

Kapital-, Gläubiger- und Gesellschafterschutz im künftigen GmbH-Recht *

par

PETER FORSTMOSER

Professeur à l'Université de Zurich

*

Cette version originale en allemand est traduite intégralement *infra* p. 147 ss.

Anlässlich der Einführung der GmbH im schweizerischen Recht durch die Revision des Gesellschaftsrechts von 1936 bezeichnete der nationalrätliche Berichterstatter die GmbH "als das Kreuzungsprodukt einer individualistischen Personenverbindung und einer Kapitalgesellschaft, als der Bastard einer Kollektivgesellschaft und einer Aktiengesellschaft, so eine Art juridisches Maultier"¹. Dabei sollte bei dieser Kreuzung das Schwergewicht auf den personengesellschaftlichen Elementen liegen. So weiter der Berichterstatter²: "Man wird dabei sagen dürfen, dass unsere G.m.b.H. mehr kollektivgesellschaftsähnlich als aktiengesellschaftsähnlich ist; sie ist mehr eine Kollektivgesellschaft mit lauter Kommanditisten, als eine Aktiengesellschaft ohne Aktien."

Auch nach dem Expertenentwurf vom November 1996³ soll die GmbH "Bastard" und "juridisches Maultier" bleiben. Doch verschieben sich die Gewichte, sollen die kapitalgesellschaftlichen Elemente und damit die Verwandtschaft zur AG verstärkt werden⁴. Was dies im einzelnen bedeutet, soll im folgenden durch einen Vergleich des Reformvorschlages mit dem geltenden Recht der GmbH wie auch mit dem Aktienrecht gezeigt werden.

¹ V. E. SCHERER, *Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, in Basler Handelskammer, *Sieben Vorträge über das neue OR*, Basel 1937, 95 ff, 100.

² A. a. O.

³ P. BÖCKLI/P. FORSTMOSER/J.-M. RAPP: *Reform des GmbH-Rechts, Expertenentwurf vom 29. November 1996 für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, Zürich 1997; französisch dieselben, *Révision du droit de la Sàrl*, Lausanne 1997.

⁴ Insofern erfolgt eine Annäherung an die deutsche GmbH, die seit jeher stärker kapitalbezogen war.

Ich befasse mich zunächst mit der Kapitalbasis und dem Gläubigerschutz (Ziff. I.), anschliessend kurz mit dem Schutz der Gesellschafter (Ziff. II.). Schliesslich möchte ich einige Folgerungen im Hinblick auf die beginnende Diskussion um das Reformprojekt anbringen (Ziff. III.).

I. Kapitalbasis und Gläubigerschutz

1. Das Konzept des geltenden Rechts

(1) Hinsichtlich der Kapitalbasis erscheint die GmbH heute als Sparausgabe einer Kapitalgesellschaft, als eine Art "Aktiengesellschaft light": Wie die AG ist die GmbH eine Grundkapitalgesellschaft, wobei ihr Mindest-Stammkapital nur Fr. 20'000.- - von denen lediglich 50 % liberiert sein müssen - beträgt⁵. Die rechtliche Ordnung von Schutz und Funktion des Grundkapitals stimmt im wesentlichen mit dem (bisherigen und geltenden) Aktienrecht überein⁶.

⁵ OR 773, 774 II.

⁶ An vielen Stellen wird auf das Aktienrecht verwiesen, wobei nach herrschender, aber nicht unbestrittener Lehre diese Verweisungen "dynamisch" sein sollen, heute also als solche auf das revidierte Aktienrecht zu verstehen sind: Für die Verweisung auf das **revidierte** Aktienrecht sprechen sich aus: B. TANNER, *Die Auswirkungen des neuen Aktienrechts auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaften und Bankaktiengesellschaften*, in FS P. Forstmoser, Zürich 1993, 31 ff, 34 ff; P. BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 2. A., Zürich 1996, N 2037a f; A. MEIER-HAYOZ/P. FORSTMOSER, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 8. A., Bern 1998, § 10 N 78 ff; M. NEUHAUS, in Basler Kommentar zum OR, Bd. II, Basel/Frankfurt 1994, Art. 805 N 4; sowie nun besonders ausführlich H. KOLLER/H. KLAY, *Das Mittel der gesetzlichen*

(2) Ein konzeptionell wesentlicher Unterschied zur AG besteht jedoch darin, dass die Revisionsstelle bzw. - wie sie bei der GmbH vorderhand noch genannt wird - die **Kontrollstelle fakultativ** ist⁷. Die Gesellschafter haben es in der Hand, eine Regelung zu treffen, bei der auf ein eigenes Prüfungsorgan verzichtet wird und die Kontrolle verstärkt bei den Gesellschaftern selber liegt⁸. Begründet wurde der Verzicht auf ein obligatorisches Revisionsorgan anlässlich der Gesetzgebungsarbeiten mit dem Hinweis darauf, dass bei der GmbH wie bei den Personenhandelsgesellschaften das Prinzip der Selbstorganschaft gelte und sich deshalb wie bei jenen eine Kontrollstelle erübrige⁹. Anders als im Aktienrecht soll die Revision bei der GmbH offenbar nur dem Schutz der Gesellschafter, nicht auch jenem der Allgemeinheit und namentlich der Gläubiger dienen¹⁰.

*Verweisung im Gesellschaftsrecht (Zur "Breitenwirkung" des revidierten Aktienrechts), in FS R. Bär, Bern 1998, 193 ff. Für eine Verweisung auf das **bisherige** Aktienrecht sind dagegen H. WOHLMANN, *GmbH-Recht*, Basel 1997, 8 sowie ders. in SZW 67 (1995) 139 ff; L. HANDSCHIN, *Die GmbH, ein Grundriss*, Zürich 1996, § 2 N 2 und C. BAUDENBACHER, in *Basler Kommentar zum OR Bd. II*, Basel/Frankfurt 1994, Vorb. zu OR 620 N 17 und OR 772 N 3.*

⁷ Vgl. OR 819 II.

⁸ Eine Kontrollstelle braucht es nicht, wenn allen Gesellschaftern umfassende Informationsrechte zukommen, OR 819 I.

⁹ So der französischsprachige Berichterstatter im Nationalrat, *StenBull NR 1934*, S. 744; vgl. auch die Botschaft des Bundesrats über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts vom 21. Februar 1928, *BBl 1928 I 205 ff, 279*, wonach dann, wenn keine Kontrollstelle bestehe, "die nicht geschäftsführenden Gesellschafter als Kontrollstelle zu amten" hätten.

¹⁰ Für die AG hat dagegen das Bundesgericht seit jeher betont, dass die Tätigkeit der Revisionsstelle auch dem Schutz der Gläubiger

(3) Noch stärker in die Nähe der Personengesellschaften aber rückt die GmbH durch eine eigenartig ausgestattete (subsidiäre) **persönliche Haftung der Gesellschafter**¹¹: Bekanntlich haftet jeder Gesellschafter in der Höhe des **gesamten nicht einbezahlten Betrages des Stammkapitals**¹². Falls das Stammkapital voll einbezahlt ist, sind also die Gesellschafter von einer persönlichen Haftung befreit. Soweit eine persönliche Haftung besteht, ist sie beschränkt - ähnlich jener eines Kommanditärs. Anders als ein

diene und im öffentlichen Interesse liege, vgl. etwa BGE 122 III 193, 106 II 232 ff, 99 Ib 104 ff.

¹¹ Es handelt sich um eine schweizerische Spezialität: Keine persönliche Haftung der Gesellschafter für Schulden der GmbH besteht z. B. in **Deutschland** (vgl. § 13 GmbH-Gesetz: "Für Verbindlichkeiten der Gesellschaften haftet den Gläubigern derselben nur das Gesellschaftsvermögen." Es besteht aber eine gesellschaftsinterne Haftung der Gesellschafter für die effektive Beibringung des Stammkapitals und zwar in Form einer Ausfallhaftung, vgl. § 24 GmbH-Gesetz). Auch nach **österreichischem Recht** und bei der **italienischen S. R. L.** haften die Gesellschafter Dritten gegenüber nicht persönlich für Gesellschaftsschulden, sondern nur gegenüber der Gesellschaft für die Erbringung ihrer Einlagen, vgl. § 61 II Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Art. 2472 Codice civile.

Nach **französischem Recht** haften die Gesellschafter Dritten gegenüber grundsätzlich ebenfalls nicht persönlich, sondern nur gegenüber der Gesellschaft für die Erbringung ihrer Einlagen. Da die Gesellschafter ihre Stammeinlage bereits anlässlich der Gründung voll liberieren müssen (vgl. Art. 38 Loi sur les sociétés commerciales), kommt auch eine subsidiäre Deckungspflicht nicht in Betracht. Ausnahmsweise besteht jedoch eine persönliche solidarische Haftung der Gesellschafter gegenüber Dritten: Bei Sacheinlagen müssen die Gesellschafter unter gewissen Voraussetzungen für die getroffene Bewertung einstehen, vgl. Loi Art. 40 IV.

¹² Vgl. OR 802.

Kommanditär hat es jedoch der GmbH-Gesellschafter nicht in der Hand, sich von der Haftung dadurch zu befreien, dass er seine eigene Leistung voll erbringt; vielmehr haftet jeder Gesellschafter für die nicht einbezahlten Beträge auch aller anderen Beteiligten¹³. Diese Spezialität des schweizerischen GmbH-Rechts, mit der man dem "Schwindel mit fiktiven Apporten"¹⁴ entgegentreten wollte, dürfte einer der Gründe dafür sein, dass die GmbH in der Schweiz während Jahrzehnten ein Mauerblümchendasein führte. Vor allem dann, wenn sich ein Gesellschafter nur mit einem kleinen Betrag beteiligen will, führt diese Norm zu einem übermässigen und ungerechten Haftungsrisiko. Sie wird denn auch allgemein kritisiert¹⁵.

(4) Der Entwurf der Expertengruppe will diese **subsidiäre Solidarhaftung der Gesellschafter abschaffen**¹⁶. Dafür wird die Kapitalbasis durch andere Vorhaben besser geschützt.

¹³ Vgl. die Beispiele bei MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, § 18 N 30 ff.

¹⁴ So Botschaft 1928 (zit. Anm. 9) 280.

¹⁵ Vgl. BÖCKLI/FORSTMOSER/RAPP, *Reform des GmbH-Rechts*, 78 sowie die in dieser Publikation abgedruckten Aufsätze von BÖCKLI (S. 77 ff) und RAPP (S. 181 ff).

¹⁶ Vgl. BÖCKLI/FORSTMOSER/RAPP, *Reform des GmbH-Rechts*, 77 ff. Vorbehalten bleibt natürlich die persönliche Verantwortlichkeit bei unlauteren Machenschaften aufgrund des Verantwortlichkeitsrechts (in OR 827 wird bezüglich der Verantwortlichkeit auf die diesbezüglichen Bestimmungen des Aktienrechts verwiesen; zur Bedeutung dieser Verweisung vgl. auch vorn Anm. 6).

2. Anhebung des minimalen Stammkapitals

(1) Der Expertenentwurf schlägt eine massvolle **Erhöhung des Minimalkapitals auf Fr. 40'000.-** vor¹⁷. Es entspricht dies der Verdoppelung, die auch im Zuge der Aktienrechtsreform vorgenommen wurde und die natürlich die Geldentwertung seit dem Inkrafttreten des geltenden Rechts im Jahre 1937 bei weitem nicht aufwiegt.

(2) Es ist abzusehen, dass auch diese bescheidene Verdoppelung des Mindestkapitals als unnötige Erschwerung kritisiert werden wird¹⁸. Dazu ist festzuhalten, dass Fr. 40'000.- wohl ein absolutes Minimum sind, um irgendeine wirtschaftliche Tätigkeit für eine gewisse Zeit - bis die ersten Früchte geerntet werden können - durchzuhalten. Und vor allem ist daran zu erinnern, dass durchaus die Möglichkeit besteht, eine Geschäftstätigkeit auch ohne dieses Minimalkapital zu beginnen. Doch muss dann eine persönliche Haftung in Kauf genommen werden. Der Einsatz von Mitteln in der Höhe von mindestens Fr. 40'000.- ist so der Preis für das Privileg, das Risiko der eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit im übrigen durch Dritte - die Gläubiger - tragen lassen zu können.

Auch der Hinweis darauf, Gläubiger hätten die Möglichkeit sich zu informieren und es werde der Markt von selbst für eine angemessene Kapitalbasis sorgen, sticht

¹⁷ E 773.

¹⁸ In diesem Sinn hat sich bereits M.-A. SCHAUB geäussert : *Aspects de la future révision de la SARL*, Schweizer Treuhänder 71 (1997) 779 ff, 781 (Ziff. 3).

nicht. Wohl steht es Geldgebern - namentlich den Banken - frei, die Krediterteilung von umfassender Information abhängig zu machen. Wer aber infolge einer unerlaubten Handlung zum Gläubiger wird, kann seinen Schuldner nicht auswählen. Und in den Rechtsgeschäften des täglichen Lebens wäre eine konsequente Bonitätsprüfung viel zu aufwendig.

Ebensowenig überzeugt schliesslich bei näherem Zusehen der weitere Einwand, für Gläubiger sei die Höhe des Reinvermögens und nicht die nominale Kapitalziffer massgebend: Bekanntlich gibt es im schweizerischen Recht - von spezialgesetzlichen Normierungen abgesehen¹⁹ - keine Vorschriften, die ein angemessenes Eigenkapital verlangen würden. Einzig durch die Regeln über das Grundkapital (und die gesetzlichen Reserven) wird sichergestellt, dass Gesellschaften nach Möglichkeit über eine minimale finanzielle Pufferzone verfügen. Dadurch soll verhindert werden, dass wirtschaftliche Misserfolge sogleich auf die Gläubiger durchschlagen.

