le droit de consulter le registre des parts sociales. Les associés ont donc la prérogative de savoir avec qui ils forment une société.

Le droit de la société anonyme prévoit que la société peut «biffer les inscriptions au registre des actions⁴⁹» lorsque celles-ci ont été faites sur la base d'informations fausses (cf. art. 686a CO). Selon le projet, cette réglementation ne s'applique pas à la Sàrl, car il est possible d'exclure un associé pour de justes motifs (art. 823, al. 1, P CO). L'indication de fausses informations dans le cadre d'une requête en vue de l'approbation de la cession peut tout à fait constituer un motif justifiant une exclusion. L'adoption d'une réglementation spécifique concernant la radiation du registre des parts sociales ne semble donc pas utile.

Art. 791 Inscription dans le registre du commerce

Selon le droit en vigueur, les associés sont déjà inscrits dans le registre du commerce (art. 781, ch. 4, CO). Les gérants doivent en outre remettre au début de chaque année une liste qui mentionne le nom des associés et en particulier les apports et les prestations (art. 790, al. 2, CO).

Le projet renonce à l'obligation de déposer une liste des associés. Il convient en revanche de maintenir l'inscription des associés dans le registre du commerce pour les motifs

⁴⁹ Par «biffer au registre des actions», il faut entendre qu'il est possible de révoquer par la suite la reconnaissance en tant qu'actionnaire.

suivants: contrairement à la réglementation en vigueur (art. 791, al. 4, CO), le projet renonce à l'exigence de la forme authentique pour la cession de parts sociales (art. 785, al. 1, P CO; cf. le commentaire relatif à cette disposition ainsi que le ch. 1.3.8). Cependant, afin de pouvoir assurer une sécurité suffisante du droit, il faut présupposer que la cession de parts sociales est saisie par une inscription des associés dans le registre du commerce et qu'elle fait au moins l'objet d'une vérification formelle (art. 940, al. 1, CO). L'inscription des associés dans le registre du commerce est toutefois également nécessaire car diverses obligations peuvent être liées à la qualité d'associé d'une Sàrl, qui ont également leur importance aux yeux des tiers. Il suffit de penser au devoir de fidélité, à une prohibition de faire concurrence ainsi qu'à une obligation d'effectuer des versements supplémentaires ou de fournir des prestations accessoires. D'une part, il est dans l'intérêt de la société elle-même que les personnes qui sont soumises à une obligation figurent clairement dans le registre du commerce; d'autre part, des créanciers ou des partenaires contractuels potentiels p. ex. devraient pouvoir prendre connaissance d'informations qui pourraient leur être utiles en consultant le registre du commerce. Il ne faut pas perdre de vue que des changements dans le cercle des associés d'une Sàrl sont plutôt rares; la charge de travail liée à l'inscription dans le registre du commerce devrait donc rester limitée et correspondre plus ou moins à celle que nécessite l'inscription des fondés de procuration.

L'*al. 1* stipule que les associés doivent être inscrits dans le registre du commerce et précise les indications qui doivent y figurer (nom, domicile, lieu d'origine, nombre et valeur nominale des parts sociales détenues par les associés).

Selon l'*al. 2*, il incombe à la société de requérir les inscriptions nécessaires dans le registre du commerce. Le président des gérants ou le gérant unique doit s'assurer du dépôt des réquisitions (cf. art. 810, al. 3, ch. 3, et 931a P CO).

Art. 792 Propriété de plusieurs ayants-droit

La réglementation relative à la propriété de plusieurs ayants-droit sur une part sociale s'applique aussi bien lorsqu'une part sociale est détenue en copropriété que lorsqu'elle est la propriété commune de plusieurs personnes. La propriété de plusieurs ayants-droit peut en particulier découler de la détention de parts sociales par une société simple, une société en nom collectif ou une société en commandite; il convient également de mentionner l'acquisition d'une part sociale par une hoirie.

Selon l'*al. 1*, lorsqu'une part sociale est la propriété de plusieurs ayants-droit, ceux-ci désignent en commun une personne pour les représenter. Les droits attachés à cette part sociale ne peuvent être exercés que par l'intermédiaire de cette personne (comme en droit actuel; cf. art. 797 CO).

L'*al. 2* stipule que la pluralité d'ayants droit propriétaires d'une part sociale sont solidairement tenus d'effectuer les versements supplémentaires et de fournir les prestations accessoires liés à la part sociale.

2.1.2.2

Apports à libérer

Art. 793

Selon l'*al. 1*, les associés doivent libérer un apport correspondant au prix d'émission de leurs parts sociales (devoir de libération). Aux termes de l'art. 777c, al. 1, P CO, lors de la fondation, ces apports doivent être entièrement libérés (cf. à ce sujet le commentaire relatif à l'art. 777c, al. 1, P CO et ci-dessus le ch. 1.3.4; en ce qui concerne le mode de libération, voir le commentaire relatif à l'art. 777c, al. 2, ch. 3, P CO).

L'*al. 2* proscribit tout remboursement des apports (comme l'art. 680, al. 2, CO en droit de la société anonyme, quand bien même il n'est pas formulé clairement). Afin d'assurer la protection des créanciers, un remboursement ne peut s'opérer que par la voie d'une réduction du capital social (art. 782 P CO).

2.1.2.3

Responsabilité des associés

Art. 794

Selon le droit en vigueur, les associés sont soumis à une responsabilité solidaire et subsidiaire à concurrence de l'entier du capital social, aussi longtemps que celui-ci n'a pas été entièrement libéré ou dès lors qu'il a été réduit par des restitutions ou par la perception indue de bénéfices ou d'intérêts (cf. art. 802 CO).

La configuration donnée à la responsabilité n'est matériellement pas satisfaisante: la responsabilité solidaire et subsidiaire des associés doit garantir la libération effective des parts sociales et la préservation du capital social. Une responsabilité des associés à raison des dettes de libération d'autrui ou pour des restitutions indues de capital à d'autres personnes peut s'avérer choquante, p. ex. lorsqu'un associé qui a libéré sa part sociale en espèces est responsable en vertu d'un apport en nature sans valeur effectué par un autre associé. Vu la responsabilité solidaire et subsidiaire, un associé peut devoir répondre à concurrence de l'entier du capital social dont le montant est, p. ex., fixé à 200 000 francs, bien qu'il n'ait souscrit qu'une part sociale de 1 000 francs. En pratique, les dangers inhérents, pour les associés, à la responsabilité subsidiaire et solidaire restent fréquemment méconnus; en effet, les sociétaires partent souvent à tort de l'idée que la Sàrl est au bénéfice d'une limitation de la responsabilité identique à celle qui prévaut pour la société anonyme. Il paraît donc urgent de modifier le régime de responsabilité des associés (cf. également ci-dessus ch. 1.3.7).

Le projet renonce à la responsabilité solidaire et subsidiaire des associés. Selon l'art. 794 P CO, les dettes de la société ne sont garanties que par la fortune sociale. Il est toutefois possible de garantir la libération effective du capital social ainsi que sa préservation en appliquant les dispositions correspondantes du droit de la société anonyme. La vérification des apports en nature et des reprises de biens ainsi que des cas de compensation revêt notamment son importance (art. 635 et 635a CO en relation avec l'art. 777c, al. 2, ch. 3, P CO). En outre, vu le montant modique du capital social minimal (20 000 francs; art. 773 P CO), la libération totale s'avère nécessaire (art. 777c, al. 1, P CO). L'application des dispositions du droit de la société anonyme aux apports en nature, aux reprises de biens et à la libération par compensation peut certes sembler embarrassante à première vue; elle s'impose néanmoins sur le

plan matériel et permet de renoncer à l'actuelle responsabilité solidaire et subsidiaire, qui s'avère problématique.

Le projet prévoit que les parts sociales doivent toujours être intégralement libérées (art. 777c, al. 1, P CO). Les art. 799 à 801 CO peuvent donc être abrogés. Ils concernent en effet la libération partielle de parts sociales (intérêts moratoires, exclusion de l'associé en demeure, réalisation de parts sociales, responsabilité pour le décuvert).

2.1.2.4 Versements supplémentaires et prestations accessoires

Art. 795 Versements supplémentaires; principe et montant

L'*al. 1* détermine le principe général: les statuts peuvent obliger les associés à effectuer des versements supplémentaires (cf. également ci-dessus ch. 1.3.10). Les sociétaires actuels en tant que tels, soit les propriétaires de parts sociales, peuvent être tenus d'effectuer des versements supplémentaires. Cette obligation n'est donc pas liée à des personnes déterminées mais à des parts sociales (le maintien de l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires en cas de départ de la société demeure toutefois réservé; cf. art. 795d P CO). La propriété de parts sociales auxquelles est attachée une obligation d'effectuer des versements supplémentaires définit le débiteur d'une telle obligation et non pas une mention nominative dans les statuts.

En sus de son emploi traditionnel, l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires reprend également, selon le projet, la fonction de la libération partielle du capital social. La même question n'a ainsi pas à être réglée à deux reprises dans la loi.

Selon l'*al. 2*, le montant des versements supplémentaires afférents à une part sociale doit figurer dans les statuts. Ceux-ci peuvent prévoir que l'ensemble des parts sociales ou certaines d'entre elles seulement sont assorties d'une obligation d'effectuer des versements supplémentaires, ou encore limiter cet engagement à des catégories déterminées de parts sociales. Les parts sociales auxquelles est attachée une telle obligation ainsi que l'étendue de cette dernière doivent toutefois toujours clairement ressortir des statuts.

Le droit actuel ne limite pas l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires (art. 803, al. 2, CO). Le projet de révision la circonscrit au double de la valeur nominale de la part sociale à laquelle elle est attachée. Cette restriction légale vise à protéger les associés contre un engagement excessif, eu égard notamment aux circonstances qui peuvent évoluer. Elle semble s'imposer dans la mesure où les conséquences d'une obligation d'effectuer des versements supplémentaires peuvent s'approcher, pour les associés qui y sont tenus, de celles qui découlent d'un cautionnement, sans pour autant que les mesures de protection du droit du cautionnement ne doivent être respectées⁵⁰. Une limitation s'avère aussi nécessaire dans l'intérêt des acquéreurs de parts sociales à titre successoral, notamment.

⁵⁰ Voir Peter Böckli, Peter Forstmoser, Jean-Marc Rapp, Révision du droit de la Sàrl, CEDIDAC n° 34, Lausanne 1997, p. 134 s.

Selon le projet de révision, la responsabilité solidaire et subsidiaire des associés pour la partie non libérée du capital social (art. 802 CO) est supprimée. Dans le même ordre d'idée, l'*al.* 3 prescrit qu'un associé n'est tenu qu'à l'exécution des versements supplémentaires afférents à ses propres parts sociales.

Sur le plan fiscal, la Sàrl est soumise au droit de timbre à l'émission pour tous les apports de ses associés, sauf lorsqu'il s'agit d'un assainissement pour lequel il est possible de renoncer au droit de timbre. Si ces versements sont restitués ultérieurement, il sont soumis à l'impôt anticipé et, le cas échéant, à l'impôt sur le revenu. Le traitement fiscal est donc identique à celui qui régit l'apport et le remboursement de «versements supplémentaires» (au sens de la loi sur le droit de timbre; RS 641.10) dans une société anonyme.

Art. 795a (nouveau) Versements supplémentaires; exigibilité

Le droit actuel stipule qu'une décision de l'assemblée des associés ordonne les versements supplémentaires (art. 810, al. 1, ch. 7, CO). L'*al.* 1 du projet de loi prévoit que les versements supplémentaires sont requis par les gérants. En pratique, il s'agit en effet d'une mesure visant à éviter une perte de capital ou la faillite, qu'il convient de prendre dans le cadre de la gestion de la société.

L'*al.* 2 détermine les conditions auxquelles les versements supplémentaires sont exigibles. Comme l'obligation statutaire d'effectuer des versements supplémentaires peut désormais également remplir, en sus de ses fonctions premières, celle de l'actuelle libération partielle du capital social (voir ci-dessus ch. 1.3.4 et ch. 1.3.10), les motifs d'exigibilité retenus par le projet sont plus étendus que ceux que prévoit la réglementation actuelle:

- Selon le *ch.* 1, lorsque la somme du capital social et des réserves légales n'est plus couverte, les versements supplémentaires sont exigibles. La perception de versements supplémentaires permet de renforcer l'assise en fonds propres lorsqu'une perte en capital apparaît (cf. art. 725, al. 1, CO en relation avec l'art. 820, al. 1, P CO).
- Le *ch.* 2 est nouveau. Les versements supplémentaires sont également exigibles lorsque la société ne peut plus gérer ses affaires de manière diligente sans ces moyens additionnels; l'attention requise est celle d'un bon gérant. Dans le cas visé au ch. 2, les versements supplémentaires visent à surmonter un manque de liquidités. Au vu de la protection des associés, tout besoin quelconque de fonds propres ne justifie néanmoins pas la levée de versements supplémentaires. Pour apprécier s'il est admissible d'en requérir, les critères suivants peuvent notamment s'avérer utiles:
 - Les liquidités sont absorbées si rapidement que l'insolvabilité s'annonce à court terme.
 - La société n'a plus les ressources nécessaires et elle a grand peine à en réunir de nouvelles. Elle a épuisé ses lignes de crédit et ne peut plus obtenir de nouveaux crédits aux conditions usuelles. Elle règle ses engagements le plus tard possible et les créanciers ne sont pas prêts à prolonger les délais de paiement. Les valeurs qui ne sont pas indisponibles à l'exercice des activités de la société ont été aliénées ou ne peuvent l'être dans le délai requis.

- Le *ch. 3* offre la possibilité de définir dans les statuts d'autres situations dans lesquelles les gérants peuvent requérir des versements supplémentaires. Les conditions d'exigibilité doivent être clairement déterminées statutairement. Il est p. ex. possible de prévoir que les versements supplémentaires peuvent être requis lorsqu'ils sont nécessaires pour acquérir un nouvel immeuble (il conviendrait néanmoins de clarifier dans quelle mesure un financement pourrait aussi résulter de fonds étrangers). Il est également admissible d'arrêter les conditions auxquelles des versements supplémentaires doivent être effectués afin de surmonter un manque de liquidités de manière moins stricte que cela résulte du *ch. 2*. En revanche, les *ch. 1* et *2* sont relativement impératifs, en ce sens que les statuts ne sauraient accroître les exigences requises pour la perception des versements supplémentaires; une telle mesure pourrait en effet altérer le but de ces derniers et porter atteinte aux intérêts de tiers.

Selon l'*al. 3*, l'ouverture de la faillite rend exigibles les versements supplémentaires encore dus par les associés. Dès lors, il n'appartient plus aux gérants mais à l'administration de la masse de requérir leur versement.

Art. 795b (nouveau) Versements supplémentaires; restitution

Afin de protéger les créanciers, les versements supplémentaires effectués ne peuvent être restitués que si le remboursement s'opère à charge des fonds propres dont la société peut librement disposer; un réviseur particulièrement qualifié doit l'attester par écrit. Pour des motifs matériels, les qualifications du réviseur doivent être les mêmes qu'en cas de réduction du capital social (cf. art. 732, al. 2, CO, qui s'applique par renvoi de l'art. 782, al. 4, P CO).

Selon l'avant-projet, les versements supplémentaires déjà effectués ne pouvaient être remboursés au plus tôt que lors du troisième exercice annuel suivant leur acquittement (art. 803b AP CO). Le projet renonce à un tel délai de carence, car il ne semble pas absolument indispensable pour protéger les créanciers.

Lorsque les versements supplémentaires ont été restitués, les gérants peuvent appeler les associés à les effectuer à nouveau si les conditions prévues à l'art. 795a P CO sont remplies. S'il s'agit véritablement d'exclure un nouvel appel de versements, l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires doit être supprimée en modifiant les statuts (cf. à ce sujet art. 795c P CO).

Art. 795c (nouveau) Versements supplémentaires; réduction

Selon l'*al. 1*, une obligation statutaire d'effectuer des versements supplémentaires ne peut être réduite ou supprimée que si le capital social et les réserves légales sont entièrement couverts. Afin de protéger les créanciers, cette disposition tend à éviter qu'une telle obligation soit abolie à un moment où les conditions fixées pour la perception de versements supplémentaires par suite d'une perte de capital sont remplies selon l'art. 795a, al. 2, ch. 1, P CO.

Selon l'*al. 2*, les dispositions concernant la réduction du capital social s'appliquent par analogie à la réduction ou à la suppression d'une obligation statutaire d'effectuer des versements supplémentaires (cf. art. 782 P CO, ainsi que les art. 732 ss CO).

Art. 795d (nouveau) Versements supplémentaires; maintien

Lorsque les statuts prévoient une obligation d'effectuer des versements supplémentaires, l'exécution de créances peut être mise en danger dès lors que des associés à la solvabilité desquels des créanciers s'en sont remis quittent la société. L'al. 1 prévoit donc que l'obligation, pour les associés qui quittent la société, d'effectuer des versements supplémentaires est maintenue pendant une durée limitée. Pour leur part, les al. 2 à 4 visent à protéger les débiteurs de l'obligation car ils sont sans influence sur la gestion de la société dès qu'ils l'ont quittée. L'obligation d'effectuer des versements supplémentaires est donc circonscrite dans toute la mesure où la protection des créanciers le permet. Vu ces deux objectifs de protection ambivalents que poursuit le concept proposé, il n'est pas envisageable de prévoir une réglementation statutaire qui y déroge.

Selon l'al. 1, l'obligation, pour les associés qui quittent la société, d'effectuer des versements supplémentaires subsiste durant trois ans, sous réserve des restrictions prévues aux al. 2 à 4. Le maintien temporaire de cette obligation vise à renforcer la protection dont jouissent les créanciers de la société; le motif pour lequel l'associé quitte la société est donc sans pertinence; cette mesure s'applique non seulement en cas de cession de parts sociales mais aussi lorsqu'un associé sort de la société ou qu'il en est exclu.

Le délai de trois ans est identique à celui que prévoit le projet de loi sur la fusion du Conseil fédéral à l'art. 181, al. 2, P CO (relatif à la cession d'un patrimoine ou d'une entreprise)⁵¹. Il court dès l'inscription du départ d'un associé dans le registre du commerce; le jour ouvrable qui suit la publication de l'inscription du départ d'un associé dans la Feuille officielle suisse du commerce est donc déterminant (cf. art. 932, al. 2, CO).

Selon l'al. 2, les associés qui ont quitté la société ne sont tenus à effectuer des versements supplémentaires qu'en cas de faillite de la société. Il n'est donc plus possible de requérir ces versements pour assainir la société (cf. art. 795a P CO) mais uniquement afin de désintéresser les créanciers.

L'obligation d'effectuer des versements supplémentaires est liée à la part sociale et passe donc à l'acquéreur en cas d'aliénation (cf. le commentaire relatif à l'art. 795 P CO). En principe, elle doit donc être satisfaite par l'associé du moment, détenteur de la part sociale. Ce n'est qu'à la condition qu'un associé n'est pas en mesure d'effectuer les versements supplémentaires qu'il est possible de recourir à ses prédécesseurs. De ce fait, l'al. 3 prévoit que l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires s'éteint dans la mesure où elle a été remplie par les acquéreurs subséquents des parts sociales. Lorsque, dans le délai de trois ans (al. 1), les parts sociales sont aliénées à plusieurs reprises, les associés qui ont quitté la société plus récemment doivent, selon la lettre de cette disposition, être recherchés avant ceux qui ont quitté la société précédemment. Les versements supplémentaires qui sont effectués sur la base de l'art. 795d P CO sont soumis au même régime fiscal que ceux qui sont requis sur la base de l'art. 795a P CO.

L'al. 4 précise que l'obligation, pour un associé qui a quitté la société, d'effectuer des versements supplémentaires ne peut plus être étendue. Si l'assemblée des associés accroît cette obligation, l'étendue de l'obligation des associés qui ont quitté la

⁵¹ Voir FF 2000 4144 et 4219.

société n'est pas touchée par cette décision. A l'inverse néanmoins, une réduction ou la suppression de l'obligation doit également profiter à l'associé qui a quitté la société.

Art. 796 Prestations accessoires

La possibilité d'ancrer dans les statuts une obligation, pour les associés, de fournir des prestations accessoires est une caractéristique de la Srl (cf. art. 772, al. 2, P CO); elle n'est néanmoins régie que de manière fragmentaire par le droit en vigueur (art. 777, ch. 2, CO). Le projet de révision comble cette lacune et vise notamment à garantir une protection suffisante des associés.

L'al. 1 pose le principe: les statuts peuvent obliger les associés à fournir des prestations accessoires. Celles-ci peuvent aussi bien revêtir la forme d'une obligation de faire que celle d'une abstention. Il peut également s'agir d'une obligation de tolérer une atteinte à un droit. Comme les versements supplémentaires, les prestations accessoires peuvent être attachées à l'ensemble ou à une partie seulement des parts sociales.

La réglementation légale des obligations statutaires de fournir des prestations accessoires revêt un caractère impératif, afin de protéger les associés concernés. Un accord purement contractuel portant sur une obligation de fournir une prestation n'est cependant pas exclu. A la différence d'une convention entre associés, la société est néanmoins en mesure d'exiger elle-même le respect d'une obligation statutaire d'effectuer une prestation accessoire.

Selon l'al. 2, les statuts ne peuvent prévoir que des obligations de fournir des prestations accessoires qui servent le but de la société ou qui visent à assurer le maintien de l'indépendance de cette dernière ou le maintien de la composition du cercle des associés. Cette disposition vise à exclure des obligations mal ciblées, à l'image de celles qui ne profitent pas à la société elle-même mais servent les intérêts particuliers de certaines personnes. Une obligation de livraison ou d'acquisition, un droit d'utiliser une place de stationnement ainsi que des droits de préférence, de préemption et d'emption sur des parts sociales sont admissibles, par exemple. En règle générale, la société est créancière des obligations de fournir des prestations accessoires; les statuts peuvent toutefois prévoir des droits préférentiels d'acquisition de parts sociales au profit de la société (cf. cependant art. 783 P CO), des associés ou de tiers définis, aussi longtemps que ces droits visent à assurer le maintien d'une configuration déterminée du cercle des sociétaires.

Les obligations de fournir des prestations accessoires doivent être spécifiées clairement et de manière univoque dans les statuts. Selon l'al. 3, il s'agit de déterminer l'objet et l'étendue de telles obligations. Toutefois, d'autres éléments qui, selon les circonstances concrètes, s'avèrent essentiels (p. ex. des conditions ou une limitation de la durée de l'obligation), doivent également figurer dans les statuts. Dès lors qu'une réglementation détaillée s'impose, il est possible de renvoyer à un règlement de l'assemblée des associés pour une détermination plus précise.

Selon l'al. 4, l'ensemble des clauses statutaires dont la fonction équivaut à une obligation d'effectuer des versements supplémentaires sont régies de par la loi par les art. 795 à 795d P CO. Cette réglementation tend à éviter que les dispositions relatives à cette obligation soient éludées.

Lorsque des obligations d'effectuer des versements supplémentaires ou de fournir des prestations accessoires sont insérées dans les statuts après la fondation, leur introduction requiert l'approbation de l'ensemble des associés concernés. En d'autres termes, un associé qui n'adhère pas à la décision de l'assemblée des associés ne peut se voir imposer l'introduction ou l'extension de telles obligations contre son gré.

2.1.2.5 Dividendes, intérêts et tantièmes

Art. 798 Dividendes

Selon l'*al. 1*, des dividendes ne peuvent être prélevés que sur le bénéfice résultant du bilan et sur les réserves constituées à cet effet. Aux termes de l'*al. 2*, avant la fixation des dividendes, les affectations aux réserves légales et statutaires doivent avoir été opérées conformément à la loi et aux statuts. Cette réglementation correspond à celle des art. 675, al. 2 et 674, al. 1, CO.

A la différence de l'avant-projet, l'*al. 3* prévoit une réglementation pour la distribution des dividendes. Le projet souhaite ainsi éviter que les sociétés soient contraintes de concevoir leurs propres solutions dans les statuts. Contrairement aux deux alinéas précédents, la réglementation relative à la détermination des dividendes est dispositive: sauf disposition contraire des statuts (cf. art. 654 et 656 CO, en relation avec l'art. 799 P CO), les dividendes sont fixés en proportion de la valeur nominale des parts sociales. Lorsque des versements supplémentaires ont déjà été effectués, il faut ajouter leur montant à la valeur nominale des parts sociales pour arrêter les dividendes. En revanche, les versements supplémentaires qui n'ont pas été requis, qui sont encore dus ou qui ont été restitués ne sont pas pris en considération.

Art. 798a (nouveau) Intérêts

Selon l'*al. 1*, il ne peut être versé d'intérêts sur le capital social et les versements supplémentaires effectués. Le service d'un intérêt pour une part des fonds propres déroge à la structure de base de toute société de capitaux. L'attribution d'intérêts sans tenir compte du résultat de l'entreprise pourrait en effet conduire à un remboursement répréhensible des apports (cf. art. 793, al. 2, P CO). Elle contreviendrait également à la réglementation relative à la restitution de versements supplémentaires effectués (cf. art. 795b P CO).

L'*al. 2* prévoit une seule exception: le versement d'intérêts intercalaires est admissible; il s'agit d'un intérêt prévu en faveur des sociétaires pour la période des travaux de préparation et de construction de l'entreprise, qui cesse d'être payé dès l'exploitation normale de celle-ci. Comme aujourd'hui (cf. art. 804, al. 2, CO), les dispositions du droit de la société anonyme s'appliquent par analogie (cf. art. 676 CO). Les intérêts intercalaires sont d'ailleurs extrêmement rares en pratique.

Art. 798b (nouveau) Tantièmes

Le droit actuel ne régit pas l'attribution de parts de bénéfiques aux gérants. Le projet autorise expressément l'allocation de tantièmes aux gérants. Il renvoie au droit de la société anonyme (cf. art. 677 CO), qui s'applique par analogie.

