

1493

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

Le capital social initial de la société à responsabilité limitée

**Etude du droit suisse en vigueur et de l'avant-projet de révision
du droit de la société à responsabilité limitée d'avril 1999**

Thèse

présentée à la Faculté de droit et des sciences économiques pour obtenir le
grade de docteur en droit

par

Jürg Schneider

Avocat

Monsieur Jürg Schneider est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée: «Le capital social initial de la société à responsabilité limitée - Etude du droit suisse en vigueur et de l'avant-projet de révision du droit de la société à responsabilité limitée d'avril 1999».

Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, le 16 décembre 1999

Le Doyen
de la Faculté de droit
et des sciences économiques

Pierre Wessner

Cet ouvrage paraît également comme volume 197 de la série

Etudes suisses de droit commercial et de droit des affaires / Schweizer
Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, éditées par le professeur Peter
Forstmoser et publiées par Schulthess Juristische Medien SA

Remerciements

Au moment de terminer ce travail, j'aimerais exprimer toute ma gratitude aux personnes qui ont contribué à son aboutissement.

Mes remerciements vont particulièrement à Monsieur le Professeur Roland Ruedin, directeur de thèse, dont la disponibilité et les conseils m'ont été d'une aide précieuse. Je tiens également à remercier Madame la Juge fédérale Ursula Nordmann-Zimmermann et Monsieur le Professeur Peter Forstmoser pour avoir assumé la charge de corapporteurs.

Un grand merci aussi à mes collègues Me Jean-Luc Niklaus, Me Stéphane Konkoly, Me Grégoire Landry et Jérôme Simon-Vermot qui ont eu le courage et la patience d'accomplir le travail de relecture.

Je tiens d'autre part à témoigner ma profonde reconnaissance à mes parents, qui m'ont permis de mener à bien mes études universitaires.

Enfin, j'aimerais remercier Christine pour son soutien constant au cours de ce long travail. Sans son appui et ses encouragements, cette thèse n'aurait jamais vu le jour.

Sommaire

Remerciements	V
Sommaire	VII
Travaux préparatoires	IX
Bibliographie	XIII
Abréviations	XLVII
Introduction	1
I. Historique	3
II. La définition du capital social	41
III. Les fonctions du capital social	91
IV. La constitution effective du capital social initial	101
V. L'avant-projet de révision d'avril 1999	207
Table des matières	329

Travaux préparatoires

Suisse

Code fédéral des obligations de 1881

Entwurf, Konkordat über Handels- und Verkehrsrecht, 1863 (par WALTHER MUNZINGER) (Archives fédérales: Fonds E 22, no 2046)

Projet de Code de commerce suisse (Genève 1864) (traduction de l'allemand par CHARLES FRIDERICH du projet de WALTHER MUNZINGER: Entwurf, Schweizerisches Handelsrecht, Zurich 1864) et Motifs du projet de Code de commerce suisse (Zurich 1865) (traduction de l'allemand par MARC DUFRAISSE des Motive zu dem Entwurf eines Schweizerischen Handelsrechtes par WALTHER MUNZINGER, Berne 1865)

Schweizerisches Obligationenrecht, Entwurf 1871 (par WALTHER MUNZINGER; pas de traduction disponible) (Archives fédérales: Fonds E 22, no 2050)

Loi fédérale concernant le droit des obligations, y compris le droit commercial et le droit de change (Art. 64 de la Constitution fédérale), Projet élaboré sur les bases arrêtées par une commission (22 - 28 octobre 1869) et (6 - 13 octobre 1872) (Berne 1876) (Archives fédérales: Fonds E 22, no 2060) (traduction par GUSTAVE FICK du projet 1875 de HENRI FICK: Schweizerisches Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wechselrechtes [Art. 64 der Bundesverfassung], Entwurf bearbeitet nach des Beschlusses einer Kommission vom 22. - 28. Oktober 1869 und vom 6. - 13. Oktober 1872, Berne 1875)

Projet de loi fédérale sur le droit des obligations y compris le droit commercial et le droit de change (Genève 1877) (Archives fédérales: Fonds E 22, no 2060) (traduction non officielle par GUSTAVE FICK du projet de 1877: Schweizerisches Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wechselrechtes [Art. 64 der Bundesverfassung], Entwurf bearbeitet nach des Beschlusses einer Kommission vom 16. bis 21. Mai 1876 und vom 18. September bis 7. Oktober 1876, Berne 1877)

Loi fédérale sur les Obligations et le Droit commercial (Art. 64 de la Constitution fédérale), projet présenté par le Département fédéral de Justice et Police sur la base des délibérations d'une Commission préconsultative, juillet 1879 (Archives fédérales: Fonds E 22, no 2088) et Message du Conseil fédéral à la haute Assemblée fédérale concernant le projet d'une loi fédérale sur les obligations et le droit commercial, du 27 novembre 1879 (FF 1880 I p. 115 ss)

Rapport de la commission du conseil des états chargée d'examiner le projet de la loi fédérale sur les obligations et le droit commercial, du 31 mai 1880 (FF 1880 III p. 139 ss)

Rapport de la commission du conseil national sur le projet de code suisse des obligations et de commerce, de novembre 1880 (FF 1881 I p. 195 ss)

Rapport du conseil fédéral à l'assemblée fédérale concernant le code des obligations, du 28 mai 1881 (FF 1881 III p. 13 ss)

Révision de 1911 du Code fédéral des obligations

Entwurf zum Obligationenrecht (1904) (par EUGEN HUBER)

Bericht über die Anpassung und Revision des Obligationenrechts und über die Einführungsbestimmungen zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (1904) (par EUGEN HUBER)

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi destiné à compléter le projet de Code civil suisse (droit des obligations et titre final), du 3 mars 1905 (FF 1905 II p. 1 ss)

Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision du code des obligations (Supplément au message du 3 mars 1905), du 1^{er} juin 1909 (FF 1909 III p. 747 ss)

Révision de 1936 du droit des sociétés

Schweizerisches Obligationenrecht, Manuskript, Entwurf betreffend Revision der Titel XXIV bis XXVII des Obligationenrechts, Juni 1915 (cité: PROJET 1915) (Archives fédérales: J. 1. 109, no 297)

Schweizerisches Obligationenrecht, Manuskript, Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechts, Juni 1917 (cité: PROJET 1917) (Archives fédérales: J. 1. 109, no 301)

Projet de loi fédérale concernant la révision des titres XXIV à XXXIII du code fédéral des obligations (cité: PROJET 1919). En allemand: Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechts. Rapport sur la révision des Titres 24 à 33 du Code fédéral des obligations, présenté au Département fédéral de justice et police en mars 1920 (par EUGEN HUBER) (cité: RAPPORT HUBER)

II^o Projet de loi fédérale concernant la révision des titres XXIV à XXXIII du Code fédéral des obligations (cité: PROJET 1923). En allemand: II. Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechts. Deuxième rapport sur la révision des titres 24 à 33 du Code fédéral des obligations (rapport soumis au Département fédéral de justice et police dans le courant du mois de décembre 1923) (par ARTNUR HOFFMANN) (cité: RAPPORT HOFFMANN)

Code fédéral des obligations, Revision des titres XXIV à XXXIII, Procès-verbal de la Commission d'experts, publié par le Département fédéral de Justice et Police 1928 (cité: PROCÈS-VERBAL)

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui du projet de loi révisant les titres XXIV à XXXIII du Code des obligations, du 21 février 1928 (FF 1928 I 233 ss) (cité: PROJET et MESSAGE 1928). En allemand: Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts vom 21. Februar 1928 (BBI 1928 I 205 ss) (le projet et le message n'existent pas en langue italienne)

Stellungnahmen und Anträge des Schw. Handels- und Industrievereins zum Revisionsbedarf des OR (Archives fédérales: Fonds J.1.109, no vol. 333) (cité: Stellungnahmen)

Procès-verbaux des commissions du Conseil national et du Conseil des Etats (1929 - 1935)

Revision des Obligationenrechts, Kommission des Ständerates, Referat zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung (fait partie des procès-verbaux de la commission du Conseil des Etats)

Rapport du président de la commission du 8 décembre 1936 (Conseil des Etats, Session d'hiver 1936, 2284 Code des obligations - Revision des titres XXIV à XXIII [recte XXXIII], projet de la commission de rédaction du 26 novembre 1936 (Archives fédérales: Fonds 2284 [A] 1070 1, no vol. 52)

BO CN 1934, p. 733 ss; BO CN 1935, p. 200 ss; BO CN 1936, p. 778 ss

BO CE 1931, p. 619 ss; BO CE 1935, p. 119 ss; BO CE 1935, p. 265 ss; BO CE 1936, p. 93 ss

Révision de 1991 du droit des sociétés anonymes

Rapport intérimaire du président et du secrétaire du Groupe de travail pour l'examen du droit des sociétés anonymes relatif à une proposition de révision partielle du droit des sociétés anonymes (Berne et Lausanne 1972) (cité: *RAPPORT INTÉRIMAIRE*)

Vorentwurf für eine Teilrevision des Aktienrechts; Zusammenstellung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens zum Vorentwurf von September 1975 (Mai 1978), Eidgenössische Justizabteilung

Message concernant la révision du droit des sociétés anonymes du 23 février 1983 (FF 1983 I 757 ss) (cité: *PROJET* et *MESSAGE* 1983). En allemand: Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983 (BBl 1983 II 745 ss) (cité: *ENTWURF* und *BOTSCHAFT* 1983)

Travaux préparatoires du droit des sociétés anonymes, par OLIVIER SCHALLER et DENIS WEBER (Classeur CEDIDAC, Lausanne 1993)

Révisions actuellement en cours

Groupe de réflexion «Droit des sociétés», Rapport final du 24 septembre 1993 (cité: *RAPPORT FINAL*). En allemand: Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht», Schlussbericht vom 24. September 1993

Révision du droit de la Sàrl, Projet et rapport explicatif du 29 novembre 1996, CEDIDAC, Lausanne 1997 (cité: *PROJET* 1996 [abréviation: P 1996] et *RAPPORT EXPLICATIF*). En allemand: Reform des GmbH-Rechts, Expertenentwurf mit Erläuterungen vom 29. November 1996 für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zurich 1997 (cité: *ENTWURF* 1996 et *ERLÄUTERUNGEN*)

Avant-projet de loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation de sujets (loi sur la fusion), Novembre 1997 (cité: *AP Lfus*) et Rapport explicatif concernant l'avant-projet de loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation de sujets (loi sur la fusion), Novembre 1997 (cité: *RAPPORT EXPLICATIF AP LFUS*)

Avant-projets et rapport explicatif pour une loi fédérale sur l'établissement et le contrôle des comptes annuels (cité: LECCA) et pour une ordonnance sur l'agrément des contrôleurs des comptes (cité: OACC) du 29 juin 1998 à l'attention du Département fédéral de justice et police

Avant-projet de révision du droit de la société à responsabilité limitée; rapport d'experts pour un avant-projet de révision du droit de la société à responsabilité limitée, avril 1999 (cité: AVANT-PROJET [abréviation: AP 1999] et RAPPORT D'EXPERTS). En allemand: Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung; Expertenbericht zum Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, April 1999 (cité: VORENTWURF et EXPERTENBERICHT). En italien: Avamprogetto di riforma del diritto della società a garanzia limitata; Rapporto peritale sull'avamprogetto di riforma del diritto della società a garanzia limitata, aprile 1999 (cité: AVAMPROGETTO et RAPPORTO)

Etranger

Allemagne

Referentenentwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung von 1969, Herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz (cité: REFERENTENENTWURF)

Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften, Deutscher Bundestag, 8. Wahlperiode, Drucksache 8/3908 du 14.04.80, p. 1 - 82 (cité: RECHTSAUSSCHUSS, BT-DRUCK, 8/3908)

Etats-Unis (recommandations, lois modèles avec commentaires officiels)

Revised Model Business Corporation Act, adopted by Committee on Corporate Laws of the Section of Corporation, Banking and Business Law of the American Bar Association, Spring 1984, Official text, with Official Comments and Statutory Cross-References, New York/Washington D.C. (cité: R.M.B.C.A. et R.M.B.C.A. COMMENTAIRE OFFICIEL)

The American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Volume 1, Parts I - VI, § 1.01 - 6.02, as adopted and promulgated by the American Law Institute at Washington D.C., May 13, 1992, St. Paul (Minn.), 1994 (cité: PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE)

Uniform Limited Liability Company Act (1996), drafted by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, approved and recommended for enactment in all the States at its annual Conference, San Antonio, Texas, July 12 - July 19, 1996, with prefatory note and comments (cité: U.L.L.C.A.)

Bibliographie

Suisse

- AEPLI, VIKTOR in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V 1h, Das Erlöschen der Obligationen, Erste Lieferung, Art. 114 - 126 OR, Zurich 1991;
- AMONN, KURT /
GASSER, DOMINIK Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6^e éd., Berne 1997;
- AMSTUTZ, MARC in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530 - 1186 OR, ad art. 793 - 804 et 818 CO, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1994;
- ASSOCIATION SUISSE DES
BANQUIERS Financement des entreprises nouvelles et des PME par le crédit et le capital-risque, Bâle 1997;
- ATTESLANOER, PIERRE-EMILE Essai sur la Société à Responsabilité limitée, thèse Genève 1923;
- AUBERT, JEAN-FRANÇOIS Bundesstaatsrecht der Schweiz, Band I, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1991;
- BÄHLER, THOMAS Die massgeschneiderte Gesellschaft, thèse Berne 1998;
- BÄR, ROLF Gründergesellschaft und Vorgesellschaft zur AG, in: Recht und Wirtschaft heute, Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer, Berne 1980, p. 77 - 98 (cité: BÄR, *Gründergesellschaft*);
- Der öffentliche Glaube des Handelsregisters, Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979, Berne 1979, p. 131 - 167 (cité: BÄR, *öffentliche Glaube*);
- Kognitionsbefugnisse des Handelsregisterrührers, NB 1978, p. 410 - 437 (cité: BÄR, *Kognitionsbefugnisse*);
- Die Haftung des Gesellschafters nach schweizerischem GmbH-Recht, in: Arbeiten zur Rechtsvergleichung: Die Haftung des Gesellschafters in der GmbH, Francfort-sur-le-Main/Berlin 1968, p. 62 - 90 (cité: BÄR, *Haftung*);
- BAUDENBACHER, CARL in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530 - 1186 OR, ad art. 620 - 625 et 772 - 775 CO, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1994 (cité: BAUDENBACHER, BaK);
- Aspekte der Europakompatibilität, Integrationspolitisch verbleibt ein weiterer Revisionsbedarf, EC 1991 (65), p. 608 - 612 (cité: BAUDENBACHER, *Aspekte*);

Bibliographie

- BAUDENBACHER, CARL /
BANKE, KLAUS Die GmbH gestern, heute und morgen, RSDA 1996 (68), p. 49 - 60;
- BAUMANN, JOSEPH-
ALEXANDER Gegenstand und Bewertung von Sacheinlagen und Sachübernahmen nach Privat- und Steuerrecht, mit besonderer Berücksichtigung der kantonalen Steuerrechte von Zürich und Thurgau, thèse Zurich 1972;
- BAUMANN, MAX in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 1. Band, Einleitung, 1. Teilband, Art. 1 - 7 ZGB, Zurich 1998;
- BECK, PETER Die Kognition des Handelsregisterführers im Rechte der Aktiengesellschaft, thèse Zurich 1953;
- BEELE, GAETANO Die Wertpapiere im schweizerischen Recht, Aarau 1937;
- DE BEER, ALEXANDER I. Minderheitenschutz durch erweiterte Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers, RDS 1995 (114) I. p. 81 - 115;
- BERNHARD, HEINRICH Vergleich des italienischen Entwurfs einer GmbH mit der schweizerischen Regelung, thèse Bâle 1938;
- BERTHEL, RETO /
BOCHUD, LOUIS Neues Aktienrecht aus registerrechtlicher und notarieller Sicht, Lucerne 1992;
- BIBER, RENÉ /
WATTER, ROLF Notariatspraxis bei Gründung und ordentlicher Kapitalerhöhung, PJA 1992, p. 701 - 707;
- BIERMANN, HANS-GEORG Die Haftungsverhältnisse der deutschen und schweizerischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung, thèse Bâle 1958;
- BYGLER-EGGENBERGER,
MARGRITH in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1 - 359 ZGB, ad art. 17 et 18 CC, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996;
- BOCKLI, PETER Les sept principales différences entre SA et Sàrl - avant et après la révision, in: Les projets de Sàrl révisée et de SA privée, Lausanne 1998, p. 77 - 111 (cité: BOCKLI, *différences*);
Schweizer Aktienrecht, 2^e éd., Zurich 1996 (cité: BOCKLI, *Aktienrecht*);
- BOEMLE, MAX Unternehmungsfinanzierung, 12^e éd., Zurich 1998;
- BOESCH, WALTER Willensmängel beim Beitritt zu Kapitalgesellschaften, thèse Zurich 1937;
- BOSSHARD, ERNST in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch; Die kaufmännische Buchführung, Art. 957 - 964 OR, Teilband V/6/3b, Zurich 1984;

Bibliographie

- BROILLET, MARCEL Der Genuschein nach dem neuen schweizerischen Obligationenrecht (ohne Berücksichtigung der Gläubigergemeinschaft bei Anleiheobligationen), thèse Zurich 1950;
- BROSSET, GEORGES / SCHMIDT, CLAUDE Guide des sociétés en droit suisse, Tome III, Les sociétés mixtes et la société coopérative (2^e éd.), Lausanne 1973;
- BRÜCKNER, CHRISTIAN Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zurich 1993;
- BRUPBACHER, ERWIN Die GmbH, ein Handbuch für die Praxis, Zurich 1997;
- BUCHER, EUGEN Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2^e éd., Zurich 1988;
- BÜHLER, ROLAND Amtspraxis zum Handelsregisterrecht aus den Jahren 1990/91, RSDA 1992 (64), p. 80 - 87 (cité: BÜHLER, *Amtspraxis*);
Öffentliche Urkunden des Aktienrechts als Handelsregisterbelege, RNRf 1982 (63), p. 321 - 361 (cité: BÜHLER, *Urkunden*);
- BURCKHARDT, SEBASTIAN Der Erwerb eigener Aktien und Stammanteile, thèse Bâle 1983 (éd. commerciale: Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A, Privatrecht, Bd. 7, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1983);
- BURCKHARDT-FÜRSTENBERGER, KARL Gutachten über das Bedürfnis einer schweizerischen Handelsgesetzgebung, Bâle 1882;
- VON BÜREN, ROLAND Der Konzern - Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/6, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1997;
- VON BÜREN, ROLAND / BÄHLER, THOMAS Gründe für die gesteigerte Attraktivität der GmbH, Zugleich ein Beitrag zur Frage der Verweisungen auf das Aktienrecht, recht 1996, p. 17 - 28 et MB 1996, p. 221 - 243;
- VON BÜREN, ROLAND / BÜRGI, JOHANNES Rechtsformwechselnde Umwandlung einer GmbH in eine AG de lege lata: Das klärende Wort aus Lausanne, REPRAX 1/99, p. 3 - 19 (avec un résumé en français, p. 19 - 23);
- VON BÜREN, ROLAND / STEINER, CHRISTOPH Der Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, RJB 1999 (135), p. 460 - 479;
- BÜRGI, WOLFHART, F. in: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 5. Teil, die Aktiengesellschaft, Band. V/5b 1-3:
- 1. Halbband: Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660 - 697), Zurich 1957;
- 2. Halbband: Art. 698 - 738, Zurich 1969;
- 3. Halbband (avec URSULA HORDMANN): Art. 739 - 771, Zurich 1979;
(cité: BÜRGI, ZK);
Revisionsbedürftige Regelungen des schweizerischen Aktienrechts, SAS 1966 (38), p. 57 - 77 (cité: BÜRGI, *Regelungen*);

Bibliographie

- CAHN, GEORGES Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Gesellschaftsrecht, insbesondere ihre Stellung zum schweizerischen Obligationenrecht, thèse Zurich 1899;
- CAMPONOVO, RICO A. Keine Konkursöffnung wegen fehlender Revisionsstelle, EC 1996 (70), p. 769 - 772;
- CANNER, RUDOLF Die Abtretung des Gesellschaftsanteils bei der GmbH, Rechtsvergleichende Darstellung, thèse Zurich 1929;
- CAPITAINE, GEORGES Société coopérative I, Eléments constitutifs et structure juridique, FJS 1154 (mise au point 15 janvier 1955), Genève (cité: CAPITAINE, FJS 1154);
Société coopérative IV, Les obligations des sociétaires, FJS 1157 (mise au point 15 janvier 1955), Genève (cité: CAPITAINE, FJS 1157);
- CARONI, CLAUDIO I Buoni di godimento nelle Società Anonime, thèse Lausanne 1931;
- CARRY, PAUL La société à responsabilité limitée en droit suisse, FJS 799 - 804, tiré à part, Genève 1943 (cité: CARRY, FJS 799 - 804);
Considérations sur la société à responsabilité limitée, RDS 1929 (48), p. 143 - 169 (cité: CARRY, *Considérations*);
- CHAMBRE FIDUCIAIRE Manuel suisse d'audit 1998, Tome 1 - 4, Zurich (cité: CHAMBRE FIDUCIAIRE, MSA, t. 1 - 4);
- CORRADINI, ALBERTO Die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der G. m. b. H. (insbesondere in ihrer Anwendung auf Kartelle und öffentliche Körperschaften nach Entwurf 3), thèse Berne 1933;
- COUCHEPIN, R. Zur Prüfungspflicht des Handelsregisterführers, SAS 1948/1949 (21), p. 201 - 204;
- VON DER CRONE, HANS CASPAR Ein Aktienrecht für das 21. Jahrhundert, RSDA 1998 (70), p. 157 - 169 (cité: VON DER CRONE, *Aktienrecht*);
Ein Aktienrecht für das 21. Jahrhundert, Erfolgreiche Öffnung des schweizerischen Aktienmarktes, NZZ du 20.6.1998, no 140, p. 29 (cité: VON DER CRONE, *Aktienmarktes*);
Lösung von Pattsituationen bei Zweimanngesellschaften, RSJ 1993 (89), p. 37 - 44 (cité: VON DER CRONE, *Lösung*);
- CURTI, ARTHUR Handelsgesellschaften, in: Handwörterbuch der schweizerischen Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung, p. 498 - 512, Berne 1905 (cité: CURTI, *Handelsgesellschaften*);
Schweizerisches Handelsrecht (Nach Gesetzgebung und Gerichtspraxis), Zurich 1903 (cité: CURTI, *Handelsrecht*);

Bibliographie

- DESCHENAUX, HENRY Le titre préliminaire du Code civil, in: *Traité de droit privé suisse, Tome II, I*, Fribourg 1969;
- DICK, FRITZ Die Liberierung der Aktien nach geltendem Recht und Entwurf III, thèse Berne 1934;
- DREIFUSS, ERIC L. /
LEBRECHT, ANDRÉ E. in: *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530 - 1186 OR, ad art. 706 - 706b et 808 - 810 CO*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1994;
- DRUEY, JEAN NICOLAS Grundzüge des schweizerischen Aktienrechts, Separatum aus Nachdruck 1995 von Theo Guhl, *Das Schweizerische Obligationenrecht, 8^e éd.*, bearbeitet von Alfred Koller und Jean Nicolas Druey, Zurich 1995 (cité: DRUEY, *Grundzüge*);

Der Dualismus von GmbH und AG in der Schweiz, in: *Rechtsfragen der Handelsgesellschaften, Das System der Kapitalgesellschaften im Umbruch - ein internationaler Vergleich*, Cologne 1990, p. 107 - 118 (cité: DRUEY, *Dualismus*);
- DUBS, MARKUS Die Umwandlung einer AG in eine GmbH, Motivation und Vorgehen, *ARC* 1996, p. 45 - 53;
- EBENROTH, CARSTEN T. /
MESSER, ULRICH Das Gesellschaftsrecht im neuen schweizerischen IPRG, *RDS* 1989 (108) I, p. 49 - 106;
- ECKERT, MARTIN K. in: *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530 - 1188 OR, ad art. 927 - 943 CO*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1994;
- EGGER, AUGUST Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach dem rev. schweizerischen Obligationenrecht, *RSJ* 1937/1938 (34), p. 193 - 198 et 209 - 215 (cité: EGGER, *Gesellschaft*);

in: *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Art. 1 - 89 ZGB*, Zurich 1930 (cité: EGGER, *ZK*);
- ENGEL, PIERRE *Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2^e éd.*, Berne 1997;
- ERNST, TASSILO Der Genussschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, thèse Zurich 1963;
- FANCONI, ARTURO Die Haftung des Mitgliedes einer G. m. b. H. nach schweizerischem und deutschem Recht, thèse Berne 1937;
- FAVALLI, DANIELE Für eine attraktivere GmbH, *Kritische Bemerkungen zum Expertenentwurf*, *NZZ* du 29.12.1998, no 301, p. 24;
- FELLMANN, BASIL Der Konkurs der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und ihrer Mitglieder nach schweizerischem Recht (G.m.b.H.), thèse Fribourg 1947;

- FICK, FRITZ Kritische Bemerkungen zum Aktienrecht, RSJ 1919/1920 (16), p. 329 - 336;
- FICK, HENRI Mitteilungen über den gegenwärtigen Stand der Gesetzgebung betreffend die Bildung von Handelsgesellschaften mit beschränkter Haftbarkeit, insbesondere von anonymen und Kommanditen-Aktiengesellschaften, ZH 1869 (13. Band), p. 391 - 417;
- FLURI, ERICH Die rechtlichen Möglichkeiten der Kapitalbeschaffung im schweizerischen Genossenschaftsrecht, thèse Zurich 1972;
- FOLLIET, EDOUARD Le bilan dans les sociétés anonymes du point de vue juridique et comptable, 6^e éd., Lausanne 1954;
- FORSTMOSER, PETER Kapital-, Gläubiger- und Gesellschafterschutz im künftigen GmbH-Recht, in: Les projets de Sàrl révisée et de SA privée, Lausanne 1998, p. 113 - 146 (traduction française: La protection du capital, des créanciers et des associés dans le droit futur de la Sàrl, p. 147 - 180) (cité: FORSTMOSER, *Gesellschafterschutz*);
- Widerrufbarkeit des Auflösungsbeschlusses einer Aktiengesellschaft, RSDA 1998 (70), p. 150 - 156 (cité: FORSTMOSER, *Widerrufbarkeit*);
- Handlungsbedarf bei altrechtlichen Aktiengesellschaften, RSJ 1997 (93), p. 86 - 90 (cité: FORSTMOSER, *Handlungsbedarf*);
- Zwei Jahre revidiertes Aktienrecht, Zehn Beobachtungen, EC 1994 (68), p. 869 - 874 (cité: FORSTMOSER, *Zehn Beobachtungen*);
- Die Rückgängigmachung von Eintragungen im Aktienbuch - problemlos oder unzweideutig rechtswidrig? Zugleich ein Hinweis zur Kognitionsbefugnis der Handelsregisterführer, SAS 1989 (61), p. 173 - 180 (cité: FORSTMOSER, *Rückgängigmachung*);
- Schweizerisches Aktienrecht, Band I/1, Grundlagen, Gründung und Änderungen des Grundkapitals, Zurich 1981 (cité: FORSTMOSER, *Aktienrecht*);
- Das Genossenschaftsrecht, das Recht der GmbH und die Teilrevision des Aktienrechts, SAS 1976 (48), p. 46 - 53 (cité: FORSTMOSER, *Genossenschaftsrecht*);
- In: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VII, 4. Abteilung, die Genossenschaft (Art. 828 - 926 OR):
- Erste Lieferung: Systematischer Teil und Art. 828 - 838 OR, Berne 1972,
 - Zweite Lieferung: Art. 839 - 851 OR, Berne 1974, (cité: FORSTMOSER, BK);

Bibliographie

- FORSTMOSER, PETER /
MEIER-HAYOZ, ARTHUR /
NOBEL, PETER Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996;
- FREI, URS GAUDENZ Nichtige Beschlüsse der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, these Zurich 1961;
- FRICK, THEODOR Die Frage der Einführung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Schweiz, these Zurich 1916;
- FRIEDRICH, HANS-PETER Das Genossenschaftskapital im schweizerischen Obligationenrecht, these Bâle 1941 (Buchausgabe 1943);
- FURRER, MARTIN Attraktivitätssteigerung für die GmbH, Ein weitreichender Revisionsentwurf, NZZ du 29.7.1997, no 173, p. 21;
- GAMMA, RUDOLF Die persönlichen Mitgliedschaftsrechte in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (G.m.b.H.), these Berne 1944;
- GAUCH, PETER Schweizerisches Obligationenrecht, Textausgabe, 41^e éd., Zurich 1996 (cité: GAUCH, *Textausgabe*);

Von der Eintragung im Handelsregister, ihren Wirkungen und der negativen Publizitätswirkung, SAS 1976 (48), p. 139 - 151 (cité: GAUCH, *Handelsregister*);
- GAUCH, PETER /
SCHLUEP, WALTER R. /
SCHMID, JÖRG /
REY, HEINZ Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I und II, 7^e éd., Zurich 1998;
- GEGENBAUER, PETER Die Differenzen zwischen dem Grundkapital der Aktiengesellschaft und dem Stammkapital der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, these Berne 1932;
- GEISER, HANS RUDOLF Die Haftung eines Gesellschafters der G.m.b.H. bei Nichterfüllung seines Sacheinlageversprechens, these Berne 1944;
- GELZER, MICHAEL Die Nichterfüllung der Einlagepflicht des Gesellschafters der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, these Bâle 1939;
- GERSTER, MAX Was für ein GmbH-Recht braucht die Schweiz? NZZ du 21.10.1999, no 245, p. 25;
- GERWIG, MAX Schweizerisches Genossenschaftsrecht, Berne 1957;
- GIRSBERGER, DANIEL in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, ad art. 160 - 165 LDIP, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996;
- GLANZMANN, ANDREAS Die Europavereinbarkeit der Gründungsvorschriften im Schweizer Aktienrecht, in: Cahiers suisses de l'intégration européenne, no 7, Berne 1996;

- GLANZMANN, LUKAS Mögliche Kapitalerhöhung durch Verrechnung, Eine Duplik, NZZ du 21.9.1999, no 219, p. 25 (cité: GLANZMANN, LUKAS, *Mögliche Kapitalerhöhung*);
- Die Kapitalerhöhung durch Verrechnung, NZZ du 12.7.1999, no 158, p. 15 (cité: GLANZMANN, LUKAS, *Verrechnung*);
- Die Schranken der Liberierung durch Verrechnung nach schweizerischem Aktienrecht, RDS 1999 (118) I, p. 221 - 240 (cité: GLANZMANN, LUKAS, *Schranken*);
- Die Pflicht zur angemessenen Kapitalausstattung der Aktiengesellschaft, PJA 1997, p. 51 - 58 (cité: GLANZMANN, LUKAS, *Kapitalausstattung*);
- GOELDIN DE TIEFENAU,
ADDLPHE L'introduction de la société à responsabilité limitée en Suisse, thèse Lausanne 1928;
- GRASS, ANDREA R. Business Judgment Rule, Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, thèse Zurich 1998;
- VON GREYERZ, CHRISTOPH Die Aktiengesellschaft, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/2, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1982 (cité: VON GREYERZ, SPR VIII/2);
- Kapitalersetzende Darlehen, in: Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag, Zurich 1983, p. 547 - 446 (cité: VON GREYERZ, *Darlehen*);
- GRÜNDLER, PATRICK M. Die Wahl der Rechtsform für KMU, EC 1998 (72), p. 697 - 702;
- GUHL, THED Das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Schweiz (G.m.b.H.), Zurich 1937 (cité: GUHL, *Recht*);
- Die Ergebnisse der Beratungen der Expertenkommission für die Revision des Obligationenrechts, I. Teil. Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, Aktiengesellschaft und Kommanditaktiengesellschaft, RJB 1926 (62), p. 97 - 122 (cité: GUHL, *Ergebnisse*);
- GUHL, THEO /
COMMENT, ALBERT La société à responsabilité limitée en droit suisse (d'après la loi fédérale revisant les titres XXIV à XXXIII du Code des obligations du 18 décembre 1936), Zurich 1937;
- GUHL, THEO /
KUMMER, MAX /
KOLLER, ALFRED /
DRUEY, JEAN NICOLAS Das schweizerische Obligationenrecht, 8^e éd., Zurich 1991;
- GUTZWILLER, MAX in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 6. Teil, Genossenschaft, Handelsregister und kaufmännische Buchführung, Bd. V/6:
- 1. Halbband: Art. 828 - 878, Zurich 1974,
- 2. Halbband: Art. 879 - 926, Zurich 1974;

- GYR, MAX Willensmängel im Gesellschaftsrecht, these Berne 1936;
- GYSIN, ARNOLD Bemerkungen zur Einführung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Schweiz, in: Beiträge zum Handelsrecht, Festgabe für Carl Wieland, Bâle 1934, p. 179 - 196;
- HAAB, ROBERT Einleitung und Allgemeiner Überblick über die Revision, in: Sieben Vorträge über das Neue Obligationenrecht, veranstaltet von der Basler Handelskammer, Bâle 1937, p. 7 - 40 (cité: HAAB, *Einleitung*);
- Die Reform des Gesellschafts- und Wertpapierrechts in der Schweiz, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, 90. Band (Vierte Folge: 17. Band), Stuttgart 1927, p. 262 - 375 (cité: HAAB, *Reform*);
- Die Ergebnisse der Beratungen der Expertenkommission für die Revision des Obligationenrechts, II. Teil. Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Genossenschaft, RJB 1926 (62), p. 145 - 176 (cité: HAAB, *Ergebnisse*);
- HABEGGER, PHILIPP Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen unter Berücksichtigung der anderen sachgemässen und den Beteiligten zumutbaren Lösungen gemäss Art. 736 Ziff. 4 Satz 2 OR, these Zurich 1996;
- HACHENBURG, MAX Die schweizerische Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die deutsche Rechtsprechung, RDS 1936 (55), p. 329 - 382 (cité: HACHENBURG, *Rechtsprechung*);
- Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Schweiz im Vergleich zum deutschen Recht, Zentralblatt für Handelsrecht, Jg. 1 (1926), p. 16 - 22 et 60 - 65 (cité: HACHENBURG, *Gesellschaft*);
- HÄFELIN, ULRICH / HALLER, WALTER Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 4^e éd., Zurich 1998;
- HANDSCHIN, LUKAS Den Start von Unternehmen hemmen? Zur Revision des GmbH-Rechts, NZZ du 24.9.1999, no 222, p. 27 (cité: HANDSCHIN, *Start*);
- Rechte und Pflichten unter den Gesellschaftern, EC 1998 (72), p. 703 - 714 (cité: HANDSCHIN, *Rechte*);
- Die GmbH. Ein Grundriss, Zurich 1996 (cité: HANDSCHIN, *GmbH*);
- Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigem Grund und andere sachgemässe Lösungen, RSDA 1993 (65), p. 43 - 45 (cité: HANDSCHIN, *Auflösung*);

Bibliographie

- HEFTI, FRITZ Die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 824-826 des Schweiz. Obligationenrechts), thèse Zurich 1938;
- HELBLING, CARL Kapitalverlust, Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit, EC 1999 (73), p. 459 - 468 (citè: HELBLING, *Kapitalverlust*);
Vorschlag für ein Rechnungslegungs- und Revisionsgesetz, EC 1998 (72), p. 1373 - 1384 (citè: HELBLING, *Vorschlag*);
- HENSCHEL, BERNHARD Vereinfachung der GmbH-Vorschriften, NZZ du 2.9.1997, no 202, p. 9;
- HENSEL, WALTER Der Genossenschaftsanteil nach schweizerischem Obligationenrecht, thèse Zurich 1947;
- HENSLER, MARIANNE Die bedingte Kapitalerhöhung, thèse Berne 1980;
- HERY, ROBERT Die Auflösungsklage aus mangelhafter Gründung der Aktiengesellschaft nach geltendem und vorgeschlagenem schweizerischen Recht, thèse Fribourg 1928;
- HERZOG, HANS Nebenleistungspflichten bei der GmbH und deren Verwendbarkeit für Kartelle, thèse Bâle 1939;
- HIRSCH, ALAIN / NOBEL, PETER Projekt einer privaten Aktiengesellschaft, RSDA 1997 (69), p. 126 - 135;
- HIS, EDUARD in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band VII, 4. Abteilung, Handelsregister, Geschäftsfirmen und kaufmännische Buchführung, Art. 927 - 964, Berne 1940;
- HÖCHLI, JOSEF H. Die Kaduzierung von Aktien im revidierten Schweizerischen Obligationenrecht vom 18. Dezember 1936, thèse Zurich 1941;
- HOF, OTTO Von der G.m.b.H. zur Einzelunternehmung m. b. H. in rechtsvergleichender Darstellung, thèse Berne 1942;
- HÖHN, JAKOB Andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösungen im Sinne von Art. 736 Ziff. 4 OR, in: Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zurich 1993, p. 113 - 130;
- HOMBURGER, ERIC in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 5. Band, Das Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Teilband V 5b: Der Verwaltungsrat (art. 707 - 726 OR), Zurich 1997;
- HONAUER, KLAUS Die wirtschaftliche Bedeutung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Schweiz, thèse Zurich 1950;

Bibliographie

- HUBER, EUGEN Referat über die Revision des Obligationenrechts, Separatabdruck aus dem Protokoll der am 28. Mai 1921 in Zürich abgehaltenen ordentlichen Delegierten - Versammlung des Schweizerischen Handels- und Industrie-Vereins, p. 1 - 20;
- HUBER, HANS Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, RNRF 1988 (69), p. 228 - 254;
- HUBER, KARL Die qualifizierte Gründung der G.m.b.H., thèse Berne 1939;
- HUGUENIN JACOBS, CLAIRE in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1 - 359 ZGB, ad art. 27, 52 - 59 CC, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996;
- HULFTEGGER, OTTO Revision des Obligationenrechts (Aktiengesellschaft, Kommandit-Aktiengesellschaft, G. m. b. H. und Genossenschaft), Referat gehalten in der 100. Sitzung der Schweizerischen Handelskammer vom 22. Juni 1928, p. 1 - 47;
- HÜNERWADEL, PATRICK in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530 - 1166 OR, ad art. 824 - 826 CO, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1994;
- ISLER, PETER R. / ZINDEL, GAUDENZ G. in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530 - 1186 OR, ad art. 786 - 787 CO, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1994;
- ISSAKIDES, ARISTIDES Das Problem der Nichtigkeit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach schweizerischem und deutschem Recht, thèse Zurich 1954;
- JÄGGI, PETER in: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, 7. Teil, Die Wertpapiere, a. Art. 965 - 989 und 1145 - 1155, Zurich 1959;
- JÄGGI, PETER / DRUEY, JEAN NICOLAS / VON GREYERZ, CHRISTOPH Wertpapierrecht unter besonderer Berücksichtigung von Wechsel und Check, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1985;
- JANGGEN, ARNOLD / BECKER, HERMANN in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band VII, 3. Abteilung, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Art. 772 - 827 OR, Berne 1939;
- JANSSEN, FRERICH Zur Aufnahme der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in das Schweizerische Recht der Handelsgesellschaften; Die G.m.b.H nach den Entwürfen im Vergleich mit dem deutschen Recht, thèse Erlangen 1926;
- JAQUEROD, LOUIS-E. / VON STEIGER, FRITZ Formulaire du Registre du Commerce avec annotations / Eintragungsmuster für das Handelsregister mit Erläuterungen, Zurich 1943;
- JAYET, RENÉ In: Les projets de Sarl révisée et de SA privée (intervention lors des débats), Lausanne 1998, p. 264 - 266;

- JÖRG, HANS Die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, nach dem bundesrätlichen Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechts, thèse Zurich 1929;
- KÄFER, KARL in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VIII, 2. Abteilung, Die kaufmännische Buchführung, Art. 957 - 964 OR:
- 1. Teilband, Grundlagen und Artikel 957 OR, Berne 1981
- 2. Teilband, Art. 958 - 964 OR, Berne 1981
(cité: KÄFER, BK);

Art. 663 Abs. 1 OR - Eine missachtete aktienrechtliche Bilanzgliederungsvorschrift, EC 1974 (48), p. 191 - 203 et 228 - 241 (cité: KÄFER, *Bilanzgliederungsvorschrift*);
- KAPS, RODERICK Die Gründungsprüfung nach dem Entwurf zur Revision des schweizerischen Aktienrechts, thèse Saint-Gall 1989;
- KAUFMANN, OTTO KONSTANTIN Die Haftungsverhältnisse in der schweizerischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung, thèse Zurich 1939;
- KLÄY, HANSPETER Überblick über den Schlussbericht der Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht», RSDA 1994 (66), p. 135 - 143;
- KLEINER, BEAT in: Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, ad art. 1 et 3 LB, Zurich, éd. février 1999;
- KOCH, JULES Handelsregisterliche Eintragungen, Ein Leitfaden zur AG, GmbH, Genossenschaft und Stiftung, Zurich 1996;
- KOCH, THOMAS Die Aktiengesellschaft ohne Revisionsstelle - Ein Tatbestand des handelsregisterrechtlichen Zwangsverfahrens, ARC 1998, p. 133 - 155 (cité: KOCH, THOMAS, *Aktiengesellschaft*);

Das Zwangsverfahren des Handelsregisterführers, thèse Zurich 1997 (cité: KOCH, THOMAS, *Zwangsverfahren*);
- KOLLER, HEINRICH / KLÄY, HANSPETER Das Mittel der gesetzlichen Verweisung im Gesellschaftsrecht (Zur «Breitenwirkung» des revidierten Aktienrechts), in: Aktienrecht 1992 - 1997: Versuch einer Bilanz, Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Berne 1998, p. 193 - 207;
- KRAMER, ERNST A. / SCHMIDLIN, BRUNO in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1 - 18 OR, Berne 1986;
- KROUG, BERNARD La libération ultérieure du non-versé au moyen de fonds propres de la société est-elle possible au regard de l'art. 634a CO?. ARC 1993, p. 35 - 38.

- KÜNG, MANFRED
 Urabstimmung und öffentliche Beurkundung, NB 1997, p. 1 - 16 (cité: KÜNG, *Urabstimmung*);
 Liberierung durch Verrechnung gegen den Willen der Aktiengesellschaft?, ARC 1996, p. 74 - 81 (cité: KÜNG, *Liberierung*);
 in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530 - 1186 OR, ad art. 732 - 735 et 788 CO, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1994 (cité: KÜNG, *BaK*);
 Handbuch für das Handelsregister, Band II, Aktiengesellschaft, Kriegstetten 1993 (cité: KÜNG, *Handbuch*);
 Sacheinlagen und Sach bernahmen im neuen Aktienrecht, ARC 1992, p. 13 - 18 (cité: KÜNG, *Sacheinlagen*);
 Die Prüfungspflicht des Handelsregisterführers in materiell-rechtlichen Fragen, RSDA 1990 (62), p. 41 - 47 (cité: KÜNG, *Prüfungspflicht*);
- KÜNG, MANFRED /
 MEISTERHANS, CLEMENS
 Handbuch für das Handelsregister, Band V, Besondere Rechtsformen, Zweigniederlassungen, Zurich/Saint-Gall 1995;
- KÜNG, MANFRED /
 MEISTERHANS, CLEMENS /
 ZENGER, URS
 Handbuch für das Handelsregister, Band III, GmbH, Genossenschaft, Kriegstetten/Opfikon/Uster 1993;
- KUNZ, PETER V.
 Gesetzgeberische Entwicklungen im schweizerischen Gesellschaftsrecht für «Kleingesellschaften» - Notwendigkeit einer Revision des GmbH-Rechts?, Revue 4/1998, p. 4 - 5 (cité: KUNZ, *Entwicklungen*);
 Zur Aufkl sungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR - Garant für ein indirektes Austrittsrecht? in: Aktienrecht 1992 - 1997: Versuch einer Bilanz, Zum 70. Geburtstag von Rolf B r, Berne 1998, p. 235 - 248 (cité: KUNZ, *Aufkl sungsklage*);
- KURER, PETER
 in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530 - 1186 OR, ad art. 806 CO, B le/Francfort-sur-le-Main 1994;
- LANZ, PAUL
 Genussscheine und Nebenleistungen bei der GmbH sowie deren steuerliche Folgen, SAS 1969 (41), p. 89 - 101 (cité: LANZ, *Genussscheine*);
 Basler Vorträge über das neue Obligationenrecht, SAS 1937/1938 (10), p. 29 - 34 (cité: LANZ, *Obligationenrecht*);
- LEDERER, WERNER
 Die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine GmbH gemäss Art. 824 ff. OR, Handelsregisterbelege, ARC 1994, p. 51 - 54;
- MAYER, EDUARD
 Die Nachschusspflicht im schweizerischen Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften, these Zurich 1943;

- MAYER-MALY, THEO in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1 - 359 ZGB, ad art. 1 - 4 CC, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996;
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Art. 1 - 10 ZGB, Berne 1962;
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR / FORSTMOSER, PETER Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8^e éd., Berne 1998;
- MEIER-SCHATZ, CHRISTIAN J. Funktion und Recht des Handelsregisters als wirtschaftsrechtliches Problem, RDS 1989 (108) I, p. 433 - 463;
- MEISTERHANS, CLEMENS Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörde, thèse Zurich 1996 (cité: MEISTERHANS, *Prüfungspflicht*);
Die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine GmbH, ARC 1995, p. 49 - 63 (cité: MEISTERHANS, *Umwandlung*);
- MONTAVON, PASCAL SARL, société à responsabilité limitée, collection Droit et entreprise, Lausanne 1998 (cité: MONTAVON, *SARL*);
Droit suisse de la SA, droit et fiscalité, comptes annuels, comptes de groupe, tomes I à III, Lausanne 1997 (cité: MONTAVON, *Droit suisse de la SA*);
Droit et pratique de la SARL (société à responsabilité limitée), Lausanne 1996 (cité: MONTAVON, *Droit et pratique de la SARL*);
- MOSIMANN, PETER Die Liberierung von Aktien durch Verrechnung, thèse Bâle 1976 (éd. commerciale: Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 112, Bâle/Stuttgart 1978);
- MÜLLER, ERICH Der Gläubigerschutz in der schweizerischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung, nach dem Gesetzentwurf von 1928, thèse Leipzig (Berne 1931);
- MÜLLER, HANS WERNER Die Auflösungsgründe der Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter besonderer Berücksichtigung der Auflösungsklage infolge von Gründungsmängeln, thèse Berne 1945;
- MÜLLER, PAUL Aufgabe und Gründung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach dem Schweiz. Obligationenrecht, Zurich 1938;
- MÜLLER, THOMAS FRIEDRICH Der Schutz der Aktiengesellschaft vor unzulässigen Kapitalentnahmen, thèse Berne 1995;
- MÜLLER, WALTER Die Stellung des Gesellschafters der G.m.b.H. im deutschen und schweizerischen Recht. Eine rechtsvergleichende Darstellung mit einem Reformvorschlag für das deutsche G.m.b.H. - Recht, thèse Bâle 1938;

Bibliographie

- MUNZINGER, WALTHER Motifs du projet de Code de commerce suisse, traduit de l'allemand par Marc Dufraisse, Zurich 1865 (cité: MUNZINGER, *Motifs*);

Zur Frage eines Schweizerischen Handelsgesetzes (ein Gutachten an das Tit. Justiz- und Polizeidepartement des schweizerischen Bundesrathes), Berne et Soleure 1862 (cité: MUNZINGER, *Gutechten*);
- NAF, HEINZ Die Behandlung der Handlungsunfähigkeit im Gesellschaftsrecht, thèse Zurich 1957;
- NEESE, MARTIN Fehlerhafte Gesellschaften, thèse Zurich 1990;
- NEUENSCHWANDER, PETER Pflichten und Rechte der Mitglieder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (G.m.b.H.), thèse Berne 1940;
- NEUHAUS, MARKUS in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530 - 1186 OR, ad art. 660 - 674, 805, 957 - 964 CO, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1994;
- NIGG, HANS WALTER in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530 - 1186 OR, ad art. 852 - 855 et 864 - 878 CO, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1994 (cité: NIGG, BaK);

Die Genossenschaftshaftung, thèse Zurich 1990 (cité: NIGG, *Genossenschaftshaftung*);
- NOBEL, PETER L'alternative: SA privée au lieu de Sàrl, in: Les projets de Sàrl révisée et de SA privée, Lausanne 1998, p. 203 - 223 (cité: NOBEL, *SA privée*);

Unternehmensfinanzierung und gesetzliches Garantiekapital in der Schweiz, AG 1998, p. 354 - 358 (cité: NOBEL, *Unternehmensfinanzierung*);

Mühsam der Start, holprig die Fahrt, NZZ du 8.1.1992, no 5, p. 33 (cité: NOBEL, *Start*);
- NOTARIATSINSPEKTORAT des Kantons Zürich (éditeur) Textvorlagen von notariellen Urkunden zum Gesellschaftsrecht (Aktiengesellschaft und GmbH), 2^e éd., Zurich 1996;
- NOTTER, CHRISTIAN Das Kapitalerhöhungsverfahren nach dem bundesrätlichen Entwurf 1983 über die Revision des Aktienrechts, thèse Zurich 1984;
- OCHSNER, PETER Über das Eigenkapital der Aktiengesellschaft, thèse Zurich 1971;
- OTTIKER, MORITZ Le projet de réforme sous l'angle de la pratique, in: Les projets de Sàrl révisée et de SA privée, Lausanne 1998, p. 61 - 75;
- DU PASQUIER, SHELBY / OERTLE, MATTHIAS in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530 - 1186 OR, ad art. 789 - 792 CO, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1994;

Bibliographie

- PATRY, ROBERT Précis de droit suisse des sociétés, volume II: La société anonyme. Les sociétés mixtes, Beme 1977 (cité: PATRY, *Précis*);

Grundlagen des Handelsrechts, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/1, Bâle 1976 (cité: PATRY, *SPR VIII/1*);
- PEDROJA, GRAZIANO /
WATTER, ROLF in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530 - 1186 OR, ad art. 819 CO, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1994;
- DEL PERO, FRANCO Problèmes pratiques actuels de la Sàrl, in: Les projets de Sàrl révisée et de SA privée, Lausanne 1998, p. 25 - 59;
- PERRET, FRANÇOIS Coordination du droit des sociétés en Europe: La première directive de la CEE en matière de sociétés et le droit suisse, in: Etudes suisses de droit européen, Genève 1970;
- PERRIN, ANTOINE La forme authentique dans le nouveau droit de la société anonyme, étude de droit fédéral et de droit vaudois, thèse Lausanne 1995;
- PETER, HENRY Bons de participation, bons de jouissance et actions à droit de vote privilégié, in: Le nouveau droit des sociétés anonymes, Conférences et séminaires organisés par les Facultés de droit romandes de février à avril 1992, Lausanne 1993, p. 319 - 353;
- PIONTEK, G. Wachsende Verbreitung der GmbH, SAS 1961/1962 (34), p. 165 - 170;
- PIOTET, PAUL A propos de l'arrêt «Picasso», Annulation pour vice de la volonté et prescription de l'action en répétition de l'indu, JdT 1988 I, p. 519 - 523;
- VON PLANTA, ANDREAS Révision du droit de la société à responsabilité limitée, Remarques critiques, Revue 4/1998, p. 6 - 8 (cité: VON PLANTA, *Révision*);

in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530 - 1186 OR, ad art. 807 CO, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1994 (cité: VON PLANTA, *BaK*);
- PLÜSS, ADRIAN Die Wiederentdeckung der GmbH, RSJ 1998 (94), p. 309 - 316 (cité: PLÜSS, *Wiederentdeckung*);

Haftung und Verantwortlichkeit der Gesellschafter einer GmbH, ARC 1998, p. 119 - 132 (PLÜSS, *Haftung*);

Einsatzmöglichkeiten für die GmbH, in: Aktuelle Rechtsfragen 1996, Liber amicorum zum sechzigsten Geburtstag von Theodor Bühler, Zurich 1996, 53 - 63 (cité: PLÜSS, *Einsatzmöglichkeiten*);
- PREISWERK, W. Zur gesellschaftsrechtlichen Organisation von Wirtschaftsverbänden, SAS 1945/1946 (18), p. 55 - 65;

Bibliographie

- RAMMELMEYER, FRIEDRICH Die aktienrechtlichen Einschläge in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, thèse Berne 1947;
- RAPP, JEAN-MARC Les droits et obligations des associés, in: Les projets de Sàrl révisée et de SA privée, Lausanne 1998, p. 181 - 202 (cité: RAPP, *droits*);
- Interview accordée au magazine Bilan (Bilan no 11, novembre 1998, p. 39) (cité: RAPP, *Bilan*);
- La société anonyme, XIX, Droit transitoire, FJS 408 (mise au point 31 mars 1993), Genève (cité: RAPP, *FJS 408*);
- REBSAMEN, KARL Das Handelsregister, Ein Handbuch für die Praxis, 2^e éd., Zurich 1999 (cité: REBSAMEN, *Handelsregister*);
- La Sàrl et la pratique du registre du commerce suisse, in: Les projets de Sàrl révisée et de SA privée, Lausanne 1998, p. 241 - 256 (cité: REBSAMEN, *Sàrl*);
- REHFOUS, LOUIS De la révision des règles du droit suisse relatives à la société anonyme, RDS 1904 (23), p. 567 - 633;
- REY, HEINZ Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts veröffentlicht im Jahre 1998, RJB 1999 (135), p. 257 - 285;
- REYMOND, JACQUES-ANDRÉ Le projet de «Société anonyme privée», in: Les projets de Sàrl révisée et de SA privée, Lausanne 1998, p. 225 - 240 (cité: REYMOND, *projet*);
- La coopérative, in: Traité de droit privé suisse, Volume VIII, Tome III/1, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996 (cité: REYMOND, *TDP VIII/III/1*);
- RITZMANN-BLICKENSTORFER, HEINER L'Etat fédéral suisse: 150 ans d'histoire à la lumière de la statistique, in: Annuaire statistique de la suisse 1998, Zurich 1997, p. 15 - 56 (cité: RITZMANN-BLICKENSTORFER, *Etat fédéral*);
- Historische Statistik der Schweiz, Zurich 1996 (cité: RITZMANN-BLICKENSTORFER, *Statistik*);
- RUEDIN, ROLAND Droit des sociétés, Berne 1999 (cité: RUEDIN, *sociétés*);
- Le nouveau droit des SA est-il adapté aux besoins? Acquis et lacunes suite à l'introduction du nouveau droit, EC 1994 (68), p. 875 - 878 (cité: RUEDIN, *nouveau droit des SA*);
- La fondation, in: Le nouveau droit des sociétés anonymes, Conférences et séminaires organisés par les Facultés de droit romandes de février à avril 1992, Lausanne 1993, p. 251 - 274 (cité: RUEDIN, *fondation*);
- La société anonyme III, capital social, FJS 391 (mise au point 1^{er} novembre 1992), Genève (cité: RUEDIN, *FJS 391*);

Bibliographie

- La société anonyme II, fondation (art. 625 - 645 CO), FJS 390 (mise à jour 1^{er} juillet 1992), Genève (cité: RUEDIN, FJS 390);
- La fondation, Des modifications plus formelles que matérielles, EC 1991 (65), p. 579 - 582 (cité: RUEDIN, *modifications*);
- RUF, PETER Notariatsrecht, Skriptum, Langenthal 1995 (cité: RUF, *Notariatsrecht*);
- Gründung und Kapitalerhöhung im neuen Aktienrecht, NB 1992, p. 351 - 390 (cité: RUF, *Gründung*);
- SALZMANN, WOLFGANG Der Handlungsbedarf für die KMU, EC 1997 (71), p. 447 - 454;
- SAMI, FAWZI M. La souscription d'actions dans la société anonyme (notamment dans la procédure de fondation successive), thèse Genève 1968;
- SANTSCHI, ALFRED Die Rechtsberatung durch den Notar, RNRF 1968 (49), p. 1 - 16;
- SCHAR, OSKAR Zur Revision des Schweiz. Genossenschaftsrechtes, in: Schweiz. Konsum-Verein, XXI. Jahrgang (no 22), Bâle le 28 mai 1921, p. 269 - 280;
- SCHAUB, MARC-ANTOINE La société à responsabilité limitée, fiche de complément aux fiches no 791 et no 799 à 808, FJS 791A (mise au point 30 avril 1997), Genève (cité: SCHAUB, FJS 791A);
- Vers une révision du droit de la société à responsabilité limitée? Etat actuel du statut de la SARL, EC 1995 (69), p. 320 - 324 (cité: SCHAUB, *révision*);
- La société à responsabilité limitée, L'incidence du nouveau droit de la société anonyme, FJS 791 (mise au point décembre 1994), Genève (cité: SCHAUB, FJS 791);
- L'acte constitutif d'une société anonyme et ses annexes, RNRF 1992 (73), p. 265 - 276 (cité: SCHAUB, *acte constitutif*);
- Vers une revision du statut fiscal de la s. à r. l.?, SAS 1955/1956 (28), p. 15 - 18 (cité: SCHAUB, *statut fiscal*);
- SCHELLENBERG, ALDO C. Rechnungswesen, Grundlagen - Zusammenhänge - Interpretationen, Zurich 1995;
- SCHENKER, FRANZ in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530 - 1186 OR, ad art. 626 - 649, 776 - 785 CO et 832 - 838 CO, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1994;
- SCHERER, EMIL VIKTOR Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in: Sieben Vorträge über das Neue Obligationenrecht, veranstaltet von der Basler Handelskammer, Bâle 1937, p. 95 - 127;

- SCHLUEP, WALTER R. Révision du droit des sociétés anonymes, Einleitung, SAS 1976 (48), p. 1 - 7;
- SCHMID, JÖRG Thesen zur öffentlichen Beurkundung, RNRF 1993 (74), p. 1 - 17;
- SCHMID, THOMAS Der Antrag des Handelsregistertüfers auf Ernennung einer Revisionsstelle gemäss Art. 727f Abs. 2 OR, ARC 1995, p. 98 - 111;
- SCHMID, WERNER Das feste Grundkapital der Aktiengesellschaft, these Zurich 1946;
- SCHMIDLIN, BRUNO in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1 b, Mangel des Vertragsabschlusses, Kommentar zu Art. 23 - 31 OR, Berne 1995;
- SCHNEIDER, THOMAS Der Rechtsschutz in Handelsregistersachen und die Entscheidungskompetenz der Handelsregisterbehörden, these Zurich 1959;
- SCHNEIDER, WERNER Der Schutz des Genossenschaftskapitals unter besonderer Betrachtung der Bilanzierungsvorschriften, these Bäle 1949;
- SCHOCH, OTTO Die Haftungsverhältnisse bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, nach dem Revisions-Entwurf zum O.R., in rechtsvergleichender Darstellung, these Zurich 1929;
- SCHOCH, PETER Zur Kapitalerhöhung durch Verrechnung, Eine Entgegnung, NZZ du 1.9.1999, no 202, p. 27;
- SCHÖNENBERGER, WILHELM / JÄGGI, PETER in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 5. Band, Obligationenrecht, Teilband V 1 a, Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art. 1 - 17 OR, Zurich 1973;
- SCHOOP, KATHARINA ELISABETH Die Haftung für die Überbewertung von Sacheinlagen bei der Aktiengesellschaft und bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, these Berne 1980;
- SCHUCANY, EMIL Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, 2° éd., Zurich 1960;
- SCHÜPBACH, HENRI-ROBERT Droit et action révocatoires, Commentaire des articles 285 à 292 de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 modifiée le 16 décembre 1994, Bäle/Francfort-sur-le-Main 1997;
- SCHWARZENBACH, ROBERT Die Mitgliedschaft bei der schweizerischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung, these Zurich 1948;
- SCHWEIZER, A. Die Wünschbarkeit der Einführung der G.m.b.H. in der Schweiz, RSJ 1922/1923 (19), p. 273 - 279;

- SCHWENZER, INGEBOURG in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 2^e éd., Art. 1 - 529 OR, ad art. 11 - 17 et 23 - 31 CO, Bâle/ Francfort-sur-le-Main 1996;
- SIEGWART, ALFREDO in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 5. Band, Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, a: Allgemeine Bestimmungen (Art. 620 - 659 OR), Zurich 1945;
- SPEISER, PAUL Die Kapitaleinlage der Kollektivgesellschaften, RDS 1890 (9), p. 327 - 345;
- SPIRO, KARL Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Band I, Die Verjährung der Forderungen, Berne 1975;
- STAHL, FRITZ La fondation, in: Le nouveau droit de la société anonyme, éditions Weka, Tome 1, 3/2.3, L'acte constitutif, p. 1 - 6 (mise à jour décembre 1995);
- STAMMBACH, ELSE Die Aktiengesellschaft in der Schweiz bis zum Erlass des Obligationenrechtes, thèse Bâle 1935;
- STARK, HERMANN Zum Aufbau der G. m. b. H., Vergleich des schweizerischen Entwurfes mit der deutschen Regelung, thèse Leipzig 1935;
- STÄUBLI, CHRISTOPH in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530 - 1186 OR, ad art. 820 - 823 CO, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1994;
- VON (DE) STEIGER, FRITZ Le droit des sociétés anonymes en Suisse, Adaptation française par J. Cosandey et P. Subilia, Lausanne 1973 (cité: DE STEIGER, FRITZ, *sociétés anonymes*);
- Formulare über Gesellschaftsstatuten, 3^e éd., Zurich 1972 (cité: VON STEIGER, FRITZ, *Formulare*);
- Précis de droit coopératif suisse, adaptation française par P. Subilia, Zurich 1968 (cité: DE STEIGER, FRITZ, *Précis*);
- Genussscheine als Finanzierungsmittel, in: Etudes de droit commercial en l'honneur de Paul Carry, Genève 1964, p. 99 - 116 (cité: VON STEIGER, FRITZ, *Genussscheine*);
- Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln nach schweizerischer Doktrin und Praxis, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, 118. Band, 1955, p. 161 - 195 (cité: VON STEIGER, FRITZ, *Kapitalerhöhungen*);
- Fragen aus dem Genossenschaftsrecht, II. Kann eine Genossenschaft auf die Liberierung der Anteilscheine verzichten?, SAS 1948/1949 (21), p. 116 - 119 (cité: VON STEIGER, FRITZ, *Genossenschaft*);

- Registre du commerce, Les effets de l'inscription, FJS 37 (mise au point 1^{er} octobre 1941), Genève (cité: DE STEIGER, FRITZ, FJS 37);
- VON STEIGER, WERNER Société   responsabilité limitée, I   VI, FJS 799   804 ( tat décembre 1976), G n ve (cité: VON STEIGER, FJS 799   804);
- in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, 5. Teil c, Art. 772 - 827, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zurich 1965 (cité: VON STEIGER, ZK);
- STEINER, ERNST Aktiengesellschaft und GmbH. im Kanton Aargau, SAS 1954/1955 (27), p. 84 (cité: STEINER, Aargau);
- Wird sich die GmbH im Rechtsverkehr durchsetzen? SAS 1950/1951 (23), p. 23 - 26 (cité: STEINER, Rechtsverkehr);
- Die G.m.b.H. in ihrem Verhältnis zur A.-G., SAS 1932/1933 (5), p. 131 - 134 (cité: STEINER, Verhältnis);
- STOKAR, RUDOLF Kognitionspflicht und Verantwortlichkeit der Urkundsperson bei ihrer Tätigkeit in der AG, thèse Zurich 1947;
- TANNER, BRIGITTE Die Auswirkungen des neuen Aktienrechts auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaften und Bankaktiengesellschaften, in: Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zurich 1993, p. 31 - 52;
- TANNER, WALTER Die vermögensrechtlichen Grundlagen der Genossenschaft, thèse Berne 1949;
- TERCIER, PIERRE Société anonyme I, Généralités, FJS 389 (mise au point 1^{er} juillet 1992), G n ve;
- TERRIER, CHRISTIAN La comptabilité des sociétés coopératives, thèse Lausanne 1982;
- TISSIÈRES, JÉRÔME La part sociale de la société   responsabilité limitée en droit suisse, thèse Fribourg 1939;
- TRÜEB, HANS Die Eigentumsübertragung an vinkulierten Namenaktien und Anteilen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, thèse Berne 1946;
- TRUNIGER, CHRISTOF Die partnerschaftliche Ausgestaltung von kapitalbezogenen Gesellschaftsformen, thèse Zurich 1998;
- VON TUHR, ANDREAS / PETER, HANS Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3^e  d., Zurich 1979 ainsi que le Supplément (HANS PETER et ARNOLD ESCHER), Zurich 1984;

Bibliographie

- TUDR, PETER /
SCHNYDER, BERNHARD /
SCHMID, JÖRG Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11^e éd., Zurich 1995;
- VERDA, PLINIO Della Società a garanzia limitata, La posizione giuridica del socio, Studio comparativo fra il progetto di legge svizzero e quello italiano, thèse Berne 1930;
- VISCHER, FRANK Wenig problematische Umsetzung des neuen Aktienrechts, EC 1994 (68), p. 879 - 882;
- VOGEL, ALEXANDER Kapitalersetzende «Sanierungs»-Darlehen im Konzern, RSDA 1993 (65), p. 299 - 304;
- VON WALDKIRCH, OTTO Die Revision des schweizerischen Aktiengesellschaftsrechts, RDS 1904 (23), p. 634 - 681;
- WATTER, ROLF in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530 - 1186 OR, ad art. 811 - 816 CO, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1994 (cité: WATTER, BaK);

Bemerkungen zur Unlogik der Sacheinlage- und Sachübernahmenvorschriften im Schweizer Aktienrecht, PJA 1994, p. 147 - 154 (cité: WATTER, Bemerkungen);

Gründung und Kapitalerhöhung im neuen Aktienrecht, in: Das neue Aktienrecht (Wichtige Reformen aus anwaltlicher Sicht), Publication FSA, volume 11, Zurich 1992, p. 55 - 70 (cité: WATTER, Gründung);
- WEBER, ROLF H. Juristische Personen, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. III/4, Bâle/Genève/Munich 1998;
- WEHRLI, ULRICH Die Sachübernahmegründung der Aktiengesellschaft nach schweizerischem und deutschem Recht, thèse Zurich 1939;
- A WENGEN, MAX CURT Die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, RDS 1940 (59), p. 1 - 52;
- WENGLE, RICO Die Verbreitung der schweizerischen GmbH, Vergleich zwischen den Bedürfnissen der Rechtspraxis und dem Handelsrecht, thèse Zurich 1967;
- WERNER, ERNST Die Beteiligung an einer GmbH mit Sacheinlagen, «Eine Betrachtung zum deutschen und schweizerischen Recht», thèse Bâle 1958;
- WETTSTEIN, GEORGE M. Die nicht voll einbezahlte Aktie, thèse Zurich 1948;
- WICKI, FRANZ Stand der Reform der GmbH, EC 1998 (72), p. 329 - 330;
- WIDMER, CHRISTOPH K. Die Liberierung im schweizerischen Aktienrecht, thèse Zurich 1998;

- WIDMER, ERNST Die Abtretung von Gesellschaftsanteilen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung im schweizerischen Recht, thèse Berne 1961;
- WIDMER, PETER in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530 - 1186 OR, ad art. 827 CO, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1994;
- WIEGAND, WOLFGANG/
BERGER, BERNHARD Der Euro - Rechtliche Aspekte der neuen europäischen Währung, recht 1998, p. 89 - 100;
- WIELAND, ALFRED Willensmängel beim Beitritt zu Kapitalgesellschaften, RSJ 1938/1939 (35), p. 118 - 122 (cité: WIELAND, ALFRED, *Willensmängel*);
- Die wichtigsten Reformen des Aktienrechtes nach dem Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend Revision der Titel 24 bis 33 des Obligationenrechtes, RDS 1922 (41), p. 491 - 544 (cité: WIELAND, ALFRED, *Reformen*);
- Aus dem schweizerischen Kartellrechte (Ein Beitrag zur Frage nach der Wünschbarkeit der Einführung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Schweiz), RDS 1921 (40), p. 75 - 127 (cité: WIELAND, ALFRED, *Kartellrechte*);
- WIELAND, KARL (CARL) Die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Entwurf eines revidierten Obligationenrechtes, RDS 1922 (41), p. 111 - 156 (cité: WIELAND, KARL [CARL], *Aktiengesellschaft*);
- Die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, RDS 1895 (14), p. 205 - 258 (cité: WIELAND, KARL [CARL], *Gesellschaften*);
- WIELER, FRANZ Die rechtliche Stellung des Geschäftsführers in der G.m.b.H., thèse Berne 1938;
- WITH, OTHMAR Eintragung der mangelhaften G.m.b.H. im Handelsregister, thèse Fribourg 1944;
- WOHLMANN, HERBERT GmbH-Recht, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1997 (cité: WOHLMANN, *GmbH-Recht*);
- Zu den Verweisungen im Recht der GmbH auf das Aktienrecht, RSDA 1995 (67), p. 139 - 141 (cité: WOHLMANN, *Verweisungen*);
- Anmerkungen zum Artikel: «Die deutsche GmbH nach der Reform von 1980» von Prof. F. Ritter aus schweizerischer Sicht, in RDS 1982 (101) I, p. 193 - 195 (cité: WOHLMANN, *Anmerkungen*);
- Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/2, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1982 (cité: WOHLMANN, *SPR VIII/2*);

- WOLF, STEPHAN Prüfung von Handlungsfähigkeit, Willensmängeln und Übervorteilung im Grundbucheintragungsverfahren, BGE 124 III 341 ff., recht 1999, p. 62 - 70;
- VON WOLFF, PIERRE Die Genussscheine nach schweizerischem Recht, mit besonderer Berücksichtigung ähnlicher Verhältnisse in Deutschland und Frankreich), these Berne (Abhandlungen zum schweizerischen Recht, 54. Heft, Berne 1914);
- WÜSTINER, HANSPETER in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530 - 1186 OR, ad art. 817 CO, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1994;
- ZENHÄUSERN, MARKUS Gründungs- und Kapitalerhöhungsprüfung gemäss neuem Aktienrecht, EC 1987 (61), p. 55 - 60.

Allemeagne

- BATTES, ROBERT Die Überbewertung von Sacheinlagen im in- und ausländischen GmbH-Recht und bei der englischen Private Company, in: Rechtsfragen der Handelsgesellschaften, Heft 16, Cologne 1967;
- BÜSCHGEN, HANS E. Zur Eigenkapitalausstattung der GmbH und GmbH & CO. KG, GmbHR 1974, p. 25 - 35 et 49 - 53;
- CLAUSSEN, CARSTEN P. Zeitwende im Kapitalersatzrecht?, GmbHR 1994, p. 9 - 15;
- DIVERS AUTEURS Kapital- und Haftungsfragen bei der GmbH, in: Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform, Band II, p. 9 ss, Heidelberg 1972, (cité: DIVERS AUTEURS, *Haftungsfragen*);
- EMMERICH, VOLKER in: Franz Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 8^e éd., I. Band, §§ 1 - 44, Cologne 1993 (cité: EMMERICH, in Scholz, 8^e éd.);
- FABRICIUS, FRITZ Das Stammkapital der GmbH - Zur Frage seiner Rechtfertigung und der Rechtfertigung seiner Höhe, Gedanken zum Referentenentwurf eines GmbH-Gesetzes 1969, GmbHR 1970, p. 137 - 144;
- FLECK, HANS-JOACHIM Der Grundsatz der Kapitalerhaltung - seine Ausweitung und seine Grenzen, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, Cologne 1992, p. 391 - 419;
- VON GERKAN, HARTWIN Der Entwurf des «Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetzes» und das Recht des Eigenkapitalersatzes, GmbHR 1997, p. 677 - 682;
- GOETTE, WULF Einige Aspekte des Eigenkapitalersatzrechts aus richterlicher Sicht, ZHR 162 (1998), p. 223 - 231;

Bibliographie

- GRUNEWALD, BARBARA Plädoyer für eine Abschaffung der Rechtsregeln für eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen, *GmbHR* 1997, p. 7 - 10;
- HABERSACK, MATHIAS Eigenkapitalersatz im Gesellschaftsrecht, Überlegungen zum Anwendungsbereich der Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterhilfen, *ZHR* 1998 (162), p. 201 - 222 (cité: HABERSACK, *Eigenkapitalersatz*);
voir également sous Union européenne;
- HANSEN, HERBERT Die GmbH als weiterhin umsatzstärkste Unternehmensgruppe, *GmbHR* 1999, p. 24 - 26;
- HEIDER, KARSTEN Einführung der nennwertlosen Aktie in Deutschland anlässlich der Umstellung des Gesellschaftsrechts auf den Euro, *AG* 1998, p. 1 - 10;
- HEINRICH, HELMUT in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Munich 1996 (cité: HEINRICH, *Handbuch*);
- HOHNER, GEORG in: Grosskommentar, Max Hachenburg, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 8^e éd., Dritter Band, §§ 53 - 85, Berlin/New York 1997 (cité: HOHNER, in Hachenburg, 8^e éd.);
in: Grosskommentar, Max Hachenburg, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 7^e éd., Dritter Band, §§ 53 - 85, Berlin/New York 1984 (cité: HOHNER, in Hachenburg, 7^e éd.);
- HUECK, ALFRED in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 16^e éd., Munich 1996 (cité: HUECK, in Baumbach/Hueck, 16^e éd.);
- KOBERG, PETER Die Entstehung der GmbH in Deutschland und Frankreich unter Berücksichtigung der Entwicklungen des deutschen und französischen Gesellschaftsrechts, thèse Francfort-sur-le-Main (1991/1992), Cologne 1992;
- LUTTER, MARCUS Gesetzliches Garantiekapital als Problem europäischer und deutscher Rechtspolitik, *AG* 1998, p. 375 - 377 (cité: LUTTER, *Gerantiekapital*);
Limited Liability Companies and Private Companies, in: International Encyclopedia of Comparative Law, vol. XIII, Business and Private Organisations, Chapter 2, Tübingen/Dordrecht/Boston/Lancaster 1998 (cité: LUTTER, *Limited Liability Companies*);
Die Entwicklung der GmbH in Europa und in der Welt, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, Cologne 1992, p. 49 - 83 (cité: LUTTER, *Entwicklung*);

- Verdeckte Leistungen und Kapitalschutz, in: Festschrift für Ernst C. Stiefel, Munich 1987, p. 505 - 533 (cité: LUTTER, *Kapitalschutz*);
- Vom formellen Mindestkapital zu materiellen Finanzierungsregeln im Recht der Kapitalgesellschaften, in: *Ius inter nationes*, Festschrift für Stefan Riesenfeld aus Anlass seines 75. Geburtstages, Heidelberg 1983, p. 185 - 185 (cité: LUTTER, *Mindestkapital*);
- voir également sous Union européenne:
- LUTTER, MARCUS /
HOMMELHOFF, PETER GmbH-Gesetz Kommentar, 14^e éd., Cologne 1995;
- MOSTHAF, OLIVER Die Reformen des Rechts der Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Entwürfe, Stellungnahmen und Diskussionen vom Referentenentwurf 1969 bis zur GmbH-Novelle 1980, thèse Eberhard-Karls-Universität Tübingen 1994;
- MÜLLER, WELF in: Grosskommentar, Max Hachenburg, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 8^e éd., Erster Band, §§ 1 - 34, Berlin/New York 1992 (cité: MÜLLER, in Hachenburg, 8^e éd.);
- PENTZ, ANDREAS Die Änderungen und Ergänzungen der Kapitalersatzregeln im GmbH-Gesetz, GmbHHR 1999, p. 437 - 451;
- PRIESTER, HANS-JOACHIM Kapitalaufbringung, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, Cologne 1992, p. 159 - 187;
- RAISER, THOMAS Die neuen Gründungs- und Kapitalerhöhungsvorschriften für die GmbH, in: Rechtsfragen der Handelsgesellschaften, Dans neue GmbH-Recht in der Diskussion, Zugleich Bericht über die Centrale-Arbeitstagung in Köln am 8.9.1980, Cologne 1981, p. 21 - 42;
- ROTH, GÜNTER H. /
ALTMEPPE, HOLGER Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 3^e éd., Munich 1997;
- SCHICK, WERNER /
TRAPP, CHRISTOPH Die Konsequenzen der Einführung des Euro für die GmbH, GmbHHR 1998, p. 209 - 215;
- SCHILLING, WOLFGANG in: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Max Hachenburg, 6^e éd., Berlin 1956 (cité: SCHILLING, in Hachenburg, 6^e éd.);
- SCHMIDT, KARSTEN in: Franz Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 8^e éd., II, Band, §§ 45 - 85, Cologne 1995 (cité: SCHMIDT, in Scholz, 8^e éd.);
- SCHNEIDER, MAREEN Diskussionsbericht: Gesetzliches Garantiekapital und Kreditentscheidung der Banken, AG 1998, p. 373 - 375;

- SCHNEIDER, UWE H. Die Anpassung des GmbH-Rechts bei Einführung des Euro. NJW 1998 (51), p. 3158 - 3162;
- SEIBERT, ULRICH Der Bundestag greift in die Diskussion zum Eigenkapitalersatz ein, GmbHR 1998, p. 309 - 310;
- THEILE, CARSTEN /
KÖHLER, GÜNTHER Kapitalumstellung auf den Euro durch minimale Kapitalerhöhung, GmbHR 1999, p. 516 - 519;
- ULMER, PETER in: Grosskommentar, Max Hachenburg, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 8^e éd., Erster Band, §§ 1 - 34, Berlin/New York 1992 (cité: ULMER, in Hachenburg, 8^e éd.);
- in: Grosskommentar, Max Hachenburg, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 7^e éd., Ergänzungsband, §§ 1 - 12 (Zweite Bearbeitung 1984 und GmbH-Novelle 1980), Berlin/New York, 1985 (cité: ULMER, in Hachenburg 7^e éd., Ergänzungsband);
- in: Grosskommentar, Max Hachenburg, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 7^e éd., Erster Band, §§ 1 - 12, Berlin/New York 1975 (cité: ULMER, in Hachenburg, 7^e éd.);
- WIEDEMANN, HERBERT Haftungsbeschränkung und Kapitaleinsatz in der GmbH, in: Arbeiten zur Rechtsvergleichung: Die Haftung des Gesellschafters in der GmbH, Francfort-sur-le-Main/Berlin 1968, p. 5 - 61 (cité: WIEDEMANN, *Haftungsbeschränkung*);
- Sacheinlagen in der GmbH, in: Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch, dargebracht von Mitgliedern der Juristischen Fakultät zum 65. Geburtstag, Berlin 1968, p. 257 - 265 (cité: WIEDEMANN, *Sacheinlagen*);
- WINTER, HEINZ in: Franz Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 8^e éd., I. Band, §§ 1 - 44, Cologne 1993 (cité: WINTER, in Scholz, 8^e éd.).

Autriche

- BEHRENS, PETER in: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und europäischen Recht, 2^e éd., Berlin/New York 1997 (éditeur PETER BEHRENS) (cité: BEHRENS, *Gesellschaft*);
- GELLIS, MAX Kommentar zum GmbH-Gesetz, 3^e éd. (bearbeitet von ERICH FEIL), Vienne 1995;

- KÖPPENSTEINER, HANS-GEORG Kritik des «Eigenkapitalersatzrechts». AG 1998, p. 308 - 317 (cité: KÖPPENSTEINER, *Kritik*);
 GmbH-Gesetz Kommentar, Vienne 1994 (cité: KÖPPENSTEINER, *Kommentar*);
- KOSTNER, ALFRED / UMFÄHRER, MICHAEL Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 4^e éd., Vienne 1993;
- KUNZ, PETER / VALESE, LIVIANA La legge austriaca sulla s.r.l.; Das österreichische GmbH-Gesetz, Zweisprachige Ausgabe, Vienne 1994;
- REICH-ROHRWIG, JOHANNES Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung. I. Band, 2^e éd., Vienne 1997.