(3) Da die Minimal"garantie" der Sperrziffer "Grundkapital" vor allem am Anfang einer Geschäftstätigkeit bedeutsam ist, wird es immerhin sinnvoll sein,

¹⁹ So wird für **Bankaktiengesellschaften** ein voll einbezahltes Grundkapital von mindestens 10 Mio. Fr. (BankG 3 II *lit.* b i.V.m. BankV 4) und überdies ein angemessenes Verhältnis zwischen den Eigenmitteln und den gesamten Verbindlichkeiten verlangt (BankG 4 I/II i.V.m. BankV 11-12). Für **Versicherungsgesellschaften** wird von der Aufsichtsbehörde ein von den betriebenen Versicherungszweigen abhängiges - ebenfalls voll einzubezahlendes - Grundkapital in der Höhe eines Vielfachen des aktienrechtlichen Minimalkapitals im Einzelfall festgelegt.

bestehenden Gesellschaften durch Übergangsbestimmungen die **Beibehaltung des Status quo** zu erlauben²⁰.

(4) Am Rande: Die gesetzliche **Obergrenze** des Stammkapitals²¹ - ebenfalls eine schweizerische Eigenart²² - soll künftig **entfallen**. Dadurch wird deutlich gemacht, dass die GmbH nicht einfach als "kleine AG" dienen soll, sondern dass es sich um eine eigenständige Rechtsform handelt, die zwar in kleineren Verhältnissen besonders häufig vorkommen wird, die aber durchaus auch für volkswirtschaftlich bedeutsame Gebilde dienen kann.

²⁰ Dabei wird man das "Grandfathering" umfassender gewähren dürfen als im Aktienrecht, wo die Beibehaltung des bisherigen Aktienkapitals nur Gesellschaften erlaubt wurde, die beim Inkrafttreten des Gesetzes schon mehr als sieben Jahre bestanden, vgl. Schlussbestimmungen des BG über die Revision des Aktienrechts 2 II.

²¹ OR 773.

²² Vgl. SCHAUB, *Aspects de la future révision de la SARL*, 780 (Ziff. 2.2); HANDSCHIN, *Die GmbH, ein Grundriss*, 53 f und den Aufsatz BÖCKLI in dieser Publikation (s. 77 ff). So kennen z. B. Deutschland (§ 5 I GmbH-Gesetz), Österreich (§ 6 I Gesetz über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung), Frankreich (Art. 35 I Loi sur les sociétés commerciales) und Italien (Art. 2474 I Codice civile) zwar ein Mindestkapital, nicht aber eine Obergrenze des Stammkapitals. Alain HIRSCH/Peter NOBEL sehen in ihrem Projekt einer privaten Aktiengesellschaft nicht eine Obergrenze des Stammkapitals vor, wollen aber nur Gesellschaften bis zu einer bestimmten Grösse (zu ermitteln anhand der Kriterien Bilanzsumme, Umsatzerlös, Anzahl Arbeitnehmer) die Wahl der Rechtsform der privaten AG ermöglichen, vgl. Art. 2 des *Entwurfs eines Kapitels über die private Aktiengesellschaft*, SZW 69 (1997) 126 ff, 130.

3. Pflicht zur vollständigen Liberierung

(1) Anders als im geltenden Recht der GmbH und anders auch als im Aktienrecht soll es nach dem Vorschlag der Expertenkommission bei der GmbH künftig nur voll liberierte Anteile geben²³. Die für die Gründung einer Gesellschaft nötigen Mindestmittel nähern sich damit den bei einer AG erforderlichen²⁴ an.

(2) Ein einbezahltes oder durch Sacheinlage liberiertes Kapital von Fr. 40'000.- stellt - wie erwähnt - nach Ansicht der Expertenkommission ein Minimum für wirtschaftliche Tätigkeiten dar, wenn die Beteiligten nicht eine persönliche Haftung auf sich nehmen wollen. Die Pflicht zur Volleinzahlung ist damit im Zusammenhang mit dem Wegfall der subsidiären persönlichen Haftung aller Gesellschafter zu sehen. Auch besteht für eine Teilliberierung angesichts des tiefen gesetzlichen Mindestkapitals kaum ein legitimes Bedürfnis. Das Recht der GmbH kann daher bei der Regelung der Liberierung im Vergleich zum Aktienrecht entlastet und vereinfacht werden.

4. Rechnungslegung und Reservebildung

(1) Für die Verbindlichkeiten der GmbH haftet - wie für solche einer AG - ausschliesslich das Gesellschaftsvermögen²⁵. Daher drängt es sich auf, den Vermögensschutz -

²³ E 774 IV.

²⁴ Fr. 50'000.-, OR 632 II.

²⁵ E 802, entsprechend OR 620 I im Aktienrecht. Vgl. dagegen für das geltende Recht der GmbH OR 802.

und damit insbesondere die Regeln über die Rechnungslegung und die Reservebildung - bei beiden Kapitalgesellschaften identisch auszugestalten. Art. 805 des Entwurfs **verweist deshalb für den Geschäftsbericht** - einschliesslich der Offenlegung der Jahresrechnung und der Konzernrechnung - **und bezüglich der Reserven auf das Aktienrecht.**

(2) Schon das geltende Recht kennt in OR 805 eine solche Verweisung, die aber in mehrfacher Hinsicht unklar ist :

- Zunächst ist noch immer nicht gänzlich geklärt, ob die Verweisung als eine auf das bisherige oder auf das aktuelle Aktienrecht zu verstehen ist²⁶.
- Sodann wird lediglich auf die Bestimmungen "über die Bilanz und die Reservefonds" verwiesen, womit offen bleibt, ob auch die übrigen Teile des Geschäftsberichts - Jahresbericht und Erfolgsrechnung²⁷ - und ob eine allfällige Konzernrechnung mitgemeint sind²⁸.
- Endlich ist in der Literatur eine Kontroverse darüber entstanden, ob die Verweisung im geltenden Recht für alle GmbH's verbindlich sei oder nur für solche, die über eine eigene Kontrollstelle verfügen²⁹.

²⁶ Vgl. dazu vorn Anm. 6.

²⁷ Bzw. Gewinn- und Verlustrechnung nach Art. 662 des bisherigen Aktienrechts.

²⁸ Es ist erstaunlich, dass diese Frage in der Literatur zur GmbH - soweit ersichtlich - nicht angesprochen wird.

²⁹ Vgl. P. MONTAVON, *Droit et pratique de la SARL*, Lausanne 1996, 180, NEUHAUS, *OR II*, Art. 805 N 5 ff und WOHLMANN, *GmbH-Recht*, 93, die alle eine solche Differenzierung ablehnen. Für eine

5. Obligatorium der Revisionsstelle

(1) Anders als im geltenden Recht soll das **Kontrollorgan** - künftig wie im Aktienrecht Revisionsstelle genannt - in jedem Falle **obligatorisch** sein³⁰. Für die Anforderungen und Aufgaben soll vollumfänglich auf das Aktienrecht verwiesen werden³¹. Auch in diesem Punkt soll also Übereinstimmung im Recht der Grundkapitalgesellschaften erzielt werden³².

(2) Das Obligatorium ist - namentlich wegen der Kosten - kritisiert worden³³. Es ist aber meines Erachtens eine Konsequenz der Gleichstellung von AG und GmbH beim Vermögensschutz und des Verzichts auf die persönliche Haftung bei diesen Gesellschaften.

Differenzierung dagegen TANNER, *Die Auswirkungen des neuen Aktienrechts...*, 39 f.

Die Diskussion dürfte auf einem Missverständnis beruhen: P. FORSTMOSER, *Das Genossenschaftsrecht, das Recht der GmbH und die Teilrevision des Aktienrechts*, in SAG 48 (1976), 49, den NEUHAUS als Vertreter der gegenteiligen Auffassung nennt und auf den sich auch TANNER beruft, stellt eine Differenzierung lediglich *de lege ferenda* zur Diskussion.

³⁰ E 819 I, im Gegensatz zu OR 819 II. Vgl. auch E 781 Ziff. 10, wonach der Revisor - wie bei der AG - im Handelsregister einzutragen ist.

³¹ E 819 II.

³² Für die dritte - und fakultative - Grundkapitalgesellschaft des schweizerischen Rechts - die Genossenschaft - sollte dieser Schritt m. E. ebenfalls vollzogen werden.

³³ Vgl. z. B. SCHAUB, *Aspects de la future révision du droit de la SARL*, 784 (Ziff. 6) sowie den Aufsatz OTTIKER in dieser Publikation (S. 61 ff).

Daher bin ich auch skeptisch im Hinblick auf den vermittelnden Vorschlag von Schaub³⁴, wonach eine Revisionsstelle nur dann einzusetzen wäre, wenn ein Gläubiger oder ein nicht geschäftsführender Gesellschafter es verlangt³⁵. Abgesehen davon, dass den "unfreiwilligen" Gläubigern einer Gesellschaft - solchen, die ihre Stellung nicht durch Rechtsgeschäft, sondern etwa durch unerlaubte Handlung erlangt haben - mit dieser Möglichkeit nicht gedient wäre, könnte der Einsatz aufgrund eines Begehrens oft zu spät kommen.

Schon eher scheint mir der Vorschlag prüfenswert, welcher dem Vernehmen nach die Kommission Mengiardi³⁶ vortragen will: der Verzicht auf das Obligatorium in kleinen Verhältnissen, unabhängig von der Rechtsform³⁷.

³⁴ A. a. O.

³⁵ Eine entsprechende Vorschrift findet sich im geltenden Aktienrecht bei den Unabhängigkeitsvorschriften für die Revisionsstelle, OR 727c II.

³⁶ Diese soll Vorschläge für die Reform der Rechnungslegung und der Revision erarbeiten. Die Arbeiten dieser Kommission werden im Frühjahr 1998 abgeschlossen sein.

³⁷ Eine ähnliche Anregung haben Alain HIRSCH und ich 1985 gemacht, vgl. SAG 57 (1985) 29 ff, 38. (Verlangt werden sollte Einstimmigkeit der Aktionäre und das Einverständnis sämtlicher Gläubiger.) In der Zwischenzeit haben sich bei mir Zweifel eingeschlichen, ob der Verzicht auf ein Obligatorium für kleine Verhältnisse (bei denen auch grosse Schäden entstehen können) richtig ist oder ob nicht auch in kleinen Verhältnissen die Prüfung durch ein spezielles Kontrollorgan zum Schutz der Gläubiger in allen Fällen angebracht ist, in denen die Gesellschafter nicht persönlich haften.

6. Gründung, Kapitalveränderung und Beendigung

A. Gründung

(1) Für die Gründung enthält der Entwurf eine Ordnung, die derjenigen des geltenden Aktienrechts entspricht, jedoch durch Besonderheiten für die GmbH ergänzt wird³⁸. So ist im Errichtungsakt nicht nur - wie im Aktienrecht - festzustellen, "dass die gesetzlichen und statutarischen Anforderungen an die Leistung der Einlagen erfüllt sind"³⁹, sondern es ist überdies zu bestätigen, dass die Einlagen "vollumfänglich vollzogen sind"⁴⁰. Weiter ist auch die Übernahme allfälliger Nachschuss- oder Nebenleistungspflichten festzuhalten⁴¹ und ist auf solche Pflichten und weitere mit der Mitgliedschaft verbundene Auflagen bei der Zeichnung ausdrücklich hinzuweisen⁴².

(2) Explizit wird erklärt, dass für die Liberierung "die Bestimmungen des Aktienrechts" gelten⁴³. Damit steht fest - was freilich kritisiert wird⁴⁴ -, dass es nach den Vorstellungen der Expertenkommission bei der qualifizierten Gründung - Sacheinlage, Sachübernahme und Einräu-

³⁸ Vgl. E 779.

³⁹ So für das Aktienrecht OR 629 II Ziff. 3.

⁴⁰ E 779 II Ziff. 3.

⁴¹ E 779 II Ziff. 4.

⁴² E 779 III Ziff. 2.

⁴³ E 779 V; vgl. auch E 778, wo bezüglich der Nennung qualifizierender Tatbestände in den Statuten ebenfalls auf das Aktienrecht verwiesen wird.

⁴⁴ Vgl. den Aufsatz OTTIKER in dieser Publikation (S. 61 ff).

men besonderer Vorteile - eines Gründungsberichts nach OR 635 und einer Prüfungsbestätigung nach OR 635a bedarf.

Das geltende GmbH-Recht entspricht dagegen dem **früheren** Aktienrecht, das sich bei der qualifizierten Gründung mit Statutenpublizität begnügte und Gründungsbericht und Prüfungsbestätigung nicht kannte⁴⁵.

B. Kapitalerhöhung

(1) Auch die Regelung der Kapitalerhöhung ist **dem revidierten Aktienrecht nachempfunden**: Die bisherige Verweisung auf die für die Gründung geltenden Vorschriften soll entfallen, und wie bei der AG ist eine Aufteilung der Kompetenzen - Beschlussfassung durch die Gesellschafter, Vollzug durch die Exekutive innert dreier Monate - vorgesehen⁴⁶.