2.1.2.6 Parts sociales privilégiées

Art. 799

La réglementation en vigueur ne prévoit pas de règles particulières concernant les parts sociales privilégiées. Le projet de révision comble cette lacune et opère un renvoi aux dispositions du droit de la société anonyme (cf. art. 654 et 656 CO).

2.1.2.7 Restitution de prestations

Art. 800

Selon le droit en vigueur, la restitution de parts de bénéfice que les associés ou les gérants ont perçues indûment est régie de manière incomplète et diffère partiellement de la réglementation figurant dans le droit de la société anonyme. Dans la mesure où aucun motif ne justifie une réglementation distincte, le projet renvoie aux dispositions du droit de la société anonyme (cf. art. 678 s. CO).

2.1.2.8 Rapport de gestion, réserves, publication des comptes

Art. 801

Les exigences en matière d'établissement des comptes sont dictées par la situation économique d'une entreprise; elles dépendent en particulier de l'ampleur de ses activités. La forme juridique n'est en revanche pas très importante, ce que la suppression du plafonnement du capital social mettra encore davantage en lumière (cf. ci-dessus ch. 1.3.3). De ce fait, l'établissement des comptes des corporations ayant une activité économique doit, pour des motifs matériels, être régi tant que faire se peut indépendamment de la forme juridique qu'elles revêtent (cf. également ch. 1.3.17)⁵².

Suivant l'exigence de fond selon laquelle la réglementation doit être uniforme, le droit actuel (art. 805 CO) renvoie aux dispositions du droit de la société anonyme concernant le bilan et le fonds de réserve. Comme le Conseil fédéral l'a déjà indiqué dans sa réponse à une intervention parlementaire⁵³, ces renvois se réfèrent, depuis la

⁵² Voir Groupe de réflexion «Droit des sociétés», rapport final du 24.9.1993, p. 12 et 83 (Commande auprès de l'OFCL, Diffusion publications, 3003 Berne; art. 407.020 f); Rapport explicatif pour un avant-projet de loi fédérale sur l'établissement et le contrôle des comptes annuels (AP LECCA), p. 70 s. et p. 101; Peter Bökli, Peter Forstmoser, Jean-Marc Rapp, Révision du droit de la Sàrl, CEDIDAC n° 34, Lausanne 1997, p. 125.

⁵³ BO 1995 N p. 2269 s.

révision du droit de la société anonyme, aux dispositions de 1991 (voir ci-dessus ch. 1.3.13 et les références citées).

Le projet formule la norme de renvoi d'une nouvelle manière. Les dispositions (en vigueur) du droit de la société anonyme sur le rapport de gestion et sur les réserves (resp. art. 662 à 670 CO et art. 671 à 674 CO) sont applicables par analogie. En outre, les règles de la société anonyme s'appliquent également en ce qui concerne la publication (cf. art. 697h CO). Ce renvoi complémentaire revêt néanmoins une portée limitée car les prescriptions relatives à la publication spécifiques aux sociétés publiques restent sans intérêt, la Sàrl n'étant pas destinée à s'alimenter en fonds propres sur le marché des capitaux. Néanmoins, vu que la responsabilité est limitée à la fortune sociale, les Sàrl devraient garantir aux créanciers qui ont un intérêt digne de protection le même droit à la consultation que les sociétés anonymes (cf. art. 697h, al. 2, CO).

2.1.2.9 Remise du rapport de gestion

Art. 801a (nouveau)

Selon l'al. 1, la société doit remettre le rapport de gestion et, le cas échéant, le rapport de révision aux associés au plus tard en même temps que la convocation à l'assemblée ordinaire des associés, afin d'offrir à chaque sociétaire la possibilité de se préparer correctement (pour le délai de convocation de l'assemblée des associés, cf. art. 805, al. 3, P CO).

L'al. 2 confère aux associés la possibilité de se faire remettre un exemplaire du rapport de gestion après l'assemblée des associés dans la forme approuvée par cette dernière.

2.1.2.10 Droit aux renseignements et à la consultation

Art. 802

Selon le droit en vigueur, l'étendue du droit aux renseignements et à la consultation dépend de la désignation d'un «organe de contrôle» (i.e. un organe de révision); elle est également déterminée par des renvois aux droits de la société simple et de la société anonyme (cf. art. 819 CO). Le droit à l'information des associés et les attributions de l'organe de révision visent pourtant des objectifs fondamentalement différents et ne peuvent se substituer l'un à l'autre. Les renvois actuels sont en outre matériellement insuffisants⁵⁴.

Le projet de révision propose donc une nouvelle conception, qui tient compte des relations personnelles étroites au sein d'une Sàrl et s'inspire des prescriptions applicables aux membres du conseil d'administration d'une société anonyme (cf. art. 715a CO); une conception similaire existe en Allemagne (cf. par. 51a GmbHG). Le droit aux renseignements et à la consultation des associés est amélioré. Conformément aux liens personnels le plus souvent resserrés qui unissent les sociétaires d'une

⁵⁴ Pour un examen détaillé: Rapport d'experts pour un avant-projet de révision du droit de la Sàrl, documents de la procédure de consultation d'avril 1999, p. 28 s.

Sàrl à l'entreprise, le droit à l'information de l'associé doit être plus étendu que celui d'un actionnaire. Ce concept concorde également avec le devoir de fidélité auxquels sont tenus les associés, à la différence des actionnaires (cf. art. 803 P CO).

Selon l'*al. 1*, chaque associé peut exiger des gérants des renseignements sur toutes les affaires de la société. Peu importe que la société dispose ou non d'un organe de révision. Le droit aux renseignements peut être exercé en tout temps. Il appartient aux gérants d'en déterminer les modalités adéquates. Selon les circonstances, ils peuvent convoquer à brève échéance une assemblée des associés pour transmettre les informations souhaitées. Ils peuvent aussi les donner par écrit. Lorsque le renseignement est requis oralement, une réponse verbale est également envisageable. Il convient néanmoins de respecter en permanence le principe de l'égalité de traitement (cf. art. 813 P CO). Les informations qui sont pertinentes pour tous les associés doivent donc, en règle générale, être accessibles à tous les associés (l'*al. 3* demeure toutefois réservé).

L'*al. 2* règle le droit des associés à la consultation des livres et des dossiers de la société. Lorsque la société n'a pas désigné d'organe de révision, les conditions posées à la consultation sont allégées, afin de protéger les sociétaires: ce droit n'est en principe accordé que dans la mesure où un intérêt légitime est rendu vraisemblable; cette exigence tombe toutefois lorsque la société n'a pas d'organe de révision.

Dans l'intérêt de la société, l'*al. 3* fixe certaines limites, qui s'appliquent aussi bien à l'exercice du droit aux renseignements qu'à celui à la consultation: s'il existe un risque que l'associé utilise les informations obtenues pour des buts étrangers à la société et au préjudice de cette dernière, les gérants peuvent lui refuser le renseignement ou la consultation dans la mesure nécessaire. Lorsque les gérants refusent de renseigner l'associé ou de lui laisser consulter les livres et les dossiers, le sociétaire concerné peut transmettre sa requête à l'assemblée des associés pour décision. Selon l'*al. 4*, si l'assemblée des associés refuse également le droit aux renseignements ou à la consultation, ce droit peut, sur requête, être ordonné par un tribunal, au cas où le refus ne paraît pas justifié.

2.1.2.11 Devoir de fidélité et prohibition de faire concurrence

Art. 803

La conception de la Sàrl centrée sur la personne des associés implique, conformément aux besoins des entreprises dont le cercle des sociétaires est limité, un devoir de fidélité des associés, à tout le moins dans les cas habituels. La réglementation actuelle ne mentionne pas le devoir de fidélité en tant que tel; elle prescrit toutefois la prohibition de faire concurrence, soit la manifestation concrète la plus importante de l'obligation de fidélité (cf. art. 818 CO). Le projet prévoit une réglementation flexible du devoir de fidélité; ce dernier tient compte des liens personnels étroits qui unissent les associés à l'entreprise et constitue également le corollaire nécessaire du droit des sociétaires d'obtenir des renseignements sur les affaires sociales et de pouvoir consulter les livres et les dossiers de la société (cf. art. 802 P CO et son commentaire).

Selon l'*al. 1*, tous les associés sont tenus à la sauvegarde du secret des affaires. Selon l'*al. 2*, ils s'abstiennent en outre de tout ce qui porte préjudice aux intérêts de la société. Ils ne peuvent notamment pas gérer des affaires qui seraient préjudiciables

au but de la société. Les associés qui ne sont pas autorisés à gérer la société sont également soumis au devoir de fidélité. Le projet autorise néanmoins de prévoir, au cas par cas, une autre réglementation (cf. à ce sujet l'*al.* 3). Bien que le cercle des personnes assujetties au devoir de fidélité soit assez large, la portée de ce devoir est restreinte, en ce sens que le projet propose de soumettre la prohibition de faire concurrence à un régime particulier.

Contrairement au devoir général de fidélité, les associés qui ne prennent pas part à la gestion de la société ne sont, selon l'*al.* 2, tenus à une prohibition de faire concurrence que si les statuts le prévoient (cf. toutefois l'art. 812, al. 3, P CO).

Afin d'éviter des incertitudes, les limites matérielles et territoriales de la prohibition de faire concurrence requièrent une détermination claire dans les statuts. En l'absence de dispositions particulières, la prohibition de faire concurrence devrait être limitée aux activités qui sont assurément couvertes par le but effectif de la société et qui relèvent de son secteur géographique d'activités. Comme la prohibition de faire concurrence découle du droit des sociétés, l'interdiction ne peut s'adresser qu'aux associés actuels. Il n'est donc pas admissible d'étendre dans les statuts la prohibition de faire concurrence des associés au-delà de leur départ de la société. Cette limitation apportée à la possibilité de prohiber dans les statuts l'exercice d'activités concurrentes protège l'avenir économique des associés après leur départ. Si une prohibition de faire concurrence plus étendue est souhaitée, elle ne peut être conclue que sur une base purement conventionnelle, dans les limites existantes fixées par le droit (cf. notamment les art. 340 ss CO).

En vue d'assurer la flexibilité du devoir de fidélité et de la prohibition de faire concurrence la plus grande qui soit, l'*al.* 3 prévoit qu'un associé est autorisé à exercer une activité qui viole le devoir de fidélité ou une éventuelle prohibition de faire concurrence, moyennant l'approbation de tous les autres associés. Afin de prévenir des litiges et des incertitudes, cet accord doit obligatoirement revêtir la forme écrite. Il doit également être possible, à la place du consentement écrit de tous les associés, de se satisfaire d'une décision prise à la majorité. Les statuts peuvent donc prévoir que l'assemblée des associés décide de donner son accord (celle-ci doit trancher à la majorité qualifiée; art. 808*b*, al. 1, ch. 7, P CO).

La présente disposition régit le devoir de fidélité et la prohibition de faire concurrence des associés. L'*al.* 4 réserve l'art. 812 P CO, qui prévoit un régime particulier applicable à toutes les personnes qui sont chargées de la gestion.

2.1.3 Chapitre III Organisation de la société

2.1.3.1 Assemblée des associés

Art. 804 Attributions

L'*al.* 1 stipule que l'assemblée des associés est l'organe suprême de la société (cf. art. 808, al. 1, CO selon le droit en vigueur; pour la société anonyme, cf. art. 698, al. 1, CO). Cette suprématie ne doit pas s'entendre comme une position hiérarchique supérieure à celle des autres organes; elle concerne en réalité bien davantage les tâches attribuées à l'assemblée des associés: en tant qu'assemblée des titulaires de parts sociales, qui supportent le risque économique de l'entreprise, il lui appartient de prendre elle-même les décisions de principe les plus importantes (cf. la liste

figurant à l'al. 2). C'est également l'assemblée des associés qui a le pouvoir de nommer et de révoquer les autres organes. Pour le surplus, le rapport entre les organes sociaux s'apprécie sur la base de la théorie de la parité^{55,56}; des tâches spécifiques sont attribuées à chaque organe selon sa fonction, qui ne peuvent lui être retirées par les autres organes; dans cette mesure, les organes sont donc sur un pied d'égalité. A la différence du droit de la société anonyme, le projet prévoit toutefois que les statuts peuvent prévoir que des décisions déterminées des gérants peuvent être soumises à l'approbation de l'assemblée des associés (cf. art. 811 P CO). Il va de soi que la théorie de la parité est de moindre portée dès lors qu'il y a identité de personnes entre l'assemblée des associés et les gérants. Si tel n'est pas le cas (notamment dans les grandes sociétés), une répartition claire des attributions et des responsabilités s'avère très importante dans une Sarl également.

L'al. 2 dresse une liste des compétences intransmissibles de l'assemblée des associés:

- Selon le *ch. 1*, seule l'assemblée des associés est en mesure de modifier les statuts (les adaptations statutaires opérées par les gérants à la suite d'une augmentation du capital social demeurent réservées; cf. art. 652g CO en relation avec l'art. 781, al. 5, *ch. 5*, P CO).
- Le *ch. 2* confère à l'assemblée des associés la compétence de nommer et de révoquer les gérants, pour autant que les associés ne soient pas en tant que tels sans autre autorisés à gérer la société (cf. art. 809, al. 1, P CO).
- Suivant le *ch. 3*, l'assemblée des associés nomme et révoque les membres de l'organe de révision, même lorsque la désignation repose sur une base volontaire (cf. art. 818 P CO). La nomination et la destitution du réviseur des comptes de groupe revient à l'assemblée des associés de la société-mère.
- Aux termes du *ch. 4*, l'assemblée des associés approuve le rapport annuel et, le cas échéant, les comptes de groupe.
- Le *ch. 5* stipule que seule l'assemblée des associés peut approuver les comptes annuels et déterminer l'emploi du bénéfice résultant du bilan; elle fixe notamment les dividendes et les tantièmes.
- Selon le *ch. 6*, il appartient à l'assemblée des associés d'établir l'indemnité des gérants.
- Aux termes du *ch. 7*, l'assemblée des associés a la compétence de donner décharge aux gérants.
- Le *ch. 8* attribue à l'assemblée des associés la faculté d'approuver la cession d'une part sociale ou – en cas d'acquisition selon un mode particulier (cf. art. 788 P CO) – de reconnaître un acquéreur en tant qu'associé avec droit de vote.

⁵⁵ Cf. à ce sujet Werner von Steiger, in: Zürcher Kommentar V/5c, Zurich 1965, Vorbemerkungen zu Art. 803-819, N 5; Arthur Arthur Meier-Hayoz, Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8^e éd. Berne 1998, § 18 N 69; plutôt en faveur d'une application restreinte de la théorie de l'omnipotence, Herbert Wohlmann, GmbH-Recht, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1997, p. 95 s.

⁵⁶ Le législateur s'est déjà expressément prononcé en faveur de la théorie de la parité dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme de 1991; cf. FF 1983 II 862 s.; procès-verbal de la commission du Conseil des Etats, Délibérations 1985 – 1988, p. 320 s.; procès-verbal de la commission du Conseil national, Délibérations 1989 – 1990, p. 193 ss.

- Si les statuts prévoient que la constitution d'un droit de gage sur une part sociale requiert l'approbation de la société, suivant le *ch. 9*, il appartient à l'assemblée des associés de prendre la décision.
- Aux termes du *ch. 10*, l'assemblée des associés décide de l'exercice par la société des droits de préférence, de préemption ou d'emption sur les parts sociales.
- Selon le *ch. 11*, les gérants ont besoin d'une autorisation de l'assemblée des associés pour acquérir des parts sociales propres de la société. Si de telles parts sociales ont été acquises sans autorisation, l'assemblée des associés peut donner son accord après coup. Les attributions définies aux *ch. 10* et *11* sont de la compétence réservée de l'assemblée des associés; en effet, l'acquisition de parts sociales propres peut, selon les circonstances, conduire à une modification substantielle des rapports de force (selon l'art. 783, al. 2, P CO, la société peut acquérir jusqu'à 35 % de son capital social). Lorsque l'assemblée des associés autorise les gérants à acquérir des parts sociales propres de la société ou qu'elle approuve une telle acquisition, sa décision inclut nécessairement l'approbation de la cession des parts sociales à la société (et ce sans que l'art. 808*b*, al. 1, *ch. 4*, P CO ne doive être respecté, sauf disposition contraire des statuts⁵⁷).
- Lorsque les statuts renvoient à un règlement pour spécifier les détails d'une obligation de fournir des prestations accessoires (cf. art. 796, al. 3, P CO), ce règlement requiert, suivant le *ch. 12*, l'approbation de l'assemblée des associés.
- L'exercice, par des associés et des gérants, d'activités qui violent le devoir de fidélité ou la prohibition de faire concurrence est en principe soumis à l'approbation de tous les autres associés (cf. art. 803, al. 3 et 812, al. 2 et 3, P CO). Selon le *ch. 13*, à la place, l'assemblée des associés est compétente pour donner son accord, pour autant que les statuts le prévoient.
- Aux termes du *ch. 14*, seule l'assemblée des associés peut décider de requérir du tribunal l'exclusion d'un associé pour un juste motif (cf. art. 823, al. 1, P CO).
- Si les statuts prévoient que des associés peuvent être exclus de la société pour des motifs déterminés (art. 823, al. 2, P CO), suivant le *ch. 15*, c'est l'assemblée des associés qui décide de l'exclusion.
- Aux termes du *ch. 16*, l'assemblée des associés est compétente pour décider la dissolution de la société (les cas de dissolution par décision d'une autorité demeurent réservés; cf. l'art. 731*b*, en relation avec l'art. 819 P CO ainsi que l'art. 821 P CO).
- Selon le *ch. 17*, il appartient à l'assemblée des associés d'approuver des opérations déterminées des gérants, pour autant que les statuts prévoient qu'une telle approbation est nécessaire.
- Le *ch. 18* établit une compétence résiduelle de l'assemblée des associés pour toutes les autres décisions portant sur les objets que la loi ou les statuts lui réservent. L'énumération des attributions figurant à l'art. 804 P CO n'a donc pas un caractère exhaustif. Le projet autorise en outre de donner aux gérants,

⁵⁷ A ce sujet, cf. la note 58.

dans les statuts, la possibilité de soumettre certaines questions à l'approbation de l'assemblée des associés (cf. art. 811, al. 1, P CO).

Selon l'*al.* 3, l'assemblée des associés nomme les directeurs, les fondateurs de procuration et les mandataires commerciaux. Les statuts peuvent toutefois disposer que cette attribution appartient également aux gérants.

Art. 805 Convocation et tenue

Le projet de révision reprend en grande partie le contenu de la réglementation actuelle (art. 809 CO). Selon l'*al.* 1, il appartient en règle générale aux gérants de convoquer l'assemblée des associés. S'il y a plusieurs gérants, c'est au président de convoquer l'assemblée des associés (art. 810, al. 3, ch. 1, P CO). Si les gérants n'agissent pas, l'assemblée des associés est, au besoin, convoquée par l'organe de révision, si la société en a désigné un. Par ailleurs, un ou plusieurs associés représentant ensemble au moins 10 % du capital social peuvent aussi requérir la convocation d'une assemblée des associés (art. 699, al. 3, CO en relation avec l'art. 805, al. 5, ch. 2, P CO). S'il n'est pas donné suite à leur requête dans un délai convenable, la convocation est ordonnée par le juge, à la demande des requérants. Lorsqu'une Sàrl est dissoute, le droit de convoquer l'assemblée des associés revient aux liquidateurs.

Selon l'*al.* 2 et comme en droit actuel, l'assemblée ordinaire des associés a lieu chaque année dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice annuel. Des assemblées extraordinaires des associés sont convoquées conformément aux statuts et aussi souvent qu'il est nécessaire.

Selon la réglementation en vigueur (art. 809, al. 4, CO), le délai pour convoquer une assemblée des associés n'est fixé qu'à cinq jours. Fondé sur les résultats de la procédure de consultation, le projet prévoit à l'*al.* 3 que l'assemblée des associés est convoquée 20 jours au moins avant la date de la réunion, en concordance avec le régime de la société anonyme (art. 700, al. 1, CO). Le délai actuel est en effet le plus souvent trop court pour permettre aux associés de se préparer de manière sérieuse. Afin de tenir compte des besoins concrets, il est possible de prolonger le délai ou de le réduire jusqu'à 10 jours au minimum dans les statuts. Les délais prescrits par la loi pour convoquer une assemblée des associés ne présentent guère d'inconvénients, même pour les entreprises qui comptent un petit nombre de sociétaires, car il est généralement autorisé de se réunir en assemblée universelle. En d'autres termes, il est possible de tenir une assemblée des associés sans respecter le délai de convocation si tous les associés y prennent part et sont d'accord avec ce procédé (cf. l'art. 701 CO, en relation avec l'art. 805, al. 5, ch. 5, P CO). Dans les petites sociétés, c'est régulièrement le cas.

Sur le modèle de la réglementation régissant la prise de décisions par le conseil d'administration d'une société anonyme (art. 713, al. 2, CO), l'*al.* 4 stipule que les décisions de l'assemblée des associés peuvent aussi être prises sous la forme d'une approbation donnée par écrit à une proposition (le cas échéant, il est nécessaire de renoncer à la présence d'un réviseur; cf. art. 729c CO en relation avec l'art. 818, al. 2, P CO). Comme il n'est pas possible de discuter d'un objet inscrit à l'ordre du jour lorsque la décision est prise par voie de circulation, chaque associé a le droit de requérir que la décision fasse l'objet d'une délibération orale.

L'*al.* 5 est une norme générale de renvoi au droit de la société anonyme pour divers détails relatifs à la convocation et à la tenue de l'assemblée des associés.

Comme pour toute société de capitaux, le droit de vote des associés est en principe proportionnel à leur participation au capital. Selon l'*al. 1*, le droit de vote de chaque associé se détermine en fonction de la valeur nominale des parts sociales qu'il détient; chaque sociétaire a droit à une voix au moins. Les statuts peuvent toutefois limiter le nombre de voix des titulaires de plusieurs parts sociales (restriction statutaire du droit de vote).

Selon l'*al. 2*, il est également possible de déroger au principe du droit de vote proportionnel à l'ampleur de la participation au capital social en émettant des parts sociales dont la valeur nominale est différente; les statuts peuvent déterminer le droit de vote indépendamment de la valeur nominale, de telle sorte que chaque part sociale donne droit à une voix. Les parts sociales dont la valeur nominale est moins élevée sont ainsi privilégiées quant au poids des voix qui leur reviennent. Afin d'exclure néanmoins un affranchissement complet des droits de participation de la contribution au capital-risque, le projet stipule que les valeurs nominales différentes ne peuvent dépasser le ratio de 1 à 10 (comme l'art. 693, al. 2, CO pour la société anonyme). Ce ratio ne doit néanmoins être respecté que dans la mesure où les statuts dérogent au régime de la détermination du droit de vote en fonction de la valeur nominale des parts sociales.

Afin de garantir le contrôle interne de la société, l'*al. 3* prévoit quelques exceptions à la détermination du droit de vote proportionnellement au nombre de parts sociales, par exemple lorsqu'il s'agit de désigner les membres de l'organe de révision.

Art. 806a (nouveau) Interdiction de voter

Cette disposition traite des décisions au sujet desquelles un associé n'est pas autorisé à voter; elle vise quelques cas précis, qui pourraient typiquement déboucher sur un conflit d'intérêts entre la société et les associés concernés. Partant, l'*al. 1* ne permet pas aux personnes qui ont coopéré à la gestion des affaires sociales de voter lorsqu'il s'agit de prendre part aux décisions qui donnent ou refusent la décharge aux gérants. Selon l'*al. 2*, lorsque la société est appelée à décider de l'acquisition de parts sociales propres, l'associé qui aliène les parts sociales en question n'a pas le droit de voter. Aux termes de l'*al. 3*, les associés qui souhaitent exercer des activités qui violent le devoir de fidélité ou la prohibition de faire concurrence (art. 803, al. 3, et 812, al. 3, P CO) ne peuvent pas prendre part à la décision portant sur l'exercice de ces activités.

Art. 806b (nouveau) Usufruit

Conformément à la réglementation du code civil (cf. art. 755, al. 2, CC), lorsqu'une part sociale est donnée en usufruit, le projet de révision octroie le droit de vote et les droits attachés au droit de vote à l'usufruitier (cf. également l'art. 690, al. 2, CO en droit de la société anonyme). Dans l'exercice de ses droits, l'usufruitier est responsable envers le nu-propiétaire s'il ne prend pas les intérêts de ce dernier en équitable considération (en ce qui concerne l'usufruit sur des parts sociales, cf. également le commentaire de l'art. 789a P CO).

Art. 807 Droit de veto

A la différence de la réglementation actuelle, le projet régit le droit de veto par une disposition topique; celui-ci peut en effet revêtir une importance considérable dans la configuration des procédures décisionnelles en fonction des besoins, aussi bien dans les petites entreprises que dans un consortium, par exemple. L'*al. 1* stipule ainsi que les statuts peuvent prévoir l'institution, en faveur de tout ou partie des associés, d'un droit de veto concernant l'ensemble des décisions de l'assemblée des associés ou certaines d'entre elles. Les statuts doivent définir précisément les décisions de l'assemblée des associés à l'égard desquelles le droit de veto peut être exercé. Pour des motifs liés à la praticabilité, il n'est pas possible d'exercer un veto direct contre les décisions des gérants. Toutefois, comme les statuts peuvent soumettre des décisions de gestion déterminées à l'approbation de l'assemblée des associés (art. 811, al. 1, ch. 1, P CO), il est indirectement possible d'instituer un droit de veto qui vise des décisions déterminées prises dans le cadre de la gestion de la société.