Belgique

- BEHRENS, PETER in: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und europäischen Recht, 2^e éd., Berlin/New York 1997 (éditeur PETER BEHRENS) (cité: BEHRENS, *Gesellschaft*);
- DABIN, LÉON Das Problem der Société de personnes à responsabilité limitée und die Sicherung der Gesellschaftsgläubiger, in: Arbeiten zur Rechtsvergleichung: Die Haftung des Gesellschafters in der GmbH, Francfort-sur-le-Main/Berlin 1968, p. 91 - 143;
- DABIN, LÉON / BENOIT-MOURY, ANNE Société privée à responsabilité limitée, in: Jura Europae, Droit des Sociétés, Tome II, 20.20, Paris/Munich (21^e mise à jour);
- DUQUESNE, BRUNO Du franc belge à l'euro, RDC 1998, p. 861 - 872;
- VAN HILLE, JEAN-MARIE La société anonyme, aspects juridiques et pratiques, Bruxelles 1990;
- HOFFMANN, ELISABETH Die GmbH in Belgien, in: Die GmbH-Rechte in den EG-Staaten, Cologne 1993, p. 21 - 34;
- VAN HOUTTE, JEAN Sociétés privées à responsabilité limitée (S.P.R.L.), Bruxelles 1989;
- VAN DMMESLAGHE, PIERRE / DIEUX, XAVIER Examen de jurisprudence (1979 à 1990), Les sociétés commerciales (suite et fin), R.C.J.B. 1994 (48), p. 733 - 820;
- PARMENTIER, CLAUDE La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de faillite, RDC 1986, p. 741 - 786;
- TSCHOFFEN, ANDRÉ / LAMALLE, ANDRÉ Les sociétés de personnes à responsabilité limitée, 6^e éd., Bruxelles 1980;

- WOUTERS, JAN Towards a European Private Company? A Belgian Perspective, in: *The European Private Company?*, Apeldoorn 1995, p. 161 - 186.
- Etats-Unis**
- BAUER, MARKUS Gläubigerschutz durch eine formelle Nennkapitalziffer - Kapitalgesellschaftsrechtliche Notwendigkeit oder überholtes Konzept?, thèse Francfort-sur-le-Main 1995;
- BUNGERT, HARTWIN Die GmbH im US-amerikanischen Recht - Close Corporation, Cologne 1993 (cité: BUNGERT, *GmbH*);
- Gründung und Verfassung der US-amerikanischen Limited Liability Company: Neues personen- und kapitalgesellschaftliches Hybrid, IStR 1993, p. 128 - 135 (cité: BUNGERT, *Gründung*);
- Die Stellung der Limited Liability Company im US-amerikanischen Recht, IStR 1993, p. 174 - 179 (cité: BUNGERT, *Stellung*);
- CARNEY, WILLIAM J. Limited Liability Companies: origins and antecedents, U.Colo.L.Rev. 66 (1995), p. 855 - 880;
- DYE, ROBERT E. Inadequate capitalization as a basis for shareholder liability: the California approach and a recommendation, S.Calif.L.Rev. 45 (1972), p. 823 - 846;
- ELSING, SIEGFRIED H. /
VAN ALSTINE, MICHAEL P. US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2^e éd., Heidelberg 1999;
- FLETCHER, WILLIAM MEADE Fletcher cyclopedia of the law of Private Corporations (éd. permanente), Deerfield/New York/Rochester (cité: FLETCHER *CYC CORP*);
- GELB, HARVEY Piercing the corporate veil - the undercapitalization factor, Ch.K.L.Rev. 59 (1982), p. 1 - 22;
- HAMILTON, ROBERT W. The Law of Corporations in a nutshell, 4^e éd., St. Paul (Minn.) 1996;
- HYNES, DENNIS J. Agency, Partnership and the LLC in a nutshell, St. Paul (Minn.) 1997;
- KEATINGE, ROBERT R. /
RIBSTEIN, LARRY E. /
PACE HAMILL, SUSAN /
GRAVELLE, MICHAEL L. /
CONNAUGHTON, SHARON The Limited Liability Company: A Study of the Emerging Entity, Bus.Law. 47 (1992), p. 375 - 460;

Bibliographie

- MERKT, HANNO US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, Heidelberg 1991;
- NACKE, RALF Die Durchgriffshaftung in der U.S. amerikanischen Corporation, unter besonderer Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung des Privilegs der beschränkten Haftung und der neuesten Rechtsprechung von New York und Kalifornien - eine juristische und ökonomische Analyse, thèse Munich 1988;
- O'NEAL F. HODGE / THOMPSON, ROBERT B. O'Neal's Close Corporations, Law and Practice, 3^e éd., vol. 1 et 2, Deerfield/New York/Rochester, depuis 1992 (cité: O'NEAL & THOMPSON, O'NEALS'S CLOSE CORP);
- REIMANN, MATTHIAS / ACKMANN, HANS-PETER Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, Munich 1997;
- RIBSTEIN, LARRY E. The Emergence of the Limited Liability Company, Bus.Law. 51 (1995), p. 1 - 49;
- RIBSTEIN, LARRY E. / SARGENT, MARK A. Check-the-Box and Beyond: The Future of Limited Liability Entities, Bus.Law. 52 (1997), p. 605 - 652;
- RIES, PETER Entwicklungen im US-amerikanischen Gesellschaftsrecht: Die Limited Liability Company, RIW 1992, p. 728 - 730;
- THOMPSON, ROBERT B. Close Corporations in the United States of America, in: The European Private Company ?, Apeldoorn 1995, p. 187 - 198 (cité: THOMPSON, *Close Corporations*);
- The taming of limited liability companies, U.Colo.L.Rev. 66 (1995), p. 921 - 946 (cité: THOMPSON, *taming*);
- Piercing the corporate veil: an empirical study, Cor.L.Rev. 76 (1990/1991), p. 1036 - 1074 (cité: THOMPSON, *Piercing*);
- WRIGHT, STEPHEN L. / HOLLAND, EVA M. Neue Wege im Gesellschaftsrecht der USA: Die Limited Liability Company (LLC) am Beispiel des Bundesstaates Georgia, NJW 1996 (49), p. 95 - 99;
- WÜRSCH, DANIEL A. Die amerikanische Limited Liability Company, ein aufgewecktes Patenkind der GmbH, RSDA 1996 (68), p. 249 - 265.

France

- BEHRENS, PETER in: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und europäischen Recht, 2^e éd., Berlin/New York 1997 (éditeur PETER BEHRENS) (cité: BEHRENS, *Gesellschaft*);
- COZIAN, MAURICE / VIANDIER, ALAIN Droit des sociétés, 9^e éd., Paris 1996;

- DIVERS AUTEURS La société à responsabilité limitée, SARL et EURL, La Revue fiduciaire, La Villeguérin 1995 (cité: DIVERS AUTEURS, *Revue fiduciaire*);
- HÉBERT, SYLVIE The French Limited Liability Company, in: The European Private Company?, Apeldoorn 1995, p. 77 - 94;
- MAIER-BRIDDU, ARNO Die GmbH in Frankreich, in: Die GmbH-Rechte in den EG-Staaten, Cologne 1993, p. 77 - 97;
- MOUTHIER, ANNIE Code commenté de la SARL, éd. 1997, Paris 1996;
- NAFFAH, GEORGES Sociétés commerciales, Sociétés à responsabilité limitée, in: Traité des sociétés, vol. 3, Collection des Juris-Classeurs, fascicule 78-20, Modifications du capital social, Paris 1999;
- SAINTOURENS, BERNARD L'entreprise en société à responsabilité limitée, Paris 1994;
- VENANDET, GUY Sociétés commerciales, Sociétés à responsabilité limitée, in: Traité des sociétés, vol. 3, Collection des Juris-Classeurs:
 - fascicule 71, Généralités, Conditions du contrat de société, Paris 1995 et 1998,
 - fascicule 72, Règles de constitution, Paris 1995 et 1998,
 - fascicule 73-10, Titres, Paris 1995, 1998 et 1999.

Grande-Bretagne

- BEHRENS, PETER in: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und europäischen Recht, 2^e éd., Berlin/New York 1997 (éditeur PETER BEHRENS) (cité: BEHRENS, *Gesellschaft*);
- BOWEN, MICHAEL Fox & Bowen on the law of private Companies, 2^e éd., Londres 1995;
- DAVIES, PAUL L. Legal Capital in Private Companies in Great Britain, AG 1998, p. 346 - 354 (cité: DAVIES, *Legal Capital*);
 Gower's Principles of Modern Company Law, 6^e éd., Londres 1997 (cité: DAVIES, *Principles*);
- GOULDING, SIMON The Private Company in the United Kingdom, in: The European Private Company?, Apeldoorn 1995, p. 55 - 75;
- PRIME, TERENCE / SCANLAN, GARY The Law of Private Limited Companies, Londres/Dublin/Edimbourg 1996;
- SCHMITTHOFF, CLIVE M. Palmer's Company Law, 24^e éd., vol. 1, The Treatise, Londres/Edimbourg 1987;

- SHEARMAN, JENNIFER Die Private Limited Company in England und Wales, in: Die GmbH-Rechte in den EG-Staaten, Cologne 1993, p. 49 - 76;
- TRIEBEL, VOLKER /
HODGSON, STEPHEN /
KELLENER, WOLFGANG /
MÜLLER, GEORG
Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2^e éd., Heidelberg 1995.

Italie

- CAGNASSO, ORESTE /
IRRERA, MAURIZIO
Società con partecipazione pubblica, Società in accomandita per azioni, Società a responsabilità limitata, Trasformazione e fusione di società, Società estere, 2^e éd., in: Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale, Turin 1990;
- KRONKE, HERBERT
in: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und europäischen Recht, 2^e éd., Berlin/New York 1997 (éditeur: PETER BEHRENS);
- MAROCCO, ANTONIO MARIA /
MORANO, ALBERTO /
RAYNAUD, DANIELE
Società a responsabilità limitata, Casi e materiali di diritto societario, Milan 1992;
- MARTELLA, RITA
in: Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza a cura di Pietro Perlingieri, libro V, Del lavoro, artt. 2060 - 2642 (ad art. 2325 - 2362 CCl), Naples 1991;
- SIRTOLI, MARIO
I soci di società, 2^e éd., Milan 1996;
- SPATAZZA, GASPARE
Le società per azioni, tome I, 2^e éd., in: Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale, Turin 1984;
- STASSANO, GIUSEPPE /
STASSANO, MATTEO
Società a responsabilità limitata, 4^e éd., Milan 1999.

Union européenne

- BEHRENS, PETER
in: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und europäischen Recht, 2^e éd., Berlin/New York 1997 (éditeur PETER BEHRENS) (cité: BEHRENS, *Gesellschaft*);
- in: Dausen, *Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts*, E. III. Gesellschaftsrecht, Munich 1993 (cité: BEHRENS, *Handbuch*);

Bibliographie

- HABERSACK, MATHIAS Europäisches Gesellschaftsrecht, Munich 1999 (cité: HABERSACK, *Gesellschaftsrecht*);
voir également sous Allemagne;
- HICKS, ANDREW /
DRURY, ROBERT R. Expérience et propositions: Royaume-Uni, in: Propositions pour une société fermée européenne, étude du Centre de recherche sur le droit des affaires (CREDA) sous la direction de Jeanne Boucourechliev, Luxembourg 1997, p. 63 - 108;
- VAN HULLE, KAREL Gesellschaftsrecht in: EG-Handbuch, Recht im Binnenmarkt, 2^e éd. (éditeur: CARL OTTO LENZ), Berlin 1994;
- DE KLUIVER, HARM-JAN Europe and the Private Company, An Introduction, in: The European Private Company?, Apeldoorn 1995, p. 21 - 41;
- LOFOCO, EDA Osservazioni sulla liberazione delle azioni emesse a fronte di conferimenti in natura, in: La seconda direttiva CEE in materia societaria, Milan 1984, p. 59 - 78;
- LUBY, MONIQUE /
PASQUALINI, FRANÇOIS /
PASQUALINI-SALERNO,
VALERIA Droit communautaire des Sociétés et Groupements, Dossiers Joly, Paris 1996;
- LUTTER, MARCUS Europäisches Unternehmensrecht, Grundlagen, Stand und Entwicklung nebst Texten und Materialien zur Rechtsangleichung, 4^e éd. (ZGR, Sonderheft 1), Berlin/New York 1996 (cité: LUTTER, *Unternehmensrecht*);
A Mini-Directive on Capital, in: The European Private Company?, Apeldoorn 1995, p. 201 - 206 (cité: LUTTER, *Mini-Directive*);
Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG, Karlsruhe 1964 (cité: LUTTER, *Kapital*);
voir également sous Allemagne;
- VAN OMMESLAGHE, PIERRE La première directive du Conseil du 9 mars 1968 en matière de sociétés, Cah.dr.eur. 1969, p. 495 - 665;
- TARTANTINO, GIANFRANCO Aumento del capitale e obblighi dei sottoscrittori, in: La seconda direttiva CEE in materia societaria, Milan 1984, p. 575 - 592;
- VICHATZKY, SOPHIE Droit des sociétés, Protection des tiers (première et onzième directives), Société à un seul associé (douzième directive), in: Collection des Juris-Classeurs, Traité de droit européen, vol. 3, Sociétés, fascicule 830, Paris 1998;
- WINKLER, CHRISTIAN Der gegenwärtige Stand und die konzeptionellen Grundlagen des europäischen Gesellschaftsrechts, thèse Eberhard-Karls-Universität Tübingen 1996.

Abréviations

aCO	«ancien» Code des obligations (1936)
(a)CO	«ancien» Code des obligations (1936) et Code des obligations actuellement en vigueur
AG	Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen, für deutsches, europäisches und internationales Unternehmens- und Kapitalmarktrecht
AktG (A)	Bundesgesetz über die Aktiengesellschaften vom 31. März 1965 (loi autrichienne sur les sociétés anonymes)
al.	alinéa
all.	en allemand
aLP	«ancienne» Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (teneur avant la révision entrée en vigueur au 1 ^{er} janvier 1997)
aORC	«ancienne» Ordonnance sur le registre du commerce du 7 juin 1937 (teneur avant la révision entrée en vigueur au 1 ^{er} juillet 1992)
AP 1999	Avant-projet de révision du droit de la société à responsabilité limitée, avril 1999
AP Lfus	Avant-projet de loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation de sujets (loi sur la fusion), novembre 1997
ARC	Annuaire du Registre du commerce
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
ATS	schilling autrichien
AVAMPROGETTO	Avamprogetto di riforma del diritto della società a garanzia limitata, aprile 1999
AVANT-PROJET	Avant-projet de révision du droit de la société à responsabilité limitée, avril 1999
BaK	Kommentar zum schweizerischen Privatrecht («Basler Kommentar»)
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BEF	franc belge
BGBI. (A)	Bundesgesetzblatt (Autriche)
BGBI. (D)	Bundesgesetzblatt (Allemagne)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Allemagne)
BJM	Basler juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BO CE	Bulletin officiel, Conseil des Etats
BO CN	Bulletin officiel, Conseil national

Abréviations

BOTSCHAFT 1983	Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983
BSchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs (Bulletin des préposés aux poursuites et faillites)
BT	Bundestag
Bus.Law.	The Business Lawyer
Cah.dr.eur.	Cahiers de droit européen
Cal.App.	California, Court of Appeal
Cal.Corp.C.	California Corporations Code
Cal.Rptr.	California Reporter
CC	Code civil suisse (RS 210)
CCi	Code civil italien
cf.	confer
CFB	Commission fédérale des banques
CFO	Code fédéral des obligations
C.F.R.	Code of Federal Regulations
ch.	chiffre
chap.	chapitre
Ch.K.L.Rev.	Chicago Kent Law Review
Cir.	Federal Circuit (Etats-Unis)
CJ CE	Cour de justice des Communautés européennes
CO	Code suisse des obligations (RS 220)
Cor.L.Rev.	Cornell Law Review
DEM	mark allemand
DF	Dispositions finales de la loi fédérale sur la révision du droit des sociétés anonymes (titre XXVI) (RS 220)
DKK	couronne danoise
DT AP 1999	Dispositions transitoires de l'avant-projet de révision du droit de la société à responsabilité limitée, avril 1999
EC	Expert comptable suisse
éd.	édition
ENTWURF 1983	Entwurf über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983
ENTWURF 1996	Reform des GmbH-Rechts, Expertenentwurf vom 29. November 1996
etc.	et cetera
EuR	Europarecht
EuroEG	Gesetz zur Einführung des Euro (Euro-Einführungsgesetz) vom 9. Juni 1998 (BGBl. 1998 [D] I, p. 1242 ss, Allemagne)
Euro-JuBeG	1. Euro-Justiz-Begleitgesetz (Kurztitel) vom 14. August 1998 (BGBl. [A] I no 125/1998, Autriche)

Abréviations

EXPERTENBERICHT	Expertenbericht zum Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, April 1999
F.2d	Federal Reporter, Second Series
FF	Feuille fédérale
FFG	Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 (Allemagne)
FJS	Fiches juridiques suisses
FOSC	Feuille officielle suisse du commerce
fr.	en français
franc(s)	franc(s) suisse(s)
FRF	franc français
FSA	Fédération Suisse des Avocats
GAAP	Generally Accepted Accounting Principles
Gazz. Uff.	Gazzetta Ufficiale (Italie)
GBP	livre sterling
GmbH et G.m.b.H.	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG (A)	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 6. März 1906 (Autriche)
GmbHG (D)	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892 (Allemagne)
GmbHR	GmbH-Rundschau
GVP-SG	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
IPC	indice suisse des prix à la consommation
ISIR	Internationales Steuerrecht, Monatsschrift für europäische und internationale Steuer- und Wirtschaftsberatung
it.	en italien
ITL	lire italienne
JdT	Journal des Tribunaux
J.L.M.B.	Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles
J.O.	Journal officiel de la République Française
J.O.C.E.	Journal officiel des Communautés européennes
KapAEG	Gesetz zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit deutscher Konzerne an Kapitalmärkten und zur Erleichterung der Aufnahme von Gesellschafterdarlehen (Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz) vom 20. April 1998 (BGBl. [D] 1998 I, p. 707 ss, Allemagne)
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich vom 27. April 1998 (BGBl. [D] 1998 I, p. 786 ss, Allemagne)
L'AGEFI	Le quotidien Suisse des affaires et de la finance
LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (RS 952.0)

Abréviations

L.C.S.	Lois coordonnées des sociétés du 30 novembre 1935 (Belgique)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291)
LECCA	Avant-projet pour une loi fédérale sur l'établissement et le contrôle des comptes annuels du 29 juin 1998
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
lit.	littera
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (RS 281.1)
Ltd.	private company limited by shares (Grand-Bretagne)
MESSAGE 1928	Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui du projet de loi révisant les titres XXIV à XXXIII du Code des obligations, du 21 février 1928
MESSAGE 1983	Message concernant la révision du droit des sociétés anonymes du 23 février 1983
N	numéro(s) en marge
NB	Le notaire bernois
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
no	numéro(s)
not.	notamment
note	note de bas de page
NY L.L.C.L.	New York State Limited Liability Company Law
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OACC	Avant-projet pour une ordonnance sur l'agrément des contrôleurs des comptes du 29 juin 1998
OB	Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne du 17 mai 1972 (RS 952.02)
OFS	Office fédéral de la statistique
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen (Allemagne)
ORC	Ordonnance sur le registre du commerce du 7 juin 1937 (RS 221.411)
OT	Ordonnance sur les droits de timbre du 3 décembre 1973 (RS 641.101)
p.	page(s)
P.2d	Pacific Reporter, Second Series
PJA	Pratique juridique actuelle
P.M.E.	petites et moyennes entreprises
Praxis	Die Praxis
PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE	The American Law Institute, Principles of Corporate Governance

Abréviations

PROCÈS-VERBAL	Code fédéral des obligations, Revision des titres XXIV à XXXIII, Procès-verbal de la Commission d'experts, publié par le Département fédéral de Justice et Police 1928
PROJET 1915	Schweizerisches Obligationenrecht, Entwurf betreffend Revision der Titel XXIV bis XXVII des Obligationenrechts, Juni 1915
PROJET 1917	Schweizerisches Obligationenrecht, Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechts, Juni 1917
PROJET 1923	II ^e Projet de loi fédérale concernant la révision des titres XXIV à XXXIII du Code fédéral des obligations
PROJET 1928	Projet de loi révisant les titres XXIV à XXXIII du Code des obligations, du 21 février 1928
PROJET 1983	Projet concernant la révision du droit des sociétés anonymes du 23 février 1983
PROJET 1996	Projet de révision du droit de la société à responsabilité limitée du 29 novembre 1996
RAPPORT D'EXPERTS	Rapport d'experts pour un avant-projet de révision du droit de la société à responsabilité limitée, avril 1999
RAPPORT EXPLICATIF	Révision du droit de la Sarl, rapport explicatif du 29 novembre 1996
RAPPORT EXPLICATIF AP LFUS	Rapport explicatif concernant l'avant-projet de loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation de sujets (loi sur la fusion), Novembre 1997
RAPPORT FINAL	Groupe de réflexion «Droit des sociétés», Rapport final du 24 septembre 1993
RAPPORT HOFFMANN	Deuxième rapport sur la révision des titres 24 à 33 du Code fédéral des obligations (rapport soumis au Département fédéral de justice et police dans le courant du mois de décembre 1923)
RAPPORT HUBER	Rapport sur la révision des Titres 24 à 33 du Code fédéral des obligations, présenté au Département fédéral de justice et police en mars 1920
RAPPORT INTÉrimAIRE	Rapport intérimaire du président et du secrétaire du Groupe de travail pour l'examen du droit des sociétés anonymes relatif à une proposition de revision partielle du droit des sociétés anonymes
RAPPORTO	Rapporto peritale sull'avamprogetto di riforma del diritto della società a garanzia limitata, aprile 1999
R.C.J.B.	Revue critique de jurisprudence belge
R.D.C.	Revue de droit commercial belge
RDS	Revue de droit suisse
Rec.	Recueil de la Jurisprudence de la Cour et du Tribunal de première instance des Communautés européennes
recht	recht: Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis

Abréviations

RECHTSAUSSCHUSS, BT-DRUCK, 8/3908	Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften (Allemagne)
REFERENTENENTWURF	Referentenentwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung von 1969 (Allemagne)
REFORM	Reform des GmbH-Rechts, Erläuterungen zum Expertenentwurf vom 29. November 1996
REPRAX	Zeitschrift zur Handelsregisterpraxis
Revue	Revue de l'avocat, publications de la Fédération Suisse des Avocats
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RJB	Revue de la société des juristes bernois
R.M.B.C.A.	Revised Model Business Corporation Act (1984) (Etats-Unis)
R.M.B.C.A. COMMENTAIRE OFFICIEL	Revised Model Business Corporation Act (1984), Official Comments
RNRF	Revue suisse du notariat et du registre foncier
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSB	Recueil systématique des lois bernoises
RSDA	Revue suisse de droit des affaires
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
SA	société anonyme
Sàrl	société à responsabilité limitée
SAS	Société anonyme suisse
S.Calif.L.Rev..	Southern California Law Review
SJ	La Semaine Judiciaire
SPR	Schweizerisches Privatrecht
ss	suivant(e)(s)
StückAG	Gesetz über die Zulassung von Stückaktien (Stückaktiengesetz) vom 25. März 1998 (BGBl. [D] 1998 I, p. 590 ss, Allemagne)
t.	tome(s)
TDP	Traité de droit privé suisse
TF	Tribunal fédéral
TVR	Thurgauische Verwaltungsrechtspflege
U.Colo.L.Rev.	Colorado Law review
U.L.L.C.A.	Uniform Limited Liability Company Act (1996) (Etats-Unis)

Abréviations

U.S.C.	United States Codes
vol.	volume(s)
VORENTWURF	Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, April 1999
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZH	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZHR	Zentralblatt für das gesamte Handels - und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZK	Zürcher Kommentar
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
§(\$)	paragraphe(s)

Introduction

Le capital social constitue un élément essentiel de la société à responsabilité limitée. Toutefois, en raison de l'absence de succès de cette forme de société jusqu'à la révision du droit de la société anonyme de 1991, le capital social de la société à responsabilité limitée, plus particulièrement la réglementation de sa constitution effective, n'a pas fait l'objet d'études approfondies. Pour trois raisons, il nous paraît important de combler cette lacune.

Premièrement, l'étude du capital social initial selon le droit en vigueur doit permettre de mieux comprendre les particularités de la réglementation de la société à responsabilité limitée, notamment par rapport à celle du capital-actions de la société anonyme.

Deuxièmement, l'étude du capital social initial selon le droit en vigueur doit permettre de dégager les qualités et les défauts de la réglementation actuelle. Les résultats obtenus par cette étude pourront alors contribuer à la discussion actuellement en cours, dans le cadre de la révision du droit de la société à responsabilité limitée.

Troisièmement, dans l'optique d'une possible future adhésion à l'Union européenne, la révision du droit de la société à responsabilité limitée devra tenir compte des exigences des directives européennes applicables à cette forme de société. De plus, indépendamment des exigences découlant des directives, il serait également souhaitable que la nouvelle réglementation suisse ne s'écarte pas trop des législations nationales des pays européens. Une vérification de l'eurocompatibilité au sens large de l'avant-projet de révision du droit de la société à responsabilité limitée s'impose dès lors.

Cette étude comporte 5 volets distincts.

La première partie rappellera les principales étapes de l'introduction de la société à responsabilité limitée dans le droit suisse et l'évolution de cette forme de société jusqu'à aujourd'hui (I. Historique). L'étude des travaux législatifs préalables à l'introduction de la société à responsabilité limitée visera plus particulièrement l'évolution de la réglementation du capital social (limite inférieure et supérieure, libération minimum) dans les différents projets.

La deuxième partie aura pour but de définir précisément le capital social de la société à responsabilité limitée selon le droit en vigueur et de faire ressortir les différences qui existent entre le capital social et d'autres notions, telles que la fortune sociale, le capital-participation et le capital-actions de la société anonyme (II. La définition du capital social).

La troisième partie traitera des fonctions actuellement attribuées au capital social (III. Les fonctions du capital social). Il s'agira, entre autres, de vérifier si, et dans quelle mesure, le capital social peut effectivement remplir ses fonctions.

La quatrième partie sera consacrée à l'étude de la constitution effective du capital social initial (IV. La constitution effective du capital social initial). Nous analyserons plus particulièrement dans quelle mesure la réglementation en vigueur garantit la constitution effective du capital social initial et dans quelle mesure des modifications législatives seraient souhaitables.

La cinquième partie comportera une analyse de la réglementation de l'avant-projet de révision du droit de la société à responsabilité limitée (V. L'avant-projet de révision d'avril 1999). Il y sera notamment débattu de l'opportunité de maintenir le capital social et sa limite inférieure, de l'opportunité d'imposer la libération intégrale des parts sociales souscrites ainsi que de l'opportunité de soumettre la libération des parts sociales aux exigences plus sévères applicables à la libération des actions. Les choix des auteurs de l'avant-projet dans ces domaines seront soumis à un contrôle d'eurocompatibilité.

I. Historique

1. Introduction

Le droit suisse ne connaît la société à responsabilité limitée que depuis le 1^{er} juillet 1937, date à laquelle les titres XXIV à XXXIII du Code des obligations révisé en 1936 sont entrés en vigueur. L'introduction de cette forme de société est donc relativement récente, notamment en comparaison avec certaines législations étrangères¹. Elle ne s'est pas faite sans heurts, et l'on a même pu craindre qu'elle n'aboutisse jamais.

Ce fut donc un processus de longue haleine, et cette partie va tenter d'en exposer les principales étapes. Cette démarche devrait permettre de mieux comprendre les raisons qui ont guidé les choix du législateur et d'établir les bases nécessaires à l'étude du capital social initial.

¹ Voir à ce sujet 2.4.2-4. La législation de certains pays d'Europe, p. 227 ss.

2. Les législations cantonales antérieures à 1881

Vu la date d'introduction de la société à responsabilité limitée dans le droit suisse (1^{er} juillet 1937), l'étude des droits cantonaux antérieurs à 1881 peut paraître dénuée de tout intérêt. Cette impression est juste, si l'on se contente de constater l'absence de la société à responsabilité limitée dans les ordres juridiques cantonaux avant le Code fédéral des obligations². En revanche, un rappel succinct des droits cantonaux³ se justifie pleinement au vu de certains parallèles entre le capital-actions de la société anonyme et le capital social de la société à responsabilité limitée⁴.

A la lecture des lois cantonales, nous constatons d'emblée que les dispositions traitant du capital-actions étaient souvent peu développées. Ainsi, aucune réglementation cantonale n'imposait de capital-actions minimum. En revanche, en lieu et place d'un capital-actions minimum, les cantons exigeaient souvent que les ressources de la société soient en relation avec ses activités et ses engagements futurs prévisibles⁵. Les cantons préféraient manifestement un traitement différencié des sociétés anonymes.

² Concernant les législations cantonales antérieures à 1881, voir notamment FICK, HENRI, ZH 1869 (13. Band), p. 391 ss, not. p. 409 - 415.

³ Voir notamment STAMMBACH.

⁴ Voir 3.7. Le capital-actions de la société anonyme, p. 78 ss.

⁵ Exemples: Le paragraphe 6 de la «Gesetz betreffend das Ragionenwesens vom 29. Herbstmonath 1835» du canton de Zurich statuait: «Actien-Unternehmungen, welche keinen mit seinem Vermögen solidarisch haftenden Associé oder Geschäftsführer haben (sociétés anonymes), bedürfen der Autonsation des Regierungsrathes, für deren Ertheilung die Vorlegung der Statuten, wovon ein Exemplar bey der Handelskammer aufbewahrt wird, und die **Ausweisung über ihre öconomischen Kräfte** erforderlich ist. Der diesfällige Beschluss wird auf eingeholtes Gutachten der Handelskammer erlassen» (voir Officielle Sammlung der seit Annahme der Verfassung vom Jahre 1831 erlassenen Gesetze, Beschlüsse und Verordnungen des Eidgenössischen Standes Zürich, 4^e vol., Zurich 1835, p. 38 ss, not. p. 39 et 40). De même, le paragraphe 11 de la «Gesetz über Kommanditen und anonyme Gesellschaften vom 6. Dezember 1847» du canton de Bâle-Ville statuait: «Die Regierung wird diese Genehmigung erst nach Einsicht der notarisch auszufertigenden Statuten ertheilen und nachdem sie die Ueberzeugung gewonnen haben wird, dass der Zweck der betreffenden Gesellschaft mit dem Gemeinwohl verträglich sei, und dass **die Kräfte derselben ihrem Wirkungskreise und dem vorauszusetzenden Umfange ihrer Verbindlichkeiten angemessen seien**» (voir Sammlung der Gesetze und Beschlüsse wie auch der Polizei-Verordnungen welche seit Anfang 1847 bis Ende 1850 für den Kanton Basel-Stadttheil erlassen worden, 5^e vol., als Fortsetzung der früheren Gesetzessammlung für den Kanton Basel, 12^e vol., Bâle 1851, p. 54 ss, not. p. 56 et 57).

Enfin, à l'exception de la première législation neuchâteloise, tous les cantons soumettaient «l'exploitation» d'une société anonyme à l'obtention d'une autorisation de la part du gouvernement cantonal.

L'absence d'une exigence d'un capital-actions minimum dans les réglementations cantonales doit être gardée à l'esprit lors de notre étude du capital social de la société à responsabilité limitée.

3. Le Code fédéral des obligations de 1881

3.1. Introduction

L'introduction du Code fédéral des obligations représente une étape importante dans l'unification du droit privé suisse. Elle nous intéresse pour plusieurs raisons.

Premièrement, l'unification n'a pas porté uniquement sur «la partie générale du droit des obligations» mais elle a également touché le droit des sociétés.

Deuxièmement, et contrairement à la période précédente, de nombreuses sources nous renseignent sur les choix du législateur fédéral.

Troisièmement, bien que le Code fédéral des obligations n'ait pas consacré la forme de la société à responsabilité limitée et bien que son introduction n'ait pas fait l'objet de discussions scientifiques publiées, nous pouvons comparer la réglementation fédérale concernant le capital-actions de la société anonyme avec les réglementations cantonales préexistantes et en tirer quelques renseignements utiles pour l'étude du capital social de la société à responsabilité limitée.

3.2. Les projets de Munzinger

Le 30 janvier 1862, suite à une motion de CURTI, le Conseil national a invité le Conseil fédéral à étudier l'utilité d'introduire, par le biais d'un concordat, un code de commerce unifié pour toute la Suisse ou, si cela ne s'avérait pas possible, pour une grande partie des cantons⁶. Avec l'approbation du Conseil fédéral, le Département fédéral de justice et police a chargé trois juristes, à savoir BURCKHARDT-FÜRSTENBERGER, FICK (HENRI) et MUNZINGER, d'étudier la question et de lui faire parvenir des rapports. Après que les rapporteurs⁷ se furent prononcés en faveur d'une unification du droit commercial, le Conseil fédéral a chargé MUNZINGER d'élaborer un projet de concordat⁸. Le projet de MUNZINGER, qui date de 1863, prévoyait une réglementation des sociétés commerciales suivantes: la société en nom collectif (§§ 26 ss), la société en commandite (§§ 83 ss), la société anonyme (§§ 98 ss) et la société en commandite par actions (§§ 142 ss). La société à responsabilité limitée ou une forme de société semblable n'y figurait pas.

⁶ FF 1860 I p. 124.

⁷ Voir notamment: BURCKHARDT-FÜRSTENBERGER et MUNZINGER, *Gutachten*.

⁸ Entwurf, Konkordat über Handels- und Verkehrsrecht, 1863.

En ce qui concerne la réglementation de la société anonyme, nous relevons notamment que le projet de concordat renonçait à exiger une autorisation gouvernementale lors de la constitution de la société⁹. De plus, aucun minimum n'était exigé pour le capital-actions. Selon le paragraphe 101 al. 2 ch. 4 du projet de concordat, les statuts devaient uniquement mentionner le montant du capital-actions déterminé librement par les fondateurs. Enfin, en vertu du paragraphe 129, la direction ou le conseil de surveillance avait l'obligation d'avertir le juge lorsque la fortune de la société ne couvrait plus ses dettes.

Le Conseil fédéral a par la suite chargé une commission spéciale de procéder à l'étude du projet de concordat. Cette étude s'est déroulée de fin 1863 à début 1864 et a conduit à l'établissement d'un projet de loi en 1864 dont la rédaction a également été confiée à MUNZINGER¹⁰.

A l'instar du projet de 1863, le projet de 1864 n'imposait aucun montant minimum pour le capital-actions de la société anonyme (art. 122 al. 2 ch. 3)¹¹. L'obligation d'avertir le juge en cas de surendettement était maintenue (art. 164 al. 1)¹². En revanche, le projet de 1864 introduisait l'exigence d'une autorisation étatique pour la fondation d'une société anonyme créée pour une durée supérieure à 30 ans (art. 119)¹³. Il se rapprochait ainsi des législations cantonales antérieures. Il restait toutefois muet quant aux critères devant guider les autorités pour l'octroi ou le refus d'une autorisation et quant à l'autorité habilitée à traiter des demandes d'autorisation.

En 1868, suite à une conférence des cantons, MUNZINGER a été chargé d'élaborer un nouveau projet. Contrairement au mandat antérieur, ce projet - publié en 1871¹⁴ - devait également englober la partie générale du droit des obligations¹⁵. Il traitait notamment de la société simple (art. 545 ss), de la société en nom collectif (art. 573 ss), de la société en commandite (art. 604 ss), de la société anonyme (art. 627 ss), de la société en commandite par actions (art. 684 ss) et de la société coopérative (art. 703 ss). La société à responsabilité limitée faisait toujours défaut. Concernant la réglementation de la société anonyme, quelques remarques s'imposent. A l'instar du projet précédent, la société anonyme ne

⁹ Sur ce point, le projet de concordat divergeait des lois cantonales (voir note 5 in fine).

¹⁰ Projet de Code de commerce suisse, Genève 1864.

¹¹ Selon MUNZINGER (*Motifs*, p. 125) des limites inférieures et supérieures du capital-actions «sont trop étroites pour les besoins si divers que la société par actions est appelée à satisfaire dans le présent et surtout dans l'avenir».

¹² Contrairement au projet de 1863 qui prévoyait un «Vorstand» et «Aufsichtsrath», le projet de 1864 ne prévoyait plus qu'un seul organe exécutif (direction [ou «Vorstand» dans la version allemande]).

¹³ Dans ses explications à l'appui du projet de 1864, MUNZINGER traitait longuement de la question de l'autorisation étatique pour les sociétés anonymes. Il s'opposait avec véhémence à l'exigence d'une autorisation qui, selon lui, n'était d'aucune utilité pour la protection du public (voir MUNZINGER, *Motifs*, p. 111 - 121).

¹⁴ Schweizerisches Obligationenrecht, Entwurf 1871 (par WALTHER MUNZINGER).

¹⁵ FF 1880 III p. 140.

devait pas avoir de capital-actions minimum. En revanche, l'exigence d'une autorisation étatique était abandonnée. Enfin, le nouvel article 671 du projet complétait la protection du capital par rapport aux dispositions des projets antérieurs qui ne prévoyaient un avis au juge qu'en cas de surendettement. En effet, l'alinéa 1 du nouvel article 671 statuait: «Ergiebt sich aus der letzten Bilanz oder aus besondern Thatfachen, dass sich das Gewinnkapital um die Hälfte vermindert hat, so ist der Vorstand, und im Falle der Säumniss auch der Aufsichtsrath verpflichtet, die Generalversammlung unverzüglich einzuberufen, um sie über die Frage der Auflösung der Gesellschaft entscheiden zu lassen»¹⁶.

3.3. Les projets de 1875, 1877 et 1879

Suite à l'échec du projet de Constitution fédérale de 1872¹⁷ et suite au décès de MUNZINGER, le juriste zurichois HENRI FICK a été chargé de remanier le dernier projet.

Le nouveau projet a été terminé en juillet 1875¹⁸. Concernant la société anonyme, l'absence d'une autorisation étatique et l'absence de limites pour le capital-actions (art. 645 ch. 4), tout comme la réglementation en cas de perte de capital et de surendettement (art. 683), étaient maintenues.

Quant au fond, le projet de 1877¹⁹ reprenait sans modification la réglementation susmentionnée (art. 645 ch. 4 et 683) et le projet de 1879 ne lui apportait que des modifications mineures (art. 626 ch. 4 et 665). C'est ce dernier projet que le

¹⁶ Une disposition semblable se trouvait déjà dans certaines lois cantonales. Ainsi, le paragraphe 1361 du «Zürcherische Privatrechtliche Gesetzbuch vom 16. April 1855» stipulait: «Diejenigen Aktiengesellschaften, welche Papiere auf den Inhaber ausgeben oder welche den öffentlichen Kredit des Publikums in Anspruch nehmen, wie z. B. Gesellschaften, welche Bank- oder Darlehensgeschäfte oder Versicherungen betreiben, und ebenso diejenigen, denen solches bei der Ertheilung der Genehmigung ausdrücklich zur Pflicht gemacht worden ist, sind verpflichtet, sobald der durch die Aktienbeiträge gebildete Grundstock ihres Vermögens durch Verluste bis auf die Hälfte aufgezehrt worden ist, davon dem Regierungsrathe Anzeige zu machen, welcher die im Interesse des allgemeinen Kredits nöthig erscheinenden Massregeln, z. B. öffentliche Bekanntmachung, trifft, unter Umständen die Auflösung verfügt» (Officielle Sammlung der seit Annahme der Verfassung vom Jahre 1831 erlassenen Gesetze, Beschlüsse und Verordnungen des Eidgenössischen Standes Zürich, Privatrechtliches Gesetzbuch, 4^e livre, Zurich 1856, not. p. 325 et 326). Une même règle se trouvait également dans la Loi bernoise du 27 novembre 1860 sur les Sociétés anonymes (art. 41 al. 1 ch. 4) (Nouveau recueil officiel des lois, décrets et ordonnances du Canton de Berne, tome X, années 1859, 1860 et 1861, Berne 1862, p. 373 ss, not. p. 388).

¹⁷ A ce sujet, voir AUBERT, I, N 101 ss (p. 44 ss) ainsi que HAFELIN/HALLER, N 52 ss (p. 19 ss).

¹⁸ Loi fédérale concernant le droit des obligations, y compris le droit commercial et le droit de change (Art. 64 de la Constitution fédérale), Projet élaboré sur les bases arrêtées par une commission (22 - 28 octobre 1869) et (6 - 13 octobre 1872) (Berne 1876) (traduction par GUSTAVE FICK du projet de 1875 de HENRI FICK).

¹⁹ Projet de loi fédérale sur le droit des obligations y compris le droit commercial et le droit de change (Genève 1877) (traduction non officielle par GUSTAVE FICK du projet de 1877).

Conseil fédéral a soumis aux Chambres fédérales, en date du 27 novembre 1879, avec un message à l'appui²⁰. Le message retraçait dans une première partie les étapes ayant mené au projet de 1879²¹. Dans une deuxième partie, il traitait de certaines dispositions du projet²². A ce propos, nous constatons que le Conseil fédéral a consacré plusieurs pages pour expliquer l'abandon de l'exigence d'une autorisation étatique pour la création d'une société anonyme alors qu'il n'a aucunement semblé s'inquiéter de l'inexistence de limites inférieures et supérieures pour le capital-actions²³. Cette absence d'inquiétude peut s'expliquer par le fait que les législations cantonales antérieures ne connaissaient pas de limites en matière de capital-actions.

Enfin, en date du 14 juin 1881, l'Assemblée fédérale a adopté le Code fédéral des obligations. Il est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1883.

3.4. Conclusion

Tout au long du processus d'élaboration du Code fédéral des obligations de 1881, la protection des créanciers sociaux de la société anonyme a été une préoccupation des experts et rédacteurs chargés d'élaborer des projets. Malgré cette préoccupation et l'abandon de l'exigence d'une autorisation étatique pour la création d'une société anonyme, le législateur fédéral n'a pas jugé nécessaire d'introduire de limites pour le capital-actions. Il s'est contenté de protéger les intérêts en cause par des règles touchant à la procédure de fondation, à la responsabilité des organes, etc. Même si le Code fédéral des obligations n'a pas introduit la société à responsabilité limitée dans le droit suisse, ce précédent ne doit pas être oublié lors de l'analyse de la réglementation du capital social de l'avant-projet de révision du droit de la société à responsabilité limitée.

²⁰ Loi fédérale sur les Obligations et le Droit commercial (art. 64 de la Constitution fédérale), projet présenté par le Département fédéral de Justice et Police sur la base des délibérations d'une Commission préconsultative, juillet 1879 et Message du Conseil fédéral à la haute Assemblée fédérale concernant le projet d'une loi fédérale sur les obligations et le droit commercial (FF 1880 I p. 115 ss).

²¹ FF 1880 I p. 117 - 137.

²² FF 1880 I p. 137 - 189.

²³ FF 1880 I p. 177 - 181. Ni le rapport du 31 mai 1880 de la commission du Conseil des Etats chargée d'examiner le projet du Conseil fédéral (FF 1880 III p. 139 ss, not. p. 161 ss), ni le rapport de novembre 1880 de la commission du Conseil national (FF 1881 I p. 195 ss, not. p. 224 ss) ne remettaient en cause la réglementation sur ce point.

4. Le Code des obligations de 1911

4.1. Introduction

Lors de l'introduction du Code civil suisse, s'est posée la question de l'adaptation du Code fédéral des obligations.

Un premier projet de 1905 prévoyait la révision de la totalité du droit des obligations, à l'exception du droit de la société anonyme, du droit de la société coopérative et du droit des papiers-valeurs. Pour ces domaines, une révision et réglementation particulières étaient prévues²⁴. Un deuxième projet de 1909 limitait la révision du droit des obligations à la partie générale et aux contrats spéciaux (y compris la société simple) et en excluait toutes les sociétés commerciales²⁵. Enfin, lorsque l'Assemblée fédérale a adopté le Code des obligations le 30 mars 1911, les anciennes dispositions traitant des sociétés commerciales ont été reprises sans aucune modification. Le législateur renonçait momentanément à introduire la société à responsabilité limitée.

4.2. Les efforts de la doctrine

Contrairement à ce qui avait été le cas auparavant, la non-introduction de la société à responsabilité limitée dans le droit suisse n'était plus synonyme d'absence de discussions scientifiques concernant cette forme de société.

En 1890 déjà, SPEISER critiquait le Code fédéral des obligations, selon lequel les associés d'une société en nom collectif ne pouvaient pas produire leur apport dans la faillite de la société²⁶. Selon SPEISER, le législateur aurait dû soit permettre aux associés d'une société en nom collectif de produire le montant de leur apport en tant que créance dans la faillite de la société, soit prévoir - comme pour la commandite - des mesures de publicité quant au montant de

²⁴ FF 1905 II p. 1 - 295 (not. p. 47). L'incorporation de la société à responsabilité limitée dans le projet était expressément rejetée (Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi destiné à compléter le projet de Code civil suisse [droit des obligations et livre final], du 3 mars 1905). Voir le «Entwurf 1904 zum Obligationenrecht» d'EUGEN HUBER, notamment les articles 1534 ss du projet traitant de la société simple, la société en nom collectif, ainsi que de la société en commandite. Voir également: «Bericht über die Anpassung und Revision des Obligationenrechts und über die Einführungsbestimmungen zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch» d'août 1904, not. p. 49 et 50.

²⁵ FF 1909 III p. 747 - 947, not. p. 750 et 751 (Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision du code des obligations [Supplément au message du 3 mars 1905], du 1^{er} juin 1909). Voir également: III^e session de la commission d'experts du 1 au 10 mars 1909 (27^e séance du 10 mars 1909), p. 4 - 5. Contrairement au message de 1905, le Conseil fédéral semble toutefois plutôt favorable en 1909 à l'introduction ultérieure de la société à responsabilité limitée (FF 1909 III p. 751).

²⁶ SPEISER, RDS 1890 (9), p. 327 ss, not. p. 337 ss.

l'apport des associés. En se référant à un projet législatif privé allemand relatif à la société à responsabilité limitée, SPEISER estimait que l'exigence de publicité des apports de la société en nom collectif pouvait être liée à une limitation de la responsabilité des associés au montant de leur apport respectif, ceci pour autant que les créanciers sociaux soient mis au bénéfice de moyens juridiques efficaces garantissant l'existence et le maintien desdits apports²⁷.

En 1895, KARL (CARL) WIELAND publiait un article traitant des sociétés à responsabilité limitée²⁸. En analysant les arguments avancés en faveur de l'introduction de la société à responsabilité limitée en Allemagne, WIELAND déduisait que le législateur allemand avait eu raison de créer une nouvelle forme de société²⁹. Toutefois, il le critiquait de s'être laissé guider par les principes de responsabilité du droit de la société anonyme, plutôt que par ceux des sociétés de personnes³⁰.

Dans sa thèse de 1899, CAHN étudiait la relation entre la société à responsabilité limitée et les autres formes de sociétés³¹. Après avoir constaté que la société à responsabilité limitée n'était pas possible en droit suisse, il faisait implicitement savoir qu'il ne verrait pas d'un mauvais oeil son introduction. A l'instar de WIELAND, CAHN critiquait cependant le choix du législateur allemand et se prononçait en faveur d'un système de responsabilité tel que proposé par OECHELHÄUSER³².

A l'exception des écrits susmentionnés, la société à responsabilité limitée n'a pas fait l'objet de beaucoup de publications dans la littérature juridique suisse au siècle passé. Une décision du Conseil fédéral du 16 juin 1902 mettait fin à cette relative accalmie³³. En effet, en se référant notamment à une circulaire du 25 novembre 1898 du Département fédéral de justice et police³⁴, adressée aux autorités cantonales de surveillance du registre du commerce et concernant l'inscription de sociétés commerciales étrangères, le Conseil fédéral admettait le recours d'une société à responsabilité limitée allemande, à laquelle les autorités bâloises avaient refusé l'inscription d'une succursale au registre du commerce en tant que société à responsabilité limitée. Suite à cette décision et

²⁷ SPEISER, cité note 26, p. 339.

²⁸ WIELAND, KARL (CARL), *Gesellschaften*, RDS 1895 (14), p. 205 - 258.

²⁹ WIELAND, KARL (CARL), cité note 28, p. 222.

³⁰ WIELAND, KARL (CARL), cité note 28, p. 222 - 258.

³¹ CAHN, p. 145 - 188.

³² CAHN, p. 182 ss. OECHELHÄUSER s'était prononcé en faveur d'un système de responsabilité (externe) solidaire des associés pour les obligations de la société tel qu'il sera finalement retenu par le législateur suisse (art. 772 al. 2/2 et 802 CO). Or, la loi adoptée par le législateur allemand ne prévoyait pas de responsabilité externe des associés pour les dettes sociales, mais se contentait d'une responsabilité interne, sous la forme d'une «Ausfallhaftung» (voir § 24 GmbHG [D]). En ce qui concerne la proposition de OECHELHÄUSER, voir également KOBERG, p. 39 ss.

³³ FF 1902 IV p. 37 - 51.

³⁴ FF 1898 IV p. 875 - 877. Voir également FF 1899 I p. 408.

notamment par crainte d'une inégalité de traitement entre les sociétés suisses et les sociétés étrangères, la Chambre de commerce bâloise exigeait l'introduction d'une société à responsabilité limitée dans le droit suisse³⁵.

En 1904, dans son rapport à la société suisse des juristes traitant de la révision des règles de droit suisse relatives à la société anonyme, REHFOUS émettait l'avis que lors d'une prochaine révision, il fallait prévoir soit que «...la forme de société anonyme puisse être employée dans les circonstances les plus diverses...» soit que «...la législation consacre une autre forme, comme l'a fait l'Allemagne par la loi du 20 Avril 1892 sur les sociétés à responsabilité limitée»³⁶. De même, le corrapporteur VON WALDKIRCH estimait que si, dans le futur, la société anonyme était soumise à plus de formalités et dispositions contraignantes, le besoin d'introduire une nouvelle forme de société (semblable à la société à responsabilité limitée allemande) deviendrait plus pressant³⁷.

Enfin, en 1905, CURTI considérait que l'introduction de la société à responsabilité limitée dans le droit suisse devait être sérieusement envisagée³⁸.

4.3. Conclusion

Malgré la non-introduction de la société à responsabilité limitée dans le droit suisse lors de la révision de 1911 du Code fédéral des obligations, cette nouvelle forme de société commençait à être traitée et étudiée par la doctrine suisse. Ayant pour souci principal la protection des créanciers, les auteurs s'intéressaient notamment au régime de responsabilité adopté par le législateur allemand.

Craignant une inégalité de traitement par rapport aux sociétés étrangères, des voix commençaient à s'élever en faveur de l'introduction de la société à responsabilité limitée. Toutefois, aucun projet concret de réglementation pour la société à responsabilité limitée n'a vu le jour en Suisse avant 1911.

³⁵ XXVII. Jahresbericht der Basler Handelskammer über das Jahr 1902, Bâle 1903 (p. 23); XXVIII. Jahresbericht der Basler Handelskammer über das Jahr 1903, Bâle 1904 (p. 27); XXIX. Jahresbericht der Basler Handelskammer über das Jahr 1904, Bâle 1905 (p. 20 et 21); XXX. Jahresbericht der Basler Handelskammer über das Jahr 1905, Bâle 1906 (p. 33 et 34). La Chambre de commerce bâloise regrettait que des succursales de sociétés allemandes puissent s'installer en Suisse sous la forme de la société à responsabilité limitée, alors que cette forme de société n'était pas ouverte aux entreprises suisses. Elle craignait notamment que cette inégalité de traitement n'amène des sociétés suisses à créer leur maison principale en Allemagne, pour ouvrir une succursale sous la forme de société à responsabilité limitée en Suisse.

³⁶ REHFOUS, RDS 1904 (23), p. 567 ss (passage cité; p. 570 et 571).

³⁷ VON WALDKIRCH, RDS 1904 (23), p. 704 (Protokoll vom 22. August 1904 der Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins 1904).

³⁸ CURTI, *Handelsgesellschaften*, not. p. 501.

5. La révision de 1936

5.1. Les projets de 1915, 1917 et 1919

5.1.1. *Elaboration et contenu*

En décembre 1911, EUGEN HUAER a été chargé d'élaborer un projet de révision des titres XXIV à XXXIII du Code des obligations de 1911.

Le premier projet date de juin 1915³⁹. HUAER y introduisait une réglementation exhaustive de la société à responsabilité limitée aux articles 764 à 796. Ce projet prévoyait un capital social minimum de 20 000 francs (art. 766 al. 1). En revanche, aucun capital social maximum n'était prévu. De même, le projet n'imposait aucun minimum pour les parts sociales, ne disait rien quant à la libération minimum du capital social et ne fixait pas de limite supérieure quant au nombre des associés.

Après qu'une commission se fut penchée sur ce projet (septembre 1916), HUBER a élaboré un nouveau projet qui a vu le jour en juin 1917⁴⁰. Celui-ci traitait notamment de la société à responsabilité limitée aux articles 794 à 825. Par rapport au projet antérieur, la réglementation était plus restrictive. Outre un capital social minimum de 20 000 francs (art. 797 al. 1), le nouveau projet fixait un capital social maximum de 5 millions de francs et exigeait des parts sociales de 1000 francs au minimum (art. 797 al. 1). De plus, lors de la fondation, chaque part sociale devait être libérée à raison de 20 % au moins (art. 797 al. 3). Enfin, le nombre des associés devait se situer entre 3 (art. 642 al. 1⁴¹) et 30 (art. 795).

En 1917, une nouvelle commission a discuté les dispositions de ce projet. Le projet définitif, de décembre 1919, accompagné d'un rapport explicatif, a été présenté en mars 1920 au Département fédéral de justice et police⁴².

Dans ce projet, HUAER renonçait - contrairement aux projets antérieurs - à l'introduction de la société à responsabilité limitée dans le droit suisse. Après une étude approfondie de la question⁴³, il aboutissait à la conclusion qu'il n'existait

³⁹ Schweizerisches Obligationenrecht, Manuskript, Entwurf betreffend Revision der Titel XXIV bis XXVII des Obligationenrechts, Juni 1915 (cité: PROJET 1915).

⁴⁰ Schweizerisches Obligationenrecht, Manuskript, Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechts, Juni 1917 (cité: PROJET 1917).

⁴¹ Disposition générale qui s'appliquait à toutes les sociétés commerciales possédant la personnalité juridique.

⁴² Projet de loi fédérale concernant la révision des titres XXIV à XXXIII du code fédéral des obligations (cité: PROJET 1919) et Rapport sur la révision des Titres 24 à 33 du Code fédéral des obligations, présenté au Département fédéral de justice et police en mars 1920 (cité: RAPPORT HUBER).

⁴³ RAPPORT HUBER, p. 43 et 44 ainsi que p. 169 ss.

aucun besoin réel justifiant l'introduction d'une nouvelle forme de société, puisque contrairement au droit allemand, le droit suisse admettait la constitution de petites sociétés anonymes: «Si, comme nous l'avons dit plus haut, d'après notre législation actuelle, les petites sociétés anonymes ont acquis un droit à l'existence et si, dans nos relations commerciales, on s'y est habitué et on en est en général satisfait, on peut bien admettre qu'il n'existe pas, pour nous, un besoin d'introduire la société à responsabilité limitée, du moment où l'on conserve la distinction entre les grandes et petites entreprises»⁴⁴. Toutefois, bien qu'il se prononçât contre l'introduction de la société à responsabilité limitée, HUBER joignait à son dernier projet une proposition de réglementation, pour le cas où l'on se déciderait malgré tout en faveur de son introduction⁴⁵.

Sans entrer dans les détails, les points suivants de la proposition méritent d'être mentionnés: HUBER limitait le nombre maximum des associés d'une société à responsabilité limitée à 30 personnes (art. 793b al. 1) et fixait un minimum et un maximum pour le capital social (20 000 francs et 5 millions de francs [art. 793d al. 1]) ainsi qu'un minimum pour chaque part sociale (1000 francs [art. 793d al. 1]). Cette réglementation stricte était notamment choisie «afin de conserver à cette forme de société sa fonction spéciale...»⁴⁶, c'est-à-dire d'empêcher que des sociétés ne se constituent sous la forme de la société à responsabilité limitée uniquement pour éviter leur soumission aux règles plus strictes applicables aux grandes sociétés anonymes. A ce propos, nous relevons qu'à l'instar du Code des obligations de 1911, le dernier projet de HUBER ne prévoyait pas de minimum pour le capital-actions de la société anonyme! Cette différence par rapport à la proposition de réglementation pour la société à responsabilité limitée est surprenante⁴⁷.

5.1.2. *Attitude de la doctrine*

En 1916, alors que depuis quelques années la société à responsabilité limitée n'avait plus fait l'objet d'études approfondies par des auteurs suisses, FRICK a présenté une étude consacrée exclusivement à ce sujet⁴⁸. Il est arrivé à la conclusion que l'introduction de la société à responsabilité limitée dans le droit

⁴⁴ RAPPORT HUBER, p. 43 et 44. A noter que le PROJET 1919 prévoyait, ce qui était une nouveauté par rapport au Code des obligations en vigueur, une réglementation différente pour les petites et les grandes sociétés anonymes. Ces dernières étaient notamment soumises à des règles plus strictes en matière de publicité et de contrôle (RAPPORT HUBER, p. 41).

⁴⁵ Articles 793a à 793g (32 articles).

⁴⁶ RAPPORT HUBER, p. 175.

⁴⁷ HUBER n'a pas justifié cette différence de traitement. A propos de la société anonyme, il a précisé qu'à l'instar de la réglementation en vigueur, il ne voulait pas introduire de minimum pour le capital-actions et pour l'action, afin de permettre aux petites sociétés anonymes de se constituer à leur gré (RAPPORT HUBER, p. 99 et 100).

⁴⁸ FRICK, THEODOR, Die Frage der Einführung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Schweiz, thèse Zurich 1916.

suisse ne correspondait pas à un véritable besoin puisque notre droit permettait, par le biais du droit de la société anonyme et de la coopérative - contrairement au droit allemand et autrichien -, de limiter la responsabilité individuelle des associés d'une manière satisfaisante⁴⁹.

Dans un article paru en 1920, FRITZ FICK s'est également opposé à l'introduction d'une société à responsabilité limitée⁵⁰. Selon lui, la forme de la société anonyme était suffisante pour les besoins de la pratique et une augmentation (*Zersplitterung*) du nombre des formas de société n'était point souhaitable. A noter qu'en ce qui concernait la révision du droit de la société anonyme, FICK exigeait une «...Abschaffung des Erfordernisses der Mehrheit der Personen und freieste Gestaltung des Kapitalerfordernisses, was Höhe des Gesamtkapitals und Nennwert der einzelnen Aktien betrifft - immerhin unter Aufrechterhaltung der Haftungsbeschränkung auf eine bestimmte Summe, das Grundkapital -, ...»⁵¹.

En 1921 - contrairement à FRICK et à FICK - ALFRED WIELAND s'est prononcé en faveur de l'introduction de la société à responsabilité limitée dans le droit suisse⁵². Selon lui, la société à responsabilité limitée correspondait notamment mieux aux besoins des cartels que la société anonyme⁵³.

Après la publication du projet de 1919, plusieurs auteurs se sont encore exprimés en faveur de l'introduction de la société à responsabilité limitée. Ainsi, à l'occasion d'un discours, le 18 février 1921, devant la société zurichoise des juristes, SCHÄR a repris son idée exprimée en 1913 dans une lettre adressée à HUBER, idée selon laquelle l'introduction de cette nouvelle forme de société empêcherait des entreprises purement commerciales de se servir abusivement de la forme de la société coopérative⁵⁴.

Dans un article paru dans la Revue de droit suisse en 1922, le professeur KARL (CARL) WIELAND s'est également exprimé pour l'introduction de la société à responsabilité limitée⁵⁵. En rappelant que le projet préalable de la commission d'experts, sous la direction de HUBER, avait déjà préconisé l'introduction de la

⁴⁹ Toutefois, si le droit suisse de la société anonyme et de la société coopérative devait être révisé et se rapprocher plus de la législation allemande, FRICK n'excluait pas l'introduction d'une nouvelle forme de société (FRICK, chapitres VI [p. 134 ss], VII [p. 140 ss] et VIII [p. 147 ss]).

⁵⁰ FICK, FRITZ, RSJ 1919/1920 (16), p. 329 ss, not. p. 334 et 335. Rédigé sans connaissance du PROJET 1919.

⁵¹ FICK, FRITZ, cité note 50, p. 335.

⁵² WIELAND, ALFRED, *Kartellrechte*, RDS 1921 (40), p. 75 ss.

⁵³ WIELAND, ALFRED, cité note 52, not. p. 120 ss. Cet article a été rédigé avant la publication du PROJET 1919. Toutefois, WIELAND a fait savoir (note de bas de page 37, p. 126), que les dispositions éventuelles - dont il avait pris connaissance avant la publication de son article - du PROJET 1919 lui paraissaient tenir compte des besoins des cartels.

⁵⁴ SCHÄR, not. p. 274, 279 et 280.

⁵⁵ WIELAND, KARL (CARL), *Aktiengesellschaft*, RDS 1922 (41), p. 118 ss.

société à responsabilité limitée et que HUBER lui-même avait changé d'avis depuis la publication de son projet⁵⁶, KARL (CARL) WIELAND estimait que la réglementation proposée pour la société anonyme ne tenait pas suffisamment compte des exigences des petites sociétés, que le nombre de petites sociétés anonymes augmentait de manière importante en Suisse et que l'introduction de la société à responsabilité limitée était imminente en France et en Italie, de sorte que les entreprises suisses se trouveraient bientôt dans une situation encore plus difficile par rapport aux sociétés étrangères⁵⁷.

Plus tard, en traitant des réformes du droit de la société anonyme, ALFRED WIELAND a estimé que la distinction que faisait le projet de 1919 entre les petites et grandes sociétés anonymes n'était pas judicieuse. De plus, cette distinction ne rendait aucunement superflue l'introduction de la société à responsabilité limitée⁵⁸.

Dans son discours du 10 novembre 1922 devant la société zurichoise des juristes, SCHWEIZER s'est également prononcé en faveur de l'introduction de la société à responsabilité limitée. Après un bref rappel historique, il a exprimé l'avis que les autres formes de sociétés pourraient également gagner par l'introduction de la société à responsabilité limitée, puisque celles-ci ne seraient plus utilisées à des fins pour lesquelles elles n'avaient pas été créées⁵⁹.

Enfin, dans sa thèse de 1923, ATTESLANDER s'est prononcé en faveur de l'introduction de la société à responsabilité limitée⁶⁰. Selon cet auteur, la société coopérative et la société anonyme ne s'adaptaient pas à certaines formes de coopération et l'introduction d'une nouvelle forme de société répondait à des

⁵⁶ Le 28 mai 1921, lors d'un discours devant l'assemblée des délégués de l'Union Suisse du Commerce et de l'Industrie, HUBER estimait que l'existence d'un champ d'application de la société à responsabilité limitée constituait un argument en faveur de son introduction (Separatabdruck aus dem Protokoll der am 28. Mai 1921 in Zürich abgehaltenen ordentlichen Delegierten-Versammlung des Schweizerischen Handels- und Industrie-Vereins, p. 1-20, not. p. 17 et 18).

⁵⁷ WIELAND, KARL (CARL), cité note 55, not. p. 145 - 158.

⁵⁸ WIELAND, ALFRED, *Reformen*, RDS 1922 (41), p. 491 ss, not. p. 528 - 531 et 543.

⁵⁹ SCHWEIZER, RSJ 1922/1923 (19), p. 273 ss. SCHWEIZER (p. 279) a pris la conclusion suivante: «Es ist ein Missbrauch der Form der Genossenschaft, wenn sie zu reinen Kapitalvereinigungen benützt wird. Es ist aber auch ein Missbrauch der Aktiengesellschaftsform, wenn in Wirklichkeit Aktionäre, Verwaltung und Kontrollstelle eine Kollektivgesellschaft oder Kommanditgesellschaft bilden, die lediglich das unpassende Kleid der A.-G. hat wählen müssen, weil keine andere Möglichkeit der Haftungsbeschränkung bestand. Eine reinliche Scheidung der Typen und Schaffung des neuen Typus der G.m.b.H. wird nur zum Vorteil aller Gesellschaftsformen und der sie benützenden Unternehmungen sein und damit auch der Gesamtheit dienen, eine reinliche Scheidung wird deshalb auch nicht Verwirrung, sondern gegenteils grössere Klarheit bringen». Il reprenait ainsi une idée exprimée auparavant par OSKAR SCHÄR (cité note 54).

⁶⁰ ATTESLANDER, PIERRE-EMILE, *Essai sur la Société à Responsabilité limitée*, thèse Genève 1923. ATTESLANDER a rédigé sa thèse avant la publication du PROJET 1923 (voir 5.2. Le projet de 1923, p. 18 ss). Son analyse était encore basée sur le PROJET 1919.

nouveaux besoins économiques⁶¹. La société à responsabilité limitée aurait notamment offert une base de crédit suffisante à ses créanciers. Toutefois, en traitant de la proposition de réglementation de HUBER, ATTESLANDER faisait savoir que, à son avis, le capital social maximum fixé à 5 millions de francs (art. 793d al. 1) devait être considérablement réduit⁶².

5.1.3. Conclusion

Au vu de ce qui précède, nous constatons qu'à partir de 1921 environ, les auteurs suisses ont commencé à s'exprimer majoritairement en faveur de l'introduction de la société à responsabilité limitée dans le droit suisse. Si plusieurs arguments ont été invoqués à l'appui de l'introduction, le fait que les pays voisins de la Suisse avaient déjà introduit ou étaient en train d'introduire cette nouvelle forme de société a certainement fortement influencé l'évolution de la doctrine suisse. Enfin, nous tenons à rappeler que les auteurs insistaient toujours beaucoup sur l'importance de la protection des créanciers.

5.2. Le projet de 1923

5.2.1. Elaboration et contenu

En décembre 1923, un nouveau projet de révision des titres XXIV à XXXIII du Code des obligations de 1911 a vu le jour⁶³. Il a été élaboré par ARTHUR HOFFMANN. Contrairement au projet de 1919, il intégrait une réglementation de la société à responsabilité limitée. Dans le rapport explicatif qui accompagnait le projet de 1923, HOFFMANN annonçait que «...le législateur doit offrir aux besoins multiples de la vie économique le plus de formes juridiques possibles et s'inspirer d'un libéralisme bien entendu. ... Il ne s'agit pas de se demander s'il est démontré que la nouvelle forme de société répond à une nécessité urgente, mais bien si son adoption ferait courir des risques sérieux à la sécurité du droit et à l'efficacité des mesures protectrices dont bénéficient les autres sociétés. ... Mais le projet révisé a entouré de tant de garanties la société à responsabilité limitée, qu'il n'est nullement prouvé qu'on abusera de cette <forme plus souple>⁶⁴.

Sur le plan de la réglementation du droit de la société à responsabilité limitée, le nouveau projet n'apportait pas beaucoup de changements par rapport à la

⁶¹ ATTESLANDER, p. 173 ss.

⁶² ATTESLANDER, p. 138 et p. 187.

⁶³ II^e Projet de loi fédérale concernant la révision des titres XXIV à XXXIII du Code fédéral des obligations (cité: PROJET 1923).

⁶⁴ Deuxième rapport sur la révision des titres 24 à 33 du Code fédéral des obligations (cité: RAPPORT HOFFMANN), p. 1 ss, not. p. 91 - 100 (texte cité: p. 95).

proposition d'EUGEN HUBER. Il fixait toujours une limite minimum de 20 000 francs et maximum de 5 millions de francs pour le capital social⁶⁵ et, à l'instar du projet de 1919, limitait à 30 le nombre des associés⁶⁶. Par contre, le nouveau projet se contentait d'un minimum de 2 associés, alors que le projet précédent en exigeait 3⁶⁷.

En 1924 et 1925, une commission d'experts nouvellement constituée s'est penchée sur le projet de HOFFMANN. L'entrée en matière concernant la réglementation de la société à responsabilité limitée a été décidée à une large majorité⁶⁸. En ce qui concerne les discussions au sein de la commission, les points suivants méritent d'être mentionnés:

premièrement, ALFRED WIELAND a critiqué la limitation du nombre maximum des associés. Elle a finalement été supprimée par la commission par 9 contre 6 voix⁶⁹;

deuxièmement, l'exigence d'un capital social minimum a divisé les membres de la commission⁷⁰. Alors que HULFTEGGER proposait l'abandon de cette exigence, ALFRED WIELAND plaidait pour son maintien. Selon HULFTEGGER, il n'était pas logique d'exiger un capital social minimum pour les sociétés à responsabilité limitée, alors que tel n'était pas le cas pour la société anonyme⁷¹. Selon lui, cette exigence aurait eu comme conséquence que les petites entreprises auraient adopté la forme de la société anonyme, alors que la société à responsabilité limitée avait été créée expressément pour elles. WIELAND estimait qu'il

⁶⁵ Article 788 al. 1 du PROJET 1923 et article 793d al. 1 du PROJET 1919. A propos du maintien des montants limites pour le capital social, il est important de relever qu'une chambre de commerce a proposé à l'auteur du projet de ramener le montant maximum du capital de fondation à 2 millions de francs, alors qu'une autre a proposé de réduire le montant minimum ou de ne pas en fixer. HOFFMANN a écarté ces deux propositions (RAPPORT HOFFMANN, p. 96, ad art. 788 du PROJET 1923).

⁶⁶ Article 786 al. 1 du PROJET 1923 et article 793b al. 1 du PROJET 1919.

⁶⁷ Article 786 al. 1 du PROJET 1923 et article 644 al. 1 du PROJET 1919.

⁶⁸ Résultat du vote: 16 voix pour l'entrée en matière contre 2 voix et une 1 abstention (voir le Procès-verbal de la Commission d'experts concernant la révision des titres 24 à 33 du Code fédéral des obligations, publié par le Département fédéral de Justice et Police, 1928 [cité: PROCÈS-VERBAL], p. 473 ss, not. p. 482). Lors de la discussion d'entrée en matière, G. BACHMANN était le seul à se prononcer ouvertement contre l'introduction de la société à responsabilité limitée, pour autant que l'on introduise une société anonyme permettant d'imposer des prestations accessoires aux actionnaires (*Nebenleistungsaktiengesellschaft*) (voir PROCÈS-VERBAL, p. 475 - 477).

⁶⁹ PROCÈS-VERBAL, p. 483 et 484. Selon ALFRED WIELAND, qui faisait partie des experts, seul le montant maximum de capital devait être maintenu. Les experts n'ont en outre pas critiqué le fait que le nouveau projet n'exigeait plus que 2 associés pour créer la société à responsabilité limitée.

⁷⁰ PROCÈS-VERBAL, p. 486 - 487. La commission a en outre décidé que les parts sociales devaient être libérées à 50 % au moins de leur valeur nominale (PROCÈS-VERBAL, p. 488). Cette décision était différente du projet qui prévoyait une libération minimale de 20 % (art. 786 al. 3 du PROJET 1923).

⁷¹ Ni le PROJET 1919 ni le PROJET 1923 ne prévoyaient de capital-actions minimum.

aurait été plus juste d'exiger un capital social minimum pour les deux formes de société, mais que le maintien d'un capital social minimum pour la société à responsabilité limitée s'imposait dans tous les cas. Lors de la votation, la proposition de HULFTEGGER a été rejetée⁷². Toutefois, lors d'une séance ultérieure, la commission est revenue sur sa décision. Le 20 avril 1925, donnant suite à une proposition de renvoi de HULFTEGGER, elle a abandonné - à une grande majorité - l'exigence d'un capital social minimum pour la société à responsabilité limitée⁷³. A ce propos, les arguments du rapporteur de la commission nous paraissent intéressants: «Das Schwergewicht liegt bei der G.m.b.H. beim Maximalkapital; dieses müssen wir natürlich beibehalten; das Minimalkapital können wir dagegen sehr wohl fallen lassen. Weshalb soll mit einem Kapital von weniger als Fr. 10 000.- keine G.m.b.H. ins Leben gerufen werden können? Es ist ja allerdings zuzugeben, dass derart kleine G.m.b.H. nicht praktisch sein werden; ich sehe aber keinen Grund, der es rechtfertigen würde, den Beteiligten die Gründung einer G.m.b.H. mit einem ganz kleinen Kapital zu verwehren, zumal das öffentliche Interesse hier nicht im Spiele steht»⁷⁴. Toutefois, malgré ces arguments, la commission de rédaction n'a pas suivi la proposition de la commission d'experts. Dans son rapport au chef du Département fédéral de justice et police, elle a préconisé le retour à la version originelle de l'article 788 al. 1 du projet de 1923, aux termes duquel le capital social minimum devait se monter à 20 000 francs au moins. Par ce revirement, la commission de rédaction voulait harmoniser les réglementations de la société anonyme⁷⁵ et de la société à responsabilité limitée⁷⁶.

⁷² Seulement 4 voix étaient en faveur de la proposition de HULFTEGGER (PROCÈS-VERBAL, p. 487).

⁷³ PROCÈS-VERBAL, p. 657 et 658. Cette décision n'a pas conduit à une suppression de toute exigence concernant le capital social minimum. En effet, l'article 786 al. 1 du PROJET 1923, qui exigeait un minimum de 2 associés, combiné avec l'article 788 al. 1 du même projet, qui fixait le montant minimum d'une part sociale à 1000 francs, conduisait implicitement à un capital social minimum de 2000 francs, dont la moitié au moins devait être libérée (voir note 70). De plus, le PROJET 1923 n'exigeait aucun montant nominal minimum pour une action, la participation dans une société anonyme était théoriquement la seule possibilité pour des personnes ne disposant pas de 1000 francs. Ceci n'était certainement pas dans l'intention de l'auteur du projet et des membres de la commission.

⁷⁴ PROCÈS-VERBAL, p. 657 et 658.

⁷⁵ Pour la société anonyme, la commission a dans un premier temps renoncé, à l'unanimité, à exiger un capital-actions minimum (PROCÈS-VERBAL, p. 167 - 169). VON WALDKIRCH, CAGIANUT, BACHMANN et HULFTEGGER se sont d'ailleurs expressément prononcés contre cette exigence. Toutefois, suite au travail effectué par la commission de rédaction et sur proposition de HOFFMANN, la sous-commission a introduit l'exigence d'un capital-actions minimum de 20 000 francs (PROCÈS-VERBAL, p. 928). Selon HOFFMANN, l'introduction d'un minimum se justifiait notamment parce que la commission d'experts avait renoncé à introduire un montant minimum pour le capital social de la société à responsabilité limitée.

⁷⁶ PROCÈS-VERBAL, p. 943.

5.2.2. *Les réactions de la doctrine*

En avril 1926, HAAE a présenté dans la Revue de la Société des juristes bernois le résultat des délibérations de la commission d'experts⁷⁷. Il a accueilli favorablement l'introduction de la société à responsabilité limitée dans le projet de HOFFMANN. HAAB, qui n'avait pas encore connaissance de la recommandation de la commission de rédaction au Conseil fédéral, n'a d'ailleurs pas critiqué l'abandon par la commission d'experts de l'exigence d'un capital social minimum⁷⁸. A ce propos GUHL, qui ignorait également la recommandation de la commission de rédaction, a estimé que l'introduction d'un montant minimum pour le capital-actions d'une société anonyme se justifiait notamment par l'absence d'une telle exigence pour la société à responsabilité limitée⁷⁹.

Par la suite, JANSSEN a également salué l'introduction de la société à responsabilité limitée dans le projet de 1923⁸⁰. Selon lui, cette nouvelle forme de société correspondait à un besoin réel de l'économie. Le risque de voir cette forme de société causer des préjudices à certaines personnes dans leurs activités professionnelles, n'aurait pu être un argument contre son introduction. Les problèmes rencontrés en Allemagne pouvaient être évités. Enfin, contrairement à HAAB et GUHL, JANSSEN a vivement critiqué l'abandon, par la commission d'experts, de l'exigence d'un capital social minimum. Cet abandon, qui ne correspondait pas à une nécessité économique, ouvrait la porte à de multiples abus et ferait perdre rapidement tout crédit à la société à responsabilité limitée⁸¹.

5.3. **Le projet de 1928**

5.3.1. *Elaboration et contenu*

En 1928, le Conseil fédéral a présenté un nouveau projet de révision des titres XXIV à XXXIII du Code des obligations⁸². Le message à son appui contenait notamment un plaidoyer en faveur de l'introduction de la société à responsabi-

⁷⁷ HAAB, *Ergebnisse*, RJB 1926 (62), p. 145 ss, not. p. 146 - 161.

⁷⁸ HAAB, cité note 77, p. 157 et 158. A noter que dans une publication ultérieure, HAAB ne s'est pas non plus opposé à l'exigence d'un capital social minimum de 20 000 francs! (HAAB, *Reform*, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, 90. Band, 1927, p. 262 ss, not. p. 320).

⁷⁹ GUHL, *Ergebnisse*, RJB 1926 (62), p. 97 ss, not. p. 104.

⁸⁰ JANSSEN, not. p. 12 - 19.

⁸¹ JANSSEN, p. 27 ss.

⁸² Voir: Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui du projet de loi révisant les titres XXIV à XXXIII du Code des obligations (du 21 février 1928, FF 1928 I p. 233 ss) (cité: PROJET et MESSAGE 1928). En allemand: Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts (vom 21. Februar 1928, BBl 1928 I p. 205 ss).

lité limitée⁸³. Pour les besoins de cette étude, certaines dispositions du projet seront rapidement présentées.

Premièrement, suivant la recommandation de la commission de rédaction, le Conseil fédéral optait pour un capital social minimum de 20 000 francs (art. 768 al. 1 PROJET 1928). Par cette mesure, il voulait éviter la constitution de petites sociétés «... dont l'existence ne se justifie pas au point de vue économique et qui peuvent même devenir nuisibles», et établir le parallélisme avec la réglementation du capital-actions de la société anonyme⁸⁴. A ce propos, nous constatons que dans ses considérations sur la société anonyme, le Conseil fédéral justifiait le capital-actions minimum de 20 000 francs (art. 620 PROJET 1928), par l'exigence d'un capital social minimum pour les sociétés à responsabilité limitée⁸⁵. A notre avis, l'argumentation du Conseil fédéral manquait de profondeur: l'introduction d'un minimum pour une forme de société est presque entièrement justifiée par l'introduction d'un minimum semblable pour l'autre forme de société et vice-versa. En revanche, le Conseil fédéral ne se prononçait pas sur le principe même d'un capital-actions ou d'un capital social minimum. Il se contentait d'affirmer que l'existence de petites sociétés (anonymes ou à responsabilité limitée) était source de dangers.

Deuxièmement, le projet du Conseil fédéral introduisait pour la société à responsabilité limitée l'exigence d'un avis obligatoire en cas de perte de capital et de surendettement (art. 781 qui renvoie à l'art. 718 PROJET 1928). L'introduction de cette règle était le résultat d'une proposition faite au sein de la commission d'experts⁸⁶. A noter qu'elle se trouvait déjà dans le proposition de réglementation de 1919 (art. 664 PROJET 1919 [qui s'applique à toutes les sociétés commerciales avec personnalité]), mais qu'elle avait été abandonnée sans explication par l'auteur du PROJET 1923. Nous pensons toutefois que cet abandon était dû à un oubli et ne correspondait pas à la volonté effective de HOFFMANN.

Troisièmement, contrairement aux projets précédents (art. 793b PROJET 1919 et art. 786 PROJET 1923), le projet de 1928 renonçait définitivement à fixer le nombre maximum des associés de la société à responsabilité limitée. Sur ce point, le Conseil fédéral suivait également la proposition de la commission d'experts⁸⁷.

5.3.2. *Les réactions de la doctrine*

Les réactions de la doctrine suite à la publication du message du Conseil fédéral ont été plutôt positives. Ainsi, GOELDLIN DE TIEFENAU a expressément

⁸³ MESSAGE 1928 (FF 1928 I p. 302 - 307).

⁸⁴ MESSAGE 1928 (FF 1928 I p. 306 - 308, passage cité: p. 306).

⁸⁵ MESSAGE 1928 (FF 1928 I p. 254 et 255).

⁸⁶ Proposition d'OSTERTAG, voir PROCÈS-VERBAL, p. 503 - 506, not. p. 503.

⁸⁷ Voir 5.2. Le projet de 1923, p. 18 ss.

souhaité l'introduction de la société à responsabilité limitée en Suisse. Selon lui, le PROJET 1928 offrait «autant de garantie et de sécurité aux créanciers sociaux et aux associés que la S.A.,...» et il n'y avait pas à craindre une multiplication des faillites⁸⁸. A propos du capital social minimum, GOELDLIN DE TIEFENAU s'est contenté de constater le choix du Conseil fédéral sans procéder à une véritable analyse⁸⁹.

La même année, HULFTEGGER s'est également exprimé en faveur de l'introduction de la société à responsabilité limitée⁹⁰. Contrairement à GOELDLIN DE TIEFENAU, il a toutefois critiqué l'exigence d'un capital social minimum de 20 000 francs, qui allait à l'encontre de la volonté d'ouvrir cette nouvelle forme de société à des entreprises de petite taille⁹¹.

Par la suite, d'autres auteurs se sont encore prononcés en faveur de l'introduction de la société à responsabilité limitée. Il s'agit notamment de CARRY⁹², SCHOCH⁹³, VERDA⁹⁴, JÖRG⁹⁵, GEGENBAUER⁹⁶ ainsi qu'implicitement

⁸⁸ GOELDLIN DE TIEFENAU, *not.* p. 26.

⁸⁹ GOELDLIN DE TIEFENAU, p. 39 - 42. Cet auteur aurait cependant souhaité que le projet du Conseil fédéral (art. 768 al. 3 PROJET 1928) exige la libération intégrale des parts sociales lors de la constitution de la société, et non seulement une libération de 50 % (p. 83 - 85 et 190).

⁹⁰ HULFTEGGER, p. 1 ss, *not.* p. 32 - 34.

⁹¹ HULFTEGGER, p. 2 et 34.

⁹² CARRY, *Considérations*, RDS 1929 (48), p. 143 ss, *not.* p. 143 - 146. Selon CARRY, la limitation du nombre des associés aurait constitué une meilleure mesure que la limitation du montant maximum du capital social telle qu'elle était prévue par le projet de 1928 (*not.* p. 148 et 149). Il aurait même été possible de renoncer aux deux limites (p. 149 et 150). Dans cette publication, CARRY ne se prononçait toutefois pas sur l'exigence d'un capital social minimum.

⁹³ SCHOCH, *not.* p. 88 et 89. SCHOCH ne critiquait pas l'exigence d'un capital social minimum. Il se limitait à rapporter le choix du Conseil fédéral (p. 27 et 28).

⁹⁴ A l'instar de SCHOCH, VERDA s'est contenté de rapporter le choix du Conseil fédéral concernant le montant minimum et maximum du capital social (p. 49 et 50). Par contre, il a estimé qu'il aurait été préférable d'exiger la libération intégrale dudit capital, tel que le prévoyait la loi française et le projet italien (p. 107 ss ainsi que p. 116 ss). Selon VERDA, les associés auraient souvent intérêt à profiter de la faculté offerte par le projet du Conseil fédéral en introduisant dans les statuts l'exigence de la libération intégrale du capital social (p. 119).

⁹⁵ Si JÖRG se prononçait en faveur de l'introduction de la société à responsabilité limitée dans le droit suisse (*not.* p. 82 et 83), il critiquait le choix du Conseil fédéral concernant la réglementation du capital social (p. 46 - 50, *not.* p. 48). Selon JÖRG, la limitation du capital social (montant minimum et maximum) était illogique et arbitraire: «Die Festsetzung der Kapitalgrenze (limite inférieure) ist weder logisch noch zweckentsprechend. Auch die Festsetzung der Maximalgrenze von fünf Millionen ist willkürlich und entbehrt der inneren Begründung» (p. 49). JÖRG exigeait par contre la limitation du nombre maximum des associés, limitation qui était une meilleure façon de garantir à la société à responsabilité limitée son caractère personnel (p. 49 et 50).

⁹⁶ GEGENBAUER se prononçait pour l'introduction de la société à responsabilité limitée. Selon lui, le législateur aurait pu aller encore plus loin, en autorisant des sociétés à responsabilité limitée à un seul membre (p. 93). Aussi s'est-il montré plutôt sceptique quant au succès de cette nouvelle forme de société par rapport à la société anonyme (p. 93 et 94). Enfin, en ce qui concerne l'exigence d'un montant minimum à titre de capital social, la position de

CORRADINI⁹⁷. Certains auteurs, comme STEINER, n'ont cependant pas caché leur scepticisme⁹⁸.