(2) Im Gegensatz zum Aktienrecht soll aber bei der GmbH auch in Zukunft **nur das ordentliche Erhöhungsverfahren** zur Verfügung stehen. Die genehmigte und die bedingte Erhöhung bleiben bewusst unerwähnt, weil hiefür nach der Auffassung der Expertengruppe bei der stärker mit ihren Gesellschaftern verbundenen GmbH kein Bedarf

⁴⁵ Dies wurde übrigens bei der Anpassung der Handelsregisterverordnung an das revidierte Aktienrecht - die auch in anderen Punkten unsorgfältig vollzogen wurde - übersehen: HRV 90 lit. b erklärte für die GmbH die Vorschriften über die Aktiengesellschaften bezüglich Sacheinlagen und Sachübernahmen für anwendbar, wofür keine gesetzliche Grundlage besteht. Auf den 1.1.1998 ist diese Bestimmung nun aber - zu Recht - gestrichen worden.

⁴⁶ E 786.

besteht⁴⁷. Damit entfallen auch die Probleme des Gläubiger- und Gesellschafterschutzes, die sich bei diesen Sonderarten der Kapitalerhöhung im Aktienrecht stellen.

C. Kapitalherabsetzung

Für die Kapitalherabsetzung wird **auf das Aktienrecht verwiesen**⁴⁸, mit einer Ergänzung und Modifikation, die sich aus dem Wesen der GmbH ergibt: Die Herabsetzung zur Beseitigung einer Unterbilanz ist nur statthaft, wenn allfällige **Nachschusspflichten** durch die Gesellschafter **voll erfüllt** worden sind⁴⁹.

Als ungerechtfertigte Differenz zum Aktienrecht soll dagegen die im geltenden GmbH-Recht enthaltene Verpflichtung zum Schuldenruf in jedem Fall - d. h. auch bei der bloss deklaratorischen Herabsetzung - entfallen.

D. Beendigung

Bezüglich der Beendigung der GmbH sei auf drei Neuerungsansätze hingewiesen:

(1) Die vom Recht der Kollektivgesellschaft⁵⁰ inspirierte Ordnung, wonach der **Konkurs eines Gesellschafters** oder die **Pfändung seines Gesellschaftersanteils** grundsätzlich zur **Auflösung der Gesellschaft** führen soll⁵¹, erschien der

⁴⁷ Vgl. dazu den Aufsatz BÖCKLI in dieser Publikation (S. 77 ff).

⁴⁸ Vgl. E 788 I.

⁴⁹ E 788 II.

⁵⁰ Vgl. OR 575.

⁵¹ OR 793, zur Möglichkeit der Abwendung vgl. OR 794.

Expertengruppe für eine Körperschaft mit eigener, von den Gesellschaftern losgelöster Rechtspersönlichkeit, **unpassend**⁵². Dafür soll - wie im Aktienrecht - der Erwerb eines Anteils im Rahmen der Zwangsvollstreckung ein Recht auf Beitritt geben, es sei denn, die Gesellschaft übernehme die so erworbenen Stammanteile zum wirklichen Wert⁵³.

(2) Aus dem revidierten Aktienrecht übernommen wurde sodann die Bestimmung, dass ein **Konkursaufschub** "nur veröffentlicht werden [muss], wenn dies zum Schutze Dritter erforderlich ist"⁵⁴.

(3) Eine weitere Anleihe beim Aktienrecht wurde für die **Auflösung durch den Richter aus wichtigem Grund** gemacht: Anstelle der Auflösung soll der Richter auch bei der GmbH künftig "auf eine andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung erkennen" können⁵⁵, wobei besonders darauf hingewiesen wird, dass eine bei der GmbH naheliegende "andere sachgemässe Lösung" in der "Abfindung des klagenden Gesellschafters zum wirklichen Wert" besteht.

7. Erwerb eigener Anteile

(1) Zum Erwerb eigener Anteile enthält das geltende GmbH-Recht eine genuine - weder dem bisherigen noch

⁵² Vgl. BÖCKLI/FORSTMOSER/RAPP, *Reform des GmbH-Rechts*, 89 f.

⁵³ Vgl. E 792, wo der Erwerb durch Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht und Zwangsvollstreckung gleichgestellt sind, entsprechend OR 685b IV.

⁵⁴ E 817a III, vgl. damit OR 725a III.

⁵⁵ E 820 I Ziff. 4., vgl. damit OR 736 Ziff. 4.

dem geltenden Aktienrecht entsprechende - Regelung :
Zumindest dann, wenn die Stammeinlagen voll einbezahlt sind, ist die Gesellschaft frei, eigene Anteile in beliebiger Höhe zu erwerben, soweit dies aus freiem, nicht durch das Stammkapital gebundenem Vermögen möglich ist⁵⁶.

(2) Der Entwurf sieht dagegen eine Regelung vor, die **dem revidierten Aktienrecht entspricht**⁵⁷ : Zulässigkeit des Erwerbs von bis zu 10 % - ausnahmsweise und temporär bis zu 20 % - des Stammkapitals, aber nur aus frei verwendbarem Eigenkapital und unter Schaffung einer entsprechenden Reserve ; Gleichstellung des Erwerbs durch eine Tochtergesellschaft mit dem Erwerb durch die Gesellschaft selbst.

Eine Besonderheit besteht beim Erwerb eigener Stammanteile im Falle von **Nachschusspflichten** der Gesellschafter : Da die Gesellschaft sich selber keine Nachschüsse erbringen kann, muss der Veräußerer für solche einstehen, wenn die Gesellschaft innerhalb von zwei Jahren nach dem Erwerb der Anteile in Konkurs fällt⁵⁸.

8. Genussscheine und Partizipationsscheine

(1) Im geltenden Recht der GmbH wird der **Genussschein** nicht erwähnt, doch hält ihn die herrschende

⁵⁶ Vgl. OR 807.

⁵⁷ Vgl. E 807.

⁵⁸ Dies ergibt sich aus der allgemeinen Regel, wonach die Nachschusspflicht nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters fort dauert, wenn die Gesellschaft innerhalb von zwei Jahren in Konkurs gerät, vgl. E 803a und hinten bei Anm. 64.

Lehre für zulässig⁵⁹. Der Reformentwurf stellt die Zulässigkeit klar und verweist für die Einzelheiten auf das Aktienrecht⁶⁰.

(2) Dagegen fehlen im Entwurf Bestimmungen zum **Partizipationsschein**. Es handelt sich um ein **qualifiziertes Schweigen**, da nach Ansicht der Expertengruppe für Partizipationsscheine bei der GmbH ebensowenig ein Bedürfnis besteht wie für genehmigtes oder bedingtes Kapital.

9. Schutz vor Verminderung des Haftungssubstrats

(1) Bei der **Herabsetzung** des Stammkapitals als der Sperrquote, in deren Höhe in der Gesellschaft Vermögenswerte verbleiben sollen, stellen sich dieselben Probleme wie bei der Herabsetzung von Aktienkapital. Der Entwurf verweist daher - es wurde bereits erwähnt - diesbezüglich auf das **Aktienrecht**⁶¹.

(2) Dem personalistischen Element der Gesellschafterstellung in der GmbH entspricht es, dass - wie bei der

⁵⁹ W. V. STEIGER, in *Zürcher Kommentar zum Recht der GmbH*, Zürich 1965, Art. 789 N 18, mit weiteren Hinweisen; A. JANGGEN/H. BECKER in *Berner Kommentar zum Recht der GmbH*, Bern 1939, Art. 807 N 20; E. TASSILO, *Der Genussschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht*, ZGR Neue Folge Heft 241, 133, mit weiteren Hinweisen; HANDSCHIN, *Die GmbH, ein Grundriss und Wohlmann, GmbH-Recht*, sowie der Basler Kommentar schweigen sich darüber aus.

⁶⁰ E 774a.

⁶¹ Vgl. E 788 I.

Genossenschaft⁶² - **Nachschusspflichten** der Gesellschafter vorgesehen werden können. Dabei soll es auch im künftigen Recht bleiben⁶³.

Um eine Verminderung des Haftungssubstrats beim **Ausscheiden** eines (nachschusspflichtigen) Gesellschafters zu vermeiden, sieht der Entwurf vor, dass die Nachschusspflicht nach dem Ausscheiden während zweier Jahre fort dauert, und zwar in dem Umfang, "in welchem sie im Zeitpunkt des Ausscheidens hätte geltend gemacht werden können und sie nicht von einem Rechtsnachfolger erfüllt wird"⁶⁴.

(3) Klargestellt wird sodann, dass **mit dem Eintritt des Konkurses der Gesellschaft nicht geleistete Nachschüsse fällig** werden⁶⁵. Das geltende Recht enthält dagegen eine unbefriedigende Lösung: Beschliesst die Gesellschafterversammlung keine Nachschüsse und fällt die Gesellschaft in Konkurs, dann können solche nicht mehr einverlangt werden⁶⁶.

(4) Da das Recht der GmbH - anders als das Aktienrecht - den Austritt und die Ausschliessung von Gesellschaftern kennt⁶⁷, war die Frage der **Abfindung ausscheidender**

⁶² Zu dieser vgl. OR 871.

⁶³ Vgl. E 803.

⁶⁴ E 803a II.

⁶⁵ E 803 II.

⁶⁶ VON STEIGER, *in Zürcher Kommentar zum Recht der GmbH*, Art. 803 N 10; WOHLMANN, *GmbH-Recht*, 85 f.; vgl. auch die Kritik an der bestehenden Regelung bei BÖCKLI/FORSTMOSER/RAPP, *Reform des GmbH-Rechts*, 99 f.

⁶⁷ OR 822; vgl. auch E 822 ff.

Gesellschafter zu regeln. Vorgesehen wird - wie im Aktienrecht im Zusammenhang mit der Vinkulierung nicht börsenkotierter Namenaktien⁶⁸ - eine Abfindung zum wirklichen Wert, wobei dieser Anspruch nur bzw. erst dann durchsetzbar ist, wenn entsprechende freie Mittel vorhanden sind⁶⁹.

10. Eigenkapitalersetzende Darlehen

(1) Für die Schweiz eine Novität im Instrumentarium des Gläubigerschutzes ist die gesetzliche Regelung von sog. **eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen**⁷⁰. Sie erfolgt in Anlehnung an das deutsche Recht, in welchem dieses Konzept zunächst in der Praxis entwickelt und dann in der GmbH-Novelle von 1980 in das Gesetz eingeführt⁷¹ worden ist.

Mit der Figur des eigenkapitalersetzenden Darlehens soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass das schweizerische Recht für geschäftliche Aktivitäten - es wurde bereits darauf hingewiesen⁷² - grundsätzlich keine minimale Eigenkapitalquote verlangt und dass es daher den Beteiligten freisteht, eine Gesellschaft auch dann mit Darlehen zu finanzieren, wenn betriebswirtschaftlich betrachtet der Zuschuss von Eigenkapital angebracht wäre.

⁶⁸ Vgl. dazu OR 685b.

⁶⁹ E 822c, vgl. demgegenüber die Ordnung des geltenden Rechts in OR 822 IV.

⁷⁰ E 807c.

⁷¹ Vgl. HGB 32a.

⁷² Vgl. vorn bei Anm. 19.

Solche Darlehen bleiben nach dem Entwurf zwar Fremdkapital, sie sollen aber im Rang **allen übrigen Forderungen** - einschliesslich solcher, für die ein Rangrücktritt erklärt wurde - **hintanstehen**. Damit wird ihrer Funktion als "Quasi-Eigenkapital" Rechnung getragen.

(2) Eigenkapitalersetzende Darlehen können bei der AG genauso vorkommen wie bei der GmbH. Eine Differenzierung mag man damit begründen, dass bei der GmbH als "personenbezogener Kapitalgesellschaft" solche Finanzierungsformen eher ins Bild passen als bei der AG, deren Leitbild bekanntlich die Publikumsgesellschaft ist. Da aber in der Praxis die AG in gleicher Weise wie die GmbH auch für kleinere, personenbezogene Verhältnisse Verwendung findet, kann man sich fragen, ob nicht auch im Aktienrecht eine Regelung für eigenkapitalersetzende Darlehen Sinn machen würde. Unter geltendem Aktienrecht können ähnliche Rechtsfolgen zwar mit Durchgriffsüberlegungen⁷³ oder aufgrund der vom Bundesgericht entwickelten Figur der Haftung für Konzernvertrauen⁷⁴ begründet werden. Diese auf dem Missbrauchsverbot von ZGB 2 basierenden Konzepte lassen aber eine Korrektur nur in einem sehr viel engeren Rahmen zu.

⁷³ Dazu statt vieler P. FORSTMOSER/A. MEIER-HAYOZ/P. NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern 1996, § 60 N 48.

⁷⁴ Vgl. BGE 120 II 331 ff. Ausführlich hiezu neuestens M. LUTTER, *Haftung aus Konzernvertrauen?*, in Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk, Köln 1997, 229 ff.

11. Verträge zwischen der Gesellschaft und ihrem einzigem Gesellschafter

(1) Allenfalls unüblichen Vertragssituationen in geschlossenen Verhältnissen wird mit einer weiteren Neuerung Rechnung getragen: Bei der **Einpersonen-GmbH** - sie soll übrigens künftig als solche gegründet werden dürfen⁷⁵ - sollen **Verträge** zwischen dem einzigen Gesellschafter und seiner Gesellschaft nur **schriftlich** abgeschlossen werden können, falls es sich nicht um zu Marktbedingungen abgeschlossene Verträge des laufenden Geschäfts handelt⁷⁶. Die spätere Rekonstruktion wird dadurch erleichtert.

(2) Der Anwendungsbereich dieser Norm ist vielleicht etwas zufällig gewählt: Auch bei einer Gesellschaft mit einigen wenigen Gesellschaftern besteht bei Vertragsschlüssen eine besondere Situation, und bei der **Einpersonen-AG** ist die Interessenlage nicht anders als bei der GmbH mit nur einem Gesellschafter. Dies wird man bei der Weiterbearbeitung des Reformvorschlages noch bedenken müssen.