Dans bon nombre de situations, l'institution d'un droit de veto peut correspondre à un besoin pratique; il ne faut cependant pas oublier que, selon les circonstances, le droit de veto peut bloquer la société. Pour ne pas vider le droit de veto de sa substance précisément dans les situations pour lesquelles il est institué, les possibilités d'intervention qu'offre le droit des sociétés doivent néanmoins demeurer limitées aux cas dans lesquels les organes prescrits ne peuvent plus être désignés conformément aux exigences légales (cf. à ce sujet l'art. 731*b* en relation avec l'art. 819 P CO).

Selon l'*al. 2*, l'introduction subséquente d'un droit de veto requiert l'approbation de tous les associés (lorsque le droit de veto est prévu dès la fondation, l'accord de l'ensemble des fondateurs est de toute façon requis; cf. art. 777, al. 1, P CO). Cette exigence paraît indispensable, dans la mesure où la formation de la volonté de la société est profondément modifiée par l'institution d'un droit de veto.

L'*al. 3* stipule que le droit de veto n'est pas transférable, vu la portée qu'il revêt pour les associés et dans la mesure où l'institution d'un tel droit repose le plus souvent sur des circonstances individuelles. C'est donc un droit personnel de l'associé, qui n'est pas lié à une part sociale; il s'éteint avec le départ de l'ayant droit ou son décès. S'il convient d'octroyer également un droit de veto à son successeur, il s'agit de le prévoir à nouveau dans les statuts, avec l'approbation de tous les associés (selon l'*al. 2*). En outre, il est possible de conférer un droit de veto illimité dans le temps à une personne morale. Eu égard aux dangers liés à l'exercice d'un droit de veto par des personnes qui ne sont pas toujours les mêmes, cette alternative ne devrait toutefois répondre qu'à un besoin restreint.

Art. 808 Décisions ordinaires

Selon le droit actuel, l'assemblée des associés prend en règle générale ses décisions à la majorité absolue des voix émises (art. 808, al. 3, CO); le projet prévoit pour sa part qu'elle prend ses décisions et procède aux élections à la majorité absolue des voix représentées à l'assemblée. Il en résulte une différence: les abstentions et les bulletins nuls doivent désormais être pris en considération pour déterminer la majorité requise. Cette modification permet de procéder à une harmonisation avec le droit de la société anonyme (cf. art. 703 CO), dans la mesure où aucun motif ne justifie une réglementation différenciée.

Art. 808a (nouveau) Voix prépondérante

Cette disposition prévoit que le président de l'assemblée des associés a la voix prépondérante en cas d'égalité des voix. Les statuts peuvent toutefois envisager une autre réglementation; il est notamment possible d'exclure la voix prépondérante.

Art. 808b (nouveau) Décisions importantes

A la différence de la réglementation actuelle (art. 784, al. 2, art. 791, al. 2, art. 795, art. 822, al. 3, CO), le projet réunit dans une seule disposition les exigences de majorité particulières pour la prise de plusieurs décisions importantes. Selon l'*al. 1*, une décision de l'assemblée des associés recueillant au moins la majorité des deux tiers des voix représentées et la majorité absolue du capital social autorisé à voter est nécessaire pour prendre certaines décisions importantes qui sont indiquées. Cette réglementation est semi-impérative: à certaines conditions, les statuts peuvent prévoir des exigences de majorité plus élevées (cf. al. 2) mais ils ne peuvent pas descendre au-dessous de la double majorité imposée par l'*al. 1*. A la différence de la réglementation en droit de la société anonyme (art. 704, al. 1, CO), la majorité du capital requise ne se fonde pas sur les valeurs nominales représentées lors de l'assemblée des associés mais sur l'ensemble du capital social autorisé à voter. Eu égard aux besoins des entreprises qui ne comptent qu'un nombre limité d'associés, cette mesure permet d'éviter des abus, en rendant la prise de décision plus difficile en l'absence de l'un ou l'autre des associés.

Selon le projet, les décisions suivantes sont importantes et ne peuvent être prises qu'en respectant la majorité qualifiée:

- la modification du but social (*ch. 1*);
- l'introduction de parts sociales privilégiées quant au droit de vote (*ch. 2*);
- l'ensemble des dérogations aux prescriptions légales dispositives concernant la restriction au transfert de parts sociales (*ch. 3*);
- l'approbation de la cession de parts sociales, ou (en cas d'acquisition selon un mode particulier) la reconnaissance de l'acquéreur en tant qu'associé avec droit de vote (*ch. 4*)⁵⁸;
- l'augmentation du capital social (*ch. 5*; il est possible de supprimer l'exigence actuelle de l'accord de tous les associés, comme la responsabilité solidaire et subsidiaire des associés à concurrence de l'entier du capital social disparaît; cf. ci-dessus *ch. 1.3.5* et *1.3.7*);
- la limitation ou la suppression du droit de souscription préférentiel (*ch. 6*);
- l'approbation d'activités des gérants et des associés qui violent le devoir de fidélité ou la prohibition de faire concurrence (*ch. 7*; cf. à ce sujet l'art. 803, al. 3, l'art. 812, al. 2 et 3, ainsi que l'art. 804, al. 2, *ch. 13*, P CO);

⁵⁸ L'autorisation que l'assemblée des associés donne aux gérants en vue d'acquérir des parts sociales propres (art. 804, al. 2, *ch. 11*, P CO) inclut inévitablement l'approbation du transfert à la société des parts sociales acquises. Le projet ne soumet pas l'autorisation à la majorité qualifiée; il en résulte donc une exception à la règle inscrite à l'art. 808*b*, al. 1, *ch. 4*, P CO. Il est néanmoins possible de prévoir dans les statuts que cette autorisation est également soumise à une majorité qualifiée.

- l'exclusion d'un associé pour un motif prévu par les statuts ainsi que la décision de requérir du tribunal l'exclusion d'un associé pour un juste motif (*ch. 8*);
- le transfert du siège de la société (*ch. 9*);
- la dissolution de la société (*ch. 10*); pour autant qu'une révocation de la décision de dissolution soit admissible⁵⁹, la décision doit respecter les mêmes exigences de majorité qu'en cas de dissolution⁶⁰.

Selon l'*al. 2*, les statuts peuvent prévoir, pour la prise de certaines décisions, une plus forte majorité que celle prévue par la loi. Afin d'éviter que les sociétés n'adoptent des règles de majorité statutaires qui ne peuvent être atteintes par la suite, la décision qui les prévoit requiert la majorité qu'il est prévu d'introduire (comme l'art. 704, al. 2, CO).

Art. 808c (nouveau) Contestation des décisions de l'assemblée des associés

Comme le droit actuel (art. 808, al. 6, CO), le projet de révision renvoie au droit de la société anonyme en ce qui concerne la contestation des décisions de l'assemblée des associés (cf. art. 706 à 706b CO).

2.1.3.2 Gestion et représentation

Art. 809 Désignation des gérants; organisation

L'avant-projet de révision laissait aux statuts le soin de régler la gestion et la représentation de la société (art. 811 AP CO). Le projet ne souhaite pas restreindre les possibilités de configuration en fonction des besoins; à la différence de l'avant-projet, il prévoit toutefois une réglementation dispositive de la gestion et de la représentation, afin de limiter au strict minimum les frais liés au conseil juridique lors de la fondation d'une petite entreprise. Conformément à cet objectif, le régime légal est conçu en fonction des besoins et des circonstances caractéristiques des petites entreprises qui comptent un nombre limité de sociétaires. Toutefois, la loi octroie notamment aux sociétés qui dénombrent davantage d'associés une marge de manœuvre étendue, qui leur permet d'organiser la gestion et la représentation de manière adéquate dans les statuts.

Selon l'*al. 1*, les associés exercent collectivement la gestion de la société. Ils prennent les décisions nécessaires à cet effet en coopération (cf. al. 4), comme c'est usuellement le cas dans les petites sociétés. Dans la mesure où cette réglementation n'est pas conforme aux besoins réels, les statuts peuvent régler la gestion de manière différente. Il est notamment possible de limiter le droit à la gestion à un ou plusieurs associés (cf.) ou de le conférer exclusivement à des tiers (en droit actuel, cf. art. 811, al. 2, CO et art. 812, al. 1, CO).

⁵⁹ Voir ATF 123 III 473 ss, 126 III 283 ss (ces deux arrêts concernent le droit de la société anonyme mais sont également pertinents pour la Sàrl).

⁶⁰ Cf. à ce sujet les considérations différentes de: Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2^e édition, Zurich 1996, N 1955d; Peter Forstmoser, Widerrufbarkeit des Auflösungsbeschlusses einer Aktiengesellschaft, in: RSDA 70 (1998), p. 155.

Seules des personnes physiques peuvent concourir, en en répondant personnellement, à la formation de la volonté d'une société. L'*al.* 2 précise donc que seules des personnes physiques peuvent être désignées comme gérants, comme c'est également le cas pour toutes les autres sociétés (cf. en particulier l'art. 707, al. 3, et l'art. 894, al. 2, CO)⁶¹. Il convient néanmoins d'adopter une réglementation particulière qui s'applique à l'associé qui serait en soi habilité à gérer la société sur la base de l'al. 1 ou en conformité avec les statuts mais qui est une personne morale ou une société commerciale: elles peuvent désigner une personne physique pour exercer la fonction de gérant à leur place. Afin d'éviter que les autres associés ne se trouvent confrontés à des personnes qui, pour un motif quelconque, ne semblent pas convenir pour exercer la gestion d'un commun accord, les statuts peuvent prévoir que la désignation de gérants par des personnes morales ou des sociétés commerciales requiert l'approbation de l'assemblée des associés (cf. également art. 776a, al. 1, ch. 12, P CO).

Selon l'*al.* 3, si la société a plusieurs gérants, l'assemblée des associés doit désigner l'un d'eux comme président. Cette prescription est impérative afin d'assurer la capacité de fonctionnement des organes sociaux. La présidence peut aussi bien être attribuée à un associé qu'à un autre gérant. Comme la désignation du président n'est pas une compétence intransmissible de l'assemblée des associés (cf. art. 804, al. 2, P CO), les statuts peuvent laisser aux gérants le soin de choisir un président.

L'*al.* 4 règle la prise des décisions de gestion lorsque la société compte plusieurs gérants. Ils prennent leurs décisions à la majorité des voix émises et le président des gérants a la voix prépondérante, sauf disposition contraire des statuts. Ceux-ci peuvent par exemple fixer des quorums de présence pour des décisions déterminées ou renoncer à la voix prépondérante du président.

Art. 810 Attributions des gérants

Selon l'*al.* 1, les gérants sont compétents pour toutes les affaires qui ne sont pas attribuées à l'assemblée des associés (ou, le cas échéant, à l'organe de révision) par la loi ou les statuts (compétence subsidiaire générale, comme pour la société anonyme selon l'art. 716, al. 1, CO). Cette réglementation permet d'éviter tout conflit de compétence négatif.

L'*al.* 2 dresse une liste des attributions des gérants, lesquelles, sous réserve de l'art. 811 P CO, sont intransmissibles et inaliénables (cf. art. 716a, al. 1, CO pour la société anonyme). Les gérants sont notamment responsables d'exercer la haute direction de la société (*ch.* 1 et 4), de décider de l'organisation de la société (*ch.* 2), de fixer les principes de la comptabilité et du contrôle financier et d'établir le rapport de gestion (*ch.* 3 et 5), de préparer l'assemblée des associés (*ch.* 6) et d'informer le tribunal en cas de surendettement (*ch.* 7).

L'*al.* 3 définit les attributions particulières du président des gérants. Lorsqu'une société n'a qu'un gérant, les attributions du président reviennent au gérant unique. Il a pour tâche de convoquer et de diriger l'assemblée des associés, de communiquer aux associés les informations requises et de s'assurer du dépôt des réquisitions d'inscription nécessaires à l'office du registre du commerce.

⁶¹ D'un autre avis: Hans Michael Riemer, *Die Vereine*, in: *Berner Kommentar I/3/2*, Berne 1990, Art. 69 N 14 s.; le même, *Die Stiftungen*, in: *Berner Kommentar I/3/3*, Berne 1975, Art. 83 N 6. Cette opinion ne correspond toutefois pas à la pratique des autorités du registre du commerce.

Art. 811 Approbation de l'assemblée des associés

Dans une société anonyme, les attributions de l'assemblée générale et du conseil d'administration sont réparties selon des critères cohérents, et l'assemblée générale n'est pas autorisée (pour des motifs liés à la responsabilité) à s'arroger des attributions qui relèvent de la gestion (cf. art. 716a CO). Pour la Sàrl, le projet prévoit en revanche que l'assemblée des associés a la compétence d'approuver des décisions de deux manières: les statuts peuvent prévoir que les gérants doivent soumettre des décisions déterminées à l'approbation de l'assemblée des associés (réserve obligatoire de l'approbation; *al. 1, ch. 1*). Il est également possible d'arrêter dans les statuts que les gérants peuvent soumettre certaines questions à l'approbation de l'assemblée des associés (réserve facultative de l'approbation; *al. 1, ch. 2*). Ces possibilités de configuration reflètent la structure flexible et centrée sur la personne des associés de la Sàrl et correspondent notamment aux besoins des petites et moyennes entreprises.

Autant la réserve de l'approbation de l'assemblée des associés peut satisfaire à des besoins pratiques, autant elle peut s'avérer délicate sous un angle juridique: alors que les gérants sont soumis à une responsabilité fondée sur le droit des sociétés (cf. art. 754 CO en relation avec l'art. 827 P CO), les décisions de l'assemblée des associés n'emportent aucune responsabilité en la matière. Il convient donc d'éviter que des décisions pouvant potentiellement engager la responsabilité ne soient transférées à l'assemblée des associés au détriment des tiers. De ce fait, le projet ne propose pas de véritable délégation d'attributions mais il prévoit que l'assemblée des associés a la compétence d'approuver des décisions de gestion, que ce soit de manière obligatoire ou à titre facultatif. Par conséquent, les gérants sont toujours contraints de prendre une décision, qu'ils doivent, ou peuvent, soumettre à l'assemblée des associés pour approbation. L'*al. 2* précise donc que cette approbation reste en principe sans influence sur la responsabilité des gérants. A titre interne, l'approbation peut toutefois, selon les circonstances, équivaloir à une décharge (cf. art. 758 CO en relation avec l'art. 827 P CO).

L'exigence statutaire selon laquelle une décision déterminée des gérants est soumise à l'approbation de l'assemblée des associés reste sans influence sur le pouvoir de représentation des personnes autorisées à représenter la société. Les contrats conclus sans approbation sont juridiquement valables aussi longtemps que l'autre partie au contrat n'a pas eu connaissance ou n'aurait pas dû savoir que l'approbation faisait défaut.

Art. 812 Devoirs de diligence et de fidélité; prohibition de faire concurrence

Selon l'*al. 1*, les gérants exercent leurs attributions avec toute la diligence nécessaire et veillent fidèlement aux intérêts de la société. Il en va de même pour les tiers chargés de la gestion (cf. également l'art. 717, al. 1, CO pour la société anonyme).

L'*al. 2* étend le devoir de fidélité des associés (cf. art. 803 P CO) aux gérants qui ne sont pas sociétaires.

Les associés ne sont tenus à une prohibition de faire concurrence que si les statuts le prévoient (cf. art. 803, al. 2, P CO); pour les gérants et les tiers chargés de la gestion, l'*al. 3* prévoit une réglementation parfaitement inverse. En principe, ils ne doivent pas exercer d'activités concurrentes; il est cependant possible de les libérer de cette obligation dans les statuts. En outre, ils peuvent être dispensés de cette obligation au cas par cas avec l'approbation écrite de tous les associés. Les statuts peuvent toutefois prévoir, à la place, que l'assemblée des associés donne son accord à

l'exercice d'activités concurrentes (cf. art. 808*b*, al. 1, ch. 7, P CO). Pour le surplus, nous renvoyons au commentaire de l'art. 803, al. 2 et 3, P CO.

L'exercice d'activités concurrentes peut avoir des conséquences fiscales pour la société et pour le gérant ou l'associé concerné. Le Tribunal fédéral a en effet considéré qu'une société anonyme verse une prestation appréciable en argent à une personne physique, dès lors que celle-ci travaille pour la société et qu'elle conclut dans le même temps pour son propre compte certaines affaires tombant dans l'activité économique de la société. Tel est bien le cas lorsque la société autorise cette personne – notamment lorsqu'il s'agit de l'actionnaire unique ou de l'actionnaire principal en charge de la gestion⁶² – à exercer une activité qui pourrait la concurrencer et renonce à exiger d'elle les recettes qui, d'après leur nature, reviennent à la société. Ces considérations s'appliquent également lorsque des gérants ou des associés de Sàrl exercent des activités concurrentes.

Art. 813 Egalité de traitement

L'égalité de traitement des associés est généralement reconnue comme étant un principe directeur du droit des sociétés⁶³. Elle a une portée différente à deux niveaux distincts:

Dans les *rapports entre associés*:

- Lors de la rédaction des *statuts originels*, des inégalités sont normalement admissibles, dans la mesure où elles restent conformes aux dispositions impératives de la loi. Des configurations asymétriques ne posent en général pas de problèmes, pour autant qu'elles respectent les structures impératives de la forme juridique; en effet, tous les fondateurs doivent approuver les statuts (cf. art. 777, al. 1, P CO). La possibilité de différencier des droits et des obligations afférents aux diverses parts sociales correspond à la structure personnelle marquée de la Sàrl (il est p. ex. envisageable de lier une obligation d'effectuer des versements supplémentaires à un droit de veto).

Des inégalités subséquentes s'avèrent plus délicates, qu'elles résultent d'une *modification des statuts* ou d'autres décisions de l'assemblée des associés. A cet égard, les associés sont protégés par des exigences de consentement particulières pour certaines décisions (cf. l'art. 797 P CO, relatif à l'introduction subséquente d'obligations d'effectuer des versements supplémentaires ou de fournir des prestations accessoires ou l'art. 807, al. 2, P CO, en ce qui concerne l'introduction subséquente d'un droit de veto). De plus, les décisions qui entraînent pour les associés un préjudice qui n'est pas justifié par le but de la société sans que la personne concernée ait donné son accord doivent être considérées comme attaquables (cf. art. 706, al. 2, ch. 3, CO en relation avec l'art. 808*c* P CO).

⁶² Voir ATF du 27.10.1997, in: Archiv für Schweizerisches Abgaberecht 67 (1998), p. 216 ss.

⁶³ Voir Claire Huguenin Jacobs, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Zurich 1994, p. 5; Werner von Steiger, in: Traité de droit privé suisse VIII/1, Bâle et Stuttgart 1976, p. 298 ss; Herbert Wohlmann, GmbH-Recht, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1997, p. 40.

- Dans le cadre de la *gestion de la société*:

L'art. 813 prescrit de manière impérative que les gérants ainsi que les tiers chargés de la gestion doivent traiter de la même manière les associés qui se trouvent dans la même situation (cf. également art. 717, al. 2, et 854 CO). Le principe de l'égalité relative de traitement peut avoir son importance aussi bien dans les rapports internes de la société que lorsque les associés s'érigent en tiers à l'égard de la société (p. ex. comme acquéreurs)⁶⁴. Il s'agit donc d'une norme de protection essentielle pour les associés minoritaires.

Le principe de l'égalité de traitement est relativisé par une réserve en faveur de «la même situation», ce qui garantit la marge de manœuvre nécessaire afin de tenir compte des liens de participation concrets et centrés sur la personne des associés. Conformément à la conception de la société de capitaux, l'égalité s'apprécie en outre largement en fonction de l'ampleur de la participation au capital social.

Art. 814 Représentation

Le droit actuel présume la représentation collective de la société par tous les associés fondateurs (art. 811, al. 1 et 3, CO); cette réglementation s'est néanmoins avérée fastidieuse et elle ne répond pas aux impératifs actuels. Selon l'avant-projet de révision, les statuts devaient impérativement régler la représentation de la société (art. 811, al. 1, AP CO). Afin de limiter les frais liés au conseil juridique lors de la fondation, le projet prévoit une réglementation dispositive, conçue en fonction des besoins d'une petite entreprise (cf. également le commentaire relatif à l'art. 809 P CO): selon l'al. 1, chaque gérant a le pouvoir de représenter la société. Conformément aux besoins de la pratique, le régime légal de représentation diffère donc de celui défini pour la gestion (cf. art. 809, al. 1, P CO).

Selon l'al. 2, les statuts peuvent régler la représentation de manière différente. Toutefois, un gérant au moins doit avoir qualité pour représenter la société, afin d'assurer que la société puisse être représentée au niveau de la gestion. Cette exigence est également remplie dès lors que deux gérants représentent la société conjointement (avec une signature collective à deux). Lorsque les statuts dérogent à la réglementation dispositive en matière de représentation, ils peuvent renvoyer à un règlement de l'assemblée des associés ou des gérants pour les détails.

L'al. 3 requiert qu'une des personnes autorisées à représenter la société soit domiciliée en Suisse. A la différence de la réglementation actuelle (cf. art. 813, al. 1, CO), il ne doit pas obligatoirement s'agir d'un gérant; un directeur suffit. Si aucune des personnes domiciliées en Suisse ne dispose d'une signature individuelle, l'exigence en matière de domicile peut également être réalisée grâce au concours de plusieurs personnes. Cette réglementation vise à maintenir un point de rattachement personnel avec la société en Suisse, dans un souci de transparence des relations de l'entreprise et afin de garantir les notifications à la société, sans qu'il en résulte de restrictions significatives en pratique.

L'al. 4 (comme l'art. 814, al. 1, CO déjà) prévoit que les dispositions du droit de la société anonyme s'appliquent par analogie à l'étendue et à la limitation des pouvoirs

⁶⁴ Voir Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz, Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, par. 39 N 42 ss; Rolf Watter, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1997, Art. 717 N 27 (tous deux relatifs au droit de la société anonyme).

de représentation (art. 718a CO). Le renvoi inclut également la nouvelle réglementation relative aux contrats conclus entre la société et ses représentants (cf. art. 718b P CO).

L'*al.* 5 prévoit que les personnes autorisées à représenter la société signent en ajoutant leur signature personnelle à la raison sociale (cf. art. 815, al. 1, CO).

Selon l'*al.* 6, les personnes autorisées à représenter la société doivent être inscrites dans le registre du commerce (idem pour la société anonyme: art. 720 CO). Elles apposent leur signature à l'office du registre du commerce ou la lui remettent dûment légalisée.

Art. 815 Révocation des gérants; retrait des pouvoirs de représentation

L'*al.* 1 stipule que l'assemblée des associés peut révoquer à tout moment un gérant qu'elle a nommé. Peu importe qu'il s'agisse d'un associé ou d'un tiers. Dans la mesure où les sociétaires sont autorisés à gérer la société sans être élus par l'assemblée des associés (que ce soit sur la base de l'art. 809, al. 1, P CO ou des statuts), il n'est possible de les révoquer qu'au moyen d'une nouvelle réglementation de la gestion dans les statuts.

L'*al.* 2 prévoit une clause de sauvegarde pour les cas problématiques: s'il existe un juste motif, le tribunal peut retirer ou limiter les pouvoirs de gestion et de représentation d'un gérant. Chaque associé a qualité pour agir. Il existe en particulier un juste motif de retrait des pouvoirs de gestion et de représentation si le gérant a gravement manqué à ses devoirs ou s'il est devenu incapable de bien gérer la société.

L'*al.* 3 octroie aux gérants le pouvoir de suspendre à tout moment de ses fonctions (par une décision conformément à l'art. 809, al. 3, P CO) un directeur, un fondé de procuration ou un mandataire commercial, afin de rendre possible une réaction rapide en cas de problème. Pour des motifs liés à la sécurité, il doit en aller de même lorsque ces personnes ont été désignées par l'assemblée des associés (cf. art. 804, al. 3, P CO). Dans ce cas, selon l'*al.* 4, celle-ci doit être convoquée immédiatement (cf. également art. 726, al. 1 et 2, CO pour la société anonyme). L'*al.* 5 réserve l'action en dommages-intérêts des personnes révoquées ou suspendues de leurs fonctions).

Les prescriptions relatives à la révocation des gérants et au retrait des pouvoirs de représentation sont impératives, en ce sens que les statuts ne peuvent rendre les procédures mises en place plus difficiles, étant donné qu'elles visent à garantir la capacité fonctionnelle des organes sociaux.

Art. 816 Nullité des décisions

L'*art.* 816 stipule que les motifs de nullité des décisions de l'assemblée générale et du conseil d'administration de la société anonyme (cf. art. 706b et 714 CO) s'appliquent par analogie aux décisions des gérants de la Sàrl.

Art. 817 Responsabilité

La société répond des dommages résultant des actes illicites commis dans la gestion de ses affaires par une personne autorisée à la gérer ou à la représenter (comme en droit actuel aux termes de l'art. 814, al. 4, CO et l'art. 722 CO pour la société anonyme).

2.1.3.3

Organe de révision

Art. 818

Le projet de révision propose une réglementation différenciée de la vérification des comptes annuels par un organe de révision. Pour les motifs qui justifient cette solution, nous renvoyons aux considérations du ch. 1.3.15 (ci-dessus).