5.4. Les débats aux Chambres fédérales

Le 17 avril 1929, la commission du Conseil des Etats a traité pour la première fois de la société à responsabilité limitée. L'entrée en matière a été décidée à l'unanimité⁹⁹. Après discussion, les décisions suivantes ont été prises quant au capital social: ce dernier était limité à un maximum de 5 millions de francs (conformément au projet de 1928 du Conseil fédéral) et à un minimum de 10 000 francs, par voix décisive du président de la commission¹⁰⁰; chaque part sociale devait être libérée à raison de 50 %, mais un montant de 10 000 francs au moins devait être libéré (en espèces ou en nature) lors de la constitution; enfin, la part sociale de chaque associé devait être de 1000 francs au moins. Le Conseil des Etats est entré en matière et a suivi sa commission sur ces points lors de la séance du 25 septembre 1931¹⁰¹. A propos des limites du capital social, les explications du rapporteur DIETSCHI nous paraissent intéressantes: «Die Fragen, ob ein Mindest- und ein Höchstkapital festzusetzen, auf welchen Betrag es anzusetzen, in welcher Weise die Einzahlungspflicht zu ordnen sei, waren in den Beratungen vielfach umstritten. Für jede Lösung lassen sich Gründe und Gegengründe anführen. Die Regelung erweist sich als schwierig, weil die Festsetzung von Limiten stets den Anschein einer gewissen Willkür an sich trägt. Der Vorschlag des Entwurfs beruht auf der sorgfältigen

GEGENBAUER était peu claire. Alors qu'il semblait admettre que cette exigence n'était pas adaptée à des besoins véritables, il ne s'y est pas expressément opposé (p. 41 - 45, not. p. 42 et 43). En ce qui concerne la fixation d'un montant maximum, GEGENBAUER s'est prononcé favorablement quant au principe. Toutefois, il a estimé que le montant prévu dans le projet du Conseil fédéral (5 millions de francs) était trop important au vu de la responsabilité solidaire des associés et de la valeur nominale minimum de 1000 francs pour une part sociale (p. 44 et 45).

⁹⁷ Si CORRADINI se prononçait en faveur d'un capital social minimum de 20 000 francs (p. 44 et 45), il doutait de l'utilité d'un maximum (p. 26).

⁹⁸ STEINER [*Verhältnis*, SAS 1932/1933 (5), p. 131 ss] rappelait notamment les surnoms donnés à la société à responsabilité limitée en Allemagne, tels que «Gesellschaft mit betrogenen Hoffnungen» et «Gesellschaft mit bösen Hintergedanken» (p. 133).

⁹⁹ Procès-verbal de la III^e session du 15 au 18 avril 1929 à Vevey, 5^e séance du 17 avril 1929, p. 31 ss, not. p. 37. En prenant cette décision, la commission du Conseil des Etats s'est basée sur un rapport complémentaire de 18 pages.

¹⁰⁰ Procès-verbal, cité note 99, p. 38 - 40. Sur ce point, la commission a suivi la proposition de la Chambre de commerce zurichoise. D'autres proposaient de fixer la limite inférieure à 5 000 francs (la Chambre de commerce soleuroise) ou de la supprimer (le Vorart). Plus tard, lors de la IV^e session du 5 au 6 septembre 1929 à Berne, un membre de la commission a d'ailleurs estimé que le minimum du capital social aurait dû être fixé à 2 000 francs (procès-verbal de la IV^e session, 2^e séance du 5 septembre 1929, p. 14).

¹⁰¹ BO CE du 25 septembre 1931, p. 619 - 641, not. p. 619 - 629.

Abwägung aller Gründe und Gegengründe und ist das Ergebnis eines allseitig vorhandenen Verständigungswillens»¹⁰².

Les 25 octobre 1932, la commission du Conseil national s'est penchée une première fois sur la société à responsabilité limitée¹⁰³. Lors du débat d'entrée en matière, trois membres de la commission se sont expressément exprimés contre l'introduction de la société à responsabilité limitée dans le droit suisse. Malgré cette opposition, la décision d'entrée en matière a finalement recueilli une majorité confortable (17 voix contre 4)¹⁰⁴. En ce qui concerne le capital social, les décisions suivantes ont notamment été prises: le capital social maximum était fixé à 2 millions de francs (contrairement au projet du Conseil fédéral et contrairement aux décisions de la commission du Conseil des Etats et du Conseil des Etats), la limite inférieure se montait à 20 000 francs (conformément au projet du Conseil fédéral mais contrairement aux décisions de la commission du Conseil des Etats et du Conseil des Etats) avec une libération minimum de 50 % de chaque part sociale¹⁰⁵. Le 5 novembre 1934, le Conseil national a débuté les délibérations concernant la société à responsabilité limitée. Contrairement à ce qui s'était passé au Conseil des Etats, un véritable débat quant à l'introduction de cette nouvelle forme de société a eu lieu¹⁰⁶. Ainsi, MM. SCHMID (Oberentfelden) et WUNDERLI se sont vivement opposés à l'entrée en matière¹⁰⁷. Les rapporteurs SCHERER et AEBY ont dû faire appel à leur force de persuasion afin de faire pencher la balance en faveur de l'entrée en matière (57 voix contre 40)¹⁰⁸! Enfin, en ce qui concerne les questions de fond qui nous intéressent plus particulièrement (limites du capital social, libération minimale, etc.), le Conseil national a suivi sa commission¹⁰⁹. De ce fait, une divergence entre les deux Conseils a été créée. Un retour aux commissions s'imposait.

Le 22 janvier 1935, lors de la 3^e séance de sa XII^e session, la commission du Conseil des Etats s'est ralliée aux décisions du Conseil national concernant les

¹⁰² BO CE, cité note 101, p. 628.

¹⁰³ Procès-verbal de la IV^e session de la commission du Conseil national du 24 au 27 octobre 1932 à Locarno, 2^e séance du 25 octobre 1932, p. 28 - 42.

¹⁰⁴ Procès-verbal, cité note 103, p. 29 et 30.

¹⁰⁵ Procès-verbal, cité note 103, p. 32 et 33.

¹⁰⁶ BO CN du 5 novembre 1934, p. 733 - 749, not. p. 733 - 740. L'intervention plutôt musclée de SCHMID n'était pas uniquement fondée sur son opposition à l'introduction de la société à responsabilité limitée. Il se plaignait notamment de la façon de procéder dans cette affaire. En effet, contrairement à la procédure habituelle, les rapporteurs avaient - sur proposition de la commission de leur Conseil respectif - chacun fourni un rapport explicatif écrit au sujet de l'introduction de la société à responsabilité limitée et des décisions prises par leur commission. Ils ont donc renoncé à faire un exposé oral supplémentaire devant le Conseil (voir rapports écrits du 31 août 1934). Or, selon SCHMID, les rapporteurs ne pouvaient en aucun cas renoncer à un rapport oral devant le Conseil.

¹⁰⁷ Selon eux, l'introduction de la société à responsabilité limitée ne correspondait pas à un besoin, et il n'y avait pas lieu d'augmenter le nombre des formes de société connues en droit suisse (BO CN, cité note 106, p. 735 - 739).

¹⁰⁸ BO CN, cité note 106, p. 740.

¹⁰⁹ BO CN, cité note 106, p. 740 - 742.

valeurs limites du capital social¹¹⁰. Enfin, le 2 avril 1935, le Conseil des Etats a suivi la proposition de sa commission et s'est également rallié aux décisions du Conseil national¹¹¹. Ainsi, les réglementations suivantes ont trouvé l'approbation des parlementaires fédéraux: le capital social minimum était fixé à 20 000 francs; le capital social maximum s'élevait à 2 millions de francs; chaque part sociale devait avoir une valeur nominale de 1000 francs et être libérée à 50 % au moins.

Il résulte de ces considérations que l'introduction de la société à responsabilité limitée et la réglementation des valeurs limites du capital social n'ont pas fait l'unanimité des membres du Parlement. Les arguments avancés en faveur d'une réglementation restrictive manifestaient une méfiance générale à l'encontre de cette nouvelle forme de société. On constate en outre que les décisions des parlementaires quant au capital social étaient souvent conditionnées par les décisions prises auparavant concernant la réglementation du capital-actions de la société anonyme. Ce facteur explique dans une certaine mesure l'absence de toute discussion portant sur la nécessité d'un capital social minimum, alors que la suppression d'une limite inférieure a été proposée à plusieurs reprises.

5.5. Adoption de la loi

Par la Loi du 18 décembre 1936, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1937, la société à responsabilité limitée a été introduite dans le droit suisse¹¹². La réglementation légale se trouve essentiellement aux articles 772 à 827 CO (titre XXVIII). Sur certains points, les dispositions concernant la société à responsabilité limitée renvoient à la réglementation de la société anonyme. Enfin, l'Ordonnance du registre du commerce du 7 juin 1937 a consacré deux dispositions spéciales à cette nouvelle forme de société (art. 90 et 91 ORC)¹¹³.

¹¹⁰ Procès-verbal de la XII^e session de la commission du Conseil des Etats du 21 au 24 janvier 1935 à Arosa, 3^e séance du 22 janvier 1935, p. 39.

¹¹¹ BO CE du 2 avril 1935, p. 120.

¹¹² RO 1937 (vol. 53), p. 185 ss.

¹¹³ RO 1937 (vol. 53), p. 573 ss.

5.6. Conclusion

Après le PROJET 1919 qui ne comportait pas de réglementation de la société à responsabilité limitée, les voix en faveur de son introduction sont devenues majoritaires. Les arguments principaux ont été les suivants:

- volonté d'offrir le plus de formes de société possible à l'économie suisse;
- introduction de la société à responsabilité limitée dans les droits étrangers;
- inscription des succursales de sociétés à responsabilité limitée étrangères dans les registres du commerce en Suisse («inégalité de traitement»);
- utilité pour les cartels.

Les projets de 1923 et 1928 ont tenu compte de l'opinion majoritaire et ont chaque fois intégré une réglementation complète de la société à responsabilité limitée. Enfin, grâce à la décision positive des deux chambres, la Loi fédérale du 18 décembre 1936 a introduit la société à responsabilité limitée dans le droit suisse. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1937.

L'évolution de la réglementation touchant au capital social (montant minimum et maximum, taux de libération des pertes sociales etc.) a subi de nombreuses modifications au fil des projets. Il ressort des prises de position de la doctrine, ainsi que des travaux des Chambres fédérales, que cette réglementation a fait l'objet de discussions animées. Mais les discussions n'ont malheureusement que très rarement porté sur la nécessité théorique et pratique d'une réglementation telle qu'elle a été adoptée par les chambres. La protection des créanciers sociaux était le souci principal des parlementaires et l'utilité du capital social en tant que tel n'a jamais été mise en cause.

Pour clore ce chapitre et afin de mieux illustrer l'évolution de la réglementation touchant les valeurs limites du capital social, le tableau suivant rappelle les différentes propositions:

I. Historique

	Capital social minimum (en francs)	Capital social maximum (en francs)	Libération minimum de chaque part sociale	Part sociale minimum (en francs)
PROJET 1915	20 000.- (art. 766 al. 1)	non	non	non
PROJET 1917	20 000.- (art. 797 al. 1)	5 millions (art. 797 al. 1)	20 % (art. 797 al. 3)	1000.- (art. 797 al. 1)
PROJET 1919	20 000.- (art. 793d al. 1)	5 millions (art. 793d al. 1)	20 % (art. 793d al. 3)	1000.- (art. 793d al. 1)
PROJET 1923	20 000.- (art. 788 al. 1)	5 millions (art. 788 al. 1)	20 % (art. 788 al. 3)	1000.- (art. 788 al. 1)
Commission d'experts (1 ^{ère} décision)	20 000.- (art. 788 al. 1)	5 millions (art. 788 al. 1)	50 % (art. 788 al. 3)	1000.- (art. 788 al. 1)
Commission d'experts (2 ^e décision)	2000.- (implicite) (art. 788 al. 1)	5 millions (art. 788 al. 1)	50 % (art. 788 al. 3)	1000.- (art. 788 al. 1)
Commission de rédaction	20 000.- (art. 788 al. 1)	5 millions (art. 788 al. 1)	50 % (art. 788 al. 3)	1000.- (art. 788 al. 1)
PROJET 1928	20 000.- (art. 768 al. 1)	5 millions (art. 768 al. 1)	50 % (art. 768 al. 3)	1000.- (art. 768 al. 1)
Commission CE (1929)	10 000.-	5 millions	50 % (mais au moins 10 000.- globalement)	1000.-
Conseil des Etats (1931)	10 000.-	5 millions	50 % (mais au moins 10 000.- globalement)	1000.-
Commission CN (1932)	20 000.-	2 millions	50 %	1000.-
Conseil national (1934)	20 000.-	2 millions	50 %	1000.-
Commission CE (1935)	20 000.-	2 millions	50 %	1000.-
Conseil des Etats (1935)	20 000.-	2 millions	50 %	1000.-
Texte définitif (1936)	20 000.- (art. 773)	2 millions (art. 773)	50 % (art. 774 al. 22)	1000.- (art. 774 al. 1)

6. La société à responsabilité limitée en Suisse depuis le 1^{er} juillet 1937

6.1. Introduction

Afin de compléter les chapitres traitant de l'introduction de la société à responsabilité limitée dans le droit suisse, une analyse succincte de son développement s'impose. Le temps depuis son introduction sera divisé en deux périodes: du 1^{er} juillet 1937 au 1^{er} juillet 1992 (ci-dessous) et du 1^{er} juillet 1992 à 1998 (p. 33 ss). La date choisie pour la division (1^{er} juillet 1992) correspond à l'entrée en vigueur du nouveau droit de la société anonyme¹¹⁴.

6.2. Du 1^{er} juillet 1937 au 1^{er} juillet 1992

De nombreuses études et publications ont été consacrées à la société à responsabilité limitée après son introduction. Certains auteurs promettaient à la nouvelle forme de société un bel avenir¹¹⁵. D'autres se sont montrés plus sceptiques quant à son utilité et à ses chances de succès¹¹⁶.

Comme la nouvelle loi fixait le capital-actions minimum des sociétés anonymes à 50 000 francs¹¹⁷ et que les sociétés qui avaient un capital-actions inférieur (12 471 en 1936) devaient l'adapter jusqu'en 1942¹¹⁸, on s'attendait à la transformation d'un grand nombre de sociétés anonymes en société à responsabilité limitée¹¹⁹. Contrairement aux attentes, ces transformations n'ont pas eu lieu. Jusqu'en 1947, seulement 290 sociétés à responsabilité limitée ont été créées

¹¹⁴ Le nouveau droit de la société anonyme a été introduit par Loi fédérale du 4 octobre 1991, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1992 (RO 1992 p. 733, 785).

¹¹⁵ Par exemple: FANCONI, p. 92 ss; WIELER, p. 7.

¹¹⁶ EGGER, *Gesellschaft*, RSJ 1937/1938 (34), p. 193 - 198 et p. 209 - 215, not. p. 215; SCHERER, p. 95 ss, not. p. 119 et 120 (voir également: LANZ, *Obligationenrecht*, SAS 1937/1938 [10], p. 29 ss, not. p. 33 - 34). Egalement sceptique: HAAB, *Einleitung*, p. 7 ss, not. p. 31 - 35: «Alles in allem: die GmbH wird in unserem Wirtschaftsleben voraussichtlich eine verhältnismässig bescheidene Rolle spielen» (passage cité: p. 35).

¹¹⁷ Article 621 aCO.

¹¹⁸ Article 2 al. 1 des anciennes dispositions finales et transitoires des titres XXIV à XXXIII du Code des obligations. Le délai initial d'adaptation de 5 ans a toutefois été prolongé à plusieurs reprises jusqu'en 1957.

¹¹⁹ Dans ce sens déjà HULFTEGGER, p. 40.

par transformation¹²⁰! De plus, les cartels n'ont pas adopté la forme de la société à responsabilité limitée¹²¹!

Les statistiques suivantes montrent l'absence de succès de la société à responsabilité limitée. L'échec est d'autant plus frappant lorsqu'on le compare avec l'évolution positive du nombre des sociétés anonymes¹²².

Année	Sàrl	SA	Année	Sàrl	SA
1936		19 639	1964	2 360	46 267
1937	68	20 173	1965	2 491	48 712
1938	218	19 599	1966	2 559	51 014
1939	309	18 816	1967	2 608	53 367
1940	383	18 287	1968	2 656	56 564
1941	463	17 753	1969	2 714	60 746
1942	565	17 471	1970	2 767	65 383
1943	680	17 512	1971	2 807	71 069
1944	771	17 697	1972	2 785	76 979
1945	890	18 243	1973	2 803	81 948
1946	1 047	19 203	1974	2 807	87 226
1947	1 201	19 814	1975	2 777	92 149
1948	1 286	20 379	1976	2 721	96 723
1949	1 349	20 740	1977	2 692	100 055
1950	1 398	21 303	1978	2 940	101 010
1951	1 437	21 949	1979	3 050	103 690
1952	1 476	22 748	1980	3 035	107 643
1953	1 489	23 799	1981	2 985	112 170
1954	1 501	24 856	1982	2 955	116 231
1955	1 539	26 189	1983	2 882	120 640
1956	1 521	27 223	1984	2 836	124 920
1957	1 522	28 277	1985	2 859	130 143
1958	1 544	29 384	1986	2 875	135 037
1959	1 593	31 264	1987	2 850	140 854
1960	1 648	33 883	1988	2 794	147 113
1961	1 783	36 651	1989	2 770	154 164
1962	1 932	39 879	1990	2 756	160 541
1963	2 135	43 462	1991	2 769	166 470

¹²⁰ HONAUER, p. 53 - 57, repris par WENGLE, p. 13 et 14. A noter que selon HONAUER, la plus grande partie des 290 transformations provenait d'entreprises individuelles, de sociétés en nom collectif et en commandite, et non pas de sociétés anonymes (p. 54)!

¹²¹ Selon HONAUER, aucun cartel n'a adopté la forme de la société à responsabilité limitée en 1947 (p. 77 - 79). Voir également PREISWERK, SAS 1945/1946 (18), p. 55 ss ainsi que WOHLMANN, SPR VIII/2, § 46 III (p. 442 et 443) et *GmbH-Recht*, § 1 III (p. 3).

¹²² Les données proviennent des sources suivantes: Annuaire statistique de la Suisse 1958, p. 389 (1936 - 1945); Annuaire statistique de la Suisse 1959/1960, p. 398 (1946 - 1959); Annuaire statistique de la Suisse 1976, p. 406 (1960 - 1974); FOSC du 17.1.1979, p. 160 (1975 - 1978); FOSC du 20.1.1983, p. 224 (1979 - 1982); FOSC du 27.1.1987, p. 326 et 327 (1983 - 1986); FOSC du 21.1.1991, p. 300 et 301 (1987 - 1990) et FOSC du 25.1.1995, p. 484 et 485 (1991). Le nombre se réfère toujours à l'état au 31 décembre de l'année indiquée.

A plusieurs reprises, les auteurs ont essayé d'expliquer cet échec. Selon eux, les facteurs principaux suivants ont joué en défaveur de la société à responsabilité limitée¹²³:

1. Responsabilité externe, subsidiaire et solidaire des associés à concurrence du capital social¹²⁴.
2. Difficulté du transfert du sociétariat¹²⁵.
3. Possibilités de financement limitées¹²⁶.
4. Facteurs psychologiques (notamment la mauvaise réputation de la société à responsabilité limitée)¹²⁷.
5. Publicité du nom des associés¹²⁸.
6. Manque d'avantages fiscaux¹²⁹.
7. Influence sur la société de la faillite d'un associé¹³⁰.
8. Flexibilité du droit de la société anonyme¹³¹.
9. Mention de la désignation «Sàrl» dans la raison sociale¹³².
10. Obligation d'annonce annuelle au registre du commerce¹³³.

En revanche, deux facteurs ont momentanément favorisé le choix de la société à responsabilité limitée:

1. Jusqu'en 1972, possibilité de profiter de la convention du 15 juillet 1931 entre la Suisse et l'Allemagne en vue d'éviter la double imposition¹³⁴.

¹²³ Pour une énumération des avantages et des désavantages de la société à responsabilité limitée par rapport à la société anonyme, voir également: Rapport intermédiaire du président et du secrétaire du Groupe de travail pour l'examen du droit des sociétés anonymes relatif à une proposition de révision partielle du droit des sociétés anonymes (cité: RAPPORT INTERIMIAIRE), Berne et Lausanne 1972, p. 213 - 218.

¹²⁴ Par exemple: BÜRGI, *Regelungen*, SAS 1966 (38), p. 57 ss, not. p. 59; DRUEY, *Dualismus*, p. 110; STEINER, *Rechtsverkehr*, SAS 1950/1951 (23), p. 23 ss, not. p. 24; WENGLE, p. 53 ainsi que p. 67 ss.

¹²⁵ Par exemple: DRUEY, *Dualismus*, p. 110; STEINER, cité note 124, p. 24; WENGLE, p. 54 ss.

¹²⁶ Par exemple: WENGLE, p. 57 ss.

¹²⁷ Par exemple: WENGLE, p. 71 ss. Voir également les auteurs cités à la note 150. Selon BÄHLER (p. 46), la limitation du capital social maximum à 2 millions de francs constituait également une barrière psychologique.

¹²⁸ Par exemple: DRUEY, *Dualismus*, p. 110; STEINER, cité note 124, p. 24 et 25; WENGLE, p. 73 ss.

¹²⁹ Par exemple: DRUEY, *Dualismus*, p. 110 et 111; HONAUER, p. 96 ss; SCHAUB, *statut fiscal*, SAS 1955/1956 (28), p. 15 - 18.

¹³⁰ STEINER, cité note 124, p. 25.

¹³¹ Par exemple: DRUEY (implicitement), *Dualismus*, p. 111; HONAUER, p. 89 ss. HONAUER (p. 92) relevait pertinemment: «Das schweizerische Gesetz kennt eben keine Rechtsform, die nur für Kapitalgesellschaften verwendet werden könnte».

¹³² REBSAMEN, *Sàrl*, p. 243.

¹³³ REBSAMEN, *Sàrl*, p. 243.

¹³⁴ Convention entre la Confédération suisse et l'Empire allemand en vue d'éviter la double imposition en matière d'impôts directs et d'impôts sur les successions (RO 1934 [50], p. 105

2. Capital social de 20 000 francs, dont 10 000 francs libérés¹³⁵.

Toutefois, à cause de la nouvelle convention entre la Suisse et l'Allemagne concernant les doubles impositions¹³⁶ et de l'inflation, ces facteurs favorables ont soit disparu, soit perdu de leur importance.

Parallèlement à l'analyse des raisons de son échec, certains auteurs ont indiqué les changements à effectuer afin de rendre la société à responsabilité limitée plus attractive. Contrairement à ce que l'on pouvait attendre, les auteurs n'ont pas nécessairement demandé un assouplissement de la réglementation de la société à responsabilité limitée, mais une intervention au niveau de la fiscalité et de la réglementation de la société anonyme. Ainsi, SCHAUB a proposé en 1955 une révision du statut fiscal de la société à responsabilité limitée. Selon lui, cette forme de société devait être soumise au même régime fiscal que les sociétés de personnes ou à un régime propre, mais non pas à celui de la société anonyme, comme c'était le cas¹³⁷. HONAUER a estimé qu'un renforcement des exigences légales pour la société anonyme était le moyen adéquat pour augmenter l'attractivité de la société à responsabilité limitée¹³⁸. En revanche, selon WOHLMANN, la réforme devait passer par un assouplissement du droit de la société anonyme en faveur des petites sociétés. Si une telle adaptation avait lieu, on pourrait même se passer de la forme de la société à responsabilité limitée¹³⁹!

Dans le cadre des travaux concernant la révision du droit de la société anonyme, la révision parallèle des dispositions légales de la société à responsabilité limitée n'a pas fait l'objet d'une étude approfondie. Le fait que la révision touchait uniquement la société anonyme a cependant été jugé problématique.

- 133), ainsi que les protocoles additionnels du 6 juillet 1956 (RO 1957 [73], p. 705 - 710), du 9 septembre 1957 (RO 1959, p. 336 - 345) et du 20 mars 1959 (RO 1959, p. 822 - 825). Cette convention permettait notamment aux détenteurs (domiciliés en Allemagne) de parts sociales d'une société à responsabilité limitée avec siège en Suisse, de profiter d'une économie fiscale par rapport aux actionnaires se trouvant dans la même situation (voir WENGLE, p. 65 - 66 ainsi que p. 107). Pour des explications supplémentaires voir également PIONTEK, SAS 1961/1962 (34), p. 165 ss, not. p. 168 - 170.

¹³⁵ STEINER, Aargau, SAS 1954/1955 (27), p. 84.

¹³⁶ Convention entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, conclue le 11 août 1971, entrée en vigueur le 29 décembre 1972 (RS 0.672.913.62).

¹³⁷ SCHAUB, cité note 129, p. 17 et 18.

¹³⁸ HONAUER, p. 101. Dans le même sens, mais sans se prononcer expressément en faveur d'une révision du droit de la société anonyme: BAR, Haftung, p. 90: «Hier müssen wir sagen: Der Erfolg der GmbH hängt weniger vom mehr kapitalgesellschaftlichen oder mehr personalistischen Konzept ab als vom Platz, den man der AG als potentiell beliebtester Gesellschaftsform zuweist».

¹³⁹ WOHLMANN, *Anmerkungen*, RDS 1982 (101) I, p. 193 - 195. Voir également du même auteur: SPR VIII/2, § 50 (p. 454 ss).

que¹⁴⁰. Dans son message du 23 février 1983 concernant la révision du droit des sociétés anonymes, le Conseil fédéral a fait la remarque suivante: «L'opportunité de créer un statut particulier pour les petites sociétés, ... n'a pas été examinée dans le cadre de la révision; mais elle devra l'être dans une seconde phase. On profitera de celle-ci pour étudier également la situation et l'avenir de la société à responsabilité limitée (S. à r.l.)»¹⁴¹.

6.3. Du 1^{er} juillet 1992 à 1998

6.3.1. Augmentation du nombre des sociétés à responsabilité limitée

6.3.1-1. Introduction

Les dispositions de la révision partielle du droit de la société anonyme sont pour la plupart entrées en vigueur le 1^{er} juillet 1992¹⁴². Depuis cette date, le nombre de sociétés à responsabilité limitée a augmenté de manière spectaculaire. Les chiffres suivants montrent l'ampleur du phénomène. L'augmentation est d'autant plus impressionnante que le nombre des sociétés anonymes est resté stable. A la fin 1998, le nombre des sociétés anonymes est même plus bas qu'à la fin 1993¹⁴³!

Année	Sàrl	SA	Année	Sàrl	SA
1990	2 756	160 541	1995	10 705	170 703
1991	2 769	166 470	1996	16 206	170 439
1992	2 964	170 597	1997	23 164	170 503
1993	4 186	171 323	1998	31 190	171 154
1994	6 600	171 271			

¹⁴⁰ FORSTMOSER, *Genossenschaftsrecht*, SAS 1976 (48), p. 46 ss. Dans le même sens, SCHLUEP, SAS 1976 (48), p. 1 ss, nat. p. 5 - 7.

¹⁴¹ MESSAGE 1983 (ch. 132.7, tiré à part, p. 31).

¹⁴² Loi fédérale du 4 octobre 1991 (RO 1992, p. 733 ss, not. p. 785). Les articles 663e à 663g CO ne sont toutefois entrés en vigueur que le 1^{er} juillet 1993 (RO 1992, p. 785).

¹⁴³ Les données proviennent des sources suivantes: FOSC du 21.1.1991, p. 300 et 301 (1990); FOSC du 25.1.1995, p. 484 et 485 (1991 - 1993); FOSC du 22.1.1998, p. 516 et 517 (1994 - 1997); FOSC du 22.2.1999, p. 1216 (1998). Les chiffres concernent toujours l'état au 31 décembre de l'année indiquée. Nous relevons toutefois que les chiffres à la fin d'une année ne sont pas identiques à ceux du début de l'année suivante. Ainsi, le nombre des sociétés à responsabilité limitée au début 1998 était de 23 220 (FOSC du 22.2.1999, p. 1216), soit 56 de plus qu'à la fin 1997. De même, le nombre des sociétés anonymes au début 1998 était de 171 455 (FOSC du 22.2.1999, p. 1216), soit 952 de plus qu'à la fin 1997! Selon Creditreform, ces différences s'expliquent par des corrections effectuées au niveau des registres du commerce.

Si plusieurs raisons peuvent inciter à choisir la forme de la société à responsabilité limitée plutôt que celle de la société anonyme¹⁴⁴, le succès récent de la société à responsabilité limitée ne peut s'expliquer que par la révision du droit de la société anonyme. L'augmentation des exigences légales pour la société anonyme a rendu la société à responsabilité limitée plus attractive¹⁴⁵.

6.3.1-2. Capital-actions minimum

Depuis le 1^{er} juillet 1992, la fondation d'une société anonyme est soumise à l'exigence d'un capital-actions minimum de 100 000 francs, dont 50 000 francs au moins libérés (art. 621 et 632 al. 2 CO)¹⁴⁶. En vertu de l'article 2 al. 1 et 2 des dispositions finales de la Loi fédérale sur la révision du droit des sociétés anonymes de 1991, les sociétés constituées dès le 1^{er} janvier 1985 devaient s'adapter à cette exigence jusqu'au 30 juin 1997.

L'exigence d'un capital-actions minimum de 100 000 francs semble être un frein à la constitution de nouvelles sociétés anonymes. Les statistiques officielles ne révèlent toutefois pas dans quelle mesure l'augmentation du nombre des sociétés à responsabilité limitée est due à la fondation de sociétés véritablement nouvelles et dans quelles mesure il s'agit de transformations de sociétés anonymes préexistantes qui n'ont pas pu ou voulu adapter leur capital-actions¹⁴⁷. Il ne ressort pas non plus des statistiques dans quelle mesure les sociétés anonymes dissoutes ces dernières années se sont transformées en une autre forme de société ou ont abandonné toute activité.

¹⁴⁴ VON BÜREN/BÄHLER, *recht* 1996, p. 17 ss, not. p. 22 ss et NB 1996, p. 221 ss, not. p. 230 ss. Voir également PLÜSS, *Einsatzmöglichkeiten*, p. 53 ss et TRUNIGER, p. 150 et 151.

¹⁴⁵ BAUDENBACHER/BANKÉ, *RSDA* 1996 (68), p. 49 ss, not. p. 56 ss; VON BÜREN/BÄHLER, *recht* 1996, p. 17 ss, not. p. 25 ss et NB 1996, p. 221 ss, not. p. 236 ss; FORSTMOSER, *Zehn Beobachtungen*, *EC* 1994 (68), p. 869 ss, not. p. 873 et *Handlungsbedarf*, *RSJ* 1997 (93), p. 86 ss, not. p. 89 et 90; VON PLANTA, *Révision*, *Revue* 4/1998, p. 6; RAPPORT D'EXPERTS, ch. 111 (p. 3); REYMOND, *projet*, p. 228 et 229 ainsi que p. 275 (lors des débats); SALZMANN, *EC* 1997 (71), p. 447 ss. Voir également PLÜSS (*Wiederentdeckung*, *RSJ* 1998 (94), p. 309 ss, not. p. 310 et *Einsatzmöglichkeiten*, p. 53 et 54) selon lequel le choix de la société à responsabilité limitée se fait souvent plus par « intuition », qu'en raison d'une comparaison approfondie des différences juridiques par rapport à la société anonyme.

¹⁴⁶ Sous l'ancien droit, les montants limites étaient de 50 000 francs (art. 621 aCO: capital-actions minimum) respectivement de 20 000 francs (art. 633 al. 2 aCO: libération globale minimum). On rappelle également que pour la société à responsabilité limitée, le capital social minimum est toujours fixé à 20 000 francs et les parts sociales doivent être libérées à 50 % au moins (art. 773 et 774 al. 2 CO).

¹⁴⁷ Selon DEL PERO (p. 29 et 30) il n'y a pas eu beaucoup de transformations de sociétés anonymes dont le capital-actions était entièrement libéré. Dans ces circonstances, les sociétés anonymes ont préférées procéder à une augmentation du capital-actions sans libération supplémentaire. Selon le RAPPORT D'EXPERTS, l'accroissement du nombre des sociétés à responsabilité limitée est également principalement dû à de nouvelles fondations (RAPPORT D'EXPERTS, ch. 111, [p. 3]). Voir toutefois PLÜSS, *Haftung*, *ARC* 1998, p. 119 (note de bas de page 1).

6.3.1-3. Organe de révision

Avec la révision du droit de la société anonyme, les exigences quant à l'organe de révision ont été accrues (indépendance, compétence, etc.), ce qui conduit à un renchérissement des activités de révision. Or, l'organe de révision n'étant pas obligatoire pour la société à responsabilité limitée, le choix de cette dernière forme plutôt que celle de la société anonyme permet de limiter les frais de fonctionnement de la société.

6.3.1-4. Contrôle spécial

Depuis la révision, les actionnaires minoritaires disposent d'un droit de contrôle spécial (art. 697a ss CO).

6.3.1-5. Fondation qualifiée et augmentation qualifiée du capital-actions

La révision du droit de la société anonyme a introduit des exigences supplémentaires concernant la fondation qualifiée et l'augmentation qualifiée du capital-actions¹⁴⁸. Il en résulte des coûts de fonctionnement supplémentaires pour la société anonyme par rapport à la société à responsabilité limitée.

6.3.1-6. Transfert du sociétariat

Lors de la révision du droit de la société anonyme, le législateur a restreint les possibilités en matière de restriction au transfert des actions (art. 685 ss CO). La société ne peut notamment plus refuser sans motif un transfert d'action nominative liée. En revanche, le droit de la société à responsabilité limitée permet toute restriction en matière de transfert des parts sociales¹⁴⁹. Il est même possible d'exclure tout transfert (art. 791 al. 3 CO).

6.3.1-7. Facteur psychologique

En Suisse, la société à responsabilité limitée a longtemps été considérée comme «AG des kleinen Mannes» ne méritant pas la confiance des créan-

¹⁴⁸ Lors de la fondation qualifiée, un rapport de fondation accompagné d'une attestation de vérification doit être établi (art. 634 ch. 3, 635 et 635a CO, voir FORSTMÖSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 15 N 37 ss). Lors d'une augmentation de capital-actions, la loi exige l'établissement d'un rapport d'augmentation ainsi que d'une attestation de vérification (art. 652e et 652f CO).

¹⁴⁹ TRUNIGER, p. 151.

ciers¹⁵⁰. Depuis la révision du droit de la société anonyme, l'image négative de la société à responsabilité limitée a quelque peu disparu. Ce facteur incite les fondateurs à choisir plus facilement cette forme de société que par le passé.

6.3.2. Révision du droit de la société à responsabilité limitée

En raison du maintien de la politique d'adhésion de la Suisse à l'Union européenne et suite à plusieurs interventions parlementaires, le chef du Département fédéral de justice et police a constitué en janvier 1993 un «groupe de réflexion» qui devait se prononcer sur diverses propositions de révision du droit des sociétés. Dans la mesure où les interventions parlementaires¹⁵¹ concernaient également la société à responsabilité limitée, le groupe devait se prononcer quant à son avenir.

Le 24 septembre 1993, le groupe de réflexion a présenté son rapport final. Dans ses conclusions, il a rejeté l'idée de la suppression de la société à responsabilité limitée. Il s'est déclaré favorable à une révision de la réglementation en refusant toutefois l'idée d'une transformation fondamentale qui risquerait de porter atteinte à la cohérence de la réglementation existante. Selon le groupe de réflexion, les domaines suivants pouvaient faire l'objet d'une révision¹⁵²:

- régime de la responsabilité;
- organisation interne;
- transformation de la société à responsabilité limitée en d'autres formes de sociétés;
- transfert des parts sociales;
- constitution, protection des créanciers et comptabilité;

¹⁵⁰ VON BÜREN/BÜHLER, *rech* 1996, p. 17 ss (passage cité: p. 27) et NB 1996, p. 221 ss (passage cité: p. 241). Selon RUEDIN (*nouveau droit des SA*, EC 1994 [68], p. 875 ss, not. p. 876 et 877), la barrière psychologique constituait un des principaux obstacles au succès de la société à responsabilité limitée. Dans le même sens, voir également VON PLANTA, *Révision*, *Revue* 4/1998, p. 6 et TRUNIGER, p. 157 (note de bas de page 53).

¹⁵¹ Il s'agit des interventions suivantes: motion du Conseiller national DETTLING du 18 décembre 1992, postulat de la commission du Conseil des Etats pour les affaires juridiques du 15 avril 1992 (adopté le 10 décembre 1992 par le Conseil des Etats), ainsi que la motion du Conseiller national FRÜH du 10 décembre 1992. Les motions et le postulat susmentionnés ont été reproduits dans le rapport final du 24 septembre 1993 du groupe de réflexion «Droit des sociétés» (cité: RAPPORT FINAL), p. 22 et p. 42.

¹⁵² RAPPORT FINAL, p. 43 - 46. A noter que le texte français du rapport présente des erreurs de traduction. Ainsi, à la page 43, l'associé chargé de la gestion des affaires d'une société à responsabilité limitée est soumis «à la poursuite par voie de faillite» et non pas - comme indiqué - «à l'Office des poursuites»; de même, à la page 44, il faut lire «La réglementation sur le transfert des parts sociales» et non pas «La réglementation sur le transfert des actions»; enfin, à la page 45, le 3^e paragraphe du point 3.5.4. ne donne pas correctement le sens de la version allemande.

- adaptation au droit de l'Union européenne (par ex. société unipersonnelle).

Le groupe de réflexion a enfin recommandé l'élaboration d'un avant-projet de révision du droit de la société à responsabilité limitée qui relevait de la deuxième priorité¹⁵³.

En octobre 1995, conformément à la recommandation du groupe de réflexion, l'Office fédéral de la justice a chargé les professeurs PETER BÖCKLI (Université de Bâle), PETER FORSTMOSER (Université de Zurich) et JEAN-MARC RAPP (Université de Lausanne) de l'élaboration d'un projet de révision du droit de la société à responsabilité limitée¹⁵⁴. En 1997, ils ont publié le projet de révision (ci-après: PROJET 1996), daté du 29 novembre 1996, accompagné d'un rapport explicatif (ci-après: RAPPORT EXPLICATIF)¹⁵⁵.

Suite à la publication du PROJET 1996, les professeurs susmentionnés ont été mandatés de compléter leur projet sur certains points¹⁵⁶. Par décision du 28 avril 1999, le Conseil fédéral a ouvert la procédure de consultation portant sur l'avant-projet de révision du droit de la société à responsabilité limitée (ci-après: AVANT-PROJET)¹⁵⁷. L'AVANT-PROJET, publié en allemand¹⁵⁸, français et italien¹⁵⁹, a été accompagné d'un rapport d'experts (ci-après: RAPPORT D'EXPERTS).

¹⁵³ RAPPORT FINAL, p. 84.

¹⁵⁴ Communication du 22 décembre 1995 de l'Office fédéral de la justice (in: RSDA 1996 [68], p. 96).

¹⁵⁵ Révision du droit de la Sarl, Projet et rapport explicatif du 29 novembre 1996. En allemand: Reform des GmbH-Rechts, Expertenentwurf vom 29. November 1996 für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

¹⁵⁶ Il s'agissait notamment d'élaborer les dispositions transitoires, de procéder à certaines adaptations du droit de la société anonyme, du droit de la société coopérative et de la réglementation du registre du commerce. De plus, les professeurs ont également été invités à examiner l'opportunité de permettre à des personnes morales de devenir des associés indéfiniment responsables dans des sociétés de personnes. Il s'agissait notamment de déterminer si le droit suisse devait permettre la création d'une «GmbH & Co. KG».

¹⁵⁷ L'ouverture de la procédure de consultation a été publiée dans la Feuille fédérale du 11 mai 1999 (FF 1999 p. 2989).

¹⁵⁸ Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, April 1999 (cité: VORENTWURF).

¹⁵⁹ Avamprogetto di riforma del diritto della società a garanzia limitata, aprile 1999 (cité: AVAMPROGETTO).

6.3.3. Augmentation des contributions scientifiques

Parallèlement à l'augmentation du nombre des sociétés à responsabilité limitée, on a assisté à une augmentation considérable des publications dans ce domaine. Trois raisons principales expliquent l'intérêt soudain des auteurs:

1. Le praticien s'est trouvé de plus en plus souvent confronté à des problèmes liés à la réglementation de la société à responsabilité limitée. Il y a par conséquent un regain d'intérêt pour des publications portant sur la société à responsabilité limitée.
2. Le projet d'une révision du droit de la société à responsabilité limitée a poussé les auteurs à se prononcer sur les modifications qu'ils estiment nécessaires.
3. Le législateur ne s'est pas expressément prononcé quant à l'effet de la révision du droit de la société anonyme sur les dispositions du droit de la société à responsabilité limitée qui y renvoient. La question est de savoir si les renvois contenus dans le droit de la société à responsabilité limitée correspondent aux dispositions du droit de la société anonyme de 1936 ou aux dispositions révisées. Selon la doctrine majoritaire, les renvois se font au nouveau droit (renvoi dynamique)¹⁶⁰. Selon la doctrine minoritaire, les renvois se font aux dispositions de 1936 (renvoi statique)¹⁶¹.

Pour les besoins de cette thèse, il n'est pas nécessaire de se prononcer définitivement pour l'une ou l'autre des solutions proposées. Toutefois, chaque

¹⁶⁰ BÄHLER, p. 37 et 38; BÖCKLI, *Aktienrecht*, N 2037a ss; VON BÜREN, SPR VIII/6, p. 199 ss; VON BÜREN/BÄHLER, *recht* 1996, p. 17 ss, not. p. 19 - 22 et NB 1996, p. 221 ss, not. p. 225 - 230; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 6 N 17 ss; GAUCH, *Textausgabe*, p. 311 et 329; HIRSCH/NOBEL, *RSDA* 1997 (69), p. 127; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 10 N 78 ss; MONTAVON, *SARL*, p. 14; NOBEL, *Start*, NZZ du 8.1.1992, p. 33; PLÜSS, *Haftung*, ARC 1998, p. 124; RAPP, *FJS* 408, p. 2 et 3; SCHAUB, *révision*, EC 1995 (69), p. 320 ss, not. p. 322; *FJS* 791, p. 2 et *FJS* 791A, p. 2; TANNER, BRIGITTE, p. 31 ss, not. p. 34 - 38; TERCIER, *FJS* 389, p. 10, 11 et 16; VISCHER, *EC* 1994 (68), p. 879 ss, not. p. 880. Voir également le *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*: KÜNG, *BaK*, ad art. 788 CO, N 1 ss (implicitement); NEUHAUS, *BaK*, ad art. 805 CO, N 4; OREIFUSS/LEBRECHT, *BaK*, ad art. 808 CO, N 33; WÜSTINER, *BaK*, ad art. 817 CO, N 3; PEDROJA/WATTER, *BaK*, ad art. 819 CO, N 2 et 8 ss (implicitement); STAUBLI, *BaK*, ad art. 823 CO, N 4 (implicitement); WIDMER, *BaK*, ad art. 827 CO, N 1. Voir également KOLLER/KLÄY, p. 193 ss. Ces derniers se fondent (p. 200 ss) entre autres sur le procès-verbal du 14.9.1989, p. 304 de la commission du Conseil national. En réponse à une interpellation du Conseiller national OETTLING (23 juin 1995, BO CN du 6 octobre 1995, p. 2268 et 2269), le Conseil fédéral s'est également exprimé en faveur du renvoi dynamique (Rapport écrit du Conseil fédéral du 23 août 1995, BO CN du 6 octobre 1995, p. 2269 et 2270).

¹⁶¹ BAUDENBACHER, *BaK*, *Vorbemerkungen zu Art. 620 OR*, N 17 et ad art. 772 CO, N 3; BAUDENBACHER/BANKE, *RSDA* 1996 (68), p. 49 ss, not. p. 57 et 58; DRUEY, *Grundzüge*, p. 674; GUHL/KUMMER/KOLLER/DRUEY, p. 715; HANDSCHIN, *GmbH*, § 2 N 1 et 2; WOHLMANN, *Verweisungen*, *RSDA* 1995 (67), p. 139 - 141 ainsi que *GmbH-Recht*, § 4 (p. 8).

fois que la question se posera, on traitera des deux solutions, dans un souci d'exhaustivité¹⁶².

6.4. Conclusion

Si, lors de l'introduction de la société à responsabilité limitée dans le droit suisse, la plupart des réactions a été positive, les résultats effectifs quant au nombre de sociétés adoptant cette nouvelle forme de société ont rapidement fait déchanter. Malgré les quelques avantages de la société à responsabilité limitée, l'économie suisse lui préférerait toujours la société anonyme, dont la réglementation était particulièrement flexible et, de ce fait, adaptée aux petites sociétés.

Ce n'est qu'en juillet 1992, avec l'entrée en vigueur du nouveau droit de la société anonyme, que la société à responsabilité limitée a trouvé ce que nous qualifions de «première» jeunesse. Du fait des exigences accrues, la société anonyme a soudainement perdu une grande partie de son attrait. Les personnes intéressées par la fondation d'une société ont dès lors été «contraintes» d'opter pour la société à responsabilité limitée, seule autre forme de société commerciale permettant de limiter la responsabilité personnelle de tous les associés pour les dettes sociales.

Cet intérêt pour la société à responsabilité limitée a fait ressortir la nécessité d'une révision. Suite à l'avis favorable du groupe de réflexion (1993), trois professeurs ont été chargés de l'élaboration d'un projet de révision du droit de la société à responsabilité limitée. Il a été publié en langue allemande et française en 1997. Enfin, par décision du 28 avril 1999, le Conseil fédéral a ouvert la procédure de consultation portant sur l'avant-projet de révision du droit de la société à responsabilité limitée.

¹⁶² En pratique, l'importance du renvoi aux anciennes ou aux nouvelles dispositions du droit de la société anonyme est relativisée par le fait que les dispositions applicables par renvoi n'ont souvent subi que des modifications formelles ou ont été adaptées à la jurisprudence antérieure à 1992. De plus, les dispositions en question ne sont souvent que l'expression de principes généraux applicables aux sociétés à responsabilité limitée, sans que la question du renvoi ne se pose (voir: HANDSCHIN, *GmbH*, § 2 N 3; WOHLMANN, *Verweisungen*, RSDA 1995 [67], p. 139 - 141, not. p. 141).

II. La définition du capital social

1. Introduction

Ou'est-ce que le capital social de la société à responsabilité limitée? Comment le définir? Comment le distinguer d'autres notions, telles que la fortune sociale, le capital-participation, etc.?

Pour trouver la réponse à ces questions, le premier réflexe consiste à rechercher une définition du capital social dans les dispositions légales traitant de la société à responsabilité limitée. Or, bien que les articles 772 à 827 CO mentionnent 31 fois le terme «capital social», aucune disposition légale n'en donne une véritable définition¹⁶³. De même, l'Ordonnance sur le registre du commerce qui mentionne une fois le terme «capital social» en traitant de la société à responsabilité limitée, reste muette sur ce point¹⁶⁴.

L'absence d'une définition légale du capital social en droit positif peut paraître surprenante vu l'utilisation fréquente de ce terme et son importance pour la société à responsabilité limitée¹⁶⁵. En revanche, elle l'est moins à la lumière des projets ayant conduit à la loi de 1936. Ni le projet de 1919, ni le projet de 1923, ni le projet du Conseil fédéral de 1928, ne contenaient de définition! L'introduction d'une définition n'a d'ailleurs jamais fait l'objet d'une proposition officielle. Ni la commission qui s'est penchée sur le projet de 1923, ni les commissions du Conseil des Etats et du Conseil national, ni même les Chambres fédérales, ne se sont prononcées sur cette question. A notre avis, trois raisons principales expliquent ce «désintérêt» de la part des personnes chargées de l'élaboration du droit de la société à responsabilité limitée:

1. La notion du capital social de la société à responsabilité limitée est très complexe. Une définition succincte, donnée par une seule disposition légale, ne peut que mal cerner cette notion et risque d'être imprécise et lacunaire.
2. Les personnes chargées de l'élaboration de la loi étaient convaincues que la notion du capital social était suffisamment connue et comprise, d'autant plus qu'elle était déjà utilisée dans le droit de la société anonyme¹⁶⁶.
3. La loi n'est pas un manuel de droit.

L'absence d'un véritable effort de définition a été source de confusion jusqu'à nos jours. De plus, trop souvent expliqué sommairement par des renvois au capital social de la société anonyme, le capital social de la société à responsa-

¹⁶³ Il s'agit des articles suivants: 772 (3 fois), 773, 775, 781, 784, 786, 787, 788, 791, 794 (3 fois), 794, 798, 802 (3 fois), 803 (2 fois), 804, 807, 809, 817, 820, 822 (3 fois), 824 et 825 CO.

¹⁶⁴ Article 90 lit. c ORC.

¹⁶⁵ Le capital social fait partie des éléments constitutifs de la société à responsabilité limitée (par exemple: VON STEIGER, ZK, ad art. 772 CO, N 11).

¹⁶⁶ Voir 3.7.2. Précisions terminologiques, p. 79 ss.

bilité limitée n'a jamais reçu l'attention méritée. Avant de traiter des fonctions et de la constitution effective du capital social de la société à responsabilité limitée, il est dès lors indispensable de faire un effort de définition. A ce propos, trois précisions s'imposent.

Premièrement, toutes les fois qu'il est question du capital social au cours de ce travail, nous nous référons au capital social de la société à responsabilité limitée uniquement. Si, en revanche, nous nous référons au capital social de la société anonyme ou de la société coopérative, nous le mentionnerons expressément.

Deuxièmement, bien qu'il existe des parallèles entre la société à responsabilité limitée et la société anonyme, nous raisonnerons indépendamment du droit de la société anonyme. Cette façon de procéder est la seule qui permette d'éviter des idées préconçues en matière de capital social et d'en dégager une définition authentique.

Troisièmement, cette partie traitera uniquement de la définition du capital social en droit suisse.

2. Définition

2.1. Introduction

Qu'est-ce que le capital social?

Quelques précisions terminologiques s'imposent. Les termes «Stammkapital» en allemand et «capitale sociale» en italien représentent le pendant du terme français «capital social»¹⁶⁷.

Pris individuellement, le terme «capital» a plusieurs significations. Il peut s'agir d'une «somme constituant une dette», de «toute richesse destinée à produire un revenu ou de nouveaux biens», d'«une somme que l'on fait valoir dans une entreprise», de «l'ensemble des richesses possédées» ainsi que de «l'ensemble de ceux qui possèdent les richesses»¹⁶⁸. L'adjectif «social» a également plusieurs significations. Il peut notamment signifier «relatif à un groupe d'individus, d'hommes, conçu comme une réalité distincte»¹⁶⁹. Enfin, en tant que terme composé, le «capital social» signifie notamment «montant des richesses apportées à une société par des associés et dont on assure le maintien dans le patrimoine»¹⁷⁰.

Le terme «Stammkapital» en allemand est composé de deux substantifs, à savoir «Stamm» et «Kapital». Pris individuellement, «Stamm» signifie notamment «Rumpf»¹⁷¹ et «Einheit»¹⁷² alors que le terme «Kapital» peut avoir la signification «Gesamtheit der im Produktionsprozess verwendeten Sachgüter»¹⁷³,

¹⁶⁷ Voir article 772 al. 1 CO dans les trois langues.

¹⁶⁸ Le Grand Robert de la langue française, 2^e éd., tome II, Paris 1990, mise à jour pour 1991, p. 332 et 333. Voir également Le Grand Larousse de la langue française en sept volumes, qui définit le capital entre autres comme «principal d'une dette d'argent», «ensemble de biens monétaires ou autres» et «ensemble des richesses possédées» (tome I, Paris 1971, p. 587).

¹⁶⁹ Le Grand Robert de la langue française, 2^e éd., tome VIII, Paris 1990, mise à jour pour 1991, p. 805. Selon Le Grand Larousse de la langue française, le terme «social» signifie entre autres «qui concerne une collectivité humaine constitué en une entité propre par la nature ou par des lois communes» (Le Grand Larousse de la langue française en sept volumes, tome VI, Paris 1977, p. 5555).

¹⁷⁰ Le Grand Robert de la langue française, 2^e éd., tome II, Paris 1990, mise à jour pour 1991, p. 333. Le Grand Larousse de la langue française en sept volumes définit le «capital social» comme «montant des sommes ou des biens apportés à une société» (tome I, Paris 1971, p. 587).

¹⁷¹ Tronc.

¹⁷² Unité.

¹⁷³ Totalité des biens utilisés dans le processus de production.

«Geld»¹⁷⁴, etc.¹⁷⁵. Le «Stammkapital» selon le Duden¹⁷⁶ est la «Gesamtheit der Stammeinlagen»¹⁷⁷.

En italien, le terme «capitale» peut également avoir plusieurs significations. Ainsi, il peut s'agir de «la parte principale di una patrimonio in denaro»¹⁷⁸ ou de la «valore in denaro dei beni destinati alla produzione»¹⁷⁹, etc.¹⁸⁰. De même, selon les circonstances, l'adjectif «sociale» peut avoir des significations différentes¹⁸¹. Enfin, le «capitale sociale» est défini comme «il capitale versato dai soci all'atto della costituzione di una società, o per il raggiungimento dei fini sociali»¹⁸².

Cependant, aucune des significations citées des termes «capital social», «Stammkapital» et «capitale sociale» ne saurait constituer la base d'une définition valable du capital social¹⁸³.

Premièrement, la signification dépend du contexte dans lequel un terme est utilisé.

Deuxièmement, s'agissant d'ouvrages étrangers ou internationaux, ils ne tiennent pas nécessairement compte des particularités suisses. Un même terme peut avoir une signification différente selon les pays.

Troisièmement, les définitions proposées par les ouvrages en question tiennent surtout compte du sens usuel des termes analysés. Or, le sens usuel n'est pas nécessairement le sens technique.

Face à ce constat, se pose la question de savoir si le législateur suisse a lui-même expliqué la signification des termes susmentionnés en traitant de la société à responsabilité limitée. A ce propos, nous avons déjà indiqué qu'aucune

¹⁷⁴ Argent.

¹⁷⁵ Der grosse Brockhaus, Kompaktausgabe, 18^e éd., Wiesbaden 1983, Band 21, p. 14 et 15 ainsi que Band 11, p. 178 et 179.

¹⁷⁶ Duden, Das grosse Wörterbuch der deutschen Sprache in 8. Bänden, 2^e éd., Mannheim/Leipzig/Vienne/Zurich, 1994, 4. Band, p. 3214.

¹⁷⁷ Totalité des apports.

¹⁷⁸ La part principale d'un patrimoine en argent.

¹⁷⁹ La valeur en argent des biens destinés à la production.

¹⁸⁰ Grande Dizionario della lingua italiana, vol. II, Turin 1962, p. 687 ss; voir également: Vocabolario della lingua italiana, vol. I, p. 613, Rome 1986.

¹⁸¹ Vocabolario della lingua italiana, vol. IV, Rome 1994, p. 382.

¹⁸² Le capital versé par les associés lors de la constitution d'une société ou pour atteindre les buts sociaux (voir Vocabolario della lingua italiana, vol. I, Rome 1986, p. 613).

¹⁸³ A noter que les termes «capital social» en français et «capitale sociale» en italien ne correspondent pas exactement au terme «Stammkapital» en allemand. Si les termes «capital» et «capitale» peuvent être traduits par «Kapital», les termes «social» et «sociale» ne correspondent pas au terme allemand «Stamm» qui, pris individuellement, a une signification différente (*Rumpf, Einheit*).

disposition légale ne donne la définition (ou la signification) du capital social¹⁸⁴. Il en va de même pour les termes «capital» et «social» pris individuellement. Dans les projets et travaux ayant mené à la loi de 1936, nous n'avons pas non plus trouvé de réponse à cette question. Il est expliqué uniquement pourquoi le législateur utilise le terme «Stammkapital» pour la société à responsabilité limitée en non pas le terme «Grundkapital» tel qu'il est employé pour la société anonyme. Selon le rapporteur du Conseil des Etats DIETSCHI, «Diese Bezeichnung (c'est-à-dire «Stammkapital» au lieu de «Grundkapital») ist zutreffend, weil ausser dem Stammkapital noch weitere Leistungen der Gesellschafter in Frage kommen»¹⁸⁵. Cette explication intéressante en soi ne nous est toutefois d'aucune aide. Elle ne fournit d'une part pas de définition du «Stammkapital» et d'autre part, elle concerne exclusivement la terminologie allemande, puisqu'en français, les termes «Grundkapital» et «Stammkapital» de la loi de 1936 sont invariablement traduits par «capital social». Enfin, il faut noter que l'utilisation du terme «Grundkapital» telle qu'elle ressort de l'ancien droit de la société anonyme n'a quant à elle jamais été expliquée¹⁸⁶.

En conclusion et au vu de ce qui précède, la définition du capital social doit nécessairement être dégagée à l'aide de l'ensemble des dispositions légales traitant de la société à responsabilité limitée.

2.2. Le capital social est déterminé à l'avance

En vertu de l'article 772 al. 1 CO, «La société à responsabilité limitée est celle que forment deux ou plusieurs personnes ou sociétés commerciales sous une raison sociale et dont le capital est déterminé à l'avance (capital social)».

La définition de la société à responsabilité limitée, selon cette disposition¹⁸⁷, se base entre autres sur les notions de «capital» et de «capital social». Le capital social faisant partie des éléments essentiels de la société à responsabilité limitée, se pose la question de savoir si l'article 772 al. 1 CO permet de tirer des renseignements immédiatement utiles pour sa définition.

La réponse dépend de la manière dont on interprète l'article 772 al. 1 CO. En effet, la version française permet deux interprétations concernant la relation entre d'une part le «capital» et d'autre part «le capital social». Le terme «capital social», qui se trouve en fin de phrase entre parenthèses, remplace-t-il le terme «capital» ou est-ce qu'il remplace les termes «capital déterminé à l'avance»?

¹⁸⁴ Voir 1. Introduction, p. 42 ss.

¹⁸⁵ BO CE du 25 septembre 1931, p. 628; voir également JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 772 CO, N 18.

¹⁸⁶ OCHSNER, p. 15.

¹⁸⁷ La note marginale de l'article 772 CO s'intitule expressément «Définition». En allemand, le législateur utilise le terme «Begriff», en italien «Nozione».

En d'autres mots: est-ce qu'en vertu de l'article 772 al. 1 CO le capital social doit être déterminé à l'avance où est-ce que le capital social est le capital déterminé à l'avance? La deuxième manière d'interpréter l'article 772 al. 1 CO donnerait en quelque sorte une définition succincte du capital social.

Pour dégager la volonté réelle du législateur, une analyse des textes allemand et italien s'impose.

Dans sa version allemande, l'article 772 al. 1 CO a la teneur suivante: «Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist eine Gesellschaft, in der sich zwei oder mehrere Personen oder Handelsgesellschaften mit eigener Firma und einem zum voraus bestimmten Kapital (Stammkapital) vereinigen». Nous constatons d'emblée que le texte allemand n'est pas plus précis que le texte français sur la question qui nous intéresse. La mise entre parenthèses du terme «Stammkapital» ne nous révèle pas s'il vise le terme «Kapital» ou les termes «zum voraus bestimmten Kapital».

En italien, l'article 772 al. 1 CO a la teneur suivante: «La società a garanzia limitata è quella nella quale due o più persone o società commerciali si riuniscono sotto una ditta propria, determinando anticipatamente il capitale sociale». Contrairement aux versions française et allemande, le texte italien mentionne uniquement le «capitale sociale», en exigeant qu'il doive être déterminé à l'avance («determinando anticipatamente»). Le terme «capital» n'est pas utilisé. Contrairement aux textes français et allemand, le texte italien ne permet par conséquent qu'une seule interprétation, à savoir que le capital social doit être déterminé à l'avance.

Est-ce que le texte italien reflète la volonté réelle du législateur?

L'actuel article 772 al. 1 CO ne figurait dans aucun des projets antérieurs. Sa teneur ne résulte ni d'une proposition des commissions du Conseil des Etats ou du Conseil national, ni d'une proposition faite devant les Chambres fédérales. A défaut d'une autre source, la teneur de l'article 772 al. 1 CO doit être attribuée à la commission de rédaction. Nous ne disposons toutefois d'aucune information de la part de la commission de rédaction quant à la manière dont l'article 772 al. 1 CO doit être interprété sur le point qui nous intéresse.

Si, à notre connaissance, la doctrine ne s'est jamais expressément penchée sur le problème d'interprétation soulevé présentement, nous pensons néanmoins qu'elle a implicitement retenu la seule interprétation possible suivant le texte italien. Ainsi, VON STEIGER dit que «Das Stammkapital muss <zum voraus> bestimmt sein»¹⁸⁸. De même, JANGGEN et BECKER définissent la société à responsabilité limitée comme «...Vereinigung mit zum voraus bestimmten

¹⁸⁸ VON STEIGER, ZK, ad art. 772 CO, N 11.

Stammkapital»¹⁸⁹. Enfin, selon BAUDENBACHER, «Im konstitutiven Erfordernis eines zum voraus bestimmten Stammkapitals manifestiert sich die kapitalistische Struktur der GmbH»¹⁹⁰.

Conformément à la seule interprétation possible du texte italien et à l'avis de la doctrine, nous estimons que l'article 772 al. 1 CO doit être interprété en ce sens que le capital social doit être déterminé à l'avance. Nous rejetons ainsi l'interprétation selon laquelle de capital social est le capital déterminé à l'avance¹⁹¹.

En tenant compte de cette interprétation, les textes français et allemand de l'article 772 al. 1 CO devraient par conséquent avoir la teneur suivante:

«La société à responsabilité limitée est celle que forment deux ou plusieurs personnes ou sociétés commerciales sous une raison sociale et dont le capital social est déterminé à l'avance».

«Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist eine Gesellschaft, in der sich zwei oder mehrere Personen oder Handelsgesellschaften mit eigener Firma und einem zum voraus bestimmten Stammkapital vereinigen».

En guise de conclusion et à titre d'élément de définition du capital social, nous retenons que le capital social est déterminé à l'avance¹⁹².

2.3. Un nombre d'unités monétaires légales suisses (francs suisses)

En vertu de l'article 773 CO, «Le capital social ne peut être inférieur à 20 000 francs ni excéder 2 millions de francs».

Malgré sa brièveté, cette disposition apporte un élément supplémentaire à la définition du capital social. En effet, comme le capital social ne peut pas être inférieur ni supérieur à un nombre d'unités monétaires légales suisses (francs suisses), nous pouvons déduire que le capital social est lui-même un nombre d'unités monétaires légales suisses (francs suisses).

¹⁸⁹ JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 772 CO, N 3.

¹⁹⁰ BAUDENBACHER, BaK, ad art. 772 CO, N 20.

¹⁹¹ Si, contrairement à notre avis, l'article 772 al. 1 CO devait être compris en ce sens que le capital social est le capital déterminé à l'avance, on se trouverait en quelque sorte en face d'une définition succincte du capital social (capital social = capital déterminé à l'avance). Cependant, même si l'article 772 al. 1 CO devait être compris de cette manière, la définition du capital social qui en découlerait serait incomplète. Elle ne nous explique notamment pas ce qu'il faut entendre par le terme «capital».

¹⁹² En ce qui concerne la signification des termes «déterminé à l'avance», voir 2.4. Déterminé à l'avance, p. 50 ss.

Les travaux préparatoires confirment cette conception. Ainsi, à titre d'exemple, la commission d'experts qui s'est penchée sur le projet de 1923, parlait du «Betrag» du capital social¹⁹³ et lors de ses explications introductives devant le Conseil des Etats concernant le projet de 1928, le rapporteur DIETSCHI a dit que «Die Höhe des Stammkapitals ist auf einen bestimmten Betrag begrenzt, ...»¹⁹⁴. La doctrine confirme également que le capital social est un nombre (ou chiffre)¹⁹⁵ d'unités monétaires légales suisses¹⁹⁵.

Il semble toutefois exister une exception à l'exigence d'un capital social fixé en francs suisses. En effet, selon la doctrine, l'article 160 al. 1 LDIP ne soumet aux dispositions du droit suisse les succursales suisses de sociétés à responsabilité limitée avec siège principal à l'étranger¹⁹⁷ que dans la mesure où il s'agit de «Vorschriften zum Schutze des Handelsverkehrs und zum Schutze der (schweizerischen) Gläubiger...»¹⁹⁸. La succursale suisse d'une société à responsabilité limitée étrangère reste soumise au droit étranger en ce qui concerne les rapports internes et externes dans la mesure où ils concernent la société dans son ensemble¹⁹⁹. Il est ainsi admis qu'une société à responsabilité limitée qui a son siège principal à l'étranger et qui exploite une succursale en Suisse ne doit pas chiffrer son capital social en francs suisses en ce qui concerne cette succursale²⁰⁰. En revanche, l'exigence de tenir une comptabilité et les règles comptables applicables à la succursale suisse d'une société à responsabilité limitée étrangère se déterminent selon le droit suisse. La comptabilité obligatoire doit par conséquent être tenue en francs suisses²⁰¹.

En réalité, le fait que les succursales suisses de sociétés à responsabilité limitée étrangères ne doivent pas exprimer le capital social de l'établissement principal en francs suisses ne constitue pas une véritable exception à l'article 773 CO. Malgré son inscription dans le registre du commerce en Suisse, une succursale n'est pas un sujet de droit indépendant, mais fait partie intégrante de la société étrangère. La succursale elle-même n'a aucun capital social. Le capital social dont l'inscription au registre du commerce en Suisse est requise est nécessairement celui de la société étrangère. Si cette dernière possède un capital

¹⁹³ PROCÈS-VERBAL, p. 485.

¹⁹⁴ BO CE du 25 septembre 1931, p. 625.

¹⁹⁵ VON STEIGER, ZK, ad art. 772 CO, N 11 (il utilise les termes «Betrag» et «Grösse») et ad art. 773 CO, N 3 (il utilise expressément le terme «Ziffer»); JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 772 CO, N 18 (ils utilisent les termes «Summe» et «Betrag»).

¹⁹⁶ Expressément: VON STEIGER, ZK, ad art. 773 CO, N 3. Voir également p. 110 et 111.

¹⁹⁷ Ci-après: les sociétés à responsabilité limitée étrangères.

¹⁹⁸ GIRSBERGER, BaK, ad art. 160 LOIP, N 5 ainsi que les auteurs cités.

¹⁹⁹ Par exemple: EBENROTH/MESSER, RDS 1989 (108) I, p. 49 ss, not. p. 95. Cette idée prévalait déjà avant l'entrée en vigueur de la LDIP (voir VON STEIGER, ZK, Einleitung, N 110).

²⁰⁰ L'inscription d'une succursale d'une société à responsabilité limitée étrangère au registre du commerce en Suisse peut donc faire état d'un capital social exprimé dans une monnaie étrangère (pour un exemple, voir KÜNG/MEISTERHANS, p. 137 ss ainsi que le Muster 91314).

²⁰¹ Article 960 al. 1 CO. Voir également: NEUHAUS, BaK, ad art. 960 CO, N 1 - 4; KÄFER, BK, ad art. 960 CO, N 11 et 16).

social chiffré en monnaie étrangère, il est donc logique que l'inscription en Suisse de la succursale suisse fasse état d'un capital social chiffré en cette monnaie. A notre avis, une conversion volontaire en francs suisses du capital social chiffré en monnaie étrangère ne serait d'ailleurs pas admissible.

A ce stade, une précision terminologique nous semble utile. En parcourant les dispositions légales traitant du capital social, on s'aperçoit qu'à plusieurs reprises le législateur se réfère au «montant» du capital social. Ainsi, en vertu de l'article 781 ch. 5 CO, le «montant» du capital social doit être inscrit dans le registre du commerce, et selon l'article 802 al. 1 CO, les associés sont tenus solidairement de toutes les obligations de la société, jusqu'à concurrence du «montant» du capital social. Le terme «montant» peut impliquer l'idée d'une valeur ou d'une somme d'argent dont dispose la société. Or, nous verrons par la suite que le capital social n'est pas une valeur ou une somme d'argent dont dispose la société²⁰². Pour éliminer tout risque de confusion, nous préférons les termes parfaitement neutres de «nombre» ou de «chiffre»²⁰³ en définissant le capital social. Par analogie, nous préférons les termes allemands «Zahl» ou «Ziffer» au terme «Betrag». Dans les articles précités (art. 781 al. 1 ch. 5 et 802 al. 1 CO), la version allemande se réfère d'ailleurs à la «Höhe des Stammkapitals». A notre avis, cette expression est plus précise que celle de «montant du capital social».

2.4. Déterminé à l'avance

Le début de définition selon lequel le capital social est un nombre d'unités monétaires légales suisses doit être mis en relation avec l'article 772 al. 1 CO. Selon la manière dont nous avons interprété cet article²⁰⁴, le capital social est déterminé à l'avance. Malheureusement, l'article 772 al. 1 CO ne révèle pas ce qu'il faut comprendre par «déterminé à l'avance». Les versions allemande et italienne de l'article 772 al. 1 CO ne sont pas plus explicites sur ce point.

Aucun des projets ayant mené à la loi de 1936 ne mentionnait expressément que le capital social devait être «déterminé à l'avance». Son introduction doit

²⁰² Voir 2.7. Fortune sociale nette minimum à constituer, p. 54 ss.

²⁰³ Le terme «nombre» est plus précis que le terme «chiffre». En effet, au sens étroit du terme, le chiffre est un caractère qui représente un nombre. Les chiffres arabes sont 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 et 0 uniquement. Par contre, un nombre peut être composé de plusieurs chiffres. Etant donné que le capital social doit être supérieur à 9, il s'agit d'un nombre et non pas d'un chiffre au sens étroit du terme. Toutefois, vu que le terme «chiffre» pris au sens large peut également avoir la signification de «nombre», l'utilisation du terme «chiffre» est également possible (pour les différentes significations du terme «chiffre», voir notamment Le Grand Robert de la langue française, tome II, 2^e éd., Paris 1990, mise à jour pour 1991, p. 567 ainsi que Le Grand Larousse de la langue française en sept volumes, tome I, Paris 1971, p. 713).

²⁰⁴ Voir 2.2. Le capital social est déterminé à l'avance, p. 46 ss.

être attribuée à la commission de rédaction. Nous ne disposons toutefois d'aucune explication à ce propos. Enfin, les auteurs traitant du capital social en général ou/et de l'article 772 al. 1 CO en particulier, ne se sont pas interrogés sur la portée des termes «déterminé à l'avance». Ainsi, VON STEIGER se contente de reprendre sans explication le texte légal en écrivant: «Das Stammkapital muss <zum voraus> bestimmt sein»²⁰⁵.

Au vu de ce qui précède et afin de déterminer la volonté réelle du législateur, l'article 772 al. 1 CO doit être mis en relation avec d'autres dispositions légales, notamment les articles 776 ch. 3 et 779 à 783 CO.

En vertu de l'article 776 ch. 3 CO, les statuts doivent contenir des dispositions sur le montant du capital social. En d'autres termes, les statuts de la société à responsabilité limitée doivent indiquer l'importance du capital social²⁰⁶. Or, selon l'article 779 al. 1 CO, «La société est créée²⁰⁷ par un acte passé en la forme authentique et signé par tous les fondateurs, où ceux-ci déclarent constituer une société à responsabilité limitée et arrêtent le texte des statuts». Suivant l'interprétation donnée par les auteurs, il résulte de cette disposition que les statuts de la société à responsabilité limitée doivent être arrêtés par les fondateurs lors de l'établissement de l'acte constitutif²⁰⁸.

Ce moment est nécessairement antérieur à l'inscription de la société au registre du commerce, puisque la demande d'inscription doit être accompagnée des statuts (voir art. 780 al. 4 CO) et le capital social inscrit au registre du commerce (voir art. 781 ch. 5 CO). Enfin, comme l'inscription au registre du commerce confère la personnalité juridique à la société à responsabilité limitée (voir art. 783 al. 1 CO, fondation externe), on peut déduire que les mots «déterminé à l'avance» de l'article 772 al. 1 CO signifient aussi que le capital social doit être déterminé par les fondateurs avant la naissance de la société.

²⁰⁵ VON STEIGER, ZK, ad art. 772 CO, N 11.

²⁰⁶ Dans sa version allemande, l'article 776 ch. 3 CO exige des dispositions concernant «die Höhe des Stammkapitals».

²⁰⁷ Fondation interne.

²⁰⁸ WOHLMANN, SPR VIII/2, § 31 II 2 (p. 329) et *GmbH-Recht*, § 7 II 2 (p. 19). Selon JANGGEN et BECKER, les statuts doivent être fixés au plus tard lors de l'établissement de l'acte constitutif (JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 779 CO, N 7). Nous ne partageons pas cet avis. Les «statuts» convenus avant l'établissement de l'acte constitutif n'ont que le caractère d'un projet. Les statuts doivent nécessairement être arrêtés lors de l'établissement de l'acte constitutif, et ce n'est qu'à partir de ce moment qu'ils prennent effet (dans le même sens: SCHENKER, BaK, ad art. 779 CO, N 5). Contrairement à ce que l'on pourrait penser à la lecture de l'article 779 al. 1 CO, le contenu des statuts ne doit pas nécessairement figurer dans l'acte constitutif, mais peut figurer dans un document séparé (voir VON STEIGER, ZK, ad art. 779 CO, N 21 et WOHLMANN, précité; par contre, sur ce point l'énoncé de SCHENKER [BaK, ad art. 779 CO, N 5] manque de précision et peut induire en erreur).

En conclusion, la définition du capital social peut être complétée de la manière suivante:

le capital social est un nombre d'unités monétaires légales suisses (francs suisses), déterminé par les fondateurs au moment de l'établissement de l'acte constitutif.

2.5. Augmentation et réduction du capital social selon des règles déterminées

Nous avons vu que le capital social est nécessairement déterminé au moment de l'établissement de l'acte constitutif et, par conséquent, avant la naissance de la société. Toutefois, cette exigence n'exclut pas une augmentation ou une réduction en cours de vie sociale. En effet, en vertu des articles 786 à 788 CO, le capital social peut être augmenté ou réduit en cours de vie sociale en respectant des règles particulières.

Ce constat nous permet de faire deux remarques supplémentaires:

premièrement, le capital social déterminé par les fondateurs au moment de l'établissement de l'acte constitutif est en principe fixe²⁰⁹. Il n'est soumis à aucune variation automatique en cours de vie sociale;

deuxièmement, le capital social peut exceptionnellement augmenter ou diminuer après l'inscription de la société au registre du commerce. Ces changements ne peuvent intervenir que moyennant le respect de procédures particulières.

La définition du capital social doit ainsi être complétée de la manière suivante:

le capital social est un nombre d'unités monétaires légales suisses (francs suisses), déterminé par les fondateurs au moment de l'établissement de l'acte constitutif, ne pouvant être augmenté ou réduit en cours de vie sociale qu'en respectant des règles particulières.

2.6. Divisé en parts sociales

En vertu de l'article 772 al. 2/1 CO, «Tout associé participe au capital social sans que sa part (part sociale) ait le caractère d'une action».

²⁰⁹ Par exemple: BAUDENBACHER, BaK, ad art. 772 CO, N 21; CARRY, *FJS* 799 - 804, p. 9; GEGENBAUER, p. 88.

Selon cette disposition, tout associé participe au capital social. Nous pouvons en déduire que l'on appelle part sociale la part par laquelle tout associé participe au capital social. Enfin, la disposition nous apprend que la part sociale de l'associé n'a pas le caractère d'une action.

Tout en évoquant une relation entre le capital social et la part sociale, le texte de l'article 772 al. 2/1 CO reste peu clair.

En analysant les travaux préparatoires, on constate que la teneur de l'article 772 al. 2/1 CO ne figurait dans aucun des projets préalables. Dans sa version finale, elle doit être attribuée à la commission de rédaction. Mais elle résulte à l'origine de propositions de la commission du Conseil des Etats et du Conseil national²¹⁰. Les discussions au sein de ces commissions ne fournissent malheureusement pas de renseignements à propos de la relation entre le capital social et les parts sociales. Face à ce vide, une analyse succincte des dispositions traitant des parts sociales de la société à responsabilité limitée doit être entreprise.

Les expressions «part(s)» et «part(s) sociale(s)» se trouvent dans de nombreuses dispositions²¹¹. Contrairement aux apparences, elles n'ont pas toujours la même signification. En effet, force est de constater que ces expressions françaises correspondent aux expressions «Stammeinlage» et «Stammanteil» dans la version allemande de la loi. Selon la doctrine, les expressions «Stammeinlage» et «Stammanteil» ont une signification différente. Alors que la «Stammeinlage» est la fraction de capital social détenue par chaque associé, le «Stammanteil» est l'ensemble de droits et devoirs de chaque associé, soit la qualité d'associé²¹². Pour faire la même distinction en langue française, nous distinguerons désormais la part sociale au sens étroit (*Stammeinlage*) et la part sociale au sens large (*Stammanteil*).

Dans sa version allemande, l'article 772 al. 2/1 CO a la teneur suivante: «Jeder Gesellschafter ist, ohne dass seine Beteiligung als Aktie behandelt wird, mit einer Einlage (Stammeinlage) am Stammkapital beteiligt». Ici, l'expression française «part sociale» est traduite par l'expression allemande

²¹⁰ BO CE du 25 septembre 1931, p. 625 - 628: «Chaque associé participe par un apport déterminé à la formation du capital social, sans que les parts sociales soient assimilées à des actions» (p. 626). BO CN du 5 novembre 1934, p. 740 - 742: «Chaque société (recte: associé) participe par un apport déterminé à la formation du capital social, sans que les parts sociales soient assimilées à des actions. La responsabilité des associés est limitée à un montant déterminé» (p. 740). En date du 2 avril 1935, le Conseil des Etats a adhéré à la version du Conseil national (BO CE du 2 avril 1935, p. 119).

²¹¹ Aux articles 772, 774, 776 à 781, 787 à 798, 800 et 801, 803 et 804, 807 et 808, 810, 822, 825 CO.

²¹² Dans ce sens TISSIÈRES (p. 57 ss) et TRÜEB (p. 10 ss). L'expression «part sociale» a des significations supplémentaires: il peut s'agir du certificat représentant la qualité d'associé ou du certificat représentant la part sociale au sens étroit du terme (voir auteurs précités ainsi que VON STEIGER, ZK, ad art. 789 CO, N 15).

«Stammeinlage». Au vu de la signification du terme «Stammeinlage», l'article 772 al. 2/1 CO doit être interprété en ce sens que le capital social est entièrement divisé en quotes-parts, appelées parts sociales au sens étroit du terme (*Stammeinlagen*). Dans la mesure où le capital social est un nombre (fixe) d'unités monétaires légales suisses (francs suisses), les parts sociales (*Stammeinlagen*) sont nécessairement des nombres (fixes) d'unités monétaires légales suisses (francs suisses). Ceci découle d'ailleurs - entre autres - implicitement de l'article 774 al. 1 CO²¹³. De plus, la somme de l'ensemble des parts sociales doit équivaloir au capital social²¹⁴.

Ainsi, le capital social est un nombre d'unités monétaires légales suisses (francs suisses), déterminé par les fondateurs au moment de l'établissement de l'acte constitutif, divisé entièrement en parts sociales au sens étroit, ne pouvant être augmenté ou réduit en cours de vie sociale qu'en respectant des règles particulières.

Il s'agit-là d'une étape intermédiaire dans la définition du capital social. En effet, si nous savons que le capital social est divisé entièrement en parts sociales au sens étroit du terme (*Stammeinlagen*), cette connaissance ne nous révèle encore rien sur la nature plus profonde du capital social²¹⁵.

2.7. Fortune sociale nette minimum à constituer

En français, le terme «part sociale» ne comporte aucune connotation particulière. Il s'agit d'un terme neutre. En italien, le terme utilisé par la législature est celui de «quota sociale»²¹⁶. Comme le terme français, il ne comporte aucune connotation particulière. En revanche, le terme «Stammeinlage» de la version allemande de la loi fait immédiatement naître l'idée d'un apport²¹⁷. L'apport étant une valeur patrimoniale que les associés doivent faire parvenir à la société, la «Stammeinlage» devrait alors être une valeur patrimoniale. En poursuivant cette idée, et compte tenu du fait que le capital social est composé des «Stammeinlagen», le capital social serait alors des valeurs patrimoniales apportées à la société. Or, il n'en est rien. Malgré le terme utilisé, la

²¹³ Article 774 al. 1 CO: «Le montant des parts des divers associés peut être différent, mais il doit être de 1000 francs au moins ou d'un multiple de 1000 francs».

²¹⁴ Par exemple: BAUDENBACHER, BaK, ad art. 772 CO, N 20 et 25; CORRADINI, p. 44; GEGENBAUER, p. 57; HANDSCHIN (implicitement), *GmbH*, § 7 N 18; JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 772 CO, N 18; RAMMELMEYER, p. 84; SCHOCH, p. 27; SCHWARZENBACH, p. 23; VON STEIGER, ZK, ad art. 772 CO, N 15 et 21; TRÜB, p. 10 et 11.

²¹⁵ Les auteurs se contentent souvent de donner une définition du capital social en expliquant qu'il est divisé en parts sociales. D'autres définissent les parts sociales en expliquant qu'elles sont des quotes-parts du capital social. Cette manière de définir le capital social (ou/et les parts sociales) est imparfaite, puisqu'elle remplace simplement le terme à définir (capital social) par un autre terme (part sociale) qui reste également à définir.

²¹⁶ Voir article 772 al. 2/1 CO en italien.

²¹⁷ Le terme allemand «Einlage» est généralement traduit par le terme français «apport».

«Stammeinlage» ne constitue pas un apport! Ceci découle de l'ensemble de la réglementation de la société à responsabilité limitée.