12. Folgerungen

Die Übersicht über die wichtigsten Gläubigerschutzbestimmungen des Entwurfs sollte zweierlei aufzeigen:

⁷⁵ E 775 I.

⁷⁶ E 814 II.

- zum einen die **Nähe zum Aktienrecht**, die geklärt und verstärkt werden soll,
- zum andern aber auch, dass es sich trotz dieser Betonung des allen Kapitalgesellschaften Gemeinsamen bei der GmbH weiterhin um eine **eigenständige Organisationsform** und nicht um eine Abart der AG handelt.

II. Gesellschafterschutz

Die Rechtsstellung des Gesellschafters ist nicht das Thema dieses Berichts⁷⁷. Vielmehr möchte ich nur einige Vorschläge erwähnen, die besonders den **Schutz der Gesellschafter** zum Ziel haben :

1. Verminderung des persönlichen Risikos

(1) Die wichtigste Neuerung wurde schon erwähnt : Eine **persönliche Haftung für nicht einbezahltes Stammkapital** soll es künftig nicht mehr geben⁷⁸.

(2) Eine Begrenzung des Risikos ist aber auch im Hinblick auf eine allfällige **Nachschusspflicht** vorgesehen : Während das geltende Recht die Höhe der Nachschüsse offen lässt und nur verlangt, dass sie auf einen bestimmten Betrag oder im Verhältnis zum Stammkapital zu begrenzen sind⁷⁹, darf nach dem Entwurf die Nachschusspflicht "das

⁷⁷ Es sei verwiesen auf den Beitrag von RAPP in dieser Publikation (S. 181 ff).

⁷⁸ Vgl. vorn bei Anm. 16.

⁷⁹ OR 803 II.

Doppelte des Nennwerts des Stammanteils nicht übersteigen"⁸⁰.

(3) Da sich Dritte auf die Nachschusspflicht von Personen verlassen dürfen, die im Handelsregister als Gesellschafter eingetragen sind⁸¹, sieht der Entwurf vor, dass ein **Ausgeschiedener seine Löschung im Handelsregister nötigenfalls selbst veranlassen kann**⁸². Es wird hier eine Regelung übernommen, die - aus ähnlichen Gründen - im Aktienrecht für Verwaltungsratsmitglieder besteht⁸³ und die bei Genossenschaften mit persönlicher Haftung oder Nachschusspflicht in ähnlicher Form seit jeher galt⁸⁴.

(4) Die **nachträgliche Einführung oder Verschärfung** von Nachschuss- oder Nebenleistungspflichten bedarf wie bis anhin der **Einstimmigkeit**⁸⁵.

2. Verstärkung der Gleichbehandlung

Wie bei der Aktienrechtsreform, so soll auch bei einer allfälligen Reform des GmbH-Rechts das **Gleichbehandlungsprinzip verstärkt** werden :

(1) Auch bei der GmbH soll in Zukunft die Pflicht der Mitglieder der **Geschäftsführung**, "die Gesellschafter unter

⁸⁰ E 803 III.

⁸¹ So ausdrücklich E 794 III.

⁸² E 794 II.

⁸³ OR 711 II.

⁸⁴ OR 877 II.

⁸⁵ E 803d ; vgl. OR 784 III.

gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln", explizit im Gesetz verankert sein⁸⁶.

(2) Aus einer Verweisung auf das Aktienrecht ergibt sich sodann, dass auch bei der GmbH die Ungleichbehandlung von Gesellschaftern ein Grund zur Anfechtung von **Beschlüssen der Gesellschafterversammlung** sein kann⁸⁷.

(3) Und hinsichtlich des **Stimmrechts** soll in Zukunft - auch hier in Anlehnung an das revidierte Aktienrecht - eine allfällige Privilegierung nur noch maximal das Zehnfache des Kapitaleinsatzes betragen dürfen⁸⁸. Auch soll das Stimmrechtsprivileg in denselben Fällen wie bei der AG nicht zu beachten sein⁸⁹.

3. Verbesserung der Information

Nach dem geltenden Recht hat der nicht geschäftsführende Gesellschafter bei der GmbH lediglich dann umfassende Informationsrechte, wenn die Gesellschaft keine Kontrollstelle hat⁹⁰. Ist eine Kontrollstelle eingesetzt, dann sollen die Informationsrechte denen des Aktionärs entsprechen⁹¹, was wegen der engeren Bindung des GmbH-

⁸⁶ E 812b II, vgl. für das Aktienrecht OR 717 II.

⁸⁷ E 810d i.V.m. OR 706 II Ziff. 3.

⁸⁸ E 810 II, vgl. damit OR 693 II. Nach geltendem Recht sind dagegen - wie nach dem früheren Aktienrecht - beliebige Stimmrechtsprivilegien zulässig, OR 808 IV.

⁸⁹ Vgl. E 810 III mit OR 693 III. Nicht erwähnt ist die Beschlussfassung über die Einleitung einer Sonderprüfung, da es eine solche bei der GmbH nicht geben soll.

⁹⁰ OR 819 I.

⁹¹ OR 819 II.

Gesellschafters an seine Gesellschaft, seiner Treuepflicht und dem ihm auferlegten Konkurrenzverbot⁹² nicht sachgerecht ist.

Der Entwurf will die **Informationsrechte** des Gesellschafters **vereinheitlichen und massvoll erweitern**⁹³. Im weiteren erfolgt eine Verbesserung auch dadurch, dass hinsichtlich der Rechnungslegung vollumfänglich - also auch bezüglich einer Konzernrechnung - auf das Aktienrecht verwiesen wird.

Nicht vorgesehen ist dagegen das Institut der **Sonderprüfung**, das bei der stärker personenbezogenen GmbH nicht erforderlich erscheint.

4. Verstärkung des Bezugsrechtsschutzes

Verstärkt werden soll - auch dies im Gleichschritt mit der Aktienrechtsreform - auch der Schutz des Bezugsrechts der Gesellschafter⁹⁴.

5. Erleichterung der Übertragbarkeit

(1) Die Aktienrechtsreform hat sich bekanntlich am Grundsatz der freien Übertragbarkeit der Mitgliedschaft

⁹² Vgl. E 807a.

⁹³ Vgl. E 807b.

⁹⁴ Vgl. E 787 mit OR 787 und der aktienrechtlichen Ordnung von OR 652b ; Näheres im Aufsatz RAPP in dieser Publikation (S. 181 ff).

orientiert und die Vinkulierungsmöglichkeiten stark eingeschränkt⁹⁵.

In diesem Punkt wäre eine Anpassung des Rechts der GmbH an das revidierte Aktienrecht sicher **nicht sinnvoll**. Vielmehr verlangt die personalistische Komponente dieser Gesellschaft nach der Möglichkeit, neue Gesellschafter nach Belieben ablehnen zu können. Dementsprechend sieht der Entwurf die Möglichkeit einer Ablehnung ohne Grundangabe als dispositive gesetzliche Ordnung vor⁹⁶, und selbst ein statutarisches Abtretungsverbot soll zulässig bleiben⁹⁷.

(2) Soweit aber die Abtretung von Stammanteilen und damit die Übertragung der Gesellschafterstellung möglich ist, soll sie **erleichtert** werden :

- Eine erste Erleichterung besteht darin, dass künftig ein Gesellschafter auch mehrere Stammanteile haben kann, was die **Übertragung von Teilen der Gesellschafterstellung erleichtert**⁹⁸. Insbesondere erübrigt sich eine Anpassung der Statuten, wie sie nach geltendem Recht stets erforderlich ist, wenn nur ein Teil einer Mitgliedschaftsposition abgetreten wird oder wenn - etwa im

⁹⁵ Vgl. statt vieler die umfassende Monographie von H. KLAY, *Die Vinkulierung*, Diss. Basel, Basel/Frankfurt 1997.

⁹⁶ Eine solche Möglichkeit der Ablehnung ohne Grundangabe ist auch bei der von HIRSCH/NOBEL (Art. 6) postulierten privaten AG gegeben. Im Gegensatz zum hier dargestellten Expertenentwurf bedarf sie jedoch nach dem Vorschlag HIRSCH/NOBEL der statutarischen Verankerung.

⁹⁷ E 791 III.

⁹⁸ E 774 II, vgl. dagegen OR 774 II, wonach jeder Gesellschafter nur **eine** Stammeinlage besitzen kann.

Erbfall - ein Gesellschafter durch mehrere abgelöst werden soll⁹⁹.

- Erleichtert wird die Übertragbarkeit - vor allem von Teilen der Gesellschafterstellung - auch dadurch, dass der gesetzliche **Mindestnennwert von Stammanteilen auf Fr. 100.- herabgesetzt** werden soll¹⁰⁰.
- Der **Notariatszwang** soll künftig **entfallen**: Für die Abtretungsverpflichtung wie auch für das Verfügungsgeschäft soll einfache Schriftlichkeit genügen¹⁰¹.
- Endlich soll das im Gesetz dispositiv vorgesehene **Quorum für die Zustimmung zur Abtretung herabgesetzt** werden¹⁰², und auch statutarisch soll eine

⁹⁹ Vgl. OR 776 Ziff. 3, wonach der "Betrag der Stammeinlage jedes Gesellschafters" in den Statuten stehen muss.

¹⁰⁰ In der Literatur wird gar eine Herabsetzung auf Fr. 10.- vorgeschlagen (vgl. SCHAUB, *Aspects de la future révision du droit de la SARL*, 781), was durchaus diskutiert werden kann.

¹⁰¹ E 791 I, vgl. dagegen OR 791 IV. SCHAUB, *Aspects de la future révision du droit de la SARL*, 782 schlägt einen Mittelweg vor: Formfreiheit des Verpflichtungsgeschäfts, öffentliche Beurkundung der Abtretung.

¹⁰² E 810c II: Erfordernis der Zustimmung von mindestens zwei Dritteln der vertretenen Stimmen und der absoluten Mehrheit des gesamten stimmberechtigten Stammkapitals; nach geltendem Recht - OR 791 II - bedarf es dagegen der Zustimmung von drei Vierteln aller Gesellschafter, die zugleich mindestens drei Viertel des Stammkapitals vertreten. Bei der von HIRSCH/NOBEL postulierten privaten AG bedarf es für die Übertragung ebenfalls der Zustimmung der Gesellschaft (Art. 6), doch würde dafür nach der dispositiven gesetzlichen Ordnung (OR 703) das absolute Mehr genügen.

Erschwerung der Zustimmung nicht beliebig möglich sein¹⁰³.

- **Keine Erleichterung** wird insofern vorgesehen, als nach dem Entwurf alle Gesellschafter und damit auch **jeder Gesellschafterwechsel wie bis anhin im Handelsregister einzutragen** sind.

Dieses **Erfordernis** sollte meines Erachtens nochmals überdacht und differenziert werden: Unter geltendem GmbH-Recht macht die Eintragung deshalb Sinn, weil alle Gesellschafter potentiell eine persönliche Leistungspflicht für nicht einbezahltes Stammkapital trifft und die Gläubiger daher ein Interesse haben, die Gesellschafter zu kennen. Nach dem im Expertenentwurf vorgeschlagenen Recht würde ein solches Interesse dagegen nur noch dann bestehen, wenn eine Gesellschaft Nachschusspflichten vorgesehen hat. Es fragt sich daher, ob man die Eintragung der Gesellschafter im Handelsregister nicht auf Gesellschaften mit Nachschusspflicht beschränken sollte, entsprechend dem Genossenschaftsrecht, wo ein beim Handelsregister einsehbares Genossenschafterverzeichnis nur für Genossenschaften mit persönlicher Haftung oder Nachschusspflicht der Mitglieder verlangt wird. Damit würde in den übrigen Fällen nicht nur der Gesellschafterwechsel administrativ erleichtert, sondern es

¹⁰³ E 810c II sieht als Obergrenze eine Dreiviertelmehrheit sowohl der stimmberechtigten Gesellschafter wie auch des stimmberechtigten Stammkapitals vor.

wäre auch - wie bei der AG - die Anonymität der Gesellschafter gewahrt.

III. Schlussbemerkungen

(1) Ich hoffe, mit diesen Hinweisen gezeigt zu haben, dass die GmbH auch nach dem Entwurf der Expertengruppe nicht einfach zur kleinen, "privaten" AG werden soll. Verschiedene Besonderheiten des geltenden GmbH-Rechts - unter ihnen auch einzelne schweizerische Kuriositäten - sollen zwar beseitigt und durch dem Aktienrecht entsprechende Bestimmungen ersetzt werden. Erhalten bleiben aber die personalistischen Züge, welche die GmbH von der AG unterscheiden und sie zu einer **eigenständigen Gesellschaftsform** machen.

(2) Vor kurzem ist die Diskussion über den Revisionsentwurf eröffnet worden¹⁰⁴. Zweifellos ist vieles verbesserungsfähig, und es ist zu hoffen - und zu erwarten -, dass sich aus der Kritik massgebende Impulse für das künftige Recht ergeben werden. In diesem Zusammenhang möchte ich drei Anliegen vorbringen :

- Die Expertengruppe hat sich bemüht, eine **ausgewogene Regelung** zu treffen. Dies bedingte, dass Erleichterungen und erhöhte Flexibilität an einzelnen Stellen zum Teil durch strengere Anforderungen an anderen zu

¹⁰⁴ Sehr positiv zum Expertenentwurf geäußert hat sich bisher M. FURRER, in NZZ Nr. 173 vom 29.7.1997, S. 21 ; zu verschiedenen Punkten kritisch sprach sich dagegen SCHAUB, *Aspects de la future révision de la SARL*, aus.

kompensieren waren. Der Entwurf sollte daher **als Einheit betrachtet**, Kritik nicht isoliert an einer einzelnen Regelung ohne Beachtung des allfälligen Pendants geübt werden¹⁰⁵.