Eu égard aux besoins des petites entreprises, les Sàrl ne doivent désigner un organe de révision aux termes de l'*al. 1* que si l'une des conditions suivantes est réalisée:

- Selon le *ch. 1*, un associé soumis à une obligation d'effectuer des versements supplémentaires peut exiger la désignation d'un organe de révision. Le risque que court l'associé qui accepte une obligation d'effectuer des versements supplémentaires justifie cette possibilité. Nonobstant une obligation d'effectuer des versements supplémentaires, la réglementation prévue permet toutefois également de renoncer à un organe de révision, notamment lorsque les associés qui sont tenus à une obligation d'effectuer des versements supplémentaires exercent eux-mêmes la gestion des affaires sociales.
- Selon le *ch. 2*, les sociétés dont le montant du capital social est égal ou supérieur à 100 000 francs doivent toujours désigner un organe de révision. Cette disposition garantit le parallélisme nécessaire avec la société anonyme: une harmonisation de la réglementation des deux formes de droit est matériellement indiquée dans la mesure où les intérêts sont les mêmes (cf. à ce sujet ch. 1.3.17). Il convient de plus d'exclure que la Sàrl ne soit préférée à la société anonyme sur la seule base de la réglementation différente de l'obligation de vérification, quand bien même la société anonyme serait en réalité plus adéquate sur la base des circonstances concrètes. Le projet propose un rapprochement du droit de la société anonyme également dans la mesure où – contrairement à ce que l'on pourrait attendre – la nouvelle réglementation n'engendre pratiquement pas d'inconvénients pour les petites sociétés: sur environ 8 300 Sàrl inscrites dans le registre du commerce du canton de Zurich, moins de 5 % d'entre elles ont un capital social égal ou supérieur à 100 000 francs (chiffres au 31 décembre 2000; les chiffres pour l'ensemble du territoire suisse ne sont pas disponibles).
- Selon le *ch. 3*, les sociétés qui revêtent une certaine importance économique doivent désigner un organe de révision lorsque deux des trois grandeurs suivantes sont dépassées pendant deux exercices consécutifs: total du bilan de 5 millions de francs, chiffre d'affaires de 10 millions de francs, moyenne annuelle de 50 emplois à plein temps. Le projet détermine ces critères de taille conformément aux directives européennes dans ce domaine (cf. également à ce sujet ch. 5 ci-dessous)⁶⁵. Selon le droit de la Communauté européenne⁶⁶,

⁶⁵ Voir l'art. 11, al. 1, en relation avec l'art. 51, al. 2, de la 4^e directive européenne en matière de droit des sociétés (78/660/CEE; JO n° L 222 du 14.8.1978, p. 11). Aujourd'hui, les valeurs limites suivantes sont applicables: total du bilan de 3 125 000 euros et montant net du chiffre d'affaires de 6 250 000 euros ainsi que 50 membres du personnel employé en moyenne au cours de l'exercice (montants conformes à l'art. 1 de la directive 1999/60/CE; JO n° L 162 du 26.6.1999, p. 65 s.). Le taux de conversion pour les Etats qui ne sont pas membres de la zone euro est celui du 4 janvier 1999 (cf. l'art. 2 de la directive 1999/60/CE; 1 euro = 1,615 franc suisse).

⁶⁶ Cf. art. 51, al. 1, let. a de la 4^e directive européenne. Les exigences sont définies dans la 8^e directive (84/253/CEE; JO n° L 126 du 12.05.1984, p. 20 ss).

à la différence du projet, l'ensemble des sociétés qui dépassent les grandeurs fixées doivent désigner un organe de révision disposant de qualifications particulières (soit, à peu de choses près, un réviseur particulièrement qualifié au sens du droit suisse⁶⁷).

- Selon l'art. 825a, al. 4, P CO, l'associé qui a quitté la société peut requérir la désignation d'un organe de révision afin de protéger ses prétentions, aussi longtemps qu'il n'a pas été entièrement indemnisé.

Selon l'al. 2, lorsque la société doit désigner un organe de révision en vertu des prescriptions légales, les dispositions du droit de la société anonyme en la matière s'appliquent par analogie (art. 727 ss CO). Le renvoi concerne notamment les attributions de l'organe de révision, ses qualifications et son indépendance. Les grandes Sàrl doivent désigner un réviseur particulièrement qualifié aux mêmes conditions que les sociétés anonymes (cf. art. 727b, al. 1, ch. 3, CO). Les prescriptions du droit de la société anonyme s'appliquent également lorsqu'une société qui n'est pas tenue de désigner un organe de révision en inscrit un volontairement dans le registre du commerce. Les tiers doivent en effet pouvoir se fier aux qualifications professionnelles et à l'indépendance d'un organe de révision dès lors qu'il est inscrit dans le registre du commerce; sinon, l'inscription dans le registre pourrait induire les tiers en erreur.

2.1.3.4 Carences dans l'organisation de la société

Art. 819

La nouvelle réglementation des carences dans l'organisation de la société anonyme peut être reprise en droit de la Sàrl. Nous renvoyons donc au commentaire de l'art. 731b P CO.

2.1.3.5 Perte de capital et surendettement

Art. 820

L'al. 1 prévoit que les dispositions du droit de la société anonyme concernant l'avis obligatoire en cas de perte de capital et de surendettement ainsi qu'en matière d'ouverture et d'ajournement de la faillite s'appliquent par analogie (art. 725 s. CO). La nouvelle formulation complète la norme de renvoi actuelle (art. 817, al. 1, CO) et procède à une mise en accord avec la définition de la perte en capital du droit de la société anonyme. Les obligations du conseil d'administration reviennent aux gérants d'une Sàrl. Si un bilan intermédiaire doit être dressé, il n'est soumis à la vérification de l'organe de révision que si la Sàrl doit en désigner un ou qu'elle en a nommé un volontairement.

Selon l'al. 2, le tribunal peut ajourner la faillite, à la requête des gérants ou d'un créancier, notamment si les versements supplémentaires encore dus sont opérés sans délai et si l'assainissement de la société paraît possible. Cette disposition tient

⁶⁷ Cf. à ce sujet l'ordonnance sur les qualifications professionnelles des réviseurs particulièrement qualifiés; RS 221.302.

compte de la possibilité de prévoir, dans les statuts de la Sàrl, une obligation, pour les associés, d'effectuer des versements supplémentaires (cf. art. 795 ss P CO).

2.1.4 Chapitre IV Dissolution et départ

2.1.4.1 Dissolution

Art. 821 Causes

L'*al. 1* énumère les divers motifs qui conduisent à la dissolution de la société (cf. art. 820 CO selon le droit en vigueur):

- Les statuts peuvent prévoir des causes de dissolution de la société (*ch. 1*).
- L'assemblée des associés peut décider de dissoudre la société à la majorité qualifiée (*ch. 2*; cf. art. 804, al. 2, *ch. 16* et 808*b*, al. 1, *ch. 10*, P CO). La décision doit revêtir la forme authentique (*al. 2*).
- L'ouverture de la faillite entraîne la dissolution de la société (*ch. 3*).
- D'autres motifs de dissolution sont réservés, pour autant qu'il existe une base légale (*ch. 4*). Il faut mentionner en particulier la dissolution pour de justes motifs (cf. ci-dessous al. 3), la dissolution en cas de carences dans l'organisation de la société (art. 731*b* en relation avec l'art. 819 P CO), la dissolution en raison de la poursuite d'un but illicite ou contraire aux mœurs (cf. art. 57, al. 3, CC) et les cas de dissolution sans liquidation prévus dans la future loi sur la fusion⁶⁸.

L'*al. 3* prévoit que chaque associé peut – comme c'est déjà le cas aujourd'hui (cf. art. 820, *ch. 4*, et 822, al. 2, CO) – requérir du tribunal qu'il prononce la dissolution de la société pour un juste motif. Suivant l'exemple du droit révisé de la société anonyme (cf. art. 736, *ch. 4*, CO), le projet offre désormais la possibilité au tribunal d'adopter, à la place de la dissolution, une autre solution adaptée aux circonstances et acceptable pour les intéressés. Cette marge de manœuvre laissée au tribunal s'avère justifiée; en effet, il ne faut pas perdre de vue que la dissolution d'une société peut avoir des conséquences pour les sociétaires et pour les tiers. Il convient de permettre au tribunal d'adopter une solution adaptée aux circonstances; dans sa décision, le tribunal doit tenir compte des intérêts de l'ensemble des parties prenantes.

Art. 821a (nouveau) Conséquences

L'*al. 1* opère un renvoi aux dispositions du droit de la société anonyme quant aux conséquences de la dissolution (cf. art. 738 CO). La société dissoute entre en liquidation sauf en cas de fusion, de division ou de transfert de son patrimoine à une corporation de droit public⁶⁹.

Selon l'*al. 2*, la dissolution doit être inscrite dans le registre du commerce. Lorsqu'une société est dissoute en vertu d'un jugement, le tribunal avise l'office du

⁶⁸ Cf. art. 3, al. 2 et 29, let. a, P-LFus; FF 2000 4185 et 4195.

⁶⁹ Selon la nouvelle teneur de l'art. 738 CO en annexe à la loi sur la fusion; FF 2000 4146 et 4219.

registre du commerce. Lorsqu'une société est dissoute pour d'autres motifs, il appartient à la société de requérir l'inscription de la dissolution dans le registre du commerce.

2.1.4.2 **Départ d'associés**

Art. 822 Sortie

L'*al. 1* stipule qu'un associé peut requérir du tribunal l'autorisation de sortir de la société pour un juste motif (cf. art. 822, al. 2, CO selon le droit en vigueur). En droit de la société anonyme, un départ n'est en principe possible que par le biais d'un transfert des actions; dans une Sàrl, en revanche, la seule cessibilité des parts sociales n'est pas suffisante. En effet, les statuts peuvent fortement restreindre ou exclure la cession de parts sociales, eu égard au caractère personnel marqué de la qualité d'associé (cf. art. 786 P CO). En outre, dans les petites sociétés, la cession de parts sociales est de fait souvent difficile car le cercle des acquéreurs potentiels est étroitement limité. En conséquence, le droit de la Sàrl garantit le départ d'un associé pour de justes motifs en lui octroyant un droit de sortie en la matière. Les justes motifs pertinents peuvent relever aussi bien de la sphère de la société que de la situation personnelle d'un associé. Lorsqu'il prend sa décision, le tribunal doit tenir compte de l'ensemble des intérêts en présence. Il doit également prendre en considération la difficulté de céder des parts sociales pour des motifs juridiques ou factuels.

Les statuts ne peuvent pas limiter la possibilité de sortir de la société pour de justes motifs. Néanmoins, selon l'*al. 2*, les statuts peuvent conférer aux associés un droit de sortir de la société plus étendu et en subordonner l'exercice à des conditions déterminées (cf. art. 822, al. 1, CO en droit actuel). Un droit statutaire de sortie s'exerce par une déclaration de sortie adressée à la société, à moins que les statuts ne prévoient une autre réglementation.

Art. 822a (nouveau) Sortie conjointe

L'*al. 1* prévoit que les gérants sont tenus d'informer sans délai les associés de l'exercice par l'un d'entre eux d'un droit de sortie fondé sur les statuts ou de l'ouverture d'une action tendant à la sortie de la société pour de justes motifs. Les sociétaires informés ont alors la possibilité de garantir l'égalité de traitement avec l'associé qui quitte la société en se joignant à la sortie dans le délai de trois mois (*al. 2*). Un délai de trois mois paraît nécessaire car, dans une petite société, la qualité d'associé est fréquemment la source de revenu principale des sociétaires. Cette disposition tend en réalité à garantir le principe de l'égalité de traitement lorsque plusieurs associés quittent la société; elle doit en outre éviter que les circonstances exercent une certaine pression à quitter la société; en effet, une sortie très rapide pourrait aboutir à un privilège, notamment en ce qui concerne le versement de l'indemnité (cf. art. 825a P CO). L'égalité de traitement est assurée dès lors que tous les associés sortants doivent être traités proportionnellement à la valeur nominale des parts sociales qu'ils détiennent, compte tenu également des versements supplémentaires qu'ils ont déjà effectués.

Art. 823 Exclusion

Selon l'*al. 1*, la société peut requérir du tribunal l'exclusion d'un associé pour un juste motif. Cette possibilité d'exclure un associé tient compte des liens personnels le plus souvent étroits qui lient les sociétaires d'une Sàrl; elle offre une porte de sortie aux sociétés dans lesquelles la coopération avec un associé ne saurait plus être exigée. La requête doit émaner de la société elle-même et non pas des associés. L'assemblée des associés décide de déposer la requête; elle tranche à la majorité qualifiée (art. 804, al. 2, ch. 15 et 808*b*, al. 1, ch. 8, P CO).

L'*al. 2* stipule que les statuts peuvent prévoir que l'assemblée des associés a le droit d'exclure un associé pour des motifs déterminés. Dans un souci de protection de toutes les parties prenantes, le projet de révision précise que les motifs d'exclusion statutaires doivent être clairement définis dans les statuts. Des clauses générales ne sont donc pas admissibles; les formulations peu claires doivent être interprétées de manière restrictive. Lorsqu'il existe un motif prévu par les statuts, l'assemblée des associés décide de l'exclusion à la majorité qualifiée (art. 804, al. 2, ch. 15 et 808*b*, al. 1, ch. 8, P CO; les voies de droit demeurent réservées).

L'*al. 3* précise que les dispositions concernant la sortie conjointe (art. 822*a* P CO) ne sont pas applicables aux cas d'exclusion. Une procédure analogue ne semble pas nécessaire: en effet, le départ ne s'opère pas sur une base volontaire et les autres associés sont de toute manière informés car l'exclusion requiert toujours une décision de l'assemblée des associés.

Art. 824 Mesures provisionnelles

De manière générale, les mesures provisionnelles sont régies par le droit cantonal de procédure, en tous les cas en ce qui concerne les mesures visant à maintenir l'état actuel (mesures conservatoires). L'*art. 824* vise néanmoins également à régir les relations entre l'associé et la société pour la durée du procès (mesures de réglementation). Selon la jurisprudence et la doctrine majoritaire, de telles mesures nécessitent une base légale fédérale, que fournit la présente disposition. Au vu des droits de participation et des diverses obligations statutaires (en particulier l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires ou de fournir des prestations accessoires et la prohibition de faire concurrence), des mesures provisionnelles peuvent s'avérer nécessaires afin de protéger les intérêts de la société ainsi que ceux de l'associé qui quitte la société. Il est possible de suspendre tout ou partie des droits ou obligations, en fonction des circonstances concrètes.

Art. 825 Indemnisation; droit et montant

La réglementation actuelle ne détermine pas précisément les prétentions des associés qui quittent la société (cf. art. 822, al. 4, CO). Il paraît urgent de combler cette lacune afin de garantir la sécurité du droit et de protéger les intérêts des associés qui quittent une société. Selon l'*al. 1*, lorsqu'un associé quitte la société, il a droit à une indemnisation correspondant à la valeur réelle de ses parts sociales. Cette règle s'applique non seulement lorsqu'un associé sort de la société ou qu'il la quitte dans le cadre d'une action en dissolution de la société (cf. art. 821, al. 3, P CO) mais aussi lorsqu'un associé est exclu de la société, pour de justes motifs ou sur la base d'une clause statutaire. L'exclusion ne doit pas avoir de caractère confiscatoire. En versant une indemnité, il s'agit uniquement d'offrir à l'associé un dédommagement

correspondant à la contre-valeur économique de son retrait de la société, indépendamment du motif du départ.

En cas de sortie d'un associé fondée sur les statuts, l'*al.* 2 prévoit que ceux-ci peuvent fixer l'indemnisation de manière différente qu'à la valeur réelle. Il est notamment admissible de réduire les exigences permettant de sortir de la société tout en prévoyant en contrepartie que l'indemnisation ne correspond pas à la valeur réelle. Il va de soi que la liberté accordée par le projet pour déterminer l'indemnisation reste limitée par les principes généraux du droit pertinents. L'indemnisation ne doit pas être définie de manière arbitraire. Pour des motifs pratiques, il est néanmoins possible de retenir la valeur fiscale (estimation cantonale de la part sociale pour déterminer l'impôt sur la fortune) ou la valeur intrinsèque, par exemple. En outre, les statuts peuvent régler les modalités de l'indemnisation de manière particulière; au lieu d'une indemnisation en espèces, les statuts peuvent notamment prévoir un autre mode d'indemnisation. De même, l'indemnisation peut être échelonnée dans le temps. Le projet n'accorde une liberté dans la détermination de l'indemnisation qu'en cas de sortie et non pas lors d'une exclusion; dans ce cas en effet, la décision n'est pas prise d'un commun accord et une réglementation statutaire pourrait conduire à des situations proches de l'expropriation.

Art. 825a (nouveau) Versement de l'indemnité

La réglementation relative au versement de l'indemnité illustre l'extraordinaire complexité du départ d'un associé d'une société de capitaux. Il s'agit d'exclure la survenance d'un dommage pour les créanciers et de différencier les intérêts de la société, ceux des associés qui quittent la société et ceux des sociétaires qui le demeurent.

L'*al.* 1 détermine l'exigibilité de l'indemnité liée au départ d'un associé:

- En principe, le départ d'un associé rend l'indemnité exigible, mais dans la limite des fonds propres disponibles de la société (*ch. 1*). La société peut reprendre les parts sociales de l'associé qui quitte la société jusqu'à concurrence de 35 % du capital social, dans le respect des dispositions régissant l'acquisition par la société de parts sociales propres. A la différence de ces dispositions (cf. art. 783, al. 1, P CO), la présente réglementation ne se réfère toutefois pas aux «fonds propres librement disponibles» mais aux «fonds propres disponibles» pour déterminer l'exigibilité de l'indemnisation: la partie des fonds propres qui dépasse le capital social, la réserve pour parts sociales propres, la réserve de réévaluation et la partie liée de la réserve générale peuvent être utilisées pour verser l'indemnité. A cet effet, il convient d'inclure également les réserves prévues pour des buts spécifiques, comme des réserves pour égalisation des dividendes ou des réserves de remplacement, bien qu'il s'agisse de fonds propres qui ne sont pas librement disponibles. Le projet veut ainsi éviter que le versement d'une indemnité ne puisse être déjoué par la constitution de réserves particulières.
- Selon le *ch. 2*, l'indemnité est exigible dès lors que la société peut aliéner les parts sociales de l'associé qui quitte la société. Par cette réglementation, la société ne peut se prévaloir de la possibilité de refuser l'approbation de la cession de parts sociales sans indiquer de motifs (cf. art. 786 P CO). Dès lors qu'une opportunité d'aliéner les parts sociales se présente, l'indemnisation est exigible sans autre.

- Selon le *ch. 3*, l'indemnité est exigible dans la mesure où la société peut réduire son capital social dans le respect des dispositions en la matière (cf. art. 782 P CO).

Il n'est pas possible de laisser aux seuls gérants ou aux associés le soin de décider si la société dispose de suffisamment de fonds propres pour verser l'indemnité. L'*al. 2* prévoit donc que la société doit faire constater le montant des fonds propres disponibles par un réviseur particulièrement qualifié (cf. al. 1, ch. 1). Lorsque ce montant ne suffit pas à indemniser l'associé qui quitte la société, le réviseur particulièrement qualifié prend également position sur le montant pour lequel une réduction du capital social est possible (cf. al. 1, ch. 3; l'exigence de vérification par un réviseur particulièrement qualifié correspond à l'art. 732, al. 2, CO, en relation avec l'art. 782, al. 4, P CO).

Si l'associé qui quitte la société n'est pas entièrement indemnisé au moment de son départ, l'*al. 3* stipule qu'il dispose d'une créance postposée, qui ne porte pas d'intérêts, sur le montant pour lequel il n'a pas encore été indemnisé. La prétention restante en indemnisation doit être postposée par rapport aux autres créances car il s'agit en réalité de la restitution d'une participation au capital social.

Le solde de l'indemnisation est exigible dans la mesure où il ressort du rapport de gestion annuel que la société dispose de fonds propres (cf. à ce sujet le commentaire relatif à l'al. 1, ch. 1). Le versement d'une indemnité qui est encore due l'emporte donc sur l'attribution de dividendes. Cela permet d'exercer une certaine pression en vue d'un règlement rapide du départ d'un associé. Il convient également de prendre en considération que la prétention en indemnisation ne porte pas d'intérêts.

L'*al. 4* confère à l'associé qui a quitté la société le droit de requérir la désignation d'un organe de révision aussi longtemps que l'indemnité n'est pas entièrement versée. Cette obligation de vérification à discrétion des associés qui ont quitté la société vise à garantir la fiabilité du rapport de gestion eu égard à la réglementation de l'al. 3.

D'un point de vue fiscal, le droit à l'indemnité constitue un rendement de participation, tant pour l'impôt fédéral direct que pour l'impôt anticipé.

2.1.4.3 Liquidation

Art. 826

L'*al. 1* prévoit que chaque associé a droit à une part du produit de la liquidation. La répartition est proportionnelle à la valeur nominale des parts sociales; lorsque des versements supplémentaires ont été effectués par les associés, leur montant doit être ajouté à la valeur nominale des parts sociales. La réglementation de la répartition du produit de la liquidation est dispositive: les statuts peuvent renoncer à prendre en considération les versements supplémentaires effectués ou créer des parts sociales privilégiées qui confèrent des droits préférentiels sur le produit de la liquidation (art. 776a, al. 1, ch. 5 et 799 P CO, ainsi que les art. 654 et 656 CO). L'*al. 2* renvoie aux dispositions du droit de la société anonyme en matière de dissolution d'une société avec liquidation (art. 739 à 747 CO), qui s'appliquent par analogie.

2.1.5 Chapitre V Responsabilité

Art. 827

Le projet renvoie, comme le droit en vigueur, au droit de la société anonyme en ce qui concerne la responsabilité des personnes qui coopèrent à la fondation d'une société ou qui s'occupent de la gestion, de la vérification ou de la liquidation. En matière de responsabilité, la notion matérielle d'organe est également déterminante dans une Srl. Le projet ne mentionne pas la réglementation relative au prospectus d'émission (art. 752 CO); une offre publique en souscription n'est en effet pas possible pour la Srl (cf. art. 781, al. 3, P CO).

2.2 Modification d'autres dispositions du code des obligations

2.2.1 Droit de la société en nom collectif

Art. 554 Inscription dans le registre du commerce

Le contenu de l'inscription dans le registre du commerce sera désormais régi dans l'ordonnance sur le registre du commerce pour l'ensemble des sociétés, car il s'agit en réalité de détails plutôt techniques. Le projet prévoit une délégation en la matière en droit du registre du commerce (art. 929, al. 1, P CO; cf. le commentaire relatif à cette disposition). De ce fait, l'actuel art. 554, al. 2, CO peut être abrogé. Pour le reste, la disposition n'est pas modifiée, à l'exception d'une adaptation rédactionnelle mineure de l'actuel art. 554, al. 1, CO à la formulation de l'art. 778 P CO.

2.2.2 Droit de la société en commandite

Art. 596, titre marginal, al. 1 et 2

Inscription dans le registre du commerce

L'*al. 1* est légèrement modifié dans ses rédactions française et italienne, dans un souci d'uniformisation avec la réglementation proposée pour la Srl (cf. art. 778 P CO). L'*al. 2* peut être abrogé, attendu que le contenu de l'inscription dans le registre du commerce sera désormais régi par l'ordonnance sur le registre du commerce (cf. le commentaire de l'art. 929, al. 1, P CO). L'*al. 3* est en revanche maintenu, car l'inscription des apports en nature dans le registre du commerce est une condition matérielle de leur validité (cf. également art. 642 P CO).

2.2.3 Droit de la société anonyme

Art. 625 Actionnaires

Selon le droit en vigueur, lors de la fondation d'une société anonyme, le nombre d'actionnaires ne peut être inférieur à trois. Comme pour la Srl, le projet admet désormais la fondation de sociétés anonymes unipersonnelles (cf. ci-dessus ch. 1.3.2

ainsi que le commentaire de l'art. 775 P CO). De plus, la nouvelle formulation précise qui peut être actionnaire (cf. à ce sujet le commentaire de l'art. 775 P CO). La sanction prévue à l'actuel al. 2 est abrogée; en effet, l'art. 731b P CO devrait à l'avenir régir la procédure en cas d'absence d'un des organes prescrits.

L'art. 625 P CO admet les sociétés anonymes unipersonnelles; cette règle ne s'applique pas aux *sociétés en commandite par actions*, indépendamment du renvoi de l'art. 764, al. 2, CO car la conception de cette forme juridique implique nécessairement la présence de deux catégories d'actionnaires (les actionnaires ordinaires et les actionnaires indéfiniment responsables; cf. art. 764, al. 1, CO⁷⁰). La fondation et l'existence d'une société en commandite par actions requièrent donc, pour des motifs objectifs, la présence de deux actionnaires.

Art. 628, al. 4, 2^e phrase (nouvelle)

Abrogation de dispositions statutaires relatives à des reprises de biens envisagées

Le complément apporté à l'al. 4 précise que les clauses statutaires relatives à des reprises de biens peuvent également être abrogées lorsque la société renonce définitivement à la reprise de biens correspondante avant l'expiration du délai général de dix ans.

Art. 631 Pièces justificatives

La réglementation des pièces justificatives annexées à l'acte constitutif est harmonisée avec celle du droit de la Sàrl (cf. le commentaire de l'art. 777b P CO).

Art. 640 Inscription dans le registre du commerce; société

En sus du principe selon lequel la société anonyme doit être inscrite dans le registre du commerce du lieu où elle a son siège (*al. 1*), le droit actuel régit également dans cette disposition la réquisition d'inscription dans le registre du commerce, sa signature ainsi que la réquisition d'inscription des personnes chargées de représenter la société (*al. 2 à 4*). Le projet prévoit à cet égard une réglementation harmonisée pour toutes les formes de société en droit du registre du commerce et, pour partie, au niveau de l'ordonnance (cf. art. 929, al. 1, et 931a P CO, ainsi que le commentaire relatif à ces dispositions). Les al. 2 à 4 peuvent donc être abrogés.

Art. 641 Inscription dans le registre du commerce; succursales

L'actuel art. 641 CO dresse la liste du contenu de l'inscription dans le registre du commerce pour une société anonyme. Étant donné qu'il s'agit de détails plutôt techniques, le projet prévoit à cet effet une délégation en vue d'une réglementation dans l'ordonnance sur le registre du commerce (cf. art. 929, al. 1, P CO ainsi que le commentaire y relatif).

⁷⁰ Arthur Meier-Hayoz, Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8^e édition, Berne 1998, par. 17 N 2 et 22 ss.