En vertu de l'article 779 al. 2 ch. 1 et 2 CO, les fondateurs de la société à responsabilité limitée doivent confirmer dans l'acte constitutif qu'ils ont pris eux-mêmes toutes les parts sociales et que le montant légal ou un montant supérieur fixé par les statuts pour les versements en argent à opérer sur chaque part sociale a été mis à la libre disposition de la société ou est couvert par les apports statutaires en nature. De même, selon l'article 774 al. 2/2 CO, chaque associé doit, lors de la fondation de la société, libérer sa part (= part sociale) de 50 % au moins par des versements en argent ou par des apports en nature. Bien que cela ne soit pas dit expressément, la part sociale est autre chose qu'un apport. En effet, en vertu de ces dispositions, toutes les parts sociales doivent être «prises» par les fondateurs et - au moins partiellement - libérées par des apports. Or, si la part sociale et l'apport étaient identiques, il serait superflu, voire même contradictoire, d'exiger la libération des parts sociales par des apports. De plus, il serait surprenant que le législateur utilise deux termes - part sociale et apport - pour désigner une seule chose. Ainsi, la part sociale doit être soigneusement distinguée de l'apport.

Contrairement à l'apport, la part sociale au sens étroit du terme n'est pas une valeur patrimoniale que l'associé apporte à la société mais, comme le dit à juste titre BAUDENBACHER, «...eine rechnerische Grösse, in deren Höhe der Gesellschafter mindestens Vermögenswerte in das Vermögen der GmbH einzubringen hat»²¹⁸. En d'autres termes, la part sociale au sens étroit est un chiffre purement comptable qui indique les valeurs patrimoniales que l'associé s'engage à faire parvenir au minimum à la fortune sociale²¹⁹. Une émission au-dessous du pair des parts sociales n'est pas admise²²⁰.

Afin de compléter la définition du capital social, les connaissances acquises sur les parts sociales au sens étroit doivent être mises en relation avec les résultats antérieurs de nos recherches, selon lesquels le capital social est entièrement divisé en parts sociales²²¹. Comme la loi exige des fondateurs de «prendre» la totalité des parts sociales avant la naissance de la société (art. 779 al. 2 ch. 1 CO), on doit logiquement en déduire que le capital social est le chiffre qui désigne le minimum des valeurs patrimoniales que l'ensemble des associés s'en-

²¹⁸ BAUDENBACHER, BaK, ad art. 772 CO, N 25.

²¹⁹ Selon BIERMANN (p. 46) «Die Stammeinlage stellt die rechtsnotwendige Mindestleistung jedes Gesellschafters dar; sie ist das Minimum der gesellschaftlichen Beitragspflicht. Durch die Übernahme einer Stammeinlage erklärt und verpflichtet sich der Gesellschafter, einen zahlenmässig bestimmten Vermögenswert in das Gesellschaftsvermögen zu leisten».

²²⁰ Selon VON STEIGER «Der Nennwert der Stammeinlagen gibt den Mindestwert an, den der Gesellschafter an die Gesellschaft für die Überlassung einer Stammeinlage zu leisten hat» (VON STEIGER, ZK, ad art. 774 CO, N 7a).

²²¹ Voir 2.6. Divisé en parts sociales, p. 52 ss.

gage à faire parvenir à la fortune sociale²²². Autrement dit, le capital social désigne la fortune nette minimum dont la société doit être dotée par les associés. Il s'agit de la fortune nette minimum, parce qu'en prenant une part sociale, chaque fondateur s'oblige à apporter à la société des valeurs patrimoniales correspondant au minimum à la valeur nominale de sa part sociale.

La définition du capital social peut dès lors être complétée comme suit:

le capital social est un nombre d'unités monétaires légales suisses (francs suisses), déterminé par les fondateurs au moment de l'établissement de l'acte constitutif, divisé entièrement en parts sociales au sens étroit, ne pouvant être augmenté ou réduit en cours de vie sociale qu'en respectant des règles particulières. Il désigne la fortune sociale nette minimum dont la société doit être dotée par les associés.

Enfin, quelques précisions quant à l'emploi des termes «part sociale» et «apport». En effet, en parcourant les dispositions traitant de la société à responsabilité limitée, nous constatons que le législateur n'emploie pas toujours correctement les termes susmentionnés.

Ainsi, à l'article 778 al. 1 CO, il est faux de dire «Si la part d'un associé consiste dans un apport en nature,...». La part sociale ne consiste pas en un apport, mais le fait de «prendre» une part sociale oblige simplement à faire un apport minimum. La teneur allemande de la même disposition est d'ailleurs plus claire à ce propos²²³. En plus, l'article 789 al.1 CO, dans sa version française, induit en erreur lorsqu'il stipule que «L'apport à effectuer par chaque associé détermine sa part sociale». Selon le texte allemand plus précis, ce n'est pas l'apport qui détermine la part sociale, mais c'est la part sociale au sens étroit du terme (*Stammeinlage*) qui détermine la part sociale au sens large du terme (*Stammanteil*)²²⁴.

Le texte allemand n'est pas non plus exempt d'imprécisions. Ainsi, l'article 798 al. 2 CO n'est pas correct lorsqu'il stipule «Die Stammeinlagen können den Gesellschaftern weder erlassen noch gestundet werden, ausser im Falle einer Herabsetzung des Stammkapitals». En s'inspirant du texte français²²⁵, il aurait fallu statuer «Die Liberierungspflicht betreffend die Stammeinlagen können...». Le texte allemand présente de surcroît des fautes concernant l'utilisation des

²²² Selon TISSIÈRES (p. 60 et 61) «Le capital social se compose donc de l'ensemble des apports, en argent ou en nature, effectués par les associés, à l'exclusion toutefois des versements supplémentaires». Nous ne pouvons pas admettre ce raisonnement, puisqu'il fait croire que le capital social est synonyme d'apport, ce qui est faux.

²²³ «Leistet ein Gesellschafter seine Einlage nicht durch Einzahlung, so...» (art. 778 al. 1 CO).

²²⁴ «Die Stammeinlage eines jeden Gesellschafters bestimmt seinen Gesellschaftsanteil» (art. 789 al. 1 CO). Cette disposition est soumise à de nombreuses réserves découlant de la loi ainsi que - le cas échéant - des statuts. Sa portée est donc considérablement réduite.

²²⁵ «L'obligation de libérer les parts sociales...» (art. 798 al. 2 CO).

termes «Stammeinlage» et «Stammanteil»²²⁶. Ainsi, l'article 778 al. 1 CO statue «Leistet ein Gesellschafter seine Einlage nicht durch Einzahlung, so haben die Statuten über den Gegenstand seiner Sacheinlage, ihre Bewertung und Anrechnung sowie die Person des Sacheinlegers und den Betrag des ihm dafür zukommenden Stammanteils Aufschluss zu geben». Or, il est admis par les auteurs que les statuts ne doivent pas mentionner le «Stammanteil» mais la «Stammeinlage» qui revient à l'associé ayant fait un apport en nature²²⁷. De plus, selon l'article 787 CO «Jeder Gesellschafter ist berechtigt, eine seinem bisherigen Anteil entsprechende Erhöhung seiner Einlage zu beanspruchen, ...». Or, le droit de participer à une augmentation de la part sociale au sens étroit du terme est proportionnel à la «Stammeinlage» de l'associé et non pas au «Stammanteil» comme l'indique faussement cet article²²⁸. Enfin, selon l'article 794 al. 1 CO «Die Gesellschaft muss nicht aufgelöst und nicht liquidiert werden, wenn vor der Eintragung der Auflösung: (ch. 4) die Mehrheit der Gesellschafter, ... , die Ausschliessung des betriebenen Gesellschafters und dessen Abfindung mit dem wirklichen Werte seiner Stammeinlage beschliesst, ...». Ici, au lieu du terme «Stammeinlage», le législateur aurait dû utiliser le terme «Stammanteil»²²⁹.

Enfin, tout comme les textes français et allemand, le texte italien n'est pas exempt de défauts concernant l'utilisation du terme de part sociale. Ainsi, pour les mêmes raisons que le texte français, le texte italien de l'article 789 al. 1 CO est faux lorsqu'il stipule «Il capitale, che il socio deve conferire, determina la sua quota sociale».

2.8. Fortune sociale nette minimum à maintenir

Selon l'article 798 al. 2 CO, la société ne peut pas remettre ou proroger l'obligation de libérer les parts sociales sauf en cas de réduction du capital social. De plus, seul le bénéfice net résultant du bilan peut être distribué aux associés (art. 804 al. 1 CO) et la société n'est en principe pas autorisée à verser des intérêts sur le capital social (art. 804 al. 2 CO). Enfin, l'associé ou le gérant qui a perçu indûment des bénéfices doit en principe les restituer à la société (art. 806 al. 1 CO).

²²⁶ En ce qui concerne la signification des termes «Stammeinlage» et «Stammanteil», voir notamment 2.6. Divisé en parts sociales, p. 52 ss. Etant donné que les termes «Stammeinlage» et «Stammanteil» sont traduits indifféremment par les termes «part sociale» et «quota sociale», les textes français et italien ne présentent pas les défauts du texte allemand.

²²⁷ Par exemple: SCHENKER, BaK, ad art. 778 CO, N 8; VON STEIGER, ZK, ad art. 778 CO, N 13 et 14.

²²⁸ VON STEIGER, ZK, ad art. 787 CO, N 2.

²²⁹ Dans ce sens, implicitement, AMSTUTZ, BaK, ad art. 794 CO, N 7.

Il découle de ces dispositions que pendant toute la durée de la vie sociale, le capital social désigne la limite au-dessous de laquelle la fortune sociale nette ne doit pas descendre de par la volonté de la société²³⁰. Autrement dit, le capital social désigne la fortune sociale minimum nette que la société doit s'efforcer de maintenir pendant la vie sociale^{231, 232}.

Le maintien d'une fortune sociale nette correspondant au moins au capital social est d'ailleurs favorisé (directement ou indirectement) par d'autres dispositions légales: dans certaines circonstances une partie du bénéfice doit être retenue par la société (art. 805 CO qui renvoie notamment à l'art. 671 [a]CO); l'évaluation des actifs doit se faire en application du principe de la prudence (art. 957 ss CO ainsi que l'art. 805 CO qui renvoie aux art. 862 [a]CO ss²³³); les gérants doivent proposer des mesures d'assainissement en cas de perte qualifiée de capital (art. 817 al. 1 CO qui renvoie à l'art. 725 al. 1 [a]CO²³⁴); en cas de distribution illicite, les associés sont responsables aux sens de l'article 802 CO²³⁵ et les organes engagent le cas échéant leur responsabilité personnelle (art. 827 CO qui renvoie aux articles 752 ss [a]CO).

Au vu de ce qui précède, la définition du capital social peut être complétée de la manière suivante:

le capital social est un nombre d'unités monétaires légales suisses (francs suisses), déterminé par les fondateurs au moment de l'établissement de l'acte constitutif, divisé entièrement en parts sociales au sens étroit, ne pouvant être augmenté ou réduit en cours de vie sociale qu'en respectant des règles particulières. Il désigne la fortune sociale nette minimum dont la société doit être dotée par les associés, et qu'elle doit s'efforcer de maintenir pendant la vie sociale.

²³⁰ Dans le même sens en ce qui concerne le capital-actions: BAUDENBACHER, BaK, ad art. 620 CO, N 11; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 1 N 38 et § 49 N 23; VON GREYERZ, SPR VIII/2, § 4 II 3 (p. 64); MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 46; MÜLLER, THOMAS FRIEDRICH, p. 20; RUEGIN, FJS 391, p. 2; WIDMER, CHRISTOPH K., p. 13.

²³¹ Selon BAUDENBACHER (BaK, ad art. 772 CO, N 20): «Das Stammkapital ist eine rechnerische Sollgrösse, in deren Höhe Vermögenswerte dauernd an die GmbH gebunden sein sollen». Dans le même sens également HANDSCHIN, GmbH, § 7 N 3.

²³² Les auteurs alémaniques parlent alors du «Grundsatz der Bindung des Garantiekapitals» (GEGENBAUER, p. 33 et RAMMELMEYER, p. 83), du «Kapitalerhaltungsprinzip» (NEUENSCHWANDER, p. 51) et du «Prinzip der Erhaltung des Stammkapitals» (GELZER, p. 22). FANCONI (p. 53) parle de la «Pflicht zur Erhaltung des Stammkapitals».

²³³ En ce qui concerne le principe de la prudence, voir notamment NEUHAUS (BaK, ad art. 959 CO, N 21). Le principe de la prudence s'applique à la société à responsabilité limitée indépendamment de la théorie de renvoi adoptée.

²³⁴ En ce qui concerne la notion de perte de capital, voir notamment la note 266.

²³⁵ Voir 2.9. Limite supérieure de la responsabilité des associés pour les obligations sociales, p. 59 ss.

2.9. Limite supérieure de la responsabilité des associés pour les obligations sociales

En vertu de l'article 772 al. 2/2 CO, l'associé d'une société à responsabilité limitée «...répond des engagements de la société même au-delà de sa part sociale, mais au plus à concurrence du capital social inscrit, dans les cas déterminés par la loi». Cette règle est précisée notamment par l'article 802 al. 1 CO, selon lequel «Les associés sont tenus solidairement, comme des associés en nom collectif, de toutes les obligations de la société, mais jusqu'à concurrence seulement du montant du capital social inscrit». Enfin, selon l'article 802 al. 2/1 CO, les associés «...sont exonérés de cette responsabilité dans la mesure où le capital social a été versé». Toutefois, «Cette exonération n'a pas lieu si le capital social a été réduit pas des restitutions, par la perception indue de bénéfices ou d'intérêts, à moins que ce ne soient des intérêts intercalaires» (art. 802 al. 2/2 CO).

L'article 802 CO mentionne à trois reprises le «capital social», qui constitue un élément important dans la réglementation de la responsabilité des associés pour les obligations de la société. Or, l'interprétation de l'article 802 CO n'est pas évidente. Comment faut-il comprendre le renvoi aux règles de la société en nom collectif? Que signifie tenu «jusqu'à concurrence seulement du montant du capital social inscrit»? Quelques rappels s'imposent.

En tant que personne juridique indépendante de ses associés, la société à responsabilité limitée répond elle-même des obligations sociales et avec la totalité de sa fortune sociale²³⁶. Ce principe comporte toutefois des exceptions. Lorsque la société est dissoute, lorsqu'elle a fait l'objet de poursuites infructueuses ou lorsqu'un associé est tombé en faillite, tous les associés peuvent être recherchés personnellement²³⁷. A l'instar des associés d'une société en nom collectif, les associés d'une société à responsabilité limitée ont une responsabilité subsidiaire²³⁸, solidaire²³⁹ et portant sur tous leurs biens envers les créanciers

²³⁶ Par exemple: FANCONI, p. 79; VON STEIGER, ZK, ad art. 772 CO, N 23.

²³⁷ Voir article 802 al. 1 CO qui renvoie à l'article 568 al. 3 CO (voir par exemple: FANCONI, p. 85 et VON STEIGER, ZK, Einleitung, N 75 et ad art. 802 CO, N 18 - 22). En cas de faillite d'un associé, seul l'associé en faillite - à l'exclusion des autres associés - peut être recherché par les créanciers sociaux.

²³⁸ La responsabilité personnelle des associés est subsidiaire à la responsabilité de la société. Toutefois, en cas de faillite de l'associé, sa responsabilité personnelle pour les dettes sociales n'est pas subsidiaire à la responsabilité de la société. En effet, bien que les dettes sociales ne soient pas exigibles par rapport à la société, la faillite d'un associé les rend exigibles par rapport à ce dernier. L'associé en faillite porte donc une responsabilité primaire pour les dettes sociales (VON STEIGER, ZK, Einleitung, N 82 ss, not. N 83 et ad art. 772 CO, N 23).

²³⁹ Chaque associé peut être recherché pour la totalité de la dette (voir art. 144 CO).

sociaux²⁴⁰. En revanche, contrairement à celle des associés de la société en nom collectif, la responsabilité subsidiaire, solidaire et portant sur tous les biens des associés d'une société à responsabilité limitée est limitée à un montant maximum précis. Ce montant est représenté par le capital social inscrit au registre du commerce. Il indique la limite supérieure abstraite et absolue de la responsabilité des associés pour les obligations sociales par rapport aux créanciers sociaux²⁴¹. En d'autres termes, chaque associé doit aux créanciers sociaux au plus une somme d'argent équivalant au capital social inscrit au registre du commerce²⁴². Par conséquent, et sans entrer dans plus de détails concernant le régime de responsabilité des associés pour les obligations sociales, nous pouvons compléter la définition du capital social de la manière suivante:

le capital social est un nombre d'unités monétaires légales suisses (francs suisses), déterminé par les fondateurs au moment de l'établissement de l'acte constitutif, divisé entièrement en parts sociales au sens étroit, ne pouvant être augmenté ou diminué en cours de vie sociale qu'en respectant des règles particulières. Il désigne la fortune sociale nette minimum dont la société doit être dotée par les associés, et qu'elle doit s'efforcer de maintenir pendant la vie sociale. Il constitue la limite supérieure de la responsabilité (subsidiaire, solidaire et portant sur tous les biens) des associés pour les obligations de la société.

2.10. Inscription au passif du bilan

Selon l'article 668 al. 1 aCO, le capital social (=capital-actions) de la société anonyme devait être inscrit au passif du bilan. Cette disposition s'appliquant à la société à responsabilité limitée (art. 805 CO), le capital social de cette dernière devait également figurer au passif du bilan²⁴³. L'article 658 du PROJET 1919 stipulait d'ailleurs encore expressément que le capital social devait figurer au passif du bilan. S'agissant d'une disposition commune à toutes les sociétés

²⁴⁰ Par exemple: FANCONI, p. 80; VON STEIGER, ZK, ad art. 772 CO, N 23. La responsabilité existe uniquement envers les créanciers sociaux, à l'exclusion de la société (voir également note 242).

²⁴¹ VON STEIGER, ZK, ad art. 772 CO, N 24. Pour plus de détails concernant les divers montants limites qu'il convient de distinguer, voir également KAUFMANN, p. 81.

²⁴² Dans la mesure où le capital social a été libéré par des apports et qu'il n'a pas été réduit, la responsabilité personnelle des associés pour les dettes sociales est réduite. Ainsi, lorsque le capital social a été libéré intégralement, et lorsqu'aucun remboursement n'a eu lieu, les associés sont exonérés de toute responsabilité personnelle pour les dettes sociales (KAUFMANN, p. 80). Envers la société, les associés répondent uniquement de la libération de leur propre part sociale et non de la libération des parts sociales de leurs coassociés! L'obligation de libérer les parts sociales par des apports, et la responsabilité pour les dettes sociales sont indépendantes en droit suisse (voir KAUFMANN, p. 71 et 78). Par contre, la libération du capital social influence sur la responsabilité personnelle des associés pour les dettes sociales.

²⁴³ Par exemple: JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 805 CO, N 9.

ayant la personnalité juridique, cette règle s'appliquait également à la société à responsabilité limitée. Ce n'est qu'ultérieurement que le PROJET 1923 et le PROJET 1928 ont introduit le système du renvoi au droit de la société anonyme²⁴⁴. On a insisté à plusieurs reprises sur l'importance de l'application des règles de la société anonyme en matière de bilan pour la réussite de la société à responsabilité limitée²⁴⁵.

Lors de la révision du droit de la société anonyme, l'article 668 aCO a été supprimé et remplacé par le nouvel article 663a CO. Bien que l'article 663a CO n'exige pas expressément que le capital-actions de la société anonyme soit inscrit au «passif» du bilan²⁴⁶, le changement législatif n'a apporté aucune modification sur ce point. Le capital-actions de la société anonyme doit toujours figurer au passif du bilan²⁴⁷. Par conséquent, en vertu de la disposition de renvoi susmentionnée (art. 805 CO) et conformément à la doctrine citée²⁴⁸, le capital social de la société à responsabilité limitée doit également figurer au passif du bilan. Comme le nouveau droit de la société anonyme n'apporte pas de modifications sur ce point précis par rapport à l'ancienne réglementation, le choix de la théorie de renvoi (dynamique ou statique) n'a aucune conséquence²⁴⁹. Enfin, selon la doctrine, l'inscription du capital social au passif correspond à un principe comptable reconnu²⁵⁰ qui découle «de la nature du bilan»²⁵¹. Par conséquent, même s'il n'y avait aucun renvoi au droit de la société anonyme, le capital social de la société à responsabilité limitée devrait figurer au passif du bilan.

²⁴⁴ L'article 818 du PROJET 1923 renvoyait à l'article 684 et l'article 801 du PROJET 1928 à l'article 669.

²⁴⁵ Par exemple: RAPPORT HOFFMANN, p. 99 (ad art. 817 PROJET 1923); rapporteur de la commission d'experts (PROCÈS-VERBAL, p. 475): «Endlich wird auch dadurch, dass die G. m. b. H. hinsichtlich der Bilanzierung, ... unter die Bestimmungen des Aktienrechtes gestellt wird, dafür Vorsorge getroffen, dass kein Anreiz mehr vorhanden ist, unter der <bequemeren> Form der G. m. b. H. Schutz zu suchen» (voir également: PROCÈS-VERBAL, p. 525); MESSAGE 1928 (FF 1928 I p. 313): «Les règles de la société anonyme relatives au bilan qui sert à déterminer le bénéfice net et au fonds de réserve sont applicables à la société à responsabilité limitée (art. 801). Il faut donc considérer comme étant désormais sans objet la crainte que l'on a autrefois exprimée de voir la société à responsabilité limitée préférée à la société anonyme à cause des prescriptions rigoureuses en matière de bilan qui régissent cette dernière»; DIETSCHI (rapporteur au Conseil des Etats), BO CE du 25 septembre 1931, p. 637: «Für die Bilanzvorschriften und den Reservefonds, Wohlfahrtsfonds inbegriffen, wird in Art. 801 schlechthin auf die A. G. verwiesen. Die strengen Bilanzierungsvorschriften der A. G. dienen als Sicherungsmassnahmen für die Gläubiger, sie sollen auch die Flucht von der A. G. in die G. m. b. H., um den strengen Vorschriften der erstern zu entgehen, unmöglich machen».

²⁴⁶ Le terme «passif» n'est plus utilisé dans la loi. A sa place, le législateur utilise les termes «fonds propres» et «fonds étrangers».

²⁴⁷ Par exemple: BÖCKLI, *Aktienrecht*, N 918; CHAMBRE FIDUCIAIRE, MSA, t. 1, p. 239 (2.3424 [c]); MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 37.

²⁴⁸ Voir note 243.

²⁴⁹ Pour la problématique du renvoi, voir p. 38.

²⁵⁰ HANOSCHIN, *GmbH*, § 2 N 6 (implicitement).

²⁵¹ KÄFER, BK, ad art. 958 CO, N 587 (not. 2^o paragraphe).

Ainsi, le capital social est un nombre d'unités monétaires légales suisses (francs suisses) qui figure au passif du bilan, déterminé par les fondateurs au moment de l'établissement de l'acte constitutif, divisé entièrement en parts sociales au sens étroit, ne pouvant être augmenté ou réduit en cours de vie sociale qu'en respectant des règles particulières. Il désigne la fortune sociale nette minimum dont la société doit être dotée par les associés, et qu'elle doit s'efforcer de maintenir pendant la vie sociale. Il constitue la limite supérieure de la responsabilité (subsidaire, solidaire et portant sur tous les biens) des associés pour les obligations de la société.

3. Notions proches du capital social

3.1. Introduction

Pour distinguer le capital social de certaines notions qui lui sont ou paraissent proches, nous étudierons dans un premier temps d'autres postes se trouvant au passif ou à l'actif du bilan d'une société à responsabilité limitée. Puis, nous comparerons le capital social aux prestations accessoires et aux versements supplémentaires. Enfin, nous l'opposerons au capital-actions de la société anonyme ainsi qu'au capital social de la société coopérative.

3.2. Autres postes se trouvant au passif du bilan

3.2.1. Introduction

Le passif du bilan est divisé en deux catégories de fonds: les fonds étrangers et les fonds propres²⁵². Les fonds étrangers sont les dettes de la société, alors que les fonds propres sont les prétentions des associés²⁵³. L'utilisation du terme «fonds» prête d'ailleurs à confusion. Il fait penser à des valeurs positives ou des biens. Or, les fonds étrangers et les fonds propres ne sont ni des valeurs positives, ni des biens. Ce sont des valeurs abstraites (*abstrakte Grössen*)²⁵⁴.

3.2.2. Les fonds propres

Les fonds propres sont les futures prestations de la société aux associés²⁵⁵.

3.2.2-1. Les réserves et le bénéfice reporté

Les réserves (lécales et statutaires) et le bénéfice reporté font partie des fonds propres de la société à responsabilité limitée.

²⁵² Selon KÄFER (*Bilanzgliederungsvorschrift*, EC 1974 [48], p. 191 ss et 228 ss), la présentation séparée des fonds étrangers et fonds propres était déjà imposée à la société anonyme (et par conséquent à la société à responsabilité limitée, art. 805 CO) en vertu de l'article 663 al. 1 aCO. L'exigence d'une présentation séparée a été confirmée lors de la révision du droit de la société anonyme (art. 663a al. 1 CO). Elle vaut par conséquent également pour la société à responsabilité limitée, peu importe que l'on opte pour la théorie du renvoi dynamique ou du renvoi statique (voir p. 38).

²⁵³ KÄFER, BK, Grundlagen, N 6.244.

²⁵⁴ KÄFER, BK, Grundlagen, N 6.244. Il est par conséquent faux de désigner le passif comme «ressource» de la société.

²⁵⁵ Dans ce sens KÄFER, BK, Grundlagen, N 6.247.

Or, bien qu'il soit possible de procéder à une augmentation du capital social en dissolvant les réserves libres ou/et le bénéfice reporté²⁵⁶, ces derniers se distinguent du capital social notamment sur les points suivants:

les réserves et le bénéfice reporté ne sont ni déterminés à l'avance ni fixes, mais dépendent du résultat de la société, de la loi ainsi que des décisions prises par l'administration et l'assemblée générale. De plus, leur augmentation et réduction ne sont pas soumises aux règles applicables au capital social. Enfin, les réserves et le bénéfice reporté ne désignent pas la fortune nette minimum dont la société doit être dotée par les associés. Les réserves et le bénéfice reporté ne déterminent pas non plus la limite supérieure de la responsabilité des associés pour les obligations de la société.

3.2.2-2. Le capital-participation

3.2.2-2.1. Introduction

Contrairement au droit de la société anonyme (art. 656a à 656g et 657 CO), le législateur ne régleme nte pas expressément les bons de participation et les bons de jouissance pour la société à responsabilité limitée. Il se pose dès lors la question de leur admissibilité.

S'agissant des bons de jouissance, la doctrine les a toujours admis^{257, 258}. Sans procéder à une analyse approfondie de la question, la doctrine majoritaire semble également admettre - implicitement ou expressément - le recours à des

²⁵⁶ Par exemple: VON STEIGER, ZK, ad art. 786 CO, N 3 ss; WOHLMANN, SPR VIII/2, § 37 II 2 d (p. 381) et *GmbH-Recht*, § 13 II 2 (p. 71 et 72). Toutefois, WOHLMANN ne mentionne expressément que les réserves librement disponibles.

²⁵⁷ CARONI, not. p. 167 ss; VON WOLFF, not. p. 43. Alors que VON WOLFF ne s'est pas expressément référé à la société à responsabilité limitée (il n'existait encore aucun projet en Suisse), CARONI (qui connaissait le PROJET 1928 du Conseil fédéral) écrivait en traitant de la loi française: «Nulla si oppone dunque in principio a che dei buoni di godimento siano emessi dalle società a responsabilità limitata. Se una disposizione speciale si oppone all'emissione di buoni di godimento in determinate condizioni, solo i buoni di godim(e)nto, emessi nelle previste condizioni, devono essere considerati illeciti» (p. 170). Suite à l'introduction de la société à responsabilité limitée en Suisse, les auteurs suivants ont confirmé l'admissibilité des bons de jouissance: ERNST, p. 133; JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 807 CO, N 20; JÄGGI, ZK, ad art. 965 CO, N 283 β; JÄGGI/DRUEY/VON GREYERZ, p. 123; LANZ, *Genussscheine*, SAS 1969 (41), p. 89 ss, not. p. 90 et 91; MÜLLER, PAUL, p. 50; DU PASQUIER/OERTLE, BaK, ad art. 789 CO, N 5; VON STEIGER, ZK, ad art. 789 CO, N 18; VON STEIGER, FRITZ, *Genussscheine*, p. 115. Selon JÄGGI/ORUEY/VON GREYERZ (p. 123) les bons de jouissance (et de participation) émis par une société à responsabilité limitée peuvent être des papiers-valeurs, notamment des titres au porteur et à ordre.

²⁵⁸ L'admissibilité des bons de jouissance pour les sociétés à responsabilité limitée semble également être admise par le législateur fédéral. En effet, l'article 11 de l'Ordonnance sur les droits de timbre (OT, RS 641.101) du 3 décembre 1973 traite expressément des bons de jouissance émis par une société à responsabilité limitée.

bons de participation²⁵⁹. En revanche, selon FORSTMOSER, le RAPPORT INTÉ-
RIMAIRE (1972) a apparemment nié l'admissibilité des bons de participation²⁶⁰.

Si l'absence d'interdiction légale expresse de recourir à des bons de participa-
tion pour la société à responsabilité limitée constitue un argument important en
faveur de leur légalité²⁶¹, d'autres arguments - liés aux caractéristiques de cette
forme de société - vont dans le sens contraire. Ainsi, en fixant le capital social
maximum à 2 millions de francs, le législateur a manifesté sa volonté de réserver
la forme de la société à responsabilité limitée aux petites entreprises²⁶².
L'admissibilité d'un capital-participation irait à l'encontre de cette volonté, puis-
qu'elle permettrait d'éluider cette limitation. De plus, malgré le fait que les bons
de participation ne confèrent pas de droit de vote, le caractère personneliste de
la société à responsabilité limitée, exprimé notamment par les restrictions à la
transmissibilité des parts sociales (art. 791 ss CO), pourrait être compromis. Au
vu des arguments susmentionnés, on pourrait par conséquent douter de l'ad-
missibilité des bons de participation pour la société à responsabilité limitée.

3.2.2-2.2. Réglementation

Si, conformément à la doctrine dominante, on admet qu'une société à respon-
sabilité limitée puisse émettre des bons de participation, se pose la question de
la réglementation applicable.

Comme le droit de la société à responsabilité limitée ne renvoie pas au droit de
la société anonyme en ce qui concerne les bons de participation, on pourrait
soutenir - indépendamment du fait que l'on opte pour le renvoi statique ou dy-

²⁵⁹ Voir les auteurs cités à la note 257. Selon les auteurs de l'avant-projet de révision du droit
de la société à responsabilité limitée, l'émission des bons de participation est actuellement
possible [RAPPORT D'EXPERTS, ch. 254 (p. 42)].

²⁶⁰ FORSTMOSER, *Genossenschaftsrecht*, SAS 1976 (48), p. 46 ss, not. p. 50 (note de bas de
page 53). RAPPORT INTÉRIMAIRE, N 195 (p. 217). L'inadmissibilité des bons de participation
pour une société à responsabilité limitée semble également découler de l'Ordonnance sur
les droits de timbre (cité à la note 258). Le titre 21 stipule «Droit sur les actions, sur les bons
de participation et sur les parts sociales de sociétés à responsabilité limitée», ce qui laisse à
croire que le législateur n'envisage pas l'émission de bons de participation par une société à
responsabilité limitée (voir également l'article 9 OT). A notre avis, le texte de cette Ordon-
nance ne permet toutefois pas de conclure que le législateur fédéral interdit l'émission des
bons de participation pour cette forme de société. D'une part, le titre 21 (et l'article 9 OT)
n'est pas très clair quant à sa portée, d'autre part, le fait que le législateur ne mentionne pas
expressément les bons de participation de la société à responsabilité limitée n'implique pas
nécessairement une volonté d'interdiction.

²⁶¹ En pratique, l'Office fédéral du registre du commerce a admis l'inscription d'un capital-parti-
cipation pour les sociétés à responsabilité limitée. Cette pratique ne saurait toutefois consti-
tuer un argument décisif en faveur de son admissibilité, vu le pouvoir de cognition limité des
autorités du registre du commerce (voir 2.3.3-2. Pouvoir de cognition du préposé au registre
du commerce, p. 109 ss).

²⁶² MESSAGE 1928 (FF 1928 I p. 307 et 308).

namique²⁶³ - que la réglementation des bons de participation dans le droit de la société anonyme ne produit aucun effet pour la société à responsabilité limitée. Cette dernière pourrait ainsi notamment recourir à un capital-participation qui excède le double du capital social²⁶⁴. On pourrait toutefois également soutenir - indépendamment de la théorie de renvoi adoptée²⁶⁵ - que l'absence de réglementation devrait être «comblée» en appliquant par analogie les règles actuelles du droit de la société anonyme. A notre connaissance, la doctrine ne s'est pas encore exprimée sur ce point. Or, pour des raisons liées à la systématique de la loi, nous préférons la deuxième conception. Ainsi, le capital-participation ne peut notamment pas excéder le double du capital social (art. 656b al. 1 CO par analogie); il doit figurer dans les statuts (art. 656a al. 1/1 CO par analogie) et être inscrit au registre du commerce (art. 656a al. 2 en relation avec art. 641 ch. 4 CO par analogie). De plus, en application par analogie de l'article 656a al. 2 CO, un éventuel capital-participation doit être pris en compte lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a perte de capital au sens de l'article 817 al. 1 CO²⁶⁶. En

²⁶³ Voir p. 38.

²⁶⁴ Pour la société anonyme, voir article 656b al. 1 CO.

²⁶⁵ Voir p. 38.

²⁶⁶ Se pose également la question de savoir s'il faut tenir compte ou non d'éventuelles réserves légales pour déterminer s'il y a une perte de capital au sens de l'article 817 al. 1 CO. Selon cette disposition «Les règles de la société anonyme s'appliquent par analogie lorsque la moitié du capital social n'est plus couverte ou que la société est insolvable». Si l'on opte pour la théorie du renvoi statique, d'éventuelles réserves légales ne devraient pas entrer en ligne de compte pour déterminer s'il y a une perte de capital, puisque l'article 725 al. 1 aCO en fait abstraction. Si l'on opte pour la théorie du renvoi dynamique, la solution dépend de la portée que l'on attribue au renvoi de l'article 817 al. 1 CO. Selon WÜSTINER, le renvoi au droit de la société anonyme ne vaut pas pour la définition de la perte de capital, puisque l'article 817 al. 1 CO en donne une définition légale qui ne mentionne que le capital social comme critère de référence. Selon cet auteur, il ne faut par conséquent pas tenir compte d'éventuelles réserves légales pour déterminer si la société a subi une perte de capital (voir WÜSTINER, *BaK*, ad art. 817 CO, N 7). En revanche, selon d'autres auteurs qui se sont également exprimés en faveur du renvoi dynamique, le renvoi au droit de la société anonyme vaut aussi pour la définition de la perte de capital. Selon cette conception et par application analogique de l'article 725 al. 1 CO, il faut par conséquent tenir compte d'éventuelles réserves légales pour déterminer si la société a subi une perte de capital (dans ce sens: MONTAVON, *SARL*, p. 91 et 92 ainsi que *Droit et pratique de la SARL*, p. 341). Voir également HANDSCHIN, *GmbH*, § 7 N 15). A notre avis, indépendamment de l'option choisie en matière de renvoi, il y a lieu de tenir compte d'éventuelles réserves légales pour déterminer s'il y a une perte de capital (contra: RUEDIN, *sociétés*, N 1640). Cette solution s'impose en raison d'une interprétation systématique de l'article 817 al. 1 CO. Dans ce sens, concernant l'interprétation des termes «pertes résultant du bilan» de l'article 803 al. 1 CO, WOHLMANN, *GmbH-Recht*, § 15 III 4 (p. 85, note de bas de page 245). Voir aussi note 308. Nous relevons toutefois que selon l'avant-projet pour une loi fédérale sur l'établissement et le contrôle des comptes annuels (LECCA) du 29 juin 1998, la notion de perte de capital n'englobe plus les réserves légales (art. 62 LECCA). Voir à ce sujet le rapport explicatif des avant-projets pour une loi fédérale sur l'établissement et le contrôle des comptes annuels (LECCA) et pour une ordonnance sur l'agrément des contrôleurs de comptes (OACC) du 29 juin 1998 à l'attention du Département fédéral de justice et police, p. 160 et 161 ainsi que HELBLING, *Vorschlag*, EC 1998 (72), p. 1373 ss, not. p. 1379 et 1380 et *Kapitalverlust*, EC 1999 (73), p. 459 ss, not. p. 460.

revanche, nous ne pensons pas que l'article 656a al. 2 CO puisse être appliqué par analogie, en ce sens qu'il implique une soumission des bons de participation aux règles applicables aux parts sociales²⁶⁷ en ce qui concerne leur nature (voir notamment art. 789 al. 3 CO) et leur transfert (art. 791 ss CO). Etant donné que les bons de participation ne confèrent pas le droit de vote (art. 656a al. 1/2 CO par analogie), des restrictions légales en matière de transmissibilité ne s'imposent pas et une application par analogie de l'article 656a al. 2 CO ne se justifie pas dans ces domaines.

3.2.2-2.3. Différences

Si l'on admet qu'une société à responsabilité limitée peut émettre des bons de participation, quelles sont les principales différences entre le capital-participation et le capital social?

Le capital-participation est divisé en bons de participation et non pas en parts sociales. Etant donné que la société à responsabilité limitée ne doit pas obligatoirement se doter d'un capital-participation, ce dernier ne doit pas être déterminé avant la naissance de la société mais peut être créé en cours de vie sociale. Le capital-participation ne désigne pas non plus la fortune nette minimum dont la société doit être dotée par les associés²⁶⁸, et n'a aucun lien avec la responsabilité des associés pour les obligations sociales²⁶⁹.

3.2.3. Les fonds étrangers

Les fonds étrangers sont communément appelés les dettes de la société²⁷⁰. Il s'agit des prestations (sans contre-prestation) en argent, biens et services à effectuer à des tiers par la société dans un futur proche ou lointain²⁷¹. Tout comme les fonds propres, les fonds étrangers sont des valeurs abstraites (des

²⁶⁷ Selon l'article 656a al. 2 CO, sauf disposition légale contraire, les dispositions applicables à l'action s'appliquent également au bon de participation. Appliquée par analogie à la société à responsabilité limitée, cela impliquerait l'application aux bons de participation des règles sur les parts sociales.

²⁶⁸ D'une part les participants ne sont pas nécessairement des associés, et d'autre part, à côté du capital-participation, la société doit toujours encore avoir un capital social.

²⁶⁹ Le texte clair de l'article 802 al. 1 CO s'oppose à ce que l'on tienne compte d'un éventuel capital-participation en matière de responsabilité pour les obligations sociales. Une application par analogie de l'article 656a al. 2 CO n'entre pas en ligne de compte dans ce domaine.

²⁷⁰ Toutefois, les dettes au passif ne comprennent les obligations juridiques de la société que dans la mesure où leur valeur n'a pas été compensée par la valeur des prétentions (*Gegenleistungsforderungen*) de la société (KÄFER, BK, Grundlagen, N 6.246).

²⁷¹ Il se peut que les associés de la société mettent à la disposition de la société des fonds non pas en qualité d'associés, mais en qualité de tiers. Dans ce cas, les fonds étrangers sont des prestations en faveur des associés. Ces prestations leur sont toutefois dues en leur qualité de créanciers et non pas en leur qualité d'associés.

chiffres purement comptables) en francs suisses qui figurent au passif du bilan. Excepté ces caractéristiques communes, les fonds étrangers se distinguent du capital social.

Les fonds étrangers ne doivent pas être déterminés à l'avance. Ils ne sont pas divisés en parts sociales et leur augmentation et réduction sont soumises à d'autres règles que le capital social. De plus, les fonds étrangers ne désignent ni la totalité des valeurs patrimoniales minimum que les associés doivent faire parvenir à la fortune sociale, ni la limite supérieure de la responsabilité des associés pour les obligations sociales.

3.3. Postes se trouvant à l'actif du bilan

3.3.1. Introduction

Figurent à l'actif du bilan, la valeur des moyens (*Mittel*) évalués à la date d'établissement du bilan en unités monétaires légales suisses et qui favorisent le but économique de la société (*Nutzenzugänge*), tels que de l'argent et des biens, ainsi que la valeur en unités monétaires légales suisses des sommes d'argent, des biens et des services qui reviendront dans l'avenir sans contre-prestation (supplémentaire) à la société²⁷².

Comme pour les postes du passif, il est important de distinguer les «objets» (c'est-à-dire: biens, argent, services futurs) dont dispose la société et la valeur à laquelle ils sont évalués. Les postes au bilan ne représentent que la valeur à laquelle les «objets» sont évalués. Il ne s'agit que de chiffres comptables et non pas des «objets» eux-mêmes²⁷³.

Les postes se trouvant à l'actif sont divisés en deux catégories: les actifs circulants et les actifs immobilisés.

Les actifs circulants sont notamment composés des valeurs évaluées des liquidités (argent), des créances résultant de ventes et de prestations de services, et des stocks de marchandises. En bref, il s'agit des valeurs susceptibles d'être transformées rapidement en argent. En revanche, les actifs immobilisés sont composés des valeurs qui ne peuvent pas être transformées rapidement en argent. Il s'agit notamment des immobilisations financières, corporelles et incorporelles²⁷⁴.

²⁷² Dans ce sens: KÄFER, BK, Grundlagen, N 2.36; SCHELLENBERG, p. 42.

²⁷³ KÄFER, BK, Grundlagen, N 6.237: «Zwischen Substanz und Substanzwert ist zu unterscheiden».

²⁷⁴ Pour plus de détails, voir par exemple: BOSSHARD, ZK, ad art. 958 CO, N 186 ss.

Or, en définissant le capital social, nous avons vu qu'il figure toujours au passif du bilan²⁷⁵. Le capital social ne fait pas partie des «Nutzenzüge». De ce fait, il n'est en général pas difficile de le distinguer des postes se trouvant à l'actif d'un bilan. Quelques explications s'imposent toutefois concernant certains postes particuliers. Il s'agit des participations, du capital social non-libéré, ainsi que des parts sociales acquises par la société elle-même.

3.3.2. Les participations

La société à responsabilité limitée peut acquérir des participations (actions, parts sociales, etc.) dans d'autres sociétés. En tant que «Nutzenzüge», ces participations figurent toujours à l'actif du bilan de la société et ne doivent en aucun cas être confondues avec son capital social. L'acquisition de participations dans d'autres sociétés n'a notamment aucune influence sur le capital social.

3.3.3. Le capital social non libéré

Le capital social ne doit pas forcément être libéré complètement lors de la constitution de la société. Une libération de 50 % de chaque part sociale suffit (art. 774 al. 2/2 CO). Le capital social qui n'a pas encore été libéré doit figurer à l'actif du bilan²⁷⁶. Le droit suisse ne permet pas de compenser le capital social avec le capital social non-libéré, et de faire figurer au passif le capital social net²⁷⁷.

Le capital social non libéré est une créance de la société à l'encontre des associés²⁷⁸, plus précisément à l'encontre de chaque associé pour la partie non-libérée de sa part sociale. Il s'agit d'une valeur qui devra revenir à la société sans contre-prestation de sa part. Chaque libération supplémentaire provoque une diminution du poste «capital social non-libéré». Lorsque le capital social est libéré complètement, le poste «capital social non-libéré» est supprimé.

²⁷⁵ Voir 2.10. Inscription au passif du bilan, p. 60 ss.

²⁷⁶ Article 805 CO qui renvoie soit à l'article 668 al. 2 aCO, soit à l'article 663a al. 4 CO. L'article 663a al. 4 CO ne mentionne plus expressément que la part non libérée du capital-actions doit figurer à l'actif du bilan. Il dit simplement que cette part doit être indiquée séparément. Selon la doctrine, elle doit toutefois toujours figurer à l'actif (NEUHAUS, BaK, ad art. 663a CO, N 45 ainsi que les auteurs cités).

²⁷⁷ BOSSHARD, ZK, ad art. 958 CO, N 226.

²⁷⁸ BOSSHARD, ZK, ad art. 958 CO, N 224 et KÄFER, BK, ad art. 958 CO, N 590 ss. Selon la doctrine majoritaire en matière de société anonyme, la créance de la société à l'encontre des associés devient exigible au moment fixé pour la libération supplémentaire. Auparavant, la créance n'est pas exigible et, par conséquent, la prescription ne court pas (par exemple: BEELER, p. 181 ss; BÖCKLI, *Aktienrecht*, N 471; DE STEIGER, FRITZ, *sociétés anonymes*, p. 178 et 179).

Bien que le capital social non-libéré ait un lien avec le capital social, les deux notions ne doivent en aucun cas être confondues. En effet, le capital social figure toujours au passif du bilan, et désigne la fortune nette minimum dont la société doit être dotée par les associés. En revanche, le capital social non-libéré désigne uniquement la valeur de la créance de la société envers les associés, en raison de la libération partielle du capital social. De plus, contrairement au capital social, le capital social non-libéré ne constitue pas la limite supérieure, mais la limite concrète et effective de la responsabilité des associés pour les obligations de la société (art. 802 al. 1 et al. 2 CO). Enfin, l'augmentation et la réduction du capital social non-libéré ne sont pas soumises aux mêmes règles que l'augmentation et la réduction du capital social.

3.3.4. *Les propres parts sociales*

La société à responsabilité limitée peut, à certaines conditions, acquérir ses propres parts sociales (art. 807 CO)²⁷⁹. Dans cette hypothèse, le prix d'acquisition des parts sociales en question doit figurer à l'actif du bilan²⁸⁰.

L'acquisition par la société de ses propres parts sociales n'a aucune influence sur le capital social. Ce dernier reste inchangé. Le poste «propres parts sociales» ne désigne pas la fortune nette minimum dont la société doit être dotée par les associés et que la société doit s'efforcer de maintenir. Il n'a pas de lien avec la responsabilité des associés pour les dettes sociales (art. 802 CO), et son augmentation ou sa réduction répond à d'autres règles que celles du capital social.

3.4. La fortune de la société

3.4.1. *Introduction*

Il est très important de distinguer le capital social et la fortune de la société. La fortune sociale (brute ou nette) est indépendante du capital social. En d'autres termes, le capital social ne révèle rien sur l'état patrimonial de la société à responsabilité limitée.

²⁷⁹ Par exemple: HANDSCHIN, *GmbH*, § 14 N 42 ss; VON PLANTA, *BaK*, ad art. 807 CO, N 1 ss; VON STEIGER, *ZK*, ad art. 807 CO, N 1 ss; WOHLMANN, *SPR VIII/2*, § 36 XI (p. 378 ss) et *GmbH-Recht*, § 12 XI (p. 68 ss); pour plus de détails, voir également BURCKHARDT.

²⁸⁰ Par exemple: BOSSHARD, *ZK*, ad art. 958 CO, N 223; VON STEIGER, *ZK*, ad art. 807 CO, N 9. Cet avis n'est toutefois pas unanime. Certains auteurs estiment que les propres actions ou parts doivent figurer au passif du bilan (voir KÄFER, *BK*, ad art. 958 CO, N 384 et 385). Selon BURCKHARDT, dont les recherches précèdent aussi l'entrée en vigueur du nouveau droit de la société anonyme, le droit suisse permet 4 manières de faire figurer les actions et les parts sociales. Il est notamment possible de les faire figurer au passif en les débitant de la fortune libre de la société (p. 105 ss, not. p. 111 et 112).

Avant d'illustrer ce qui précède à l'aide d'un exemple, nous nous permettons une clarification quant au sens que nous donnons au terme «fortune». En effet, la signification du terme «fortune» change suivant les branches dans lesquelles il est utilisé. La signification du terme «fortune» est notamment différente en sciences économiques et en droit. Enfin, même à l'intérieur d'une branche, la signification varie selon le domaine²⁸¹. Or, pour les besoins de cette étude, nous utiliserons le terme «fortune» au sens du droit comptable général²⁸². Nous distinguerons également la fortune sociale brute et la fortune sociale nette.

La fortune sociale brute²⁸³ au sens du droit comptable correspond à la somme des valeurs actives, déduction faite des valeurs passives négatives se trouvant à l'actif²⁸⁴ ainsi que des valeurs actives négatives se trouvant au passif du bilan²⁸⁵.

La fortune sociale nette au sens du droit comptable correspond à la fortune sociale brute, déduction faite de la valeur des fonds étrangers. Au vu de ce qui précède, la fortune sociale nette et les fonds propres (dont fait partie le capital social) ont la même valeur. En revanche, et ceci est significatif pour le capital social, la fortune sociale nette (ou brute) et les fonds propres sont composés différemment²⁸⁶. Le capital social ne fait pas partie de la fortune sociale brute ou nette.

De plus, contrairement au capital social, les fortunes sociales brute et nette varient constamment en cours de vie sociale. Les augmentations et les réductions des fortunes sociales brute et nette n'ont aucune influence sur le capital social. Le capital social peut être élevé, alors que la société est surendettée. De même, le capital social peut être très bas, alors que la société possède une fortune sociale nette importante.

²⁸¹ KÄFER, BK, ad art. 957 CO, N 208 ss.

²⁸² En allemand, on parle du «buchführungsrechtlicher Vermögensbegriff» (voir KÄFER, BK, Grundlagen, N 6.26.)

²⁸³ KÄFER, BK, Grundlagen, N 6.243.

²⁸⁴ Par exemple: la perte reportée.

²⁸⁵ Par exemple: du croire et amortissements.

²⁸⁶ KÄFER, BK, Grundlagen, N 6.249 et 6.250.

3.4.2. Exemples²⁸⁷

3.4.2-1. Fortune sociale nette supérieure au capital social

Bilan au 31.12.1992 de X. Sàrl

Actif		Passif	
caisse	10	fonds étrangers	400
CCP	50		
machines	600	autre capital propre	360
immeubles	700	capital social	600
	1 360		1 360

Le capital social est de 600. La fortune sociale brute est de 1360 et la fortune sociale nette s'élève à 960 (fortune sociale brute [1360] - fonds étrangers [400] = fortune sociale nette [960]). La fortune sociale nette (960) est supérieure au capital social (600).

3.4.2-2. Fortune sociale nette égale au capital social

L'année suivante, la valeur des immeubles de la société a diminué de 320 et les avoirs au CCP ont diminué de 40. Le bilan se présente alors de la manière suivante:

Bilan au 31.12.1993 de X. Sàrl

Actif		Passif	
caisse	10	fonds étrangers	400
CCP	10		
machines	600	autre capital propre	0
immeubles	380	capital social	600
	1 000		1 000

La fortune sociale brute s'élève à 1000. La fortune sociale nette est de 600 (fortune sociale brute [1000] - fonds étrangers [400]). Le capital social est de 600 également. Ainsi, en raison de la mauvaise évolution économique, les fortunes sociales brute et nette ont diminué. Cette diminution n'a toutefois eu aucune influence sur le capital social qui est resté le même.

²⁸⁷ Les chiffres s'entendent toujours en milliers de francs.

3.4.2-3. Fortune sociale nette inférieure au capital social mais égale ou supérieure à 0 franc (perte de capital)

L'année suivante, les affaires de la société vont encore moins bien. Le bilan se présente comme suit:

Bilan au 31.12.1994 de X. Sàrl

Actif		Passif	
caisse	5	fonds étrangers	500
CCP	10		
machines	500	autre capital propre	0
immeubles	290	capital social	600
perte	295		
	1 100		1 100

La fortune sociale brute s'élève à 805. La fortune sociale nette est de 305 (fortune sociale brute [805] - fonds étrangers [500]). Le capital social est de 600. La fortune sociale nette (305) est devenue inférieure au capital social (600). A nouveau, la diminution des fortunes sociales brute et nette n'a eu aucune influence sur le capital social, qui demeure inchangé.

3.4.2-4. Fortune sociale nette inférieure au capital social et inférieure à 0 franc (surendettement)

Après une nouvelle mauvaise période, le bilan se présente comme suit:

Bilan au 31.12.1995 de X. Sàrl

Actif		Passif	
caisse	5	fonds étrangers	500
CCP	5		
machines	100	autre capital propre	0
immeubles	150	capital social	600
perte	840		
	1 100		1 100

La fortune sociale brute est tombée à 260. La fortune sociale nette se monte à - 240 (fortune sociale brute [260] - fonds étrangers [500]). Le capital social est resté à 600. Nous constatons que le capital social n'est pas affecté lorsque la fortune sociale nette devient négative, c'est-à-dire lorsque la fortune sociale brute ne couvre plus les fonds étrangers et que la société est surendettée.

3.4.3. La doctrine

Les auteurs admettent en principe la différence qui existe entre les fortunes sociales brute et nette, et le capital social²⁸⁸. Toutefois, nous avons rencontré à plusieurs reprises des énoncés peu précis, voire même inexacts. Les exemples suivants montrent les erreurs commises.

GEGENBAUER²⁸⁹, après avoir rappelé que le capital social doit être distingué de la fortune sociale, estime: «Gerade in dieser Vorschrift kommt deutlich zum Ausdruck, dass das Grundkapital der A.-G. und das Stammkapital der G.m.b.H. nur einen **Bestandteil des gesamten Gesellschaftsvermögens** (Aktiven + Passiven) ausmachen». Or, puisque le capital social n'est pas composé des mêmes valeurs que la fortune sociale brute ou nette, l'affirmation de GEGENBAUER est erronée.

Selon RAMMELMEYER²⁹⁰: «Das Stammkapital kann gleich dem Grundkapital der AG. aus Geld oder anderen Vermögenswerten (Sacheinlagen) bestehen, muss jedoch in Geldwert und in schweizerischer Währung ausgedrückt werden». Cette affirmation est incorrecte. Le capital social n'est pas composé d'argent ou de valeurs patrimoniales. S'agissant d'un chiffre comptable se trouvant au passif du bilan, le capital social ne fait pas partie des valeurs se trouvant à l'actif du bilan. RAMMELMEYER confond la fortune et le capital social. Par la suite, RAMMELMEYER reste imprécis. Ainsi, il n'est pas tout à fait correct d'affirmer que les deux notions (*Stammkapital* et *Gesellschaftsvermögen*) «...stimmen in der Regel, jedoch nicht notwendigerweise, bei der Entstehung der Gesellschaft überein, d. h. wenn Grundkapital und Gesellschaftsvermögen sich decken»²⁹¹. A vrai dire, la fortune sociale et le capital social ne concordent jamais, puisqu'ils sont composés différemment. Lors qu'il cite HERY²⁹², RAMMELMEYER fait la même erreur. Enfin, l'auteur se trompe manifestement lorsqu'il écrit «..., dass das Stammkapital nur einen Bestandteil des gesamten Gesellschaftsvermögens ausmacht»²⁹³.

D'autres auteurs ont commis des erreurs semblables:

TRÜEB se trompe lorsqu'il estime «Dieses (le capital social) ist, ... , ein ... ziffernmässig festgelegter Teil des Gesellschaftsvermögens...»²⁹⁴. Selon FANCONI, le capital social représente la fortune sociale au moment de la cons-

²⁸⁸ HANDSCHIN, *GmbH*, § 7 N 1 ss; SCHÖCH, p. 27; VON STEIGER, ZK, ad art. 772 CO, N 12; VON STEIGER, *FJS* 799, p. 5 et 6; WOHLMANN, *SPR* VIII/2, § 29 IV 6 (p. 322) et *GmbH-Recht*, § 5 IV 6 (p. 12).

²⁸⁹ GEGENBAUER, p. 22.

²⁹⁰ RAMMELMEYER, p. 77.

²⁹¹ RAMMELMEYER, p. 78.

²⁹² Voir HERY, p. 99 (cet auteur traite du capital-actions).

²⁹³ RAMMELMEYER, p. 81.

²⁹⁴ TRÜEB, p. 10.

titution de la société²⁹⁵. BIERMANN fait la même erreur en affirmant que «Am Tage der Entstehung der GmbH bildet das Stammkapital in Höhe der Summe der geleisteten Stammeinlagen das Gesellschaftsvermögen»²⁹⁶. Enfin, après une mise en garde de ne pas confondre capital social et fortune sociale, TISSIÈRES estime que le capital social «... représente les fonds à disposition de la société à sa naissance...»²⁹⁷ pour continuer en expliquant que «Le capital social se compose de l'ensemble des apports, en argent ou en nature, effectués par les associés, à l'exclusion toutefois des versements supplémentaires»²⁹⁸. D'autres auteurs confondent également le capital social et fortune sociale²⁹⁹.

3.4.4. Conclusion

Au vu de ce qui précède, nous constatons que les auteurs, tout en reconnaissant implicitement ou expressément la différence entre le capital social et la fortune sociale (nette ou brute), n'opèrent pas toujours pleinement cette distinction. Souvent, le terme «capital social» ou «Stammkapital» est utilisé pour des valeurs ou les objets auxquels correspondent ces valeurs qui se trouvent à l'actif du bilan. L'utilisation du terme «capital social» dans ce sens prête à confusion et doit être rejetée. Elle ne tient pas compte de la véritable nature du capital social et rend difficile sa distinction par rapport aux fortunes sociales brute et nette.

Nous réaffirmons dès lors que le capital social est indépendant des fortunes sociales brute et nette et qu'ils sont composés différemment.

²⁹⁵ FANCONI, p. 23.

²⁹⁶ BIERMANN, p. 41.

²⁹⁷ TISSIÈRES, p. 59.

²⁹⁸ TISSIÈRES, p. 60 et 61.

²⁹⁹ MÜLLER, ERICH, p. 18: «Das Stammkapital der G. m. b. H. entspricht dem ursprünglichen Gesellschaftsvermögen der Kollektivgesellschaft»; BERNHARD, p. 40: «Das Stammkapital ist das durch die Stammeinlagen aller Mitglieder im Zeitpunkt der Gründung aufgebrauchte und von vorneherein zahlenmässig festgelegte dem Unternehmen gewidmete Sondervermögen der Gesellschafter»; GOELDIN DE TIEFENAU, p. 39: «Le capital social est le patrimoine de la société, tel qu'il a été souscrit au moment de la fondation de l'entreprise. Il ne se confond donc pas avec le capital que possède la société à un moment déterminé et qu'on peut appeler capital réel»; ATTESLANDER, p. 179: «La seule et unique garantie des créanciers, et partant la base de crédit de la société, est son actif, représenté en premier lieu par son capital social»; FELLMANN, p. 121: «Das Stammkapital bildet den Grundstock des Gesellschaftsvermögens».

3.5. Les prestations accessoires

Le capital social doit être distingué des prestations accessoires. Celles-ci sont définies comme des obligations socio-individuelles³⁰⁰ des associés consistant à fournir à la société d'autres prestations que la libération des parts sociales et un éventuel versement supplémentaire³⁰¹. Les prestations accessoires peuvent porter sur tout ce qui peut faire l'objet d'un rapport obligationnel, y compris le paiement d'une somme d'argent³⁰².

Hormis le fait qu'elles ne font pas partie des éléments absolument nécessaires à une société à responsabilité limitée (art. 777 ch. 2 CO)³⁰³, les prestations accessoires diffèrent du capital social notamment sur les points suivants:

- premièrement, puisqu'il s'agit de prestations qui vont au-delà de la libération des parts sociales, les prestations accessoires ne désignent pas la fortune sociale nette minimum dont la société doit être dotée par les associés;
- deuxièmement, les prestations accessoires n'ont aucun lien avec la limite supérieure de la responsabilité des associés pour les obligations de la société (art. 802)³⁰⁴;
- troisièmement, les prestations accessoires ne figurent en principe pas au bilan. Elles ne sont comptabilisées (à l'actif et/ou au passif) que lorsqu'elles sont devenues des prestations réalisables, et dans la mesure où elles n'ont pas encore été exécutées³⁰⁵.

3.6. Les versements supplémentaires

Le capital social doit être distingué des versements supplémentaires³⁰⁶. L'obligation de faire des versements supplémentaires est une obligation des associés consistant à participer financièrement à l'élimination de pertes ressortant du bilan pour assainir la société³⁰⁷.

³⁰⁰ En allemand on parle de «sozial-individualrechtliche Verhältnisse».

³⁰¹ Dans ce sens WOHLMANN, SPR VIII/2, § 39 IV 2 (p. 396) et *GmbH-Recht*, § 15 IV 2 (p. 87). Pour plus de détails quant à la nature des prestations accessoires, voir notamment VON STEIGER, ZK, ad art. 777 CO, N 25 ainsi que HERZOG, p. 57 ss, not. p. 69.

³⁰² Par exemple BAUDENBACHER, BaK, ad art. 772 CO, N 35 ainsi que les auteurs cités.

³⁰³ Il s'agit d'une clause statutaire facultativement nécessaire.

³⁰⁴ Par exemple: BÄHLER, p. 136; JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 777 CO, N 15; VON STEIGER, ZK, ad art. 772 CO, N 33 et ad art. 777 CO, N 25.

³⁰⁵ JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 805 CO, N 11; VON STEIGER, ZK, ad art. 805 CO, N 10.

³⁰⁶ Dans ce sens AMSTUTZ, BaK, ad art. 803 CO, N 8; rapporteur DIETSCHI au Conseil des Etats, BO CE du 25 septembre 1931, p. 636.

³⁰⁷ WOHLMANN, SPR VIII/2, § 39 III 2 (p. 393) et *GmbH-Recht*, § 15 III 2 (p. 84). Voir également MAYER, p. 41. La distinction entre les versements supplémentaires et le capital social résulte

Comme les prestations accessoires, l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires n'est pas un élément nécessaire à la société à responsabilité limitée (art. 777 ch. 2 CO). Lorsqu'elle est introduite, elle doit être soit limitée à un montant déterminé, soit proportionnée au capital social (art. 803 al. 2 CO). De plus, les versements supplémentaires ne peuvent être affectés qu'à l'extinction des pertes ressortant du bilan (art. 803 al. 1/2 CO)³⁰⁹.

Les versements supplémentaires se distinguent du capital social notamment sur les points suivants :

- premièrement, puisqu'il s'agit de prestations qui vont au-delà de la libération des parts sociales³⁰⁹, les versements supplémentaires ne désignent pas la fortune sociale nette minimum dont la société doit être dotée par les associés;
- deuxièmement, les versements supplémentaires n'ont aucun lien avec la limite supérieure de la responsabilité des associés pour les obligations de la société aux sens de l'article 802 CO. L'obligation de faire des versements supplémentaires est interne à la société³¹⁰. Les créanciers sociaux ne peuvent pas exiger que les versements supplémentaires soient effectués³¹¹, et

d'ailleurs expressément de la loi, puisque l'article 803 al. 1/2 CO stipule que les versements supplémentaires «...ne sont pas soumis aux règles concernant le capital social». Voir toutefois l'article 803 al. 4 CO qui relativise la portée du premier alinéa.

³⁰⁸ Faut-il tenir compte des réserves légales pour déterminer s'il y a perte ressortant du bilan au sens de l'article 803 al. 1 CO? La question est controversée. Si l'on opte pour le renvoi dynamique, les réserves légales s'ajoutent au capital social pour déterminer s'il y a perte ressortant du bilan (AMSTUTZ, BaK, ad art. 803 CO, N 6). En revanche, si l'on opte pour le renvoi statique, la question semble rester ouverte, puisque l'ancien droit de la société anonyme est muet sur ce point. Toutefois, à l'instar de WOHLMANN - qui s'est pourtant exprimé en faveur du renvoi statique - nous pensons que les réserves légales (et un éventuel capital-participation) doivent être prises en compte en recourant à une interprétation systématique de l'article 803 al. 1/2 CO (WOHLMANN, *GmbH-Recht*, p. 85 [note de bas de page 245]). Enfin, indépendamment du renvoi dynamique ou statique, la manière dont il faut tenir compte des réserves latentes est également controversée (voir les auteurs cités ainsi que HANOSCHIN, *Rechte*, EC 1998 [72], p. 703 ss, not. p. 713 et 714).

³⁰⁹ La majorité des auteurs admet que les versements supplémentaires peuvent être exigés par l'assemblée générale, alors même que le capital social n'a pas encore été libéré intégralement (voir AMSTUTZ, BaK, ad art. 803 CO, N 6 ainsi que les auteurs cités). Nous soutenons ce point de vue, puisque la libération intégrale du capital social ne permet pas - sauf exception en cas d'un agio - d'éliminer une perte ressortant du bilan.

³¹⁰ Par exemple: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 18 N 46.

³¹¹ En cas de faillite, les auteurs sont toutefois divisés quant à la compétence de l'assemblée des créanciers respectivement de l'administration de la faillite, d'exiger des associés les versements supplémentaires prévus dans les statuts. Selon l'avis majoritaire, l'assemblée des créanciers et l'administration de la faillite ne peuvent exiger les versements supplémentaires que lorsqu'ils ont été décidés préalablement par l'assemblée générale de la société (AMSTUTZ, BaK, ad art. 803 CO, N 8; KAUFMANN, p. 121; VON STEIGER, ZK, ad art. 803 CO, N 10; WOHLMANN, *SPR VIII/2*, § 39 III 4 [p. 394 et 395] et *GmbH-Recht*, § 15 III 4 [p. 85 et 86]). En revanche, selon HANOSCHIN, l'assemblée des créanciers et l'administration de la faillite peuvent exiger les versements supplémentaires même si l'assemblée générale de la

les associés ne sont pas solidairement responsables du fait qu'un associé n'a pas effectué un versement supplémentaire³¹². Il s'agit d'une obligation individuelle³¹³,

- troisièmement, les versements supplémentaires ne figurent pas au bilan. Aussi longtemps que leur versement n'a pas été exigé par décision de l'assemblée générale, ils ne représentent pas des créances existantes de la société. Ce n'est qu'après la décision de l'assemblée générale que la valeur des versements à effectuer pourra figurer à l'actif du bilan³¹⁴.

3.7. Le capital-actions de la société anonyme

3.7.1. Introduction

En vertu de l'article 620 al. 1 CO «La société anonyme est celle qui se forme sous une raison sociale, dont le capital-actions est déterminé à l'avance, divisé en actions, et dont les dettes ne sont garanties que par l'actif social».

Le capital social de la société à responsabilité limitée offre de nombreuses similitudes avec le capital-actions de la société anonyme. Sens entrer dans les

société ne les a pas décidés auparavant (HANDSCHIN, *GmbH*, § 12 N 24 ss). Selon cet auteur, l'obligation des associés de faire des versements supplémentaires existe dès son inscription dans les statuts (contrairement aux auteurs majoritaires pour lesquels la créance existe uniquement lorsque le versement a été demandé par l'assemblée générale), la décision de l'assemblée la rendant uniquement exigible. Or, il découle du droit général des poursuites que l'administration de la faillite peut faire valoir des créances en faveur de la masse. Les arguments de HANDSCHIN nous paraissent intéressants. Nous pensons toutefois que l'avis majoritaire doit être suivi. En effet, en suivant HANDSCHIN, il résulterait que les associés répondent des obligations sociales - certes indirectement - largement au delà du capital social. Ce résultat nous paraît contraire à la volonté du législateur qui a expressément stipulé que les versements supplémentaires n'étaient pas soumis aux règles concernant le capital social. De plus, si le législateur avait effectivement voulu que l'administration de la faillite puisse exiger les versements supplémentaires, il n'aurait pas manqué d'inclure une disposition semblable à l'article 871 al. 4 CO dans le droit de la société à responsabilité limitée.

³¹² MESSAGE 1928 (FF 1928 I p. 313).

³¹³ WOHLMANN, *SPR VIII/2*, § 39 III 5 (p. 395) et *GmbH-Recht*, § 15 III 5 (p. 86).

³¹⁴ VON STEIGER, *ZK*, ad art. 805 CO, N 9. Dans le même sens JANGGEN/BECKER, *BK*, ad art. 805 CO, N 10: «Die beschlossenen Nachschüsse vermindern den Verlust. Werden sie sofort geleistet, so gehen sie in den andern Aktiven (Kassa, Bankguthaben u. dgl.) auf und kommen in der Bilanz nur dadurch zum Ausdruck, dass der Verlust als ein geringerer erscheint, als er es ohne die Nachschüsse wäre. Ausstehende Nachschüsse sind Forderungen der Gesellschaft und unter den Aktiven aufzunehmen. Die Aufnahme unter die Aktiven ist notwendig, weil sonst der Verlust nicht entsprechend abgeschrieben werden könnte». En revanche, en suivant l'avis de HANDSCHIN (voir note 311), la créance de la société serait déjà existante et les versements supplémentaires devraient par conséquent figurer à l'actif du bilan dès leur introduction dans les statuts. HANDSCHIN ne se prononce toutefois pas sur ce point.

détails de la réglementation du capital-actions, ce chapitre a pour but de montrer ces similitudes, ainsi que la différence principale entre ces deux notions.

3.7.2. *Précisions terminologiques*

Sous l'ancien droit de la société anonyme, les termes «capital social»³¹⁵ et «capital-actions»³¹⁶ désignaient le capital-actions au sens strict du terme. Il s'agissait de synonymes³¹⁷.

Le nouveau droit de la société anonyme a apporté un changement, en ce sens que le terme «capital social» n'est plus utilisé par le législateur, afin de bannir tout risque de confusion³¹⁸. La doctrine francophone continue toutefois à l'utiliser comme terme général, englobant le capital-actions et le capital-participation³¹⁹.

En allemand, le terme désignant le capital-actions jusqu'en 1992 était celui de «Grundkapital»³²⁰. Dans la révision, il a été remplacé par «Aktienkapital». Le terme «Grundkapital» ne se trouve plus dans la loi³²¹. Il est parfois utilisé (à l'instar du terme français «capital social») pour désigner globalement le capital-actions (*Aktienkapital*) et le capital-participation (*Partizipationskapital*)³²².

En abandonnant le terme «capital social» pour la société anonyme, le législateur a supprimé le parallélisme (linguistique) avec le terme «capital social» en droit de la société à responsabilité limitée³²³. Or, en recourant au terme extralégal «capital social» pour désigner globalement le capital-actions et le capital-participation de la société anonyme, les auteurs francophones ont en quelque sorte réintroduit un risque de confusion. Pour l'éliminer, il serait souhaitable

³¹⁵ Par exemple: article 621 aCO et article 626 ch. 3 aCO.

³¹⁶ Terme utilisé par la doctrine.

³¹⁷ RUEDIN, *FJS* 391, p. 2.

³¹⁸ MESSAGE 1983 (ch. 201.1, tiré à part, p. 43 et 44).

³¹⁹ PETER, p. 323; RUEDIN, *FJS* 391, p. 2.

³²⁰ Voir, par exemple, l'article 620 al. 1 aCO (en allemand). L'utilisation du terme «Grundkapital» n'a d'ailleurs jamais été expliquée par le législateur (voir p. 46 ainsi que l'auteur cité à la note 186).

³²¹ Voir article 620 al. 1 CO (en allemand). Ce changement de terminologie a été justifié par l'introduction d'une réglementation légale du capital-participation (voir BOTSCHAFT 1983, ch. 201.1 [Separatdruck, p. 40]).

³²² BAUDENBACHER, BaK, ad art. 620 CO, N 13; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 34. Voir également WIDMER, CHRISTOPH K., p. 10 et 11. Comme la loi n'utilise plus le terme «Grundkapital» pour désigner le capital-actions et le capital-participation, BÖCKLI propose le terme «Nennkapital» pour désigner globalement ces deux notions (BÖCKLI, *Aktienrecht*, N 2042).

³²³ En allemand, ce parallélisme n'a jamais existé parce que le législateur utilisait deux termes différents: «Grundkapital» pour la société anonyme et «Stammkapital» pour la société à responsabilité limitée.

d'utiliser un autre terme que «capital social» pour désigner globalement le capital-actions et le capital-participations³²⁴.

3.7.3. Définition du capital-actions

3.7.3-1. Introduction

Afin de le comparer au capital social, nous essaierons de dégager une définition du capital-actions. Comme une étude approfondie du capital-actions irait au-delà du but de ce travail, nous nous limiterons à en exposer les éléments principaux et à les comparer à ceux du capital social.

3.7.3-2. Nombre d'unité monétaires légales suisses inscrit au passif du bilan

Le capital-actions, tout comme le capital social, est un nombre ou chiffre fixe³²⁵ d'unités monétaires légales suisses (francs suisses)³²⁶ qui figure au passif du bilan³²⁷.

3.7.3-3. Déterminé à l'avance

Le capital-actions est un élément essentiel de toute société anonyme³²⁸. Dans la mesure où il doit figurer dans les statuts (art. 626 ch. 3 CO)³²⁹ qui sont arrêtés au moment de l'établissement de l'acte constitutif, le capital-actions doit être déterminé avant l'inscription de la société au registre du commerce et, par conséquent, avant la naissance de la société.

³²⁴ Par analogie à ce que propose BÖCKLI (cité à la note 322) concernant la terminologie allemande, l'on pourrait recourir au terme «capital nominal». Il serait également envisageable de remplacer le terme «capital social» pour la société à responsabilité limitée lors de la future révision. Au vu des habitudes acquises au fil des derniers 50 ans, un tel changement serait toutefois difficile à réaliser dans les faits.

³²⁵ Par exemple: BÖCKLI, *Aktienrecht*, N 38d et 40c; NOTTER, p. 3.

³²⁶ BÖCKLI, *Aktienrecht*, N 38d; MEISTERHANS, *Prüfungspflicht*, p. 399; RUEDIN, *FJS* 391, p. 1; WIDMER, CHRISTOPH K., p. 12 et 13.

³²⁷ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 1 N 45; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 37; NOTTER, p. 3.

³²⁸ BÖCKLI, *Aktienrecht*, N 38d; TERCIER, *FJS* 389, p. 14. Sur ce point, la révision n'a apporté aucun changement.

³²⁹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, N 38d; SCHENKER, *BaK*, ad art. 626 CO, N 10.

3.7.3-4. Divisé en actions

Le capital-actions est entièrement divisé en actions³³⁰, alors que le capital social est entièrement divisé en parts sociales³³¹. Les actions ont une valeur nominale exprimée en francs suisses³³². Le nombre total des actions multiplié par leur valeur nominale équivaut au capital-actions³³³.

3.7.3-5. Augmentation et réduction selon des règles déterminées

Une augmentation ou une réduction du capital-actions n'est possible qu'en observant des règles particulières, prévues par le législateur (art. 650 ss et 732 ss CO)³³⁴. Depuis la révision, la loi connaît une procédure d'augmentation autorisée et conditionnelle du capital-actions³³⁵. Ces procédures d'augmentation n'existent pas - selon les auteurs majoritaires - pour le capital social de la société à responsabilité limitée³³⁶.

3.7.3-6. Fortune sociale nette minimum (dotation et maintien)

En souscrivant les actions, les actionnaires s'obligent à apporter à la fortune sociale des valeurs patrimoniales minimales d'un montant équivalant au capital-actions. En d'autres termes, les actionnaires s'obligent à doter la société anonyme d'une fortune sociale nette correspondant au moins au capital-actions³³⁷. De plus, la société ne peut pas volontairement réduire sa fortune sociale nette

³³⁰ Article 620 al. 1 CO. Voir également FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 49 N 39.

³³¹ Contrairement aux actions qui peuvent être des papiers-valeurs (par exemple: BAUDENBACHER, BaK, ad art. 622 CO, N 1 ss; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 49 N 49; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 95), la doctrine dominante estime qu'en vertu de l'article 789 al. 3 CO, la part sociale ne peut pas être incorporée dans un papier-valeur (DU PASQUIER/OERTLE, BaK, ad art. 789 CO, N 5 ainsi que les auteurs cités). De plus, le transfert des parts sociales est soumis à des conditions très sévères (voir art. 791 ss CO).

³³² Implicite: BAUDENBACHER, BaK, ad art. 620 CO, N 21.

³³³ BAUDENBACHER, BaK, ad art. 620 CO, N 11 et 21; BÖCKLI, *Aktienrecht*, N 38f.

³³⁴ L'article 788 al. 2/1 CO déclare applicable les règles du droit de la société anonyme à la réduction du capital social de la société à responsabilité limitée. Selon que l'on opte pour la théorie du renvoi statique ou dynamique (voir p. 38), la procédure de réduction obéit par conséquent à des règles différentes.

³³⁵ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 52 N 208 ss et 298 ss.

³³⁶ HANDSCHIN, *GmbH*, § 8 N 4; ISLER/ZINDEL, BaK, ad art. 786 CO, N 3; TANNER, BRIGITTE, p. 38. En revanche, selon VON STEIGER, une augmentation autorisée du capital social est possible pour la société à responsabilité limitée (voir VON STEIGER, ZK, ad art. 786 CO, N 8).

³³⁷ Par exemple: BAUDENBACHER, BaK, ad art. 620 CO, N 11; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 49 N 21; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 36; NOTTER, p. 2 et 3; WIDMER, CHRISTOPH K., p. 12.

au-dessous du capital-actions³³⁸. Le capital-actions désigne, à l'instar du capital social, la fortune sociale nette minimum que la société doit s'efforcer de maintenir pendant sa vie sociale.

Le capital-actions ne doit toutefois pas être confondu avec la fortune sociale nette ou brute de la société³³⁹. Malheureusement, les auteurs n'ont pas toujours été très clairs à ce sujet³⁴⁰.

3.7.3-7. Définition

Le capital-actions est le nombre d'unités monétaires légales suisses (francs suisses) qui figure au passif du bilan. Il est déterminé par les fondateurs au moment de l'établissement de l'acte constitutif. Il est divisé entièrement en actions et ne peut être augmenté ou réduit en cours de vie sociale qu'en respectant des règles particulières. Il désigne la fortune sociale nette minimum, dont la société doit être dotée par les actionnaires et qu'elle doit s'efforcer de maintenir pendant la vie sociale.

3.7.4. *Différences fondamentales par rapport au capital social de la société à responsabilité limitée*

Les différences fondamentales entre le capital social et le capital-actions sont que ce dernier est divisé en actions et qu'il ne constitue pas la limite supérieure de la responsabilité des associés pour les obligations de la société au sens de l'article 802 CO. L'actif de la société anonyme répond seule des obligations sociales. Les actionnaires n'encourent aucune responsabilité envers les créanciers sociaux pour les obligations de la société (art. 620 al. 1 et 2 CO)³⁴¹.

³³⁸ Voir les auteurs cités à la note 230.

³³⁹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 49 N 24 ss; HENSLE, p. 3 et 4; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 38 ss; NOTTER, p. 3; RUEDIN, *FJS* 391, p. 1; VON STEIGER, FRITZ, *Kapitalerhöhung*, p. 161 ss et p. 194.

³⁴⁰ GEGENBAUER, p. 22: «Gerade in dieser Vorschrift kommt deutlich zum Ausdruck, dass das Grundkapital der A.-G. und das Stammkapital der G.m.b.H. nur einen Bestandteil des gesamten Gesellschaftsvermögens (Aktiven + Passiven) ausmachen» (ce passage a déjà été cité à la page 74). Enfin WERNER SCHMID - tout en reconnaissant le caractère abstrait du capital-actions - dit (p. 5): «Wie die Summe des totalen Reinvermögens als Differenz zwischen Aktiven und echten Passiven bei der bilanzmässigen Vermögensdarstellung notwendigerweise auf der schwächeren Seite einzutragen ist, muss das Grundkapital als Reinvermögensbestandteil auf der Passivseite erscheinen».

³⁴¹ BAUDENBACHER, *BaK*, ad art. 620 CO, N 30; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 1 N 23, 42 et 57 ss, § 3 N 63 ainsi que § 49 N 34; VON GREYERZ, *SPR* VIII/2, § 4 II 3 (p. 62); MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 96 et 97; TERCIER, *FJS* 389, p. 16.

3.7.5. Conclusion

Les éléments de la définition du capital social et du capital-actions sont essentiellement les mêmes³⁴². Cette ressemblance n'est toutefois pas surprenante puisqu'en introduisant la société à responsabilité limitée dans le droit suisse, on s'est largement inspiré de la réglementation du droit de la société anonyme. Malgré son caractère plus personnaliste, la société à responsabilité limitée possède également certaines caractéristiques d'une société de capitaux³⁴³.

3.8. Le capital social de la société coopérative

3.8.1. Introduction

La société coopérative peut être dotée d'un capital social. Pour compléter la «définition négative» du capital social de la société à responsabilité limitée, une comparaison avec le capital social de la société coopérative s'impose.

3.8.2. Précisions terminologiques

En parcourant les dispositions légales traitant de la société coopérative, nous constatons qu'il est question du «capital»³⁴⁴ et du «capital social»³⁴⁵ de la société coopérative. Bien que différents, ces deux termes ont la même signification.

Nous relevons également que le terme «capital social» est utilisé pour la société coopérative et la société à responsabilité limitée. En allemand, cette correspondance n'existe pas. Le législateur utilise les termes «Grundkapital»³⁴⁶ et «Genossenschaftskapital»³⁴⁷ - qui ont la même signification³⁴⁸ - pour la société coopérative, alors qu'il utilise le terme «Stammkapital» pour la société à responsabilité limitée. Le terme «Grundkapital» utilisé pour la société coopérative est d'ailleurs le même que celui utilisé dans l'ancien droit de la société anonyme pour désigner le capital-actions³⁴⁹.

³⁴² Voir 3.7.4. Différences fondamentales par rapport au capital social de la société à responsabilité limitée, p. 82.

³⁴³ Par exemple: BAUDENBACHER, BaK, ad art. 772 CO, N 9; HANOSCHIN, *GmbH*, § 1 N 1 ss; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 18 N 10 et 11; VON STEIGER, ZK, Einleitung, N 40 ss; TERCIER, *FJS* 389, p. 16.

³⁴⁴ Article 828 al. 2 CO.

³⁴⁵ Articles 833 ch. 1, 860 al. 1 et al. 3, 861 al. 2, 903 al. 3 CO.

³⁴⁶ Article 828 al. 2 CO (en allemand).

³⁴⁷ Article 833 ch. 1 et ch. 2, 860 al. 1 et 3, 861 al. 2, 903 al. 3 CO (en allemand).

³⁴⁸ FLURI, p. 41, ainsi que les auteurs cités.

³⁴⁹ Voir 3.7.2. Précisions terminologiques, p. 79 ss.

Il est assez surprenant de constater que la loi emploie en français le même terme («capital social») pour la société coopérative et la société à responsabilité limitée, alors qu'en allemand, elle a utilisé le même terme («Grundkapital») pour la société anonyme (ancien droit) et la société coopérative³⁵⁰.