- Sodann: Die GmbH des geltenden Rechts hat in den letzten Jahrzehnten am Negativimage der "AG des kleinen Mannes", der von dritter Seite mit Skepsis zu begegnen war, gelitten. Dies sollte für die Zukunft verhindert werden, und es darf daher die GmbH **nicht als "Discountgesellschaft"** ausgestaltet werden. Die Anhebung des minimalen Stammkapitals, das Obligatorium der Revisionsstelle und die verschärften Gründungsvorschriften sollten auch unter diesem Aspekt - als Aufwertung der Rechtsform und ihrer Bonität - und nicht nur als Einschränkung des Handlungsspielraums für die Wirtschaft verstanden werden.
- Und schliesslich sollte die neue GmbH auch weitestgehend **europakompatibel** und dadurch für Ausländer, welche diese Rechtsform von ihrem Heimatland her kennen, verständlich ausgestaltet sein. Schweizerische Eigenarten, wie sie das geltende Recht der GmbH

¹⁰⁵ So sind etwa die Anhebung des Stammkapitals und das Erfordernis der Voll-Liberierung im Zusammenhang mit dem Wegfall der subsidiären persönlichen Haftung der Gesellschafter zu sehen, und der Erweiterung der Informationsrechte stehen Treuepflicht und Konkurrenzverbot aller Gesellschafter gegenüber.

auszeichnen¹⁰⁶, sollten daher für die Zukunft vermieden werden.

Zusammengefasst geht es darum, eine Rechtsform zu schaffen, die transparent, flexibel und von unnötigen administrativen Bürden befreit ist, die aber auch die nötige Glaubwürdigkeit im Wirtschaftsleben besitzt.

¹⁰⁶ Stichworte : subsidiäre persönliche Haftung der Gesellschafter, Obergrenze des Stammkapitals.

La protection du capital, des créanciers et des associés dans le droit futur de la Srl *

par

PETER FORSTMOSER

Professeur à l'Université de Zurich

* Traduction française, par Frédéric Rochat et Phidias Ferrari, assistants à l'Université de Lausanne, de la version originale publiée en allemand *supra* p. 113 ss.

A l'occasion de l'introduction de la Sàrl en droit suisse, lors de la révision du droit des sociétés en 1936, le rapporteur du Conseil National a décrit cette société comme le produit du croisement entre une association de personnes à caractère individuel et une société de capitaux, un bâtard issu d'une société en nom collectif et d'une société anonyme, donc une espèce de "mulet juridique"¹. La caractéristique prédominante de ce croisement devait être l'élément de société de personnes. En effet, le rapporteur ajoute² : "On pourra dire à ce sujet que notre Sàrl ressemble plus à la société en nom collectif qu'à la société anonyme ; il s'agit plutôt d'une société en nom collectif avec de nombreux commanditaires que d'une société anonyme sans actions."

Le projet de révision de novembre 1996³ ne change rien à la qualité de "bâtard" et de "mulet juridique" de la Sàrl. Mais le point d'équilibre se déplace, puisque les éléments de nature capitaliste, et par conséquent la parenté avec la SA, doivent se trouver renforcés⁴. Les pages qui vont suivre sont destinées à en montrer les conséquences particulières,

¹ V. E. SCHERER, *Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, in Basler Handelskammer, *Sieben Vorträge über das neue OR*, Bâle 1937, p. 95 ss, 100.

² *Ibidem*.

³ P. BÖCKLI/P. FORSTMOSER/J.-M. RAPP, *Révision du droit de la Sàrl ; Projet et rapport explicatif du 29 novembre 1996*, CEDIDAC n° 34, Lausanne 1997 ; version allemande par les mêmes auteurs, *Reform des GmbH-Rechts, Expertenentwurf vom 29 November 1996 für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, Zurich 1997.

⁴ Sur ce point, un rapprochement s'opère avec la GmbH allemande, qui a toujours été orientée davantage du côté capitaliste.

par une comparaison du projet de réforme avec le droit actuel de la Sàrl et avec celui de la SA.

Je traiterai en premier lieu du capital social et de la protection des créanciers (I), pour aborder ensuite brièvement la protection des associés (II). Enfin, j'aimerais présenter quelques réflexions en vue de la discussion qui s'amorce à propos du projet de réforme (III).

I. Le capital social et la protection des créanciers

1. Le concept du droit actuel

(1) Quant au capital social (*Kapitalbasis*), la Sàrl apparaît aujourd'hui comme une société de capitaux au rabais, une sorte de "**société anonyme light**" : comme la SA, la Sàrl est une société de capitaux (*Grundkapitalgesellschaft*), mais dont le capital social minimum est de 20'000 francs seulement, montant qui ne doit être libéré qu'à concurrence de 50 %⁵. La conception juridique de la protection et de la fonction du capital social correspond pour l'essentiel à celle du droit (ancien et actuel) de la SA⁶.

⁵ Art. 773, 774 al. 2 CO.

⁶ Les renvois au droit de la SA sont fréquents et la doctrine dominante, mais non unanime, considère qu'il s'agit de renvois "dynamiques", qui doivent être compris aujourd'hui comme se rapportant au nouveau droit de la SA : s'expriment en faveur du renvoi au droit révisé de la SA : B. TANNER, *Die Auswirkungen des neuen Aktienrechts auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung*,

(2) Il y a une différence de conception essentielle par rapport à la SA, en ce sens que l'organe de révision, ou ce que le droit de la Sàrl nomme encore l'**organe de contrôle**, est **facultatif**⁷. Les associés ont la possibilité d'adopter une réglementation selon laquelle ils renoncent à doter la société d'un organe de vérification propre et renforcent le contrôle par les associés eux-mêmes⁸. Lors des travaux préparatoires, cette renonciation à un organe de révision obligatoire a été motivée par le fait que dans la Sàrl, comme dans les sociétés de personnes, l'administration était en principe assurée par les associés eux-mêmes et que de ce fait, comme dans ces dernières, un organe de contrôle n'était pas nécessaire⁹. Contrairement au droit de la SA, la révision de

Genossenschaften und Bankaktiengesellschaften, in Mél. P. Forstmoser, Zurich 1993, p. 31 ss, 34 ss; P. BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 2^e éd., Zurich 1996, n. 2037a s.; A. MEIER-HAYOZ/P. FORSTMOSER, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 8^e éd., Berne 1998, § 10 n. 78 ss; M. NEUHAUS, *OR II*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1994, n. 4 *ad* art. 805 CO; particulièrement fouillé, H. KOLLER/H. KLAY, *Das Mittel der gesetzlichen Verweisung im Gesellschaftsrecht; Zur "Breitenwirkung" des revidierten Aktienrechts*, in Mél. R. Bär, Berne 1998, p. 193 ss. Admettent en revanche un renvoi à l'ancien droit de la SA: H. WOHLMANN, *GmbH-Recht*, Bâle 1997, p. 8 et *Zu den Verweisungen im Recht der GmbH auf das Aktienrecht*, RSDA 67 (1995), p. 139 ss; L. HANDSCHIN, *Die GmbH, ein Grundriss*, Zurich 1996, § 2, n. 2 et C. BAUDENBACHER, *OR II*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1994, n. 17 Vorb. *ad* art. 620 CO et n. 3 *ad* art. 772 CO.

⁷ Cf. art. 819 al. 2 CO.

⁸ Il n'est pas besoin d'un organe de contrôle lorsque les tous associés disposent de droits à l'information étendus (art. 819 al. 1 CO).

⁹ Dans ce sens le rapporteur de langue française du Conseil National, Bull. stén. CN 1934, p. 744; voir aussi le message du Conseil fédéral sur la révision des titres XXIV à XXXIII du Code suisse des obligations du 21 février 1928, FF 1928 I 233 ss, 310, selon lequel "s'il

la Sàrl sert manifestement à protéger les associés seulement et non la collectivité, ni les créanciers en particulier¹⁰.

(3) La Sàrl penche encore plus nettement du côté des sociétés de personnes du fait de l'institution singulière (et subsidiaire) de la **responsabilité personnelle des associés**¹¹ : comme chacun le sait, chaque associé est responsable à concurrence du **montant total du capital social non versé**¹².

n'y a pas d'organe de contrôle, les associés non-gérants sont appelés à fonctionner comme contrôleurs".

¹⁰ Pour la SA, le Tribunal fédéral a en revanche depuis longtemps insisté sur le fait que l'activité de l'organe de révision protégeait aussi les créanciers et répondait à un intérêt public ; cf. notamment ATF 122 III 176, 193 ; ATF 106 II 232 = JdT 1981 I 156 ; ATF 99 Ib 104.

¹¹ Il s'agit d'une spécialité helvétique : en **Allemagne** par exemple, il n'y a aucune responsabilité personnelle des associés pour les dettes de la Sàrl (cf. § 13 GmbH-Gesetz : "*Für Verbindlichkeiten der Gesellschaften haftet den Gläubigern derselben nur das Gesellschaftsvermögen.*") En revanche, sur le plan interne à la société, les associés sont responsables de la libération effective du capital social, sous la forme d'une "*Ausfallhaftung*", cf. § 24 GmbH-Gesetz). Les associés ne répondent pas **non plus** des dettes de la société à l'égard des tiers en droit **autrichien** ou dans la **S. R. L italienne**, mais ne sont responsables qu'à l'égard de la société pour la libération de leurs apports (cf. § 61 al. 2 Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung et art. 2472 Codice civile).

Selon le **droit français**, les associés ne sont en principe pas **non plus** responsables personnellement vis-à-vis des tiers, mais seulement vis-à-vis de la société pour la libération de leurs apports. Comme les associés doivent déjà libérer entièrement leur part sociale au moment de la fondation de la société (art. 38 Loi sur les sociétés commerciales), une responsabilité subsidiaire n'entre pas **non plus** en ligne de compte. Il peut cependant arriver, de façon exceptionnelle, que les associés soient tenus personnellement et solidairement à l'égard des tiers : en cas d'apports en nature, les associés doivent répondre, à certaines conditions, de l'estimation des biens apportés (cf. art. 40 al. 4 Loi sur les sociétés commerciales).

¹² Art. 802 CO.

Si le capital social est entièrement libéré, les associés sont libérés de leur responsabilité personnelle. Dans la mesure où il y a une responsabilité, celle-ci est limitée, comme celle d'un commanditaire. En revanche, contrairement au commanditaire, l'associé d'une Sàrl n'a pas le loisir de se dégager de sa responsabilité en effectuant totalement sa propre prestation ; au contraire, chaque associé répond aussi des montants qui n'ont pas été versés par tous les autres associés¹³. Cette spécialité du droit suisse de la Sàrl, qui devait "prévenir les fraudes résultant d'apports fictifs"¹⁴, pourrait être une des raisons pour lesquelles cette société a vécu dans l'ombre, en Suisse, durant plusieurs décennies. Cette règle fait planer un risque excessif et injustifié, avant tout lorsqu'un associé désire ne prendre part que pour un petit montant. Elle fait d'ailleurs l'objet de critiques généralisées¹⁵.

(4) Le projet du groupe d'experts entend **démanteler cette responsabilité solidaire subsidiaire des associés**¹⁶. En contrepartie, le capital social sera mieux protégé par d'autres biais.

¹³ Voir les exemples chez MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, § 18, n. 30 ss.

¹⁴ Ainsi dans le message du Conseil fédéral, FF 1928 I p. 312.

¹⁵ Cf. BÖCKLI/FORSTMOSER/RAPP, *Révision du droit de la Sàrl*, p. 104 s. ainsi que les exposés de BÖCKLI (p. 77 ss) et de RAPP (p. 181 ss) dans cet ouvrage.

¹⁶ Cf. BÖCKLI/FORSTMOSER/RAPP, *Révision du droit de la Sàrl*, p. 104 ss. Demeure bien entendu réservée la responsabilité personnelle en cas de manoeuvres frauduleuses sur la base du droit de la responsabilité (au sujet de la responsabilité, l'art. 827 CO renvoie aux dispositions correspondantes du droit de la SA ; sur la signification de ce renvoi, cf. aussi *supra* note 6).

2. Augmentation du capital social minimum

(1) Le projet d'experts propose une modeste **augmentation du capital minimum à 40'000 francs**¹⁷. Ce doublement correspond à celui qui a aussi eu lieu lors de la réforme du droit de la SA et ne compense évidemment pas, loin s'en faut, la dévaluation qui s'est produite depuis l'entrée en vigueur du droit actuel en 1937.

(2) Il faut être conscient que même ce modeste doublement du capital minimum sera critiqué comme un obstacle inutile¹⁸. Il n'en demeure pas moins que 40'000 francs constituent un minimum absolu pour que n'importe quelle activité économique puisse tenir le coup un certain temps, soit jusqu'à ce que les premières recettes puissent être perçues. Il faut en plus rappeler qu'il est parfaitement possible de commencer une activité économique sans ce capital minimum. Mais il faut alors compter avec une responsabilité personnelle. L'engagement de moyens à hauteur de 40'000 francs est ainsi le prix à payer pour bénéficier du privilège de pouvoir faire supporter à des tiers, les créanciers, le risque de sa propre activité économique.

Même l'argument selon lequel les tiers auraient la possibilité de s'informer et que le marché s'occuperait lui-même d'assurer la constitution d'un capital approprié n'est pas pertinent. Il est certes loisible aux bailleurs de fonds - en

¹⁷ Art. 773 P.