Attendu que cette disposition est vidée de sa substance, l'art. 641 P CO régira désormais l'inscription des succursales dans le registre du commerce (actuel art. 642 CO). Le projet renonce à une disposition relative à la réquisition (actuel art. 642, al. 2, CO), préférant une réglementation unifiée de cette question en droit du registre du commerce (cf. art. 929, al. 1, et 931a P CO, ainsi que le commentaire se rapportant à ces dispositions; idem art. 778a P CO).

Art. 642 Inscription dans le registre du commerce; apports en nature, reprises de biens et avantages particuliers

En principe, il est vrai que le contenu de l'inscription dans le registre du commerce devra désormais être déterminé dans l'ordonnance sur le registre du commerce (cf. art. 929, al. 1, P CO). L'inscription des apports en nature, des reprises de biens et des avantages particuliers est néanmoins une exigence de nature matérielle. Il convient donc de la maintenir au niveau de la loi. Les conséquences de sa violation dépendent des circonstances, comme indiqué dans la doctrine en relation avec l'obligation d'indiquer dans les statuts les apports en nature, les reprises de biens et les avantages particuliers⁷¹ (le plus souvent, lorsqu'aucune inscription au registre du commerce n'est opérée, cela réside dans l'absence d'indication correspondante dans les statuts, car ceux-ci constituent une pièce justificative de l'inscription).

Art. 643, al. 3, 2^e phrase

Acquisition de la personnalité; moment; conditions légales non remplies

L'al. 3 régit la dissolution d'une société par le juge en cas de violation des dispositions légales ou statutaires lors de la fondation. La dernière phrase prévoit que le juge peut ordonner des mesures provisionnelles; elle limite les mesures provisionnelles au cas où une action au fond est déjà pendante. Cette phrase restreint involontairement les mesures provisionnelles, car, en fonction du droit cantonal de procédure civile applicable, elles peuvent être requises avant même le dépôt d'une action au fond. Il convient donc de l'abroger.

Art. 647 Modification des statuts

Vu que le projet propose une nouvelle réglementation uniforme de l'inscription dans le registre du commerce en droit du registre du commerce, il convient d'harmoniser cette disposition avec celle du droit de la Sàrl (cf. le commentaire de l'art. 780 P CO; voir également les art. 929, al. 1, et 931a P CO, ainsi que l'art. 932 CO).

Art. 662, titre marginal

Rapport de gestion

Cette modification ne concerne que le texte français. Il s'agit de corriger une erreur de traduction survenue lors de la révision du droit de la société anonyme de 1991. Le titre marginal allemand parle de «Geschäftsbericht», qu'il s'agit de traduire correctement en français par «rapport de gestion» et non pas par «rapport annuel».

⁷¹ Voir Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 2^e édition, Zurich 1996, N 103 ss.

Art. 698, al. 2, phrase introductive

Pouvoirs de l'assemblée générale

Cette modification ne concerne que les textes français et italien. Il s'agit de corriger une erreur de traduction survenue en 1991. Le terme allemand «unübertragbar» doit être traduit par «intransmissible» et non pas par «inaliénable».

Art. 702a (nouveau) Participation des membres du conseil d'administration à l'assemblée générale

Le projet renonce à l'exigence selon laquelle les membres du conseil d'administration doivent détenir une action au moins («action d'administrateur»; cf. ci-dessous art. 707, al. 1, P CO). Ils doivent toutefois pouvoir prendre part à l'assemblée générale et faire des propositions même s'ils ne sont pas actionnaires.

Art. 703, titre marginal

Seule la numérotation du titre marginal de cette disposition est modifiée.

Art. 704, al. 1, ch. 8 Décisions importantes

Selon le droit en vigueur, seule la décision de dissolution d'une société anonyme sans liquidation est importante, et non pas la décision de dissolution avec liquidation. Dans tous les cas pourtant, la dissolution peut revêtir une portée considérable pour tous les sociétaires; il convient donc de respecter les règles prescrites pour les décisions importantes, dans un souci d'harmonisation avec le droit révisé de la Sàrl (art. 808b, al. 1, ch. 10, P CO). A l'avenir, la loi sur la fusion régira les cas de dissolution sans liquidation (en particulier par suite de fusion)⁷².

Art. 705, 706 et 706b, titres marginaux

Seule la numérotation des titres marginaux de ces dispositions est modifiée.

Art. 707, al. 1 et 2 Eligibilité au conseil d'administration

Aux termes du droit actuel, les membres du conseil d'administration doivent être actionnaires (al. 1). Si d'autres personnes sont élues au conseil d'administration, elles ne peuvent entrer en fonction qu'après être devenues actionnaires (al. 2). Certes, la conception d'après laquelle les membres du conseil d'administration devraient être intéressés à la société afin de supporter le risque économique reste en principe pertinente. Il suffit néanmoins de posséder une seule action pour satisfaire à l'exigence suivant laquelle les membres du conseil d'administration doivent être actionnaires; l'action peut en outre être détenue à titre fiduciaire. En conséquence, l'obligation de posséder une «action d'administrateur» revient à une pure formalité; son bien-fondé a dès lors été mis en question à juste titre dans la doctrine⁷³. A la différence du droit de la société anonyme, le droit de la Sàrl admet aujourd'hui déjà

⁷² Voir art. 18 et art. 43, al. 2, P LFus; FF 2000 4191 et 4200.

⁷³ Voir en particulier Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2^e édition, Zurich 1996, N 1467 ss; Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz, Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, par. 27 N 2 ss; Martin Wernli, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1994, art. 707 N 6 ss.

– comme dans le projet d’ailleurs – de transférer la gestion à des personnes qui ne doivent pas forcément revêtir la qualité d’associé (cf. art. 812 CO, art. 809, al. 1, P CO). Le projet propose d’harmoniser les conditions d’éligibilité au conseil d’administration avec le droit de la Sàrl et de renoncer à l’exigence d’une «action d’administrateur». Dans le même temps, il faut conférer aux membres du conseil d’administration le droit de participer à l’assemblée générale (cf. art. 702a P CO).

Art. 708 Nationalité et domicile des membres du conseil d’administration

L’art. 708 CO exige que la majorité des membres du conseil d’administration d’une société anonyme soient de nationalité suisse et aient leur domicile en Suisse. Il est toutefois possible de déroger à cette règle en faveur des sociétés holdings qui détiennent des participations dans des sociétés étrangères; dans tous les cas, l’un au moins des membres du conseil d’administration qui ont qualité pour représenter la société doit être domicilié en Suisse. Dans une économie qui s’internationalise toujours davantage, cette disposition ne semble plus opportune: elle désavantage la place économique suisse et peut engendrer une discrimination des ressortissants étrangers domiciliés en Suisse. Le projet propose donc d’adopter un nouveau régime identique pour la Sàrl et pour la société anonyme (cf. art. 814 P CO). Désormais, la loi se limitera à exiger qu’une des personnes autorisées à représenter la société soit domiciliée en Suisse. Il pourra s’agir d’un membre du conseil d’administration, mais aussi d’un directeur (art. 718, al. 3, P CO; nous renvoyons au commentaire de l’art. 814 P CO).

Art. 709 et 710, titres marginaux

Seule la numérotation des titres marginaux de ces dispositions est modifiée.

Art. 711 Radiation d’un membre du conseil d’administration

Dans le droit actuel, cette disposition régit la réquisition d’inscription dans le registre du commerce de la radiation de membres du conseil d’administration. Le projet envisage de réglementer de manière uniforme, pour toutes les personnes morales, la radiation des personnes inscrites dans le registre du commerce en tant que membre d’un organe (cf. art. 938b P CO). La présente disposition peut donc être abrogée.

Art. 716a, al. 1, phrase introductive

Cette modification ne concerne que le texte italien.

Art. 718, al. 3 (nouveau) Représentation de la société par une personne domiciliée en Suisse

Le nouvel *al. 3* supplée partiellement à l’actuel art. 708 CO. Il est identique à l’art. 814, al. 3, P CO pour la Sàrl. Nous renvoyons donc au commentaire de cette disposition.

Art. 718b (nouveau) Contrats entre la société et son représentant

Sur le modèle du droit communautaire⁷⁴, l'avant-projet prévoyait que les contrats passés par un actionnaire unique avec la société qu'il représente devaient être conclus en la forme écrite, sauf s'il s'agissait d'opérations courantes conclues à des conditions normales (art. 717, al. 3, AP CO). Cette réglementation a fait l'objet d'une large approbation lors de la consultation, car elle assurerait la clarté du droit et servirait par là même les intérêts de toutes les parties prenantes. Les auteurs de plusieurs prises de position ont toutefois relevé qu'ils ne voyaient pas pourquoi cette disposition ne devrait s'appliquer qu'aux sociétés unipersonnelles, ajoutant que la limitation aux contrats qui ne sont pas conclus à des conditions normales serait par trop indéterminée.

Le projet tient compte de ces observations; il exige de manière générale que les contrats entre la société et la personne par laquelle la société est représentée lors de leur conclusion revêtent la forme écrite⁷⁵, peu importe qu'il s'agisse d'une société unipersonnelle. Afin de répondre aux impératifs pratiques, il doit être possible de renoncer à l'exigence de la forme écrite pour les opérations courantes jusqu'à concurrence de 1000 francs. Les contrats sans importance qui relèvent des affaires courantes de la société sont donc valables sans forme particulière. Le seuil libératoire s'examine en fonction des prix qui seraient exigés d'un tiers. Il convient d'additionner la valeur des prestations de contrats qui forment un tout. Les contrats prévoyant une prestation qui n'a pas de caractère évaluable en argent doivent toujours revêtir la forme écrite. L'exigence de forme prévue par cette disposition s'applique également à la Sàrl et à la société coopérative (cf. art. 814, al. 4, et 899a P CO).

Art. 719, 720 et 721, titres marginaux

Seule la numération des titres marginaux de ces dispositions est modifiée.

Art. 722, titre marginal

Cette modification ne concerne que le texte allemand.

Art. 727c, al. 1, ch. 3, let. c

Réviseur particulièrement qualifié

Cette disposition détermine à quelles conditions une société doit désigner un réviseur particulièrement qualifié. Dans un souci d'uniformisation et de clarification, la mention «200 travailleurs» est remplacée par celle de «200 emplois à plein temps» (cf. art. 818, al. 1, ch. 3, let. c, P CO et art. 2, let. e, ch. 3, P LFus⁷⁶). Il n'en résulte aucune modification matérielle.

Art. 727e, al. 4 Radiation du registre du commerce

Le projet régit dans une seule disposition la radiation du registre du commerce d'une personne inscrite en tant que membre d'un organe d'une personne morale (cf. art. 938b P CO). L'*al. 4* peut donc être abrogé.

⁷⁴ Cf. art. 5 de la 12^e directive; 89/667/CEE; JO n° L 395 du 30.12.1989; p. 40 ss.

⁷⁵ Cf. art. 11 ss CO; les exigences de forme plus strictes imposées par la loi sont réservées.

⁷⁶ Voir FF 2000 4184.

Art. 727f Désignation d'un réviseur par le tribunal

L'art. 727f CO instaure une procédure de désignation de l'organe de révision par le tribunal. Vu la nouvelle réglementation en cas de carences dans l'organisation de la société (cf. ci-après l'art. 731b P CO), cette disposition peut être abrogée.

Art. 731b (nouveau) Carences dans l'organisation de la société

Le projet prévoit une procédure entièrement nouvelle lors de carences dans l'organisation de la société. Une nouvelle réglementation s'avère nécessaire pour les motifs suivants:

- Lorsqu'une société anonyme ne désigne pas elle-même un organe de révision, le juge nomme un organe de révision sur la base de l'art. 727f CO. Cette disposition s'est toutefois avérée imparfaite en pratique; en effet, les réviseurs n'acceptent généralement un mandat que sur provision; en outre, les mesures coercitives judiciaires envisageables se sont révélées peu claires et insuffisantes.
- Dans le cadre de la révision du droit de la tutelle, les mesures tutélaires devraient être limitées aux personnes physiques. Il convient donc de remplacer la possibilité de désigner un curateur à une personne morale selon l'art. 393, ch. 4, CC.
- Les bases légales actuelles relatives aux carences dans l'organisation de sociétés sont nombreuses et touffues; en outre, elles ne font pas l'objet d'une coordination satisfaisante⁷⁷.

Cette disposition institue une réglementation uniforme afin de sanctionner et de remédier à l'ensemble des carences dans l'organisation légalement prescrite d'une société. Elle vise aussi bien l'absence d'un organe obligatoire que sa composition non conforme aux prescriptions. Par rapport au droit en vigueur, le projet n'accroît pas les cas dans lesquels il s'agit d'assurer la mise en œuvre de dispositions impératives; il les régit uniquement de manière uniforme. Il couvre notamment les situations suivantes: l'incapacité civile d'un organe social, l'absence de conseil d'administration (art. 707 CO), l'absence de président du conseil d'administration (art. 711 CO), l'absence d'organe de révision (art. 727 CO), la violation des exigences relatives aux qualifications et à l'indépendance de l'organe de révision (art. 727a ss CO) ainsi que le non-respect des règles concernant le domicile (art. 718, al. 3, P CO et art. 727, al. 2, CO).

De manière semblable à la dissolution de la société pour de justes motifs (cf. art. 736, ch. 4, CO), le tribunal doit avoir une liberté d'action suffisante: en effet, il doit prendre en considération les circonstances concrètes; de plus, autant l'absence d'un organe que les mesures de contrainte peuvent affecter non seulement la société et ses actionnaires, mais aussi des tiers (en particulier les créanciers et les travailleurs).

Lorsqu'une société ne possède pas l'un des organes prescrits ou qu'un de ces organes n'est pas composé conformément aux prescriptions, un actionnaire, un créancier ou le préposé au registre du commerce (cf. art. 941a P CO) peut requérir du juge qu'il prenne les mesures nécessaires (*al. 1*). Il appartient au juge de prendre les mesures commandées par les circonstances afin d'assurer la mise en œuvre des

⁷⁷ Cf. art. 625, al. 2, art. 708, al. 4, art. 727e, al. 3, art. 727f et art. 740, al. 3, CO; art. 393, ch. 4, CC; art. 86, al. 1^{bis} à 3 ORC.

dispositions impératives de la loi. Vu l'intérêt général et celui des tiers, le juge n'est lié à aucune conclusion particulière éventuelle des parties. Il peut notamment:

- fixer à la société, sous peine de dissolution, un *délai pour rétablir la situation légale* (ch. 1);
- nommer l'*organe qui fait défaut* (ch. 2), par exemple dans des situations de «patt» persistantes ou lorsqu'un actionnaire unique n'a pas l'exercice des droits civils;
- nommer un *commissaire* à titre de mesure à durée limitée (ch. 2)⁷⁸; le jugement doit définir ses compétences (par exemple la gestion des affaires sociales ou la suppression de la carence);
- prononcer la *dissolution de la société* et ordonner sa *liquidation* selon les prescriptions applicables à la faillite (ch. 3).

Lorsqu'il s'agit d'ordonner une liquidation forcée, les prescriptions applicables à la faillite s'appliquent par analogie quand bien même la société n'est pas surendettée. Une mesure de contrainte en la matière s'impose toutefois, car la pratique a démontré que des sociétés dissoutes judiciairement sur la base de l'art. 625, al. 2, CO poursuivaient leurs activités sans restrictions.

Pour autant que cela soit objectivement nécessaire, le juge détermine la durée pour laquelle la mesure ordonnée est valable (en particulier lorsqu'il nomme un organe ou un commissaire; al. 2). Il va de soi que les prononcés judiciaires ne peuvent pas être révoqués par les organes de la société; d'autres décisions de ces derniers ne peuvent pas y déroger non plus⁷⁹.

Il appartient à la société de supporter les frais de l'ensemble des mesures prises. Le juge peut également contraindre cette dernière à verser une provision à la personne désignée (par exemple à l'organe de révision ou au commissaire; al. 2).

Afin de protéger la société, l'al. 3 prévoit que celle-ci peut demander au juge la révocation de personnes qu'il a nommées, pour autant qu'il existe un juste motif.

Par renvoi, l'art. 731b P CO s'applique également à la Sàrl et à la société coopérative (cf. art. 819 et 910a P CO). Les associations et les fondations obéissent à une réglementation différenciée, qui tient compte des particularités de ces deux formes juridiques (cf. respectivement art. 69a et 83 P CC).

Art. 732, al. 5 Réduction du capital-actions en cas d'assainissement

Le droit en vigueur stipule que le capital-actions ne peut en aucun cas être réduit à un montant inférieur à 100 000 francs. Cette formulation est en contradiction avec la possibilité de réduire le capital-actions à zéro en cas d'assainissement, pour autant qu'il soit augmenté à nouveau conjointement à la réduction. La réaugmentation doit s'opérer simultanément à la réduction; la limite de 100 000 francs doit être respectée. Afin d'éviter une contradiction grammaticale avec la nouvelle disposition concernant la destruction des actions en cas d'assainissement (cf. art. 732a P CO), le projet modifie la formulation de l'al. 5; de ce fait, la seule dérogation à la réglementation relative au montant minimal du capital (art. 621 CO) est clairement définie.

⁷⁸ L'art. 725a CO prévoit déjà la nomination d'un commissaire.

⁷⁹ Cf. ATF 126 III 283 ss.

Art. 732a (nouveau) Suppression des actions en cas d'assainissement

Lorsqu'une société a subi une perte de capital au sens de l'art. 725, al. 1, CO, l'assemblée générale peut entre autres décider d'un assainissement en procédant à une réduction du capital («Kapitalschnitt»). Si, sur la base d'un examen objectif de la situation, le capital-actions initial est entièrement perdu, il est possible de le réduire à zéro et de l'augmenter simultanément; les actions existantes sont alors supprimées. Dans un arrêt relativement récent, le Tribunal fédéral a considéré que les actionnaires conservent leur qualité de sociétaire nonobstant la destruction de leurs actions et qu'ils restent titulaires d'un droit de vote minimal (i.e. une voix au moins), quand bien même ils ne prennent pas part à l'augmentation du capital⁸⁰.

Cette jurisprudence conduit à l'existence d'actionnaires qui, à l'encontre de la structure de base de la société anonyme, ne détiennent plus de participation au capital-actions. La doctrine a mis en doute, à juste titre, la décision du Tribunal fédéral⁸¹. Dans une société de capitaux, la qualité d'actionnaire est intrinsèquement liée à une participation au capital-risque. Lorsque ce dernier est perdu, la participation qui y était liée doit, en conséquence, également disparaître. Une personne qui ne prend part ni au capital-actions, ni au succès économique de l'entreprise ne fait montre d'aucun intérêt objectivement fondé à l'exercice du droit de vote; une participation antérieure n'est à cet égard pas suffisante. En maintenant le droit de vote de personnes qui ne possèdent plus d'actions, on fait naître une catégorie «d'actionnaires fantômes», qui revêtent un statut juridique qui n'est pas prévu par la loi. Cette situation peut non seulement compliquer l'assainissement, mais aussi causer des difficultés pratiques et soulever de nombreuses interrogations sur le plan juridique pour le reste de la durée de vie de la société (par exemple en cas de fusion).

Pour faire face à ces problèmes, le projet prévoit un régime légal de suppression des actions en cas d'assainissement. Lorsque l'on considère le capital-actions comme entièrement perdu suite à une perte de capital, l'ensemble des droits qui découlent de la participation à ce dernier disparaissent, vu la fonction de capital-risque qu'exerce le capital-actions. L'al. 1 stipule donc que les droits d'associé des actionnaires sont supprimés lorsque, à des fins d'assainissement, le capital-actions est réduit à zéro et immédiatement augmenté à nouveau (pour le droit transitoire, cf. art. 10 disp. trans.). Les actions émises doivent être supprimées. L'application de cette réglementation est limitée aux cas dans lesquels la combinaison d'une réduction et d'une augmentation du capital vise à assainir la société.

En cas de perte totale de capital, il faut prendre en compte que le statut juridique des sociétaires est en principe inaliénable et leur octroyer un droit inconditionnel et inaliénable de prendre part à l'augmentation du capital, proportionnellement à leur participation antérieure. En conséquence, l'al. 2 octroie de manière impérative aux actionnaires actuels un droit préférentiel de souscription inaliénable dans le cadre de l'augmentation du capital-actions.

Il est possible de réduire le capital-actions à des fins d'assainissement non seulement en supprimant les actions mais aussi en abaissant leur valeur nominale. La valeur

⁸⁰ Cf. ATF 121 III 420 ss, spéc. p. 429 ss, consid. 4c.

⁸¹ Voir Bernhard Bodmer, Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichtes vom 7. Juli 1995 in Sachen T. AG gegen E. AG und M. AG, in: Revue Suisse de droit des affaires 68 (1996), p. 285 ss; Peter Böckli, Kapitalschnitt zwecks Sanierung; Untergang der alten Mitgliedschaftsrechte zufolge Kapitalherabsetzung, in: REPRAX 1/02, p. 1 ss.

nominale minimale, fixée à un centime, doit néanmoins être respectée (art. 622, al. 4, CO). Lors de la réduction de la valeur nominale minimale des actions de dix francs à un centime, le législateur a renoncé à juste titre à la possibilité d'abaisser, en cas d'assainissement, la valeur nominale au-delà de la valeur minimale fixée par la loi⁸². Lorsque les actifs ne couvrent même plus la valeur nominale minimale des actions, il s'avère impératif de supprimer les actions existantes. En complément à la révision de l'art. 622 CO, cette disposition assure la sécurité du droit nécessaire à la suppression des anciennes actions.

Art. 733, 734 et 735, titres marginaux

Seule la numérotation des titres marginaux de ces dispositions est modifiée.

Art. 740, al. 3 Désignation et révocation des liquidateurs

La procédure de désignation judiciaire d'un liquidateur domicilié en Suisse est remplacée par l'art. 731b P CO. La 2^e phrase de l'art. 740, al. 3, doit donc être abrogée.

2.2.4 Droit de la société en commandite par actions

Art. 765, al. 2 Désignation et pouvoirs de l'administration

Cette disposition est complétée sur la base de la pratique non contestée des autorités du registre du commerce. Un administrateur ou une personne autorisée à représenter une société doit être inscrit dans le registre du commerce avec l'indication de son nom, de son domicile, de son lieu d'origine et, le cas échéant, de sa fonction.

2.2.5 Droit de la société coopérative

Art. 831, al. 2 Nombre des associés

Le trait caractéristique de la société coopérative est de favoriser ou de garantir, par une action commune, des intérêts économiques déterminés de ses membres (cf. art. 828, al. 1, CO)^{83,84}. L'action commune implique toutefois, par essence, obligatoirement une pluralité de personnes. A la différence de la Sàrl et de la société anonyme (cf. ch. 1.3.2 ainsi que le commentaire des art. 775 et 625 P CO), la fondation et l'existence de sociétés coopératives unipersonnelles ne semblent donc pas opportunes. Par conséquent, il convient de renoncer à l'admissibilité de sociétés coopératives unipersonnelles.

Il s'agit néanmoins d'adapter cette disposition à la nouvelle réglementation relative à l'élimination des carences dans l'organisation de la société (cf. art. 731b en

⁸² Au sujet de la révision de l'art. 622, al. 4, CO, cf. FF **2000** 4145 s., 4219, 5091 ss, 5687; BO **2000** E p. 585 et 944, N p. 1317 et 1616; RO **2001** 1047.

⁸³ A ce sujet, voir notamment Peter Forstmoser, in: Berner Kommentar VII/4, Berne 1972, art. 828 N 93 ss et art. 831 N 26.

⁸⁴ La société coopérative qui a un but d'utilité publique selon l'art. 92, al. 2, ORC est réservée. D'autres formes juridiques sont cependant à disposition pour les buts d'utilité publique.

relation avec l'art. 910a P CO). La mise en œuvre de l'exigence d'une pluralité de sociétaires s'impose, eu égard aux possibilités volontairement restreintes de recourir à la forme juridique de la société coopérative.

Art. 835 Inscription dans le registre du commerce; société

Outre le principe selon lequel la société coopérative est inscrite dans le registre du commerce (*al. 1*), le droit actuel régit dans cette disposition la réquisition d'inscription dans le registre du commerce, sa signature (*al. 3 et 4*) ainsi que la réquisition d'inscription des administrateurs et des représentants de la société (*al. 2*). A cet égard, le projet prévoit une réglementation harmonisée pour l'ensemble des formes juridiques en droit du registre du commerce et, pour partie, au niveau de l'ordonnance (cf. art. 929, al. 1, et 931a P CO, ainsi que le commentaire relatif à ces dispositions). Les *al. 2 à 4* peuvent donc être abrogés.

Art. 836 Inscription dans le registre du commerce; succursales

L'actuel art. 836 CO dresse la liste du contenu de l'inscription dans le registre du commerce, requiert la publication d'un extrait de cette inscription dans la Feuille officielle suisse du commerce et régit le droit de consulter la liste des associés. Le projet renvoie, pour toutes les formes juridiques, à l'ordonnance sur le registre du commerce en ce qui concerne le contenu de l'inscription (cf. art. 929, al. 1, P CO). La réglementation actuelle, qui prévoit la publication partielle de l'inscription, s'écarte sans motif convaincant des prescriptions applicables aux autres formes de sociétés (cf. art. 931 CO) et s'est avérée non conforme à la pratique; le projet renonce donc à une réglementation particulière. La liste des associés sera désormais régie par la prochaine disposition (cf. art. 837 P CO).

Attendu que la présente disposition est vidée de sa substance, l'art. 836 P CO règle dès lors l'inscription des succursales dans le registre du commerce (actuel art. 837 CO). La réquisition (actuel art. 837, al. 2, CO) sera désormais régie, pour toutes les formes juridiques, par le droit du registre du commerce (cf. art. 929, al. 1 et 931a P CO).

Art. 837 Liste des associés

A l'instar de la réglementation actuelle (cf. art. 836, al. 3, CO), une liste des associés est déposée à l'office du registre du commerce par les sociétés coopératives dont les membres sont personnellement responsables ou tenus d'effectuer des versements supplémentaires en vertu des statuts. Elle n'est pas inscrite dans le registre du commerce mais elle peut être consultée par chacun.