3.8.3. Définition du capital social de la société coopérative

3.8.3-1. Introduction

Le législateur n'a pas donné de définition du capital social de la société coopérative. Les dispositions légales s'y référant sont nettement moins nombreuses qu'en droit de la société à responsabilité limitée. Comme une étude approfondie du capital social de la société coopérative conduirait trop loin par rapport à l'objectif de ce travail, nous n'exposerons que succinctement les éléments de sa définition pour ensuite les opposer à ceux du capital social.

3.8.3-2. Nombre d'unités monétaires légales suisses inscrit au passif du bilan

Le capital social de la société coopérative est un nombre d'unités monétaires légales suisses (francs suisses) qui figure au passif du bilan³⁵¹.

3.8.3-3. Divisé en parts sociales

Le capital social de la société coopérative est divisé en parts sociales qui ont une valeur nominale exprimée en francs suisses³⁵². Ainsi, le nombre total des

³⁵⁰ En italien, le législateur utilise les termes «capitale» (art. 828 al. 2 CO) et «capitale sociale» (art. 833 ch. 1 et ch. 2, 860 al. 1 et 3, 861 al. 2, 903 al. 3 CO). Le terme «capitale sociale» est également utilisé pour la société à responsabilité limitée (voir art. 772 al. 1 et 2 CO en italien).

³⁵¹ Dans ce sens: FLURI, p. 42; FORSTMOSER, BK, ad art. 828 CO, N 107; GERWIG, p. 208; HENSEL, p. 28; SCHNEIDER, WERNER, p. 47; DE STEIGER, FRITZ, *Précis*, p. 57; TERRIER, p. 104 - 107.

³⁵² CAPITAINE, *FJS 1154*, p. 1; GERWIG, p. 58 et 59; HENSEL, p. 38; REYMOND, TDP VIII/III/1, § 9 (p. 59 et 60); DE STEIGER, FRITZ, *Précis*, p. 56. La part sociale d'une société coopérative ne doit toutefois pas être confondue avec la part sociale d'une société à responsabilité limitée. La première n'incorpore notamment pas le sociétariat. De plus, le législateur n'impose aucune valeur nominale minimum à la part sociale d'une société coopérative (pour la société à responsabilité limitée, voir art. 774 al. 1 CO). Enfin, l'associé d'une société coopérative peut posséder plusieurs parts sociales, ce qui n'est pas le cas pour l'associé d'une société à responsabilité limitée (art. 774 al. 2 CO).

parts sociales multiplié par leur valeur nominale équivaut au capital social³⁵³.

3.8.3-4. Augmentation et réduction selon des règles déterminées

Abstraction faite des variations en fonction des entrées et sorties des associés³⁵⁴, le capital social de la société coopérative doit être augmenté ou réduit selon des règles déterminées³⁵⁵.

3.8.3-5. Fortune sociale nette minimum (dotation et maintien)

En acquérant les parts sociales de la société coopérative, les associés s'engagent à faire parvenir à la fortune sociale des valeurs patrimoniales correspondant au moins au capital social³⁵⁶. Les associés s'obligent ainsi à doter la société d'une fortune sociale nette minimum qui correspond au moins au capital social. De plus, la société ne doit pas volontairement réduire sa fortune sociale nette au-dessous du capital social. Le capital social détermine ainsi la fortune sociale minimum nette que la société doit maintenir en cours de vie sociale. Toutefois, en raison du caractère variable du capital social³⁵⁷, l'obligation de doter la société d'une fortune sociale nette minimum et l'obligation de le maintenir à ce niveau sont d'une portée très limitée.

A l'instar du capital social et du capital-actions, le capital social de la société coopérative ne doit pas être confondu avec la fortune sociale brute ou nette³⁵⁸. Il s'agit d'un nombre (chiffre) comptable et abstrait³⁵⁹. Bien que la doctrine le rappelle fréquemment, nous avons constaté beaucoup d'imprécisions sur ce point³⁶⁰.

³⁵³ FRIEDRICH, p. 11; SCHNEIDER, WERNER, p. 49; VON STEIGER, FRITZ, *Genossenschaft*, p. 117; TANNER, WALTER, p. 38.

³⁵⁴ Voir 3.8.4-2. Nombre variable, p. 86 ss.

³⁵⁵ A ce sujet, voir REYMOND, TDP VIII/III, § 9 III 1 et 2 (p. 77 - 82) ainsi que les auteurs cités.

³⁵⁶ Voir FORSTMOSER, BK, ad art. 828 CO, N 107; HENSEL, p. 59; VON STEIGER, FRITZ, *Genossenschaft*, p. 118; TANNER, WALTER, p. 42.

³⁵⁷ Voir 3.8.4-2. Nombre variable, p. 86 ss.

³⁵⁸ FLURI, p. 41; NIGG, BaK, ad art. 868 CO, N 3.

³⁵⁹ DE STEIGER, FRITZ, *Précis*, p. 57.

³⁶⁰ Par exemple: GERWIG, p. 58: «Die Genossenschaft kann selbstverständlich **ausser einem Grundkapital**, ... noch **weiteres Vermögen** haben,... »; HENSEL, p. 27: «Das Genossenschaftskapital ist gleich dem Aktienkapital nur ein durch die Summe aller Mitgliederanteile gebildeter, besonders qualifizierter Bestandteil aller gesellschaftseigenen Kapitalien, deren Gesamtheit vom Gesetz als **Genossenschaftsvermögen** bezeichnet wird»; TANNER, WALTER, p. 15: «Unter dem Genossenschaftskapital versteht das Gesetz nur einen be-

3.8.3-6. Définition

Le capital social est le nombre d'unités monétaires légales suisses (francs suisses) qui figure au passif du bilan et qui est divisé entièrement en parts sociales. Il désigne la fortune sociale nette minimum dont la société doit être dotée par les associés, et que la société doit maintenir pendant sa vie sociale.

3.8.4. Différences fondamentales par rapport au capital social de la société à responsabilité limitée

3.8.4-1. Déterminé à l'avance

Premièrement, la société coopérative ne doit pas nécessairement posséder un capital social³⁶¹. S'il est possible d'introduire un capital social lors de la constitution de la société ou en cours de vie sociale, la loi ne l'impose pas. Toutefois, si on recourt à un capital social, celui-ci doit être mentionné dans les statuts (voir art. 833 ch. 1 CO).

Deuxièmement, la constitution d'une société coopérative avec un capital social déterminé à l'avance est prohibée (art. 828 al. 2 CO). Contrairement à ce que l'on pourrait penser, cette règle n'interdit pas l'introduction d'un capital social dès la création de la société³⁶². En revanche, elle empêche la fixation dans les statuts d'un nombre déterminé (avant la naissance ou en cours de vie sociale) pour le capital social de la société coopérative³⁶³. L'interdiction n'est toutefois pas absolue. En effet, à certaines conditions, la doctrine admet la fixation d'un capital social minimum ou maximum³⁶⁴.

3.8.4-2. Nombre variable

Le capital social de la coopérative est dit «variable»³⁶⁵. Cette variabilité résulte de deux principes régissant le droit de la société coopérative. D'une part, chaque associé doit acquérir au moins une part sociale si la société possède un

stimmten Teil des Vermögens, nämlich die Summe aller von den Mitgliedern übernommenen Anteile.

³⁶¹ BAUDENBACHER, BaK, ad art. 828 CO, N 26; FORSTMOSER, BK, Systematischer Teil, N 339 ainsi que ad art. 828 CO, N 108 et 109; REYMOND, TDP VIII/III/I, § 9 (p. 59).

³⁶² Voir paragraphe précédent.

³⁶³ La loi n'impose d'ailleurs pas de limites (minimum et maximum) au capital social de la société coopérative.

³⁶⁴ REYMOND, TDP VIII/III/I, § 9 I 1 (p. 61) (ainsi que les auteurs cités).

³⁶⁵ CAPITAINE, FJS 1154, p. 2; FORSTMOSER, BK, ad art. 828 CO, N 116; FORSTMOSER, *Grossgenossenschaften*, p. 233; GERWIG, p. 68 et 208; GUTZWILLER, ZK, Einleitung, N 138; REYMOND, TDP VIII/III/I, § 9 I 1 (p. 61 et 62); SCHNEIDER, WERNER, p. 53 ss.

capital social (art. 853 al. 1 CO) et, d'autre part, les associés peuvent entrer dans la société et en sortir librement (principe de la porte ouverte³⁶⁶). La combinaison de ces deux principes a pour effet que le capital social de la société coopérative varie automatiquement en fonction de l'entrée et de la sortie des associés³⁶⁷.

3.8.4-3. Responsabilité pour les dettes sociales

Sauf dispositions statutaires contraires, la fortune sociale répond seule des engagements de la société et les associés n'ont aucune responsabilité personnelle (art. 868 CO)³⁶⁸. Contrairement à la société à responsabilité limitée, le capital social de la société coopérative n'indique par conséquent pas la limite supérieure de la responsabilité des associés pour les obligations de la société (art. 802 CO).

3.8.5. Conclusion

En partant des éléments caractéristiques de la définition du capital social de la société coopérative, nous constatons trois différences fondamentales par rapport au capital social de la société à responsabilité limitée.

Premièrement, le capital social de la société coopérative n'est pas déterminé à l'avance. Deuxièmement, il est variable et, troisièmement, il n'indique pas la limite de la responsabilité des associés pour les dettes sociales au sens de l'article 802 CO.

Malgré le caractère personnaliste de la société coopérative, son capital social semble être plus éloigné du capital social de la société à responsabilité limitée que le capital-actions³⁶⁹.

³⁶⁶ Voir MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 19 N 23 ss et 63 ss.

³⁶⁷ L'interdiction d'un capital déterminé à l'avance (art. 828 al. 2 CO, voir 3.8.4-1. Déterminé à l'avance, p. 86) découle d'ailleurs également du principe de la porte ouverte. En effet, étant donné l'influence des entrées et sorties sur le capital social, toute détermination à l'avance serait inefficace. L'article 828 al. 2 CO est en quelque sorte superflu (voir FRIEDRICH, p. 104).

³⁶⁸ CAPITAINE, *FJS* 1154, p. 3 et *FJS* 1157, p. 3 et 4; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 19 N 35 et 36; NIGG, *BaK*, ad art. 868 CO, N 1. En ce qui concerne l'évolution historique, voir NIGG, *Genossenschaftshaftung*, p. 3 - 18.

³⁶⁹ Voir 3.7.4. Différences fondamentales par rapport au capital social de la société à responsabilité limitée, p. 82.

4. Conclusion

Le capital social de la société à responsabilité limitée peut être défini de la manière suivante:

le capital social est un nombre d'unités monétaires légales suisses (francs suisses) qui figure au passif du bilan, déterminé par les fondateurs au moment de l'établissement de l'acte constitutif, divisé entièrement en parts sociales au sens étroit, ne pouvant être augmenté ou réduit en cours de vie sociale qu'en respectant des règles particulières. Il désigne la fortune sociale nette minimum dont la société doit être dotée par les associés et qu'elle doit s'efforcer de maintenir pendant la vie sociale. Il constitue la limite supérieure de la responsabilité (subsidaire, solidaire et portant sur tous les biens) des associés pour les obligations de la société.

En opposant cette définition à des notions proches du capital social, nous avons démontré que celui-ci devait être soigneusement distingué:

- a) des autres nombres (ou chiffres) figurant au passif du bilan de la société à responsabilité limitée³⁷⁰. Nous pensons ici plus particulièrement aux réserves, au bénéfice reporté ainsi qu'au capital-participation, pour autant que l'on en admette la légalité;
- b) des nombres (ou chiffres) figurant à l'actif du bilan³⁷¹, notamment les participations, le capital social non-libéré ainsi que les propres parts sociales;
- c) de la fortune sociale (nette et brute)³⁷². Si certains auteurs insistent également sur cette différence, nous pensons que des imprécisions de langage, voire même de réflexion, ont nui à la compréhension du capital social;
- d) des prestations accessoires³⁷³ et des versements supplémentaires³⁷⁴;
- e) du capital-actions de la société anonyme³⁷⁵ et du capital social de la société coopérative³⁷⁶. Ainsi, par rapport au capital-actions et au capital social de la société coopérative, le capital social se distingue essentiellement par le fait qu'il indique la limite supérieure de la responsabilité des associés pour les obligations de la société au sens de l'article 802 CO. De plus, par rapport au

³⁷⁰ Voir 3.2. Autres postes se trouvant au passif du bilan, p. 63 ss.

³⁷¹ Voir 3.3. Postes se trouvant à l'actif du bilan, p. 68 ss.

³⁷² Voir 3.4. La fortune de la société, p. 70 ss.

³⁷³ Voir 3.5. Les prestations accessoires, p. 76.

³⁷⁴ Voir 3.6. Les versements supplémentaires, p. 76 ss.

³⁷⁵ Voir 3.7. Le capital-actions de la société anonyme, p. 78 ss.

³⁷⁶ Voir 3.8. Le capital social de la société coopérative, p. 83 ss.

capital-actions, le capital social se distingue par le fait qu'il est divisé en parts sociales et non pas en actions. Enfin, par rapport au capital social de la société coopérative, le capital social se distingue par le fait qu'il est déterminé à l'avance et invariable (sauf procédures spéciales).

Malgré leurs différences, le capital social de la société à responsabilité limitée a toutefois beaucoup de ressemblances avec le capital social de la société coopérative et, plus particulièrement encore, avec le capital-actions. Ces ressemblances doivent être gardées à l'esprit lorsqu'il s'agit d'interpréter la réglementation actuelle du capital social. Dans la mesure où elles sont adaptées aux particularités du droit de la société à responsabilité limitée, les solutions retenues pour le capital-actions et le capital social de la société coopérative pourront éventuellement guider le législateur lors de la révision du droit de la société à responsabilité limitée.

Enfin, une dernière remarque d'ordre général s'impose. Au cours des recherches menant d'abord à la définition du capital social, puis à sa distinction par rapport à des notions qui lui sont proches, nous avons constaté de nombreux problèmes terminologiques. Ainsi, le même terme est utilisé (par la doctrine ou le législateur) pour désigner des notions différentes³⁷⁷. De plus, des incohérences terminologiques existent à l'intérieur de chaque version linguistique de la loi, ainsi qu'entre les différentes versions linguistiques elles-mêmes³⁷⁸.

A notre avis, la révision du droit de la société à responsabilité limitée devra également s'occuper des problèmes terminologiques. Il faudra harmoniser la terminologie à l'intérieur de chaque version linguistique, ainsi qu'entre les différentes versions linguistiques. Ce faisant, il faudra tenir compte de la terminologie utilisée pour les autres formes de société afin d'éliminer tout risque de confusion.

³⁷⁷ Par exemple: le terme «capital social» est faussement utilisé par la doctrine pour désigner la fortune sociale nette (voir 3.4. La fortune de la société, p. 70 ss), le terme «capital social» est utilisé pour la société à responsabilité limitée et pour la société coopérative (voir 3.8.2. Précisions terminologiques, p. 83 ss).

³⁷⁸ Ainsi, l'utilisation des termes «part sociale» et «apport» n'est pas toujours correct (à ce sujet, voir notamment 2.7. Fortune sociale nette minimum à constituer, p. 54 ss, not. p. 56 ss).

III. Les fonctions du capital social

1. Introduction

Après avoir défini le capital social, nous traiterons de ses principales fonctions:

1. Financement de la société (voir p. 93 ss).
2. Base de crédit pour la société (voir p. 95 ss).
3. Base de responsabilité et base de garantie pour les créanciers (voir p. 97 ss).
4. Limitation du risque économique personnel des associés (voir p. 99)³⁷⁹.

En raison des caractéristiques communes entre le capital social et le capital-actions³⁸⁰, et dans la mesure où cela se justifie, nous nous référerons également à la doctrine traitant de la société anonyme.

³⁷⁹ Certains auteurs attribuent encore d'autres fonctions au capital social. Ainsi, HANDSCHIN parle de la «Warnfunktion» du capital social (§ 7 N 5). A notre avis, il ne s'agit toutefois pas d'une fonction supplémentaire. L'obligation de convoquer une assemblée générale en cas de perte de capital (art. 817 al. 1 CO) est simplement une exigence légale qui concrétise les fonctions «financement», «base de crédit» et «base de responsabilité». Selon WOHLMANN, la division en parts sociales est une des fonctions du capital social (SPR VIII/2, § 29 IV 6 [p. 322] et *GmbH-Recht*, § 5 IV 6 [p. 12 et 13]). Selon notre conception, cette «fonction» est intégrée à la fonction - plus générale - de «financement».

³⁸⁰ Voir 3.7.5. Conclusion, p. 83.

2. Financement de la société¹

2.1. Fonction

Selon la doctrine, le capital social a pour fonction de fournir à la société à responsabilité limitée une fortune nette minimum, nécessaire au fonctionnement de la société³⁸¹. Autrement dit, le capital social a pour fonction de doter la société d'une fortune sociale nette indépendante de la fortune personnelle de ses associés, et dont elle peut disposer en tant que «Betriebskapital», afin de réaliser son but social. Cette fonction existe non seulement au moment de la constitution de la société, mais subsiste pendant toute sa vie sociale.

2.2. Moyens pour réaliser la fonction

Le législateur entend assurer le financement par le principe de la constitution effective du capital social, et par celui du maintien du capital social, principes qui sont concrétisés par de nombreuses dispositions légales.

S'agissant du principe de la constitution effective du capital social, nous nous permettons de renvoyer à l'analyse se trouvant dans la quatrième partie de cette étude³⁸². En revanche, en ce qui concerne le principe du maintien du capital social, comme ce dernier ne fera pas l'objet d'un examen approfondi, quelques précisions s'imposent.

Le principe du maintien du capital social a deux composantes. La première, qui peut être qualifiée de formelle, est concrétisée par l'invariabilité du capital social fixé par les fondateurs de la société, sauf procédure d'augmentation (art. 786 et 787 CO) ou de réduction (art. 788 CO). Autrement dit, le capital social qui figure dans les statuts (art. 776 ch. 3 CO) et qui est inscrit au registre du commerce (art. 781 ch. 5 CO), est en principe invariable³⁸³. La deuxième composante peut être qualifiée de matérielle. Elle est concrétisée par les dispositions légales qui ont pour but de maintenir tout au long de la vie sociale une fortune sociale nette minimum, qui correspond au moins au capital social³⁸⁴.

Enfin, nous insistons sur le fait que tant le principe de la constitution effective que celui du maintien du capital social sont renforcés par la responsabilité des

³⁸¹ Dans ce sens; GEGENBAUER, p. 21 ss; HOF, p. 5; OCHSNER, p. 3 (pour le capital-actions); RAMMELMEYER, p. 81.

³⁸² Voir IV. La constitution effective du capital social initial, p. 101 ss.

³⁸³ Sur ce point, voir 2.5. Augmentation et réduction du capital social selon des règles déterminées, p. 52.

³⁸⁴ A ce sujet, voir 2.8. Fortune sociale nette minimum à maintenir, p. 57 ss.

associés au sens de l'article 802 CO³⁸⁵ ainsi que, en dernier recours, par celle des organes (art. 827 CO qui renvoie aux art. 752 ss [a]CO).

2.3. Réalisation de la fonction

Grâce aux moyens légaux susmentionnés, le capital social peut en principe remplir sa fonction en matière de financement. Par rapport au financement par des fonds étrangers, le recours au capital social protège la société, puisque les moyens mis à disposition par les associés en exécution de leurs obligations d'apport³⁸⁶ ne devront pas être restitués. Sauf réduction (art. 788 CO), le capital social remplit ainsi sa fonction de financement durant toute la vie sociale. En revanche, le financement par le capital social n'empêche pas la société de faire des pertes, et de «distribuer» ainsi de manière involontaire les moyens mis à disposition. Enfin, nous insistons déjà maintenant sur le fait que, d'un point de vue économique, le capital social n'est pas nécessairement le moyen le plus adéquat pour assurer le financement des activités de la société³⁸⁷.

³⁸⁵ Voir 2.9. Limite supérieure de la responsabilité des associés pour les obligations sociales, p. 59 ss.

³⁸⁶ Voir à ce sujet 3.2.3. Effets de la souscription, p. 128 ss.

³⁸⁷ Voir 2.4. La nécessité d'un capital social, p. 213 ss ainsi que 2.5. Le capital social minimum, p. 239 ss.

3. Base de crédit pour la société

3.1. Fonction

Selon la doctrine, le capital social sert comme base de crédit à la société³⁸⁸.

3.2. Moyens pour réaliser la fonction

Voir 2.2. Moyens pour réaliser la fonction, p. 93 ss.

3.3. Réalisation de la fonction

Malgré les moyens légaux tendant à assurer la constitution effective et le maintien du capital social, ce dernier ne joue à notre avis qu'un rôle limité en tant que base de crédit, ceci pour les raisons suivantes:

premièrement, le crédit dont dispose une société à responsabilité limitée auprès des tiers est essentiellement lié à la personnalité des gérants³⁸⁹. La confiance octroyée individuellement aux gérants est ainsi un des facteurs principaux pour l'octroi d'un crédit³⁹⁰;

deuxièmement, indépendamment de la personnalité des gérants³⁹¹, la base de crédit dépend, dans une plus large mesure que dans la société anonyme, des associés eux-mêmes³⁹². Nous pensons ici au régime de responsabilité au sens des articles 772 al. 2/2 et 802 CO, qui fait dépendre la base de crédit de la société de la situation financière personnelle de chacun des associés. Ceci vaut plus particulièrement lorsque les parts sociales n'ont été libérées que partiellement;

³⁸⁸ Par exemple: ATTESLANDER, p. 179; GEGENBAUER, p. 25 ss; JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 772 CO, N 19; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 18 N 22; MÜLLER, HANS WERNER, p. 11; OCHSNER, p. 3 et 16 (pour le capital-actions); RAMMELMEYER, p. 82 (*Kreditfonds*); VON STEIGER, ZK, ad art. 772 CO, N 14; WOHLMANN (implicitement), SPR VIII/2, 37 II 2 d (p. 381) ainsi que *GmbH-Recht*, § 13 II 2 d (p. 72). Voir également: Revision des Obligationenrechts, Kommission des Ständerates, Referat zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung, p. 5 (*Kreditwürdigkeit*); BO CE du 25 septembre 1931, p. 628 (*Kreditwürdigkeit*).

³⁸⁹ Ceci vaut notamment lorsque la société ne dispose pas d'un organe de contrôle (art. 819 al. 2 CO).

³⁹⁰ Dans ce sens GEGENBAUER, p. 25. Nous relevons toutefois que ce crédit est essentiellement «subjectif», puisque les gérants ne sont, sauf exception, pas personnellement responsables des dettes de la société à responsabilité limitée.

³⁹¹ Tous les associés ne sont pas nécessairement des gérants (art. 811 ss CO).

³⁹² Dans ce sens GEGENBAUER, p. 28 et MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 18 N 22.

troisièmement, l'existence d'un capital social n'implique pas une situation patrimoniale favorable de la société³⁹³, et ne peut, par conséquent, pas servir de garantie pour le remboursement d'un crédit³⁹⁴. A noter qu'en pratique, les crédits bancaires ne sont pas simplement accordés en raison de la seule existence d'un capital social. D'autres éléments, tels que le cash flow, le capital propre et la tenue de comptabilité jouent un rôle déterminant³⁹⁵.

³⁹³ Voir 3.4. La fortune de la société, p. 70 ss.

³⁹⁴ Sur ce point, VON STEIGER est très clair: «In Wirklichkeit hängt aber die Stellung der Gläubiger, damit auch die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft, vom Gesellschaftsvermögen ab, das, wie erwähnt, grösser oder geringer als das Stammkapital sein kann» (VON STEIGER, ZK, ad art. 772 CO, N 14).

³⁹⁵ Voir à ce sujet ASSOCIATION SUISSE DES BANQUIERS, not. p. 9 et 16 ss; BOEMLE, p. 85 ss ainsi que SCHNEIDER, MAREEN, AG 1998, p. 373 ss (voir bibliographie sous Allemagne).

4. Base de responsabilité et base de garantie pour les créanciers

4.1. Fonction

Selon les auteurs, le capital social a une fonction de base de responsabilité ou de base de garantie³⁹⁶. Cette fonction est étroitement liée à la fonction de base de crédit (voir 3.1. Fonction, p. 95).

4.2. Moyens pour réaliser la fonction

Voir 2.2. Moyens pour réaliser la fonction, p. 93 ss.

4.3. Réalisation de la fonction

La fonction de base de responsabilité ou de base de garantie ne peut pas être remplie par le capital social en tant que tel. En effet, seule la fortune peut répondre des dettes^{397, 398}. Le capital social, qui est un nombre comptable inscrit au passif du bilan et qui ne fait pas partie de la fortune sociale³⁹⁹, ne peut pas

³⁹⁶ Dans ce sens: ATTESLANDER, p. 166 et 179 (*garantie*); BERNHARD, p. 40 (*Mindestgarantie- und Haftungsfonds*); BIERMANN, p. 44 (*Garantiefonds*); CANNER, p. 5 (*Haftungsfonds*); CARRY, *FJS* 799 - 804, p. 9 (*fonds de garantie*); CORRADINI, p. 43 (*Mindestgarantiefonds*); FANCONI, p. 24 (*Haftungsfonds*); HAAB, *Ergebnisse*, RJB 1926 (62), p. 157 (*Mindestgarantiefonds*); JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 772 CO, N 19 (*Garantiefonds*); RAMMELMEYER, p. 82 (*Garantiefonds*); SCHOCH, p. 54 (*Garantie-Fonds*); STARK, p. 29 (*Garantiefonds*); VON STEIGER, ZK, ad art. 722 CO, N 14 (*Garantiekapital*) et *FJS* 799, p. 6 (*capital de garantie*); VERDA, p. 49 (*garanzia*); WERNER, p. 15 (*Garantiefonds*); WOHLMANN, *SPR* VIII/2, § 29 IV 6 (p. 322) et *GmbH-Recht*, § 5 IV 6 (p. 12) (*Garantiefonds*). Voir également BAUDENBACHER, BaK, ad art. 772 CO, N 20 ss et HANDSCHIN, *GmbH*, § 7 N 2 ss. L'utilisation du terme «fonds» (ou «capital») n'est toutefois pas très heureuse, puisqu'elle fait penser à un actif et non pas à un passif. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (§ 18 N 22) parlent de manière plus neutre de «Haftungs- und Kreditbasis». Nous employons par conséquent les expressions «base de responsabilité» et «base de crédit».

³⁹⁷ «Haftung ist somit eine Eigenschaft eines Vermögens, die dadurch entsteht, dass der Träger dieses Vermögens eine Verpflichtung übernimmt» (KAUFMANN, p. 39). Voir également VON STEIGER, ZK, ad art. 772 CO, N 23. En général: KRAMER/SCHMIDLIN, BK, *Allgemeine Einleitung in das schweizerische OR*, N 104; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZK, *Vorbemerkungen vor Art. 1 OR*, N 51; VON TUHR/PETER, *Band I*, § 2 VII, p. 17 ss.

³⁹⁸ Selon NOBEL, qui s'est récemment exprimé sur la même question par rapport au capital-actions «Juristen, die vom Grundkapital als Haftungssubstrat sprechen, bewegen sich noch in der Gedankenwelt des 19. Jahrhunderts» (NOBEL, *Unternehmensfinanzierung*, AG 1998, p. 356).

³⁹⁹ Voir 3.4.1. Introduction, p. 70 ss.

constituer une véritable garantie pour les créanciers⁴⁰⁰. Certains auteurs mentionnent expressément ce point⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ Si, à titre subsidiaire (voir art. 802 CO), l'associé exceptionnellement répond personnellement des dettes sociales, cela ne change rien au principe. Dans cette hypothèse, c'est la fortune (personnelle) des associés qui répond des dettes sociales, et non pas le capital social.

⁴⁰¹ Par exemple: HANDSCHIN, *GmbH*, § 7 N 3 et VON STEIGER, ZK, ad art. 772 CO, N 14. A noter que VON STEIGER s'exprime moins clairement dans une autre publication (*FJS* 799, p. 6). Pour la société anonyme, la loi dit d'ailleurs expressément que les dettes sont garanties par l'actif social (voir art. 620 al. 1 CO).

5. Limitation du risque économique personnel des associés

5.1. Fonction

Le capital social a pour fonction de limiter le risque économique personnel des associés de la société à responsabilité limitée.

5.2. Moyens pour réaliser la fonction

La limitation du risque économique personnel des associés est concrétisée par les articles 772 al. 2/2 et 802 CO⁴⁰².

5.3. Réalisation de la fonction

Cette fonction du capital social est en principe réalisée. La responsabilité de chaque associé pour les dettes sociales ne dépasse pas le montant désigné par le capital social. Cette limite subsiste indépendamment de l'importance du surendettement.

⁴⁰² Voir 2.9. Limite supérieure de la responsabilité des associés pour les obligations sociales, p. 59 ss.

6. Conclusion

Le capital social a des fonctions multiples, qui visent la protection de la société, des tiers, ainsi que des associés.

Bien que ses fonctions soient importantes, il ne faut pas perdre de vue que le capital social ne permet de les réaliser que partiellement. Ceci vaut notamment pour ce qui est de sa fonction de base de garantie: l'existence d'un capital social n'offre pas de garantie concrète aux créanciers sociaux quant au remboursement de leurs créances.

Le capital social ne pouvant pas pleinement réaliser ses fonctions, se pose la question de son utilité. Le capital social est-il véritablement indispensable? Faut-il le maintenir lors de la révision du droit de la société à responsabilité limitée? Ces questions feront l'objet d'une analyse approfondie dans la dernière partie de ce travail⁴⁰³.

⁴⁰³ Voir notamment 2.4. La nécessité d'un capital social, p. 213 ss ainsi que 2.5. Le capital social minimum, p. 239 ss.

IV. La constitution effective du capital social initial

1. Introduction

Afin que le capital social remplisse au mieux ses fonctions⁴⁰⁴, le législateur doit tout mettre en oeuvre pour qu'il soit effectivement constitué.

La constitution effective du capital social a deux composantes distinctes, mais néanmoins étroitement liées.

La première peut être qualifiée de formelle. Il s'agit de la nécessité de doter la société à responsabilité limitée d'un capital social. La réglementation légale de cette composante fera l'objet d'une analyse dans le chapitre suivant, intitulé «Fixation du capital social»⁴⁰⁵.

La deuxième peut être qualifiée de matérielle. Il s'agit de la nécessité de doter la société à responsabilité limitée d'une fortune sociale correspondant au capital social, et de donner à la société les moyens de se la procurer. En général, l'expression «constitution effective du capital social» est utilisée pour désigner uniquement cette deuxième composante. Comme il s'agit d'une composante étroitement liée à la fortune sociale, nous lui préférons toutefois l'expression «constitution de la fortune sociale», qui fera l'objet d'une analyse au 3^e chapitre⁴⁰⁶.

Il s'agira ainsi de déterminer dans quelle mesure le droit actuellement en vigueur assure la constitution effective du capital social dans ses deux composantes.

Avant cela, quatre remarques préliminaires s'imposent.

1. La constitution effective du capital social est essentiellement assurée par les dispositions légales traitant spécifiquement de la société à responsabilité limitée. A cela s'ajoutent, en application de l'article 7 CC, les dispositions générales du droit des obligations et, par renvoi, certaines dispositions régissant la société anonyme. En ce qui concerne plus particulièrement les dispositions générales du droit des obligations, leur application ne saurait entrer en ligne de compte que pour autant qu'elles soient compatibles avec le droit de la société à responsabilité limitée, notamment avec la volonté du législateur d'assurer la constitution effective du capital social.

Il est possible que les dispositions légales traitant de la constitution effective du capital social soulèvent des problèmes d'interprétation ou soient lacunaires. La constitution effective du capital social étant un des buts principaux

⁴⁰⁴ Voir III. Les fonctions du capital social, p. 91 ss.

⁴⁰⁵ Voir 2. Fixation du capital social, p. 104 ss.

⁴⁰⁶ Voir 3. Constitution de la fortune sociale, p. 126 ss.

poursuivis par le législateur⁴⁰⁷, ce but peut être utilisé soit comme élément d'interprétation (interprétation téléologique), soit pour combler les lacunes au sens de l'article 1 al. 2 CC. Vu la ressemblance du capital social et du capital-actions⁴⁰⁸, la réglementation légale de ce dernier et la doctrine y relative peuvent également servir à l'interprétation ou au comblement des lacunes. Nous insistons cependant sur le fait que l'application par analogie du droit de la société anonyme n'est admissible que dans la mesure où cela n'est pas contraire à des caractéristiques spécifiques de la société à responsabilité limitée.

2. Notre étude ne porte que sur la constitution effective du capital social fixé avant la naissance de la société (le capital social initial). Elle ne porte pas sur la question de la constitution effective du capital social en relation avec une augmentation du capital social en cours de vie sociale.
3. Comme notre étude porte sur la constitution effective du capital social initial, elle concerne essentiellement les règles applicables à la fondation d'une société à responsabilité limitée. Cela vaut notamment pour la fixation du capital social, ainsi que pour la souscription des parts sociales qui représente le premier aspect de la constitution de la fortune sociale.
4. Enfin, nous soulignons qu'en ce qui concerne l'analyse des règles applicables à la fondation de la société, notre étude n'a aucune prétention d'exhaustivité. L'analyse ne s'effectuera que dans la mesure où elle est nécessaire pour déterminer l'efficacité des règles applicables à la fondation en vue de la constitution effective du capital social initial.

⁴⁰⁷ On parle même souvent du «principe de la constitution effective du capital social».

⁴⁰⁸ Voir 3.7. Le capital-actions de la société anonyme, p. 78 ss.

2. Fixation du capital social

2.1. Définition

La fixation du capital social est la première composante de la constitution effective du capital social. Elle consiste en «l'attribution» d'un capital social à la société à responsabilité limitée, en faisant figurer son nombre (ou chiffre)⁴⁰⁹ dans les statuts de la société, ainsi qu'au registre du commerce.

2.2. Principe

2.2.1. Introduction

En vertu de l'article 776 ch. 3 CO, l'indication du montant du capital social fait partie des clauses nécessaires des statuts de la société qui doivent être arrêtés lors de l'établissement de l'acte constitutif (art. 779 al. 1 CO), c'est-à-dire au moment de la constitution interne de la société⁴¹⁰. Le capital social est inscrit au registre du commerce (art. 781 ch. 5 CO). Il ne peut pas être inférieur à 20 000 francs et ne peut excéder 2 millions de francs (art. 773 CO).

2.2.2. Fondation par transformation d'une société anonyme

Une société anonyme peut être transformée, sans liquidation, en une société à responsabilité limitée (art. 824 ss CO). La transformation exige actuellement la dissolution de la société anonyme, et la création d'une nouvelle société à responsabilité limitée⁴¹¹. En application de l'article 773 CO, cette dernière doit nécessairement avoir un capital social entre 20 000 francs et 2 millions de

⁴⁰⁹ En ce qui concerne cette terminologie, voir 2.3. Un nombre d'unités monétaires légales suisses (francs suisses), p. 48 ss ainsi que la note 203.

⁴¹⁰ A ce sujet, voir également 2.4. Déterminé à l'avance, p. 50 ss.

⁴¹¹ L'identité juridique n'est pas sauvegardée lors de la transformation (HÜNERWADEL, BaK, ad art. 824 CO, N 1 ss; VON STEIGER, ZK, ad art. 826 CO, N 1; voir également: DUBS, ARC 1996, p. 45 ss; LEDERER, ARC 1994, p. 51 ss; MEISTERHANS, p. 50 ss; SCHAUB, FJS 791A, p. 6; À WENGEN, RDS 1940 [59], 1 ss, not. p. 20). Selon les articles 68 ss de l'avant-projet de loi sur la fusion, la scission et la transformation de sujets (loi sur la fusion), de novembre 1997 (ci-après: AP Lfus), la transformation d'une société anonyme (notamment) en une société à responsabilité limitée pourra se faire sans dissolution et sans transfert des rapports juridiques (principe de la continuité: l'identité juridique est sauvegardée). Toutefois, en vertu de l'article 72 AP Lfus les dispositions concernant la fondation de la société à responsabilité limitée s'appliquent en principe à la fondation. Ceci vaut notamment pour les exigences relatives au capital social (voir RAPPORT EXPLICATIF AP LFUS, p. 58 et 59).

francs⁴¹². De plus, en vertu de l'article 824 ch. 1 CO, le capital de la nouvelle société ne doit pas être inférieur à celui de la société anonyme dissoute⁴¹³. Or, lorsque le capital de la société anonyme à dissoudre dépasse 2 millions de francs, le respect simultané des articles 773 et 824 ch. 1 CO est impossible⁴¹⁴. Dans ces circonstances, une réduction préalable du capital de la société anonyme s'impose⁴¹⁵.

L'application de l'article 824 ch. 1 CO soulève toutefois un problème d'interprétation supplémentaire lorsque la société anonyme à dissoudre dispose d'un capital-participation. En effet, quel sens faut-il donner au terme «capital»⁴¹⁶? Désigne-t-il uniquement le capital-actions ou également le capital-participation?

Selon la théorie du renvoi statique, le droit de la société à responsabilité limitée se réfère toujours à l'ancien droit de la société anonyme⁴¹⁷. Or, il ne fait aucun doute qu'en utilisant le terme «capital» le législateur de 1936 visait exclusivement le capital-actions⁴¹⁸. En d'autres termes, selon cette théorie, pour respecter l'article 824 ch. 1 CO, il suffirait que le capital social de la nouvelle société ne soit pas inférieur au capital-actions de la société anonyme. En revanche, selon la théorie du renvoi dynamique, le terme «capital» se réfère au nouveau droit de la société anonyme⁴¹⁹. Or, le nouveau droit de la société anonyme n'utilise pas ce terme. Il a été remplacé par le terme «capital-actions»⁴²⁰. De plus, en vertu de l'article 656a al. 2 CO, toutes les dispositions relatives au capital-actions - sauf exceptions prévues par la loi - sont applicables au capital-participation. Autrement dit, lorsque selon le nouveau droit il est question du capital-actions, le législateur vise en principe également le capital-participation⁴²¹.

⁴¹² Par exemple: JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 824 CO, N 6.

⁴¹³ Par exemple: VON STEIGER, ZK, ad art. 826 CO, N 13.

⁴¹⁴ En revanche, le respect du montant minimum du capital social au sens de l'article 773 CO ne pose aucun problème. Le capital-actions de la société anonyme étant nécessairement supérieur à 50 000 francs (art. 621 CO et 2 al. 2 DF), le respect de l'article 824 ch. 1 CO implique automatiquement le respect de l'article 773 CO. En raison de l'absence d'exigence légale quant au montant minimum du capital-actions d'une société anonyme avant 1936, la doctrine ancienne envisageait toutefois également ce cas de figure (HEFTI, p. 38; A WENGEN, RDS 1940 [59], p. 1 ss, not. p. 23).

⁴¹⁵ Par exemple: HEFTI, p. 38 et 39; HÜNERWADEL, BaK, ad art. 824 CO, N 3; JÖRG, p. 51 et 52. Selon une partie de la doctrine, certains actionnaires pourraient renoncer à participer au capital social de la nouvelle société afin de ne pas excéder la limite posée par l'article 773 CO (CARRY, FJS 799 - 804, p. 51; JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 828 CO, N 6; VON STEIGER, ZK, ad art. 826 CO, N 13). A notre avis, cette solution viole l'article 824 ch. 1 CO et ne saurait être retenue. Une réduction formelle préalable du capital-actions est indispensable, lorsqu'il excède 2 millions de francs.

⁴¹⁶ En allemand il est question de «Grundkapital». En italien, on parle du «capitale sociale».

⁴¹⁷ Voir p. 38.

⁴¹⁸ JÖRG, p. 47. Le capital-participation n'était pas encore réglementé dans l'ancien droit de la société anonyme.

⁴¹⁹ Voir p. 38.

⁴²⁰ Voir 3.7.2. Précisions terminologiques, p. 79 ss.

⁴²¹ Dans ce sens FORSTMÖSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 1 N 40 et WIDMER, CHRISTOPH K., p. 10 ss.

Ainsi, notamment en matière de protection du capital, le capital-actions et le capital-participation doivent être considérés ensemble⁴²². Au vu de ce qui précède, le capital-participation de la société anonyme devrait être pris en compte en vertu de l'article 824 ch. 1 CO.

Dans ces circonstances, une autre question se pose: le capital social de la nouvelle société doit-il être au moins égal au capital-actions et au capital-participation de la société à dissoudre ou, en revanche, la nouvelle société doit-elle, pour se conformer à l'article 824 ch. 1 CO, recourir à un capital social et à un capital-participation au moins égal à ceux de la société anonyme? Si nous donnons notre préférence à la deuxième solution, puisqu'elle permet d'éviter la transformation du capital-participation en capital social, nous relevons toutefois qu'elle dépend de l'admissibilité d'un capital-participation pour la société à responsabilité limitée⁴²³.

Il n'en reste pas moins que la situation juridique est actuellement peu claire quant aux effets d'un éventuel capital-participation sur le capital social de la nouvelle société à responsabilité limitée⁴²⁴.

2.2.3. *Appréciation*

La société à responsabilité limitée doit nécessairement avoir un capital social entre 20 000 francs et 2 millions de francs.

Ces limites valent également lors d'une fondation par transformation d'une société anonyme. Lorsque la société anonyme possède un capital-actions supérieur à 2 millions de francs, une réduction doit précéder la transformation. Enfin, lorsque la société anonyme à dissoudre possède un capital-participation, l'influence de ce dernier sur le capital social de la société à créer est actuellement incertaine. Lors de la révision du droit de la société à responsabilité limitée (ou dans la future loi sur la fusion des sujets⁴²⁵), cette incertitude devrait être éliminée.

⁴²² Article 656b al. 3 CO. Voir MESSAGE 1983, (ch. 317.2, tiré à part, p. 145).

⁴²³ Voir 3.2.2-2. Le capital-participation, p. 64 ss.

⁴²⁴ Selon l'article 71 al. 3 AP Lfus, le sujet doit attribuer des parts sociales équivalentes ou des parts sociales avec droit de vote aux titulaires de parts sociales sans droit de vote. Indépendamment de l'admissibilité des bons de participation pour la société à responsabilité limitée, une transformation en société à responsabilité limitée est possible. Le capital-participation devra le cas échéant (en cas d'inadmissibilité des bons de participation) être transformé en capital social.

⁴²⁵ Voir la solution de l'AP Lfus à la note 424.

2.3. Règles protectrices préventives

2.3.1. Introduction

Afin d'assurer le respect de l'exigence légale d'un capital social entre 20 000 francs et 2 millions de francs au moment de la naissance de la société à responsabilité limitée, le législateur a prévu diverses règles protectrices préventives liées à la procédure de fondation.

Il s'agit d'apprécier l'efficacité de ces règles par rapport aux défauts dont peut être affecté le capital social. Cinq défauts entrent essentiellement en ligne de compte.

Premièrement, le capital social peut faire entièrement défaut. Deuxièmement, il peut être inférieur à 20 000 francs. Troisièmement, il peut être supérieur à 2 millions de francs. Quatrièmement, il peut être fixé non pas en francs suisses, mais dans une autre monnaie. Cinquièmement, il peut être fixé de manière approximative ou variable. Le législateur a prévu deux échelons de protection préventive. D'une part, la constitution interne de la société à responsabilité limitée implique impérativement le recours à un officier public. D'autre part, la naissance de la société à responsabilité limitée est subordonnée à son inscription au registre du commerce, ce qui implique un contrôle effectué par le préposé au registre du commerce, ainsi que par l'Office fédéral du registre du commerce.

2.3.2. Contrôle par l'officier public

Le capital social doit figurer dans les statuts de la société à responsabilité limitée (art. 776 ch. 3 CO). Lors de l'établissement de l'acte constitutif, qui doit revêtir la forme authentique (art. 779 al. 1 CO)⁴²⁶, l'officier public doit procéder à une vérification des statuts⁴²⁷. En vertu de son obligation générale de défendre les intérêts de ses clients (*Interessenwahrungspflicht*), l'officier public doit tout mettre en œuvre pour instrumenter un acte valable, propre à être inscrit au re-

⁴²⁶ La notion de la forme authentique appartient au droit fédéral, mais ses modalités relèvent du droit cantonal. En ce qui concerne la forme authentique en général, voir HUBER, HANS, RNRF 1988 (69), p. 228 ss; KÜNG, *Urabstimmung*, NB 1997, p. 1 ss, not. p. 3 ss; PERRIN, p. 36 ss; SCHMID, JÖRG, RNRF 1993 (74), p. 1 ss, not. p. 2 ss; SCHWEIZER, BaK, ad art. 11 CO, N 8 ss. Voir également ATF 125 III 131, not. p. 133 (fr.); ATF 124 I 297, not. p. 299 (fr.); ATF 113 II 402, not. p. 403 et 404 / JdT 1988 I 67, not. p. 68; ATF 106 II 146, not. p. 147 et 148 / JdT 1980 I 580, not. p. 581; ATF 99 II 159, not. p. 161 et 162 / JdT 1974 I 66, not. p. 68 et 69.

⁴²⁷ L'officier public n'a toutefois pas l'obligation d'établir lui-même les statuts, et les statuts ne doivent pas revêtir la forme authentique (par exemple: BRÜCKNER, p. 836 [note de bas de page 113] et PERRIN, p. 135).

giste public⁴²⁸. Il doit refuser d'instrumenter l'acte constitutif lorsque les statuts ont un contenu manifestement contraire à des règles impératives édictées dans l'intérêt public ou pour la protection de tiers^{429, 430}.

En vertu des obligations susmentionnées, l'officier public essayera d'éviter tout problème au moment de l'inscription de la société au registre du commerce. Plutôt que de choisir une solution qui apparaît critiquable⁴³¹, il optera pour une solution conforme au droit en vigueur⁴³².

2.3.3. *Contrôle par le préposé au registre du commerce et par l'Office fédéral du registre du commerce*

2.3.3-1. Introduction

La société à responsabilité limitée doit être inscrite au registre du commerce du lieu où elle a son siège (art. 780 al. 1 CO). La demande d'inscription doit être signée par tous les gérants devant le fonctionnaire préposé au registre du commerce ou être remise au bureau par écrit et revêtue des signatures dûment légalisées (art. 780 al. 2 CO). La demande d'inscription doit être accompagnée d'une expédition certifiée conforme des statuts (art. 780 al. 4/1 CO). Enfin, le capital social doit être inscrit au registre du commerce (art. 781 ch. 5 CO).

Au vu de ce qui précède, le préposé au registre du commerce doit nécessairement être informé de l'existence et de l'importance du capital social de la société dont l'inscription est demandée. Que doit-il et que peut-il faire lorsque le capital social fixé par les fondateurs est entaché des défauts susmentionnés⁴³³.

⁴²⁸ BRÜCKNER, N 911 (p. 277).

⁴²⁹ PERRIN, p. 135. Dans le même sens: BRÜCKNER, N 2980 (p. 842); SANTSCHI, RNR 1968 (49), p. 1 ss, not. p. 16 et STAHL, Weka, 3/2.3. p. 2. S'agissant plus particulièrement des actes notariés, les législations cantonales prévoient souvent une interdiction expresse d'instrumenter lorsque le contenu de l'acte est illicite. Par exemple: § 20 al. 3 de l'Ordonnance du Tribunal supérieur du canton de Zurich sur le notariat (Verordnung des Obergerichtes über die Geschäftsführung der Notariate vom 23. November 1960 [Notariatsverordnung]; Zürcher Loseblattsammlung 242.2); article 26 al. 1 lit. b de la Loi bernoise sur le notariat du 28 août 1980 (RSB 169.11).

⁴³⁰ Il doit en outre refuser d'instrumenter les statuts lorsqu'un des fondateurs ne peut pas s'engager valablement, par exemple en cas d'absence de discernement (BRÜCKNER, N 861 [p. 264], N 939 [p. 283 et 284] et N 986 ss [p. 296 ss]).

⁴³¹ Par exemple: capital social inférieur à 20 000 francs ou exprimé dans une monnaie étrangère. Selon PERRIN, qui traite de la société anonyme, l'officier public qui instrumente un acte constitutif alors que les statuts fixent un capital-actions au-dessous de 100 000 francs, viole en outre gravement son devoir de véracité (p. 143).

⁴³² Par exemple: capital social fixé à 20 000 francs.

⁴³³ Voir 2.3.1. Introduction, p. 107.

2.3.3-2. Pouvoir de cognition du préposé au registre du commerce

Selon l'article 940 CO, le préposé au registre du commerce doit vérifier si les conditions légales requises pour l'inscription sont remplies. En particulier, il doit rechercher, lors de l'inscription de personnes morales, si les statuts ne dérogent pas à des dispositions légales de caractère impératif et s'ils contiennent les clauses exigées par la loi. Cette disposition est largement reprise par l'article 21 ORC.

En vertu de la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, le pouvoir d'examen du préposé du registre du commerce est entier lorsque des dispositions légales régissant le registre du commerce sont en cause. En revanche, son pouvoir d'examen est limité, lorsqu'il a à faire à des normes de droit matériel. Dans ce cas, le préposé doit se borner à vérifier le respect des règles impératives édictées dans l'intérêt public ou en vue de la protection de tiers. S'agissant de règles dispositives ou concernant uniquement des intérêts privés, le préposé doit renvoyer les justiciables à agir devant le juge civil. Comme la délimitation entre les unes et les autres peut s'avérer difficile, l'inscription au registre du commerce ne doit être refusée que si elle est manifestement et indubitablement contraire au droit. En revanche, si l'interprétation de la disposition légale impérative est plausible, le préposé doit procéder à l'inscription⁴³⁴.

Afin de déterminer si le préposé au registre du commerce doit refuser l'inscription de la société à responsabilité limitée dont les statuts sont entachés d'un des défauts susmentionnés⁴³⁵, il faut, dans un premier temps, vérifier si le défaut touche une norme relevant du droit du registre du commerce ou une norme du droit matériel. Si la norme en cause relève du droit matériel, il faut déterminer si elle est impérative et destinée à protéger l'intérêt public ou des tiers.

En ce qui concerne le premier défaut possible, à savoir l'absence d'un capital social, il n'est pas aisé de déterminer si l'exigence d'un capital social relève du droit du registre du commerce ou du droit matériel. A notre avis, il s'agit d'une

⁴³⁴ ATF 117 II 186, not. p. 188 / JdT 1993 I 85, not. p. 87; ATF 114 II 68, not. p. 69 et 70 / JdT 1989 I 17, not. p. 18. Voir également RAPPORT EXPLICATIF AP LFUS, p. 64 ss. Malgré certaines critiques (BÄR, *Kognitionsbefugnisse*, NB 1978, p. 410 ss; DE BEER, RDS 1995 [114] I, p. 81 ss; KOCH, THOMAS, *Zwangsverfahren*, p. 106 ss; MEIER-SCHATZ, RDS 1989 [108] I, p. 439 ss, not. p. 446 - 452, 459 et 460) le Tribunal fédéral a confirmé sa jurisprudence (voir jugement du 25.2.1998 [TVR 1997, p. 88 et 89 (no 13)]; jugement 4A.12/1997 du 12.2.98 [in: NZZ du 13.5.1998, no 110, p. 25 et Praxis 1998 no 120, p. 677, not. p. 678]; ATF 123 III 473 ss / JdT 1998 I 311 ss [considérant 7 (non publié), voir FORSTMOSER, *Widerrufbarkeit*, RSDA 1998 (70), p. 150 ss, not. p. 155 et 156]; ATF 121 III 368, not. p. 371 [fr.] ainsi que, plus récemment, jugement du 20 novembre 1998 (ATF 125 III 18, not. p. 21 [fr.]). Voir également la décision du Département de la Justice du canton de Bâle-Ville du 14 août 1995 (NB 1997, p. 89 ss).

⁴³⁵ Voir 2.3.1. Introduction, p. 107.

règle qui relève à la fois du droit du registre du commerce et du droit matériel. D'une part, toute société à responsabilité limitée doit nécessairement avoir un capital social⁴³⁶ (droit matériel), d'autre part, le capital social doit être inscrit au registre du commerce (art. 781 ch. 5 CO, droit du registre du commerce). S'agissant d'une règle de droit formel du registre du commerce, le préposé possède le plein pouvoir de cognition. L'inscription d'une société à responsabilité limitée sans capital social doit par conséquent être refusée⁴³⁷.

Le deuxième défaut possible, à savoir un capital social inférieur à 20 000 francs, touche une disposition de droit matériel. Il contrevient à l'article 773 CO. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral⁴³⁸, le préposé doit refuser l'inscription de la société, si l'on considère que l'article 773 CO est de droit impératif et qu'il est destinée à protéger le public ou des tiers. Il faut toutefois que l'inscription soit manifestement contraire au droit. Or, le caractère impératif de la règle exigeant un capital social d'au moins 20 000 francs ne fait aucun doute⁴³⁹. De plus, dans l'esprit du législateur, cette exigence est clairement destinée à protéger l'intérêt public, ainsi que les tiers. Au vu de ce qui précède, le préposé au registre du commerce doit refuser l'inscription d'une société à responsabilité limitée dont les statuts prévoient un capital social inférieur 20 000 francs⁴⁴⁰.

Le troisième défaut possible, un capital social supérieur à 2 millions de francs touche également au droit matériel. L'article 773 CO exige que le capital social ne dépasse pas 2 millions de francs. Le caractère impératif de cette limite est reconnu unanimement par les auteurs⁴⁴¹. Il a également pour but - dans l'esprit du législateur - de protéger le public, ainsi que les tiers⁴⁴². Au vu de ce qui précède, l'inscription au registre du commerce qui contreviendrait à cette règle doit être refusée par le préposé⁴⁴³.

Le quatrième défaut possible, à savoir un capital social exprimé non pas en francs suisses, mais dans une autre monnaie, touche également au droit maté-

⁴³⁶ Ceci ressort notamment des articles 772 et 773 CO.

⁴³⁷ Si l'on part de l'idée que l'exigence d'un capital social est uniquement une règle de droit matériel, l'inscription doit également être refusée en application de la jurisprudence du Tribunal fédéral (voir jurisprudence citée à la note 434). L'exigence d'un capital social relève manifestement du droit impératif et a été introduite dans un intérêt public, ainsi que pour protéger les tiers (voir notamment III. Les fonctions du capital social, p. 91 ss).

⁴³⁸ Jurisprudence citée à la note 434.

⁴³⁹ BAUDENBACHER, BaK, ad art. 773 CO, N 3 ainsi que les auteurs cités.

⁴⁴⁰ BAUDENBACHER, BaK, ad art. 773 CO, N 3; MEISTERHANS, *Prüfungspflicht*, p. 427. Du même avis, en ce qui concerne le capital-actions minimum, voir WIDMER, CHRISTOPH K., p. 79.

⁴⁴¹ Par exemple: BAUDENBACHER, BaK, ad art. 773 CO, N 2 ainsi que les auteurs cités.

⁴⁴² Elle doit empêcher les grandes entreprises de choisir la forme de la société à responsabilité limitée (MESSAGE 1928, FF 1928 I p. 306). Celles-ci doivent choisir la forme, plus exigeante (organe de contrôle obligatoire, etc.), de la société anonyme. A noter que la limite supérieure du capital social a également pour but de protéger les associés, en limitant l'importance de leur responsabilité personnelle pour les dettes sociales au sens de l'article 802 CO.

⁴⁴³ Par exemple: BAUDENBACHER, BaK, ad art. 773 CO, N 3; MEISTERHANS, *Prüfungspflicht*, p. 426 et 427.

riel. L'article 773 CO exige que le capital social soit exprimé en francs suisses. Se pose alors la question du caractère impératif ou dispositif de cette exigence. Il s'agit manifestement d'une règle de droit impératif⁴⁴⁴, édictée dans un intérêt public et pour protéger les tiers⁴⁴⁵. Le préposé du registre du commerce doit par conséquent refuser l'inscription d'une société à responsabilité limitée dont le capital social n'est pas exprimé en francs suisses⁴⁴⁶.

Enfin, pour les mêmes raisons le préposé au registre du commerce doit refuser l'inscription de la société lorsque le capital social est fixé de manière approximative ou variable (cinquième défaut).

2.3.3-3. Office fédéral du registre du commerce

En cas de contrôle positif, le préposé au registre du commerce procède à l'inscription au journal de la société à responsabilité limitée (art. 19 al. 2/1 ORC). En application de l'article 114 al. 1 ORC, il transmet alors à l'Office fédéral du registre du commerce une copie de l'inscription. L'Office fédéral l'examine et, s'il constate qu'elle est conforme aux prescriptions, en ordonne la publication (art. 115 al. 1 ORC) dans la Feuille officielle suisse du commerce. L'approbation des inscriptions par l'Office fédéral est une condition de validité (art. 115 al. 2/1 ORC). Dès que l'inscription a été publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce, elle doit être transcrite dans le registre principal (art. 11 ORC).

L'efficacité de l'examen de l'inscription par l'Office fédéral du registre du commerce par rapport aux défauts susmentionnés⁴⁴⁷ dépend de l'étendue de son pouvoir de contrôle. Or, selon la doctrine, ce pouvoir est le même que celui du

⁴⁴⁴ VON STEIGER, ZK, ad art. 773 CO, N 3 (implicitement). Le fait qu'une succursale d'une société étrangère ne doive pas exprimer le capital social de l'établissement principal en francs suisses ne constitue pas une véritable exception (voir à ce sujet, p. 49 et 50).

⁴⁴⁵ En exigeant un capital social en francs suisses, le législateur impose une référence connue du public et des créanciers (suisses) et limite les risques de dépréciation. Nous pensons notamment à la fixation d'un capital social en une monnaie étrangère qui, en cours de vie sociale, perd rapidement de la valeur par rapport au franc suisse. En cas de libération partielle, le risque serait encore plus grand.

⁴⁴⁶ Dans le même sens HIS, BK, ad art. 932 CO, N 25. A notre avis cela vaut également lorsque le capital social exprimé en monnaie étrangère (convertie en francs suisses) est égal ou supérieur à 20 000 francs. En revanche, selon KÜNG, qui traite de la société anonyme, le caractère impératif de l'exigence de fixer le capital-actions en francs suisses n'est pas manifeste et indubitable au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Ainsi, le préposé au registre du commerce ne devrait pas refuser l'inscription de la société anonyme si le montant du capital social converti en francs suisse est supérieur à 100 000 francs (voir KÜNG, *Prüfungspflicht*, RSDA 1990 [62], p. 41 ss). Nous ne partageons pas ce point de vue, en tout cas en ce qui concerne le capital social de la société à responsabilité limitée. Le caractère impératif de l'exigence concernant l'indication en francs suisses ne fait pas de doute et n'a encore jamais été contesté.

⁴⁴⁷ Voir 2.3.1. Introduction, p. 107.

préposé au registre du commerce⁴⁴⁸. Le contrôle par l'Office fédéral du registre du commerce ne va pas plus loin que celui du préposé⁴⁴⁹.

Par conséquent, lorsque la société à responsabilité limitée ne dispose pas d'un capital social, l'Office fédéral du registre du commerce ne doit pas approuver l'inscription. Il en va de même lorsque le capital social est inférieur à 20 000 francs ou supérieur à 2 millions de francs, lorsqu'il n'est pas exprimé en francs suisses ou lorsqu'il est fixé de manière approximative ou variable⁴⁵⁰.

2.3.3-4. Opposition de tiers

En vertu de l'article 32 al. 2 ORC, des tiers peuvent s'opposer d'avance à une inscription au registre du commerce⁴⁵¹. S'agissent d'une opposition concernant les conditions d'inscription dont le préposé au registre du commerce doit lui-même assurer le respect⁴⁵², ce dernier doit donner suite à l'opposition et refuser l'inscription de la société.

Pratiquement, pour des raisons essentiellement liées à la procédure de fondation simultanée, les cas d'opposition de tiers avant l'inscription sont rares. D'une part, le laps de temps entre l'établissement des statuts (et par conséquent de la fixation du capital social) et l'inscription au registre du commerce est souvent très court. D'autre part, les statuts (et par conséquent le montant du capital social) ne sont en principe pas connus d'autres personnes que les fondateurs et l'officier public. Enfin, un gérant qui se rend compte de l'irrégularité des statuts peut, s'il le désire, refuser de signer la demande d'inscription (art. 780 al. 2 CO).

2.3.4. *Appréciation*

Le concours obligatoire de l'officier public, ainsi que le contrôle effectué par le préposé au registre du commerce et par l'Office fédéral du registre du commerce, sont des moyens préventifs efficaces pour empêcher la naissance d'une société à responsabilité limitée dont les statuts fixeraient un capital social

⁴⁴⁸ ECKERT, B&K, ad art. 940 CO, N 12; FORSTMOSER, *Aktienrecht*, § 11 N 55; GAUCH, *Handelsregister*, SAS 1976 (48), p. 139 ss, not. p. 139 (note 4); MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 6 N 40.

⁴⁴⁹ Comme il ne dispose pas des documents qui accompagnent la demande d'inscription, l'Office fédéral ne peut de toute façon pas procéder à un contrôle exhaustif (voir FORSTMOSER, *Aktienrecht*, § 11 N 55 [note 86a]). Enfin, il serait parfaitement illogique d'accorder à une autorité de contrôle un pouvoir de contrôle plus étendu que celui de l'autorité qu'elle est censée contrôler.

⁴⁵⁰ Voir 2.3.3-2. Pouvoir de cognition du préposé au registre du commerce, p. 109 ss.

⁴⁵¹ Cette disposition s'applique aussi lorsqu'une personne directement intéressée s'oppose à une inscription (ATF 68 I 184, not. p. 187 / JdT 1943 I 502, not. p. 503).

⁴⁵² Voir 2.3.3-2. Pouvoir de cognition du préposé au registre du commerce, p. 109 ss.

qui ne se situerait pas entre 20 000 francs suisses et 2 millions de francs suisses.

2.4. Effets des défauts après la naissance de la société

2.4.1. Introduction

Malgré les contrôles préventifs⁴⁵³, il se peut qu'une société à responsabilité limitée soit inscrite au registre du commerce, alors qu'elle présente un des défauts susmentionnés⁴⁵⁴. Dans la mesure où cette situation n'est pas conforme aux exigences légales, elle ne saurait être tolérée. Des sanctions s'imposent afin de garantir l'existence d'un capital social au sens strict du terme. Or, contrairement au droit de la société anonyme (art. 643 al. 3 CO), les dispositions régissant la société à responsabilité limitée ne prévoient pas de sanction expresse. Le PROJET et le MESSAGE 1928, ainsi que les débats dans les commissions et dans les Chambres, ne donnent aucune indication quant à la manière dont il faut traiter une société à responsabilité limitée inscrite au registre du commerce et dont les statuts ne sont pas conformes au droit impératif.

2.4.2. Inexistence de la société

Selon l'article 783 al. 1 CO, la société acquiert la personnalité juridique par son inscription sur le registre du commerce. Conformément au principe de l'inscription réparatrice⁴⁵⁵, qui s'applique également à la société à responsabilité limitée⁴⁵⁶, l'acquisition de la personnalité se fait même lorsque les conditions légales à son inscription n'étaient pas réunies. Or, la portée du principe de l'inscription réparatrice fait l'objet d'une controverse. Selon certains, l'inscription sur le

⁴⁵³ Voir 2.3. Règles protectrices préventives, p. 107 ss.

⁴⁵⁴ Voir 2.3.1. Introduction, p. 107. En pratique, ce risque n'est toutefois pas très important. En effet, les défauts dont il est question sont aisément décelables lors des contrôles préventifs. Il en va autrement en ce qui concerne la souscription et la libération du capital social (voir 3. Constitution de la fortune sociale, p. 126 ss.)

⁴⁵⁵ *Heilende Wirkung der Handelsregistereintragung*.

⁴⁵⁶ En vertu de l'article 643 al. 2 CO, le principe de l'inscription réparatrice vaut explicitement pour la société anonyme. Malgré l'absence d'une disposition légale, son application à la société à responsabilité limitée est reconnue par tous les auteurs (par exemple: GAUCH, *Handelsregister*, SAS 1976 [48], p. 139 ss, not. p. 144; GUHL/KUMMER/KOLLER/DRUEY, p. 776; HUGUENIN JACOBS, *BaK*, ad art. 52 CC, N 20; ISSAKIDES, p. 38 et 39; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 6 N 67; NEESE, p. 61, 102, 187 et 188; PATRY, *SPR VIII/1*, § 10 II 3 a [p. 149]; SCHENKER, *BaK*, ad art. 783 CO, N 3; VON STEIGER, *ZK*, ad art. 783 CO, N 3 ss; OE STEIGER, FRITZ, *FJS* 37, p. 2; WEBER, *SPR II/4*, § 6 IV A [p. 96]; WITH, p. 78 ss; WOHLMANN, *SPR VIII/2*, § 31 II 4 a [p. 331] et *GmbH-Recht*, § 7 II 4 a [p. 20]) ainsi que - implicitement - par le Tribunal fédéral (ATF 96 II 273, not. p. 279 / *JdT* 1972 I 162, not. p. 168).

registre du commerce n'a pas d'effet réparateur en ce qui concerne l'acquisition de la personnalité, lorsque la fondation ou les statuts sont entachés de défauts jugés essentiels ou importants⁴⁵⁷. Selon d'autres, l'effet réparateur de l'inscription au registre du commerce vaut sans exception⁴⁵⁸. En d'autres termes, indépendamment du défaut dont sont entachés les statuts ou la procédure de fondation, l'inscription a pour conséquence l'acquisition de la personnalité par la société. Pour les raisons suivantes, nous partageons ce dernier point de vue.

Premièrement, l'application stricte du principe de l'inscription réparatrice tient le mieux compte des besoins de protection des tiers, notamment des créanciers, ainsi que des associés eux-mêmes. Ils savent tous qu'après l'inscription au registre du commerce, la société a pris naissance et que les engagements pris par la société envers les tiers sont par conséquent valables. La sécurité juridique s'en trouve renforcée.

Deuxièmement, l'application stricte du principe de l'inscription réparatrice écarte d'emblée toute problématique quant au genre et au type de défaut qui peuvent empêcher la société à acquérir la personnalité. En effet, les auteurs en faveur de certaines exceptions, ne s'entendent pas quant aux défauts empêchant la société d'acquiescer la personnalité. Ainsi, selon WITH, il s'agit notamment de défauts concernant certains aspects relatifs aux parts sociales, mais pas les défauts qui touchent au capital social ou à sa libération⁴⁵⁹. En revanche, selon ISSAKIDES⁴⁶⁰, il s'agit des défauts qui touchent toutes les clauses nécessaires des statuts selon l'article 776 CO (notamment le capital social et les parts sociales), à l'exception de son chiffre 4. D'autres estiment qu'il faut décider de cas en cas⁴⁶¹ ou se réfèrent aux «absolut unentbehrliche Voraussetzungen», sans préciser ce qu'il faut entendre par cette expression⁴⁶². Les avis des auteurs traitant de la même problématique en droit de la société anonyme sont également divergents⁴⁶³. Au vu de cette multitude d'avis, et à défaut d'une base lé-

⁴⁵⁷ Concernant la société à responsabilité limitée: ISSAKIDES, p. 61 ss; JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 783 CO, N 4 et 10 ss; SCHENKER, BaK, ad art. 783 CO, N 6; VON STEIGER, ZK, ad art. 783 CO, N 7 et FJS 800, p. 9 et 10; WITH, p. 33 ss et p. 87 et 88; WOHLMANN, SPR VIII/2, § 31 II 4 a (p. 331 et 332) ainsi que *GmbH-Recht*, § 7 II 4 a (p. 20 et 21). Concernant la société anonyme: FORSTMOSER, *Aktienrecht*, § 12 N 65 ss; GAUCH, *Handelsregister*, SAS 1976 (48), p. 139 ss, not. p. 144; HERY, p. 87 ss; SIEGWART, ZK, ad art. 643 CO, N 7 ss.

⁴⁵⁸ BÖCKLI, *Aktienrecht*, N 103 (pour la société anonyme); KOCH, THOMAS, *Zwangsvverfahren*, p. 54 ss, not. p. 56; MÜLLER, HANS WERNER, p. 31; NEESE, p. 245; PATRY, SPR VIII/1, § 10 II 3 b (p. 150).

⁴⁵⁹ WITH, p. 34 et 35.

⁴⁶⁰ ISSAKIDES, p. 61 ss, 73 ss et 97.

⁴⁶¹ JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 783 CO, N 10 ss. Selon ces auteurs, un capital social inférieur à 20 000 francs et supérieur à 2 millions de francs n'emporte pas la nullité de la société (voir également ad art. 773 CO, N 3).

⁴⁶² SCHENKER, BaK, ad art. 783 CO, N 6.

⁴⁶³ Par exemple: FORSTMOSER, *Aktienrecht*, § 12 N 71; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 17 N 17 et 18; HERY, p. 86; SCHENKER, BaK, ad art. 643 CO, N 11; SIEGWART, ZK, ad art. 643 CO, N 7 et 9.

gale⁴⁶⁴, il est plus sûr de n'accepter aucune exception au principe de l'inscription réparatrice.

Troisièmement, l'application sans exception du principe de l'inscription réparatrice correspond mieux à la jurisprudence récente du Tribunal fédéral concernant l'acquisition de la personnalité juridique d'une société anonyme dont le but est illicite. En effet, si dans un arrêt de 1970⁴⁶⁵, le Tribunal fédéral a vraisemblablement encore limité - conformément à la doctrine majoritaire - l'application du principe de l'inscription réparatrice aux défauts de moindre importance⁴⁶⁶, il a plus récemment décidé⁴⁶⁷ qu'une société anonyme avec un but illicite acquiert la personnalité juridique par l'inscription au registre du commerce, malgré la teneur de l'article 52 al. 3 CC. Depuis lors, cette jurisprudence a été confirmée à plusieurs reprises⁴⁶⁸. Or, bien que le Tribunal fédéral ne se soit pas expressément prononcé sur l'effet de cette jurisprudence sur les autres défauts, nous estimons qu'elle a implicitement abandonné l'ancienne distinction. Cette conclusion s'impose d'autant plus que la loi ne connaît aucune disposition semblable à l'article 52 al. 3 CC en ce qui concerne les autres défauts de fondation⁴⁶⁹.

Au vu de ce qui précède, l'inscription au registre du commerce de la société à responsabilité limitée lui fait acquérir la personnalité indépendamment d'éventuels défauts dont sont entachés sa fondation en général, ou ses statuts en particulier. L'inexistence de la société à responsabilité limitée après son inscription doit par conséquent être rejetée comme sanction des défauts que nous envisageons.

⁴⁶⁴ En droit allemand, le législateur a prévu une base légale. Le § 75 al. 1 GmbHG (D) stipule: «Enthält der Gesellschaftsvertrag keine Bestimmungen über die Höhe des Stammkapitals oder über den Gegenstand des Unternehmens oder sind die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags über den Gegenstand des Unternehmens nichtig, so kann jeder Gesellschafter, jeder Geschäftsführer und, wenn ein Aufsichtsrat bestellt ist, jedes Mitglied des Aufsichtsrates im Wege der Klage beantragen, dass die Gesellschaft für nichtig erklärt werde». Selon la doctrine allemande unanime, ce paragraphe ne s'applique toutefois qu'au cas où aucun capital social n'a été fixé, et non pas aux cas où le capital social est inférieur au capital social minimum ou lorsque le capital social est exprimé dans une autre monnaie qu'en DEM (par exemple: HÖNER, in Hachenburg, 8^e éd., ad § 75, N 11 et in Hachenburg, 7^e éd., ad § 75, N 27 [plus précis]). De plus, selon la doctrine allemande récente, la nullité dont il est question au paragraphe précité n'est pas une nullité au sens strict du terme. Malgré l'inexistence d'un capital social, la société acquiert la personnalité juridique (voir LUTTER/HOMMELHOFF, ad § 75, N 1; SCHMIDT, in Scholz, 8^e éd., ad § 75, N 1).

⁴⁶⁵ ATF 96 II 273, not. p. 279 / JdT 1972 I 162, not. p. 168 (cité à la note 456).

⁴⁶⁶ «..., weniger wichtiger Verletzungen, ...» (passage cité: ATF 96 II 279).

⁴⁶⁷ ATF 107 Ib 12 ss / JdT 1983 I 142 ss.

⁴⁶⁸ ATF 112 II 1 ss / JdT 1986 I 633 ss; ATF 115 II 401 ss / JdT 1991 I 526. Sur toute cette question, voir notamment NEESE, p. 60 ss.

⁴⁶⁹ Ceci est également l'avis de NEESE, p. 63.

2.4.3. Nullité de la disposition statutaire entachée d'un défaut

Les dispositions statutaires contraires au droit impératif sont nulles indépendamment d'un jugement⁴⁷⁰.

Comme le capital social est entièrement divisé en parts sociales, la nullité de la disposition statutaire fixant un capital social contraire aux exigences légales impératives entraînerait automatiquement l'inexistence des parts sociales et, par conséquent, des obligations d'apport des fondateurs résultant de la souscription. Autrement dit, si l'on admettait la nullité de la disposition statutaire fixant le capital social, les fondateurs ne seraient pas devenus associés, n'auraient aucune obligation d'apport et pourraient, par conséquent, demander la restitution des apports déjà effectués (art. 62 ss CO). Il va sans dire que la nullité des obligations d'apport mettrait en danger les intérêts des créanciers de la société et il se pose dès lors la question de savoir si la nullité de la disposition statutaire fixant le capital social est une sanction adéquate. Pour l'instant, la doctrine et la jurisprudence ne se sont pas expressément prononcées sur cette question. En revanche, elles se sont exprimées sur les effets de l'inscription au registre du commerce d'une augmentation viciée du capital-actions d'une société anonyme.

Selon MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER et NOBEL⁴⁷¹, ainsi que le Tribunal fédéral⁴⁷², l'effet réparateur de l'inscription au registre du commerce s'applique non seulement pour l'acquisition de la personnalité juridique, mais également - en raison de l'intérêt prépondérant des créanciers sociaux - mutatis mutandis à une augmentation viciée du capital-actions. Autrement dit, après l'inscription au registre du commerce de l'augmentation du capital-actions et indépendamment de la bonne ou de la mauvaise foi des créanciers sociaux, le vice dont est affecté la procédure d'augmentation ne peut plus être opposé aux créanciers sociaux. Une éventuelle réduction du capital social inscrit doit être effectuée conformément aux règles ordinaires en respectant toutes les formalités destinées à protéger les créanciers sociaux (art. 732 ss CO)⁴⁷³. En revanche, selon le Tribunal supérieur du canton de Zurich, les actionnaires et la société peuvent toujours opposer aux créanciers sociaux la nullité d'une décision d'augmentation du capital-actions inscrite au registre du commerce⁴⁷⁴. Les actionnaires peuvent demander la restitution de leurs apports sans qu'il y ait lieu de res-

⁴⁷⁰ FORSTMOSER, *Aktienrecht*, § 12 N 22 et 25; SIEGWART, ZK, ad art. 643 CO, N 20. Ceci vaut également pour la société à responsabilité limitée (dans ce sens: VON STEIGER, ZK, ad art. 783 CO, N 14).

⁴⁷¹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 17 N 15 et § 52 N 195; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 6 N 67.

⁴⁷² ATF 102 Ib 21 ss / JdT 1977 I 251 ss. En l'espèce, la décision d'augmentation du capital social était annulable.

⁴⁷³ ATF 102 Ib 21 ss, not. p. 23 ss / JdT 1977 I 251 ss, not. p. 253 ss.

⁴⁷⁴ Obergericht, II. Zivilkammer, 3 février 1981, in: ZR 1982 (81), p. 43 ss, not. p. 46 ss (no 17).

pecter les règles applicables à la réduction du capital-actions. Selon le Tribunal supérieur du canton de Zurich, l'intérêt des actionnaires à pouvoir invoquer la nullité de l'augmentation du capital-actions prime sur l'intérêt des créanciers sociaux.

A notre avis, la solution de MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER, NOBEL et du Tribunal fédéral relative à une augmentation viciée de capital-actions peut être appliquée par analogie à une société à responsabilité limitée dont le capital social, fixé lors de la fondation et inscrit au registre du commerce, n'est pas conforme aux exigences légales impératives. En effet, indépendamment de la question de leur bonne ou de leur mauvaise foi, l'intérêt des créanciers sociaux à ce que les obligations d'apports résultant de la souscription des parts sociales au moment de la fondation de la société soient valables, l'emporte manifestement sur l'intérêt des souscripteurs (ou des associés qui leur ont succédé) à pouvoir invoquer la nullité du capital social et, par conséquent, des obligations d'apport. Ceci est d'autant plus valable que tous les fondateurs ont expressément arrêté et par conséquent approuvé la clause statutaire fixant le capital social (art. 779 al. 1 CO). Sur ce point, la situation diffère d'ailleurs fortement du cas soumis à la justice zurichoise, où un actionnaire n'a pas été représenté valablement lors de la réunion de tous les actionnaires (art. 701 al. 1 aCO) décidant et constatant l'augmentation du capital-actions.

2.4.4. Action en dissolution en raison de défauts graves de fondation

En vertu de l'article 643 al. 3 CO, les créanciers et les actionnaires peuvent requérir le juge de prononcer la dissolution de la société anonyme lorsque leurs intérêts sont gravement menacés ou compromis, par le fait que des dispositions légales ou statutaires ont été violées lors de la fondation. L'action s'éteint si elle n'est pas introduite au plus tard trois mois dès la publication de l'inscription au registre du commerce dans la Feuille officielle suisse du commerce (art. 643 al. 4 CO).

En ce qui concerne la société à responsabilité limitée, la loi ne prévoit pas expressément une action en dissolution. La jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur la question de savoir si une telle action existe aussi en droit de la société à responsabilité limitée et la doctrine est partagée. La doctrine majoritaire conteste l'existence d'une action en dissolution au sens de l'article 643 al. 3 CO⁴⁷⁵. La doctrine minoritaire (plus ancienne) admet l'existence d'une telle

⁴⁷⁵ BROSSET/SCHMIDT, p. 67; CARRY, *FJS* 799 - 804, p. 12; FELLMANN, p. 40; GUHL/KUMMER/KOLLER/DRUEY, p. 719; HACHENBURG, *Rechtsprechung*, RDS 1936 (55), p. 329 ss, not. p. 342; ISSAKIDES, p. 39; NEESE, p. 222 et 248; VON STEIGER, ZK, ad art. 783 CO, N 5 et *FJS* 800, p. 8; WITZ, p. 81 ss, not. 92 ss; WOHLMANN, *SPR* VIII/2, § 31 II 4 a (p. 331, note de bas de page 16) et *GmbH-Recht*, § 7 II 4 a (p. 21, note de bas de page 61).

action⁴⁷⁶. A notre avis, la doctrine majoritaire doit être suivie. En effet, contrairement aux actionnaires de la société anonyme, chaque associé d'une société à responsabilité limitée peut demander la dissolution de la société pour justes motifs (art. 822 al. 2 CO, voir ci-dessous)⁴⁷⁷. Certes, ce droit n'est pas accordé aux créanciers sociaux. Néanmoins, à défaut d'une base légale expresse, une telle sanction - dissolution de la société sur demande d'un créancier - ne saurait se justifier⁴⁷⁸.

2.4.5. *Action en dissolution de la société et sortie pour justes motifs*

Les associés d'une société à responsabilité limitée peuvent toujours demander au juge, pour de justes motifs⁴⁷⁹, l'autorisation de sortir de la société ou la dissolution de celle-ci (art. 820 ch. 4 CO et 822 CO). Cette action peut également être exercée lorsque les justes motifs concernent un défaut de fondation⁴⁸⁰, et cela sans limitation dans le temps⁴⁸¹. A notre avis, ce motif existe lorsque les associés ne peuvent pas trouver un accord sur un capital social conforme aux exigences légales⁴⁸², empêchant ainsi la réparation du vice dont est entaché le capital social. Dans ces circonstances, chaque associé peut demander au juge de dissoudre la société ou de l'en laisser sortir. Toutefois, deux précisions s'imposent. Premièrement, l'action ne peut être intentée que par un associé⁴⁸³. Deuxièmement, l'action ne permet en aucun cas de réparer le vice dont est affecté la disposition statutaire relative au capital social. Le juge ne peut que prononcer la dissolution de la société ou permettre la sortie de l'associé⁴⁸⁴.

⁴⁷⁶ JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 783 CO, N 11; MÖLLER, HANS WERNER, p. 33 ss.

⁴⁷⁷ En droit de la société anonyme, l'action en dissolution pour de justes motifs doit être exercée par des actionnaires représentant au moins 10 % du capital-actions (art. 736 ch. 4 CO).

⁴⁷⁸ L'inexistence de l'action en dissolution, en raison des défauts de fondation pour la société à responsabilité limitée, ne porte guère à conséquence. Vu qu'elle ne peut être exercée que pendant un délai très court (3 mois), son importance pratique serait négligeable (voir SCHENKER, BaK, ad art. 783 CO, N 5).

⁴⁷⁹ Pour la notion des justes motifs au sens des articles 820 ch. 4 et 822 CO, voir STÄUBLI, BaK, ad art. 820 CO, N 17 ss ainsi que le jugement du Tribunal fédéral du 19.6.1945 (confirmant un jugement du Tribunal de commerce du canton de Zurich du 18.11.1944) concernant une société à responsabilité limitée à caractère très personnaliste (voir ZR 1945 [44], p. 231 ss, not. p. 235 ss [no 106]).

⁴⁸⁰ NEESE, p. 222; VON STEIGER, ZK, ad art. 783 CO, N 5 et ad art. 820 CO, N 16.

⁴⁸¹ Contra: selon NEESE (p. 222), l'action en dissolution des articles 820 ch. 4 et 822 al. 2 CO ne doit être admise que pendant un délai de 3 mois, lorsqu'elle vise des défauts liés à la fondation.

⁴⁸² Voir 2.5.2. Réparation des défauts par une modification statutaire décidée par les associés, p. 119 ss.

⁴⁸³ Un tiers ne peut pas intenter une action en dissolution.