¹⁸ M.-A. SCHAUB s'est déjà exprimé dans ce sens : *Aspects de la future révision de la SARL*, ECS 71 (1997), p. 779 ss, 781 (ch. 3).

particulier aux banques - de faire dépendre l'octroi de crédits d'informations plus détaillées. Mais celui qui devient créancier ensuite d'un acte illicite ne peut pas choisir son débiteur. En outre, pour les actes juridiques de la vie courante, un examen sérieux de la solvabilité serait bien trop lourd.

Enfin, l'objection selon laquelle c'est le montant de la fortune nette et non le montant nominal du capital social qui importe pour les créanciers n'est en définitive pas convaincante : il est bien connu que le droit suisse - abstraction faite de réglementations spéciales¹⁹ - ne connaît pas de règles qui exigeraient une proportion appropriée du capital propre. Ce n'est que par les règles sur le capital social (et les réserves légales) qu'il est possible d'assurer que les sociétés disposent, autant que possible, d'un coussin financier minimum. Cela doit servir à éviter que les mauvaises affaires ne frappent directement les créanciers.

(3) Etant donné que la "garantie" minimale que constitue la limite inférieure du capital social a son importance principalement au début de l'activité économique, il serait judicieux d'autoriser, par des

¹⁹ Ainsi exige-t-on, pour les **banques organisées en sociétés anonymes**, un capital social de 10 millions de francs entièrement libéré (art. 3 al. 2 *lit.* b LB en rel. avec art. 4 OB) et, de plus, une proportion appropriée entre le montant de leurs fonds propres et celui de l'ensemble de leurs engagements (art. 4 al. 1 et 2 LB en rel. avec art. 11 et 12 OB). Pour les **sociétés d'assurances**, l'autorité de surveillance fixe de cas en cas le montant du capital social - qui doit également être entièrement libéré - en fonction de la branche d'assurance concernée, à raison d'un multiple du capital minimum du droit de la SA.

dispositions transitoires, les sociétés déjà existantes à conserver le *status quo*²⁰.

(4) Il faut encore signaler que le projet **supprime la limite supérieure** légale du capital social²¹ - également une singularité suisse²². Il sera ainsi clair que la Sàrl ne doit pas simplement tenir le rôle de "petite SA", mais qu'il s'agit d'une forme juridique indépendante, qui sera bien sûr utilisée le plus souvent pour de petites entreprises, mais qui peut aussi parfaitement convenir à des entités économiques d'importance.

²⁰ Le "*grandfathering*" pourra ainsi être accordé de manière plus large qu'en droit de la SA, où le maintien de l'ancien capital-actions n'était permis qu'aux sociétés qui existaient déjà depuis plus de sept ans lors de l'entrée en vigueur de la loi ; voir l'art. 2 al. 2 des dispositions finales du titre vingt-sixième CO (1991) sur la révision du droit de la SA.

²¹ Art. 773 CO.

²² Cf. SCHAUB, *Aspects de la future révision de la SARL*, p. 780 (ch. 2.2) ; HANDSCHIN, *Die GmbH, ein Grundriss*, p. 53 s. et l'exposé de BÖCKLI dans cet ouvrage (p. 77 ss). L'Allemagne (§ 5 al. 1 GmbH-Gesetz), l'Autriche (§ 6 al. 1 Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung), la France (art. 35 Loi sur les sociétés commerciales) et l'Italie (art. 2474 Codice civile) connaissent assurément un capital minimum, mais pas de limite supérieure du capital social. A. HIRSCH/P. NOBEL ne prévoient aucune limite supérieure du capital social dans leur projet d'une société anonyme privée, mais entendent ne laisser le choix de la forme juridique de la SA privée que jusqu'à concurrence d'une certaine taille de la société (déterminée en fonction du total du bilan, du chiffre d'affaires et du nombre d'employés) ; cf. A. HIRSCH/P. NOBEL, *Projekt einer privaten Aktiengesellschaft*, RSDA 69 (1997), p. 126 ss, art. 2 (p. 130). Les articles du projet sont reproduits *infra* p. 313 ss.

3. Libération totale obligatoire

(1) Contrairement au droit actuel de la Sàrl et contrairement aussi au droit de la SA, il n'y aura plus dans la Sàrl, selon le projet de la commission d'experts, que des parts sociales entièrement libérées²³. Les moyens minimaux nécessaires à la fondation d'une société se rapprochent ainsi de ceux exigés pour la SA²⁴.

(2) Comme mentionné plus haut, un capital de 40'000 francs, libéré par un paiement en espèces ou des apports en nature, représente aux yeux de la commission d'experts un minimum pour une activité économique, si les intéressés ne veulent pas endosser une responsabilité personnelle. L'obligation de libération totale doit ainsi être considérée comme le corollaire de la suppression de la responsabilité personnelle subsidiaire de tous les associés. Eu égard à la modestie du capital minimum légal, il n'y a guère d'intérêt légitime justifiant une libération partielle. Le droit de la Sàrl peut dès lors être simplifié par rapport au droit de la SA, en ce qui concerne les règles sur la libération.

4. Etablissement des comptes et constitution de réserves

(1) Dans la Sàrl comme dans la SA, c'est le patrimoine de la société qui répond exclusivement des obligations de cette dernière²⁵. Il s'impose dès lors d'aménager la protection du

²³ Art. 774 al. 4 P.

²⁴ Fr. 50'000.-, art. 632 al. 2 CO.

²⁵ Art. 802 P correspondant à l'art. 620 al. 1 CO pour la SA. Voir en revanche pour le droit actuel de la Sàrl l'art. 802 CO.

patrimoine de ces deux formes de sociétés de capitaux de manière identique, en particulier les règles concernant l'établissement des comptes et la constitution des réserves. C'est pourquoi l'article 805 P renvoie au droit de la SA pour le rapport annuel - y compris la publication des comptes annuels et des comptes de groupe - et la constitution des réserves.

(2) Le droit actuel connaît déjà un tel renvoi à l'article 805 CO, qui est toutefois obscur à plusieurs égards :

- Tout d'abord, le point de savoir si le renvoi doit être compris comme se rapportant au droit antérieur ou au droit actuel de la SA n'est toujours pas tranché de manière tout à fait claire²⁶.
- Ensuite, les termes du renvoi portent uniquement sur les règles "en matière de bilan et de fonds de réserve", laissant ainsi indéterminée la question de savoir si le renvoi concerne aussi les autres parties du rapport de gestion - rapport annuel et comptes de résultat²⁷ - ou d'éventuels comptes de groupe²⁸.
- Enfin, une controverse a surgi dans la littérature pour déterminer si ce renvoi du droit actuel s'appliquait à

²⁶ Cf. à ce sujet *supra* note 6.

²⁷ Ou comptes de profits et pertes, selon l'art. 662 CO 1936.

²⁸ Il est étonnant que cette question ne soit apparemment pas abordée dans la littérature relative à la Sàrl.

toutes les Sàrl ou seulement à celles qui disposent de leur propre organe de contrôle²⁹.

5. Organe de révision obligatoire

(1) Contrairement au droit actuel, l'**organe de contrôle** - qui s'appellera dorénavant organe de révision comme en droit de la SA - sera **obligatoire** dans tous les cas³⁰. Quant aux exigences et aux tâches de cet organe, le projet renvoie entièrement au droit de la SA³¹. On doit ainsi tendre, sur ce point également, à l'uniformité du droit des sociétés de capitaux³².

(2) Cette obligation a été critiquée, notamment quant aux coûts qu'elle implique³³. Il s'agit pourtant à mon sens d'une

²⁹ Cf. P. MONTAVON, *Droit et pratique de la SARL*, Lausanne 1996, p. 180, NEUHAUS, *OR II*, n. 5 ss ad art. 805 CO et WOHLMANN, *GmbH-Recht*, p. 93 qui rejettent une telle différenciation. Pour une différenciation en revanche, TANNER, *Die Auswirkungen des neuen Aktienrechts...*, p. 39 s.

Il se pourrait que la discussion repose sur un malentendu : en effet P. FORSTMOSER, *Das Genossenschaftsrecht, das Recht der GmbH und die Teilrevision des Aktienrechts*, SAS 48 [1976], p. 49, que NEUHAUS cite comme tenant de l'opinion contraire à la sienne et sur lequel TANNER prétend s'appuyer, envisage la possibilité d'une différenciation uniquement *de lege ferenda*.

³⁰ Art. 819 al. 1 P, par opposition à l'art. 819 al. 2 CO. Voir également l'art. 781 ch. 10 P, selon lequel le réviseur doit être inscrit au registre du commerce, comme pour la SA.

³¹ Art. 819 al. 2 P.

³² Il faut à mon avis franchir ce pas aussi pour la troisième société de capitaux - facultative - du droit suisse, la société coopérative.

³³ Cf. par exemple SCHAUB, *Aspects de la future révision du droit de la SARL*, p. 784 (ch. 6) ainsi que l'exposé d'OTTIKER dans cet ouvrage (p. 61 ss).

conséquence de la mise sur pied d'égalité de la SA et de la Sàrl quant à la protection du capital, d'une part, et de l'abandon de la responsabilité personnelle pour ces formes de sociétés, d'autre part.

C'est pour cette raison que je me montre sceptique à l'égard de la proposition intermédiaire de Schaub³⁴ de faire intervenir un organe de révision seulement dans les cas où un créancier ou un associé non gérant l'exigerait³⁵. Outre le fait que cette solution ne servirait en rien les intérêts des créanciers "involontaires" d'une société - ceux dont la créance ne découle pas d'un acte juridique mais, par exemple, d'un acte illicite - cette intervention sur demande arriverait souvent trop tard.

En revanche la proposition qui devrait, semble-t-il, être présentée par la commission Mengiardi³⁶ mérite selon moi un examen plus approfondi : renoncer à cette obligation pour les entreprises de dimensions modestes, indépendamment de leur forme juridique³⁷.

³⁴ *Ibidem.*

³⁵ On trouve une disposition similaire, en droit actuel de la SA, dans les règles relatives à l'indépendance de l'organe de révision, art. 727c al. 2 CO.

³⁶ Cette commission doit formuler des propositions relatives à la réforme du droit comptable et de la révision. Ses travaux seront terminés au printemps 1998.

³⁷ Alain HIRSCH et moi-même avons formulé une proposition dans le même sens en 1985 (SAS 57 [1985], p. 29 ss, 38. Seraient alors exigés l'unanimité des actionnaires ainsi que l'accord de tous les créanciers). Depuis lors, j'ai eu des doutes sur l'opportunité de l'abandon de cette obligation pour les petites sociétés (qui peuvent aussi provoquer des dommages considérables), ce qui me pousse à me demander s'il ne serait pas indiqué de maintenir, même pour les

6. Fondation, modification du capital et fin de la société

A. Fondation

(1) Les règles du projet sur la fondation correspondent à celles du droit actuel de la SA, complétées néanmoins par quelques particularités propres à la Sàrl³⁸. Par exemple, il ne suffit pas - comme en droit de la SA - de constater dans l'acte de fondation "que les apports ont été effectués conformément aux exigences légales et statutaires"³⁹, mais il faut de plus attester que "les apports ont été effectués [...] complètement"⁴⁰. En outre, il est nécessaire de constater la reprise des éventuelles obligations de versements supplémentaires ou de prestations accessoires⁴¹ et de renvoyer expressément, lors de la souscription, à de telles obligations ainsi qu'aux autres charges liées à la qualité d'associé⁴².

(2) Il est dit clairement que "les dispositions du droit des sociétés anonymes sont applicables à la libération des apports."⁴³ Il est ainsi manifeste - mais cela est critiqué⁴⁴ -

petites sociétés, une vérification par un organe de contrôle spécial, pour protéger les créanciers dans tous les cas où les associés ne sont pas personnellement responsables.

³⁸ Art. 779 P.

³⁹ Ainsi pour le droit de la SA, art. 629 al. 2 ch. 3 CO.

⁴⁰ Art. 779 al. 2 ch. 3 P.

⁴¹ Art. 779 al. 2 ch. 4 P.

⁴² Art. 779 al. 3 ch. 2 P.

⁴³ Art. 779 al. 5 P ; voir aussi l'art. 778 P, qui renvoie également au droit de la SA pour la mention dans les statuts des cas d'apports qualifiés.

⁴⁴ Voir l'exposé d'OTTIKER dans cet ouvrage (p. 61 ss).

que la commission d'experts voit la nécessité d'un rapport de fondation selon l'article 635 CO et d'une attestation de vérification selon l'article 635a CO en cas de fondation qualifiée - apports en nature, reprise de biens ou avantages particuliers.

Le droit actuel de la Sàrl correspond en revanche à l'ancien droit de la SA, qui se contentait de la publicité des statuts en cas de fondation qualifiée et ne connaissait ni rapport de fondation, ni attestation de vérification⁴⁵.

B. Augmentation de capital

(1) La réglementation de l'augmentation de capital **s'inspire elle aussi du droit révisé de la SA** : le renvoi actuel aux règles relatives à la fondation sera supprimé et remplacé, comme pour la SA, par une répartition des compétences - décision par les associés, exécution par l'organe exécutif dans les trois mois⁴⁶.

(2) Au contraire du droit de la SA, la Sàrl continuera à n'avoir à sa disposition **que la procédure ordinaire d'augmentation** de capital. C'est consciemment que les augmentations autorisée et conditionnelle ne sont pas

⁴⁵ Ce point a d'ailleurs été ignoré lors de l'adaptation de l'Ordonnance sur le registre du commerce au droit révisé de la SA - adaptation accomplie de manière peu soignée sur d'autres points aussi : l'art. 90 *lit.* b ORC déclare applicables à la Sàrl les dispositions du droit des sociétés anonymes relatives aux apports en nature et aux reprises de biens, sans qu'il y ait aucune base légale à cet effet. Cette disposition a cependant été supprimée - à juste titre - au 1^{er} janvier 1998.