Art. 879, al. 2, phrase introductive

Cette modification ne concerne que le texte italien.

Art. 895 Nationalité et domicile des administrateurs

L'exigence de nationalité des administrateurs est supprimée (cf. à ce sujet le commentaire de l'art. 708 P CO). Elle est remplacée par une règle relative à la représentation de la société par une personne domiciliée en Suisse (art. 898 P CO).

Art. 898 Gestion et représentation

La version française de l'*al. 1* est légèrement modifiée sur le plan rédactionnel afin de correspondre à l'actuelle version allemande. Le nouvel *al. 2* supplée à l'abrogation de l'art. 895 CO. Il est identique aux dispositions correspondantes en droit de la Sàrl et en droit de la société anonyme. Nous renvoyons au commentaire de l'art. 814, al. 3, P CO (cf. également l'art. 718, al. 3, P CO).

Art. 899a (nouveau) Contrats entre la société et son représentant

Cette disposition est identique à l'art. 718b P CO; nous renvoyons donc au commentaire de cette disposition.

Art. 900 et 901, titres marginaux

Seule la numérotation des titres marginaux de ces dispositions est modifiée.

Art. 910a (nouveau) Carences dans l'organisation de la société

En vertu de cette disposition, l'art. 731b P CO s'applique par analogie aussi à la société coopérative; nous renvoyons donc au commentaire de cette disposition.

2.2.6 Droit du registre du commerce

Art. 929, al. 1 Ordonnances du Conseil fédéral

Le droit actuel règle, au niveau de la loi, la réquisition d'inscription dans le registre du commerce, les pièces justificatives à produire et le contenu de l'inscription. La loi dresse donc des listes en la matière, qui se répètent dans les diverses formes juridiques (cf. art. 554, 596, 640 s., 780 s., 835 s. CO). En revanche, le contenu de l'inscription des associations et des fondations ainsi que les pièces justificatives y relatives sont régis par l'ordonnance sur le registre du commerce (cf. art. 61 et 81, al. 2, CC; art. 97 ss et 101 ss ORC).

Ces éléments revêtent une importance limitée quant au droit de fond et sur le plan politique; la marge de manœuvre est en effet objectivement très étroite, même pour la détermination du contenu du registre. Il s'avère donc indiqué de déléguer ces questions au Conseil fédéral. Un renvoi au niveau de l'ordonnance permet d'affranchir la loi de listes plutôt techniques et de réunir dans l'ordonnance sur le registre du commerce toutes les règles de détail régissant l'inscription, sans qu'il faille reprendre les dispositions légales dans cette dernière, comme c'est aujourd'hui le cas (cf. par exemple art. 836 CO et art. 93 ORC).

La norme de délégation actuelle (art. 929, al. 1, CO) est très large et autorise le Conseil fédéral à édicter, entre autres, des prescriptions relatives à l'organisation et à la tenue du registre du commerce ainsi qu'à la procédure. Se fondant sur cette délégation, le Conseil fédéral a prévu aujourd'hui déjà dans l'ordonnance sur le registre du commerce les dispositions nécessaires en matière de réquisition d'inscription, de pièces justificatives et de contenu de l'inscription, pour autant que la loi soit lacunaire à cet égard pour certaines formes juridiques. Comme ces questions sont aujourd'hui réglées – à tout le moins en partie – au niveau de la loi pour les formes juridiques du code des obligations, il est préférable de compléter la norme de délégation.

gation en conséquence. Il ne s'agit toutefois que d'une clarification. Les modifications proposées ne doivent en aucune manière restreindre la norme de délégation étendue prévue par le droit en vigueur.

Art. 931a (nouveau) Réquisition d'inscription

Le projet de révision règle dans une seule disposition la signature d'une réquisition d'inscription dans le registre du commerce pour toutes les personnes morales. Les dispositions parfois disparates régissant les différentes formes juridiques peuvent donc être abrogées (art. 640, al. 2, art. 642, al. 2, art. 647, al. 2, art. 780, al. 2, art. 782, al. 2, art. 835, al. 3, art. 837, al. 2, CO).

L'al. 1 pose le principe selon lequel la réquisition d'inscription incombe à l'organe supérieur de gestion ou d'administration. Cette notion est reprise du projet de loi sur la fusion; il s'agit du conseil d'administration d'une société anonyme, des gérants d'une Sàrl, des administrateurs d'une société coopérative et d'une société en commandite par actions, du comité d'une association et, pour la fondation, du conseil de fondation⁸⁵. Les règles particulières concernant l'inscription dans le registre du commerce applicables aux corporations et aux établissements de droit public sont réservées.

Selon l'al. 2, la réquisition doit être signée par deux membres de l'organe supérieur de gestion ou d'administration ou par un membre autorisé à représenter la personne morale par sa signature individuelle. Comme le fait déjà la réglementation actuelle, l'al. 2 prévoit en outre que la réquisition d'inscription doit être signée à l'office du registre du commerce ou lui être remise par écrit et revêtue des signatures dûment légalisées.

Art. 932 et 933, titres marginaux

Seule la numérotation des titres marginaux de ces dispositions est modifiée.

Art. 934 Inscription dans le registre du commerce; droit et obligation

Le titre marginal et le libellé de cette disposition ont subi une modification purement rédactionnelle afin que l'utilisation de la notion de «raison de commerce» ne prête plus à confusion (sur la notion de raison de commerce au sens strict, cf. art. 944 ss CO).

Art. 937, titre marginal

Seule la numérotation du titre marginal de cette disposition est modifiée.

Art. 938 Devoir de requérir la radiation

Cette disposition a subi une modification purement rédactionnelle afin que l'utilisation de la notion de «raison de commerce» ne prête plus à confusion.

⁸⁵ FF 2000 4061 et 4122.

Art. 938a (nouveau) Radiation d'office

En pratique, il arrive que des sociétés qui n'exercent plus d'activités et qui ont été liquidées de fait ne soient pas radiées du registre du commerce. L'art. 89 ORC prévoit depuis longtemps à cet effet la possibilité de radier une société d'office. Cette disposition a en principe fait ses preuves; vu sa portée matérielle, elle doit néanmoins figurer au niveau de la loi. Elle n'est pas intégrée à la réglementation relative aux carences dans l'organisation de la société (cf. art. 731b P CO), car, le plus souvent, il n'est pas indispensable de recourir à la voie judiciaire.

Une radiation d'office présuppose toujours, de manière cumulative, que la société n'exerce plus d'activités, qu'elle n'ait – selon ce qui ressort des circonstances – plus d'actifs réalisables et qu'une triple sommation publique soit demeurée sans résultat (*al. 1*). Lorsqu'un associé ou un actionnaire, ou encore un créancier, fera valoir un intérêt au maintien de l'inscription, il appartiendra désormais au juge civil de trancher, et non plus à l'autorité de surveillance en matière de registre du commerce (*al. 2*).

En complément à cette nouvelle base légale, le Conseil fédéral est chargé de régler les modalités de la radiation d'office (*al. 3*). Il peut notamment mettre les frais de la procédure à la charge de la personne qui a violé son devoir de requérir la radiation selon l'art. 938 CO (et ce quand bien même elle aurait cessé l'exercice de sa fonction d'organe de la société dans l'intervalle).

Art. 938b (nouveau) Radiation des organes et des pouvoirs de représentation

Le projet de révision régira désormais de manière uniforme la radiation des personnes inscrites en tant qu'organe ainsi que celle des pouvoirs de représentation. La nouvelle réglementation remplace les dispositions disparates régissant les différentes formes juridiques. En principe, il appartient en premier lieu à la société de requérir sans délai la radiation du registre du commerce des personnes inscrites en tant qu'organe lorsqu'elles cessent l'exercice de leur fonction (*al. 1*). Le mandat d'un organe prend impérativement fin dans tous les cas par une démission valable; en conséquence, aussi bien la personne qui démissionne que les tiers ont un intérêt à ce que l'inscription dans le registre du commerce soit modifiée sans délai; les inscriptions qui ne sont plus conformes à la réalité peuvent en effet induire en erreur. De ce fait, les personnes qui ont cessé l'exercice de leurs fonctions doivent pouvoir provoquer elles-mêmes leur radiation (*al. 2*). Aucun motif convaincant n'autorise à ne leur conférer ce droit que si la réquisition d'inscription de la société n'intervient pas dans les 30 jours, comme le prévoit le droit en vigueur (cf. art. 711, al. 2, CO; art. 25a ORC); en cas de problème, une radiation la plus rapide possible peut bien au contraire être véritablement essentielle, également dans l'intérêt des tiers. Il faut toutefois communiquer sans délai la radiation à la société concernée.

La réglementation concernant la radiation de personnes qui cessent d'exercer leur fonction en tant qu'organe peut également s'appliquer à la radiation des pouvoirs de représentation inscrits dans le registre du commerce (*al. 3*). A cet égard, elle ne s'applique pas exclusivement aux personnes morales, mais également aux titulaires du droit de signature et aux fondés de procuration des entreprises individuelles et des sociétés de personnes.

Art. 939 et 940, titres marginaux

Seule la numérotation des titres marginaux de ces dispositions est modifiée.

Art. 941a (nouveau) Requête au juge en cas de carences dans l'organisation d'une société

Le projet prévoit une nouvelle réglementation de la procédure en cas de carences dans l'organisation de sociétés (art. 731*b*, art. 818, art. 910*a* P CO, art. 69*a* P CC; à ce sujet, nous renvoyons notamment au commentaire de l'art. 731*b* P CO). La présente disposition se réfère à cette réglementation; elle enjoint au préposé au registre du commerce d'aviser le juge et de requérir de celui-ci qu'il prenne les mesures nécessaires, lorsqu'une société présente des carences dans son organisation impérativement prescrite par la loi. Le devoir d'agir du préposé se limite à dénoncer au juge la violation de règles impératives qui ressort de l'inscription dans le registre du commerce ou des pièces justificatives. Il faut notamment mentionner la violation de l'obligation de désigner un organe de révision et le non-respect des exigences relatives au domicile. Les autorités du registre du commerce ne sont par contre pas tenues d'assurer la mise en œuvre de prescriptions purement statutaires. Il appartient à l'autorité de surveillance de garantir une organisation des fondations conforme au droit (cf. art. 83 P CC); si besoin est, le préposé au registre du commerce doit informer l'autorité de surveillance des carences dans l'organisation d'une fondation.

Art. 942, titre marginal

Seule la numérotation du titre marginal de cette disposition est modifiée.

2.2.7 Droit des raisons de commerce

Art. 945, titre marginal

Entreprises individuelles

Il s'agit de remplacer dans, le titre marginal, la notion de «raison de commerce» par celle «d'entreprise individuelle» afin que l'utilisation de la notion de «raison de commerce» ne prête plus à confusion.

Art. 946, titre marginal

Cette modification ne concerne que le texte italien.

Art. 949 Société à responsabilité limitée

Cette disposition est abrogée. Selon le projet, la formation de la raison de commerce d'une Sarl est en effet régie de manière identique à celle d'une société anonyme ou d'une société coopérative. L'art. 950 P CO règle le cas.

Le droit en vigueur régit la formation de la raison de commerce de la Sàrl de manière différente de celle de la société anonyme ou de la société coopérative. Alors que ces dernières ne doivent indiquer la forme juridique que si la raison de commerce contient un nom de personnes, la raison de commerce de la Sàrl doit comprendre, dans tous les cas, la désignation de «société à responsabilité limitée» (cf. art. 949 s. CO). Comme une réglementation divergente ne semble pas plausible, il convient d'adopter une réglementation uniforme dans le cadre de la révision du droit de la Sàrl.

Comme auparavant, les sociétés anonymes, les Sàrl et les sociétés coopératives peuvent former librement leur raison de commerce moyennant le respect des principes généraux relatifs à la formation des raisons de commerce. Comme le droit des raisons de commerce n'est codifié que dans une mesure limitée, il convient de préciser ici que les principes généraux incluent, outre les dispositions du code des obligations et de l'ordonnance sur le registre du commerce, les critères développés dans la jurisprudence du Tribunal fédéral et par la pratique des autorités du registre du commerce⁸⁶.

Une raison de commerce doit être identifiable en tant que telle; cette exigence relative à la formation des raisons de commerce va de soi et n'est donc pas mentionnée dans la loi: la raison de commerce sert à identifier et à individualiser un sujet de droit; elle ne peut toutefois assurer cette fonction de symbole de manière satisfaisante que si elle est immédiatement reconnaissable en tant que raison de commerce dans les relations juridiques. Les expressions qui, dans le langage courant, ne sont pas perçues sans équivoque en tant que raison de commerce (p. ex. une simple combinaison de lettre, comme «WBR») ne peuvent pas être utilisées comme telles, car la fonction de symbole spécifique à une raison de commerce fait défaut; elles ne constituent donc pas des raisons de commerce au sens juridique. En 1998, l'Office fédéral du registre du commerce a libéralisé l'ancienne pratique restrictive en droit des raisons de commerce. A cet égard, il est apparu que l'indication de la forme juridique était une condition requise en vue d'une pratique libérale du droit des raisons de commerce, car cette adjonction garantit qu'un signe est identifiable en tant que raison de commerce (p. ex. «WBR SA»). L'indication de la forme juridique dans la raison de commerce correspond en outre à un besoin d'information réel dans les relations juridiques et, pour ce motif, également au développement du droit sur le plan international⁸⁷.

Fondé sur ces réflexions, le projet prévoit que la société anonyme et la société coopérative sont tenues – de la même manière que la Sàrl l'est aujourd'hui de façon générale – d'indiquer la forme juridique dans leur raison de commerce. A y regarder

⁸⁶ En 1998, l'Office fédéral du registre du commerce a libéralisé les règles relatives à la formation des raisons de commerce qui avaient été développées depuis longtemps dans la jurisprudence et par la pratique; il les a réunies dans le Guide à l'attention des autorités du registre du commerce concernant l'examen des raisons de commerce et des noms (Possibilité de le commander à l'OFCL, Diffusion publications, 3003 Berne, n° art: 401.020 f).

⁸⁷ L'art. 4 de la 1^{re} directive (68/151/CEE; JO n° L 065, du 14.3.1968, p. 8 ss) exige l'indication de la forme juridique dans les relations juridiques. La façon la plus simple de mettre en œuvre cette exigence en droit national est de la prévoir dans les prescriptions relatives à la formation des raisons de commerce.

de près, il n'en résulte pas d'inconvénients vraiment significatifs: il demeure possible d'utiliser des logos et d'autres graphismes qui ne mentionnent pas la forme juridique. L'indication obligatoire de la forme juridique reste par avance limitée au cadre fixé par l'obligation d'utiliser la raison de commerce (cf. art. 954a P CO). Il suffit donc que, dans les relations d'affaires formelles, la raison de commerce soit utilisée avec l'adjonction de la forme juridique à un endroit quelconque sur le papier à lettres. Il est possible d'y procéder par exemple en relation avec la signature ou en pied de page; il n'est donc pas nécessaire de changer le papier à lettres (pour le droit transitoire, cf. le commentaire de l'art. 2, al. 4, disp. trans.).

Art. 951 Droit exclusif à la raison de commerce inscrite

En pratique, on ne sait souvent pas que le droit en vigueur régit le droit exclusif à la raison de commerce inscrite d'une Sàrl d'une manière différente que pour la société anonyme: si la raison de commerce de la Sàrl renferme un ou plusieurs noms de personnes, l'exclusivité de la raison inscrite reste limitée à la localité où se trouve le siège de la société (art. 951, al. 1, en relation avec l'art. 946, al. 1, CO). Il peut toutefois en résulter un risque de confusion avec la raison de commerce d'autres Sàrl. Il est donc indiqué d'harmoniser les prescriptions relatives à la Sàrl avec celles qui s'appliquent à la société anonyme. Indépendamment de sa composition, la raison de commerce de la Sàrl sera à l'avenir au bénéfice d'un droit exclusif identique à celui dont profitent les raisons de commerce des sociétés anonymes et des sociétés coopératives, soit sur l'ensemble du territoire suisse.

La révision de cette disposition doit également clarifier le rapport entre le caractère exclusif des raisons de commerce d'entreprises qui revêtent des formes juridiques différentes. Cela s'impose car, selon la jurisprudence, l'adjonction indiquant la forme juridique n'est pas de nature à distinguer suffisamment une nouvelle raison de commerce d'une raison déjà inscrite⁸⁸. Le projet définit deux catégories de formes juridiques, qui bénéficient d'une protection territoriale différente; le droit à l'exclusivité ne doit néanmoins être respecté qu'au sein de la même catégorie⁸⁹: les raisons de commerce des entreprises individuelles, des sociétés de personnes et des sociétés en commandite par actions doivent se distinguer nettement des raisons de commerce des entreprises déjà inscrites dans la même localité et qui revêtent l'une des formes juridiques mentionnées (art. 951, al. 1, P CO en relation avec l'art. 946, al. 1, CO). Les raisons de commerce de la société anonyme, de la Sàrl et de la société coopérative doivent se distinguer de toute autre raison d'une société revêtant l'une de ces formes déjà inscrite en Suisse (art. 951, al. 2, P CO). Si une société «Dupont SA» est déjà inscrite dans le registre du commerce, il n'est donc pas possible d'inscrire une «Dupont Sàrl». En revanche, rien ne s'oppose en principe à l'inscription de «Jacques Dupont Sàrl» lorsqu'une entreprise individuelle est déjà inscrite sous la raison de commerce «Jacques Dupont» (quand bien même les deux entreprises se situent dans la même localité); les prétentions des entreprises qui possèdent une raison de commerce similaire fondées sur le droit de la concurrence ou le droit des raisons de commerce sont réservées.

⁸⁸ Cf. l'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 11.9.1998, non publié au Recueil officiel mais dans REPRAX 2/99, p. 59 ss, en particulier p. 65.

⁸⁹ En droit actuel, le rapport entre les al. 1 et 2 de l'art. 951 CO n'est pas clair.

Art. 954a (nouveau) Obligation d'utiliser la raison de commerce

L'art. 326^{ter} CP réprime l'utilisation de raisons de commerce dont la dénomination n'est pas conforme à l'inscription dans le registre du commerce et est de nature à induire en erreur. En droit civil, le code des obligations ne prescrit toutefois pas expressément une obligation d'utiliser la raison de commerce, car on a considéré, à l'origine, que cela allait de soi. Aujourd'hui, en droit des raisons de commerce – une matière ancienne qui n'a par ailleurs pas été entièrement codifiée –, l'obligation d'utiliser la raison de commerce revêt un caractère coutumier. Eu égard à la norme pénale, cette obligation a été intégrée il y a quelques années seulement dans l'ordonnance sur le registre du commerce (cf. art. 47 ORC). Il paraît toutefois indiqué de définir clairement le contenu de l'obligation d'utiliser la raison de commerce au niveau de la loi.

Selon l'*al. 1* de la présente disposition, la raison de commerce qui est inscrite dans le registre du commerce doit figurer de manière complète et inchangée dans la correspondance, les bulletins de commande, les factures et les communications de la société. La forme de la correspondance n'exerce aucune influence quant au respect de l'obligation d'utiliser la raison de commerce; la raison de commerce inscrite doit apparaître d'une manière conforme à la réglementation légale, dans Internet en particulier.

En pratique, l'obligation d'utiliser la raison de commerce n'engendre presque aucune restriction lorsque les affaires sont gérées de manière sérieuse: à l'*al. 2*, le projet précise en effet que l'utilisation complémentaire d'abréviations, de logos, de noms commerciaux, d'enseignes ou d'indications analogues restera bien entendu admissible à l'avenir, à la seule condition que la raison de commerce qui est inscrite dans le registre du commerce figure également dans les documents mentionnés à l'*al. 1*.

Art. 955 et 956, titres marginaux

Seule la numérotation des titres marginaux de ces dispositions est modifiée.

2.3 Modification du droit en vigueur

2.3.1 Code civil⁹⁰

Art. 56 Siège d'une personne morale

Dans sa version actuelle, cette disposition recourt à la notion de «domicile» d'une personne morale. Le projet propose d'utiliser désormais la mention usuelle de «siège».

Art. 69a (nouveau) Carences dans l'organisation de l'association

Dans le cadre de la révision du droit de la tutelle, les mesures tutélaires seront limitées aux personnes physiques. Il convient donc de remplacer la désignation d'un curateur pour une personne morale selon l'art. 393, ch. 4, CC. L'*art. 69a P CC* s'inspire de la solution introduite dans le code des obligations à l'art. 731b P CO, mais il tient compte des particularités de l'association (pour les considérations

⁹⁰ RS 210.

générales relatives à la réglementation de la procédure en cas de carences dans l'organisation de la société, nous renvoyons au commentaire de l'art. 731*b* P CO).

La loi offre une grande liberté dans l'organisation des associations. Eu égard à la protection des tiers et compte tenu des intérêts publics, la mise en œuvre des exigences légales ne revêt en outre pas la même importance pour une association que pour les corporations du code des obligations qui exercent une activité économique. Si une association locale ne désigne pas de comité pendant plusieurs années, cela peut ne poser aucun problème. De plus, les associations ne sont pas nécessairement contraintes à l'inscription dans le registre du commerce (cf. art. 61 CC). A la différence de la réglementation prévue pour les personnes morales du code des obligations, le projet renonce donc à mettre en œuvre les prescriptions légales relatives à l'organisation par l'intermédiaire du préposé au registre du commerce. En cas de carences dans l'organisation, l'*al. 1* octroie toutefois à chaque membre et à chaque créancier le droit de requérir du tribunal qu'il prenne les mesures nécessaires.

Selon l'*al. 2*, le tribunal peut notamment fixer un délai à l'association pour rétablir la situation légale ou nommer un commissaire. Il est également possible de prendre d'autres mesures adéquates, notamment celles qui sont prévues à l'art. 731*b* P CO. Selon l'*al. 3*, l'association supporte toujours les frais de ces mesures; si nécessaire, l'association peut être contrainte à verser une provision.

Afin de protéger les personnes concernées, l'*al. 4* prévoit que l'association peut demander au tribunal la révocation de personnes qu'il a nommées, pour autant qu'il existe de justes motifs.

Art. 83, *al. 2 et 3 et al. 4 et 5 (nouveaux)* Organisation d'une fondation

La faculté de désigner un curateur à une personne morale est appelée à disparaître (art. 393, ch. 4, CC); il convient donc de compléter les règles actuelles qui régissent l'organisation de la fondation, sur le modèle de l'art. 731*b* P CO (nous renvoyons au commentaire de cette disposition; cf. également l'art. 69*a* P CC pour l'association). Il s'agit cependant de tenir compte des particularités de la fondation. A la différence des autres personnes morales, la fondation est soumise à la surveillance d'une autorité. Selon le droit en vigueur, celle-ci doit déjà pourvoir à une organisation adéquate de la fondation lorsque les indications qui figurent dans l'acte de fondation ne sont pas suffisantes (cf. art. 83, *al. 2*, CC). Afin d'éviter que des compétences ne se recourent, il convient d'attribuer également à l'autorité de surveillance le pouvoir de prendre les mesures nécessaires lorsque des carences dans l'organisation se présentent ultérieurement; pour les corporations du code des obligations et pour les associations, cette compétence revient au tribunal.

Le projet de révision prévoit donc de compléter l'*al. 2*: lorsque l'organisation prévue par l'acte de fondation n'est pas suffisante, que la fondation ne possède pas l'un des organes prescrits ou qu'un organe n'est pas composé conformément aux prescriptions, l'autorité de surveillance doit prendre les mesures nécessaires. L'autorité de surveillance agit d'office; à la différence des prescriptions relatives aux autres personnes morales, il n'est donc pas nécessaire de régler le droit de requérir ces mesures. Si les autorités du registre du commerce prennent connaissance d'une carence dans l'organisation d'une fondation, elles informent l'autorité de surveillance compétente au moyen d'une dénonciation.

L'autorité de surveillance peut notamment fixer un délai à la fondation pour rétablir la situation légale, nommer l'organe qui fait défaut ou un commissaire. D'autres

mesures appropriées sont également envisageables. Selon l'*al.* 4, la fondation supporte les frais de ces mesures; si nécessaire, elle peut être contrainte à verser une provision..

L'*al.* 3 n'a subi qu'une légère modification rédactionnelle.

Selon l'*al.* 5, la fondation peut, pour un juste motif, demander à l'autorité de surveillance la révocation d'une des personnes qu'elle a nommées.

Lors des délibérations parlementaires, il conviendra d'examiner si la proposition de modification de l'art. 83 CC doit être intégrée dans le projet de révision du droit des fondations dans le cadre de l'initiative parlementaire du député au Conseil des Etats Fritz Schiesser⁹¹.

Art. 393, ch. 4 Désignation d'un curateur

L'avant-projet de révision du droit de la tutelle propose de concentrer les mesures tutélaires sur les personnes physiques. A la place de la désignation d'un curateur, les personnes morales peuvent se voir nommer un commissaire. L'art. 393, ch. 4, CC est remplacé par une réglementation détaillée en cas de carences dans l'organisation des personnes morales (cf. art. 731b P CO; art. 69a et 83 P CC); il doit donc être abrogé. Nous renvoyons pour le surplus au commentaire de l'art. 731b P CO en ce qui concerne la nouvelle réglementation.

Art. 905 Représentation d'actions et de parts sociales d'une société à responsabilité limitée données en gage

La réglementation actuelle (art. 905 CC) ne régit que la représentation d'actions données en gage. Il convient toutefois de prévoir la même réglementation pour les parts sociales d'une Sàrl: les parts sociales d'une Sàrl données en gage sont représentées dans l'assemblée des associés par l'associé lui-même et non par le créancier gagiste; la constitution d'un droit de gage ne donne en effet pas au créancier gagiste d'autre droit que celui de se payer sur le prix provenant de la réalisation du gage (cf. art. 891, al. 1, en relation avec l'art. 899, al. 2, CC).