⁴⁸⁴ Selon BÄHLER (p. 114) et HANDSCHIN (*GmbH*, § 21 N 16 et 17), qui se sont prononcés sur les articles 820 ch. 4 CO et 822 CO en général, le juge peut, au lieu de prononcer la disso-

2.5. Réparation des défauts

2.5.1. Introduction

Bien que la disposition statutaire fixant un capital social qui ne respecte pas le droit impératif ne soit pas nulle, elle reste viciée et doit être réparée si la société n'est pas dissoute pour de justes motifs sur demande d'un associé⁴⁸⁵. Quelles sont les manières dont ce vice peut être réparé? A premier vue, plusieurs solutions sont envisageables.

2.5.2. Réparation des défauts par une modification statutaire décidée par les associés

Une disposition statutaire qui est contraire au droit en vigueur doit être réparée par une modification statutaire qui, en vertu de l'article 810 al. 1 ch. 1 CO, relève de la compétence inaliénable de l'assemblée des associés.

Lorsque le capital social est inférieur à 20 000 francs, la décision de modification doit consister en une décision d'augmentation du capital social, prise à l'unanimité (art. 784 al. 3 CO), puisqu'elle implique une extension de la responsabilité personnelle des associés⁴⁸⁶. Pour le reste, l'augmentation est soumise aux règles sur la fondation (art. 786 CO). Théoriquement, la solution est la même lorsque le capital social fait entièrement défaut. On se rend toutefois compte qu'en l'absence d'un capital social, les parts sociales et, par conséquent, les associés, font également défaut. Une décision d'augmentation du capital social ne pourrait par conséquent pas être prise, rendant ainsi impossible toute réparation du vice. Comme elle est contraire aux intérêts des créanciers, cette impossibilité nous semble toutefois excessive. A notre avis, lorsqu'aucun capital social n'a été fixé, il faut, pour des raisons pratiques, permettre aux fondateurs de prendre la décision d'augmentation.

Lorsque le capital social fixé statutairement est supérieur à 2 millions de francs, la décision de modification consiste en une décision de réduction du capital

lution (ou la sortie de l'associé), adopter une autre solution adaptée aux circonstances. Ils justifient leur position par l'existence d'une telle possibilité en droit de la société anonyme (art. 736 ch. 4 CO). Vu l'absence d'une base légale expresse, nous ne pouvons partager ce point de vu.

⁴⁸⁵ A l'exception des défauts mineurs - dont à notre avis la fixation d'un capital social contraire aux exigences légales ne fait pas partie -, l'inscription de la société au registre du commerce n'a pas un véritable effet réparateur et le défaut doit encore être réparé (par exemple: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 6 N 65 et REYMOND, TDP VIII/III/1, § 8 II 3 [p. 57]).

⁴⁸⁶ Par exemple: HANDSCHIN, *GmbH*, § 8 N 10 et § 10 N 44; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 18 N 92; SCHENKER, *aaK*, ad art. 784 CO, N 9; VON STEIGER, *ZK*, ad art. 784 CO, N 37; TRUNIGER, p. 70; WOHLMANN, *SPR VIII/2*, § 32 III 2 e (p. 342), § 41 IV 2 b iv (p. 411) et *GmbH-Recht*, § 8 III 2 e (p. 32), § 17 IV 2 b dd (p. 103).

social. Elle exige - sauf disposition statutaire contraire - l'assentiment de trois quarts des associés, représentant les trois quarts au moins du capital social (art. 784 al. 2 et 788 CO). Bien que la disposition statutaire fixant le capital social soit viciée, la procédure de réduction formelle doit être respectée intégralement. En effet, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral citée auparavant, la procédure de réduction des articles 732 ss CO est la seule manière de revenir au capital social d'avant l'augmentation, si cette dernière a fait l'objet d'une inscription au registre du commerce⁴⁸⁷. La solution du Tribunal fédéral s'applique également à notre cas⁴⁸⁸. Afin de sauvegarder le rôle protecteur du capital social à l'égard des créanciers sociaux, la fixation d'un capital social inférieur à celui inscrit lors de la fondation au registre du commerce exige le respect scrupuleux de la procédure formelle de réduction du capital social (art. 788 al. 2 CO). En raison de l'article 802 CO qui prévoit une responsabilité personnelle des associés à concurrence du montant du capital social, cette solution s'impose de façon encore plus évidente pour la société à responsabilité limitée que pour la société anonyme.

Lorsque le capital social est fixé dans une monnaie étrangère, de manière approximative ou variable, la situation est moins évidente. La question est de savoir si la réparation du vice implique une augmentation des prestations des associés, exigeant ainsi une décision prise à l'unanimité (art. 784 al. 3 CO), ou si la décision peut être prise à la majorité des trois quarts des associés, représentant en même temps les trois quarts au moins du capital social (art. 784 al. 2 CO). Nous n'avons pas trouvé de jurisprudence ni de doctrine à ce sujet. A notre avis, il faut distinguer le cas du capital social fixé dans une monnaie étrangère des autres vices. Lorsqu'il suffit de convertir en francs suisses le capital social fixé en monnaie étrangère, en appliquant le taux de change en vigueur au moment de l'inscription de la société au registre du commerce, les associés ne doivent pas véritablement de prestations supplémentaires. A priori, une décision de conversion en francs suisse du capital social (et des parts sociales), prise à la majorité des trois quarts des associés représentant en même temps les trois quarts au moins du capital social (art. 784 al. 2 CO) paraît des lors suffisante pour réparer le vice⁴⁸⁹. Toutefois, il est fort probable qu'une simple décision de conversion ne suffise pas, puisqu'elle ne conduit qu'exceptionnellement à un capital social et à des parts sociales représentant un multiple de 1000 francs (art. 774 al. 1 CO). Pour respecter les exigences légales en la matière, les associés devront le plus souvent combiner la décision de conversion avec une décision d'augmentation ou de réduction du capital social (art. 786 ss CO). Enfin, s'agissant d'un capital social approximatif ou variable, nous esti-

⁴⁸⁷ Voir la jurisprudence citée à la note 473.

⁴⁸⁸ Voir 2.4.3. Nullité de la disposition statutaire entachée d'un défaut, p. 116 ss.

⁴⁸⁹ Cette solution n'est admissible que lorsque le montant du capital social exprimé en monnaie étrangère correspond, au taux de change en vigueur au moment de l'inscription de la société au registre du commerce, à un montant entre 20 000 francs et 2 millions de francs. Si le montant converti en francs suisses ne se situe pas à l'intérieur de ces limites, il faut également respecter les règles sur l'augmentation ou la réduction du capital social.

mons qu'il faut tenir compte des parts sociales effectivement souscrites au moment où la réparation du vice est décidée⁴⁹⁰. Si la valeur nominale des parts sociales souscrites se situe entre 20 000 francs et 2 millions de francs, les associés peuvent se contenter d'une décision de modification des statuts (art. 784 al. 2 CO). En revanche, si la valeur nominale des parts sociales effectivement souscrites ne se situe pas dans ces limites, les associés doivent décider et exécuter soit une augmentation soit une réduction du capital social (art. 786 ss CO).

2.5.3. Réparation des défauts par une modification statutaire décidée par le préposé au registre du commerce sur demande d'un tiers

En vertu de l'article 32 al. 1 ORC, les tiers peuvent s'opposer à une inscription effectuée au registre du commerce. Dans la mesure où leur opposition est fondée sur une violation de dispositions légales dont les autorités du registre du commerce doivent assurer le respect d'office - comme c'est le cas pour les défauts que nous envisageons⁴⁹¹-, le préposé est compétent pour prendre une décision et le renvoi au juge n'est pas possible⁴⁹². Par application analogique de l'article 60 al. 1 ORC⁴⁹³, le préposé doit d'abord sommer les personnes tenues de modifier l'inscription de remédier à la situation dans un délai convenable. Si la modification n'a pas été requise dans le délai imparti, et si aucune opposition écrite et motivée n'a été présentée, le préposé doit en principe procéder d'office à la modification de l'inscription (art. 60 al. 2/1 ORC). Or, selon la doctrine, lorsque la modification de l'inscription est liée à la modification d'une disposition statutaire soumise au respect de la forme authentique, comme c'est le cas pour la société à responsabilité limitée (art. 784 al. 1 CO), le préposé au registre du commerce (et l'autorité de surveillance) ne peut ni procéder à la modification des statuts, ni modifier l'inscription au registre du commerce⁴⁹⁴. Autrement dit, si malgré une sommation en vertu de l'article 60 al. 1 ORC les associés ne réparent pas eux-mêmes la disposition statutaire viciée, les autorités du registre du commerce ne peuvent pas le faire à leur place. Les autorités du registre du

⁴⁹⁰ Une éventuelle responsabilité des fondateurs et/ou des gérants au sens de l'article 827 CO reste réservée.

⁴⁹¹ Voir 2.3.3-2. Pauvoir de cognition du préposé au registre du commerce, p. 109 ss.

⁴⁹² Voir notamment ECKERT, BaK, ad art. 940 CO, N 7; KOCH, THOMAS, *Zwangsverfahren*, p. 99 et 100; SCHNEIDER, THOMAS, p. 134.

⁴⁹³ Selon la pratique des autorités du registre du commerce, l'article 60 ORC ne s'applique pas seulement aux inscriptions qui ne correspondent plus aux faits mais également - par analogie - aux inscriptions frappées de nullité (BÜHLER, *Amtspraxis*, RSDA 1992 [64], p. 83 et 84). Bien que, après l'inscription de la société au registre du commerce, la nullité de la disposition statutaire fixant le capital social ne peut plus être invoquée, nous estimons que l'article 60 ORC s'applique aussi - par analogie - à ce cas de figure.

⁴⁹⁴ KOCH, THOMAS, *Zwangsverfahren*, p. 194.

commerce n'ont par conséquent pas la compétence pour réparer le vice dont est affecté le capital social fixé statutairement par les fondateurs.

2.5.4. **Dissolution de la société par le juge sur requête du préposé au registre du commerce**

Malgré une sommation au sens de l'article 60 al. 1 CO de la part du préposé au registre du commerce, il se peut que les associés ne fixent pas un capital social conforme aux exigences légales. Dans ces circonstances, la société à responsabilité limitée peut-elle être dissoute par les autorités du registre du commerce ou par le juge?

Selon JANGGEN et BECKER, les autorités du registre du commerce sont compétentes pour dissoudre une société à responsabilité limitée qui ne procède pas à la rectification nécessaire, lorsque son capital social est inférieur à 20 000 francs ou supérieur à 2 millions de francs⁴⁹⁵. FORSTMOSER doute de la compétence des autorités du registre du commerce pour prononcer la dissolution de la société anonyme en dehors des cas expressément mentionnés par la loi⁴⁹⁶ et HERY l'exclut expressément⁴⁹⁷. Enfin, selon WIDMER, le juge n'est pas compétent pour dissoudre une société anonyme, qui a été constituée après le 1^{er} juillet 1992 avec un capital social inférieur à 100 000 francs⁴⁹⁸. Les autres auteurs traitant de la société à responsabilité limitée et/ou de la société anonyme ne se prononcent pas expressément sur la question⁴⁹⁹, ou manquent de clarté quant à la portée exacte de leur avis⁵⁰⁰.

Pour l'instant, les tribunaux ne se sont pas prononcés sur cette question⁵⁰¹. Il nous semble que l'on peut s'inspirer de la jurisprudence cantonale récente eu

⁴⁹⁵ JANGGEN/BECKER, *BK*, ad art. 773 CO, N 3.

⁴⁹⁶ FORSTMOSER, *Aktienrecht*, § 11 N 94 (note de bas de page 156).

⁴⁹⁷ HERY, p. 173 et 174.

⁴⁹⁸ Selon WIDMER, CHRISTOPH K. (p. 80), l'article 2 al. 2 DF ne s'applique qu'aux sociétés anonymes constituées entre le 1^{er} juillet 1985 et le 1^{er} juillet 1992, et ne saurait être considéré comme moyen général pour obtenir un capital-actions minimum de 100 000 francs.

⁴⁹⁹ VON STEIGER (ZK, ad art. 783 CO, N 7) et SIEGWART (ZK, ad art. 643 CO, N 3) se prononcent uniquement sur la problématique de la compétence en cas de la nullité de la société.

⁵⁰⁰ NEESE (p. 241 et 242) admet la compétence du juge pour dissoudre la société, sur demande des autorités du registre du commerce. Il ne ressort toutefois pas clairement de l'avis de cet auteur si cette compétence vaut uniquement lorsque les autorités du registre du commerce se trouvent face à un but illicite ou contraire aux mœurs (art. 57 al. 3 CC), ou si cette compétence vaut également lorsque les autorités du registre du commerce se trouvent face à une disposition statutaire viciée (ou inexistante) relative au capital social. Enfin, BAUDENBACHER semble admettre la dissolution par le juge d'une société anonyme dont le capital-actions est inférieur à 100 000 francs, mais il ne se prononce pas très clairement en ce qui concerne les sociétés anonymes constituées après le 1^{er} juillet 1992 (BAUDENBACHER, *BaK*, ad art. 621 CO, N 2).

⁵⁰¹ Par jugement du 28 mai 1998, la Cour de justice du canton de Genève s'est prononcée sur la procédure à suivre en cas de requête tendant à la dissolution d'une société anonyme, qui

sujet de l'impossibilité de désigner un organe de révision pour une société anonyme pour résoudre ce problème. Ayant constaté qu'aucune sanction légale ne permet de remédier à l'inexistence d'un organe de révision, lorsque le juge se trouve dans l'impossibilité de le désigner conformément à l'article 727f al. 2 CO, les tribunaux zurichoïses⁵⁰² et saint-galloïses⁵⁰³ estiment que l'on se trouve en face d'une lacune de la loi. Ils la comblent en permettant au juge de prononcer la dissolution de la société sur requête du préposé au registre du commerce⁵⁰⁴. Le Tribunal supérieur du canton de Zurich justifie la sanction de la dissolution de la société en se référant notamment à l'article 2 al. 2 DF⁵⁰⁵. La doctrine a approuvé cette jurisprudence en ce qui concerne le pouvoir du juge à prononcer la dissolution de la société⁵⁰⁶.

La situation qui nous occupe est semblable. D'une part, aucune disposition légale ne permet d'imposer aux associés le rétablissement de la situation lorsque la disposition statutaire relative au capital social n'est pas conforme aux exigences légales⁵⁰⁷. D'autre part, les défauts en question ne sont pas une cause de dissolution prévue expressément par le législateur⁵⁰⁸. Nous nous trouvons

n'a pas adapté son capital-actions aux nouvelles exigences légales (SJ 1998 [120], p. 673 ss). De même, par jugement du 16 décembre 1997, le juge unique du Tribunal du district de Zurich s'est considéré compétent, en application de l'article 2 al. 2 DF, pour décider en procédure sommaire de la dissolution de la société anonyme avec un capital-actions de 50 000 francs constituée en 1989, et qui n'a pas adaptée son capital-actions aux nouvelles exigences légales (ZR 1998 [97], p. 252 ss [no 101]. Un résumé se trouve dans la RSDA 1998 [70], p. 313 [r70]). Ces jugements ne se prononcent toutefois pas sur la possibilité de dissoudre une société anonyme dont le capital-actions n'est pas conforme aux exigences légales au moment de sa constitution.

⁵⁰² ZR 1996 (95), p. 122, not. p. 124 (no 41) (jugement du Tribunal supérieur du canton de Zurich du 10 avril 1996, également in: RSDA 1996 [68], p. 276. [r11]); ZR 1995 (94), p. 132 ss, not. p. 133 (no 42) (jugement du Tribunal de district de Zurich du 28 avril 1993, juge unique, procédure sommaire); jugement du 11 mai 1994 du Tribunal de district de Zurich (cité par SCHMID, THOMAS, ARC 1995, p. 98 ss, not. 103 ss) ainsi que le jugement du 7 février 1995 du Tribunal de district de Zurich (Konkursrichter) (cité par SCHMID, THOMAS, ARC 1995, p. 98 ss, not. p. 108 ss).

⁵⁰³ RSJ 1997 (93), p. 161 et 162 (jugement du Tribunal de commerce du 19 septembre 1995) (également in: GVP-SG 1995, p. 112 ss [no 41] et RSDA 1996 [68], p. 276 [r12]).

⁵⁰⁴ En revanche, les tribunaux ne sont pas unanimes quant à la procédure à appliquer à la liquidation de la société. Selon les Tribunaux de district zurichoïses, la procédure de liquidation doit se faire par voie de faillite. Le Tribunal supérieur du canton de Zurich est opposé à cette procédure, alors que le tribunal saint-galloïse ne s'est pas prononcé sur cette question. Voir également, KOCH, THOMAS *Aktiengesellschaft*, ARC 1998, p. 133 ss, not. p. 154 et 155.

⁵⁰⁵ Cette disposition prévoit la dissolution par le juge, sur requête du préposé au registre du commerce, des sociétés anonymes qui n'adaptent pas leurs dispositions statutaires aux règles sur le capital minimum.

⁵⁰⁶ CAMPONOVO, EC 1996 (70), p. 769 ss; SCHMID, THOMAS, ARC 1995, p. 98 ss. Voir également KOCH, THOMAS, *Aktiengesellschaft*, ARC 1998, p. 133 ss, not. p. 142 et 145 ss; en revanche, la doctrine se montre sceptique par rapport à une liquidation par voie de faillite: CAMPONOVO, EC 1996 (70), p. 769 ss; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 32 N 40a (note de bas de page 12c).

⁵⁰⁷ L'article 60 al. 2 ORC permet uniquement d'infliger une amende.

⁵⁰⁸ Voir STAUBLI, BaK, ad art. 820 CO, N 1 ss.

face à une lacune de la loi au sens de l'article 1 al. 2 CC⁵⁰⁹. Bien que radicale, la dissolution de la société par le juge⁵¹⁰, sur requête du préposé au registre du commerce, constitue à notre avis la sanction adéquate au vu des fonctions protectrices du capital social⁵¹¹ lorsque ce dernier est inférieur⁵¹² au minimum légal, fixé dans une monnaie étrangère⁵¹³ ou fixé de manière approximative ou variable. Cette sanction est également conforme à la systématique de la loi. S'agissant plus particulièrement d'un capital social inférieur au minimum légal, elle correspond de surcroît à celle prévue par les dispositions finales en matière de capital-actions (art. 2 al. 2/1 DF)⁵¹⁴. Conformément à la jurisprudence du Tribunal supérieur du canton de Zurich⁵¹⁵, la liquidation suite au jugement de dissolution se fait selon la procédure ordinaire de liquidation⁵¹⁶. En revanche, vu que la protection des créanciers n'est pas menacée lorsque le capital social fixé en francs suisses est supérieur au maximum légal, nous estimons qu'une dissolution par le juge sur requête du préposé au registre du commerce ne saurait entrer en ligne de compte dans cette hypothèse.

Au vu de ce qui précède, le juge peut - seul lorsque le capital social fixé en francs suisses est supérieur au maximum légal -, après une sommation en application de l'article 60 al. 1 ORC et sur requête du préposé au registre du commerce, prononcer la dissolution de la société à responsabilité limitée qui ne fixe pas un capital social conforme aux exigences légales.

⁵⁰⁹ ATF 121 III 219, not. p. 225 et 226 / JdT 1996 I 162, not. p. 169 et 170. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, on se trouve en face d'une lacune proprement dite lorsque le législateur s'est abstenu de régler un point qu'il aurait dû régler et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi (JdT 1996 I, p. 169). Voir également ATF 122 I 253, not. p. 255 / JdT 1997 I 214, not. p. 216. En ce qui concerne les différentes notions de lacune: MAYER-MALY, BaK, ad art. 1 CC, N 22 ss; MEIER-HAYOZ, BK, ad art. 1 CC, N 251 ss; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, p. 40 ss.

⁵¹⁰ A défaut d'une disposition légale expresse, nous estimons que ni le préposé au registre du commerce ni l'Office fédéral du registre du commerce ne possèdent le pouvoir de prononcer la dissolution de la société.

⁵¹¹ Voir III. Les fonctions du capital social, p. 91 ss.

⁵¹² Y compris lorsque le capital social fait entièrement défaut.

⁵¹³ En raison du risque de change (dévaluation), cela vaut même lorsque le capital social fixé en une monnaie étrangère dépasse le capital social minimum.

⁵¹⁴ Certes, cette disposition ne s'applique de manière expresse qu'aux sociétés anonymes constituées entre le 1^{er} janvier 1985 et le 1^{er} juillet 1992 (voir note 498). Ceci n'exclut toutefois pas automatiquement que le juge puisse s'en inspirer, lorsqu'il se trouve face à une lacune de la loi.

⁵¹⁵ Jugement du Tribunal supérieur du canton de Zurich du 10 avril 1996 cité à la note 502 (ZR 1996 [95], p. 122, not. p. 124 ss [no 41] et RSDA 1996 [68], p. 276 [r11]). Voir également la note 504.

⁵¹⁶ Article 823 CO qui renvoie au droit de la société anonyme (art. 739 ss [a]CO).

2.6. Procédures de fondation

Les considérations précédentes sur la fixation du capital social valent indifféremment pour la fondation ordinaire et la fondation qualifiée d'une société à responsabilité limitée.

2.7. Conclusion

Lors de la constitution de la société, la fixation dans les statuts d'une société à responsabilité limitée d'un capital social entre 20 000 francs et 2 millions de francs est vérifiée par la personne établissant l'acte de fondation (officier public), et par les autorités au registre du commerce (préposé au registre du commerce et Office fédéral du registre du commerce). En raison des vérifications successives, les cas où une société à responsabilité limitée est inscrite au registre du commerce sans être dotée d'un capital social conforme aux exigences légales ne peuvent être que rarissimes⁵¹⁷. Les contrôles préventifs prévus par le législateur sont suffisants dans ce domaine.

Si, nonobstant les contrôles préventifs, une société à responsabilité limitée est inscrite au registre du commerce alors que le capital social viole le droit impératif, la société acquiert la personnalité juridique et les associés ne peuvent pas invoquer la nullité du capital social fixé statutairement. Toutefois, malgré l'inscription au registre du commerce de la société, la disposition statutaire fixant le capital social reste viciée et seuls les associés sont compétents pour fixer un capital social conforme aux exigences légales. S'ils ne le font pas, le juge peut - sauf lorsque le capital social fixé en francs suisse est supérieur au maximum légal -, sur demande du préposé au registre du commerce et après sommation de la société par ce dernier, prononcer la dissolution de la société. Ainsi, même après la naissance de la société, le droit actuel permet de sanctionner les défauts dont peut être affecté le capital social, si les associés n'y remédient pas et que les défauts compromettent la protection des créanciers sociaux. Cette possibilité de dissoudre la société ne ressort toutefois pas expressément des dispositions légales.

Au vu de ce qui précède, nous estimons que la fixation d'un capital social conforme aux exigences légales est actuellement suffisamment garantie.

⁵¹⁷ Nous ne connaissons d'ailleurs aucune jurisprudence à ce sujet.

3. Constitution de la fortune sociale

3.1. Introduction

La deuxième composante de la constitution effective du capital social consiste en la nécessité de doter la société à responsabilité limitée d'une fortune sociale dont la valeur correspond⁵¹⁸ au moins au montant du capital social fixé⁵¹⁹ par les fondateurs. Il s'agit de la composante matérielle de la constitution effective du capital social.

Conformément à la volonté du législateur de 1936, la réglementation assurant la constitution de la fortune sociale peut être divisée en deux parties. Il s'agit d'une part des règles qui ont pour but de garantir la souscription des parts sociales dont est composé le capital social (voir 3.2. Souscription des parts sociales, p. 126 ss) et, d'autre part, de celles qui ont pour but de garantir la libération des parts sociales souscrites (voir 3.3. Libération des parts sociales, p. 153 ss).

Pour que le capital social puisse remplir les fonctions qui lui sont attribuées⁵²⁰, la constitution de la fortune sociale est indispensable. Notre analyse portera par conséquent sur l'efficacité de la réglementation actuelle relative à la souscription des parts sociales ainsi qu'à leur libération. Nous limiterons toutefois notre examen à la souscription et à la libération des parts sociales dont est composé le capital social initial⁵²¹.

3.2. Souscription des parts sociales

3.2.1. Introduction

Comme le capital social est entièrement divisé en parts sociales⁵²², la souscription de la totalité de ces dernières est nécessaire pour garantir la constitution effective de la fortune sociale. Autrement dit, la constitution effective de la fortune sociale est subordonnée à la souscription de la totalité des parts sociales par les fondateurs.

⁵¹⁸ Il ne s'agit toutefois jamais d'une véritable correspondance, puisque le capital social est, contrairement à la fortune sociale, un chiffre ou nombre abstrait (voir 3.4. La fortune de la société, p. 70 ss).

⁵¹⁹ En ce qui concerne la fixation du capital social, voir 2. Fixation du capital social, p. 104 ss.

⁵²⁰ Voir III. Les fonctions du capital social, p. 91 ss.

⁵²¹ Les problèmes particuliers liés à une augmentation et/ou à une réduction du capital social ne seront pas abordés dans notre étude.

⁵²² Voir 2.6. Divisé en parts sociales, p. 52 ss.

Or, en vertu de l'article 779 al. 2 ch. 1 CO, les fondateurs d'une société à responsabilité limitée doivent confirmer dans l'acte de fondation qu'ils ont pris eux-mêmes toutes les parts sociales. De plus, selon l'article 780 al. 4/2 CO, lors de la demande d'inscription, les requérants doivent prouver que toutes les parts sociales ont été souscrites. Ainsi, l'obligation de prendre ou de souscrire la totalité des parts sociales ressort directement de la loi.

3.2.2. Terminologie: «prendre» ou «souscrire» des parts sociales

Se référant aux parts sociales, le législateur utilise une fois le terme «prendre» (art. 779 al. 2 ch. 1 CO) et une autre fois le terme «souscrire» (art. 780 al. 4/2 CO).

Il est toutefois évident que malgré l'utilisation de termes différents, le législateur décrit chaque fois la même obligation des fondateurs. En allemand, le législateur n'utilise d'ailleurs qu'un seul terme, celui de «übernehmen». La même remarque vaut pour le texte italien, qui recourt au terme «assumere».

Il faut noter que dans les anciennes règles du droit de la société anonyme relatives aux actions, le législateur utilisait le terme «prendre» en traitant de la procédure de fondation simultanée (art. 638 ss aCO), et le terme «souscrire» pour la procédure de fondation successive (art. 629 ss aCO). Le nouveau droit de la société anonyme ne connaît plus la fondation successive. En traitant de la fondation simultanée, la loi emploie actuellement le terme «souscription» d'actions (art. 629 et 630 CO), alors que, en s'inspirant de l'ancien droit, elle devrait logiquement recourir au terme «prendre». En effet, lors de la fondation simultanée d'une société anonyme, une véritable souscription des actions n'a pas lieu. La souscription des actions se fait dans l'acte de fondation⁵²³. Le recours aux bulletins de souscription n'est pas nécessaire.

En transposant ce qui précède au droit de la société à responsabilité limitée, nous constatons que l'utilisation du terme «souscription» n'est pas logique. A l'instar de la fondation simultanée de la société anonyme, on ne se trouve pas en face d'une véritable «souscription»⁵²⁴. La «souscription» a lieu dans l'acte de fondation, sans autre formalité (bulletin de souscription, etc.)⁵²⁵.

Au vu de ce qui précède, deux constatations s'imposent.

⁵²³ Par exemple: BÖCKLI, *Aktienrecht*, N 48; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 14 N 14.

⁵²⁴ La société à responsabilité limitée n'a d'ailleurs pas l'obligation d'émettre des certificats de parts sociales (TISSIÈRES, p. 74 ss).

⁵²⁵ Il est possible de faire «souscrire» des parts sociales, mais les bulletins de souscription ne sont ni nécessaires ni suffisants (VON STEIGER, ZK, ad art. 779 CO, N 22).

Premièrement, les termes «prendre» et «souscrire» ont la même signification pour le législateur en droit de la société à responsabilité limitée.

Deuxièmement, le terme «souscrire» n'est pas tout à fait précis au vu de la procédure de fondation, exclusivement simultanée, de la société à responsabilité limitée. A défaut d'un meilleur terme français, nous continuerons toutefois à l'employer dans ce travail.

3.2.3. *Effets de la souscription*

Le Code des obligations ne dit rien des effets de la souscription d'une part sociale par un fondateur.

Selon la doctrine, en souscrivant une part sociale, le souscripteur s'oblige (notamment) à apporter des actifs d'une valeur pécuniaire déterminée dans la fortune sociale⁵²⁶. Cette obligation n'existe toutefois pas exclusivement envers la société à naître, mais également envers le public et les créanciers⁵²⁷. S'agissant de la souscription des actions, ceci a été rappelé à plusieurs reprises par le Tribunal fédéral⁵²⁸.

La valeur pécuniaire que chacun des fondateurs s'oblige à apporter dans la fortune sociale correspond⁵²⁹ au prix d'émission de la part sociale qu'il a souscrite⁵³⁰.

De l'avis unanime de la doctrine, le prix d'émission ne peut en aucun cas être inférieur à la valeur nominale de la part sociale souscrite⁵³¹. Cette interdiction est liée à l'exigence de la constitution effective de la fortune sociale. Il ne suffit pas que chaque part sociale soit souscrite, mais il faut encore que la totalité des engagements d'apports des souscripteurs portent sur des valeurs qui cor-

⁵²⁶ Voir BIERMANN, p. 46 (cité à la note 219) et SCHOOP, p. 163 et 164. En souscrivant une part sociale, le souscripteur s'impose éventuellement encore d'autres obligations. Nous pensons plus particulièrement à une obligation de gérer la société (art. 811 CO) ou à une obligation d'effectuer des versements supplémentaires (art. 803 CO). Ces obligations ne sont cependant pas directement liées à la constitution effective du capital social, et ne seront par conséquent pas traitées dans la présente étude.

⁵²⁷ Dans ce sens déjà, SCHWARZENBACH, ROBERT (p. 22): «Die übernommene finanzielle Leistungspflicht verpflichtet deshalb nicht nur gegenüber der Gesellschaft, sondern auch gegenüber den Mitgesellschaftern und Gesellschaftsgläubigern, ...».

⁵²⁸ Par exemple: ATF 64 II 272, not. p. 281 / JdT 1939 I 6, not. p. 15; ATF 51 II 177, not. p. 181 (fr.); ATF 15 p. 619 ss / JdT 1889 p. 657 ss. Ces jugements concernent la société anonyme.

⁵²⁹ Voir la note 518.

⁵³⁰ Par rapport à la société, l'engagement de chaque fondateur ne porte que sur la part sociale souscrite personnellement, et non pas sur les parts sociales souscrites par les autres fondateurs (voir SCHOOP, p. 163 et 164).

⁵³¹ Interdiction de l'émission au-dessous du pair. Voir, par exemple, BAUDENBACHER, BaK, ad art. 774 CO, N 5; JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 774 CO, N 11 ainsi que VON STEIGER, ZK, ad art. 774 CO, N 7a.

respondent au moins au capital social. Cette condition n'est remplie que lorsque l'engagement d'apport de chaque souscripteur correspond au moins à la valeur nominale de la part sociale qu'il a souscrite personnellement. Il serait toutefois souhaitable de le mentionner expressément dans la loi.

Si l'interdiction d'une émission au-dessous du pair est incontestable, il en va autrement de l'admissibilité d'un prix d'émission supérieur à la valeur nominale de la part sociale souscrite. En effet, contrairement au droit de la société anonyme qui l'admet expressément (art. 624 al. 1/1 et 671 al. 2 ch. 1 CO), le droit de la société à responsabilité limitée ne mentionne pas la possibilité de fixer un prix d'émission au-dessus de la valeur nominale.

Selon AMSTUTZ et HERZOG, bien qu'elle ne soit pas expressément prévue, l'émission au-dessus du pair des parts sociales est admissible et l'obligation en découlant de verser un agio doit être qualifiée d'obligation de libération ordinaire et non pas de prestation accessoire⁵³². En effet, selon HERZOG, l'obligation de verser un agio est si étroitement liée à la part sociale que, juridiquement, elle ne saurait être prise en considération séparément⁵³³. Ainsi, à titre d'exemple, en cas d'inexécution de l'agio, les règles de la procédure de déchéance au sens des articles 799 ss CO s'appliquent⁵³⁴.

En revanche, selon BÄHLER, BAUDENBACHER, JANGGEN/BECKER (implicitement) ainsi que VON STEIGER, une émission au-dessus du pair est admissible bien qu'elle ne soit pas prévue expressément, mais l'obligation de verser un agio constitue une prestation accessoire dont la création et les effets sont subordonnées à l'article 777 ch. 2 CO^{535, 536}. Ainsi, à titre d'exemple, l'obligation de verser un agio devrait figurer dans les statuts. De plus, qualifiée comme prestation accessoire, l'agio ne serait pas soumis à la procédure de déchéance des articles 799 ss CO⁵³⁷.

A notre avis, à l'instar de HERZOG, le lien entre l'agio et la part sociale est effectivement trop étroit pour que l'agio puisse être qualifié de prestation accessoire au sens de l'article 777 ch. 2 CO. Les prestations accessoires sont des presta-

⁵³² AMSTUTZ, BaK, ad art. 799 CO, N 2 (implicitement); HERZOG, p. 33 et 34. Eventuellement dans le même sens, HANDSCHIN, *GmbH*, § 4 N 37.

⁵³³ HERZOG, p. 33.

⁵³⁴ AMSTUTZ, BaK, ad art. 799 CO, N 2.

⁵³⁵ BÄHLER, p. 145 et 146; BAUDENBACHER, BaK, ad art. 774 CO, N 6; JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 774 CO, N 11; VON STEIGER, ZK, ad art. 774 CO, N 7a et ad art. 777 CO, N 17 ss.

⁵³⁶ La doctrine allemande qualifie l'agio également comme prestation accessoire. Par exemple: EMMERICH, in Scholz, 8^e éd., ad § 3, N 47; HUECK, in Baumbach/Hueck, 16^e éd., § 3 N 40 ainsi que LUTTER/HOMMELHOFF, § 3 N 38).

⁵³⁷ AMSTUTZ, BaK, ad art. 799 CO, N 2. Voir également VON STEIGER, ZK, ad art. 777 CO, N 28 ss et ad art. 803 CO, N 1.

tions qui vont au-delà d'un simple agio⁵³⁸. Par analogie à la société anonyme et malgré l'absence d'une base légale expresse, l'obligation de libérer la part sociale inclut par conséquent également la libération de l'agio. Autrement dit, l'exécution et l'inexécution de l'obligation d'effectuer un agio sont - sauf exception⁵³⁹ - soumises aux mêmes règles que l'exécution et l'inexécution de l'obligation de libérer la valeur nominale de la part sociale. En revanche, nous estimons qu'en raison du texte légal clair, la responsabilité solidaire des associés au sens de l'article 802 CO ne vaut que pour le capital social inscrit et ne saurait s'étendre à un éventuel agio.

3.2.4. Contenu de la souscription

3.2.4-1. Introduction

En vertu de l'article 630 CO applicable à la société anonyme, la souscription requiert l'indication du nombre, de la valeur nominale, de l'espèce, de la catégorie et du prix d'émission des actions. Elle doit également contenir l'engagement inconditionnel d'effectuer un apport correspondant au prix d'émission.

En ce qui concerne les parts sociales d'une société à responsabilité limitée, la loi reste muette quant au contenu de la souscription. L'Ordonnance sur le registre du commerce n'est d'aucun secours. Hormis l'exigence de la confirmation par les fondateurs qu'ils ont pris eux-mêmes toutes les parts sociales (art. 779 al. 2 ch. 1 CO), toute réglementation fait défaut. Cette confirmation dans l'acte constitutif est-elle suffisante? Emporte-t-elle automatiquement souscription des parts sociales? L'acte constitutif doit-il au contraire contenir d'autres clauses?

3.2.4-2. Indication de la valeur nominale et du prix d'émission de la part sociale souscrite par chaque fondateur

L'acte constitutif doit-il mentionner la valeur nominale et le prix d'émission de la part sociale souscrite par chaque fondateur?

Selon VON STEIGER, SCHENKER et HANDSCHIN, il suffit que l'acte constitutif contienne la confirmation que les fondateurs ont souscrit (pris) toutes les parts so-

⁵³⁸ Comme exemple de véritable prestation accessoire, HERZOG (p. 34) mentionne la mise à disposition de liquidités supplémentaires pour permettre à la société de passer la phase critique de la fondation.

⁵³⁹ Ainsi, à notre avis, l'obligation de libérer chaque part de 50 % au moins (art. 774 al. 2/2 CO) ne s'applique pas à l'agio mais uniquement à la valeur nominale de la part sociale (art. 632 al. 1 CO par analogie).

ciales⁵⁴⁰. Les autres auteurs ne se prononcent pas sur cette question. Toutefois, il ressort d'une décision de juin 1969 du Département de Justice du canton du Valais relative à une société anonyme⁵⁴¹ que même en l'absence d'une base légale expresse⁵⁴², la simple confirmation signée par les fondateurs n'est pas suffisante pour obtenir l'inscription de la société au registre du commerce. La mention du nombre d'actions souscrites par chaque fondateur doit figurer dans l'acte authentique⁵⁴³, dans une liste annexée ou dans des bulletins de souscription⁵⁴⁴. Si l'on transpose cette exigence au droit de la société à responsabilité limitée, malgré l'absence d'une base légale expresse, l'acte authentique (ou une liste annexée) doit mentionner le montant de la part sociale souscrite par chaque fondateur⁵⁴⁵. Ceci est d'ailleurs la solution choisie par les notaires bernois⁵⁴⁶, ainsi que par le *Notariatsinspektoret* du canton de Zurich⁵⁴⁷.

Il faut noter qu'entre le 1^{er} janvier 1972 et le 1^{er} juillet 1992, cette exigence pour la société à responsabilité limitée était implicitement réalisée par une application (par analogie) de l'article 78 aORC auquel renvoyait l'article 90 aORC. En effet, selon l'article 78 aORC, l'acte authentique devait indiquer le nombre d'actions souscrites par chaque fondateur lors d'une fondation simultanée. En revanche, l'article 90 ORC actuellement en vigueur ne renvoie pas à l'article 79 al. 1 lit. d ORC qui exige que l'acte constitutif contienne - entre autres - la déclaration par chaque fondateur du nombre d'actions qu'il a souscrites et de leur valeur nominale. Or, l'absence d'un renvoi à l'article 79 al. 1 lit. d ORC est manifestement dû à un oubli de la part de l'auteur de l'ORC. A notre avis, il s'agit d'une lacune proprement dite et, à défaut d'une liste annexée, l'acte constitutif doit obligatoirement mentionner la valeur nominale de la part sociale souscrite par chaque fondateur. De même, nous estimons que lorsque le prix d'émission des parts sociales est supérieur à leur valeur nominale, il doit également figurer dans l'acte constitutif⁵⁴⁸.

⁵⁴⁰ HANDSCHIN, § 4 N 35; SCHENKER, BaK, ad art. 779 CO, N 6; VON STEIGER, ZK, ad art. 779 CO, N 22.

⁵⁴¹ Qui se réfère notamment à un avis de l'Office fédéral du registre du commerce.

⁵⁴² L'exigence d'indiquer dans l'acte authentique le nombre d'actions souscrites par chaque fondateur n'a été introduite dans l'ORC qu'au 1^{er} janvier 1972 (voir art. 78 aORC, RO 1971 p. 1844, not. p. 1846).

⁵⁴³ C'est-à-dire dans l'acte constitutif.

⁵⁴⁴ RNR 1970 (51), p. 311 ss (no 40) ainsi que RVJ 1969 (3), p. 231 ss.

⁵⁴⁵ La mention du nombre n'est pas déterminante puisque chaque fondateur ne peut souscrire qu'une seule part sociale (voir art. 774 al. 2/1 CO).

⁵⁴⁶ Association des notaires bernois, Modèles d'actes notariés, V, Droit commercial (deuxième partie), ch. 75, p. 2.

⁵⁴⁷ NOTARIATSINSPEKTORAT, *Textvortagen*, 13.1.1 (p. 3). Voir aussi BRUPBACHER, Anhang 2 (p. 2) ainsi que KOCH, JULES, p. 201.

⁵⁴⁸ L'article 79 al. 1 lit. d ORC qui s'applique à la société anonyme l'exige d'ailleurs expressément.

Pour augmenter la sécurité juridique, il serait toutefois souhaitable que la révision du droit de la société à responsabilité limitée comble les lacunes constatées.

3.2.4-3. Pièces justificatives?

En vertu de l'article 779 al. 3 CO, l'acte constitutif doit mentionner les pièces sur lesquelles se fonde les confirmations des fondateurs. La souscription ne nécessitant pas obligatoirement l'établissement d'une pièce déterminée, excepté l'acte constitutif⁵⁴⁹, l'exigence de l'article 779 al. 3 CO reste - en principe⁵⁵⁰ - lettre morte en ce qui concerne la souscription des parts sociales.

3.2.4-4. Souscription conditionnelle?

Selon l'ancien droit de la société anonyme, les souscriptions conditionnelles étaient exceptionnellement admissibles lors d'une procédure de fondation successive⁵⁵¹. Pour la fondation simultanée, la loi était muette. On exigeait simplement - comme pour la société à responsabilité limitée - que les fondateurs confirment dans l'acte constitutif avoir pris toutes les actions (art. 638 al. 2 ch. 1 aCO). En revanche, en vertu du nouveau droit de la société anonyme, la souscription des actions requiert l'engagement *inconditionnel* (art. 630 ch. 2 CO) d'effectuer un apport correspondant au prix d'émission des actions⁵⁵². En d'autres termes, le droit de la société anonyme actuel interdit expressément toute souscription conditionnelle des actions⁵⁵³.

Bien que le droit de la société à responsabilité limitée ne le dise pas expressément, nous estimons qu'une souscription conditionnelle d'une part sociale n'est

⁵⁴⁹ L'utilisation de bulletins de souscription n'est pas nécessaire.

⁵⁵⁰ Selon JANGGEN et BECKER (BK, ad art. 779 CO, N 11), il faut mentionner les pièces lorsqu'un tiers souscrit pour le fondateur (la procuration) ou lorsque le consentement d'un tiers est nécessaire (le consentement du représentant légal, du tuteur ou du conseil légal). A notre avis, WITH n'est pas suffisamment précis lorsqu'il affirme que la mention des pièces sur lesquelles se fonde la souscription des parts sociales est contraire à l'article 789 al. 3 CO qui laisse le libre choix de constater par un titre la part sociale (WITH, p. 20). En effet, les pièces qui démontrent la souscription ne consistent pas nécessairement dans le titre constatant la part sociale. Il peut s'agir d'autres pièces, tels que procurations, consentement écrit du représentant légal, etc.

⁵⁵¹ Article 632 al. 4 aCO.

⁵⁵² Voir par exemple NOTARIATSINSPEKTORAT, 3.1.1 (p. 3) et BERTHEL/BOCHUD, p. 12 (N 55) et 96.

⁵⁵³ Toutefois, l'engagement n'est valable que pour autant que la société naisse effectivement. Sur ce point, la souscription est toujours conditionnelle, sans que cela soit stipulé expressément par le législateur.

pas admissible⁵⁵⁴. Alors qu'une vraie⁵⁵⁵ condition suspensive viole nécessairement l'obligation de «prendre» la totalité des parts sociales⁵⁵⁶, une condition résolutoire met également en danger la constitution effective de la fortune sociale⁵⁵⁷. Dans ces circonstances, si le législateur avait voulu permettre la souscription conditionnelle d'une part sociale, il aurait dû le stipuler expressément. Enfin, nous rendons attentif au fait qu'en raison de la durée relativement courte de la procédure de fondation simultanée d'une société à responsabilité limitée, la possibilité de procéder à des souscriptions conditionnelles ne répond pas à un besoin pratique⁵⁵⁸.

L'engagement du souscripteur d'une part sociale doit par conséquent être pur et simple, sans condition. Une simple garantie quant à la souscription future des parts sociales n'est pas non plus suffisante⁵⁵⁹.

3.2.5. *Création d'une société à responsabilité limitée par transformation d'une société anonyme*

La création d'une société à responsabilité limitée par transformation d'une société anonyme est soumise aux règles de la fondation ordinaire⁵⁶⁰. Ainsi, les explications susmentionnées, concernant la souscription des parts sociales, valent également pour ce cas.

3.2.6. *Règles protectrices préventives*

3.2.6-1. Introduction

Les règles sur la souscription par les fondateurs de la totalité des parts sociales, et par conséquent de la totalité du capital social, ne sont efficaces, en ce qui concerne la constitution effective de la fortune sociale, que dans la mesure où leur respect peut être assuré. Comme pour la fixation du capital social, le législateur a prévu des règles de protection préventives⁵⁶¹.

⁵⁵⁴ Du même avis GUHL/COMMENT, p. 15 et ISSAKIDES, p. 83.

⁵⁵⁵ Voir SAMI, p. 116 ss. Cet auteur, qui se prononce sur la fondation successive selon l'ancien droit de la société anonyme, distingue les «vraies» des «fausses» conditions.

⁵⁵⁶ L'engagement n'est parfait qu'au moment où la condition est réalisée.

⁵⁵⁷ L'engagement d'apport devient caduc au moment où la condition se réalise.

⁵⁵⁸ La possibilité de faire une souscription conditionnelle se justifie en revanche lors d'une procédure de fondation simultanée, telle que la connaissait l'ancien droit de la société anonyme.

⁵⁵⁹ JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 779 CO, N 8; VON STEIGER, ZK, ad art. 779 CO, N 22.

⁵⁶⁰ Voir 2.2.2. Fondation par transformation d'une société anonyme, p. 104 ss ainsi que la note 411.

⁵⁶¹ Voir 2.3. Règles protectrices préventives, p. 107 ss.

3.2.6-2. Contrôle par l'officier public

La confirmation de la souscription de la totalité des parts sociales doit figurer dans l'acte authentique (art. 779 al. 2 ch. 1 CO). De plus, les statuts doivent mentionner la part de chaque associé (art. 776 ch. 3 CO).

L'officier public doit veiller à ce que les indications susmentionnées figurent dans l'acte authentique et dans les statuts⁵⁶². Connaissant le capital social et la part de chaque associé en vertu des statuts (art. 776 ch. 3 CO), la personne chargée d'établir l'acte authentique pourrait notamment constater, le cas échéant, que le capital social n'a pas été intégralement divisé en parts sociales et que, de ce fait, la confirmation de la souscription de la totalité des parts sociales par les fondateurs, ne couvre pas l'intégralité du capital social. Dans ces circonstances, elle devrait refuser d'instrumenter l'acte authentique.

Pour le surplus, vu l'imprécision de la législation actuelle quant au contenu de la souscription, la tâche de l'officier public n'est pas facile. A notre avis, il doit nécessairement refuser une souscription conditionnelle. Il en va de même lorsque, malgré l'absence d'une liste annexée, les fondateurs ne veulent pas faire figurer dans l'acte constitutif la valeur nominale de la part sociale souscrite par chaque fondateur et le prix d'émission, lorsque ce dernier est supérieur à la valeur nominale.

Enfin, l'officier public doit refuser l'établissement de l'acte lorsqu'il a connaissance de l'incapacité civile d'un des fondateurs ou lorsqu'il constate qu'un consentement est vicié⁵⁶³. Toutefois, dans la mesure où le devoir de vérification de l'officier public est limité en ce qui concerne la capacité de discernement⁵⁶⁴, le concours d'un fondateur sans capacité civile ne peut pas être exclu⁵⁶⁵. Le contrôle exercé par l'officier public ne pourra pas non plus éviter le concours d'un fondateur dont le consentement est vicié.

⁵⁶² Concernant le pouvoir de contrôle de l'officier public, voir 2.3.2. Contrôle par l'officier public, p. 107 ss.

⁵⁶³ En raison d'une erreur, d'un dol ou d'une crainte fondée.

⁵⁶⁴ La capacité de discernement des fondateurs est présumée. Autrement dit, s'il n'y a pas d'indices particuliers, l'officier public doit partir de l'idée que les fondateurs ont la capacité de discernement. Toutefois, lorsque l'officier public a des doutes (même légers) quant à la capacité de discernement, il doit avoir un entretien approfondi avec la personne concernée. Si les doutes subsistent, il doit exiger la remise d'un certificat médical ou d'une expertise psychiatrique (BRÜCKNER, N 986 ss, not. N 993; RUF, *Notariatsrecht*, N 490 et N 695 ss; WOLF, *recht* 1999, p. 62 ss, not. p. 68 - 70. Voir également la décision de l'Autorité de surveillance lucernoise sur les officiers publics du 20 juin 1997 [AU 96 18/54, in: LGVE 1997 I, p. 42 et 43 {no 16}]).

⁵⁶⁵ BRÜCKNER, N 990.

3.2.6-3. Contrôle par le préposé au registre du commerce

3.2.6-3.1. Introduction

Vu le pouvoir de cognition du préposé au registre du commerce⁵⁶⁶, il n'y a aucun doute qu'il doit refuser l'inscription d'une société à responsabilité limitée dont l'acte constitutif ne confirme pas que les fondateurs ont pris toutes les parts sociales (art. 779 al. 2 ch. 1 CO). De même, le préposé au registre du commerce doit refuser l'inscription lorsqu'il se trouve face à une souscription conditionnelle⁵⁶⁷. Malgré l'absence d'une base légale expresse, nous pensons qu'il doit également refuser l'inscription lorsque, en l'absence d'une liste annexée, l'acte constitutif ne mentionne pas la valeur nominale de la part sociale souscrite par chaque fondateur et le prix d'émission, lorsque ce dernier est supérieur à la valeur nominale. En vertu de l'article 780 al. 3 ch. 2 CO, la demande d'inscription doit d'ailleurs obligatoirement mentionner le montant (nominal) de la part de chaque associé⁵⁶⁸.

Se pose alors la question du pouvoir du préposé lorsqu'il constate que le capital social inscrit est supérieur à la valeur nominale de la totalité des parts sociales souscrites par les associés. A notre avis, le préposé doit refuser l'inscription de la société. En effet, la totalité des engagements d'apports des associés serait alors inférieure au capital social et mettrait en échec la constitution effective de la fortune sociale⁵⁶⁹.

3.2.6-3.2. Transfert d'une part sociale entre la constitution de la société et la réquisition d'inscription au registre du commerce

Que doit faire le préposé au registre du commerce lorsqu'il constate qu'une part sociale a été transférée entre l'établissement de l'acte constitutif et la réquisition d'inscription au registre du commerce⁵⁷⁰? Doit-il refuser ou accepter l'inscription au registre du commerce?

⁵⁶⁶ Voir 2.3.3-2. Pouvoir de cognition du préposé au registre du commerce, p. 109 ss.

⁵⁶⁷ ISSAKIDES, p. 84.

⁵⁶⁸ Cette information fait aussi l'objet d'une inscription au registre du commerce (art. 781 ch. 5 CO).

⁵⁶⁹ A notre avis, le refus s'impose aussi lorsqu'en raison d'une émission au-dessus du pair, les engagements des associés « atteignent » le capital social.

⁵⁷⁰ Le préposé s'en aperçoit nécessairement. Soit une personne mentionnée comme fondateur dans l'acte constitutif n'apparaît plus dans la réquisition d'inscription (transfert d'une part sociale à un tiers), soit les parts sociales n'ont pas la même valeur nominale dans l'acte constitutif et dans la réquisition d'inscription (transfert partiel d'une part sociale à un autre fondateur).

La réponse à cette dernière question dépend de la validité d'un transfert des parts sociales avant l'inscription de la société. Le droit de la société à responsabilité limitée ne répond pas expressément à cette question. Il est en outre impossible de s'inspirer de l'article 644 al. 1 CO régissant la société anonyme. En effet, d'une part, la nature juridique des actions ne correspond pas à celle des parts sociales⁵⁷¹ et, d'autre part, cette disposition ne traite que de l'émission - et non pas du transfert - des actions.

A notre avis, indépendamment de leur taux de libération, le transfert des parts sociales avant l'inscription de la société est admissible⁵⁷², sous condition du respect des règles ordinaires en matière de transfert de parts (art. 791 ss CO)⁵⁷³. Bien qu'au moment de la réquisition d'inscription, le nom et le montant de la part sociale de l'associé (et donc de l'acquéreur en cas de transfert) doivent être communiqués au préposé, le fondateur-souscripteur n'acquiert sa qualité d'«ancien associé» qu'au moment de l'inscription de la société au registre du commerce⁵⁷⁴. Le nom du fondateur-souscripteur devra par conséquent figurer au registre des parts sociales⁵⁷⁵. En vertu de l'article 801 CO, il répondra

⁵⁷¹ Selon la doctrine dominante et contrairement aux actions, les parts sociales ne peuvent pas être incorporées dans un papier-valeur (art. 789 al. 3 CO) (voir les auteurs cités à la note 331).

⁵⁷² Du même avis WIDMER, ERNST, p. 34 et, de manière implicite, VON STEIGER (ZK, ad art. 779 CO, N 22 in fine). Contra: DEL PERO, p. 47.

⁵⁷³ Entre l'établissement de l'acte constitutif et l'inscription de la société au registre du commerce, les dispositions régissant la société à responsabilité limitée s'appliquent déjà entre les associés (par exemple: HANDSCHIN, *GmbH*, § 3 N 2).

⁵⁷⁴ L'engagement résultant de la souscription est conditionné par la naissance de la société (voir la note 553).

⁵⁷⁵ Etant donné que tout transfert des parts sociales doit figurer au registre des parts sociales, l'obligation de tenir ce registre vaut déjà à partir de l'établissement de l'acte constitutif. Cette obligation découle d'ailleurs aussi de l'applicabilité des dispositions légales relatives aux rapports internes, après l'établissement de l'acte constitutif (voir la note 573). Or, la tenue du registre des parts sociales est essentiellement une obligation concernant les rapports internes (voir du PASQUER/OERTLE, *BaK*, ad art. 790 CO, N 2; VON STEIGER, ZK, ad art. 790 CO, N 1). Selon VON STEIGER (ZK, ad art. 790 CO, N 6), l'inscription initiale des associés (fondateurs) sur le registre des parts sociales doit d'ailleurs se baser sur l'acte constitutif et les pièces justificatives y relatives (et non pas sur les associés annoncés au registre du commerce lors de l'inscription). Nous rappelons toutefois que l'inscription au registre des parts n'a qu'un effet déclaratif (par exemple: WOHLMANN, *SPR VIII/2*, § 34 II 2 d [p. 360] et *GmbH-Recht*, § 10 II 2 d [p. 49]). Ainsi, même en l'absence d'une inscription du fondateur-souscripteur au registre des parts sociales, celui-ci acquiert la qualité d'«ancien associé» au moment de l'inscription de la société au registre du commerce. En revanche, le fondateur-souscripteur qui a transféré sa part sociale avant l'inscription de la société au registre du commerce ne figurera pas sur la liste des associés au sens de l'article 790 al. 2 CO. En effet cette liste ne doit pas obligatoirement être remise au moment de la réquisition d'inscription (par exemple: JANGGEN/BECKER, *BK* ad art. 790 CO, N 11). Elle ne doit indiquer que les associés actuels et non pas les anciens. Enfin, si les statuts ne mentionnent pas le titulaire de chaque part sociale, un changement des associés ne nécessite une modification statutaire que lorsque le montant des parts sociales subit un changement par suite de cette cession (voir KOCH, JULES, p. 199; VON STEIGER, *Formulare*, p. 51 et 52 [note de bas de page 2] ainsi

en cas de non-libération de la part sociale par son successeur⁵⁷⁶. De plus, l'admissibilité d'un transfert des parts sociales avant l'inscription de la société ne viole aucunement l'obligation de souscrire la totalité des parts sociales. Le transfert d'une part sociale à un tiers avant la constitution externe de la société ne rend d'ailleurs pas plus fragile la situation de la société. En effet, l'engagement d'apport existe toujours. La situation de la société (et indirectement des créanciers) peut même s'en trouver améliorée, puisqu'une personne supplémentaire répond (en application de l'art. 801 CO) de la libération de la part sociale en question.

Au regard de ce qui précède, et en raison du pouvoir de cognition limité du préposé au registre du commerce, ce dernier ne peut pas refuser l'inscription de la société à responsabilité limitée en cas de transfert d'une part sociale entre l'établissement de l'acte constitutif et la réquisition d'inscription au registre du commerce.

3.2.6-3.3. Documents supplémentaires

En vertu de l'article 780 al. 4/2 CO, les requérants doivent prouver que toutes les parts sociales ont été souscrites. Comme la souscription se fait dans l'acte constitutif, cette preuve résulte de l'acte constitutif lui-même. Ainsi, sauf exception⁵⁷⁷, aucun autre document ne doit être joint pour prouver la souscription de la totalité des parts sociales.

3.2.6-3.4. Capacité civile et vices du consentement

Lorsque le préposé au registre du commerce a connaissance de l'incapacité civile des fondateurs, il doit refuser l'inscription au registre du commerce⁵⁷⁸. Dans la mesure où les obligations de vérification du préposé sont limitées dans ce domaine⁵⁷⁹, l'inscription - et par conséquent la naissance - d'une société à

que la communication de l'Office fédéral du registre du commerce, publiée dans la FOSC, No 34 du 10 février 1939 [publiée dans JAQUEROD/VON STEIGER, p. 390 ss]).

⁵⁷⁶ Uniquement lorsque le fondateur-souscripteur n'a pas lui-même libéré la totalité de sa part sociale (voir 3.3.5-4. Réalisation de la part sociale de l'associé exclu, p. 197 ss).

⁵⁷⁷ Par exemple: une procuration de celui qui a souscrit pour le fondateur ou un document prouvant le consentement du représentant légal d'un fondateur mineur ou d'un interdit capable de discernement (voir 3.2.4-3. Pièces justificatives?, p. 132).

⁵⁷⁸ Par exemple ISSAKIDES, p. 81; VON STEIGER, ZK, ad art. 780 CO, N 22.

⁵⁷⁹ Selon FORSTMOSER, le préposé au registre du commerce ne doit pas vérifier la capacité civile des fondateurs (FORSTMOSER, *Aktienrecht*, § 11 N 80). Le Tribunal fédéral s'est récemment exprimé de manière plus nuancée sur l'obligation d'examen de la capacité de discernement par le conservateur du registre foncier. Selon le Tribunal fédéral, le conservateur du registre foncier n'a pas à examiner la capacité de discernement du requérant. En principe, le conservateur donne suite à toute réquisition régulière, tant qu'une décision formelle de l'autorité compétente n'a pas restreint la capacité du requérant. Une exception n'est pos-

responsabilité limitée dont un souscripteur n'a pas la capacité civile ne peut toutefois pas être exclue.

Enfin, lorsque le préposé au registre du commerce sait⁵⁸⁰ qu'une souscription est affectée d'un vice du consentement, il doit refuser l'inscription de la société⁵⁸¹. En pratique, le préposé au registre du commerce n'a toutefois qu'exceptionnellement connaissance d'un vice du consentement⁵⁸². Sur ce point, le contrôle exercé par le préposé est par conséquent peu efficace.

3.2.7. Appréciation

La souscription de la totalité des parts sociales est une condition essentielle de la constitution effective de la fortune sociale; elle a pour objet de garantir à la société, au public, ainsi qu'aux tiers, l'existence d'engagements d'apport valables dont la valeur correspond au moins au capital social.

Nous avons pu constater que la réglementation actuelle relative à la souscription des parts sociales lors de la fondation de la société à responsabilité limitée est lacunaire. Il faudrait notamment préciser le contenu ainsi que les effets de la souscription.

3.2.8. Effets des défauts après la naissance de la société

3.2.8-1. Introduction

Malgré les contrôles préventifs, il se peut qu'une société à responsabilité limitée soit inscrite au registre du commerce, alors même que la souscription des parts sociales ne correspond pas aux exigences légales.

Ce chapitre analyse, du point de vue de la constitution effective de la fortune sociale, les conséquences de l'inscription au registre du commerce d'une société à responsabilité limitée dont la souscription est entachée de défauts.

sible que dans des circonstances extraordinaires, par exemple en cas d'absence de discernement notoire (ATF 124 III 341, not. p. 342 ss [all.]; ATF 112 II 26, not. p. 30 / JdT 1986 I 645, not. p. 648 et 649; à ce sujet voir également WOLF, *rech* 1999, p. 62 ss, not. p. 66 - 68 et la critique de REY, *RJB* 1999 [135], p. 257 ss, not. p. 276 - 281). Bien qu'en principe le contrôle effectué par le conservateur du registre foncier doive être distingué du contrôle effectué par le préposé au registre du commerce, nous pensons que cette jurisprudence s'applique également à la situation qui nous intéresse.

⁵⁸⁰ Par analogie à ce qui vaut pour le conservateur du registre foncier (par exemple: WOLF, *rech* 1999, p. 62 ss, not. p. 65), nous admettons que le préposé au registre du commerce n'est pas obligé de vérifier d'office si la souscription est entachée d'un vice du consentement.

⁵⁸¹ ISSAKIDES, p. 86.

⁵⁸² Nous ne connaissons aucune jurisprudence à ce sujet.

3.2.8-2. Vices du consentement

3.2.8-2.1. Introduction

La souscription des parts sociales consiste en une déclaration de volonté de la part du souscripteur. Comme toute déclaration de volonté, la souscription peut être entachée d'un vice du consentement: erreur essentielle (art. 23 ss CO), dol (art. 28 CO) ou crainte fondée (art. 29 ss CO). Selon les règles ordinaires, la personne qui est victime d'un vice du consentement n'est pas liée par son engagement⁵⁸³. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la personne dont le consentement est vicié peut se prévaloir librement de la nullité de son engagement⁵⁸⁴. Elle n'est pas tenue par un délai absolu⁵⁸⁵.

3.2.8-2.2. Problématique

Appliquées à l'engagement résultant de la souscription, les règles ordinaires sur les vices du consentement auraient pour conséquence que le souscripteur ne serait pas lié par son engagement, et qu'il pourrait se prévaloir de la nullité - sauf exception - sans limites dans le temps. Cette conséquence serait contraire au principe de la constitution effective de la fortune sociale. En effet, si un fondateur pouvait se prévaloir avec succès d'un vice du consentement, la valeur patrimoniale totale des engagements des souscripteurs ne correspondrait pas au capital social inscrit au registre du commerce⁵⁸⁶.

3.2.8-2.3. Solutions de la doctrine

Expressément⁵⁸⁷ ou implicitement, les auteurs rejettent tous la thèse de l'inexistence de la société, lorsqu'une souscription est entachée d'un vice du consentement. Il s'agit d'une conséquence directe de l'effet réparateur de l'inscription au registre du commerce⁵⁸⁸.

⁵⁸³ Article 23 CO (erreur essentielle), article 28 al. 1 CO (dol) et article 29 al. 1 CO (crainte fondée).

⁵⁸⁴ Il s'agit d'un cas de nullité et non pas d'annulabilité (voir ATF 114 II 131, not. p. 141 ss / JdT 1988 I 508, not. p. 516 ss). Cette jurisprudence est toutefois critiquée. Au sujet de cette controverse, voir notamment ENGEL, p. 339 et 340; PIOTET, JdT 1988 I 519 ss; SCHMIDLIN, BK, ad art. 23/24 CO, N 105 ss.

⁵⁸⁵ Elle est toutefois liée par un délai relatif d'un an (art. 31 CO). Sur cette question, voir notamment ATF 114 II 131, not. p. 140 et 141 / JdT 1988 I 508, not. p. 515 et 516.

⁵⁸⁶ Concernant cette problématique voir notamment BOESCH, p. 24 ss; SCHMID, WERNER, p. 28 ss.

⁵⁸⁷ ISSAKIDES, p. 81 ss; WOHLMANN, SPR VIII/2, § 31 II 4 a (p. 331) et *GmbH-Recht*, § 7 II 4 a (p. 21).

⁵⁸⁸ Voir 2.4.2. Inexistence de la société, p. 113 ss.

En revanche, les auteurs ne s'entendent pas quant à la limitation de la possibilité de faire valoir la nullité de l'engagement personnel, résultant de la souscription (sans mettre en cause l'existence de la société). Selon les intérêts dont les auteurs tiennent compte⁵⁸⁹, les limites à l'application des articles 23 ss CO sont plus ou moins importantes. Ainsi, pour certains, il n'est plus possible d'invoquer les vices du consentement après l'inscription de la société au registre du commerce⁵⁹⁰. Pour d'autres, l'impossibilité ne s'applique pas à tous les vices du consentement⁵⁹¹. Certains estiment que l'impossibilité d'invoquer les vices du consentement ne vaut pas dans les cas où la fortune de la société permet d'honorer tous les créanciers⁵⁹². D'autres, en revanche, pensent que l'impossibilité d'invoquer un vice du consentement ne vaut pas que lorsque la société est dissoute et que les intérêts des tiers (et des autres associés de bonne foi) ne sont pas mis en danger⁵⁹³.

3.2.8-2.4. Jurisprudence

Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral en matière de société anonyme, les articles 23 ss CO s'appliquent en principe à la souscription des actions. En revanche, le Tribunal fédéral estime qu'en raison des intérêts en présence, les souscripteurs victimes d'un vice du consentement ne peuvent en aucun cas l'invoquer après l'inscription de la société au registre du commerce⁵⁹⁴. Il reconnaît expressément que la souscription des actions n'existe pas seulement pour protéger les créanciers sociaux, mais également pour protéger le public en général, ainsi que les autres associés⁵⁹⁵.

Bien que le Tribunal fédéral ne se soit jamais prononcé sur le cas d'une société à responsabilité limitée, sa jurisprudence nous paraît parfaitement transposable. Comme pour les actions, la souscription des parts sociales a pour but la protection des créanciers sociaux, du public en général ainsi que des autres

⁵⁸⁹ Intérêts des créanciers, des tiers (public) et des autres associés.

⁵⁹⁰ Par exemple: DICK, p. 51 et 52; GYR, p. 69 ss et MÜLLER, THOMAS FRIEDRICH, p. 74; DE STEIGER, FRITZ, *sociétés anonymes*, p. 114 et 115 (concernant la société anonyme). ISSAKIDES, p. 80 ss et SCHOOP, p. 121 et 165 ss (concernant la société à responsabilité limitée). Probablement aussi WITTH, p. 74, not. p. 77 ss.

⁵⁹¹ Par exemple: VON STEIGER, ZK, ad art. 783 CO, N 9 ss et *FJS 800*, p. 8 et 9. Selon VON STEIGER, la crainte fondée peut toutefois toujours être invoquée par un fondateur.

⁵⁹² BOESCH, p. 85 ss; SCHMID, p. 33 ss; WIELAND, ALFREDO, *Willensmängel*, RSJ 1938/1939 (35), p. 118 ss.

⁵⁹³ FORSTMOSER, *Aktienrecht*, § 12 N 99 ss, not. N 122.

⁵⁹⁴ ATF 64 II 272, not. p. 281 / JdT 1939 I 6, not. p. 16; ATF 51 II 177, not. p. 181 et 182 (fr.); ATF 49 II 475, not. p. 497 / JdT 1924 I 226, not. p. 245; ATF 41 II 717, not. p. 726 / JdT 1916 I 213, not. p. 219; ATF 39 II 531, not. p. 533 ss (all.); ATF 32 II 96, not. p. 102 ss (all.).

⁵⁹⁵ Dans un seul jugement, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de l'importance de l'intérêt des autres associés: ATF 41 III 140, not. p. 147 / JdT 1915 I 546, not. p. 551. Dans un jugement du Tribunal civil bâlois (Bâle-Ville) du 23.7.1973, confirmée par la Cour d'appel par jugement du 20.8.1974, la question a également été laissée ouverte (ÖJM 1975, p. 79 ss, not. p. 82).

associés. Certes, le besoin de protection des créanciers et du public paraît moins important dans une société à responsabilité limitée, en raison de la responsabilité des associés au sens de l'article 802 CO. Cette différence ne justifie à notre avis toutefois pas de s'écarter de la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui protège notamment aussi les associés (futurs) de la société.

Enfin, tout récemment, THOMAS FRIEDRICH MÜLLER a justifié l'inapplicabilité des règles sur les vices du consentement en matière de société anonyme, non pas par les intérêts en présence, mais par l'interdiction de rembourser les versements au sens de l'article 680 al. 2 CO⁵⁹⁶. Nous ne pouvons admettre ce raisonnement. En effet, la sanction des vices du consentement étant la nullité (ex tunc) de l'engagement⁵⁹⁷, il ne s'agit pas d'un problème relatif au maintien de la fortune sociale, mais d'un problème lié à sa constitution effective⁵⁹⁸. L'article 680 al. 2 CO est donc inapplicable. La même remarque vaut pour la société à responsabilité limitée. En effet, de par sa teneur, l'article 798 al. 2 CO ne s'applique qu'aux obligations valables, et non pas aux obligations frappées d'une nullité ex tunc⁵⁹⁹.

Au vu des intérêts en présence, le souscripteur d'une part sociale ne peut dès lors plus invoquer la nullité de son engagement après l'inscription de la société à responsabilité limitée au registre du commerce. Cela vaut aussi lorsque la nullité de l'engagement a déjà été invoquée avant l'inscription de la société au registre du commerce, mais qu'en dépit de ce fait, la société a été inscrite⁶⁰⁰. Un vice du consentement ne met par conséquent pas en danger la constitution effective de la fortune sociale. A notre avis, il serait toutefois souhaitable d'insérer cette interdiction expressément dans la loi.

3.2.8-3. Incapacité d'exercer les droits civils

3.2.8-3.1. Introduction

En vertu de l'article 17 CC, les personnes incapables de discernement, les mineurs et les interdits n'ont pas l'exercice des droits civils⁶⁰¹. Les actes faits par une personne qui n'a pas l'exercice des droits civils n'ont en principe pas d'effet

⁵⁹⁶ MÜLLER, THOMAS FRIEDRICH, p. 74 ss. Selon le Tribunal fédéral, l'interdiction de rembourser les versements au sens de l'article 629 al. 3 CFO n'est qu'un «Anhaltspunkt zur Entscheidung» (ATF 32 II 96, not. p. 102 [all.], cité à la note 594).

⁵⁹⁷ ATF 114 II 131, not. p. 141 ss / JdT 1988 I 508, not. p. 516 ss (cité à la note 584).

⁵⁹⁸ Dans ce sens déjà BOESCH, p. 57 ss et GYR, p. 77 ss. Contra: MÜLLER, THOMAS FRIEDRICH, p. 74 ss; voir également le jugement du Tribunal civil bâlois du 23.7.1973, confirmé par la Cour d'appel par jugement du 20.8.1974. Voir BJM 1975, p. 79 ss (cité à la note 595).

⁵⁹⁹ «L'obligation de libérer les parts sociales ne peut être l'objet d'une remise ou d'une prorogation qu'en cas de réduction du capital social» (art. 798 al. 2 CO).

⁶⁰⁰ Pour le droit allemand, voir ULMER, in Hachenburg, 8^e éd., § 2 N 123.

⁶⁰¹ A ce sujet, voir BIGLER-EGGENBERGER, BaK, ad art. 17 et 18 CC.

juridique (voir art. 18 et 19 CC). En d'autres termes, en application des règles ordinaires, l'engagement résultant de la souscription d'une part sociale par une personne qui n'a pas l'exercice des droits civils est nul avec effet ex tunc. Sauf en cas d'abus de droit (art. 2 CC), cette nullité peut être invoquée par toute personne concernée⁶⁰².

3.2.8-3.2. Problématique

Malgré la nullité de l'engagement, la souscription par une personne qui n'a pas l'exercice des droits civils ne met pas en cause l'existence de la société à responsabilité limitée⁶⁰³, grâce à l'effet réparateur de l'inscription au registre du commerce⁶⁰⁴.

En revanche, selon la doctrine majoritaire que nous approuvons entièrement, ni l'inscription au registre du commerce, ni les intérêts des créanciers, du public et des autres associés, ne justifient d'écarter la nullité de l'engagement du souscripteur⁶⁰⁵. La protection de la personne qui n'a pas l'exercice des droits civils, prévaut en toute circonstance sur les autres intérêts: le souscripteur qui a pris son engagement, alors qu'il ne disposait pas de l'exercice des droits civils, peut à tout moment en invoquer la nullité. Le Tribunal fédéral partage expressément cet avis en ce qui concerne la société anonyme⁶⁰⁶.

3.2.8-3.3. Solutions

Au vu de ce qui précède, nous nous trouvons face à une société à responsabilité limitée dont la totalité des engagements de souscription valables ne correspond pas au capital social inscrit⁶⁰⁷; il est inférieur. Afin d'établir une situation conforme au principe de la constitution effective de la fortune sociale, deux so-

⁶⁰² Par exemple: ATF 117 II 18, not. p. 24 / JdT 1994 I 87, not. p. 93.

⁶⁰³ HACHENBURG, *Rechtsprechung*, RDS 1936 (55), p. 329 ss, not. p. 348; NEESE, p. 107; VON STEIGER, ZK, ad art. 783 CO, N 8 et 9 FJS 800, p. 8 ss. En revanche, selon ISSAKIDES (p. 86 ss), l'absence de l'exercice des droits civils peut - selon les circonstances - avoir pour sanction la nullité de la société inscrite au registre du commerce. Nous ne partageons pas cet avis. En vertu de l'effet réparateur de l'inscription au registre du commerce, la personnalité juridique est acquise sans exception (voir 2.4.2. Inexistence de la société, p. 113 ss).

⁶⁰⁴ Voir 2.4.2. Inexistence de la société, p. 113 ss.

⁶⁰⁵ GYR, p. 35 ss; ISSAKIDES, p. 88 et 87; KAUFMANN, p. 85; VON STEIGER, ZK, ad art. 783 CO, N 9 et FJS 800, p. 8. Pour la société anonyme, par exemple: FORSTMOSER, *Aktienrecht*, § 9 N 35 ss et § 12 N 133; SCHMID, WERNER, p. 41 et 42; SCHOOP, p. 122; SIEGWART, ZK, *Vorbemerkungen zu Art. 629-639 OR*, N 31; DE STEIGER, FRITZ; *sociétés anonymes*, p. 115. Contra: NÄF, p. 91 ss. Selon cet auteur, qui fait partie de la doctrine minoritaire, il n'y a aucune raison de traiter les cas d'absence d'exercice des droits civils différemment de ceux des vices du consentement.

⁶⁰⁶ ATF 39 II 531, not. p. 534 (all.) (cité à la note 594).

⁶⁰⁷ La nullité de l'engagement ne met pas en cause le capital social. Ce dernier n'est pas directement réduit de ce fait.

lutions s'offrent à la société⁶⁰⁸: trouver une personne⁶⁰⁹ qui reprenne la part sociale de celui qui n'est pas obligé ou procéder à une réduction du capital social inscrit.

En ce qui concerne la première solution, se pose d'emblée la question de la procédure applicable. La loi reste muette à ce propos. La doctrine et la jurisprudence suisse ne se prononcent pas non plus de manière expresse⁶¹⁰. En revanche, selon la doctrine allemande majoritaire, qui se trouve face au même vide laissé par le législateur, il y a lieu d'appliquer par analogie la procédure d'augmentation du capital sans toutefois modifier le chiffre du capital social⁶¹¹. En effet, selon les auteurs allemands, feute d'engagement valable, la part sociale et la *Mitgliedschaftsstelle* y relative n'existent pas. Il faut par conséquent créer une nouvelle part sociale, création qui ne peut se faire qu'en procédant à une augmentation du capital. Selon ces mêmes auteurs allemands, il n'y a toutefois pas lieu de procéder à une réduction préalable du capital social.

Si, quant à son principe, la solution allemande paraît convaincante, nous pensons que, en l'état actuel, le droit suisse impose une réduction simultanée du capital social⁶¹². En pratique, et dans la mesure où la doctrine suisse admet unanimement l'inapplicabilité des règles de protection des créanciers lorsqu'une réduction du capital social est accompagnée par une augmentation équivalente⁶¹³, la différence par rapport à la solution allemande est toutefois minime.

Au vu de ce qui précède, les associés doivent décider d'une réduction et d'une augmentation simultanée, portant sur le même montant, du capital social, en application des règles sur la réduction du capital social (art. 788 CO⁶¹⁴) et sur celles de la fondation (art. 786 CO)^{615, 616}. La décision des associés devra donc

⁶⁰⁸ VON STEIGER, ZK, ad art. 783 CO, N 9.

⁶⁰⁹ Un autre associé ou un tiers.

⁶¹⁰ Voir VON STEIGER, ZK, ad art. 783 CO, N 9 et *FJS* 800, p. 9. Pour la société anonyme: FORSTMOSER, *Aktienrecht*, § 12 N 21; SIEGWART, ZK, ad art. 643 CO, N 23.

⁶¹¹ EMMERICH, in Scholz, 8^e éd., ad § 2, N 71; HEINRICH, *Handbuch*, § 12 N 33; ULMER, in Hachenburg, 8^e éd., ad § 2, N 109 ss, not. N 110.

⁶¹² A défaut, le capital social ne correspond pas à la valeur nominale totale des parts sociales souscrites valablement.

⁶¹³ Par exemple: HANDSCHIN, *GmbH*, § 8 N 21; JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 788 CO, N 18; VON STEIGER, ZK, ad art. 788 CO, N 13.

⁶¹⁴ L'article 788 al. 2 CO renvoie au droit de la société anonyme. Les associés ne devront toutefois pas respecter les règles concernant la protection des créanciers (voir les auteurs cités à la note 613).

⁶¹⁵ Les règles sur la fondation s'appliquent par renvoi (voir art. 786 al. 1 CO).

⁶¹⁶ Les règles sur la déchéance (art. 798 ss CO; contra implicitement: ISSAKIDES, p. 92) et sur la sortie d'un associé (art. 822 CO) ne s'appliquent pas. Ces dispositions ne s'appliquent qu'aux associés. Or, le souscripteur qui n'avait pas l'exercice des droits civils n'est jamais devenu associé. Enfin, étant donné que la cession d'un sociétariat inexistant est impossible, nous excluons également l'application des dispositions sur la cession des parts sociales (art. 791 ss CO).

nécessairement contenir un certain nombre d'informations relatives à la souscription et la libération de la nouvelle part sociale⁶¹⁷. S'agissant d'une décision de réduction et d'augmentation simultanée du capital social, se pose encore la question de sa forme ainsi que du quorum à atteindre.

L'application des règles de la fondation à l'augmentation du capital social rend le respect de la forme authentique obligatoire en toutes circonstances. Peu importe que l'augmentation implique une modification des statuts ou non⁶¹⁸. Enfin, pour autant que l'augmentation décidée ne soit pas supérieure à la réduction simultanée⁶¹⁹, il suffit, à notre avis, que la décision soit prise par trois quarts des associés représentant en même temps les trois quarts au moins du capital social (art. 784 al. 2 CO⁶²⁰), ou à la majorité absolue des voix émises (art. 808 al. 3 CO⁶²¹).

En ce qui concerne la deuxième solution qui s'offre à la société, à savoir la réduction du capital social, l'article 788 al. 2 CO renvoie essentiellement aux dispositions applicables à la société anonyme. La réduction du capital social n'est par conséquent admissible qu'en respectant des règles précises en matière de protection des créanciers de la société (art. 732 ss [a]CO)⁶²². Cela vaut aussi lorsque, simultanément à l'amortissement des parts sociales et à la réduction du capital social, la société transforme des réserves, dont elle peut librement disposer, en réserves pour amortissement (*Amortisationsreserve*) pour «compenser» la réduction du capital social. En effet, en vertu de l'article 84 al. 4 ORC «Lorsque des actions ont été rachetées et détruites, la procédure de réduction du capital doit être observée et la réduction du capital et du nombre d'actions doit être inscrite même si une somme correspondante a été portée au passif du bilan»⁶²³. Cette solution s'impose d'ailleurs indépendamment de la

⁶¹⁷ Voir par exemple: ISLER/ZINDEL, BaK, ad art. 786 CO, N 6 et 7.

⁶¹⁸ A notre avis, l'article 784 al. 1 CO ne justifie pas à lui seul l'exigence de la forme authentique. Puisqu'elle est effectuée simultanément avec une réduction, l'augmentation du capital social n'implique pas nécessairement une modification des statuts de la société (nous pensons ici au cas où la nouvelle part sociale est souscrite par un tiers qui fait un apport en espèces).

⁶¹⁹ Lorsque l'augmentation est supérieure à la réduction, la décision doit être prise à l'unanimité en application de l'article 784 al. 3 CO. Du même avis: VON STEIGER, ZK, ad art. 788 CO, N 13.

⁶²⁰ Lorsque la décision implique une modification des statuts. Ceci vaut notamment lorsqu'un ancien associé procède à la souscription.

⁶²¹ Lorsque la décision n'implique pas une modification des statuts (voir la note 618).

⁶²² En vertu de l'article 788 al. 2 in fine CO, l'article 735 (a)CO ne s'applique pas par analogie au droit de la société à responsabilité limitée. Nous rappelons en outre qu'une réduction du capital social au-dessous de 20 000 francs n'est pas admissible (art. 788 al. 1 CO, voir par exemple KÜNG, BaK, ad art. 788 CO, N 7).

⁶²³ Dans ce sens: MÜLLER, THOMAS FRIEDRICH, p. 129 et 130.

théorie du renvoi adoptée⁶²⁴ puisque, matériellement, l'ancien et le nouveau droit de la société anonyme ne présentent aucune différence sur ce point⁶²⁵.

3.2.8-3.4. Dissolution de la société?

Afin de faire concorder les engagements de souscription valables avec le capital social, la société peut soit procéder à une réduction et augmentation simultanée, soit procéder à une simple réduction⁶²⁶ de son capital social. Que se passe-t-il si la société ne procède pas à ces modifications?

Hormis une éventuelle responsabilité personnelle des personnes fautives⁶²⁷, le droit suisse ne prévoit aucune sanction expresse. Il ne permet notamment ni aux tiers (créanciers), ni au juge, ni au préposé au registre du commerce, de se substituer à la société. Le droit suisse ne prévoit pas non plus expressément la possibilité pour le juge de dissoudre la société. Se pose dès lors la question de savoir si, conformément à ce que nous admettons lorsque le capital social est inférieur au minimum légal⁶²⁸, le droit suisse octroie implicitement au juge le pouvoir de dissoudre la société qui ne procède pas aux adaptations nécessaires, lorsque le montant nominal global des parts sociales valablement souscrites est inférieur au capital social⁶²⁹? A notre avis, cela n'est pas le cas.