⁴⁶ Art. 786 P.

mentionnées, parce que le groupe d'experts considère que la Sàrl, du fait de sa relation plus étroite avec les associés, n'en a pas besoin⁴⁷. Cela supprime aussi les problèmes de protection des créanciers et des associés qui se posent, en droit de la SA, pour ces formes particulières d'augmentation de capital.

C. Réduction de capital

Le projet renvoie au droit de la SA pour la réduction de capital⁴⁸, moyennant une modification complémentaire, qui tient à la nature de la Sàrl : la réduction ayant pour but de faire disparaître une perte au bilan (*Unterbilanz*) n'est admissible que si les associés se sont déjà **entièrement acquittés de leur éventuelle obligation d'effectuer des versements supplémentaires**⁴⁹.

En tant qu'elle constitue une différence injustifiée par rapport au droit de la SA, l'obligation du droit actuel de la Sàrl de procéder dans tous les cas à un appel aux créanciers, également en cas de réduction purement déclarative, doit disparaître.

D. Fin de la société

Concernant la fin de la Sàrl, il faut prêter attention à trois propositions novatrices :

⁴⁷ Voir à ce sujet l'exposé de BÖCKLI dans cet ouvrage (p. 77 ss).

⁴⁸ Art. 788 al. 1 P.

⁴⁹ Art. 788 al. 2 P.

(1) Aux yeux du groupe d'experts, le système, inspiré du droit de la société en nom collectif⁵⁰, selon lequel **la faillite d'un associé ou la saisie de sa part sociale** doit en principe conduire à la **dissolution de la société**⁵¹ est apparu **incongru** pour une entité disposant de la personnalité juridique⁵². Dans ce cas, conformément au système existant en droit de la SA, il convient de donner à celui qui acquiert une part sociale dans le cadre de l'exécution forcée le droit d'entrer dans la société, à moins que celle-ci ne reprenne la part ainsi acquise à sa valeur réelle⁵³.

(2) Il est ensuite prévu de reprendre la disposition du nouveau droit de la SA selon laquelle "**l'ajournement de la faillite** n'est publié que si la protection de tiers l'exige"⁵⁴.

(3) Un autre emprunt au droit de la SA se trouve dans la **dissolution par le juge pour de justes motifs** : en lieu et place de la dissolution, le juge pourra, pour la Sàrl également, "adopter une autre solution adaptée aux circonstances et acceptable pour les intéressés"⁵⁵ ; il est en outre spécialement précisé qu'une "autre solution adaptée aux circonstances" pourra facilement consister, pour la Sàrl,

⁵⁰ Cf. art. 575 CO.

⁵¹ Art. 793 CO ; concernant la possibilité d'écarter cette conséquence, cf. art. 794 CO.

⁵² Cf. BÖCKLI/FORSTMOSER/RAPP, *Révision du droit de la Sàrl*, p. 121 s.

⁵³ Voir l'art. 792 P, qui traite de la même façon les cas d'acquisition par succession, par partage successoral, en vertu du régime matrimonial ou dans une procédure d'exécution forcée, en analogie avec l'art. 685b al. 4 CO.

⁵⁴ Art. 817a al. 3 P, comparer avec l'art. 725a al. 3 CO.

⁵⁵ Art. 820 al. 1 ch. 4 P, comparer avec l'art. 736 ch. 4 CO.

en "l'indemnisation de l'associé demandeur à la valeur réelle".

7. Acquisition par la société de ses propres parts sociales

(1) Dans le domaine de l'acquisition par la société de ses propres parts sociales, le droit de la Sàrl actuel contient une réglementation *sui generis*, qui ne correspond ni à l'ancien, ni au nouveau droit de la SA : du moment que les parts sociales sont entièrement libérées, la société est libre d'acquérir ses propres parts, sans limite quantitative, mais seulement au moyen de fonds propres à libre disposition, qui ne servent pas à couvrir le capital propre⁵⁶.

(2) Le projet prévoit au contraire des dispositions qui **correspondent au droit révisé de la SA**⁵⁷ : admissibilité de l'acquisition jusqu'à 10 % - exceptionnellement et temporairement jusqu'à 20 % - du capital social, mais seulement au moyen de fonds propres à libre disposition et moyennant la constitution d'une réserve correspondante ; assimilation de l'acquisition par une filiale à l'acquisition par la société mère elle-même.

Une disposition particulière est prévue pour l'acquisition de parts sociales propres en cas d'**obligation de versements supplémentaires** : étant donné que la société ne peut pas effectuer de versements supplémentaires pour elle-même, l'aliénateur reste lié par cette obligation si la société

⁵⁶ Cf. art. 807 CO.

⁵⁷ Cf. art. 807 P.

tombe en faillite dans les deux ans qui suivent l'acquisition des parts⁵⁸.

8. Bons de jouissance et bons de participation

(1) Le droit actuel de la Sàrl ne mentionne pas le **bon de jouissance**, mais la doctrine dominante l'admet⁵⁹. Le projet de réforme consacre explicitement son admissibilité et renvoie pour les détails au droit de la SA⁶⁰.

(2) En revanche, le projet ne contient aucune disposition relative au **bon de participation**. Il s'agit là d'un **silence qualifié**, le groupe d'experts estimant que la Sàrl n'a pas davantage besoin des bons de participation qu'elle n'a besoin du capital autorisé ou conditionnel.

9. Protection contre la diminution de la fortune sociale

(1) Pour la **réduction du capital social**, qui fixe la mesure dans laquelle les moyens financiers doivent demeurer dans la société, se posent les mêmes problèmes que pour la

⁵⁸ Cette solution découle de la règle générale suivant laquelle l'obligation d'opérer des versements supplémentaires est maintenue lorsque la société tombe en faillite dans les deux ans ; cf. art. 803a P et *infra* note 64.

⁵⁹ W. VON STEIGER, *Commentaire zurichois*, V/5/C, Zurich 1965, n. 18 *ad* art. 789 CO et réf. cit. ; A. JANGGEN/H. BECKER *Commentaire bernois VII/3*, Berne 1939, n. 20 *ad* art. 807 CO ; E. TASSILO, *Der Genussschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht*, thèse, Zurich 1963, p. 133 et réf. cit. ; HANDSCHIN, *Die GmbH, ein Grundriss*, WOHLMANN, *GmbH-Recht* et C. BAUDENBACHER *et al.*, OR II, ne s'expriment pas sur ce sujet.

⁶⁰ Art. 774a P.

réduction du capital-actions. Le projet renvoie dès lors à ce sujet - comme nous l'avons mentionné - au **droit de la SA**⁶¹.

(2) Comme pour la société coopérative, la possibilité de prévoir des **obligations de versements supplémentaires** correspond à l'élément personnel de la situation d'associé au sein d'une Sàrl⁶². Cela restera dans le droit futur⁶³.

Afin d'éviter une diminution des droits constituant la substance de la responsabilité patrimoniale (*Haftungs-substrat*) en cas de **sortie** d'un associé soumis à l'obligation d'opérer des versements supplémentaires, le projet prévoit que cette obligation perdure après la sortie durant deux ans, à concurrence du "montant qui aurait pu lui être réclamé au moment de sa sortie, déduction faite de ce qui a été payé par son successeur."⁶⁴

(3) Le projet expose clairement que **les versements supplémentaires impayés deviennent exigibles à l'ouverture de la faillite de la société**⁶⁵. Le droit actuel contient au contraire une solution insatisfaisante: si l'assemblée des associés ne décide pas le paiement des versements supplémentaires, et si la société tombe en faillite, ces derniers ne peuvent alors pas être recouvrés⁶⁶.

⁶¹ Cf. art. 788 al. 1 P.

⁶² A ce sujet, cf. art. 871 CO.

⁶³ Cf. art. 803 P.

⁶⁴ Art. 803a al. 2 P.

⁶⁵ Art. 803 al. 2 P.

⁶⁶ VON STEIGER, *Commentaire zurichois V/5/c*, n. 10 ad art. 803 CO ; WOHLMANN, *GmbH-Recht*, p. 85 s. ; voir aussi la critique de la

(4) Du fait que le droit de la Sàrl, contrairement au droit de la SA, connaît la sortie et l'exclusion d'associés⁶⁷, il fallait régler la question de l'indemnisation de l'associé sortant. Comme le droit de la SA en matière d'actions nominatives liées non cotées en bourses⁶⁸, le projet prévoit une indemnisation à la valeur réelle, tout en spécifiant que la prétention n'est exigible que si et dans la mesure où la société peut disposer librement des fonds propres nécessaires⁶⁹.

10. Prêts d'un associé remplaçant du capital propre

(1) La réglementation légale des **prêts d'un associé remplaçant du capital propre** (*eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen*) constitue pour la Suisse un instrument nouveau pour la protection des créanciers⁷⁰. Ces règles ont été adoptées à l'exemple du droit allemand, qui a vu ce concept développé par la pratique avant d'être introduit dans la GmbH-Gesetz par la nouvelle de 1980⁷¹.

La notion de prêt d'un associé remplaçant du capital propre permet de tenir compte du fait que le droit suisse n'exige en principe pas pour les activités commerciales -

solution actuelle par BÖCKLI/FORSTMOSER/RAPP, *Révision du droit de la Sàrl*, p. 134 s.

⁶⁷ Art. 822 CO ; voir aussi les art. 822 ss CO.

⁶⁸ Cf. à ce sujet l'art. 685b CO.

⁶⁹ Art. 822c P ; voir en revanche la solution du droit actuel à l'art. 822 al. 4 CO.

⁷⁰ Art. 807c P.

⁷¹ Cf. § 32a HGB.

comme indiqué ci-dessus⁷² - une proportion minimale de capital propre, laissant ainsi aux intéressés la liberté de financer une société par des prêts, alors même que les principes économiques de gestion commanderaient un apport en capital propre.

Selon le projet, de tels prêts sont certes reconnus comme des capitaux étrangers, mais ont un **rang inférieur à toutes les autres créances**, y compris celles pour lesquelles une postposition a été déclarée. C'est ainsi qu'est prise en considération leur fonction de "quasi capital propre" (*Quasi-Eigenkapital*).

(2) Les prêts d'un associé remplaçant du capital propre peuvent se présenter dans la SA aussi bien que dans la Sàrl. On pourrait justifier une réglementation différenciée par le fait que de tels financements correspondent mieux à l'image de la Sàrl, en tant que société de capitaux à caractère personnel, qu'à la SA, dont le modèle est à l'évidence la société publique. Toutefois, comme la SA est aussi utilisée, de la même manière que la Sàrl, pour des entreprises aux dimensions modestes, à caractère personnel, on peut se demander s'il ne serait pas judicieux d'adopter, pour la SA également, des règles sur les prêts d'actionnaires remplaçant du capital propre. Le droit actuel de la SA permet d'atteindre des résultats similaires en se fondant sur la théorie de la transparence (*Durchgriff*)⁷³ ou sur l'institution, développée par le Tribunal fédéral, de la responsabilité du

⁷² Cf. *supra* note 19.

⁷³ A ce sujet notamment P. FORSTMOSER/A. MEIER-HAYOZ/P. NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996, § 60 n. 48.

groupe pour la confiance éveillée⁷⁴. Ces concepts basés sur l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 CC) ne permettent toutefois une correction que dans un cadre considérablement plus restreint.

11. Contrat entre la société et son unique associé

(1) Une autre innovation est introduite pour tenir compte d'une situation contractuelle assez atypique, qui se présente dans de petites sociétés fermées : pour les **Sàrl à un seul associé** - qui pourront désormais être fondées comme telles⁷⁵ - les **contrats** entre ce dernier et la société devront être conclus **par écrit**, sauf s'il s'agit de transactions de la vie courante des affaires, conclues au prix du marché⁷⁶. Il sera ainsi plus facile par la suite de rétablir les faits.

(2) Le champ d'application de cette règle a peut-être été déterminé de façon quelque peu hasardeuse : d'une part, la conclusion de contrats engendre aussi une situation particulière dans le cas d'une société qui compte peu d'associés et, d'autre part, la situation ne se présente pas différemment pour la **SA** à un actionnaire que pour la **Sàrl** à un associé. Il conviendra de réexaminer ce point au cours de la réflexion sur le projet.

⁷⁴ Cf. ATF 120 II 331 = JdT 1995 I 359 ; voir également à ce sujet l'article récent et détaillé de M. LUTTER, *Haftung aus Konzernvertrauen?*, in *Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk*, Cologne 1997, p. 229 ss.

⁷⁵ Art. 775 al. 1 P.

⁷⁶ Art. 814 al. 2 P.

12. Conclusions

Ce survol des principales règles du projet concernant la protection des créanciers avait pour but de mettre en lumière deux choses :

- d'abord, la **proximité avec le droit de la SA** est clarifiée et renforcée,
- ensuite, malgré l'accentuation des caractères communs à toutes les sociétés de capitaux, la Sàrl demeure une **forme organisée de manière indépendante** et n'est pas qu'une variété de la SA.

II. La protection des associés

La situation juridique de l'associé ne fait pas l'objet de cet exposé⁷⁷. Je préfère ne mentionner que quelques propositions, dont le but spécifique est la **protection des associés**.

1. Diminution du risque personnel

(1) L'innovation la plus importante a déjà été mentionnée : il n'y aura plus à l'avenir de **responsabilité personnelle pour le capital non libéré**.⁷⁸

⁷⁷ Nous renvoyons à la contribution de RAPP dans cette publication (p. 181 ss).

⁷⁸ Cf. *supra ad note 16*.