2.3.2 Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite⁹²

Art. 39, al. 1, ch. 5

Selon cette disposition, les associés gérants d'une Sàrl sont personnellement soumis à la poursuite par voie de faillite⁹³. Tel n'est par contre pas le cas pour les membres du conseil d'administration d'une société anonyme ou ceux d'une société coopérative. Il n'existe toutefois pas de motif valable qui justifie une réglementation particulière de la poursuite des associés gérants d'une Sàrl. La motion du député au Conseil des Etats Toni Dettling requiert donc à juste titre la suppression de cette règle

⁹¹ Iv.pa. Schiesser 00.461 du 14.12.2000 «Révision de la législation régissant les fondations».

⁹² RS 281.1.

⁹³ Les poursuites contre les gérants qui ne sont pas sociétaires et contre les associés qui ne sont pas gérants s'opèrent par voie de saisie.

particulière⁹⁴. Le projet prévoit donc en la matière une modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. Il va de soi que la Sàrl en tant que telle demeure soumise à la poursuite par voie de faillite, comme les autres personnes morales (art. 39, al. 1, ch. 9, LP)

2.3.3 Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine⁹⁵

Art. 18, al. 1, let. c, et art. 64, al. 1, let. c

Les dispositions de la future loi sur la fusion concernant les exigences relatives à la prise des décisions par l'assemblée des associés doivent être adaptées aux nouvelles règles de majorité prévues dans le cadre du projet de révision du droit de la Sàrl (cf. art. 808b, al. 1, ch. 10, et art. 704, al. 1, ch. 8, P CO).

2.3.4 Loi fédérale sur les droits de timbre

Art. 1, al. 1, let. a, ch. 2, et let. b, ch. 3

Art. 5, al. 1, let. a, par. 2, et al. 2, let. b

Art. 7, al. 1, let. a

Art. 13, al. 2, let. a, ch. 2

Art. 14, al. 1, let. a et b

Ne concernent que les textes allemand et italien.

2.3.5 Loi fédérale sur l'impôt anticipé

Art. 4, al. 1, let. b

Ne concerne que le texte allemand

Art. 4a, al. 1 et 2

Cette disposition est complétée par la mention de l'art. 783 P CO, relatif à l'acquisition par la Sàrl de parts sociales propres.

⁹⁴ Motion 97.3668 «LP; associé gérant d'une Sàrl».

⁹⁵ FF 2000 p. 3995 ss, 4184 ss.

2.4

Dispositions transitoires

Art. 1 Règle générale

L'*al.* 1 renvoie au titre final du code civil, dans la mesure où les dispositions transitoires du projet n'en disposent pas autrement. Selon l'art. 1 tit. fin. CC., les effets juridiques de faits antérieurs à l'entrée en vigueur du nouveau droit continuent à être régis par les dispositions sous l'empire de l'ancien droit. Selon l'opinion généralement admise, ce principe de la non-rétroactivité pour les états de faits achevés ne s'applique toutefois pas aux états de faits durables (i.e. aux états de faits qui perdurent sous l'empire du nouveau droit). En droit des sociétés, ces derniers ont une grande importance: en effet, l'organisation de la société ainsi que la situation juridique des sociétaires sont des états de faits durables; ils sont donc en principe régis par la loi nouvelle dès son entrée en vigueur. En conséquence, l'*al.* 2 stipule que les dispositions de la nouvelle loi s'appliquent dès son entrée en vigueur aux sociétés existantes (cf. également art. 3 tit. fin. CC).

Art. 2 Délai d'adaptation

Une application immédiate du nouveau droit, comme le prévoit l'art. 1, al. 2, disp. trans., n'est cependant appropriée que dans la mesure où les dispositions actuelles sont remplacées par de nouvelles dispositions impératives. Pour autant que la configuration juridique concrète des sociétés ressorte des statuts, il faut leur accorder un délai adéquat pour leur permettre d'adapter leur «loi fondamentale» à la nouvelle réglementation.

L'*al.* 1 octroie aux sociétés qui, à l'entrée en vigueur de la présente loi, sont inscrites dans le registre du commerce un délai de deux ans pour adapter leurs statuts et leurs règlements. La révision du droit de la société anonyme de 1991 avait prévu un délai de cinq ans. En pratique, ce délai s'est avéré beaucoup trop long; sa longueur a conduit les sociétés à oublier de procéder aux adaptations nécessaires; il a donc fait, à juste titre, l'objet de critiques dans la doctrine. A la différence de la révision du droit de la société anonyme, le présent projet de révision du droit de la Srl renonce à adapter le montant minimal du capital social. Par ailleurs, le besoin d'adaptation à la nouvelle réglementation devrait être plutôt réduit, car bon nombre de dispositions légales revêtent un caractère dispositif. En conséquence, un délai d'adaptation de deux ans paraît adéquat.

Selon l'*al.* 2, les dispositions statutaires et réglementaires qui ne sont pas conformes à la réglementation révisée restent en vigueur jusqu'à l'expiration du délai d'adaptation. Si elles ne sont pas conformées au nouveau droit dans les délais, elles perdent leur validité sans être remplacées, pour autant qu'une réglementation légale dispositive ne supplée pas à leur abrogation.

Un besoin d'adapter les statuts peut également se faire sentir lorsqu'une société souhaite exclure le nouveau régime dispositif de la voix prépondérante lors de l'assemblée des associés. Si elle n'a pas déjà réglé la question de la voix prépondérante dans les statuts existants, elle devra désormais adopter une réglementation en la matière. L'*al.* 3 prévoit donc que la nouvelle disposition régissant la voix prépondérante (art. 808a P CO) ne s'applique aux sociétés qui, à l'entrée en vigueur de la présente loi, sont inscrites dans le registre du commerce qu'à l'expiration du délai général dont elles disposent pour adapter leurs statuts. Les sociétés concernées sont ainsi libres d'exclure consciemment la voix prépondérante dans les deux ans, pour

éviter de modifier les rapports de force existants. Il en va de même en ce qui concerne la réglementation de la voix prépondérante du président des gérants (cf. art. 809, al. 4, 2^e phrase, P CO).

L'*al.* 4 renferme une règle transitoire particulière, relative à l'art. 950 P CO, qui prévoit l'obligation d'indiquer la forme juridique dans la raison de commerce. Il octroie aux sociétés anonymes et aux sociétés coopératives dont la raison de commerce ne mentionne pas cette indication un délai de deux ans pour la compléter. Il convient néanmoins d'aménager la mesure de contrainte juridique liée à cette adaptation de façon prudente⁹⁶: si une société ne procède pas à l'adaptation, l'office du registre du commerce complète d'office la raison de commerce. Dans ce cas, les statuts doivent absolument être adaptés à la nouvelle raison de commerce lors de la révision statutaire suivante. Sitôt après que l'office du registre du commerce a procédé à la modification, la raison de commerce déterminante au regard de l'art. 954a P CO (obligation d'utiliser la raison de commerce) est toutefois la nouvelle raison de commerce inscrite dans le registre du commerce.

Art. 3 Libération des apports

Le projet prévoit que les associés doivent libérer un apport correspondant au prix d'émission de leurs parts sociales (libération totale; art. 777c, al. 1, P CO; cf. à ce sujet ch. 1.3.4). Selon le droit en vigueur, il est en revanche admissible de ne libérer que la moitié du capital social. Eu égard à la sécurité des transactions avec les Sàrl, il est indispensable d'astreindre les sociétés dont le capital social n'est pas entièrement versé à procéder à la libération de la partie non encore libérée de ce dernier, car la libération intégrale représente la prémisse de plusieurs nouveautés du projet de révision (en particulier la suppression de la responsabilité solidaire et subsidiaire; cf. ch. 1.3.7). L'*al.* 1 exige donc que les apports soient entièrement libérés à concurrence du prix d'émission de l'ensemble des parts sociales dans les deux ans. Cette adaptation ne touche en réalité qu'une minorité restreinte de sociétés. Comme le montant minimal du capital social demeure fixé à 20 000 francs, la libération à effectuer ne porte que sur 10 000 francs dans les sociétés qui sont dotées du capital minimal; il s'agit par ailleurs de toute façon de l'exécution d'une obligation existante. L'apport au capital social qui doit encore être effectué peut s'opérer aussi bien par un versement subséquent en espèces que par un apport en nature ou par la conversion de réserves en capital social.

La réglementation transitoire relative à la révision du droit de la société anonyme de 1991 prévoyait la dissolution par le tribunal des sociétés qui omettraient d'adapter le montant minimal des apports aux nouvelles dispositions (cf. art. 2, al. 2, disp. fin. CO 1991). Le projet de révision renonce à une mesure aussi draconienne: l'*al.* 2 se limite à maintenir la responsabilité solidaire et subsidiaire des associés selon l'art. 802 CO jusqu'à libération intégrale des apports. Il est donc dans l'intérêt des associés de procéder rapidement à la libération du capital social afin de s'affranchir de cette responsabilité. Ils ne sont libérés qu'une fois que l'ensemble des parts sociales sont entièrement libérées.

Lorsque des parts sociales d'une Sàrl dont les apports n'ont pas été entièrement libérés sont transférées, la responsabilité solidaire et subsidiaire passe aux acquéreurs

⁹⁶ La modification statutaire nécessaire requiert une intervention de l'assemblée générale et ne peut de ce fait être imposée de manière directe.

selon le droit en vigueur. Pour leur propre protection, il leur appartient d'examiner la libération des apports.

Art. 4 Bons de participation et bons de jouissance

En droit actuel, l'émission, par une Sàrl, de bons de participation n'est pas réglée au niveau de la loi, et la question n'a fait l'objet d'aucune décision judiciaire à ce jour. Dans quelques cas isolés seulement, un capital-participation est inscrit dans le registre du commerce; l'inscription a toutefois eu lieu sous l'angle du pouvoir d'examen limité des autorités du registre du commerce.

En pratique, l'émission de bons de participation vise deux objectifs principaux:

- elle permet à la Sàrl de se procurer des fonds propres sur le marché des capitaux sans que le contrôle sur la société ne soit modifié;
- dans le cadre de la transmission d'une entreprise, l'émission de bons de participation permet d'influer sur les rapports de majorité en n'octroyant pas le droit de vote à un groupe de sociétaires.

Comme en droit actuel, la Sàrl n'est pas une forme juridique conçue pour s'alimenter sur le marché des capitaux. Eu égard aux besoins des petites entreprises, il est ainsi possible de renoncer aux exigences structurelles que devrait impliquer le recours au marché public des capitaux (cf. à ce sujet en particulier le ch. 1.3.8). La Sàrl n'est donc pas adaptée pour récolter, sur le marché des capitaux, des fonds propres qui n'octroient pas le droit de vote.

Les participants prennent part au capital-risque de la société. Leur investissement ne porte pas d'intérêts fixes et n'est pas dénonçable. Comme ils n'ont pas le droit de vote, ils ne peuvent en outre pas exercer d'influence significative sur les activités de la société et la désignation des organes. Par conséquent, les participants sont dans une position très précaire et dépendent donc dans une large mesure des moyens de protection généraux du droit des sociétés. Afin de leur assurer une protection minimale, il faudrait en particulier instaurer une obligation générale de révision des comptes annuels et la possibilité d'un contrôle spécial. Le projet de révision souhaite toutefois précisément éviter une telle configuration de la Sàrl, afin d'offrir aux petites et moyennes entreprises une réglementation aussi simple et peu coûteuse que possible.

L'émission de bons de participation supposerait la reprise des mécanismes de protection du droit de la société anonyme. En pratique, le besoin est toutefois très limité; une réglementation qui autoriserait l'émission de bons de participation dans une Sàrl ne paraît donc pas adéquate. S'il s'agit d'établir une participation au capital-risque de la société sans accorder le droit de vote, il convient alors de choisir la forme idoine de la société anonyme (la future loi sur la fusion autorise une transformation par simple changement de la forme juridique⁹⁷). Pour ces motifs, le projet renonce donc à admettre l'émission de bons de participation dans la Sàrl (il s'agit d'un silence qualifié du législateur).

Il convient néanmoins d'adopter une réglementation transitoire pour les rares Sàrl qui possèdent un capital-participation. Comme la structure de la Sàrl n'est pas adaptée à l'existence de fonds propres qui ne confèrent pas le droit de vote, l'*al. 1* prévoit que, à l'expiration d'un délai de deux ans, les bons de participation sont en

⁹⁷ Art. 53 ss P-LFus; FF 2000 4098 ss, 4202 ss.

principe considérés comme des parts sociales. Le projet exige toutefois que les droits patrimoniaux correspondent à ceux que conféraient les bons de participation; les configurations autorisées par l'art. 806 P CO permettent de déterminer le droit de vote. La société peut éviter la transformation des bons de participation en parts sociales en procédant à la suppression des bons de participation par une réduction du capital avant l'expiration du délai de deux ans et en indemnisant les participants pour la suppression de leurs bons de participation à leur valeur réelle. Il est également possible de transformer la Sàrl en une société anonyme tout en maintenant le capital-participation. Il appartient à la société de choisir la solution qui paraît la plus adéquate en fonction des circonstances concrètes.

L'*al.* 2 vise à faciliter les adaptations nécessaires à la mise en œuvre de la règle de l'*al.* 1. Il prévoit que les décisions que l'assemblée des associés doit prendre peuvent revêtir la majorité absolue des voix représentées, malgré l'existence de dispositions statutaires prévoyant d'autres exigences de majorité. Cet allègement n'est pas applicable à la transformation de la Sàrl en une société anonyme, qui n'est pas mentionnée dans la loi.

L'*al.* 3 clarifie la distinction entre bons de participation et bons de jouissance: les parts d'une Sàrl qui ne figurent pas au passif du bilan sont régies par les dispositions relatives aux bons de jouissance (cf. art. 774a P CO), quelle que soit leur dénomination. Ces parts ne peuvent pas avoir de valeur nominale et doivent être qualifiées de bons de jouissance. Les titres éventuellement émis et les statuts doivent être adaptés dans les deux ans.

Art. 5 Parts sociales propres

Le droit actuel (art. 807 CO) ne fixe aucune restriction à l'acquisition, par la société, de parts sociales propres. Le projet de révision limite par contre une telle acquisition à 10 % du capital social; cette limite s'élève à 35 % dans certains cas particuliers (cf. art. 783 P CO). Lorsque la société détient plus de 10 % de son capital social, elle doit ramener cette part à 10 % en aliénant ses parts sociales propres ou en les détruisant par une réduction de capital dans les deux ans (art. 783, al. 2, P CO). Selon l'*art. 5 disp. trans.*, cette réglementation s'applique également aux parts sociales propres que la société a acquises avant l'entrée en vigueur du nouveau droit; le délai d'adaptation de deux ans court dès son entrée en vigueur.

Art. 6 Obligation d'effectuer des versements supplémentaires

La réglementation actuelle (art. 803 CO) ne limite pas l'obligation statutaire d'effectuer des versements supplémentaires dans la loi. Le projet de révision (art. 795, al. 2, P CO) restreint l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires au double de la valeur nominale de la part sociale à laquelle elle est rattachée.

Selon l'*al.* 1, les obligations statutaires d'effectuer des versements supplémentaires instaurées sous l'ancien droit qui dépassent la nouvelle limite légale restent valables et ne peuvent être réduites qu'en application de la procédure fixée à l'art. 795c P CO. Pour protéger les créanciers, il semble inévitable de maintenir l'étendue des obligations existantes. Les acquéreurs subséquents des parts sociales ne sont pas mis en danger, car ils doivent nécessairement s'informer au sujet d'éventuelles obligations d'effectuer des versements supplémentaires par une lecture soigneuse des statuts.

Aux termes de l'*al.* 2, les nouvelles dispositions relatives à l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires s'appliquent dès l'entrée en vigueur du nouveau droit à toutes les obligations instaurées sous l'empire de l'ancien droit, à l'exception de la nouvelle limite légale; il en va notamment ainsi de l'exigibilité des versements supplémentaires.

Le projet de révision renonce à prévoir une réglementation transitoire spécifique à l'obligation statutaire de fournir une prestation accessoire. Contrairement au droit actuel (art. 777, ch. 2, CO), le droit révisé restreint légèrement les possibilités de prévoir une obligation de fournir des prestations accessoires (cf. art. 796, al. 2, P CO ainsi que le commentaire relatif à cette disposition). Comme il s'agit toutefois d'une limitation objectivement justifiée à des obligations qui sont pertinentes pour la société, il semble indiqué de rendre caduques, à l'expiration du délai d'adaptation des statuts (cf. art. 2 disp. trans.), les obligations de fournir une prestation accessoire instaurées sous l'empire de l'ancien droit qui ne sont pas conformes au nouveau droit. Les rares sociétés qui seront touchées par cette mesure pourront remplacer les anciennes dispositions statutaires par des accords contractuels durant le délai d'adaptation.

Art. 7 Organe de révision

Le projet de révision introduit, à certaines conditions, l'obligation pour une Sàrl de désigner un organe de révision (art. 818 P CO). Pour les sociétés concernées, l'obligation de désigner un organe de révision s'applique dès le premier exercice qui débute au jour de l'entrée en vigueur de la réglementation révisée ou dès celui qui suit l'entrée en vigueur du nouveau droit.

Art. 8 Détermination du droit de vote

La réglementation actuelle stipule uniquement que les statuts peuvent déterminer le droit de vote différemment de la solution légale (art. 808, al. 4, CO). Le projet de révision donne quant à lui un contour plus clair aux dispositions statutaires relatives à la détermination du droit de vote. Les dérogations au parallélisme entre la participation au capital social et le poids des voix, typique des sociétés de capitaux, sont soumises à certaines limites (cf. art. 806, al. 1, P CO ainsi que le commentaire relatif à cette disposition).

Il serait très problématique de toucher aux rapports de force existants. Ainsi, selon l'*al.* 1, les sociétés qui, sous l'empire de l'ancien droit, ont déterminé le droit de vote en dérogation au régime légal ne sont pas tenues d'adapter les dispositions statutaires correspondantes aux exigences fixées à l'art. 806 P CO. Si les statuts déterminent le droit de vote indépendamment de la valeur nominale des parts sociales en conférant une voix à chaque part sociale, l'*al.* 2 prévoit que, dès l'entrée en vigueur du nouveau droit, il ne sera plus possible d'émettre de nouvelles parts sociales dont la valeur nominale est plus de dix fois supérieure à celle des parts sociales qui présentent la valeur nominale la plus basse ou moins de dix fois inférieure à celle des parts sociales qui présentent la valeur nominale la plus élevée. Cette disposition évite qu'une configuration statutaire incompatible avec la nouvelle réglementation ne soit encore renforcée après son entrée en vigueur (L'art. 5 des dispositions finales relatives à la révision du droit de la société anonyme de 1991 avait déjà prévu une solution identique).

Art. 9 Majorités qualifiées

Les Sàrl qui ont simplement repris dans leurs statuts les règles de majorités qualifiées prévues par l'ancienne réglementation (art. 784, al. 2 et 3, art. 791, al. 2, art. 822, al. 3, CO) sans les modifier peuvent, dans les deux ans, adapter ces dispositions statutaires aux règles de majorités prévues par le projet de révision en respectant la majorité absolue des voix représentées (L'art. 6 des dispositions finales relatives à la révision du droit de la société anonyme de 1991 prévoyait la même solution). Cette réglementation simplifie la reprise des nouvelles exigences minimales fixées pour la prise des décisions.

Art. 10 Suppression des actions et des parts sociales en cas d'assainissement

Lorsque le capital-actions est réduit à zéro et immédiatement augmenté à des fins d'assainissement et que les actions sont supprimées, la jurisprudence octroie aux anciens actionnaires un droit de vote minimal, quand bien même ils ne participent plus au capital-actions⁹⁸. Le projet prévoit par contre que le droit de vote disparaît avec la suppression des actions (nous renvoyons au commentaire de l'art. 732a P CO). En pratique, la jurisprudence mentionnée peut conduire à de sérieux problèmes; l'art. 10 stipule donc que les éventuels droits de vote des anciens actionnaires qui ne sont pas liés à une participation au capital-actions disparaissent avec l'entrée en vigueur du nouveau droit. Il doit en aller de même pour la Sàrl.

Art. 11 Droit exclusif aux raisons de commerce inscrites

En droit actuel, l'exclusivité dont bénéficient les raisons de commerce des Sàrl diffère selon qu'elles contiennent ou non un nom de personne (cf. art. 951 CO). Selon la réglementation en vigueur, plusieurs Sàrl peuvent posséder la même raison de commerce pour autant que celle-ci contienne un nom de personne et que le siège des sociétés concernées ne se trouve pas dans la même localité. Le projet prévoit en revanche que la raison de commerce de la Sàrl bénéficie dans tous les cas d'un droit exclusif qui s'étend à l'ensemble du territoire suisse. Il convient toutefois de ne pas modifier la situation juridique des raisons de commerce déjà inscrites dans le registre du commerce. Pour les raisons de commerce qui, à l'entrée en vigueur du nouveau droit, seront déjà inscrites dans le registre du commerce, l'exclusivité s'appréciera donc au regard de l'ancien droit.

2.5 Référendum et entrée en vigueur

Cette disposition précise que le présent projet de révision est sujet au référendum (*al. 1*). Elle délègue au Conseil fédéral la compétence de fixer la date de son entrée en vigueur (*al. 2*).

⁹⁸ ATF 121 III 420 ss, spéc. consid. 4c p. 429 ss.

3 Conséquences

3.1 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel

3.1.1 De la Confédération

Le projet de révision du droit de la Sàrl n'a pas de conséquences pour le personnel de la Confédération.

La réduction de la valeur nominale minimale des parts sociales de 1000 à 100 francs pourrait toutefois conduire à un remboursement du capital social qui n'est pas soumis à l'impôt. Il est cependant difficile d'estimer le manque à gagner lié à l'impôt fédéral direct et à l'impôt anticipé.

3.1.2 Des cantons

L'abaissement de la valeur nominale minimale des parts sociales peut également conduire à une baisse des recettes fiscales au niveau cantonal.

3.2 Conséquences dans le secteur informatique

A l'exception de la simple adaptation à la nouvelle réglementation des logiciels permettant la tenue du registre du commerce de manière informatisée, le présent projet n'a pas de conséquences dans le secteur informatique.

3.3 Conséquences économiques

3.3.1 Nécessité d'une intervention de l'Etat

Les dispositions du droit de la Sàrl, qui n'ont encore jamais été modifiées depuis leur adoption en 1936, présentent plusieurs carences et inconvénients (cf. ci-dessus ch. 1.1). Sous un angle économique, il faut notamment mentionner les points suivants:

- Bien qu'une grande partie des petites entreprises soient des sociétés unipersonnelles, la fondation d'une Sàrl par une seule personne n'est pas possible (cf. art. 775 CO); il faut donc recourir à des fondateurs qui agissent à titre fiduciaire.
- La loi limite le montant maximal du capital social à 2 millions de francs (art. 773 CO). Ce plafonnement restreint les possibilités de financer une société au moyen de fonds propres et peut avoir des effets négatifs sur le développement d'une entreprise ou rendre une transformation en une société anonyme nécessaire.
- L'exigence du consentement de l'ensemble des associés pour décider d'une augmentation du capital social (art. 784, al. 3 et 786 en relation avec l'art. 779, al. 1, CO) freine en outre la croissance d'une société (cf. également ci-dessus ch. 1.3.5).

- Chaque associé répond solidairement et subsidiairement de toutes les obligations de la société jusqu'à concurrence de l'entier du capital social, dans la mesure où le capital n'a pas été libéré, ne l'a pas été correctement ou a été réduit par des restitutions ou la perception indue de bénéfices ou d'intérêts (art. 802 CO; cf. ci-dessus ch. 1.3.7). Cette responsabilité peut largement dépasser la valeur nominale des parts sociales détenues par chaque associé. De ce fait, la Sàrl peut se révéler être une forme juridique peu fiable pour ses associés. Une modification du régime de responsabilité semble d'autant plus urgente qu'il n'est pas rare en pratique que les sociétaires croient bénéficier, en fondant une Sàrl, d'une limitation de leur responsabilité identique à celle que leur offre la société anonyme.
- La procédure de cession de parts sociales est extrêmement compliquée et coûteuse. Comme chaque associé ne peut posséder qu'une seule part sociale (art. 774, al. 2, CO), une nouvelle répartition des parts sociales ne peut le plus souvent intervenir que par le biais d'une modification des statuts (cf. art. 776, ch. 3, CO). En outre, la loi requiert l'approbation de l'assemblée des associés par une décision prise à la majorité qualifiée, l'instrumentation de la cession en la forme authentique ainsi que l'inscription des acquéreurs dans le registre du commerce (art. 781, al. 4, et 791, al. 2 et 4, CO).
- La faillite d'un associé peut conduire à la dissolution de la société (art. 793 CO).
- Le droit en vigueur présente plusieurs lacunes et imprécisions. A titre d'exemple, les compétences respectives des gérants d'une part et de l'assemblée des associés d'autre part ne sont pas définies de manière univoque (art. 810 CO). Le manque de clarté de la réglementation légale peut conduire à des problèmes pratiques et à une hausse des frais de conseils juridiques.

Vu la forte augmentation du nombre de Sàrl (plus de 50 000 sociétés aujourd'hui; cf. ch. 1.1), une révision rapide paraît urgente pour les motifs précités.

3.3.2 Test de compatibilité PME

Dans le cadre de la procédure de consultation, l'avant-projet de révision a fait l'objet d'un test de compatibilité par rapport aux petites et moyennes entreprises (PME). Six entreprises ont été consultées. Il s'agissait de cinq Sàrl d'importances économiques différentes et qui ont été fondées avant et après l'entrée en vigueur de la révision du droit de la société anonyme (1991) ainsi que d'une fiduciaire, constituée en société anonyme, mais qui révisé les comptes et conseille de nombreuses Sàrl.