Premièrement, selon la systématique adoptée par le législateur, le défaut de constitution effective de la fortune sociale n'est sanctionné par la dissolution de la société par le juge qu'en cas de surendettement (art. 817 al. 1 CO qui renvoie aux dispositions de la société anonyme [art. 725 aCO; art. 725 et 725a CO]). Il serait contraire à cette systématique d'autoriser le juge, alors que la nullité de la souscription procède d'une problématique liée à la constitution effective de la fortune sociale, à prononcer la dissolution de la société sans qu'il y ait surendettement⁶³⁰.

Deuxièmement, malgré la nullité de la souscription d'une ou de plusieurs parts sociales, les associés restants sont toujours responsables en vertu des articles 772 al. 2/2 et 802 CO face aux créanciers sociaux jusqu'à concurrence du ca-

⁶²⁴ Voir p. 38.

⁶²⁵ Malgré une teneur légèrement différente, l'article 84 al. 4 (a)ORC a la même portée que l'article 84 al. 4 ORC (voir MÜLLER, THOMAS FRIEDRICH, p. 128 et 129).

⁶²⁶ Pour autant que cela soit admissible (voir la note 622).

⁶²⁷ Voir articles 827 et 753 ss (a)CO.

⁶²⁸ Voir 2.5.4. Dissolution de la société par le juge sur requête du préposé au registre du commerce, p. 122 ss.

⁶²⁹ En droit allemand, l'article 144a FFG prévoit expressément la dissolution (après sommation) d'une société à responsabilité limitée par décision du *Registergericht*, lorsque certaines dispositions statutaires essentielles sont nulles. L'application de cette disposition au cas où la totalité des parts sociales valables ne correspond pas au capital social inscrit ne fait toutefois pas l'unanimité des auteurs (voir HEINRICH, *Handbuch*, § 12 N 33).

⁶³⁰ Selon la systématique du législateur, il n'y a aucune lacune à combler.

pital social inscrit⁶³¹. La protection des créanciers n'est ainsi que très peu diminuée^{632, 633}.

Troisièmement, contrairement à ce qu'elles autorisent lorsque le capital-actions est inférieur au minimum légal, les dispositions transitoires du nouveau droit de la société anonyme ne permettent pas au juge de dissoudre la société lorsque des souscriptions sont nulles⁶³⁴. Nous ne pouvons donc - de toute façon⁶³⁵ - rien en tirer (par analogie) pour la société à responsabilité limitée.

En conclusion et au vu de ce qui précède, lorsqu'une souscription est nulle en raison de l'incapacité d'un fondateur d'exercer les droits civils, et que la société ne procède pas aux modifications nécessaires, le défaut affectant la constitution effective de la fortune sociale subsiste même après l'inscription de la société au registre du commerce. La société ne peut pas être forcée de procéder aux modifications nécessaires. Elle ne peut pas non plus être dissoute contre son gré. Dans ces circonstances, la constitution effective de la fortune sociale est exclusivement garantie par une éventuelle responsabilité personnelle des fondateurs et/ou des gérants, ainsi que par la responsabilité personnelle des associés au sens de l'article 802 CO.

3.2.8-4. Souscription conditionnelle

3.2.8-4.1. Introduction

La souscription conditionnelle d'une part sociale n'est pas admissible⁶³⁶. L'officier public ainsi que le préposé au registre du commerce doivent refuser leur concours lorsqu'ils constatent qu'une souscription est conditionnelle⁶³⁷. Si, mal-

⁶³¹ HACHENBURG, *Gesellschaft*, Zentralblatt für Handelsrecht, Jg. 1 (1926), p. 16 ss, not. p. 21 et *Rechtsprechung*, RDS 1936 (55), p. 329 ss, not. p. 348; KAUFMANN, p. 85.

⁶³² A l'exception peut-être du cas où la nullité de la souscription touche une participation importante par rapport aux participations valables et que les associés restants n'ont pas de fortune personnelle suffisante pour combler la différence en application de l'article 802 CO.

⁶³³ Sur ce point, la situation diffère du droit de la société anonyme. Vu l'absence d'une responsabilité personnelle et solidaire des actionnaires à concurrence du montant du capital-actions inscrit, une souscription nulle est (le cas échéant) plus défavorable aux créanciers d'une société anonyme qu'aux créanciers d'une société à responsabilité limitée.

⁶³⁴ Article 2 al. 2 DF (voir les notes 505 et 514). En revanche, le juge peut dissoudre la société anonyme lorsque la libération ne correspond pas aux exigences légales minimales. Cette exigence concerne toutefois la libération des souscriptions valables et non pas le sort des souscriptions nulles.

⁶³⁵ En raison de l'absence d'une responsabilité personnelle et solidaire des actionnaires pour les dettes sociales au sens de l'article 802 CO (voir la note 633), une application par analogie des solutions du droit de la société anonyme dans ce domaine serait discutable.

⁶³⁶ Voir 3.2.4-4. Souscription conditionnelle, p. 132 ss.

⁶³⁷ Voir 3.2.6-2. Contrôle par l'officier public, p. 134 et 3.2.6-3.1. Introduction, p. 135.

gré ce défaut, une société à responsabilité limitée est inscrite au registre du commerce, quelles en sont les conséquences?

Une souscription conditionnelle ne produit aucun effet sur l'existence de la société qui, par son inscription au registre du commerce, acquiert la personnalité juridique⁶³⁸. De même, une souscription conditionnelle n'influence pas le capital social inscrit⁶³⁹.

En revanche, l'effet d'une souscription conditionnelle sur la validité de l'engagement de souscription n'est pas certain. L'engagement est-il nul, valable conditionnellement ou valable sans condition? Les dispositions légales de la société à responsabilité limitée sont muettes sur cette question. Il en va de même de la jurisprudence et de la doctrine. Qu'en est-il en droit de la société anonyme?

3.2.8-4.2. Société anonyme

Selon l'article 630 ch. 2 CO, la souscription des actions doit être inconditionnelle pour être valable. En d'autres termes, une souscription conditionnelle n'engage pas le souscripteur qui ne devient par conséquent pas actionnaire. Cette conséquence vaut-elle également après l'inscription de la société au registre du commerce?

Selon sa teneur, l'article 630 ch. 2 CO paraît hostile à toute exception s'agissant d'une souscription conditionnelle⁶⁴⁰. En revanche, vu sa position dans la loi (avant les dispositions traitant de l'effet de l'inscription au registre du commerce), il serait possible d'admettre que l'invalidité de la souscription conditionnelle ne vaille pas nécessairement après l'inscription au registre du commerce⁶⁴¹. D'un autre côté, en vertu de l'article 629 al. 2 ch. 1 CO⁶⁴², les fondateurs doivent constater dans l'acte constitutif que «toutes les actions ont été valablement souscrites». Cette constatation, qui doit également émaner de la personne dont la souscription est conditionnelle, pourrait alors (implicite) valoir renonciation à la condition⁶⁴³. La situation est peu claire.

A l'instar du droit de la société à responsabilité limitée, l'ancien droit de la société anonyme ne connaissait aucune disposition semblable à l'article 630 ch. 2 CO. En revanche, en vertu de l'article 638 al. 2 ch. 1 aCO, les fondateurs devaient confirmer dans l'acte constitutif, lors d'une fondation simultanée, «Qu'ils

⁶³⁸ Voir 2.4.2. Inexistence de la société, p. 113 ss.

⁶³⁹ Voir la note 607.

⁶⁴⁰ Dans ce sens BÖCKLI, *Aktienrecht*, N 49 et SCHENKER, BaK, ad art. 630 CO, N 3.

⁶⁴¹ Le message ne se prononce pas sur ce point (MESSAGE 1983 [ch. 313.1, tiré à part, p. 121]). Le législateur n'a probablement pas pensé à ce cas de figure.

⁶⁴² Voir également article 79 al. 1 lit. d ORC.

⁶⁴³ Voir toutefois l'avis de SIEGWART, ZK, ad art. 632 CO, N 12.

ont pris eux-mêmes toutes les actions». Cette confirmation, qui ressemble à celle exigée pour la société à responsabilité limitée (art. 779 al. 2 ch. 1 CO⁶⁴⁴), ne semblait toutefois pas annuler une éventuelle condition liée à la souscription. En effet, selon SIEGWART, un fondateur pouvait, même après l'inscription de la société anonyme au registre du commerce, faire valoir le caractère conditionnel de sa souscription. Étaient toutefois exceptés les cas où, par son comportement après l'inscription, le fondateur renonçait implicitement à la condition⁶⁴⁵. Dans ce passage, SIEGWART traite certes de la constitution successive d'une société anonyme. Lors de la constitution successive selon l'ancien droit, l'assemblée des souscripteurs devait toutefois aussi constater que le capital social était entièrement souscrit (art. 635 al. 2 aCO). Sur ce point, la différence par rapport à la fondation simultanée n'était donc pas déterminante. L'avis de SIEGWART valait aussi pour la fondation simultanée. Il s'ensuit que, selon SIEGWART, ni la confirmation d'avoir pris toutes les actions, ni l'inscription au registre du commerce n'avaient d'influence sur le caractère conditionnel d'une souscription d'action selon l'ancien droit de la société anonyme. Seul un comportement subséquent à l'inscription pouvait valoir renonciation à la condition.

3.2.8-4.3. Droit allemand

À l'instar du droit suisse, la loi allemande sur la société à responsabilité limitée (GmbHG [D]) ne détermine pas expressément les effets de l'inscription au registre du commerce sur le caractère conditionnel d'une souscription effectuée par un fondateur. En revanche, contrairement au droit suisse, la jurisprudence et la doctrine allemandes relatives à la société à responsabilité limitée ont expressément traité de cette question.

Selon le *Reichsgericht*, une souscription conditionnelle est illicite (*unzulässig*) et implique la nullité de la souscription, puisque la loi ne connaît pas de participation temporaire (*vorläufige Beteiligung*) dans une société à responsabilité limitée⁶⁴⁶.

Dans un premier temps, la doctrine a estimé qu'une souscription conditionnelle le restait après l'inscription de la société au registre du commerce⁶⁴⁷. En d'au-

⁶⁴⁴ Selon cette disposition les fondateurs d'une société à responsabilité limitée doivent confirmer dans l'acte constitutif «qu'ils ont pris eux-mêmes toutes les parts sociales».

⁶⁴⁵ SIEGWART, ZK, ad art. 632 CO, N 12. En revanche, selon SAMI (p. 115), le souscripteur d'une action ne pouvait plus invoquer la condition après l'inscription de la société au registre du commerce. Selon SAMI, cette irrégularité était alors couverte par l'effet réparateur de l'inscription au registre du commerce.

⁶⁴⁶ RGZ 83, p. 256 ss, not. p. 258; RGZ 78, p. 359 ss; RGZ 33, p. 91 ss, not. p. 93; voir également: Kammergericht (appelation du Oberlandesgericht de Berlin jusqu'au 3.10.1990), 1. Zivilsenat, décision du 6.5.1968 (OLGZ 1968, p. 477 ss, not. p. 483).

⁶⁴⁷ Par exemple: LUTTER, *Kapital*, p. 95. Selon LUTTER, l'effet réparateur de l'inscription au registre du commerce ne justifie pas d'écarter une déclaration expresse (la condition) d'un souscripteur. Le souscripteur peut toutefois lui-même renoncer à la condition.

tres termes, l'inscription au registre du commerce n'écartait pas ipso jure la condition et le souscripteur pouvait toujours la faire valoir. En revanche, la doctrine majoritaire récente s'accorde à dire qu'après l'inscription au registre du commerce, le fondateur ne peut plus faire valoir la condition⁶⁴⁸. Cette solution s'impose en raison, d'une part, de l'effet réparateur de l'inscription au registre du commerce, et, d'autre part, d'une pesée des intérêts en présence, l'intérêt du souscripteur à pouvoir invoquer le caractère conditionnel de sa souscription étant alors inférieur aux autres intérêts en présence.

3.2.8-4.4. Solution

A notre avis, le critère des intérêts en présence retenu par la doctrine allemande récente est tout à fait pertinent.

En effet, après l'inscription de la société au registre du commerce, l'intérêt des créanciers, du public et des autres associés prime l'intérêt du souscripteur à pouvoir faire valoir la condition. La situation du souscripteur conditionnel est en cela semblable à celle du souscripteur dont le consentement est entaché d'un vice du consentement⁶⁴⁹. Contrairement au souscripteur qui n'a pas la capacité civile, il ne mérite pas de bénéficier d'une protection absolue⁶⁵⁰. Cette solution présente également l'avantage de la sécurité juridique. En effet, contrairement à la solution de SIEGWART qui soumet l'inexistence de la condition à une renonciation implicite (ou expresse) de la part du souscripteur⁶⁵¹, elle ne soulève aucun problème d'interprétation⁶⁵². Enfin, elle garantit au mieux la constitution effective de la fortune sociale⁶⁵³.

En conclusion et au vu des arguments qui précèdent, le caractère conditionnel d'une souscription dans l'acte constitutif d'une société à responsabilité limitée ne peut plus être invoqué après l'inscription de la société au registre du commerce. Lors de la révision du droit de la société à responsabilité limitée, il serait toutefois souhaitable de faire figurer cette impossibilité dans la loi.

⁶⁴⁸ ROTH/ALTHEPPEN, ad § 2, N 35; EMMERICH, in Scholz, 8^e éd., ad § 2, N.67; HEINRICH, *Handbuch*, § 12 N 32; ULMER, in Hachenburg, 8^e éd., ad § 2, N 115.

⁶⁴⁹ Voir 3.2.8-2. Vices du consentement, p. 139 ss.

⁶⁵⁰ Voir 3.2.8-3. Incapacité d'exercer les droits civils, p. 141 ss.

⁶⁵¹ Voir la note 645.

⁶⁵² Avec la solution retenue par SIEGWART, se pose toujours la question de savoir si un comportement vaut «abandon implicite» de la condition ou non.

⁶⁵³ La société n'est de surcroît pas obligée d'adapter son capital social.

3.2.8-5. Absence de confirmation dans l'acte constitutif d'avoir pris toutes les parts sociales et absence de la mention de la valeur nominale et du prix d'émission de la part sociale souscrite par chaque fondateur

L'absence de la confirmation, dans l'acte constitutif, d'avoir pris toutes les parts sociales au sens de l'article 779 al. 2 ch. 1 CO ne met pas en cause l'existence de la société. Malgré ce défaut, la société acquiert la personnalité juridique par l'inscription au registre du commerce⁶⁵⁴. Cette solution vaut également en droit allemand⁶⁵⁵.

L'existence de la société, malgré l'absence de la confirmation de souscription, n'implique toutefois pas automatiquement l'existence de souscriptions valables de la part des fondateurs. Il faut encore déterminer si, après l'inscription au registre du commerce et malgré l'absence de la confirmation au sens de l'article 779 al. 2 ch. 1 CO, les fondateurs se sont engagés valablement vis-à-vis de la société et des tiers. Les fondateurs sont-ils devenus des associés à part entière malgré l'absence de confirmation au sens de l'article 779 al. 2 ch. 1 CO?

A notre avis, la validité des engagements des fondateurs (et leur qualité d'associé) après l'inscription au registre du commerce ne fait pas de doute lorsque l'acte constitutif - signé par tous les fondateurs - mentionne expressément la répartition des parts sociales entre les fondateurs⁶⁵⁶. En revanche, la situation est moins évidente lorsque l'acte constitutif ne mentionne pas la valeur nominale de la part sociale souscrite par chaque fondateur et qu'une liste annexée fait défaut⁶⁵⁷.

Selon FORSTMOSER, qui traite de l'ancien droit de la société anonyme, l'inexistence de la répartition des actions dans l'acte constitutif empêche en principe la naissance des obligations d'apport des fondateurs. Sont toutefois exceptés les cas où, par actes concluants, les fondateurs réparent ce défaut. FORSTMOSER cite notamment la libération ultérieure complète du capital-actions et l'accepta-

⁶⁵⁴ Voir 2.4.2. Inexistence de la société, p. 113 ss.

⁶⁵⁵ Le défaut consistant en l'absence de la souscription d'une part sociale ne fait pas partie des causes de nullité de la société au sens du § 75 GmbH-Gesetz (D) (voir ROTH/ALTMIPPEN, ad § 75, N 8; HÖHNER, in Hachenburg, 8^e éd., ad § 75, N 7 et 8; SCHMIDT, in Scholz, 8^e éd., ad § 75, N 12).

⁶⁵⁶ La volonté de faire un apport déterminé résulte alors directement de l'acte constitutif.

⁶⁵⁷ Bien que la loi ne le stipule pas expressément, il s'agit d'une mention obligatoire (voir 3.2.4-2. Indication de la valeur nominale et du prix d'émission de la part sociale souscrite par chaque fondateur, p. 130 ss).

tion de dividendes⁶⁵⁸. L'avis de FORSTMOSER est également défendu par d'autres auteurs⁶⁵⁹, ainsi que par le Tribunal fédéral⁶⁶⁰.

A notre avis, l'opinion de FORSTMOSER et du Tribunal fédéral vaut également pour la société à responsabilité limitée. En raison des intérêts en présence (fondateurs, société et créanciers), la validité de la souscription doit être admise lorsqu'il est possible de déterminer la valeur nominale de la part sociale souscrite par un fondateur grâce à la demande d'inscription au registre du commerce (art. 780 al. 3 ch. 2 CO)⁶⁶¹, l'inscription au registre du commerce (art. 781 ch. 4 et 5 CO) ainsi que le registre des parts sociales (art. 790 al. 1 CO). La souscription est également valable lorsque la valeur nominale de la part sociale souscrite peut être déterminée en tenant compte des actes concluants suivants: montant de la libération avant la constitution de la société, montant de la libération intervenue en cours de vie sociale, dividende perçu par les associés, etc. En revanche, lorsque la valeur nominale de la part sociale souscrite par un fondateur ne peut pas être déterminée par des indices ou par des actes concluants, le fondateur en question n'est pas engagé valablement.

Enfin, l'absence d'indication du prix d'émission des parts sociales souscrites ne met pas en cause la validité des souscriptions. Dans ce cas, sauf indices ou actes concluants contraires⁶⁶², le prix d'émission correspond à la valeur nominale des parts sociales.

3.2.8-6. Conclusion

Après l'inscription de la société à responsabilité limitée au registre du commerce et vu les intérêts en présence, les défauts dont peut être affectée la souscription des parts sociales ne peuvent plus être invoqués par le souscripteur ou par son successeur. Malgré les défauts dont elle est entachée, la souscription est valable et la société pourra réclamer l'exécution des engagements qui en résultent. Cette solution est conforme à l'exigence de la constitution effective de la fortune sociale.

⁶⁵⁸ FORSTMOSER, *Aktienrecht*, § 12 N 87 ss.

⁶⁵⁹ SCHOOP, p. 121. Plus nuancé: SAMI, p. 114 et 115. Selon SAMI, l'absence de référence au projet de statuts dans la souscription des actions ne peut plus être invoquée après l'inscription de la société, en raison du principe de «l'intégrité du capital social» et de «l'effet réparateur». Nous relevons toutefois que cet auteur se réfère uniquement à la procédure de fondation successive et à un défaut particulier y relatif.

⁶⁶⁰ Voir ATF 58 II 151, not. p. 154 / JdT 1933 I 173, not. p. 177 (fondation successive d'une société anonyme, absence de référence aux statuts dans la souscription); ATF 41 II 585, not. p. 587 (fr.); ATF 33 II 159, not. p. 162 (fr.) (fondation successive d'une société anonyme, absence de référence aux statuts dans la souscription).

⁶⁶¹ La demande d'inscription doit expressément mentionner la répartition des parts sociales.

⁶⁶² En raison de l'interdiction de l'émission au-dessous du pair, les indices et actes concluants ne pourraient toutefois que démontrer l'existence d'un prix d'émission supérieur à la valeur nominale.

Le principe susmentionné connaît deux exceptions.

D'une part, lorsqu'une souscription est effectuée par une personne n'ayant pas l'exercice des droits civils, nous estimons - conformément à la jurisprudence et à la doctrine majoritaire - que l'intérêt du souscripteur à ne pas être lié prévaut sur l'intérêt contraire de la société, du public ainsi que des associés. Cette solution ne respecte pas la constitution effective de la fortune sociale. Pour rétablir la situation, la société doit procéder à une adaptation de son capital social (réduction et augmentation simultanée ou simple réduction). Or, il n'est actuellement pas possible de forcer la société à procéder à cette adaptation, ni même de la faire dissoudre, si elle n'y procède pas. L'absence de sanction ne présente toutefois pas un risque important pour les créanciers sociaux. En effet, en raison de la responsabilité personnelle des associés au sens de l'article 802 CO, les créanciers sociaux peuvent, en cas de surendettement de la société, se retourner contre les associés à concurrence du capital social inscrit.

D'autre part, en cas d'absence de mention dans l'acte constitutif de la valeur nominale de la part sociale souscrite par chaque fondateur (et à défaut d'une liste annexée) et lorsque la valeur nominale de la part sociale d'un fondateur ne peut pas être déterminée grâce à des indices ou à des actes concluants, le fondateur en question n'est pas engagé valablement. On se trouve alors dans la même situation que lorsqu'une souscription est effectuée par une personne n'ayant pas l'exercice des droits civils.

Quant à ses effets, la situation actuelle est satisfaisante par rapport à la constitution effective de la fortune sociale. En revanche, tout comme pour la société anonyme, le sort des souscriptions entachées d'un défaut après l'inscription au registre du commerce ne résulte pas expressément de la loi. L'absence de disposition légale dans ce domaine est à notre avis contraire aux exigences de la sécurité juridique. La révision en cours devrait apporter des précisions en la matière et fixer explicitement le régime applicable aux souscriptions entachées d'un défaut.

3.2.9. *Appréciation globale*

La constitution effective de la fortune sociale nous semble en principe suffisamment garantie par la réglementation actuelle de la souscription des parts sociales.

Les lacunes dans les contrôles préventifs effectués par l'officier public ainsi que par le préposé au registre du commerce sont en principe réparées après la naissance de la société. Malgré leurs défauts, les souscriptions sont en principe pleinement valables. De plus, en raison de la responsabilité personnelle et solidaire des associés au sens de l'article 802 CO, le risque d'un préjudice pour les créanciers sociaux est extrêmement limité.

En revanche, la réglementation actuelle manque singulièrement de précision. Ce manque de précision vaut indifféremment pour le contenu et les effets de la souscription en général, pour le pouvoir de l'officier public et des autorités du registre du commerce lors du contrôle préventif, ainsi que pour les effets (ou l'absence d'effets) après l'inscription de la société au registre du commerce des défauts dont sont entachées les souscriptions.

3.3. Libération des parts sociales

3.3.1. Introduction

En souscrivant une part sociale, chaque fondateur s'engage à apporter à la société des actifs dont la valeur pécuniaire correspond au prix d'émission de la part sociale au moins égal à la valeur nominale de celle-ci⁶⁶³. Les engagements d'apports résultant de la souscription des parts sociales ne sont toutefois que la première composante de la constitution de la fortune sociale. Le législateur la complète par des règles relatives à leur exécution. En effet, il ne suffit pas que les parts sociales soient valablement souscrites, il faut encore que la société puisse obtenir la libération des parts sociales⁶⁶⁴.

Le présent chapitre a pour but d'analyser la réglementation actuelle de la libération des parts sociales d'une société à responsabilité limitée et de vérifier son efficacité par rapport à la constitution effective de la fortune sociale.

A titre préliminaire, trois précisions s'imposent:

premièrement, notre analyse se limitera à l'étude de la libération des parts sociales souscrites par les fondateurs de la société. Il ne sera donc pas question de la libération des parts sociales souscrites lors d'une augmentation du capital social;

deuxièmement, étant donné que notre analyse doit apporter une réponse précise au sujet de l'efficacité de la réglementation de la libération prévue par le législateur suisse, nous traiterons non seulement de la libération intervenant avant l'inscription de la société au registre du commerce, mais également de la libération complémentaire des parts sociales souscrites par les fondateurs de la société;

troisièmement, dans la mesure où cela s'impose, nous aborderons séparément les différents modes de libération.

⁶⁶³ Voir 3.2.3. Effets de la souscription, p. 128 ss.

⁶⁶⁴ Comme pour la société anonyme (par exemple: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 14 N 18), la souscription et la libération doivent être distinguées (WERNER, p. 16 et 17).

3.3.2. Libération avant la constitution de la société

3.3.2-1. Introduction

Plusieurs solutions sont envisageables en ce qui concerne la partie du capital social à libérer lors de la constitution de la société. Le législateur peut notamment choisir entre l'exigence d'une libération complète et l'exigence d'une libération partielle des parts sociales souscrites⁶⁶⁵. Lors de l'introduction de la société à responsabilité limitée dans le droit suisse, cette question a divisé les auteurs ainsi que les personnes chargées de l'élaboration de la loi⁶⁶⁶. Le législateur a finalement opté pour une libération minimum⁶⁶⁷ de 50 % de chaque part sociale (voir art. 774 al. 2/2 CO)⁶⁶⁸ avant la constitution de la société. Dans les statuts, les fondateurs peuvent toutefois prévoir une libération supérieure (art. 777 ch. 1 CO).

La libération avant la constitution de la société peut se faire soit en espèces, soit en nature, soit par compensation de créances. Une libération par des fonds propres librement disponibles n'est pas envisageable⁶⁶⁹.

3.3.2-2. Libération en espèces

3.3.2-2.1. Introduction

Excepté les cas où les fondateurs ont opté pour une libération en nature⁶⁷⁰ ou par compensation de créances⁶⁷¹, la libération doit se faire par un versement en espèces.

⁶⁶⁵ Le législateur pourrait également renoncer à toute libération avant la constitution de la société. Cette solution n'a toutefois jamais été envisagée par notre législateur.

⁶⁶⁶ Voir notamment SCHOCH, p. 30 - 34; VON STEIGER, ZK, ad art. 774 CO, N 7. Pour plus de détails, voir 3.3.2-2.2. Rappel historique, p. 287 ss.

⁶⁶⁷ Le taux minimum de libération ne s'applique toutefois pas à un éventuel agio (BAUDENBACHER, BaK, ad art. 774 CO, N 7).

⁶⁶⁸ Chaque part sociale doit être libérée à raison de 50 % au moins. Il n'est pas possible de libérer une part sociale à raison de 10 % seulement et de compenser le déficit en résultant par la libération à raison de 90 % d'une autre part sociale de même valeur nominale. Le taux de libération s'applique ainsi à chaque part sociale individuellement et non pas au capital social en tant que tel.

⁶⁶⁹ Ceci vaut aussi lors d'une transformation d'une société anonyme en une société à responsabilité limitée (art. 824 ss CO). Il s'agit de la constitution d'une nouvelle société nécessitant la souscription de nouvelles parts sociales dont la libération doit s'effectuer, suivant les circonstances, par des apports en espèces, en nature ou par compensation.

⁶⁷⁰ Voir 3.3.2-3. Libération en nature, p. 159 ss.

⁶⁷¹ Voir 3.3.2-4. Libération par compensation, p. 171 ss.

Bien que la loi ne le dise pas expressément, le versement en espèces doit impérativement se faire en francs suisses⁶⁷². Si un souscripteur souhaite libérer par un versement en monnaie étrangère, il doit respecter les règles plus contraignantes applicables à la libération par apport en nature.

En vertu de l'article 779 al. 2 ch. 2 CO, les fondateurs doivent confirmer dans l'acte de fondation que le montant légal ou un montant supérieur fixé par les statuts pour les versements en argent à opérer sur chaque part sociale a été mis à la libre disposition de la société.

Contrairement au droit de la société anonyme, la législateur n'impose pas le dépôt des versements auprès d'un établissement soumis à la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (art. 633 al. 1 CO)⁶⁷³. Cette différence par rapport à la société anonyme se justifie toutefois en raison de la responsabilité des associés au sens de l'article 802 CO. Les versements peuvent dès lors se faire auprès d'une personne ou d'une institution choisie librement par les fondateurs, pour autant qu'ils aient été effectués et qu'ils soient à la libre disposition de la société⁶⁷⁴. Si les versements sont effectués auprès d'une personne ou d'une institution dont la solvabilité n'est pas certaine, l'officier public et le préposé au registre du commerce doivent refuser leur concours.

L'acte de fondation doit en outre mentionner les pièces sur lesquelles se fonde la confirmation au sens de l'article 779 al. 2 ch. 2 CO, et l'officier public qui dresse l'acte doit attester que ces pièces lui ont été soumises, ainsi qu'aux fondateurs (art. 779 al. 3 CO). Il faut noter que l'officier public ne doit pas mentionner dans l'acte de fondation la personne qui a effectivement libéré les apports en espèces⁶⁷⁵. La libération des apports en espèces peut être le fait d'un tiers.

⁶⁷² BAUDENBACHER, BaK, ad art. 774 CO, N 9; NEUENSCHWANDER, p. 18; VON STEIGER, ZK, ad art. 774 CO, N 11; SYZ, p. 58 - 60. Ceci vaut également pour la société anonyme (FORSTMOSER, *Aktienrecht*, § 9 N 69; WIDMER, CHRISTOPH K., p. 217 ss ainsi que les auteurs cités).

⁶⁷³ Déjà sous l'ancien droit de la société anonyme, le législateur exigeait le versement à un office de consignation désigné par le canton (art. 633 al. 3 aCO [fondation successive] et art. 638 al. 2 ch. 2 aCO [fondation simultanée]).

⁶⁷⁴ VON STEIGER, ZK, ad art. 774 CO, N 10. Il ne doit d'ailleurs pas s'agir d'un versement au sens strict du terme. Il suffit que la société à naître puisse disposer librement d'un avoir en francs suisses, par exemple en raison d'une bonification (*Gutschrift*).

⁶⁷⁵ Dans ce sens (pour la société anonyme), voir le jugement no 21/96 du Tribunal pénal économique du canton de Berne du 9.12.1996 (NB 1999, p. 32 ss). Un résumé de ce jugement se trouve également dans le NB 1997, p. 184 (no 64) ainsi que dans la RSDA 1998 (70), p. 309 (r45).

3.3.2-2.2. Contrôle préventif

3.3.2-2.2.1. Défauts possibles

La libération par des versements en espèces peut être entachée de divers défauts.

Premièrement, la confirmation des fondateurs et/ou les pièces sur lesquelles elle se fonde sont inexactes ou inexistantes ou les pièces n'ont pas été soumises à l'officier public. Deuxièmement, le versement est fait dans une monnaie étrangère. Troisièmement, les versements sont insuffisants. Quatrièmement, les versements dépassent le montant à libérer (taux de libération) et, cinquièmement, la libération est faite en nature ou par compensation et non pas en espèces.

Quelle est l'efficacité du contrôle préventif effectué par l'officier public et par le préposé au registre du commerce par rapport à ces défauts ?

3.3.2-2.2.2. Contrôle par l'officier public

En ce qui concerne le premier défaut, l'officier public doit refuser d'instrumenter l'acte lorsqu'il ne dispose pas des pièces sur lesquelles se fondent la confirmation des fondateurs ou/et en l'absence de toute confirmation de la part de ces derniers⁶⁷⁶. Il en va de même lorsqu'il a connaissance de l'inexactitude des pièces et/ou des confirmations. De même, afin de ne pas engager sa responsabilité personnelle, l'officier public refusera d'instrumenter l'acte lorsqu'il a des doutes quant à la solvabilité de la personne qui a reçu le versement ou lorsqu'il a d'autres doutes quant au fait que la société soit effectivement en mesure de disposer des montants libérés.

Deuxièmement, que doit faire l'officier public lorsque la libération n'a pas été faite en francs suisses?⁶⁷⁷ A notre avis, il s'agit d'une exigence manifestement impérative et l'officier public doit dès lors refuser d'instrumenter l'acte⁶⁷⁸.

Troisièmement, il se peut que la libération ne soit pas suffisante. En d'autres termes, un ou plusieurs fondateurs n'ont pas libéré le minimum légal (50 %, art. 774 al. 2/2 CO) ou le taux statutaire supérieur (art. 777 ch. 1 CO) de la part sociale qu'ils ont souscrite. Excepté le cas où la différence de valeur fait l'objet

⁶⁷⁶ Voir 2.3.2. Contrôle par l'officier public, p. 107 ss.

⁶⁷⁷ Si le versement a été fait dans une monnaie étrangère qui a été convertie en francs suisses, de sorte que la société à naître dispose effectivement d'un montant en francs suisses, on ne se trouve pas en présence d'une libération en une monnaie étrangère mais d'une libération en francs suisses.

⁶⁷⁸ Voir 2.3.2. Contrôle par l'officier public, p. 107 ss.

d'un apport en nature ou d'une libération par compensation, l'officier public doit refuser d'instrumenter l'acte constitutif. Ceci découle de l'obligation des fondateurs de confirmer la libération du montant légal ou d'un montant supérieur fixé par les statuts pour les versements à opérer sur chaque part sociale (art. 779 al. 2 ch. 2 CO).

Quatrièmement, il se peut que le versement soit supérieur au pourcentage exigé légalement ou statutairement⁶⁷⁹. Dans un tel cas, l'officier public ne doit pas refuser d'instrumenter l'acte de fondation. Un versement supérieur au taux exigé ne viole aucune règle de droit manifestement impérative. En revanche, le fondateur qui fait un versement supérieur au taux exigé légalement ou statutairement n'a exécuté son obligation d'apport que dans la mesure où son versement était effectivement exigible. En effet, le fondateur ne peut pas imposer à la société une libération supérieure au taux exigible⁶⁸⁰. Cette impossibilité s'explique de plusieurs manières.

D'une part, lorsque les fondateurs choisissent un taux de libération, ils le font pour ne disposer de certains moyens supplémentaires qu'au moment où la société en a réellement besoin. Si chaque fondateur pouvait libérer un montant plus important, la société disposerait de moyens supplémentaires dont elle n'a aucun besoin. D'autre part, comme la participation au bénéfice net résultant du bilan annuel est fonction des versements sur les parts sociales (art. 804 al. 1 CO), les autres fondateurs seraient - s'ils voulaient maintenir leur participation proportionnelle au bénéfice - contraints de procéder à une libération supplémentaire. Enfin, l'appel de libération supplémentaire relève de la compétence de l'assemblée des associés⁶⁸¹. Si un fondateur pouvait unilatéralement imposer une libération supérieure au taux exigé, ce partage des compétences serait clairement violé.

Cinquièmement, quelle doit être la réaction de l'officier public lorsque la libération ne se fait pas en espèces mais en nature? Selon la doctrine, il n'est pas admissible de libérer en nature lorsque l'engagement du fondateur porte sur un apport en espèces⁶⁸². Il en va de même lorsque la libération ne se fait pas en

⁶⁷⁹ Ce cas de figure ne doit pas être confondu avec une libération au-dessus du pair.

⁶⁸⁰ Cette solution a également été adoptée (pour la société anonyme et en ce qui concerne une libération complémentaire) par le Tribunal supérieur du canton de Bâle-Campagne (jugement du 1.2.1994 [BJM 1995, p. 211 ss, not. p. 214]) et il correspond à l'avis de la doctrine majoritaire (à ce sujet, voir notamment WIDMER, CHRISTOPH K. [p. 207 - 209 ainsi que les auteurs cités]). Que se passe-t-il si la société accepte tacitement un versement supérieur au taux de libération? Selon NEUENSCHWANDER (p. 19), ce versement possède un effet libératoire. Selon SYZ (p. 45), dont nous partageons l'avis, ce n'est pas le cas. Seule la libération de l'apport effectivement exigible a un effet libératoire.

⁶⁸¹ Voir 3.3.3-2. Procédure, p. 183 ss.

⁶⁸² GUHL/COMMENT, p. 13 et 14; NEUENSCHWANDER, p. 20; VON STEIGER, ZK, ad art. 778 CO, N 34 et 35; SYZ, p. 65 ss. Lorsqu'un fondateur libère en nature alors qu'il aurait dû libérer en espèces, il ne s'est pas valablement libéré. Bien qu'ils n'admettent pas une libération en nature alors qu'une libération en espèces est promise, GUHL/COMMENT (p. 27) et

espèces mais par compensation. Dans les deux cas, l'officier public doit refuser d'instrumenter l'acte de fondation. L'obligation de refuser «résulte» d'ailleurs implicitement de l'exigence d'attester, dans l'acte de fondation, que des pièces prouvant la libération en espèces ont été soumises à l'officier public (art. 779 al. 3 CO). En effet, lorsque la libération s'est faite en nature ou par compensation et à moins d'une tromperie, les fondateurs ne disposeront pas des pièces démontrant à l'officier public qu'un montant en espèces se trouve à la libre disposition de la société.

3.3.2-2.2.3. Contrôle par le préposé au registre du commerce

Ouelle doit être la réaction du préposé au registre du commerce face aux défauts susmentionnés⁶⁸³?

En vertu de l'article 780 al. 3 ch. 2 CO, la demande d'inscription au registre du commerce doit indiquer le montant de la part de chaque associé et les prestations faites sur chaque part. Les requérants doivent en outre prouver que le montant légal ou un montant supérieur fixé par les statuts pour les versements à opérer sur chaque part sociale a été payé et que les versements sont à la libre disposition de la société (art. 780 al. 4/2 CO).

Les dispositions susmentionnées font partie du droit du registre du commerce. En vertu de la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, le pouvoir d'examen du préposé au registre du commerce est entier quant à leur respect⁶⁸⁴. Ainsi, le préposé doit refuser l'inscription lorsque les prestations faites sur chaque part ne ressortent pas de la demande d'inscription ou lorsque les requérants ne prouvent pas que les versements à opérer sur les parts sociales ont été effectués et qu'ils sont à la libre disposition de la société. Cette preuve résulte en principe de l'acte de fondation ainsi que des pièces qui y sont mentionnées. Par conséquent, à défaut d'une confirmation de la part des fondateurs au sens de l'article 779 al. 2 ch. 2 CO et de la mention des pièces sur lesquelles se fonde la confirmation, l'inscription doit être refusée (premier défaut).

Le préposé doit également refuser l'inscription lorsque la libération s'est faite dans une monnaie étrangère (deuxième défaut) ou lorsque les versements ne sont pas suffisants (troisième défaut). En revanche, lorsque le versement est

NEUENSCHWANDER (p. 17 et 18) semblent admettre la dation en paiement (*Hingabe an Zahlungsstatt*) et la dation en vue du paiement (*Leistungen erfüllungshalber*) à certaines conditions. Nous ne partageons pas leur avis. Il met en échec l'obligation de libérer conformément aux exigences légales et statutaires. En admettant la dation en paiement et la dation en vue du paiement, les auteurs se mettent d'ailleurs en contradiction avec eux-mêmes. Nous suivons par conséquent SYZ qui refuse sans exception toute dation en paiement ou dation en vue du paiement (p. 65 ss ainsi que p. 86).

⁶⁸³ Voir 3.3.2-2.2.1. Défauts possibles, p. 156.

⁶⁸⁴ Voir 2.3.3-2. Pouvoir de cognition du préposé au registre du commerce, p. 109 ss.

supérieur à celui exigé légalement ou statutairement, il ne peut à notre avis pas refuser l'inscription de la société (quatrième défaut) puisque aucune disposition légale impérative n'interdit un versement supérieur au taux exigé⁶⁶⁵. Enfin, s'il ressort de l'acte de fondation ou de la demande d'inscription, que la libération s'est faite en nature ou par compensation et non pas en espèces l'inscription doit être refusée par le préposé (cinquième défaut).

3.3.2-2.3. Appréciation

Les dispositions légales concernant la libération en espèces avant la constitution de la société sont en principe suffisamment précises. De plus, en raison de la responsabilité des associés pour les dettes sociales au sens de l'article 802 CO, une mauvaise exécution de l'apport en espèces ne porte guère à conséquence pour les créanciers sociaux. Lors de la révision, il serait toutefois souhaitable que le législateur précise expressément que le montant à disposition de la société doit être un montant en francs suisses.

3.3.2-3. Libération en natura

3.3.2-3.1. Introduction

3.3.2-3.1.1. Généralités

Plutôt que de libérer les parts sociales souscrites par des apports en espèces, les fondateurs peuvent opter pour une libération par des apports en nature.

Pour qu'un objet puisse faire l'objet d'un apport en nature, certaines conditions doivent être remplies. Comme pour la société anonyme, l'objet doit pouvoir être porté au bilan, être évaluable, transmissible, réalisable et présenter un intérêt pour la société⁶⁶⁶. Ne peuvent notamment pas constituer des apports en nature: les choses et droits futurs, les prestations périodiques qui n'ont pas de valeur patrimoniale actuelle, les droits strictement personnels, les obligations naturelles, les prestations de travail, les capacités personnelles, etc.⁶⁶⁷.

En raison du caractère particulier de l'objet de l'apport en nature, les statuts et l'acte constitutif doivent contenir des indications supplémentaires par rapport à

⁶⁶⁵ En revanche, l'effet libératoire n'existe que dans la mesure où le versement est exigible au moment de la fondation.

⁶⁶⁶ Voir GEISER, p. 1 ss, not. p. 3 ss; HUBER, KARL, p. 14 ss; JANGGEN/BECKER, ad art. 778 CO, N 8 et 9; VON STEIGER, ZK, ad art. 778 CO, N 7. Pour la société anonyme: CHAMBRE FIDUCIAIRE, MSA, t. 4, p. 13 (7.1512); FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 15 N 10; KAPS, p. 57 ss; RUEDIN, FJS 390, p. 11 et 12; WIDMER, CHRISTOPH K., p. 295 ss.

⁶⁶⁷ RUEDIN, FJS 390, p. 12. Voir également BAUMANN, p. 101 ss; FORSTMOSER, *Aktienrecht*, § 10 N 26 ss (p. 299); KAPS, p. 71 et 72; WIDMER, CHRISTOPH K., p. 309 et 310.

la libération en espèces (fondation simple). Ainsi, en vertu de l'article 778 al. 1 CO, si la part d'un associé consiste dans un apport en nature, les statuts doivent indiquer l'objet de l'apport, sa valeur et le prix pour lequel il a été accepté, ainsi que le nom de l'associé et le montant de la part sociale qui lui revient en échange. Les fondateurs doivent confirmer dans l'acte constitutif que les conventions relatives aux apports en nature ont été présentées (art. 779 al. 3 CO). De plus, l'apport en nature est subordonné à la conclusion d'un contrat d'apport.

Ces exigences nécessitent quelques précisions.

3.3.2-3.1.2. Convention d'apport

La libération par un apport en nature est soumise à la conclusion d'une convention d'apport (art. 779 al. 2 ch. 3 CO)⁶⁸⁸.

La loi ne précise pas le contenu de la convention d'apport. Selon la doctrine, la convention doit toutefois au moins porter sur les points qui doivent obligatoirement figurer dans les statuts de la société (art. 778 al. 1 CO)⁶⁸⁹.

La convention d'apport doit être conclue entre les fondateurs qui agissent au nom de la future société, et la personne qui va effectuer l'apport en nature. Si, dans la plupart des cas, le souscripteur exécute lui-même l'apport en nature, il est parfaitement concevable que l'apport en nature soit exécuté par un tiers. Dans cette hypothèse, la convention d'apport doit être conclue entre le tiers qui exécute l'apport, et les fondateurs qui agissent au nom de la future société⁶⁹⁰.

Comme la société doit pouvoir, dès son inscription au registre du commerce, disposer directement de l'apport comme propriétaire ou avoir le droit d'en requérir l'inscription sans condition sur le registre foncier (art. 779 al. 4 CO), la convention d'apport doit obligatoirement respecter la forme nécessaire au transfert de l'objet en question. Ainsi, s'agissant d'un apport consistant en un immeuble, la convention d'apport doit nécessairement revêtir la forme authentique (art. 657 al. 1 CC). Se pose toutefois la question de savoir si, en raison de l'article 779 al. 2 ch. 3 CO qui exige «Que les conventions ... ont été présentées», la convention d'apport ne doit pas au moins revêtir la forme écrite. La

⁶⁸⁸ L'établissement d'une convention d'apport est une condition de validité de l'apport en nature. Elle crée le droit et l'obligation d'effectuer un apport en nature (dans ce sens, pour le droit de la société anonyme: FORSTMOSER, *Aktienrecht*, § 10 N 49 et 55 ainsi que WIDMER, CHRISTOPH K., p. 333).

⁶⁸⁹ VON STEIGER, ZK, ad art. 779 CO, N 26. A ce sujet, voir 3.3.2-3.1.3. Clause statutaire, p. 161 ss.

⁶⁹⁰ Dans ce sens, pour l'ancien droit de la société anonyme: FORSTMOSER, *Aktienrecht*, § 10 N 50; SCHOOP, p. 32. La révision du droit de la société anonyme n'a apporté aucun changement sur ce point (voir WIDMER, CHRISTOPH K., p. 333 et 334).

question est controversée⁶⁹¹. Selon SCHENKER, l'article 779 al. 2 ch. 3 CO exige que la convention d'apport soit établie en la forme écrite, même si le transfert de l'objet n'est en principe pas subordonné au respect de cette forme⁶⁹². En revanche, selon SCHOOP, le recours à la forme écrite n'a qu'une fonction de preuve⁶⁹³. Nous partageons l'avis de SCHOOP. A défaut d'une disposition légale soumettant la convention d'apport expressément au respect de la forme écrite, il serait excessif de voir en l'article 799 al. 2 ch. 3 CO une condition pour la validité de l'apport. La situation est toutefois peu claire et la controverse devra nécessairement être tranchée lors de la révision du droit de la société à responsabilité limitée.

3.3.2-3.1.3. Clause statutaire

En vertu de l'article 778 al. 1 CO, les statuts doivent indiquer l'objet de l'apport, sa valeur, le prix pour lequel il a été accepté ainsi que le nom de l'associé et le montant de la part sociale qui lui revient en échange.

L'objet de l'apport doit figurer de manière suffisamment précise dans les statuts. Des tiers doivent pouvoir reconnaître sans autres, à la lecture des statuts, ce que la société reçoit⁶⁹⁴.

Malgré les apparences, la valeur (d'estimation) de l'apport, le prix ainsi que le montant nominal (valeur nominale) de la part sociale ne sont pas nécessairement identiques⁶⁹⁵. Il est possible que la valeur de l'objet soit de 50 000 francs, le prix pour lequel il a été accepté de 40 000 francs et le montant nominal de la part sociale de 30 000 francs. Dans ces circonstances, la différence entre la valeur de l'apport et le prix pour lequel il a été accepté représente une réserve de valeur de 10 000 francs en faveur de la société⁶⁹⁶. En revanche, la différence entre le prix d'acceptation et le montant nominal de la part sociale concernée (augmenté d'un éventuel agio) ou le montant découlant du taux de libération

⁶⁹¹ Dans l'ancien droit de la société anonyme, la question était également controversée (voir FORSTMOSER, *Aktienrecht*, § 10 N 51). La révision a mis un terme à cette controverse: la convention d'apport (contrat d'apport) doit au moins revêtir la forme écrite (art. 634 ch. 1 CO; voir, par exemple, BÖCKLI, *Aktienrecht*, N 78; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 15 N 38; SCHENKER, BaK, ad art. 634 CO, N 4).

⁶⁹² SCHENKER, BaK, ad art. 779 CO, N 8.

⁶⁹³ SCHOOP, p. 33. Probablement dans le même sens VON STEIGER, ZK, ad art. 779 CO, N 27.

⁶⁹⁴ HUBER, KARL, p. 75 et 76; JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 778 CO, N 15; VON STEIGER, ZK, ad art. 778 CO, N 10.

⁶⁹⁵ HUBER, KARL, p. 78 ss, not. p. 80 et 81. Moins précis: WOHLMANN, SPR VIII/2, § 31 III 2 b ii (p. 335) et *GmbH-Recht*, § 7 III 2 b bb (p. 25); selon cet auteur le montant nominal de la part sociale «fällt praktisch mit der Angabe der Anrechnung zusammen».

⁶⁹⁶ Il s'agit par conséquent également d'une réserve en faveur des créanciers de la société.

légal ou statutaire, lorsque la libération ne doit pas être effectuée intégralement⁶⁹⁷, constitue une créance du souscripteur envers la société⁶⁹⁸.

Excepté le cas où la différence de valeur est compensée par un apport en espèces ou par un apport consistant en une créance⁶⁹⁹, le prix d'acceptation de l'apport ne doit en aucun cas être inférieur au montant découlant du taux de libération légale ou statutaire de la part sociale concernée. De plus, le prix d'acceptation ne doit en aucun cas être supérieur à la valeur d'estimation de l'objet. Ainsi: valeur de l'apport \geq prix d'acceptation de l'apport \geq montant découlant du taux de libération de la part sociale.

En raison de la différence entre la valeur, le prix d'acceptation, et le montant nominal de la part sociale, ainsi qu'en raison d'une exigence légale claire, nous estimons que les statuts doivent obligatoirement contenir ces trois indications⁷⁰⁰. Il faut noter que lorsque l'apport en nature est effectué non pas par le souscripteur, mais par une tierce personne, les statuts doivent non seulement mentionner le nom du souscripteur concerné et le montant nominal de la part sociale qui lui revient, mais également le nom de la personne qui effectue l'apport en question⁷⁰¹. Ce point devrait être précisé lors de la révision du droit de la société à responsabilité limitée.

3.3.2-3.1.4. Rapport de fondation et attestation de vérification?

L'apport en nature n'est pas soumis à l'établissement d'un rapport de fondation et d'une attestation de vérification.

3.3.2-3.1.5. Exécution partielle des apports en nature?

En vertu de l'article 779 al. 2 ch. 2 et 3 CO, les fondateurs doivent confirmer dans l'acte de fondation que le montant légal ou un montant supérieur fixé par les statuts est couvert par les apports statutaires en nature et que les conventions relatives aux apports en nature ou aux reprises ont été présentées. Tout

⁶⁹⁷ Si la part sociale ne doit pas être libérée intégralement, la créance du souscripteur à l'encontre de la société représente uniquement la différence entre le montant découlant du taux de libération et le prix d'acceptation de l'apport.

⁶⁹⁸ Cette différence ne profite donc pas aux créanciers de la société.

⁶⁹⁹ L'on se trouve alors en présence d'un apport mixte.

⁷⁰⁰ Du même avis HUBER, KARL, p. 81. Probablement moins exigeant: VON STEIGER (ZK, ad art. 778 CO, N 11) qui relève que souvent la valeur et le prix d'acceptation concordent, de sorte que la pratique se contente d'une seule indication. Vu le texte légal clair, nous pensons toutefois que l'indication séparée de la valeur de l'apport et du prix d'acceptation s'impose en toutes circonstances.

⁷⁰¹ Dans ce sens, SCHOOP, p. 34; SIEGWART, ZK, ad art. 628 CO, N 33; WEHRLI, p. 91; WIDMER, CHRISTOPH K., p. 353. En revanche, selon VON STEIGER (ZK, ad art. 778 CO, N 13), seul le nom du souscripteur semble devoir figurer dans les statuts.

comme pour la libération en espèces, l'acte de fondation doit en outre mentionner les pièces sur lesquelles se fonde la confirmation. L'officier public qui dresse l'acte doit attester que ces pièces lui ont été soumises, ainsi qu'aux fondateurs (art. 779 al. 3 CO). Enfin, le législateur précise que les apports en nature ne valent comme couverture que si la société, dès son inscription au registre du commerce, peut en disposer directement comme propriétaire ou a le droit d'en requérir l'inscription sans condition sur le registre foncier (art. 779 al. 4 CO).

Au vu de ce qui précède, il y a lieu de déterminer s'il est admissible que les apports en nature prévus dans le contrat d'apport et dans les statuts ne soient exécutés que partiellement lors de la fondation de la société. Autrement dit, est-il admissible que, pour autant que les apports en nature exécutés correspondent au montant découlant du taux de libération légal ou statutaire, seule une première partie de l'apport en nature qui figure dans la convention d'apport et dans les statuts soit effectuée lors de la fondation de la société ou, en revanche, l'apport en nature promis doit-il être exécuté intégralement⁷⁰²?

Les auteurs qui traitent de la société à responsabilité limitée sont partagés quant à l'admissibilité d'une exécution partielle d'un apport en nature⁷⁰³. Selon HUBER et NEUENSCHWANDER, une exécution partielle de l'apport promis est inadmissible, puisque l'article 779 al. 4 CO exige que la société puisse soit disposer directement comme propriétaire de l'apport en nature, soit avoir le droit d'en requérir l'inscription sans condition au registre du commerce⁷⁰⁴. En revanche, d'autres auteurs se sont exprimé en faveur de l'admissibilité d'une exécution partielle de l'apport promis. Selon SCHOCH⁷⁰⁵, FANCONI⁷⁰⁶ et GELZER⁷⁰⁷, aucune disposition légale n'exige une exécution intégrale des apports en nature avant la constitution de la société. GEISER partage cet avis. Selon lui, l'exigence de la disponibilité de l'apport en nature en vertu des articles 779 al. 2 ch. 2 et 779 al. 4 CO ne vaut qu'à hauteur du taux de libération minimum (art. 774 al. 2/2 CO) ou, le cas échéant, à hauteur d'un taux de libération supérieur fixé par les statuts (art. 777 ch. 1 CO)⁷⁰⁸.

⁷⁰² La question que nous soulevons ne doit pas être confondue avec celle concernant l'admissibilité d'une libération ultérieure d'une part sociale par un apport en nature déterminé en cours de vie sociale (voir 3.3.3-3. Particularités de l'apport en nature, p. 185 ss).

⁷⁰³ Les auteurs traitant de la même problématique dans l'ancien droit de la société anonyme sont également partagé quant à l'admissibilité d'une exécution partielle. Ainsi, FORSTMOSER (*Aktienrecht*, § 10 N 66), SIEGWART (ZK, ad art. 628 CO, N 11 et ad art. 633 CO, N 28) et WETTSTEIN (p. 23 et 24) admettent une exécution partielle lorsque l'apport est divisible. En revanche, selon DICK (p. 101) et MOSIMANN (p. 7), une exécution partielle est interdite.

⁷⁰⁴ HUBER, KARL, p. 84 et 85; NEUENSCHWANDER, p. 29.

⁷⁰⁵ SCHOCH, p. 50. SCHOCH s'exprime encore sur le PROJET 1928 du Conseil fédéral.

⁷⁰⁶ FANCONI, p. 50 et 51.

⁷⁰⁷ GELZER, p. 90 ss, not. p. 93.

⁷⁰⁸ GEISER, p. 11 ss, not. p. 13.

Malheureusement, les travaux préparatoires ne se prononcent pas sur la manière dont il faut comprendre les articles 779 al. 2 ch. 2 et 779 al. 4 CO et il en va de même en ce qui concerne les dispositions analogues de l'ancien droit de la société anonyme (art. 633 al. 4 et 638 al. 2 ch. 2 aCO)⁷⁰⁹. Cependant, en tenant compte de l'esprit et du but de la réglementation relative aux apports en nature, nous estimons que l'exigence de la disponibilité de l'apport en nature doit nécessairement être comprise en ce sens qu'elle vaut pour la totalité de l'apport en nature prévu, tel qu'il ressort de la convention d'apport et de la disposition statutaire (art. 778 al. 1 CO). En effet, tout en permettant une libération par des apports en nature, le législateur voulait surtout assurer que l'apport en nature prévu statutairement soit effectivement exécuté. Or, il est évident qu'en admettant une exécution seulement partielle d'un apport en nature prévu statutairement avant la constitution de la société, l'exécution ultérieure ne sera plus garantie. Il se peut notamment que l'exécution de l'apport promis deviennent impossible en cours de vie sociale. Certes, l'exécution subséquente d'un apport en espèces n'est pas non plus garantie⁷¹⁰. Il ne faut toutefois pas oublier que les risques d'inexécution sont beaucoup plus importants en ce qui concerne un apport en nature. Nous pensons surtout au cas de l'impossibilité subséquente objective, cas de figure qui n'existe pas pour les apports en espèces. On pourrait opposer à cet argument qu'en cas d'exécution intégrale avant la constitution de l'apport en nature prévu, les risques liés à l'apport effectué (perte de l'objet, perte de valeur, etc.) sont également supportés par la société, de sorte que la situation ne diffère pas beaucoup de celle où l'exécution ultérieure de l'objet devient objectivement impossible ou lorsqu'il perd de la valeur. A notre avis, la situation diffère toutefois fondamentalement puisqu'en cas d'exécution intégrale de l'apport en nature avant la constitution de la société, cette dernière peut, en prenant les décisions de gestion adéquates, contrôler les risques liés à un apport en nature. Enfin, d'un point de vue pratique, l'exigence d'une exécution intégrale de l'apport prévu statutairement ne pose aucun problème. Cela vaut même lorsque le prix d'acceptation de l'objet de l'apport dépasse le montant découlant du taux de libération légale (art. 774 al. 2/2 CO) ou statutaire (art. 777 ch. 1 CO)⁷¹¹.

Au vu de ce qui précède, les apports en nature prévus statutairement doivent être exécutés intégralement avant la constitution de la société. Lors de la révision du droit de la société à responsabilité limitée, il serait souhaitable de faire figurer cette exigence expressément dans la loi.

⁷⁰⁹ En ce qui concerne le nouveau droit de la société anonyme, les dispositions légales ne sont pas plus claires (voir les art. 628 ss CO, not. l'art. 629 al. 2 ch. 3, 632 al. 1 et 634 ch. 2 CO).

⁷¹⁰ Si l'on veut éviter tout risque, la seule solution consiste à exiger la libération intégrale des parts sociales avant la constitution de la société.

⁷¹¹ Dans ce cas, il faut toutefois respecter les règles sur la reprise de biens.

3.3.2-3.2. Contrôle préventif

3.3.2-3.2.1. Défauts possibles

Comme pour la libération en espèces, plusieurs défauts sont imaginables.

Premièrement, la disposition statutaire, les confirmations et/ou les pièces sur lesquelles elles se fondent peuvent manquer de précision ou faire défaut (défauts formels). Nous pensons plus particulièrement à l'absence d'une convention d'apport et d'une clause statutaire relative aux apports en nature. Deuxièmement, la libération peut être inférieure au montant découlant du taux légal ou statutaire. Troisièmement, la libération peut être supérieure au montant découlant du taux légal ou statutaire. Quatrièmement, la libération peut se faire par un apport en nature autre que celui promis. Cinquièmement, la libération peut se faire en espèces ou par compensation et non pas en nature. Sixièmement, l'exécution de l'apport en nature peut ne pas se faire intégralement (exécution partielle de l'apport prévu statutairement) et, septièmement, l'apport peut ne pas être à la libre disposition de la société. Ces derniers défauts sont matériels.

Il s'agit une nouvelle fois d'analyser dans quelle mesure le contrôle effectué par l'officier public lors de l'établissement de l'acte constitutif et celui effectué par le préposé au registre du commerce lors de l'inscription au registre du commerce empêchent la naissance d'une société pour laquelle la libération effective des apports en nature ne correspond pas aux exigences légales et statutaires.

3.3.2-3.2.2. Contrôle par l'officier public

En ce qui concerne les mentions particulières, la personne chargée d'instrumenter l'acte constitutif doit veiller à ce qu'elles figurent dans les statuts et dans l'acte constitutif conformément à la loi. S'il ne dispose pas des renseignements nécessaires relatifs à un apport en nature, l'officier public doit refuser son concours⁷¹². Il en va de même lorsque, selon les renseignements fournis par les fondateurs, le prix d'acceptation de l'apport est inférieur au montant découlant

⁷¹² En pratique, il refusera son concours surtout lorsqu'il ne dispose que d'une partie des informations nécessaires (exemple: s'il ne dispose d'aucune information sur le prix d'acceptation de l'objet de l'apport), ou lorsque les informations fournies par les fondateurs ne correspondent pas aux exigences légales (exemple: pas d'individualisation suffisante de l'objet de l'apport en nature). En revanche, lorsque les fondateurs ne fournissent aucune indication permettant à l'officier public de conclure à leur volonté de recourir à un apport en nature, il instrumentera - malgré son contrôle - les actes conformément aux dispositions applicables à une fondation simple. Nonobstant leur volonté contraire, les fondateurs sont alors tenus par une obligation d'apport en espèces (voir 3.3.2-5.2. Défauts formels, p. 178).

du taux de libération légal ou statutaire⁷¹³, ou lorsque le prix d'acceptation est supérieur à la valeur d'estimation de l'apport.

Reste le problème relatif à la détermination de la valeur de l'objet. Même si, selon les indications des fondateurs, la valeur et le prix d'acceptation de l'objet sont égaux ou supérieurs au montant découlant du taux de libération légal ou statutaire, la constitution de la fortune sociale n'est effectivement et sans exception⁷¹⁴ garantie que lorsque la valeur effective de l'objet est réellement égale ou supérieure à son prix d'acceptation. Quelle est l'obligation de la personne qui instrumente l'acte constitutif par rapport à l'évaluation de la valeur de l'objet de l'apport? Doit-elle vérifier le bien-fondé de la valeur indiquée dans les statuts par les fondateurs? La question est d'autant plus importante qu'en cas de violation d'une obligation, l'officier public engagerait sa responsabilité personnelle (art. 827 et 753 [a]CO).

Selon VON STEIGER, l'officier public doit seulement vérifier si les fondateurs ont fait les déclarations exigées par la loi. Il ne répond pas du bien-fondé matériel de ces dernières. Toutefois, l'officier public doit refuser d'instrumenter les actes nécessaires à la fondation lorsqu'il peut aisément reconnaître l'inexactitude des déclarations des fondateurs⁷¹⁵.

Selon JANGGEN/BECKER, l'officier public ne doit pas lui-même procéder à l'évaluation des apports en nature, mais doit vérifier si les documents qui lui sont soumis démontrent que l'évaluation a été effectuée de manière sérieuse⁷¹⁶.

Le Tribunal fédéral a confirmé dans un arrêt récent qu'un officier public doit refuser d'instrumenter une déclaration dont il connaît la fausseté⁷¹⁷, sous peine de commettre éventuellement un faux dans les titres⁷¹⁸. Le devoir de l'officier public de refuser une déclaration qu'il sait fautive est également reconnu par la doctrine récente. En revanche, lorsque l'officier public a de simples doutes quant à l'évaluation des apports, il peut se contenter d'en faire part aux fondateurs. Si les fondateurs insistent de manière crédible, l'officier public doit instrumenter l'acte en question⁷¹⁹.

⁷¹³ La seule exception étant le cas où la différence de valeur est couverte par un apport en espèces ou par une compensation de créance (apport mixte).

⁷¹⁴ Malgré une surévaluation de l'objet de l'apport par les fondateurs, la constitution effective de la fortune sociale est exceptionnellement garantie si le prix d'acceptation est inférieur à la valeur estimée de l'objet, mais égal ou supérieur à sa valeur effective.

⁷¹⁵ VON STEIGER, ZK, ad art. 779 CO, N 36.

⁷¹⁶ JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 779 CO, N 14.

⁷¹⁷ Aucune différence ne doit être faite selon la source de cette connaissance. Il peut s'agir d'une connaissance acquise à titre privé ou à titre professionnel (voir BRÜCKNER, N 1097 ss).

⁷¹⁸ ATF 123 IV 132, not. p. 137 (all.) / JdT 1998 IV 142, not. p. 145; ATF 120 IV 199, not. p. 205 / JdT 1996 IV 69, not. p. 71 et 72.

⁷¹⁹ RuF, *Notariatsrecht*, N 842.

Au vu de ce qui précède, nous admettons actuellement l'existence d'un devoir de l'officier public en ce sens qu'il doit, lorsqu'il a des doutes quant à l'évaluation des apports en nature promis, en faire part aux fondateurs et demander une confirmation. Lorsque les fondateurs démontrent de manière crédible que l'évaluation est soutenable, l'officier public doit instrumenter l'acte. L'officier public n'a toutefois aucun devoir d'évaluation propre: il ne doit pas substituer sa propre évaluation à celle des fondateurs⁷²⁰.

En raison de son obligation de contrôle limitée en matière d'évaluation de l'apport en nature, l'officier public n'empêchera pas dans tous les cas l'établissement des statuts et de l'acte constitutif lorsque la valeur effective de l'apport promis est inférieure aux indications fournies par les fondateurs. Ainsi, malgré le contrôle exercé par l'officier public, la constitution effective de la fortune sociale n'est pas assurée. Le contrôle n'a pas d'effet préventif direct et efficace⁷²¹.

Lorsque la libération est inférieure au montant découlant du taux légal ou statutaire (deuxième défaut), l'officier public doit également refuser d'instrumenter l'acte. Toutefois, il s'agit essentiellement d'un problème d'estimation de l'apport effectué. Or, nous avons déjà relevé qu'en ce qui concerne l'estimation de la valeur de l'apport, l'obligation de l'officier est limitée. Sauf dans les cas manifestes de surévaluation, l'officier public ne devra pas refuser d'instrumenter l'acte. Sur ce point, le contrôle effectué par l'officier public ne garantit pas, par conséquent, la libération effective des parts sociales au moment de l'inscription de la société.

Lorsque seule la valeur de l'apport est supérieure au montant découlant du taux légal ou statutaire (troisième défaut), l'officier ne peut pas refuser d'instrumenter l'acte⁷²². En revanche, lorsque le prix d'acceptation est supérieur au montant découlant du taux de libération légal ou statutaire, l'officier public doit refuser d'instrumenter l'acte si les fondateurs ne respectent pas cumulativement les exigences en matière de reprise de biens (art. 778 al. 2 CO).

L'officier public doit également refuser d'instrumenter l'acte lorsqu'il se rend compte que l'apport en nature effectué ne correspond pas à l'apport en nature prévu statutairement (quatrième défaut). En décider différemment viderait de

⁷²⁰ Sur ces questions, voir également SCHOOP, p. 88 et 89 ainsi que les auteurs cités. Contrairement à STOKAR (p. 62 et 63), nous pensons qu'en vertu de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral (citée à la note 718), l'officier public doit refuser d'instrumenter une déclaration dont il connaît la fausseté.

⁷²¹ En renseignant les fondateurs sur les conséquences d'une surévaluation des apports en nature, l'intervention de l'officier public peut toutefois déployer un effet préventif indirect.

⁷²² La libération n'intervient toutefois que dans la mesure où elle est effectivement exigible.

tout son sens l'article 778 al. 1 CO qui exige l'indication de l'objet de l'apport dans les statuts⁷²³.

Quelle doit être la réaction de l'officier public lorsqu'il sait qu'une libération en espèces a été faite au lieu d'une libération en nature (cinquième défaut)? Bien qu'une libération en espèces diminue le risque pour la société et les (futurs) créanciers⁷²⁴, elle ne correspond pas à l'exécution de l'obligation résultant de la convention d'apport et des statuts. L'officier public devra par conséquent refuser d'instrumenter l'acte constitutif. Il en va de même si, au lieu d'une libération en nature, la libération s'est faite par compensation.

Enfin, l'officier public doit refuser d'instrumenter l'acte constitutif lorsqu'il se rend compte qu'un apport prévu statutairement n'a pas été exécuté intégralement (sixième défaut). Ceci vaut également lorsqu'il se rend compte qu'après son inscription au registre du commerce la société ne pourra pas disposer librement des biens apportés comme propriétaire ou n'aura pas le droit d'en réquérir l'inscription sans condition sur le registre foncier (septième défaut)⁷²⁵.

3.3.2-3.2.3. Contrôle par le préposé au registre du commerce

En vertu de son pouvoir de cognition⁷²⁶, le préposé au registre du commerce doit refuser l'inscription de la société à responsabilité limitée lorsque les statuts ou l'acte constitutif ne contiennent pas les indications exigées par la loi en matière de fondation qualifiée ou lorsque la convention d'apport fait défaut (premier défaut)⁷²⁷. De même, il devra refuser l'inscription de la société lorsque le prix d'acceptation de l'apport est supérieur à la valeur indiquée par les fondateurs, ou lorsque le prix d'acceptation est inférieur au montant découlant du taux de libération légal ou statutaire⁷²⁸.

Comme pour l'officier public, se pose encore la question du contrôle par le préposé de la véracité des indications fournies par les statuts et l'acte de fondation. Dans ce cadre, la problématique de l'évaluation de l'apport en nature nous intéresse plus particulièrement. Quels sont les obligations et les pouvoirs du préposé au registre du commerce dans ce domaine?

⁷²³ HUBER, KARL, p. 111: «... dass nur die Erbringung der in den Statuten genannten Vermögenswerte die Gesellschafter befreit».

⁷²⁴ Le risque inhérent à l'évaluation de l'apport est écarté.

⁷²⁵ A ce sujet, voir notamment VON STEIGER, ZK, ad art. 779 CO, N 26 - 30. Voir également HUBER, KARL, p. 81 ss.

⁷²⁶ Voir 2.3.3-2. Pouvoir de cognition du préposé au registre du commerce, p. 109 ss.

⁷²⁷ En application de l'article 781 ch. 6 CO, l'objet et le prix des apports en nature doivent par ailleurs être inscrits au registre du commerce.

⁷²⁸ Excepté le cas où la différence entre le prix d'acceptation et le montant découlant du taux de libération légal ou statutaire est couverte par un apport en espèces ou par compensation de créance (apport mixte).

En vertu de l'article 38 al. 1 ORC, «Toutes les inscriptions au registre du commerce doivent être conformes à la vérité et ne rien contenir qui soit de nature à induire en erreur ou contraire à un intérêt public». Contrairement à ce que l'on pourrait penser à la lecture de cette disposition, le pouvoir de contrôle du préposé au registre du commerce est limité en ce qui concerne le contrôle de la véracité des inscriptions⁷²⁹. Sauf lorsqu'il a des doutes sérieux et objectifs, le préposé ne doit pas vérifier la véracité des déclarations soumises à inscription. En principe, le préposé doit tenir pour conforme à la vérité les déclarations soumises à inscription⁷³⁰. Les inscriptions de déclarations notoirement fausses doivent toutefois être refusées⁷³¹.

En ce qui concerne plus particulièrement l'évaluation de l'apport en nature, la doctrine est divergente quant au pouvoir du préposé. Selon SCHNEIDER, le préposé doit refuser l'inscription lorsque les apports sont manifestement surévalués⁷³². D'autres estiment qu'un refus ne peut intervenir que lorsque le préposé sait que des valeurs inexistantes font l'objet d'un apport, et qu'il ne peut pas refuser l'inscription lorsqu'il pense que l'apport est manifestement surévalué⁷³³. Enfin, selon BÄR, aucun refus d'inscription ne paraît admissible, même lorsqu'il s'agit de valeurs inexistantes^{734, 735}.

Or, quelle que soit la solution adoptée, nous constatons qu'en pratique le contrôle effectué par le préposé au registre du commerce n'assure pas en toutes circonstances que l'objet de l'apport en nature a été évalué correctement par les fondateurs. Malgré le contrôle effectué par le préposé, une surévaluation de l'apport en nature est possible. La constitution effective de la fortune sociale n'est par conséquent pas assurée.

⁷²⁹ BECK, p. 38; ECKERT, BaK, ad art. 940 CO, N 11; FORSTMOSER, *Aktienrecht*, § 11 N 77; HIS, BK, ad art. 940 CO, N 44 ss; SCHNEIDER, THOMAS, p. 295 ss; VON STEIGER, ZK, ad art. 780 CO, N 18; WITH, p. 26; WOHLMANN, SPR VIII/2, § 31 II 3 c (p. 331) et *GmbH-Recht*, § 7 II 3 c (p. 20). Voir également KOCH, THOMAS, *Zwangsverfahren*, p. 114 ss. Selon ce dernier, ce n'est pas le pouvoir de cognition de l'officier public qui est limité, mais les moyens d'investigation pour vérifier la véracité des inscriptions.

⁷³⁰ Voir notamment ATF 114 II 68, not. p. 70 / JdT 1989 I 17, not. p. 19: «Il (le préposé) peut présumer l'exactitude des déclarations faites et des pièces produites. C'est seulement dans les cas douteux qu'il procédera à des vérifications avec un pouvoir restreint». Voir également ATF 108 II 122, not. p. 125 et 126 (fr.); ATF 102 Ib 38 ss (all.).

⁷³¹ Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 26 novembre 1935 (Renk c. von Scheele) cité partiellement par COUCHEPIN, SAS 1948/1949 (21), p. 201. A ce sujet, voir également FORSTMOSER, *Aktienrecht*, § 11 N 78 et 79.

⁷³² SCHNEIDER, THOMAS, p. 302.

⁷³³ BECK, p. 51 (note 25); SCHOOP, p. 95; VON STEIGER, ZK, ad art. 778 CO, N 19. La limitation du pouvoir de cognition concernant la vérité des indications statutaires a été critiquée récemment (voir DE BEER, RDS 1995 [114], p. 81 ss; MEIER-SCHATZ, RDS 1989 [108] I, p. 433 ss, not. p. 440 et 459).

⁷³⁴ BÄR, *Kognitionsbefugnisse*, NB 1978, p. 410 ss, not. p. 425 et 426. MEISTERHANS (*Prüfungspflicht*, p. 410) - qui se réfère à BÄR - semble également être contre toute intervention de la part du préposé.

⁷³⁵ Contra (implicite): BÜHLER, *Urkunden*, RNRF 1982 (63), p. 321 ss, not. p. 353 - 356.

Enfin, le préposé doit refuser l'inscription lorsque la libération est inférieure au montant découlant du taux légal ou statutaire (deuxième défaut)⁷³⁶. En revanche, lorsque la valeur de l'apport est supérieure au montant découlant du taux de libération requis, nous pensons que l'inscription ne doit pas être refusée (troisième défaut)⁷³⁷. Le préposé devra par contre refuser l'inscription lorsque l'objet apporté ne correspond pas à l'objet dont l'apport a été promis (quatrième défaut). Ceci vaut également lorsque la libération s'est faite en espèces ou par compensation, alors qu'elle aurait dû se faire par un apport en nature (cinquième défaut)⁷³⁸. Enfin, le préposé devra refuser l'inscription lorsque l'apport en nature prévu statutairement n'est pas exécuté intégralement (sixième défaut) ou lorsqu'après son inscription au registre du commerce, la société ne pourra pas librement disposer des biens comme propriétaire ou n'aura pas le droit d'en requérir l'inscription sans condition sur le registre foncier (septième défaut). Toutefois, vu le pouvoir de cognition limité du préposé au registre du commerce concernant le contrôle de la véracité des déclarations des fondateurs, l'effet préventif de son intervention est peu efficace.

3.3.2-3.3. *Appréciation*

Si, dans l'ensemble, la réglementation légale de la libération par des apports en nature lors de la fondation de la société nous paraît satisfaisante, et si en raison de la responsabilité des associés pour les dettes sociales au sens de l'article 802 CO, les créanciers sociaux n'encourent guère de risques, nous avons constaté un certain nombre d'imprécisions qui méritent d'être éliminées lors de la révision du droit de la société à responsabilité limitée.

Premièrement, il serait utile de préciser dans quelle mesure la convention d'apport est soumise à des exigences en matière de forme.

Deuxièmement, l'article 778 al. 1 CO devrait être complété en ce sens qu'il ne suffit pas de mentionner le nom du souscripteur et la valeur nominale de la part

⁷³⁶ Il s'agit toutefois surtout d'un problème lié à l'évaluation de l'apport en nature.

⁷³⁷ En revanche, si le prix d'acceptation est supérieur au montant découlant du taux de libération légal ou statutaire, le préposé doit refuser son concours lorsque les fondateurs ne respectent pas cumulativement les exigences en matière de reprise de biens (art. 778 al. 2 CO).

⁷³⁸ A ce propos, une précision s'impose. En effet, la valeur effective de l'apport promis doit correspondre à la valeur pour laquelle il a été accepté au moment de l'inscription de la société (et non au moment de l'établissement de l'acte constitutif). Or, il se peut qu'entre la signature de l'acte constitutif et l'inscription au registre du commerce, l'apport promis perde ou prenne de la valeur. Dans ces circonstances, nous admettons une compensation en espèces (*Berausgleich*). Autrement dit, si la valeur de l'apport promis a diminué entre l'établissement de l'acte constitutif et l'inscription de la société au registre du commerce, nous admettons le versement d'une somme en espèces (francs suisses) pour compenser la différence de valeur.

sociale qui lui revient, mais il faut également indiquer le nom de la personne qui effectue l'apport en nature lorsque cette personne n'est pas le souscripteur.

Troisièmement, il serait utile de préciser que l'apport en nature, tel qu'il ressort de la convention d'apport et de la disposition statutaire, doit être exécuté intégralement.

Enfin, nous rappelons qu'en raison des obligations et pouvoirs limités de l'officier public et du préposé au registre du commerce, les contrôles qu'ils effectuent ne permettant pas d'exclure l'inscription d'une société à responsabilité limitée lorsque la libération ne correspond pas aux exigences légales et statutaires. Ce constat vaut notamment pour la valeur des apports en nature.

3.3.2-4. Libération par compensation

3.3.2-4.1. Introduction

3.3.2-4.1.1. Admissibilité

Le Code des obligations ne prévoit pas expressément la possibilité pour le souscripteur de libérer sa part sociale par un apport consistant en une créance qu'il possède à l'encontre de la société (libération par compensation). Avant la révision de l'ORC, cette possibilité découlait toutefois de manière expresse de l'art. 90 lit. c aORC qui renvoyait à l'article 80 aORC applicable à la société anonyme⁷³⁹. De même, la doctrine majoritaire admettait la possibilité d'une libération par compensation (avec l'accord de la société), qui pouvait intervenir au moment de la fondation de la société ou en cours de vie sociale (libération ultérieure)⁷⁴⁰.

⁷³⁹ Une partie de la doctrine a toutefois contesté la légalité de l'article 80 aORC (not. MOSIMANN, p. 42 ss). Le Tribunal fédéral l'a admise (ATF 99 Ib 145 ss / JdT 1975 I 88 ss). Voir à ce sujet, FORSTMOSER, *Aktienrecht*, § 10 N 209.

⁷⁴⁰ GELZER, p. 24 ss; HUBER, KARL, p. 33 et 34; VON STEIGER, ZK, ad art. 774 CO, N 12 et ad art. 779 CO, N 25; WERNER, p. 97 ss, not. p. 98; WOHLMANN, SPR VIII/2, § 31 III 2 a (p. 335). Contra: selon JANGGEN/BECKER (BK, ad art. 774 CO, N 8 et ad art. 798 CO, N 4), NEUENSCHWANDER (p. 15 ss) et SYZ (p. 47 ss), la libération par compensation n'est pas admissible lors de la fondation (pour les premiers 50 % de la part sociale). Selon NEUENSCHWANDER, cette inadmissibilité s'explique par la nécessité pour la société de disposer au moment de sa fondation de liquidités (en francs suisses) qui correspondent au moins à 50 % du capital social. JANGGEN/BECKER, l'expliquent notamment par l'absence de jouissance des droits civils (*Rechtsfähigkeit*) de la société au moment où la libération par compensation doit intervenir. SYZ invoque l'absence d'exigibilité de la créance du fondateur à l'encontre de la société pendant la procédure de fondation. Ces arguments doivent être rejetés. D'une part, l'admissibilité de la libération par compensation était implicitement prévue par l'aORC, et d'autre part, les arguments avancés par les adversaires (absence de liquidités, absence de personnalité juridique, absence d'exigibilité) pourraient également être invo-

Faut-il déduire de la suppression de l'article 90 lit. c aORC qu'une libération par compensation de créances est désormais exclue pour la société à responsabilité limitée? Nous estimons que cela n'est pas le cas, puisque l'admissibilité d'une libération par compensation s'impose pour des raisons pratiques évidentes, indépendamment de toute mention dans l'ORC⁷⁴¹. Les auteurs qui se sont exprimés depuis la modification de l'ORC admettent d'ailleurs toujours la possibilité de procéder à une libération par compensation⁷⁴².

Contrairement à ce qui vaut pour l'apport en nature (art. 778 al. 1 CO), lorsque la libération se fait par compensation, les statuts ne doivent contenir aucune indication particulière à ce sujet⁷⁴³. Nous déplorons l'absence d'une telle exigence légale. En effet, il serait souhaitable que les associés ainsi que les tiers puissent, à la seule lecture des statuts de la société, se rendre compte de l'existence d'une libération par compensation.

3.3.2-4.1.2. Créances entrant en ligne de compte

Pour qu'une créance à l'encontre de la société puisse entrer en ligne de compte pour une libération par compensation, il faut que certaines conditions soient remplies. En principe, il s'agit des conditions ordinaires de la compensation prévues par l'article 120 CO⁷⁴⁴. Les créances doivent notamment être

qués à l'encontre d'une libération par apport en nature dont l'admissibilité ne fait toutefois aucun doute (art. 774 al. 2/2 CO). Enfin, la libération par compensation n'est pas plus risquée pour les créanciers sociaux que la libération par un apport en nature.

⁷⁴¹ Nous pensons ici plus particulièrement au cas de la transformation d'une entreprise en nom individuel ou d'une société de personnes en société à responsabilité limitée, lorsque les créanciers de l'entreprise antérieure souhaitent souscrire des parts sociales et libérer par compensation (exemple tiré du MESSAGE 1983 [ch. 203.3, tiré à part, p. 50]).

⁷⁴² MONTAVON, SARL, p. 27 et 28 et *Droit et pratique de la SARL*, p. 81; SCHAUB, FJS 791A, p. 3; SCHENKER, B&K, ad art. 778 CO, N 5; WOHLMANN, *GmbH-Recht*, § 7 III 2 a (p. 24). Il faut toutefois noter que MONTAVON et SCHENKER ne mentionnent pas la modification de l'article 90 ORC, et que WOHLMANN se réfère toujours aux dispositions abrogées (page citée, note de bas de page 75). Enfin, rappelons que le Tribunal fédéral admettait la libération par compensation en droit de la société anonyme, alors que l'article 80 aORC n'existait pas encore (ATF 58 II 151, not. p. 155 ss / JT 1933 I 173, not. p. 178 ss et ATF 26 II 418, not. p. 437 [fr.], voir à ce sujet SIEGWART, ZK, ad art. 633 CO, N 33).

⁷⁴³ KÜNG/MEISTERHANS/ZENGER, *Handbuch*, p. 55.