(2) Il est également prévu une limitation du risque relatif à une éventuelle **obligation de versements supplémentaires** : alors que le droit actuel n'impose aucune restriction quantitative pour ces versements supplémentaires et se contente d'exiger qu'ils soient limités "à un montant déterminé ou proportionné au capital social"⁷⁹, le projet prévoit que le montant de cette obligation "ne peut dépasser le double de la valeur nominale de [la] part sociale."⁸⁰

(3) Comme des tiers peuvent se fier à l'obligation d'opérer des versements supplémentaires des personnes inscrites comme associés au registre du commerce⁸¹, le projet prévoit qu'**un associé sortant peut au besoin requérir lui-même sa radiation**⁸². Cette réglementation reprend, pour des motifs similaires, celle qui existe en droit de la SA pour les membres du conseil d'administration⁸³ et qui a toujours prévalu pour les sociétés coopératives avec responsabilité personnelle ou obligations de versements supplémentaires⁸⁴.

(4) **L'introduction ou l'aggravation ultérieure** des obligations d'opérer des versements supplémentaires ou

⁷⁹ Art. 803 al. 2 CO.

⁸⁰ Art. 803 al. 3 P.

⁸¹ L'art. 794 al. 3 P le prévoit expressément.

⁸² Art. 794 al. 2 P.

⁸³ Art. 711 al. 2 CO.

⁸⁴ Art. 877 al. 2 CO.

d'effectuer des prestations accessoires nécessite, comme jusqu'à présent, **l'unanimité**⁸⁵.

2. Renforcement de l'égalité de traitement

Comme lors de la réforme du droit de la SA, le **principe d'égalité de traitement** devra aussi être **renforcé** en cas de révision du droit de la Sàrl :

(1) La loi prévoira expressément, pour la Sàrl aussi, que les **gérants et les tiers chargés de la gestion** "doivent traiter de la même manière les associés qui se trouvent dans la même situation"⁸⁶.

(2) Il résulte du renvoi au droit de la SA que l'inégalité de traitement entre les associés pourra constituer, dans la Sàrl également, un motif d'annulation des **décisions de l'assemblée des associés**⁸⁷.

(3) Concernant le **droit de vote**, en accord une nouvelle fois avec le droit de la SA, les privilèges éventuels ne pourront dorénavant pas dépasser le décuple de l'apport en

⁸⁵ Art. 803d P ; cf. art. 784 al. 3 CO.

⁸⁶ Art. 812b al. 2 P ; voir pour le droit de la SA l'art. 717 al. 2 CO.

⁸⁷ Art. 810d P en rel. avec l'art. 706 al. 2 ch. 3 CO.

capital⁸⁸. En outre, le privilège de vote ne sera pas pris en considération dans les mêmes cas que pour la SA⁸⁹.

3. Amélioration de l'information

Selon le droit actuel, l'associé non gérant d'une Sàrl ne dispose de droits à l'information étendus que si la société n'a pas d'organe de contrôle⁹⁰. S'il y a un organe de contrôle, les droits à l'information correspondent alors à ceux d'un actionnaire⁹¹, ce qui n'est pas équitable vu la relation étroite entre l'associé et la société, son obligation de fidélité et la prohibition de concurrence qui lui est imposée⁹².

Le projet entend **uniformiser et considérablement élargir les droits à l'information** des associés⁹³. En outre, le renvoi intégral au droit de la SA pour l'établissement des comptes, y compris les comptes de groupe, constitue aussi une amélioration.

Toutefois, compte tenu du caractère plus fortement personnel de la Sàrl, l'institution du **contrôle spécial** semble superflue et n'est dès lors **pas prévue**.

⁸⁸ Art. 810 al. 2 P ; comparer avec l'art. 693 al. 2 CO. Le droit actuel admet au contraire - comme l'ancien droit de la SA - tous les privilèges de vote sans restriction, cf. art. 808 al. 4 CO.

⁸⁹ Cf. art. 810 al. 3 P et 693 al. 3 CO. La décision relative à l'introduction d'un vérificateur spécial n'est pas mentionnée, puisque ce dernier n'est pas prévu pour la Sàrl.

⁹⁰ Art. 819 al. 1 CO.

⁹¹ Art. 819 al. 2 CO.

⁹² Cf. art. 807a P.

⁹³ Cf. art. 807b P.

4. Renforcement de la protection du droit préférentiel

La protection du droit préférentiel des associés doit aussi être renforcée, à nouveau en accord avec le nouveau droit de la SA⁹⁴.

5. Transmissibilité facilitée

(1) Chacun sait que la réforme du droit de la SA a été marquée par le principe de libre transmissibilité du sociétariat et par la forte limitation des restrictions possibles à cette transmissibilité⁹⁵.

Sur ce point, une adaptation du droit de la Sàrl à celui de la SA ne serait certainement **pas indiquée**. Au contraire, les composantes personnelles de cette forme de société exigent qu'il soit possible de refuser librement l'entrée de nouveaux associés. C'est pourquoi le projet prévoit une règle, dispositive, qui permet un refus sans indication de motifs⁹⁶, et maintient même la possibilité d'une prohibition statutaire de céder les parts sociales⁹⁷.

⁹⁴ Voir les art. 787 P et 787 CO et la solution pour la SA (art. 652b CO) ; pour plus de détails, cf. RAPP dans cet ouvrage (p. 181 ss).

⁹⁵ Voir notamment l'ouvrage détaillé de H. KLAY, *Die Vinkulierung*, thèse, Bâle 1997.

⁹⁶ Le projet d'une SA privée de HIRSCH/NOBEL (art. 6) prévoit aussi une telle possibilité de refus sans indication de motifs. Mais, contrairement à la solution du projet d'experts discuté ici, cette possibilité doit, selon la proposition HIRSCH/NOBEL, trouver son fondement dans une disposition statutaire.

⁹⁷ Art. 791 al. 3 P.

(2) Cependant, dans la mesure où la cession de la part sociale, et donc le transfert de la qualité d'associé, est possible, elle doit être **facilitée** :

- Le premier allégement consiste en ce qu'un associé pourra à l'avenir posséder plusieurs parts sociales, ce qui facilitera le **transfert de parts de sociétariat**⁹⁸. Il ne sera notamment plus nécessaire de modifier les statuts, comme c'est toujours le cas selon le droit actuel, lorsqu'une part seulement de la position d'associé est transférée ou lorsqu'un associé - par exemple en cas de succession - doit être remplacé par plusieurs autres⁹⁹.
- La transmissibilité - avant tout de parts de sociétariat - sera facilitée par le fait que **la valeur nominale minimum légale des parts sociales sera ramenée à 100 francs**¹⁰⁰.
- **L'exigence de la forme authentique tombera** : la forme écrite simple suffira aussi bien pour l'obligation de céder que pour l'acte de disposition¹⁰¹.

⁹⁸ Art. 774 al. 2 P, par rapport à l'art. 774 al. 2 CO, en vertu duquel chaque associé ne peut posséder qu'une part sociale.

⁹⁹ Voir l'art. 776 ch. 3 CO, selon lequel "le montant [...] de la part de chaque associé" doit être inscrit dans les statuts.

¹⁰⁰ Certains auteurs proposent même une diminution à un montant de Fr. 10.- (cf. SCHAUB, *Aspects de la future révision du droit de la SARL*, p. 781), ce qui peut tout à fait être discuté.

¹⁰¹ Art. 791 al. 1 P par rapport à l'art. 791 al. 4 CO. SCHAUB, *Aspects de la future révision du droit de la SARL*, p. 782, propose un compromis : liberté de la forme pour l'acte générateur d'obligation et forme authentique pour la cession.

- Enfin, le **quorum légal**, dispositif, pour le **consentement à la cession des parts** doit être **diminué**¹⁰² et son aggravation par une clause statutaire ne doit pas être admise dans n'importe quelle mesure¹⁰³.
- Le projet prévoit en revanche que tous les associés sont **inscrits au registre du commerce**. Cette exigence concerne donc également **tous les changements d'associés**. Sur ce point, il n'y a ainsi **pas d'allègement**.

Il conviendrait à mon avis de remettre cette exigence en question et de la nuancer : l'inscription se justifie dans le droit actuel par le fait que tous les associés peuvent être soumis à l'obligation éventuelle de verser le montant non libéré du capital social et que, par conséquent, les créanciers ont un intérêt à connaître l'identité des associés. En revanche, dans le système du projet, les créanciers n'auraient un tel intérêt que lorsque la société a prévu l'obligation de procéder à des versements supplémentaires. On peut dès lors se demander si l'obligation d'inscrire les associés au registre du commerce ne devrait pas être limitée à ces

¹⁰² Art. 810c al. 2 P : la décision doit recueillir au moins deux tiers des voix représentées et la majorité absolue de l'entier du capital social donnant lieu au droit de vote ; selon le droit actuel (art. 791 al. 2 CO), il est nécessaire d'obtenir l'assentiment des trois quarts de tous les associés représentant en même temps les trois quarts au moins du capital social. Selon le projet de SA privée proposé par HIRSCH/NOBEL, le consentement de la société serait aussi nécessaire au transfert (art. 6), mais il suffirait de la majorité absolue prévue par la réglementation légale dispositive (art. 703 CO).

¹⁰³ L'art. 810c al. 2 P prévoit comme limite supérieure la majorité des trois quarts des associés ayant le droit de vote et du capital donnant lieu au droit de vote.

seules sociétés, comme c'est le cas en droit de la société coopérative, qui n'exige le dépôt d'une liste des associés (consultable au registre du commerce) que pour les coopératives avec une responsabilité personnelle ou des obligations de versements supplémentaires à charge des membres. Ainsi, dans tous les autres cas, non seulement le changement d'associés serait facilité d'un point de vue administratif mais l'anonymat des associés serait garanti, comme dans la SA.

III. Conclusions

(1) J'espère avoir montré avec ces remarques que la Sàrl ne doit pas devenir, avec le projet du groupe d'experts, une simple petite SA "privée". Certes diverses particularités du droit actuel de la Sàrl, dont aussi quelques curiosités helvétiques, doivent être supprimées et remplacées par les règles correspondantes du droit de la SA. On conserve pourtant les éléments à caractère personnel, qui différencient la Sàrl de la SA et qui en font une **forme de société autonome**.

(2) La discussion sur le projet de révision s'est ouverte récemment¹⁰⁴. Il ne fait aucun doute que de nombreux points sont susceptibles d'être améliorés et il faut espérer - ce sera sans doute le cas - que la critique donne une

¹⁰⁴ Jusqu'à aujourd'hui, M. FURER, *Attraktivitätssteigerung für die GmbH*, NZZ n° 173 du 29 juillet 1997, p. 21, s'est exprimé de manière très positive au sujet du projet, alors que SCHAUB, *Aspects de la future révision du droit de la SARL*, a au contraire exprimé des critiques sur divers points.

impulsion positive pour le droit à venir. A ce sujet, j'aimerais exprimer trois souhaits :

- Le groupe d'experts s'est efforcé de créer une **réglementation équilibrée**. Cela impliquait que les facilités et la plus grande flexibilité introduites sur certains points soient en partie compensées par des exigences plus sévères sur d'autres. Le projet devrait dès lors être **envisagé comme une unité** et la critique ne devrait pas porter sur des règles isolées sans considération de leur éventuelle contrepartie¹⁰⁵.
- Ensuite, le droit actuel de la Srl a souffert durant les dernières décennies de la réputation peu flatteuse de "SA au rabais" (*AG des kleinen Mannes*) qui se heurtait au scepticisme des tiers. Il faudrait éviter ce préjugé à l'avenir et ne **pas aménager** la Srl comme une **société "discount"**. L'augmentation du capital social minimum, l'organe de révision obligatoire et les dispositions plus sévères en matière de fondation devraient aussi être appréciées sous cet angle, en tant que revalorisation de cette forme juridique et de son crédit, et non seulement comme une restriction à la liberté d'action de l'économie.

¹⁰⁵ Ainsi, l'augmentation du capital social minimum et l'exigence de sa libération totale doivent par exemple être examinées en relation avec la suppression de la responsabilité personnelle subsidiaire des associés, et l'élargissement des droits à l'information en relation avec le devoir de fidélité et la prohibition de concurrence à charge de tous les associés.

- La Sàrl doit enfin être organisée de façon à être la plus **eurocompatible** possible, afin de la rendre plus facile d'accès aux étrangers qui connaissent cette forme juridique dans leur pays d'origine. Les particularismes suisses qui caractérisent le droit actuel de la Sàrl¹⁰⁶, devraient disparaître avec la réforme.

En conclusion, il s'agit de créer une forme juridique qui soit transparente, flexible et libérée des contraintes administratives inutiles, mais qui dispose aussi du crédit indispensable à la vie des affaires.

¹⁰⁶ Exemples : responsabilité personnelle subsidiaire des associés, limite supérieure du capital social.

PETER FORSTMOSER

Professeur à l'Université de Zurich

**KAPITAL-, GLÄUBIGER- UND GESELLSCHAFTERSCHUTZ
IM KÜNFTIGEN GMBH-RECHT**

**LA PROTECTION DU CAPITAL, DES CRÉANCIERS ET DES
ASSOCIÉS DANS LE DROIT FUTUR DE LA SÀRL**

Tiré à part de la

publication **CEDIDAC** 37

**LES PROJETS DE SÀRL RÉVISÉE
ET DE SA PRIVÉE**

Travaux des Journées d'étude organisées par
le CEDIDAC le 22 octobre 1997 à Lausanne et
l'EUROPA INSTITUT le 23 octobre 1997 à Zurich

édités par

FRÉDÉRIC ROCHAT ET PHIDIAS FERRARI

Lausanne 1998