Il est ressorti de cette enquête que les entreprises visitées étaient, d'une manière générale, satisfaites de la Sàrl et qu'elles saluaient les améliorations apportées par l'avant-projet de révision. Les entreprises consultées ont estimé que la Sàrl avait surtout sa place en tant que société de capitaux, forme juridique qui permet de limiter le risque personnel sans pour autant nécessiter une structure plus lourde et plus coûteuse, comme celle de la société anonyme. La Sàrl semble particulièrement appréciée parmi les jeunes entrepreneurs, qui ne disposent le plus souvent pas d'un

capital de départ élevé. Le caractère personnel de la Sàrl a été également particulièrement salué; il revêt même pour certains entrepreneurs un caractère indispensable.

Les entreprises consultées lors du test de compatibilité étaient vraiment partagées au sujet de la proposition de l'avant-projet visant à augmenter le montant minimal du capital social de 20 000 à 40 000 francs, alors qu'elles ont toutes salué la proposition de libérer le capital social dans son intégralité. En ce qui concerne l'obligation de vérification des comptes annuels par un organe de révision indépendant, sur les cinq Sàrl, trois avaient déjà une fiduciaire qui vérifiait leurs comptes et se sont déclarées favorables à la révision obligatoire. Une entreprise s'est opposée à cette obligation. Une société a fait remarquer que la qualité de la révision dépend des qualifications des réviseurs. La société fiduciaire consultée s'est opposée à l'obligation de vérification pour les toutes petites Sàrl, vu les coûts trop élevés qu'elle engendre et la transparence qu'offre la Sàrl. Le projet tient compte de cette objection.

3.3.3 Conséquences pour les différentes catégories d'acteurs de la vie économique et sociale

Sàrl existantes

Comme le projet maintient le montant minimal du capital social à 20 000 francs (cf. art. 773 P CO), il n'en résulte aucune obligation d'augmenter les fonds propres. En vertu de l'art. 3 disp. trans., les sociétés inscrites dans le registre du commerce à l'entrée en vigueur du nouveau droit doivent néanmoins libérer entièrement leur capital social dans les deux ans, pour autant que les apports n'aient pas encore été intégralement effectués. Pour une Sàrl qui ne dispose que de la dotation minimale en capital (art. 773 et 774, al. 2, P CO), un apport de 10 000 francs sera donc nécessaire; il faut toutefois souligner qu'il s'agit en réalité de l'exécution d'un engagement qui existait déjà avant la révision du droit de la Sàrl. Comme le capital social d'une très large majorité des sociétés est entièrement libéré, l'obligation d'adapter le degré de libération à la nouvelle réglementation ne concerne en réalité qu'une petite minorité de Sàrl. Il convient en outre de signaler que le projet est très modéré quant aux moyens juridiques choisis pour assurer la mise en œuvre de l'adaptation à la nouvelle réglementation: la responsabilité subsidiaire et solidaire des associés est tout simplement maintenue dans sa forme actuelle pour les apports au capital social qui ne sont pas libérés.

Il faut partir de l'idée qu'un nombre important de sociétés devra adapter ses statuts au nouveau droit (cf. art. 2 disp. trans.) ou le voudra au moins (dans de nombreux cas, une adaptation ne sera cependant pas obligatoire). Il en résultera des frais liés à la consultation juridique de rigueur, à l'instrumentation en la forme authentique de la décision modifiant les statuts ainsi qu'à l'inscription dans le registre du commerce (cf. art. 780 P CO). Les coûts, qui ne peuvent être déterminés de manière générale, dépendent largement des honoraires requis dans les cantons par les notaires et les avocats.

Lorsque certains critères sont remplis (cf. art. 818 P CO et ci-dessus ch. 1.3.15 et ch. 2.1.3.3), le projet exige la désignation d'un organe de révision. Toutefois, les petites entreprises sont en règle générale exonérées de cette obligation. Comme la plupart des Sàrl sont plutôt des petites entreprises, l'obligation de révision ne devrait en

réalité concernent qu'environ 10 % des sociétés. Une part importante de ces grandes sociétés désignent aujourd'hui déjà un organe de révision, que ce soit sur une base volontaire ou en vertu d'un accord avec leurs bailleurs de fonds. Il ne faut donc pas surestimer la portée d'une obligation restreinte de vérification des comptes annuels. A l'inverse, il convient d'admettre que les coûts liés à l'organe de révision ne sont pas sans importance, ce d'autant plus qu'il s'agit d'une charge périodique annuelle. Concrètement, les frais inhérents à la vérification des comptes annuels dépendent du volume de travail nécessaire, de la complexité de la tâche et des honoraires perçus; pour une Sàrl, ils devraient osciller en moyenne entre 3000 et 7000 francs (moins pour les petites entreprises).

Aux coûts liés à l'adaptation au nouveau droit et, le cas échéant, à la vérification des comptes annuels, il convient d'opposer les améliorations notables qu'apportera la réglementation légale révisée, notamment sur les points mentionnés au ch. 3.2.1. Les effets positifs de la révision ne peuvent certes, pour la majorité d'entre eux, guère être clairement évalués sur le plan financier; quelques innovations engendreront toutefois des économies, en particulier la simplification de la cession de parts sociales.

Nouvelles Sàrl

Selon le projet, qui maintient le régime actuel sur ce point, la fondation d'une Sàrl requiert un capital social de 20 000 francs; la Sàrl restera donc, comme auparavant, à la disposition des petites exploitations dont les besoins en fonds propres sont peu élevés, notamment des petites entreprises dans divers domaines des services. Comme le plafonnement du capital social à 2 millions de francs disparaît (art. 773 CO), la Sàrl pourra également – c'est une nouveauté – constituer une forme juridique utile aux grandes entreprises qui comptent un petit nombre d'associés; la Sàrl offrira aux consortiums et aux joints-ventures en particulier des possibilités de configuration adéquates⁹⁹. Sous l'effet de la disparition des inconvénients de la réglementation actuelle, l'attrait de la Sàrl en tant qu'alternative à la société anonyme sera accru. Lors de la constitution de nouvelles entreprises, la Sàrl devrait encore considérablement gagner en importance avec la modification des règles actuelles.

A la différence du droit en vigueur, le projet prévoit que le capital social doit être entièrement libéré dès la fondation (jusqu'à présent, les parts devaient être libérées à concurrence de 50 % au moins; art. 774, al. 2, CO). Pour les sociétés dont la dotation en capital est minimale (cf. art. 773 et 774, al. 2, CO), cette modification aura pour effet d'augmenter les besoins en fonds propres de 10 000 francs. Il faut cependant souligner que l'obligation de libérer entièrement les parts sociales à la fondation (art. 777c, al. 1, P CO) n'augmente en soi pas la charge financière des associés: en effet, selon le droit en vigueur, si les parts sociales ne sont pas entièrement libérées à la fondation, les associés demeurent débiteurs envers la société du montant encore dû. Comme ceux-ci répondent solidairement et subsidiairement de la libération jusqu'à concurrence de l'intégralité du capital social (cf. art. 802 CO; à ce sujet ch. 1.3.7 ci-dessus), le nouveau droit réduit même, à y regarder de plus près, le risque économique que courent les associés. La fondation d'une Sàrl est néanmoins rendue plus difficile dans la mesure où l'entier du capital social doit être libéré immédiatement. Si l'on considère les investissements effectivement requis en pratique

⁹⁹ Voir à ce propos Peter Böckli, Peter Forstmoser, Jean-Marc Rapp, Révision du droit de la Sàrl, CEDIDAC n° 34, Lausanne 1997, p. 147 s.

pour la constitution d'une entreprise, si petite soit-elle, et d'éventuelles charges de personnel, les ressources à apporter à la société à concurrence d'une valeur de 20 000 francs au moins sont vraiment calculées de manière très modeste.

Lors de la fondation, des coûts supplémentaires peuvent résulter de la libération du capital social par apports en nature, auquel cas il s'agit de produire un rapport de fondation et une attestation de vérification de ce rapport par un réviseur (art. 635 s. CO en relation avec l'art. 777c, al. 2, ch. 3, P CO; pour le sens et le but de ces dispositions, cf. le commentaire relatif à l'art. 777c P CO). Il en va de même en cas de reprise de biens, de libération par compensation et d'attribution d'avantages particuliers à certaines personnes. Alors que le rapport de fondation, un compte rendu des fondateurs, n'engendre le plus souvent aucune dépense qui dépasse de manière significative celle liée à l'activité de conseil juridique usuelle lors de la rédaction des statuts, la vérification du rapport par un réviseur entraîne des coûts supplémentaires. Ceux-ci devraient pourtant demeurer modestes aussi longtemps que la libération ou la reprise de biens ne présentent pas de difficultés considérables et complexes. Il est cependant possible d'épargner de tels coûts lors de la fondation de nouvelles petites entreprises en renonçant aux apports en nature et aux reprises de biens.

Associés

Le projet renonce à la responsabilité solidaire et subsidiaire des associés selon l'art. 802 CO (cf. ci-dessus ch. 1.3.7). Il élimine ainsi un inconvénient majeur de la réglementation actuelle pour les associés. A plusieurs reprises, la protection des associés minoritaires est renforcée, notamment en ce qui concerne le droit de souscription préférentiel, le droit aux renseignements et à la consultation, le droit de sortir de la société, l'indemnisation d'un associé qui quitte la société, les limites quantitatives posées à l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires et la limitation, du point de vue du contenu, de l'obligation de fournir des prestations accessoires. De plus, la cession de parts sociales est simplifiée (en particulier en renonçant à l'exigence de la forme authentique et en autorisant les associés à détenir plusieurs parts sociales; cf. ci-dessus ch. 3.2.1).

L'obligation de libérer intégralement les parts sociales a par contre pour conséquence que les associés doivent apporter un montant plus important lors de la fondation qu'en cas de libération partielle selon le droit en vigueur. La modification de l'obligation des associés d'effectuer des apports qu'implique le projet de révision ne concerne toutefois que le moment auquel la prestation dont l'associé est débiteur doit être effectuée et non pas son étendue (cf. également le commentaire relatif aux nouvelles sociétés).

Créanciers

La protection légale des créanciers vise avant tout à sauvegarder les intérêts des petites entreprises (p. ex. des fournisseurs); pour leur part, les gros bailleurs de fonds sont généralement en mesure de se protéger relativement bien contre des risques, par voie conventionnelle. La mécanique de la protection des créanciers revêt donc une importance non négligeable, en particulier pour les PME.

Selon le projet, les créanciers perdent le bénéfice de la responsabilité solidaire et subsidiaire des associés au sens de l'art. 802 CO. En contrepartie, la totalité du capital social doit être entièrement libérée dès la fondation, et la libération effective est mieux garantie en cas d'apports en nature, de reprise de biens ou de compensation

(par le rapport de fondation et l'attestation de vérification d'un réviseur). La responsabilité solidaire à raison des restitutions de capital et de la perception indue de bénéfices ou d'intérêts (cf. art. 802, al. 2, CO) disparaît sans être remplacée; il faut néanmoins signaler que le droit de la société anonyme ne connaît pas ce régime de responsabilité non plus. L'introduction d'une obligation restreinte de vérification des comptes annuels par un organe de révision améliore la protection des créanciers. La nouvelle réglementation devrait finalement s'avérer bien plus efficace que l'actuelle responsabilité solidaire et subsidiaire.

Les exigences modestes quant à la dotation en capital de la Sàrl peuvent sans doute conduire, lors de la fondation, à un certain transfert du risque aux créanciers. Eu égard à l'encouragement de la création de nouvelles entreprises souhaité d'un point de vue économique, ce transfert de risque paraît toutefois acceptable. Les partenaires contractuels qui sont obligés d'avancer leurs prestations ont la possibilité de garantir leurs prétentions par voie contractuelle.

3.3.4 Implications pour l'économie dans son ensemble

En modelant la Sàrl en tant que forme juridique conçue pour des entreprises dont le cercle des associés est limité, le projet améliore les moyens permettant d'organiser les structures juridiques d'une PME et prévoit de plus un mode de constitution d'un consortium ou d'une joint-venture jusqu'ici inconnu en Suisse. Le projet de révision contribue ainsi à améliorer les conditions-cadres de l'économie. Les modestes exigences relatives à la dotation en capital et la possibilité de fonder une société unipersonnelle devraient faciliter et promouvoir la constitution de nouvelles sociétés.

3.3.5 Alternatives

Vu le besoin d'actualiser la réglementation existante (cf. ci-dessus ch. 3.2.1), il n'y a pas d'alternative à la révision du droit de la Sàrl. Comme déjà exposé, la création d'une nouvelle forme de société au sens d'une «petite société anonyme» ne semble pas constituer une alternative convaincante (cf. ci-dessus ch. 1.4).

3.3.6 Aspects pratiques de l'exécution

La révision du droit de la Sàrl élimine bon nombre d'imprécisions de la réglementation actuelle et simplifie donc sa mise en œuvre. L'insécurité résultant des nouveautés introduites, dans les premiers temps suivant l'entrée en vigueur du droit révisé, sera inévitable. Il sera possible de soutenir les entreprises, les avocats et les notaires dans l'application du nouveau droit en recourant à des modèles de statuts.

4

Programme de législation

Le projet de révision du droit de la Sàrl est mentionné dans les Grandes lignes du rapport du Conseil fédéral du 1^{er} mars 2000 sur le Programme de la législation 1999–2003, sous point 2.2 R 11 «Economie et compétitivité»¹⁰⁰. Il figure également au nombre des objectifs du Conseil fédéral pour 2001¹⁰¹.

5

Rapports avec le droit européen

La Communauté européenne a édicté plusieurs directives en matière de droit des sociétés. Elles visent à harmoniser la réglementation de questions importantes pour des types de sociétés déterminés relevant du droit national. En ce qui concerne le droit de la Sàrl, les directives suivantes sont déterminantes:

- La 1^{re} directive¹⁰² concernant la publicité (registre du commerce), les pouvoirs de représentation des organes et la nullité de sociétés;
- La 4^e directive¹⁰³ concernant les comptes annuels (directive relative au bilan);
- La 7^e directive¹⁰⁴ concernant les comptes annuels consolidés;
- La 8^e directive¹⁰⁵ concernant les exigences relatives aux réviseurs;
- La 11^e directive¹⁰⁶ concernant la publicité des succursales;
- La 12^e directive¹⁰⁷ concernant les sociétés unipersonnelles.

Les libertés fondamentales du Traité instituant la Communauté européenne revêtent aussi ponctuellement une certaine importance en droit des sociétés, en particulier la libre circulation des capitaux, la libre circulation des personnes, plus particulièrement la liberté d'établissement, et la libre circulation des services¹⁰⁸.

Les activités économiques revêtent toujours plus un caractère international, y compris pour les PME. Il apparaît donc indiqué de tenir compte des principes du droit de la Communauté européenne dans le cadre de la révision du droit de la Sàrl¹⁰⁹. Le projet s'en distancie cependant sur les points suivants:

¹⁰⁰ FF 2000 2168 ss, spéc. 2183.

¹⁰¹ Voir «Objectifs du Conseil fédéral 2001», objectif n° 7: «Renforcement de la compétitivité», p. 10.

¹⁰² Directive 68/151/CEE; JO n° L 065 du 14.3.1968, p. 8 ss.

¹⁰³ Directive 78/660/CEE; JO n° L 222 du 14.8.1978, p. 11 ss.

¹⁰⁴ Directive 83/349/CEE; JO n° L 193 du 18.7.1983, p. 1 ss.

¹⁰⁵ Directive 84/253/CEE; JO n° L 126 du 12.5.1984, p. 20 ss.

¹⁰⁶ Directive 89/666/CEE; JO n° L 395 du 30.12.1989, p. 36 ss.

¹⁰⁷ Directive 89/667/CEE; JO n° L 395 du 30.12.1989, p. 40 ss.

¹⁰⁸ Cf. le Traité instituant la Communauté européenne du 25.3.1957, modifié et renuméroté par le Traité d'Amsterdam du 2.10.1997, entré en vigueur le 1.5.1999 (JO n° C 340 du 10.11.1997, p. 173 ss); voir les art. 39 ss (libre circulation des personnes), en particulier l'art. 43 (droit d'établissement); art. 49 ss (libre circulation des services); art. 56 ss (libre circulation des capitaux)

¹⁰⁹ Cf. également les conclusions du Groupe de réflexion «Droit des sociétés», in: Rapport final du 24.9.1993, p. 20, 82 (Commande auprès de l'OFCL, Diffusion publications, 3003 Berne; art. 407.020 f).

- L'exigence selon laquelle une des personnes autorisées à représenter la société doit être domiciliée en Suisse (cf. art. 814, al. 2, art. 718, al. 3 et art. 898, al. 2, P CO) est dans un rapport de tension avec la libre circulation des personnes; elle peut néanmoins s'avérer utile dans le cadre des efforts déployés par l'OCDE afin d'assurer la transparence des entreprises, notamment en vue de la lutte contre le blanchiment d'argent.
- Le projet renonce à exiger que le registre du commerce mentionne expressément le fait qu'une société revêt un caractère unipersonnel (cf. art. 3 de la 12^e directive; art. 775, al. 2 et 781, ch. 6, AP CO). En ce qui concerne la société anonyme, l'obligation d'inscrire l'actionnaire unique dans le registre du commerce n'est en outre pas prévue (tous les associés d'une Sàrl sont en revanche inscrits; art. 791 P CO). Des prescriptions visant à caractériser les sociétés unipersonnelles dans le registre du commerce n'auraient cependant qu'une portée limitée et seraient en outre faciles à éluder.
- Les pouvoirs de représentation des gérants sont plus restreints en droit suisse: leur limitation aux actes que peut impliquer le but social (art. 814, al. 4, P CO en relation avec l'art. 718a, al. 1, CO) n'est pas conforme aux prescriptions de la 1^{re} directive (cf. art. 9), mais correspond à la réglementation prévue dans d'autres sociétés.
- Selon le projet, les dispositions du droit de la société anonyme sont applicables en ce qui concerne les exigences en matière d'établissement des comptes annuels et de publicité (cf. art. 801 P CO; cf. ci-dessus ch. 1.3.13). A plusieurs égards, la réglementation légale n'est pas conforme aux directives déterminantes de la CEE pour la Sàrl et la société anonyme. Il convient notamment de mentionner les points suivants¹¹⁰:
 - L'admissibilité de la constitution arbitraire de réserves latentes et des évaluations globales (compensation, au sein d'un poste du bilan, des plus-values ou moins-values) n'est pas compatible avec les principes communautaires de la présentation fidèle et de l'évaluation séparée.
 - La structure minimale du bilan et du compte de résultat ne satisfait pas aux exigences de la 4^e directive pour les moyennes et les grandes sociétés.
 - Le droit suisse ne prévoit pas de règles de consolidation et d'évaluation pour les comptes de groupes.
 - A la différence du droit suisse (cf. art. 697h CO), la publication des comptes annuels n'est pas limitée aux sociétés publiques, selon la 1^{re} directive.
 - Le projet fixe en principe les exceptions à l'obligation de désigner un organe de révision en conformité avec la 8^e directive. L'ensemble des sociétés qui doivent faire réviser leurs comptes annuels au sens de l'art. 818, al. 1, ch. 3, P CO devraient néanmoins nommer un réviseur particulièrement qualifié¹¹¹. Le droit communautaire prévoit en outre une procédure formelle pour l'agrément des réviseurs.

¹¹⁰ Voir à ce sujet les considérations du Groupe de réflexion «Droit des sociétés» in: Rapport final du 24.9.1993, p. 8 ss (Commande auprès de l'OFCL, Diffusion publications, 3003 Berne; art. 407.020 f).

¹¹¹ Voir à ce sujet l'ordonnance sur les qualifications professionnelles des réviseurs particulièrement qualifiés; RS 221.302.

6 Bases juridiques

6.1 Constitutionnalité

Le projet de révision du droit de la Sàrl repose sur la compétence donnée à la Confédération de légiférer en matière de droit civil (art. 122, al. 1, de la Constitution¹¹²).

6.2 Délégation de compétences législatives

Le projet complète la norme de délégation en vigueur en ce qui concerne le registre du commerce (art. 929 P CO). Il convient de régler désormais par voie d'ordonnance les détails suivants: la réquisition d'inscription, les pièces justificatives et leur examen ainsi que le contenu de l'inscription (voir ci-dessus ch. 2.2.6). Cette délégation permet de renoncer aux listes correspondantes au niveau de la loi. L'importance juridique et politique des états de faits saisis semble mineure.

¹¹² RS 101.

Table des matières

Condensé	2950
1 Partie générale	2951
1.1 Contexte	2951
1.2 Résultats de la procédure préliminaire	2953
1.2.1 Elaboration de l'avant-projet	2953
1.2.2 Procédure de consultation	2953
1.2.3 Elaboration du projet	2954
1.3 Survol du projet	2955
1.3.1 La Sàrl, une société de capitaux à caractère personnel	2955
1.3.2 Admissibilité de la fondation de sociétés unipersonnelles	2956
1.3.3 Montant maximal et minimal du capital social	2956
1.3.4 Libération des apports	2957
1.3.5 Augmentation du capital social	2958
1.3.6 Renonciation à une réglementation des prêts des associés remplaçant du capital propre	2958
1.3.7 Suppression de la responsabilité solidaire et subsidiaire des associés	2959
1.3.8 Parts sociales	2960
1.3.9 Restriction de la transmissibilité de parts sociales	2960
1.3.10 Obligation d'effectuer des versements supplémentaires ou de fournir des prestations accessoires	2961
1.3.11 Devoir de fidélité et prohibition de faire concurrence	2962
1.3.12 Suppression de l'obligation annuelle d'annonce à l'office du registre du commerce	2962
1.3.13 Etablissement des comptes annuels	2963
1.3.14 Organisation de la société; gestion et représentation	2963
1.3.15 Vérification des comptes annuels	2964
1.3.16 Sortie et exclusion	2965
1.3.17 Adaptation du droit de la société anonyme et du droit de la société coopérative	2966
1.4 Nouvelles formes de sociétés; classement d'interventions parlementaires	2967
2 Partie spéciale: Commentaire des dispositions du projet	2969
2.1 Droit de la société à responsabilité limitée	2969
2.1.1 Chapitre premier Dispositions générales	2969
2.1.1.1 Définition	2969
2.1.1.2 Capital social	2971
2.1.1.3 Parts sociales	2971
2.1.1.4 Bons de jouissance	2971
2.1.1.5 Associés	2972
2.1.1.6 Statuts	2972
2.1.1.7 Fondation	2975
2.1.1.8 Inscription dans le registre du commerce	2978
2.1.1.9 Acquisition de la personnalité	2978
2.1.1.10 Modification des statuts	2979

2.1.1.11	Augmentation du capital social	2979
2.1.1.12	Réduction du capital social	2981
2.1.1.13	Acquisition par la société de parts sociales propres	2982
2.1.2	Chapitre II Droits et obligations des associés	2983
2.1.2.1	Parts sociales	2983
2.1.2.2	Apports à libérer	2992
2.1.2.3	Responsabilité des associés	2992
2.1.2.4	Versements supplémentaires et prestations accessoires	2993
2.1.2.5	Dividendes, intérêts et tantièmes	2998
2.1.2.6	Parts sociales privilégiées	2999
2.1.2.7	Restitution de prestations	2999
2.1.2.8	Rapport de gestion, réserves, publication des comptes	2999
2.1.2.9	Remise du rapport de gestion	3000
2.1.2.10	Droit aux renseignements et à la consultation	3000
2.1.2.11	Devoir de fidélité et prohibition de faire concurrence	3001
2.1.3	Chapitre III Organisation de la société	3002
2.1.3.1	Assemblée des associés	3002
2.1.3.2	Gestion et représentation	3009
2.1.3.3	Organe de révision	3015
2.1.3.4	Carences dans l'organisation de la société	3016
2.1.3.5	Perte de capital et surendettement	3016
2.1.4	Chapitre IV Dissolution et départ	3017
2.1.4.1	Dissolution	3017
2.1.4.2	Départ d'associés	3018
2.1.4.3	Liquidation	3021
2.1.5	Chapitre V Responsabilité	3022
2.2	Modification d'autres dispositions du code des obligations	3022
2.2.1	Droit de la société en nom collectif	3022
2.2.2	Droit de la société en commandite	3022
2.2.3	Droit de la société anonyme	3022
2.2.4	Droit de la société en commandite par actions	3031
2.2.5	Droit de la société coopérative	3031
2.2.6	Droit du registre du commerce	3033
2.2.7	Droit des raisons de commerce	3036
2.3	Modification du droit en vigueur	3039
2.3.1	Code civil	3039
2.3.2	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite	3041
2.3.3	Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine	3042
2.3.4	Loi fédérale sur les droits de timbre	3042
2.3.5	Loi fédérale sur l'impôt anticipé	3042
2.4	Dispositions transitoires	3043
2.5	Référendum et entrée en vigueur	3048

3 Conséquences	3049
3.1 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel	3049
3.1.1 De la Confédération	3049
3.1.2 Des cantons	3049
3.2 Conséquences dans le secteur informatique	3049
3.3 Conséquences économiques	3049
3.3.1 Nécessité d'une intervention de l'Etat	3049
3.3.2 Test de compatibilité PME	3050
3.3.3 Conséquences pour les différentes catégories d'acteurs de la vie économique et sociale	3051
3.3.4 Implications pour l'économie dans son ensemble	3054
3.3.5 Alternatives	3054
3.3.6 Aspects pratiques de l'exécution	3054
4 Programme de législation	3055
5 Rapports avec le droit européen	3055
6 Bases juridiques	3057
6.1 Constitutionnalité	3057
6.2 Délégation de compétences législatives	3057
Code des obligations (droit de la société à responsabilité limitée; adaptation des droits de la société anonyme, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce) (Projet)	3061