⁷⁴⁴ A ce sujet, voir AEPLI, ZK, ad art. 120 CO, N 9 ss. Voir aussi ENGEL, p. 671 ss ainsi que GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band II, N 3330 ss.

réciproques⁷⁴⁵, exigibles⁷⁴⁶, exécutoires, et les prestations doivent être identiques⁷⁴⁷. En revanche, l'exigence de la constitution effective de la fortune sociale interdit la libération par compensation, lorsque la créance du souscripteur est contestée par la société⁷⁴⁸ ou lorsque la créance du souscripteur envers la société est prescrite⁷⁴⁹. L'article 120 al. 2 et 3 CO est alors inapplicable.

La compensation n'est admissible que jusqu'à concurrence de la valeur nominale de la créance du débiteur de l'apport, ou jusqu'à sa valeur commerciale (*Verkehrswert*), si cette dernière est inférieure à la valeur nominale. La créance du débiteur d'apport doit en outre être libre de toute restriction⁷⁵⁰.

⁷⁴⁵ Selon WIDMER et contrairement à la doctrine majoritaire traitant de la société anonyme (par exemple: KÜNG, *Liberierung*, ARC 1996, p. 74 ss, not. p. 75; RUEDIN, *FJS* 390, p. 13), la réciprocité des créances n'est pas une condition pour la libération par compensation (WIDMER, CHRISTOPH K., p. 386). Il estime que la personne qui libère ne joue aucun rôle en ce qui concerne la constitution effective de la fortune sociale. Il suffit que la libération soit effectuée, peu importe que le créancier de la société soit le souscripteur ou un tiers. Nous ne pouvons admettre cet avis. Certes, du point de vue de la constitution effective de la fortune sociale, il importe peu que le titulaire de la créance compensée soit le souscripteur ou un tiers. Il n'en reste pas moins que la libération par compensation est un cas de compensation qui est subordonné aux conditions générales de la compensation, et, par conséquent, à la réciprocité des créances (art. 120 al. 1 CO). On ne saurait en faire abstraction en invoquant le fait que la constitution effective de la fortune sociale n'en serait pas affectée. En revanche, une compensation avec la créance d'un tiers envers la société est possible, si l'accord écrit du tiers constitue au même temps une cession de créance au souscripteur (art. 165 al. 1 CO), si le tiers procède à une reprise cumulative de la dette du souscripteur ou si les trois parties (société, souscripteur et tiers) écartent par convention l'exigence de la réciprocité des créances (au sujet de cette dernière possibilité, voir AEPLI, ZK, ad art. 120 CO, N 33 ss).

⁷⁴⁶ Contrairement à ce qui semble ressortir de l'article 120 al. 1 CO, seule la créance compensante doit être exigible. La créance compensée peut n'être qu'exécutoire. Voir à ce sujet AEPLI, ZK, ad art. 120 CO, N 80 ss; BUCHER, p. 437 et 438; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band II, N 3350.

⁷⁴⁷ Il doit s'agir de prestations portant sur une somme d'argent (dette d'argent). Selon FORSTMOSER et MOSIMANN, la compensation est également admissible si la créance du souscripteur porte sur une somme d'argent en monnaie étrangère, pour autant que la société ne doive pas supporter le risque de change (FORSTMOSER, *Aktienrecht*, § 10 N 219; MOSIMANN, N 108 ss [p. 73 ss]).

⁷⁴⁸ Pour la société anonyme: BÖCKLI, *Aktienrecht*, N 83, 206, 206a; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 15 N 32; WIDMER, CHRISTOPH K., p. 388. Pour la société à responsabilité limitée: MONTAVON, *Droit et pratique de la SARL*, p. 81 et SARL, p. 28.

⁷⁴⁹ Pour la société anonyme: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 15 N 32; WIDMER, CHRISTOPH K., p. 387. Pour la société à responsabilité limitée: MONTAVON, *Droit et pratique de la SARL*, p. 81. La compensation avec une créance prescrite (obligation naturelle), dont l'exécution ne pourra plus être obtenue du débiteur de l'apport si la société invoque la prescription, n'apporte aucun avantage à la société et favorise unilatéralement le débiteur de l'apport.

⁷⁵⁰ Pour la société anonyme: BÖCKLI, *Aktienrecht*, N 206a; CHAMBRÉ FIDUCIAIRE, MSA, t. 4, p. 19 (7.1521); SCHOCH, PETER, NZZ du 1.9.1999, no 202, p. 27; WIDMER, CHRISTOPH K., p. 389. Du même avis, pour la société à responsabilité limitée: MONTAVON, SARL, p. 28. En revanche, selon LUKAS GLANZMANN qui traite de la société anonyme, la libération initiale (mais non pas du solde non-versé) par compensation avec une créance qui n'a pas de valeur commerciale ou dont la valeur commerciale est inférieure à sa valeur nominale est également

Enfin, se pose encore la question de savoir si la compensation est admissible lorsque la créance du débiteur d'apport a été créée spécialement en vue d'une libération par compensation. Selon les auteurs traitant de la société anonyme une libération par compensation ne serait pas admissible dans ces circonstances. En effet, cette manière de procéder permettrait d'éviter facilement l'exigence du dépôt des apports en espèces auprès d'un établissement soumis à la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (art. 833 al. 1 CO), ou les exigences légales particulières en matière d'apports en nature⁷⁵¹. Or, bien que le droit de la société à responsabilité limitée n'exige ni le dépôt des sommes d'argent auprès d'un établissement soumis à la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, ni l'établissement d'un rapport de fondation, ni sa vérification pour les apports en nature, nous estimons qu'une libération par compensation n'est pas admissible avec une créance qui a été créée expressément à cet effet. D'une part, s'agissant des apports en espèces, cette manière de procéder permettrait d'éviter l'exigence d'un apport en francs suisses⁷⁵². D'autre part, s'agissant des apports en nature, cette manière de procéder permettrait notamment d'éviter l'exigence d'une inscription dans les statuts (art. 778 al. 1 CO) et au registre du commerce (art. 781 ch. 6 CO).

3.3.2-4.1.3. Mention de la libération par compensation dans l'acte constitutif et au registre du commerce?

En vertu de l'article 80 al. 1 aORC, auquel renvoyait l'article 90 lit. c aORC, l'acte authentique devait indiquer que l'existence des créances compensantes avait été prouvée et comment elle l'avait été. De plus, l'inscription sur le registre du commerce devait indiquer le montant global de la partie du capital social libérée par compensation (art. 80 al. 2 aORC)⁷⁵³. Lors de la révision de 1992 de

admissible (*Schranken*, RDS 1999 [118] I, p. 221 ss, not. p. 227 à 234 ainsi que *Verrechnung*, NZZ du 12.7.1999, no 158, p. 15 et *Mögliche Kapitalerhöhung*, NZZ du 21.9.1999, no 219, p. 25). Selon cet auteur, une telle libération ne porte pas préjudice aux créanciers sociaux et aux associés puisqu'en raison de la diminution des dettes sociales, elle engendre toujours une augmentation de la fortune sociale nette. L'avis de LUKAS GLANZMANN ne saurait être suivi. Certes, la libération par compensation conduit à une diminution de la valeur nominale des dettes sociales et à une augmentation de la fortune sociale nette. Il n'en reste pas moins qu'en réalité, les parts sociales n'ont pas été libérées correctement. Il ne se justifie pas de faire une distinction entre les différents types de libération dans ce domaine. La souscription d'une action comporte toujours l'obligation de faire parvenir à la fortune sociale une valeur qui correspond au prix d'émission de cette action. Lorsque la valeur effectivement apportée est inférieure à la valeur imputée sur l'obligation de libération, par exemple lorsque la valeur commerciale de la créance compensée n'atteint pas sa valeur nominale, la libération est impartiale et le débiteur de l'obligation de libérer devra à notre avis toujours libérer en espèces la différence de valeur.

⁷⁵¹ FORSTMOSER, *Aktienrecht*, § 15 N 180; KOCH, JULES, p. 107; MEISTERHANS, *Prüfungspflicht*, p. 413; WIDMER, CHRISTOPH K., p. 388.

⁷⁵² La créance du débiteur de l'apport peut être dans une monnaie étrangère (voir note 747), alors que l'apport en espèces doit nécessairement être en francs suisses (voir p. 156).

⁷⁵³ GELZER, p. 26; VON STEIGER, ZK, ad art. 779 CO, N 25.

l'Ordonnance sur le registre du commerce, le renvoi au droit de la société anonyme a été supprimé s'agissant de la compensation de créances. Se pose dès lors la question de savoir si, actuellement, à défaut d'une base légale expresse, la libération par compensation en droit de la société à responsabilité limitée peut se faire sans mention particulière dans l'acte constitutif et sans inscription au registre du commerce.

A notre avis, malgré l'absence d'une base légale expresse, l'acte constitutif de la société à responsabilité limitée doit toujours justifier de la preuve des créances compensantes, du respect des conditions de la compensation et de la compensation en tant que telle⁷⁵⁴. Cette obligation découle implicitement de l'article 779 al. 2 ch. 2 CO qui exige de la part des fondateurs des confirmations particulières s'agissant des apports en espèces et en nature. De même, en vertu de l'article 779 al. 3/1 CO, l'acte constitutif doit toujours mentionner les pièces sur lesquelles se fonde les confirmations des fondateurs. Il faut également noter qu'en ce qui concerne la société anonyme, et malgré l'absence d'une base légale expresse, la pratique exige également que la libération par compensation figure dans l'acte constitutif⁷⁵⁵. En revanche, comme pour la société anonyme⁷⁵⁶, nous estimons qu'actuellement la compensation ne doit plus être inscrite au registre du commerce⁷⁵⁷. L'article 781 ch. 8 CO vise exclusivement les apports en nature et les reprises de biens, et son application ne saurait être étendue aux autres modes de libération.

3.3.2-4.2. Contrôle préventif

3.3.2-4.2.1. Défauts possibles

Comme la libération par apports en nature, la libération par compensation peut être entachée de plusieurs défauts. Premièrement, la confirmation des fondateurs et/ou les pièces sur lesquelles elle se fonde peuvent être inexactes, inexistantes ou les pièces peuvent ne pas avoir été soumises à l'officier public.

⁷⁵⁴ Dans ce sens: SCHENKER, BaK, ad art. 778 CO, N 5 (in fine). SCHENKER se réfère à VON STEIGER (ZK, ad art. 779 CO, N 25) qui invoque expressément les articles 90 lit. c et 80 a ORC. SCHENKER passe toutefois sous silence la suppression du renvoi au droit de la société anonyme sans exiger toutefois l'établissement d'un rapport de fondation ni une attestation de vérification (SCHAUB, FJS 791A, p. 3).

⁷⁵⁵ KOCH, JULES, p. 30 (en relation avec p. 28/29); NOTARIATSINSPEKTORAT, *Textvorlagen*, 3.1.2 (p. 4); WIDMER, CHRISTOPH K., p. 396 et 397.

⁷⁵⁶ KÜNG, *Handbuch*, p. 59 et Muster 31110, Blatt 1 - 3; WIDMER, CHRISTOPH K., p. 398 et 399 (ainsi que les auteurs cités à la note 2346). Contra (sans explications): STAHL, *Weka*, 3/3.4 (p. 1).

⁷⁵⁷ Dans ce sens: KÜNG/MEISTERHANS/ZENGER, p. 55 et Muster 41110, Blatt 1 - 2.

Deuxièmement, les créances prétendument compensantes peuvent ne pas remplir les conditions de la compensation⁷⁵⁸.

3.3.2-4.2.2. Contrôle par l'officier public

Premièrement, l'officier public doit refuser d'instrumenter l'acte constitutif, lorsqu'il ne dispose pas des pièces sur lesquelles se fonde la confirmation des fondateurs ou/et en l'absence de toute confirmation de la part de ces derniers. Il en va de même lorsqu'il a connaissance de l'inexactitude des pièces et/ou des confirmations.

Deuxièmement, l'officier public doit refuser d'instrumenter l'acte lorsque les créances prétendument compensantes ne remplissent pas les conditions de la compensation, notamment lorsque la valeur de la créance ne permet pas d'atteindre le montant nécessaire découlant du taux de libération (légal ou statutaire) de la part sociale concernée⁷⁵⁹. En revanche, lorsque la valeur de la créance dépasse le montant nécessaire découlant du taux de libération légal ou statutaire, l'officier public ne peut à notre avis pas refuser l'instrumenter l'acte. Dans ces circonstances, la libération de la part sociale ne se fait toutefois qu'à hauteur du taux de libération effectivement exigible. Enfin, lorsque la libération ne se fait pas par compensation mais par un apport en espèces ou par un apport en nature, l'officier public doit nécessairement refuser d'instrumenter l'acte, puisque le mode de libération ne correspond pas à celui choisi et indiqué dans l'acte constitutif.

3.3.2-4.2.3. Contrôle par le préposé au registre du commerce

Comme pour l'apport en nature, la demande d'inscription au registre du commerce doit indiquer le montant de la part de chaque associé et les prestations faites sur chaque part (art. 780 al. 3 ch. 2 CO). Les requérants doivent en outre prouver que les parts sociales ont été souscrites et que le montant légal ou un montant supérieur fixé par les statuts est couvert par compensation (art. 780 al. 4/2 CO par analogie).

Au vu du pouvoir de cognition du préposé au registre du commerce⁷⁶⁰, ce dernier doit refuser l'inscription lorsque la demande d'inscription n'indique pas la part de chaque associé et les prestations faites sur chaque part⁷⁶¹. De même, malgré l'absence d'une disposition légale expresse l'inscription au registre du commerce ne devra pas être effectuée si la confirmation de la part des fonda-

⁷⁵⁸ Voir 3.3.2-4.1.2. Créances entrant en ligne de compte, p. 172 ss.

⁷⁵⁹ Sont toutefois exceptés les cas où la différence est libérée en espèces ou par un apport en nature (apport mixte).

⁷⁶⁰ Voir 2.3.3-2. Pouvoir de cognition du préposé au registre du commerce, p. 109 ss.

⁷⁶¹ Cela vaut aussi lorsqu'il constate des imprécisions.

teurs au sens de l'article 779 al. 2 ch. 2 CO (par analogie) et/ou la mention selon l'article 779 al. 3/1 CO (par analogie) font défaut ou ne sont pas suffisamment précises.

Enfin, le préposé doit refuser l'inscription lorsque les créances ne remplissent pas les conditions de la compensation. Il en est notamment ainsi lorsque la valeur de la créance ne permet pas d'atteindre le taux de libération (légal ou statutaire) de la part sociale concernée ou lorsque la libération ne se fait pas par compensation. En revanche, à notre avis, lorsque la valeur de la créance à compenser dépasse le montant nécessaire découlant du taux de libération légal ou statutaire, le préposé au registre du commerce ne saurait refuser l'inscription de la société au registre du commerce.

Vu la limitation de son pouvoir de cognition concernant le contrôle de la véracité des déclarations des fondateurs⁷⁶², l'intervention du préposé au registre du commerce ne permet toutefois pas d'exclure l'inscription d'une société à responsabilité limitée, lorsque que la libération par compensation est entachée d'un défaut. Le contrôle effectué par le préposé n'empêche notamment pas la surévaluation d'une créance dont la compensation est invoquée.

3.3.2-4.3. *Appréciation*

Actuellement, la libération par compensation n'est pas expressément réglée par le législateur. Lors de la révision du droit de la société à responsabilité limitée, cette lacune devrait nécessairement être comblée. Il serait notamment souhaitable d'exiger, comme pour les apports en nature (art. 778 al. 1 CO), que la libération par compensation figure dans les statuts de la société. De même, les articles 779 al. 2 ch. 2 et 780 al. 4 CO devraient expressément se référer à la libération par compensation.

Enfin, rappelons qu'en raison notamment du pouvoir de cognition limité du préposé au registre du commerce, les contrôles effectués ne permettent pas d'exclure l'inscription au registre du commerce d'une société à responsabilité limitée, lorsque la libération par compensation est entachée de défauts. En raison de la responsabilité des associés au sens de l'article 802 CO, les créanciers sociaux n'encourent toutefois qu'un risque limité.

⁷⁶² Voir 3.3.2-3.2.3. Contrôle par le préposé au registre du commerce, p. 168 ss.

3.3.2-5. Effets des défauts après la naissance de la société

3.3.2-5.1. Introduction

Malgré les contrôles effectués par l'officier public et le préposé au registre du commerce, il se peut qu'une société à responsabilité limitée soit inscrite au registre du commerce sans que les exigences légales et statutaires concernant la libération aient été respectées.

La libération peut être entachée de défauts formels ou matériels.

3.3.2-5.2. Défauts formels

Par l'inscription au registre du commerce, la société à responsabilité limitée acquiert la personnalité juridique malgré les défauts formels relatifs à la libération⁷⁶³ dont peut être entachée la procédure de fondation⁷⁶⁴. Autrement dit, l'existence de la société n'est pas mise en cause par d'éventuels défauts formels.

L'obligation de faire un apport correspondant au prix d'émission (et à un éventuel agio) n'est pas non plus mise en cause par l'absence ou l'imprécision des indications relatives à la libération. Autrement dit, malgré les défauts formels dont peut être entachée la libération, le souscripteur reste tenu de faire un apport. Se pose alors la question de savoir si, lorsque la libération en nature ou par compensation est entachée d'un défaut formel, le débiteur est tenu de libérer en espèces, en nature ou par compensation.

A notre avis, s'agissant d'une libération par compensation entachée d'un défaut formel important⁷⁶⁵, le souscripteur est tenu d'effectuer un apport en espèces à moins que le défaut ne soit réparé.

S'agissant des apports en nature, la situation est plus complexe. La loi ne mentionne pas expressément les conséquences d'un défaut formel sur la validité de l'engagement d'apport en nature des souscripteurs après l'inscription de la société au registre du commerce. En cas d'absence d'indications concernant l'existence d'un apport en nature dans les statuts, la jurisprudence⁷⁶⁶ et la doc-

⁷⁶³ Exemples: absence des confirmations et des mentions au sens des articles 779 al. 2 ch. 2 et 779 al. 3 CO dans l'acte constitutif; absence d'indication des prestations faites sur chaque part dans la demande d'inscription (art. 780 al. 3 ch. 2 CO).

⁷⁶⁴ Il s'agit d'une conséquence de l'effet réparateur de l'inscription au registre du commerce. Voir 2.4.2. Inexistence de la société, p. 113 ss.

⁷⁶⁵ Exemple: la libération par compensation n'est pas mentionnée dans l'acte constitutif.

⁷⁶⁶ Voir la jurisprudence mentionnée par les auteurs cités à la note 767.

trine⁷⁶⁷ estiment que les souscripteurs sont tenus à un apport en espèces. Ainsi, même si les souscripteurs ont convenu entre eux d'un apport en nature, ils doivent libérer l'intégralité des parts sociales souscrites par des apports en espèces⁷⁶⁸. La convention entre souscripteurs est nulle⁷⁶⁹. Le cas échéant, les apports en nature déjà effectués doivent être restitués⁷⁷⁰. Sauf exception⁷⁷¹, la convention d'apport est aussi nulle lorsque seule une partie des mentions nécessaires dans les statuts fait défaut ou est contraire aux exigences légales⁷⁷².

3.3.2-5.3. Défauts matériels

3.3.2-5.3.1. Introduction

La libération peut également être entachée de défauts matériels.

A ce titre, plusieurs défauts sont envisageables: l'associé aurait dû faire un apport en nature, mais il a fait un apport en espèces et inversement; l'associé aurait dû faire un apport en espèces plus important; l'associé a fait un apport en nature, mais l'objet apporté ne correspond pas à l'objet promis; etc.

Premièrement et comme pour les défauts purement formels, l'existence de la société n'est pas mise en cause par les défauts matériels touchant l'exécution de l'obligation d'apport⁷⁷³.

Deuxièmement, l'inexécution ou la mauvaise exécution de l'obligation d'apport ne met pas en cause l'existence de celle-ci. L'associé qui ne s'est pas libéré conformément aux exigences légales et statutaires reste tenu par son obligation d'apport dans la mesure de son inexécution⁷⁷⁴.

Ainsi, l'associé qui a fait un apport en espèces alors qu'il aurait dû faire un apport en nature ne s'est pas libéré valablement et reste tenu de faire l'apport en

⁷⁶⁷ JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 778 CO, N 17; HUBER, KARL, p. 99; VON STEIGER, ZK, ad art. 778 CO, N 34 et 35.

⁷⁶⁸ Même s'ils ont déjà «libéré» (partiellement ou intégralement) par des apports en nature.

⁷⁶⁹ Par exemple: SCHENKER, BaK, ad art. 778 CO, N 9; WOHLMANN, *GmbH-Recht*, § 7 III 2 d (p. 26). Pour la société anonyme, voir le jugement du Tribunal supérieur du Canton de Zurich du 12.4.1991 (ZR 1991 [90], p. 217 ss, not. p. 222 et 223 [no 66]; RNR 1994 [75], p. 144 ss, not. p. 151).

⁷⁷⁰ JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 778 CO, N 17.

⁷⁷¹ Exemple: l'indication du prix d'acceptation dans les statuts fait défaut, mais il résulte des circonstances qu'il est «égal» à la valeur (estimée) de l'objet.

⁷⁷² Exemple: les statuts ne mentionnent pas l'objet de l'apport.

⁷⁷³ Il s'agit d'une conséquence de l'effet réparateur de l'inscription au registre du commerce. Voir 2.4.2. Inexistence de la société, p. 113 ss.

⁷⁷⁴ Dans le même sens pour la société anonyme, voir FORSTMOSER, *Aktienrecht*, § 9 N 94 (pour l'obligation d'apport en espèces).

nature promis statutairement⁷⁷⁵, pour autant que son exécution soit encore possible⁷⁷⁶. L'associé qui a fait un apport en nature alors qu'il aurait dû faire un apport en espèces reste tenu de faire un apport en espèces⁷⁷⁷. L'associé qui a fait un apport en espèces insuffisant reste tenu par l'obligation d'apport dans la mesure où il ne l'a pas exécutée. De même, l'associé qui a fait un apport en nature qui ne correspond pas à l'apport en nature promis statutairement reste tenu de faire l'apport effectivement promis⁷⁷⁸, pour autant que son exécution soit encore possible⁷⁷⁹. Enfin, en cas de mauvaise exécution d'une libération par compensation, l'associé reste tenu par une obligation d'apport en espèces dans la mesure de son inexécution⁷⁸⁰.

⁷⁷⁵ L'associé peut demander la restitution de l'apport en espèces effectué (art. 62 ss CO).

⁷⁷⁶ A notre avis, si l'exécution de l'apport en nature n'est pas (plus) possible, l'associé est tenu de libérer par un apport en espèces. En revanche, selon KARL HUBER (p. 50) et GEISER (p. 39 ss), en application des dispositions générales du Code des obligations (art. 20 CO), la part sociale du souscripteur (et par conséquent l'obligation d'apport en résultant) ne prend pas naissance lorsque l'impossibilité d'exécuter l'apport en nature est originaire et objective. Nous ne pouvons partager cet avis. En effet, la validité de la souscription n'est pas subordonnée à la validité de la libération. Or, l'impossibilité ne frappe que l'exécution de la convention d'apport en nature. Ainsi, malgré l'impossibilité objective d'exécuter l'apport en nature, l'associé reste tenu par une obligation d'apport en espèces, afin de garantir la constitution effective de la fortune sociale. La doctrine et la jurisprudence allemande admettent d'ailleurs une obligation de libérer en espèces en cas d'impossibilité objective de libérer en nature (HEINRICH, *Handbuch*, § 12 N 38; SCHILLING, in Hachenburg, 6^e éd., ad § 5, N 28; ULMER, in Hachenburg, 8^e éd., ad § 5, N 87 et 88, in Hachenburg, 7^e éd., *Ergänzungsband*, ad § 5, N 81 et 82 ainsi que in Hachenburg, 7^e éd., ad § 5, N 81 et 82; WIEDEMANN, *Sacheinlagen*, p. 257 ss; WINTER, in Scholz, 8^e éd., ad § 5, N 63 (seulement impossibilité subséquente). Dans sa jurisprudence, le *Bundesgerichtshof in Zivilsachen* a adopté ce point de vue en 1966: «Weil der Sacheinleger im Gründungsvertrag erklärt, Mitglied der Gesellschaft werden zu wollen, und nach Massgabe der eingegangenen Verpflichtung gehalten ist, die Kapitalgrundlage der Gesellschaft mit zu schaffen, muss er sein Einlageversprechen, soweit es als Sacheinlagevertrag unerfüllbar oder der einzubringende Gegenstand mangelhaft ist, bar erfüllen...» (BGHZ 45 [1966], p. 338 ss, not. p. 345). Certes, contrairement au droit suisse, le droit allemand ne connaît pas la responsabilité des associés au sens de l'article 802 CO. Cette différence ne suffit à notre avis toutefois pas à libérer l'associé de toute obligation d'apport en cas d'impossibilité originaire et objective.

⁷⁷⁷ Voir GÜHL/COMMENT, p. 13; HUBER, KARL, p. 99 et 100; JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 778 CO, N 17; NEUENSCHWANDER, p. 20; VON STEIGER, ZK, ad art. 778 CO, N 34 et 35; SYZ, p. 66; ATF 64 II 271, not. p. 282 et 283 / JdT 1939 I 6, not. p. 16 et 17 (cet arrêt concerne une société anonyme). L'associé peut demander la restitution de l'apport en nature effectué (art. 62 ss CO). Aussi longtemps que l'associé n'a pas fait l'apport en espèces, la société peut toutefois retenir l'objet apporté. L'associé ne peut pas invoquer compensation.

⁷⁷⁸ HUBER, KARL, p. 111. L'associé peut demander la restitution de l'objet apporté (art. 62 ss CO). Aussi longtemps que l'associé n'a pas fait l'apport en nature promis statutairement, la société peut toutefois retenir l'objet apporté. L'associé ne peut pas invoquer compensation.

⁷⁷⁹ Voir la note 776.

⁷⁸⁰ Une libération par compensation avec une nouvelle créance n'entre pas en ligne de compte, parce que cette manière de faire permettrait notamment d'éluider les règles sur les apports en nature (voir 3.3.2-3. Libération en nature, p. 159 ss).

3.3.2-5.3.2. Cas particulier: surévaluation de l'apport en nature

La valeur effective de l'apport en nature au moment de l'inscription de la société au registre du commerce⁷⁸¹ doit être au moins égale à son prix d'acceptation. A défaut, le taux de libération effective de la part sociale concernée ne correspond pas au taux de libération légal ou statutaire. Quelles sont les conséquences juridiques lorsqu'en raison d'une surévaluation, la valeur effective de l'apport en nature est inférieure à son prix d'acceptation?

La surévaluation de l'apport en nature peut s'expliquer de plusieurs manières.

Premièrement, il se peut qu'au moment de l'établissement de l'acte constitutif (fondation interne), la valeur effective de l'apport promis ait été déjà inférieure à son prix d'acceptation. Par exemple, au moment de l'établissement de l'acte constitutif la valeur effective de l'apport promis est de 1000 francs et son prix d'acceptation de 2000 francs.

Deuxièmement, il se peut qu'au moment de l'établissement de l'acte constitutif, la valeur effective de l'apport promis ait été égale à son prix d'acceptation, mais que, en raison d'une diminution de la valeur effective, cela n'ait plus été le cas au moment de l'inscription de la société au registre du commerce. Par exemple, au moment de l'établissement de l'acte constitutif, la valeur effective de l'apport promis et son prix d'acceptation sont de 1000 francs, mais au moment de l'inscription au registre du commerce, sa valeur effective n'est plus que de 500 francs.

Le débiteur de l'apport surévalué répond-il envers la société de la libération de la différence entre la valeur effective de l'apport promis au moment de l'inscription de la société au registre du commerce et le prix d'acceptation résultant des statuts?

La loi actuelle ne donne pas de solution expresse à ce problème et le Tribunal fédéral ne s'est jamais prononcé *expressis verbis*⁷⁸².

Selon GEISER et KAUFMANN, le débiteur de l'apport en nature ne répond de la valeur effective de l'apport envers la société que lorsqu'il a violé son devoir

⁷⁸¹ HUBER, KARL, p. 40; SCHOOP, p. 53 ainsi que les auteurs cités. Pour des raisons pratiques, certains auteurs lui préfèrent le moment de la fondation interne de la société (BAR, *Gründergesellschaft*, p. 95; FORSTMÖSER, *Aktienrecht*, § 10 N 30; KAPS, p. 74; WIDMER, CHRISTOPH K., p. 316). A notre avis, cela n'est admissible qu'à condition que la convention d'apport et les statuts se réfèrent expressément à ce moment. A défaut, le moment de l'inscription de la société au registre du commerce est déterminant.

⁷⁸² Le Tribunal fédéral s'est uniquement prononcé sur une action en responsabilité (art. 827 CO) d'une société à responsabilité limitée à l'encontre d'un de ses fondateurs. Il a rejeté l'action estimant que la loi n'interdisait pas à la société d'accepter des apports en nature dont elle savait qu'ils avaient une valeur effective inférieure à la valeur d'acceptation (ATF 83 II 53 ss / JdT 1957 I 372 ss).

d'information envers la société. En l'absence d'une telle violation, la société ne peut pas lui demander de libérer en espèces la différence entre la valeur effective de l'apport promis au moment de l'inscription de la société au registre du commerce et son prix d'acceptation⁷⁸³. C'est également l'avis des auteurs qui se sont exprimés plus récemment sur cette question⁷⁸⁴. Selon eux, cette solution se justifie parce qu'elle ne nuit pas à la protection des créanciers. En effet, en cas de faillite de la société, les créanciers pourront toujours s'en prendre aux associés en application de l'article 802 CO.

A notre avis, la solution dépend exclusivement de la portée de l'obligation résultant de la souscription de la part sociale concernée. En souscrivant une part sociale, le souscripteur s'engage, en raison de l'interdiction de l'émission au-dessous du pair, à faire parvenir à la société des actifs d'une valeur qui correspond au moins au prix d'émission de sa part sociale⁷⁸⁵. Par conséquent, si la valeur effective de l'apport en nature effectué ne correspond pas à son prix d'acceptation, l'obligation d'apport, telle qu'elle résulte de la souscription de la part sociale, n'a été exécutée qu'imparfaitement et une libération de la différence de valeur s'impose. Certes, contrairement aux actionnaires, les associés d'une société à responsabilité limitée sont solidairement responsables envers les créanciers sociaux au sens de l'article 802 CO. Il n'en reste pas moins que lorsque la valeur de l'apport ne correspond pas à son prix d'acceptation, la libération n'a eu lieu qu'imparfaitement. Comme l'obligation de libérer les parts sociales ne peut pas faire l'objet d'une remise ou d'une prorogation, sauf en cas de réduction du capital social (art. 798 al. 2 CO) et bien que les intérêts des créanciers sociaux ne soient pas directement mis en cause, l'obligation de libérer subsiste dans la mesure de son inexécution. Par conséquent, si, au moment de l'inscription de la société au registre du commerce⁷⁸⁶, la valeur effective de l'apport effectué ne correspond pas à son prix d'acceptation, la société pourra réclamer la libération en espèces de la différence de valeur au débiteur de l'apport⁷⁸⁷.

⁷⁸³ GEISER, p. 69 ss; KAUFMANN, p. 112 et 113.

⁷⁸⁴ AMSTUTZ, BaK, ad art. 799 CO, N 3 (in fine); BAR, *Haftung*, p. 68, 71 et 80; SCHOOP, p. 165 ss.

⁷⁸⁵ Voir 3.2.3. Effets de la souscription, p. 128 ss.

⁷⁸⁶ Voir toutefois la note 781.

⁷⁸⁷ Depuis 1980, une solution semblable est expressément consacrée par le droit allemand (§ 9 al. 1 GmbH-Gesetz (D)): «Erreicht der Wert einer Sacheinlage im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister nicht den Betrag der dafür übernommenen Stammeinlage, hat der Gesellschafter in Höhe des Fehlbetrages eine Einlage in Geld zu leisten». Pour une partie de la doctrine, cette solution prévalait déjà sous l'ancien droit, c'est-à-dire en l'absence d'une disposition légale expresse (voir ULMER, in Hachenburg, 7^e éd., ad § 5, N 71 ss; contra: BATTES, p. 85 ss). Nous ajoutons toutefois que le droit allemand ne connaît pas de responsabilité des associés au sens de l'article 802 CO. A notre avis, l'existence ou l'inexistence d'une responsabilité des associés au sens de l'article 802 CO n'est toutefois pas déterminante dans ce domaine.

3.3.3. Libération en cours de vie sociale

3.3.3-1. Introduction

Lorsque les statuts ne prévoient pas expressément (art. 777 ch. 1 CO) la libération intégrale des parts sociales, les apports effectués lors de la fondation ne correspondent qu'à une exécution partielle des obligations d'apport résultant de la souscription des parts sociales. La société possède alors une créance en libération du solde à l'encontre de chaque souscripteur⁷⁸⁸ pour la partie de sa part sociale qui n'a pas encore été libérée.

Le présent chapitre traite des moyens à disposition permettant à la société d'obtenir l'exécution complète des obligations d'apport en cours de vie sociale. Il procède également à une analyse de leur efficacité par rapport à la constitution effective du capital social.

3.3.3-2. Procédure

De par la loi, la compétence de demander une libération complémentaire incombe à l'assemblée des associés (art. 810 al. 2 CO)⁷⁸⁹. La décision de l'assemblée doit, sauf disposition statutaire contraire, être prise à la majorité absolue des voix émises (art. 808 al. 3 CO)⁷⁹⁰.

Les statuts⁷⁹¹ peuvent toutefois attribuer la compétence de demander une libération complémentaire à un autre organe⁷⁹². Lorsque les statuts fixent les modalités de la libération ultérieure, ce sont les gérants qui ont la compétence et le devoir de demander la libération complémentaire, à moins que les statuts attribuent cette compétence à un autre organe.

Lorsque les statuts ne contiennent pas de prescriptions concernant les modalités de la libération, l'assemblée générale (ou le cas échéant un autre organe compétent en vertu des statuts) peut les déterminer librement. Le moment fixé pour la libération complémentaire rend automatiquement exigible la dette des associés. Lorsque ce moment est fixé dans les statuts, aucune communication supplémentaire aux associés n'est nécessaire. En revanche, lorsque le mo-

⁷⁸⁸ Ou à l'encontre du successeur du souscripteur en cas de transfert de la part sociale (art. 791 ss CO).

⁷⁸⁹ Voir DEL PERO, p. 41 ss et VON STEIGER, *Formulare*, p. 53 et 54 (note de bas de page 2).

⁷⁹⁰ La décision portant appel de libération complémentaire n'augmente pas les prestations ou la responsabilité des associés au sens de l'article 784 al. 3 CO. Le consentement unanime des associés n'est par conséquent pas nécessaire.

⁷⁹¹ L'attribution de compétence à un autre organe doit nécessairement se faire dans les statuts. Une simple décision sociale n'est pas suffisante (JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 810 CO, N 12; VON STEIGER, ZK, ad art. 810 CO, N 23; WATTER, BaK, ad art. 810 CO, N 33).

⁷⁹² Par exemple aux gérants ou à un éventuel conseil de surveillance.

ment est fixé par décision de l'assemblée générale ou par un autre organe, la décision doit être communiquée aux associés⁷⁹³. A défaut, les associés qui n'en ont pas connaissance ne tombent pas automatiquement en demeure au moment fixé pour la libération. Enfin, à défaut d'une disposition statutaire contraire, l'associé se libère proportionnellement à la valeur nominale de sa part (art. 798 al. 1/1 CO)⁷⁹⁴.

Lorsqu'une libération complémentaire a été effectuée, le registre des parts sociales doit immédiatement être adapté à la nouvelle situation: le montant des prestations faites sur chaque part sociale doit être ajusté (art. 790 al. 1/2 CO). De plus, au début de l'année civile qui suit la libération complémentaire, la liste des associés doit être modifiée (art. 790 al. 2 CO). En revanche, contrairement à la libération qui intervient lors de la constitution de la société⁷⁹⁵, la libération complémentaire en espèces en cours de vie sociale n'est en principe pas soumise au contrôle d'un officier public ou du préposé au registre du commerce⁷⁹⁶. Aucune pièce justificative n'est exigée et la libération effective n'est pas inscrite au registre du commerce⁷⁹⁷.

Vu l'absence de contrôle concernant la libération complémentaire des apports en espèces, la constitution de la fortune sociale manque singulièrement de garantie. En effet, il se peut que l'appel en libération ne soit pas suivi ou que la libération complémentaire soit inférieure⁷⁹⁸ à la libération demandée et que le registre des parts sociales et/ou la liste des associés déclare faussement que la

⁷⁹³ AMSTUTZ, BaK, ad art. 799 CO, N 5; GELZER, p. 32 ss. La loi est toutefois muette quant au mode de la communication. Plusieurs manières sont envisageables: appel public (*öffentliche Bekanntmachung*), envoi d'un pli recommandé, appel fait oralement par une personne légitimée (*mündliches Ersuchen durch eine legitimierte Person*), etc. (voir SCHOCH, p. 39).

⁷⁹⁴ Voir AMSTUTZ, BaK, ad art. 798 CO, N 2 ainsi que les auteurs cités. Certains auteurs ont critiqué la réglementation légale (par exemple: CARRY, FJS 799 - 804, p. 18 et KAUFMANN, p. 97).

⁷⁹⁵ Voir 3.3.2. Libération avant la constitution de la société, p. 154 ss.

⁷⁹⁶ Une modification des statuts, nécessitant le concours d'un officier public (et un contrôle par le préposé au registre du commerce), n'est nécessaire que si les statuts indiquent le taux de libération (ce qui n'est pas obligatoire) (REBSAMEN, *Handelsregister*, N 953). En revanche, selon MEISTERHANS (*Prüfungspflicht*, p. 308 et 309), les gérants doivent toujours annoncer la libération ultérieure au préposé au registre du commerce en lui remettant un extrait de la comptabilité concernant le compte «apports des associés» ou une attestation de l'établissement bancaire auprès duquel les apports ont été déposés. De même, les gérants doivent remettre au préposé au registre du commerce une *Stampaerkklärung*. Selon MEISTERHANS, ces exigences s'expliquent par le fait que les documents relatifs à la fondation (*Gründungsakten*) contiennent des indications concernant la libération des apports lors de la fondation. L'argument avancé par MEISTERHANS n'est pas convaincant. Etant donné que la libération ultérieure n'implique - sauf exception - pas de modification de l'inscription au registre du commerce, elle ne doit pas être annoncée au préposé. Le fait que les documents relatifs à la fondation contiennent des informations concernant la libération des apports lors de la fondation n'y change rien puisqu'une libération ultérieure n'a aucune influence sur les apports effectués lors de la fondation et les documents y relatifs.

⁷⁹⁷ KAUFMANN, p. 97; REBSAMEN, *Handelsregister*, N 951.

⁷⁹⁸ Voir inexistantes.

libération a eu lieu. Certes, les gérants sont responsables envers les associés et les tiers de la tenue du registre des parts sociales et de la liste des associés. De plus, ni le registre des parts sociales ni la liste des associés ne jouissent de la foi publique, et c'est à la société de prouver que la libération a effectivement eu lieu⁷⁹⁹. Il est toutefois surprenant qu'en cas de libération en cours de vie sociale, aucun contrôle ne soit exigé, alors que le législateur se montre plutôt exigeant au moment de la constitution de la société. La différence de réglementation est à notre avis dépourvue de tout fondement. Soit le législateur renonce à tout contrôle quant à la libération effective, soit il l'exige pour toute libération (initiale et ultérieure). Nous penchons pour la deuxième solution. Comme pour la société anonyme, le montant des apports effectués en espèces devrait figurer dans les statuts (art. 626 ch. 3 CO) et au registre du commerce (art. 641 ch. 4 CO). La réquisition d'inscription au registre du commerce devrait en outre être accompagnée de pièces justificatives et faire l'objet d'un contrôle du préposé (art. 83 ORC).

3.3.3-3. Particularités de l'apport en nature

Malgré la terminologie utilisée à l'article 798 al. 1/1 CO⁸⁰⁰, la doctrine majoritaire admet la libération complémentaire par des apports en nature^{801, 802}. Nous partageons cet avis. A défaut d'une interdiction expresse, la société ne saurait être privée de cette possibilité.

L'admissibilité d'une libération complémentaire par des apports en nature n'est d'ailleurs pas en contradiction avec l'interdiction d'une exécution partielle des apports en nature prévus statutairement lors de la fondation de la société⁸⁰³. Il s'agit d'une problématique différente. La libération complémentaire par un apport en nature a trait au mode de libération de la partie non libérée des parts sociales, alors que l'exécution partielle d'un apport prévu statutairement a trait au moment de l'exécution de l'apport, tel qu'il figure dans les statuts au moment de la fondation de la société. Or, il est parfaitement possible d'interdire une exécution partielle de l'apport en nature prévu statutairement lors de la fondation, et d'admettre une libération complémentaire par un apport en nature en cours de vie sociale.

⁷⁹⁹ Par exemple: AMSTUTZ, BaK, ad art. 798 CO, N 5; KAUFMANN, 97; REBSAMEN, *Handelsregister*, N 951; VON STEIGER, ZK, ad art. 790 CO, N 3 ss.

⁸⁰⁰ Le texte français emploie les termes «...se libère en argent...». En allemand on utilise le terme «...einzahlen...», en italien «...versamenti...».

⁸⁰¹ Par exemple: AMSTUTZ, BaK, ad art. 798 CO, N 3; CARRY, *FJS* 799 - 804, p. 18; HANDSCHIN, *GmbH*, § 7 N 8; REBSAMEN, *Handelsregister*, N 951; VON STEIGER, ZK, ad art. 798 CO, N 3; WOHLMANN, *SPR VIII/2*, § 39 II 3 a (p. 391) et *GmbH-Recht*, § 15 II 3 a (p. 82) (implicitement).

⁸⁰² Du même avis pour la société anonyme (ancien droit). FORSTMOSER, *Aktienrecht*, § 10 N 66.

⁸⁰³ 3.3.2-3.1.5. Exécution partielle des apports en nature?, p. 162 ss.

A l'instar des auteurs⁸⁰⁴ qui admettent une libération complémentaire par des apports en nature en cours de vie sociale, nous la soumettons au respect des règles applicables à la fondation. La conclusion d'un contrat d'apport est nécessaire et les statuts doivent indiquer l'objet de l'apport promis et effectué, le prix pour lequel il a été accepté, le nom de l'associé, ainsi que la valeur nominale de sa part sociale (art. 778 al. 1 CO)⁸⁰⁵. L'objet et le prix des apports en nature doivent également être inscrits au registre du commerce (art. 781 ch. 6 CO). Ainsi, contrairement à la libération complémentaire par un apport en espèces⁸⁰⁶, la libération complémentaire par un apport en nature est obligatoirement soumise au contrôle d'un officier public et d'un préposé au registre du commerce.

Nous déplorons toutefois l'absence d'une réglementation légale précise en ce qui concerne la libération ultérieure par des apports en nature. Lors de la révision du droit de la société à responsabilité limitée, le législateur devrait l'autoriser expressément⁸⁰⁷ et fixer la procédure applicable.

3.3.3-4. Particularités de la libération par compensation

Avec les auteurs majoritaires, nous admettons également la possibilité de procéder à une libération complémentaire par la compensation de créances⁸⁰⁸. A notre avis, cette possibilité subsiste pour des raisons pratiques malgré la suppression du renvoi dans l'Ordonnance sur le registre du commerce⁸⁰⁹. Toutefois, à défaut d'une réglementation légale contraire, la libération complémentaire par compensation n'est soumise à aucun contrôle préventif de la part d'un officier public ou d'un préposé au registre du commerce. La situation est donc la même que lorsque la libération complémentaire s'effectue par un apport en espèces⁸¹⁰.

⁸⁰⁴ Voir les auteurs cités à la note 801.

⁸⁰⁵ AMSTUTZ, BaK, ad art. 798 CO, N 3. De plus, lorsque l'associé concerné et la personne qui effectue l'apport ne sont pas identiques, les statuts doivent également désigner celui qui fait l'apport (voir 3.3.2-3.1.3. Clause statutaire, p. 161 ss).

⁸⁰⁶ Voir 3.3.3-2. Procédure, p. 183 ss.

⁸⁰⁷ Ceci est actuellement le cas pour le droit de la société anonyme (art. 634a al. 2 CO).

⁸⁰⁸ Par exemple: AMSTUTZ, BaK, ad art. 798 CO, N 3; BECKER, BK, ad art. 798 CO, N 4; GUHL/KUMMER/KOLLER/DRUEY, p. 722; VON STEIGER, ZK, ad art. 798 CO, N 3 et ad art. 774 CO, N 12; WOHLMANN, SPR VIII/2, § 39 II 2 (p. 391) et *GmbH-Recht*, § 15 II 2 (p. 81).

⁸⁰⁹ Voir 3.3.2-4.1.1. Admissibilité, p. 171 ss.

⁸¹⁰ Voir 3.3.3-2. Procédure, p. 183 ss.

3.3.3-5. Particularité de la libération par des fonds propres librement disponibles

Comme pour la société anonyme, la loi ne prévoit pas expressément la possibilité de procéder à une libération complémentaire par des fonds propres librement disponibles de la société à responsabilité limitée. Selon REBSAMEN, ce mode de libération est admissible⁸¹¹. En revanche, les auteurs traitant de la société anonyme ont des avis divergents. Selon la doctrine majoritaire récente, le fait que l'article 634a al. 2 CO ne mentionne que la libération ultérieure en espèces, en nature ou par compensation n'implique pas l'inadmissibilité d'une libération ultérieure par des fonds propres librement disponibles. En omettant de mentionner ce mode de libération, le législateur voulait simplement insister sur le fait qu'en raison du partage de compétences entre le conseil d'administration et l'assemblée générale, une libération ultérieure par des fonds propres ne pouvait pas être décidée par le seul conseil d'administration, mais devait être décidée aussi par l'assemblée générale⁸¹². En revanche, selon BÖCKLI, la libération ultérieure par des fonds propres n'est pas admissible. Selon lui, ce mode de libération a été écarté expressément par le législateur non seulement en raison du partage de compétences entre le conseil d'administration et l'assemblée générale, mais aussi parce qu'il implique une suppression de l'obligation d'apport des associés conduisant au même résultat qu'une restitution illicite des apports aux actionnaires (art. 680 al. 2 CO)⁸¹³.

A l'instar de REBSAMEN et par analogie à ce que soutient la doctrine majoritaire récente en matière de société anonyme, nous estimons que la libération ultérieure par des fonds propres librement disponibles est parfaitement admissible en droit de la société à responsabilité limitée. Les risques pour les créanciers sociaux ne sont pas plus importants que lors d'une augmentation du capital social par conversion de fonds propres librement disponibles, procédure dont la légalité est admise par la doctrine traitant de la société à responsabilité limitée, malgré l'absence d'une base légale expresse⁸¹⁴.

⁸¹¹ REBSAMEN, *Handelsregister*, N 951.

⁸¹² Voir notamment CHAMBRE FIDUCIAIRE, MSA, t. 4, p. 22 (7.1543); FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 15 N 36 (note de bas de page 23a); KROUG, ARC 1993, p. 35 ss, not. p. 36 - 38; SCHENKER, BaK, ad art. 634a CO, N 9.

⁸¹³ BÖCKLI, *Aktienrecht*, N 47m. Selon le Conseil fédéral: «Absatz 2 (de l'article 634a CO) schliesst die Nachliberierung aus eigenen Mitteln der Gesellschaft aus, u. a. weil über die offenen Reserven einzig die Generalversammlung verfügen kann» (BOTSCHAFT 1983, ch. 313.3 [Separatdruck, p. 113]). Le texte français du message est plus restrictif et n'invoque que le partage des compétences: «Le 2^e alinéa (de l'article 634a CO) exclut la libération ultérieure par des fonds propres de la société (réserves), parce que seule l'assemblée peut disposer des réserves ouvertes» (MESSAGE 1983, ch. 313.3 [tiré à part, p. 123]).

⁸¹⁴ Par exemple: ISLER/ZINDEL, BaK, ad art. 786 CO, N 7; JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 786 CO, N 7; VON STEIGER, ZK, ad art. 786 CO, N 3.

La décision autorisant les gérants à procéder à une libération ultérieure par des fonds propres librement disponibles doit obligatoirement être prise par l'assemblée des associés (art. 810 al. 1 ch. 4 CO). Il s'agit d'une compétence inaliénable. Techniquement, la libération ultérieure par des fonds propres librement disponibles s'effectue par une réduction du poste «capital social non libéré» et une réduction identique du poste «réserves générales librement disponibles» figurant au bilan. Enfin, comme la libération ultérieure par compensation et la libération ultérieure en espèces, la libération ultérieure par des fonds propres n'est soumise à aucun contrôle préventif de la part d'un officier public ou d'un préposé au registre du commerce.

3.3.4. Action en exécution

Lorsque la libération des apports n'a pas lieu, malgré son exigibilité, les gérants doivent⁸¹⁵ soit agir en exécution, soit engager une procédure de déchéance à l'encontre des associés en demeure^{816, 817}.

L'action en exécution existe tant pour les apports en espèces que pour les apports en nature⁸¹⁸. En pratique, les gérants vont choisir l'action en exécution lorsqu'ils pensent que les associés en demeure sont encore en mesure de libérer.

A défaut d'une réglementation spéciale, le délai de prescription de l'obligation d'apport est de 10 ans (art. 127 CO). Cette solution est admise par la doctrine⁸¹⁹, ainsi que par le Tribunal fédéral, qui ne s'est toutefois prononcé que sur la libération du capital-actions⁸²⁰. A l'égard de la société, le délai de prescription commence à courir dès l'exigibilité de la créance d'apport (art. 130 al. 1 CO). S'agissant de la libération complémentaire, le moment de l'exigibilité découle soit des statuts, soit d'une décision de l'assemblée générale ou d'un autre organe compétent en vertu des statuts. En revanche, la situation est moins claire en ce qui concerne l'apport dont la libération devait intervenir avant la constitution de la société. Le point de départ de la prescription se situe-t-il au moment de la constitution interne de la société ou au moment de l'inscription de la société au registre du commerce? Selon WIDMER, qui traite de la société anonyme, il s'agit du moment de l'inscription au registre du commerce, puisque la

⁸¹⁵ Si les gérants ne font rien, ils engagent, le cas échéant, leur responsabilité personnelle (art. 827 CO qui renvoie aux art. 752 ss [a]CO).

⁸¹⁶ AMSTUTZ, BaK, ad art. 799 CO, N 12; FANCONI, p. 36 et 37; GELZER, p. 29 ss; VON STEIGER, ZK, ad art. 800 CO, N 5 ss et FJS 801, p. 23 ss; WOHLMANN, SPR VIII/2, § 39 II 3 a (p. 391) et *GmbH-Recht*, § 15 II 3 a (p. 82).

⁸¹⁷ Voir 3.3.5. Procédure de déchéance, p. 190 ss.

⁸¹⁸ L'action en exécution n'est pas nécessaire en ce qui concerne la libération par compensation ni pour la libération par des fonds propres librement disponibles.

⁸¹⁹ Par exemple: SCHOOP, p. 164.

⁸²⁰ ATF 102 II 353, not. p. 361 (fr.).

véritable obligation de libérer n'existe qu'à partir de ce moment⁸²¹. Nous partageons cet avis. L'existence de l'obligation d'apport est toujours subordonnée à l'existence de la société⁸²². Logiquement, le point de départ du délai de prescription de l'obligation d'apport, à l'égard de la société, se situe par conséquent au moment de l'inscription de la société au registre du commerce. Autrement dit, la société pourra encore réclamer la libération de l'apport initial pendant un délai de 10 ans après l'inscription au registre du commerce.

Se pose de plus la question de savoir si le point de départ du délai de prescription vaut également (à l'égard des tiers) lorsque la société se trouve en faillite? Selon SPIRO, la prescription ne commence à courir à l'égard des créanciers sociaux qui font valoir la prétention en libération des actions de la société anonyme en application de l'article 260 aLP qu'au moment de l'ouverture de la faillite de la société⁸²³. SCHOOP a adopté ce point de vue pour la société à responsabilité limitée⁸²⁴. Le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé⁸²⁵.

Nous nous rallions à l'avis de SPIRO et de SCHOOP. Leur conception tient compte du fait que l'obligation d'effectuer un apport n'existe pas seulement à l'égard de la société et les autres associés, mais également à l'égard des créanciers sociaux⁸²⁶. Cette conception garantit au mieux la constitution effective de la fortune sociale. Au vu de ce qui précède, nous estimons que la prescription de l'obligation de libérer court, à l'égard des créanciers sociaux qui agissent au bénéfice d'une cession en application de l'article 260 LP, dès le moment de l'ouverture de la faillite⁸²⁷. Malgré les apparences, cette solution ne prive pas de son utilité le maintien du point de départ du délai de prescription pour la société elle-même. En effet, hors faillite, l'acquisition de la prescription empêche la société de faire valoir avec succès son droit à la libération contre le débiteur d'apport. Dans la mesure où les créanciers ne subissent aucun préjudice, cette solution est équitable.

La solution retenue soulève toutefois une question supplémentaire. En effet, si la prescription court dès l'ouverture de la faillite pour les créanciers qui agissent en vertu de l'article 260 LP, qu'en est-il de la possibilité d'agir de l'administration de la faillite? A notre avis, le point de départ de la prescription en ce qui concerne l'administration de la faillite doit également être fixé au moment de l'ou-

⁸²¹ WIDMER, CHRISTOPH K., p. 202 et 203. Selon cet auteur, l'obligation de libérer correspond à une simple «Vorleistungspflicht» avant l'inscription de la société anonyme au registre du commerce.

⁸²² Si la société n'est pas inscrite au registre du commerce après la fondation interne, les apports déjà effectués devront être restitués aux souscripteurs.

⁸²³ SPIRO, p. 59 et 268.

⁸²⁴ SCHOOP, p. 164.

⁸²⁵ Voir ATF 102 II 353, not. p. 361 (fr.) (cité à la note 820).

⁸²⁶ Voir les notes 527 et 528.

⁸²⁷ Les créanciers sociaux ne sont pas des créanciers personnels de l'obligation d'apport. Suite à la faillite de la société, ils ont toutefois le droit de se faire céder le droit d'action au sens de l'article 260 LP.

verture de la faillite. A défaut, chaque fois que la prescription pourrait être opposée à l'administration de la faillite, cette dernière pourrait - sur demande - céder son droit d'action afin d'éviter la prescription. Cela compliquerait inutilement la procédure. Nous pensons dès lors que l'ouverture de la faillite fait partir un nouveau délai de prescription, indépendamment de la personne (soit administration de la faillite soit les créanciers au sens de l'art. 260 LP) qui fait veoir l'obligation de libérer.

Il faut toutefois noter que le problème de la prescription est beaucoup moins important pour la société à responsabilité limitée que pour la société anonyme. Même si l'on fixait le point de départ de la prescription invariablement au moment de l'exigibilité de la créance en libération et que la prescription était acquise au moment de l'ouverture de la faillite, les créanciers sociaux n'en seraient pas (nécessairement) pénalisés, puisque l'article 802 CO⁸²⁸ est pleinement applicable. La différence par rapport à la conception que nous retenons consiste uniquement en la répartition du risque de la non-libération du capital social. Selon notre conception, ce risque est - dans un premier temps - supporté par le débiteur de l'apport. Ce n'est que lorsque ce dernier ne s'exécute pas que ce risque se répartit sur l'ensemble des associés. En revanche, selon la conception que nous rejetons, le risque de la non-libération est immédiatement supporté par l'ensemble des associés.

3.3.5. Procédure de déchéance

3.3.5-1. Introduction

Plutôt que d'agir en exécution⁸²⁹ à l'encontre des associés en demeure, les gérants⁸³⁰ peuvent⁸³¹ choisir⁸³² d'engager une procédure de déchéance (*Kaduzierung*) (art. 799 al. 2/1 CO)⁸³³. L'aboutissement de la procédure de déchéance conduit à l'exclusion de l'associé en demeure. Selon la doctrine ré-

⁸²⁸ Responsabilité solidaire des associés pour les apports non-libérés.

⁸²⁹ Voir 3.3.4. Action en exécution, p. 188 ss.

⁸³⁰ La procédure de déchéance relève de la compétence des gérants (voir AMSTUTZ, BaK, ad art. 799 CO, N 14) sauf disposition statutaire ou décision sociale contraire (MAYER, p. 96).

⁸³¹ Le fait de ne pas engager une procédure de déchéance peut engager la responsabilité personnelle des gérants (art. 827 CO qui renvoie aux art. 752 ss [a]CO).

⁸³² La procédure de déchéance peut être choisie en lieu et place d'une procédure d'exécution. Elle peut également suivre une procédure d'exécution qui n'a pas abouti. En revanche, il n'est pas possible d'engager simultanément une procédure d'exécution et une procédure de déchéance (voir AMSTUTZ, BaK, ad art. 779 CO, N 12).

⁸³³ La procédure de déchéance entre également en ligne de compte lorsque la libération de l'agio est en cause. En revanche, elle n'entre en ligne de compte ni pour les intérêts moratoires, ni pour les peines conventionnelles, ni pour les dommages-intérêts (AMSTUTZ, BaK, ad art. 799 CO, N 2).

cente, la procédure de déchéance s'applique aux obligations d'apport en espèces et aux obligations d'apport en nature⁸³⁴.

La procédure de déchéance ne peut être introduite qu'après que la société a été inscrite au registre du commerce⁸³⁵.

3.3.5-2. Procédure

Les gérants doivent sommer l'associé en demeure, à deux reprises par lettre recommandée, de procéder à la libération conformément aux statuts ou à la décision de l'organe compétent. La deuxième sommation doit être assortie d'un délai de libération d'un mois au moins (art. 799 al. 2/1 CO)⁸³⁶. Quant au délai de libération dont doit être assortie la première sommation et quant au délai à respecter entre la première et la deuxième sommation, la loi est muette. Selon la doctrine, ces délais doivent être raisonnables, c'est-à-dire tenir compte de toutes les circonstances⁸³⁷. Selon les auteurs majoritaires les deux (ou au moins la deuxième) sommations doivent contenir une menace expresse d'exclusion⁸³⁸. D'autres estiment qu'aucune menace d'exclusion n'est nécessaire⁸³⁹. Nous pensons qu'une menace d'exclusion est nécessaire pour la deuxième sommation au moins. Ceci s'explique entre autres par la gravité des effets de la déchéance⁸⁴⁰.

⁸³⁴ AMSTUTZ, BaK, ad art. 799 CO, N 3; BÄR, *Haftung*, p. 68; HANDSCHIN, *GmbH*, § 7 N 8; VON STEIGER, ZK, ad art. 799/800 CO, N 1; WOHLMANN, *SPR VIII/2*, § 39 II 3 a (p. 391) et *GmbH-Recht*, § 15 II 3 a (p. 82). Contra encore: FANCONI, p. 51; GEISER, p. 11; GELZER, p. 30 ss; NEUENSCHWANDER, p. 29; SCHOCH, p. 51. Pour les particularités concernant les apports en nature, voir 3.3.5-5. Particularités de l'apport en nature, p. 202.

⁸³⁵ AMSTUTZ, BaK, ad art. 799 CO, N 2; HACHENBURG, *Rechtsprechung*, RDS 1936 (55), p. 329 ss, not. p. 362. Du même avis pour la société anonyme (ancien droit), voir par exemple: BÜRGI, ZK, ad art. 681/682 CO, N 17; HÖCHLI, p. 41; WETTSTEIN, p. 58 et 59; La procédure de déchéance est par conséquent également applicable - après l'inscription de la société au registre du commerce - lorsque l'inexécution ou la mauvaise exécution concerne un apport qui aurait dû être effectué avant la fondation interne de la société.

⁸³⁶ Par exemple: GUHL/COMMENT, p. 28; HACHENBURG, *Rechtsprechung*, RDS 1936 (55), p. 329 ss, not. p. 362; MAYER, p. 97.

⁸³⁷ AMSTUTZ, BaK, ad art. 799 CO, N 13; GUHL/COMMENT, p. 28; HACHENBURG, *Rechtsprechung*, RDS 1936 (55), p. 329 ss, not. p. 362 ainsi que VON STEIGER, ZK, ad art. 800 CO, N 7.

⁸³⁸ AMSTUTZ, BaK, ad art. 799 CO, N 13; FANCONI, p. 37; GELZER, p. 39; GUHL/COMMENT, p. 28; JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 799 CO, N 6; SCHOCH, p. 41; VON STEIGER, ZK, ad art. 800 CO, N 7 et *FJS 801*, p. 24.

⁸³⁹ HACHENBURG (*Rechtsprechung*, RDS 1936 [55], p. 329 ss, not. p. 362) et MAYER (p. 97) selon lesquels une telle menace serait toutefois utile («praktisch»). Peu clair: WOHLMANN, *SPR VIII/2*, § 39 II 3 b (p. 391) et *GmbH-Recht*, § 15 II 3 b (p. 82).

⁸⁴⁰ Bien que la loi ne l'exige pas expressément, la doctrine majoritaire estime également nécessaire une menace de déchéance pour l'actionnaire en demeure de libérer (voir BÖCKLI, *Aktienrecht*, N 49a; KURER, BaK, ad art. 681 CO, N 12). Pour la société coopérative, l'exigence d'une menace expresse figure dans la loi (voir art. 867 al. 3 CO).

Si, suite à l'échéance du délai de libération fixé par la deuxième sommation, l'associé en demeure ne libère pas ou libère de manière imparfaite⁸⁴¹, l'assemblée des associés⁸⁴² peut⁸⁴³ prononcer son exclusion. L'échéance du délai fixé lors de la deuxième sommation ne porte pas automatiquement exclusion de l'associé en demeure. L'exclusion doit être prononcée expressément⁸⁴⁴. Il s'agit d'une manifestation de volonté soumise à réception⁸⁴⁵. Elle doit être formellement signifiée à l'associé qui, jusqu'à ce moment, peut se libérer valablement pour éviter les conséquences de la déchéance⁸⁴⁶.

3.3.5-3. Conséquences de la déchéance

3.3.5-3.1. Introduction

L'associé déchu perd sa qualité d'associé et, par conséquent, les droits et obligations y relatifs. La perte totale des obligations liées au sociétariat aurait toutefois des effets indésirables pour la constitution effective de la fortune sociale: les obligations d'apports de la totalité des associés ne correspondraient plus au capital social de la société⁸⁴⁷. Afin d'éviter ces effets, le législateur a prévu, d'une part, la responsabilité de l'associé exclu pour les versements dus et, d'autre part, la perte, par l'associé exclu, de l'apport qu'il a déjà effectué.

3.3.5-3.2. Responsabilité pour les versements dus

En vertu de l'article 799 al. 2/2 CO, «L'associé exclu continue à répondre des versements dus». Que faut-il comprendre par «continue à répondre» et par «versements dus»?

⁸⁴¹ Exemple: l'associé ne libère que partiellement.

⁸⁴² AMSTUTZ, BaK, ad art. 799 CO, N 16 ainsi que les auteurs cités. Une partie de la doctrine (ancienne) attribue cette compétence aux gérants: BROSSET/SCHMIDT, p. 92; CARRY, *FJS* 799 - 804, p. 19; FANCONI, p. 37; GELZER, p. 42; GUHL/COMMENT, p. 28; HACHENBURG, *Rechtsprechung*, RDS 1936 (55), p. 329 ss, not. p. 363; MAYER, p. 96; MÜLLER, ERICH; *Gläubigerschutz*, p. 32 et 33; NEUENSCHWANDER, p. 26; SCHOCH, p. 41.

⁸⁴³ Une fois la procédure entamée, l'exclusion de l'associé en demeure ne doit pas nécessairement être prononcée (par exemple: AMSTUTZ, BaK, ad art. 799 CO, N 15; JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 799 CO, N 7; VON STEIGER, ZK, ad art. 800 CO, N 8).

⁸⁴⁴ JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 799 CO, N 7; MAYER, p. 98.

⁸⁴⁵ AMSTUTZ, BaK, ad art. 799 CO, N 16; MAYER, p. 98. Selon certains (GELZER, p. 42; SCHOCH, p. 41 [note de bas de page 29]), la décision d'exclusion n'est pas une manifestation de volonté soumise à réception, mais une constatation d'exclusion qui déploie ses effets dès qu'elle est prise (ou expédiée).

⁸⁴⁶ Ce point de vue a été adopté par le Tribunal fédéral concernant le droit de la société anonyme (ATF 113 II 275, not. p. 276 et 277 [fr.]).

⁸⁴⁷ Le capital social n'est pas réduit du fait de la déchéance (par exemple: GELZER, p. 47 et 48 ainsi que NEUENSCHWANDER, p. 26). La part sociale de l'associé déchu subsiste, elle est simplement sans titulaire (*Rechtsträger*). Voir également AMSTUTZ, BaK, ad art. 799 CO, N 18 ainsi que les auteurs cités.

En ce qui concerne le sens des termes «continue à répondre», la doctrine est unanime. Le législateur ne vise pas le maintien de la responsabilité de l'associé au sens de l'article 802 CO envers les créanciers de la société (responsabilité externe), mais le maintien de la «responsabilité» de l'associé envers la société («responsabilité interne») concernant la libération de sa part sociale⁸⁴⁸. Il ne s'agit donc pas d'une responsabilité au sens strict du terme, mais simplement de l'obligation de libérer vis-à-vis de la société⁸⁴⁹.

En revanche, la situation est moins claire en ce qui concerne l'étendue de l'obligation de libérer de l'associé exclu. Quelle signification faut-il donner aux termes «versements dus»? L'associé continue-t-il à ne répondre que des apports dont la libération a été demandée et qui ont conduit à son exclusion (première conception), ou continue-t-il à répondre de la totalité des apports qui devront encore être effectués sur sa part sociale afin de la libérer complètement (deuxième conception)? S'il n'y a aucune différence entre ces deux conceptions lorsque la libération initiale ou complémentaire demandée à l'associé exclu correspond à la totalité de la partie non libérée de sa part sociale, il en va autrement lorsque la libération initiale ou complémentaire demandée est inférieure à la partie non libérée de sa part sociale.

L'exemple suivant montre l'enjeu des conceptions possibles:

l'associé X a libéré sa part sociale à raison de 50 % lors de la fondation de la société. En cours de vie sociale, la société lui a demandé de libérer les 50 % restants. L'associé X ne s'est pas exécuté et la société l'a exclu. Peu importe la conception retenue, l'associé reste responsable de la libération des 50 % restants au sens de l'article 799 al. 2/2 CO. En revanche, si la société avait demandé à l'associé X de procéder à une libération complémentaire de seulement 20 % (et non pas 50 %), la solution serait différente. Selon la première conception, l'associé ne continuerait à répondre que de la libération des 20 % dont la libération lui a été demandée et dont l'inexécution a conduit à son exclusion. Selon la deuxième conception, l'associé continuerait à répondre de la libération des 50 % restants, à savoir de la totalité de la partie non-libérée de sa part sociale.

Si l'on se réfère au texte légal dans sa version française, nous constatons qu'il est question des «versements dus». Or, au moment de l'exclusion de l'associé, ne sont dus (exigibles) que les versements dont la société a demandé la libération. La première conception semble ainsi prévaloir⁸⁵⁰. En revanche, le texte légal utilise le terme «versements due» au pluriel. L'utilisation du pluriel laisser

⁸⁴⁸ Par exemple: AMSTUTZ, BaK, ad art. 799 CO, N 1; GELZER, p. 26 ss et 72 ss; HACHENBURG, *Rechtsprechung*, RDS 1936 (55), p. 329 ss, not. p. 369 et 370; KAUFMANN, p. 115.

⁸⁴⁹ HOCHLI, p. 82 (pour la société anonyme).

⁸⁵⁰ Il faut noter que le terme «dus» n'a pas nécessairement le sens «exigibles». Il peut aussi signifier simplement «devoir». Compris dans ce sens, il n'y a aucun indice en faveur de la première conception.

entendre que la continuation de l'obligation de libérer ne vaut pas uniquement pour l'unique versement dont l'exécution a été demandée, mais pour tous les versements encore à effectuer. De ce point de vue, la deuxième conception semble prévaloir.

Dans sa version allemande, le texte légal stipule: «Der Ausgeschlossen bleibt für den nicht einbezahlten Betrag haftbar» (art. 799 al. 2/2 CO). Comme le texte français, il ne permet pas de conclure avec certitude en faveur de l'une ou l'autre des conceptions susmentionnées. En utilisant le terme «Betrag» au singulier, le texte est plutôt en faveur de la deuxième conception. En revanche, l'équivalent du terme «dus»⁸⁵¹ fait défaut dans le texte allemand. L'exigibilité du versement ne semble pas être nécessaire, de sorte que la première conception est favorisée.

Enfin, le texte italien correspond essentiellement à la version allemande⁸⁵². Les explications au sujet de cette dernière valent donc aussi pour lui.

En raison d'un texte légal peu clair, nous devons procéder à une analyse succincte des différents projets concernant la société à responsabilité limitée, des rapports y relatifs, ainsi que des travaux préparatoires⁸⁵³. Les dispositions équivalentes des projets de 1919⁸⁵⁴, 1923⁸⁵⁵, ainsi que 1928⁸⁵⁶ semblent plutôt favoriser la conception selon laquelle l'associé exclu reste responsable de la totalité du montant nominal encore dû sur sa part sociale. En effet, le texte allemand de l'article 795 al. 2 du projet du Conseil fédéral de 1928 utilise les termes «nicht einbezahlten Beträge» au pluriel et le texte français parle des «versements non effectués» et non pas des «versements dus»⁸⁵⁷. Dans les Chambres, ces passages n'ont pas été modifiés sur le fond⁸⁵⁸. La différence

⁸⁵¹ Au sens «exigibles».

⁸⁵² «Il socio escluso continua a rispondere della somma non versata» (art. 799 al. 2/2 CO).

⁸⁵³ Interprétation historique.

⁸⁵⁴ Selon l'article 793w al. 2 in fine PROJET 1919 «..., le sociétaire en demeure sera exclu, sans que cela le libère de son obligation de verser ce qu'il doit». Le texte allemand stipule: «..., ohne dass die Ausgeschlossenen deshalb aufhören, für die nicht einbezahlten Beträge haftbar zu sein».

⁸⁵⁵ Selon l'article 812 al. 2 in fine PROJET 1923 «..., l'associé en demeure sera exclu de la société sans être libéré d'ailleurs des versements non effectués». Le texte allemand reste inchangé par rapport au PROJET 1919 (voir note 854).

⁸⁵⁶ Selon l'article 795 al. 2 in fine PROJET 1928 «..., l'associé en demeure est exclu de la société sans être toutefois libéré des versements non effectués». Le texte allemand reste inchangé par rapport aux projets de 1919 et 1923 (voir notes 854 et 855).

⁸⁵⁷ Les rapports de HUBER et de HOFFMANN ainsi que le message du Conseil fédéral de 1928 n'apportent aucune précision quant à l'utilisation des différents termes. Il en va de même des débats de la commission d'experts qui a étudié le PROJET 1923. Son rapporteur se réfère simplement au texte de la version allemande de l'article 812 al. 2 PROJET 1923 (voir PROCÈS-VERBAL, p. 516).

⁸⁵⁸ Suivant une décision de sa commission (procès-verbal de la commission du Conseil des Etats, III^e session du 15 au 18 avril 1929 à Vevey [7^e séance du 18 avril 1929], p. 54), le Conseil des Etats procède à une simple modification rédactionnelle: «Die Ausgeschlos-

entre l'article 795 al. 2 tel qu'il a dans un premier temps été adopté par les Chambres et la version définitive de l'article 799 al. 2/2 CO est l'oeuvre de la commission de rédaction, dont nous ignorons la motivation. Au vu de ce qui précède, il nous semble toutefois que la volonté effective du législateur était de maintenir l'obligation de libérer de l'associé exclu pour la totalité de l'apport manquant.

La méthode d'interprétation téléologique nous fait également pencher en faveur de la deuxième conception. En effet, la constitution effective de la fortune sociale est l'un des buts principaux du législateur. Or, le maintien de l'obligation de libérer la totalité de l'apport manquant favorise mieux la réalisation de ce but que le maintien d'une obligation réduite portant sur la part de la libération effectivement demandée.

La doctrine majoritaire se prononce également en faveur de la deuxième conception⁸⁵⁹.

En revanche, encore récemment, AMSTUTZ s'est prononcé en faveur de la première conception: selon lui, l'associé exclu ne continue à répondre envers la société que de la libération de la partie de l'apport dont la libération a été demandée⁸⁶⁰. Il fonde son avis d'une part sur la systématique des articles 799 ss CO⁸⁶¹. Selon lui, ces dispositions traitent exclusivement du montant dont la libération a été demandée⁸⁶². D'autre part, l'avis de la doctrine dominante n'est pas compatible avec le statut juridique de l'acquéreur de la part sociale de l'exclu. En effet, si l'associé exclu répondait toujours de la libération de l'apport manquant, l'acquéreur de la part sociale de l'associé exclu ne pourrait pas être tenu simultanément de la libération de la partie de l'apport, dont la libération n'a pas encore été demandée, ce qui affaiblirait le principe de la constitution effective du capital social⁸⁶³. Enfin, il estime que l'avis de la doctrine dominante ne trouve aucun fondement dans le texte légal⁸⁶⁴.

A notre avis, le raisonnement d'AMSTUTZ n'est pas pertinent.

senen bleiben für die nicht einbezahlten Beträge haftbar» et «L'associé exclu continue à répondre des versements non effectués» (BO CE du 25 septembre 1931 p. 633 et 634). Le Conseil national a suivi le Conseil des Etats (BO CN du 5 novembre 1934, p. 744).

⁸⁵⁹ CARRY, *FJS 799 - 804*, p. 19 ss; GELZER, p. 45 et 63; GUHL/COMMENT, p. 30; HACHENBURG, *Rechtsprechung*, RDS 1936 (55), p. 329 ss, not. p. 364; KAUFMANN, p. 119; MAYER, p. 98 et 99; MÜLLER, WALTER, p. 64 (selon cet auteur, qui se réfère au droit allemand en reprenant les arguments de HACHENBURG, il s'agit toutefois uniquement de la responsabilité externe au sens de l'art. 802 CO); NEUENSCHWANDER, p. 26; SCHWARZENBACH, p. 25; VON STEIGER, ZK, ad art. 799/800 CO, N 12 et *FJS 801*, p. 26 (implicitement); WOHLMANN, *SPR VIII/2*, § 39 II 3 b (p. 392) et *GmbH-Recht*, § 15 II 3 b (p. 82).

⁸⁶⁰ AMSTUTZ, BaK, ad art. 799 CO, N 21 et ad art. 801 CO, N 8.

⁸⁶¹ AMSTUTZ, BaK, ad art. 801 CO, N 8.

⁸⁶² AMSTUTZ, BaK, ad art. 799 CO, N 21.

⁸⁶³ AMSTUTZ, BaK, ad art. 801 CO, N 8.

⁸⁶⁴ AMSTUTZ, BaK, ad art. 801 CO, N 8 in fine.

Premièrement, même si l'article 799 al. 1 CO traite du «montant ... réclamé» à l'associé, le législateur est libre de viser autre chose dans le deuxième alinéa de la même disposition. A ce propos, il est intéressant de constater que dans les versions française et italienne, l'article 799 al. 1 CO utilise les termes «montant ... réclamé» et «versamento richiestogli». Ces termes se distinguent de ceux utilisés à l'article 799 al. 2 CO, à savoir «versements dus» et «somma non versata». Ainsi, un lien direct entre les alinéas 1 et 2 de l'article 799 CO ne s'impose pas nécessairement. La même remarque vaut pour les articles 800 et 801 CO.

Deuxièmement, le fait que l'associé exclu continue à répondre de la libération manquante n'exclut pas l'existence d'une obligation partiellement parallèle de l'acquéreur et portant sur la partie de l'apport dont la libération n'a pas encore été demandée à l'associé exclu. Le législateur est parfaitement libre de le prévoir. Contrairement à ce que pense AMSTUTZ, le principe de la constitution effective du capital social s'en trouve même renforcé: pour la partie de la part sociale dont la libération n'a pas encore été demandée, l'acquéreur et l'associé exclu répondent! Le but recherché par le législateur est parfaitement respecté.

Troisièmement, comme nous avons pu le voir auparavant, la deuxième conception trouve - pour le moins autant que la première - un fondement dans le texte légal.

Pour conclure cette analyse, nous abordons succinctement le traitement de cette problématique en droit de la société anonyme. En vertu de l'article 682 al. 3 CO, «L'actionnaire en demeure est tenu, envers la société, du montant qui n'est pas couvert par les prestations du nouvel actionnaire». Cette disposition a été reprise sans modification de l'ancien droit de la société anonyme⁶⁶⁵. Selon la doctrine, la responsabilité de l'actionnaire déchu correspond au montant dont la libération a été demandée, réduit du produit de réalisation⁶⁶⁶. C'est donc la première conception qui a été retenue. A notre avis, la solution du droit de la société anonyme ne saurait toutefois s'appliquer à la société à responsabilité limitée. En effet, l'article 682 al. 3 CO ne s'applique qu'aux conséquences d'une réalisation insuffisante (découvert) des actions de l'actionnaire déchu. Il constitue en quelque sorte le pendant de l'article 801 CO et n'instaure pas une responsabilité générale de l'associé exclu. Or, l'article 799 al. 2/2 CO traitant de la société à responsabilité limitée n'a de sens que s'il stipule le maintien total de l'obligation de libérer de l'associé exclu. Si le législateur n'avait pas visé le maintien de l'obligation de libérer pour la totalité de l'apport manquant, il aurait pu se contenter d'instaurer une responsabilité pour le seul découvert.

⁶⁶⁵ En allemand: «Der säumige Aktionär haftet der Gesellschaft für den Betrag, der durch die Leistungen des neuen Aktionärs nicht gedeckt ist». En italien: «L'azionista moroso risponde verso la società della perdita da essa subito nell'emissione delle azioni destinate a sostituire quelle annullate».

⁶⁶⁶ BÜRGI, ZK, ad art. 681/682 CO, N 60; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 44 N 44; HÖCHLI, p. 84.

Ainsi, en conclusion, nous estimons, tout comme la doctrine majoritaire, que la responsabilité de l'associé exclu porte sur la libération totale de la partie manquante de l'apport promis (deuxième conception). Cette interprétation trouve un fondement dans le texte légal et correspond à la volonté du législateur, qui veut garantir au mieux la constitution effective de la fortune sociale. A l'avenir, et en cas de maintien du système de la libération partielle du capital social, il serait toutefois souhaitable de le préciser à l'article 799 al. 2 CO.

3.3.5-3.3. Sort de l'apport effectué par l'associé exclu

La procédure de déchéance ne peut être engagée qu'après l'inscription de la société au registre du commerce⁸⁶⁷. L'inscription intervenant en principe après une libération minimum de 50 % de la part sociale de l'associé exclu (art. 774 al. 2/2 CO)⁸⁶⁸, se pose la question du sort de l'apport effectué par l'associé exclu⁸⁶⁹.

Les auteurs admettent unanimement que les apports effectués par l'associé exclu restent acquis à la société⁸⁷⁰, sauf si le produit de réalisation de sa part sociale est excédentaire (art. 800 al. 2 CO)⁸⁷¹. En d'autres termes, l'associé exclu ne pourra - sauf exception - pas réclamer la restitution de l'apport qu'il a effectué auparavant. Cette règle constitue le prolongement logique du maintien, pour l'associé exclu, de l'obligation de libérer. En effet, aussi longtemps que cette obligation subsiste, les versements déjà effectués ne sont pas dépourvus de cause et leur remboursement ne saurait entrer en ligne de compte⁸⁷².

3.3.5-4. Réalisation de la part sociale de l'associé exclu

3.3.5-4.1. Introduction

Le maintien de l'obligation de libérer pour la totalité de la partie manquante de l'apport et le maintien de l'apport effectué dans la fortune sociale ne garantissent pas encore l'exécution de l'intégralité de l'apport promis par l'associé exclu et, par conséquent, la constitution effective de la fortune sociale⁸⁷³. Afin de les

⁸⁶⁷ Voir les auteurs cités à la note 835.

⁸⁶⁸ Voir également 3.3.2-1. Introduction, p. 154.

⁸⁶⁹ Cette problématique fait défaut lorsque l'associé exclu n'a effectué aucun apport.

⁸⁷⁰ Par exemple: AMSTUTZ, BaK, ad art. 799 CO, N 17; GELZER, p. 44 et 45; VON STEIGER, ZK, ad art. 799 CO, N 12; WOHLMANN, SPR VIII/2, § 39 II 3 b (p. 391 et 392) et *GmbH-Recht*, § 15 II 3 b (p. 82).

⁸⁷¹ Concernant la procédure de réalisation, voir ci-dessous (3.3.5-4. Réalisation de la part sociale de l'associé exclu, p. 197 ss).

⁸⁷² Les articles 62 ss CO sont inapplicables.

⁸⁷³ Si la situation patrimoniale de l'associé exclu ne s'améliore pas, la société ne peut pas tirer profit du maintien de son obligation d'apport.

garantir, la loi prévoit une procédure de réalisation de la part sociale de l'associé exclu (art. 800 al. 1 CO). Cette procédure est complétée par une responsabilité de l'associé exclu et de ses prédécesseurs pour un découvert résultant de la procédure de réalisation (art. 801 CO).

Les articles 800 et 801 CO posent cependant un problème d'interprétation important. En effet, que faut-il comprendre par «excédent» et «découvert» par rapport à une procédure de réalisation?

Le produit de la réalisation est-il excédentaire au sens de l'article 800 al. 2 CO lorsque la somme de l'apport libéré par l'associé exclu et du produit de réalisation dépasse la totalité de l'apport à effectuer sur la part sociale, ou, en revanche, le produit de réalisation est-il excédentaire lorsqu'il dépasse l'apport dont la libération a été demandée à l'associé exclu?

Le découvert au sens de l'article 801 al. 1 CO consiste-t-il en la différence entre la totalité de l'apport promis par l'associé exclu et l'apport déjà effectué par l'associé exclu, augmenté du produit de la procédure de réalisation, ou, en revanche, le découvert consiste-t-il en la différence entre la partie de l'apport dont la libération a été demandée par la société, et le produit de la procédure de réalisation?

Selon certains, la première solution doit être retenue⁶⁷⁴. D'autres optent pour la seconde⁶⁷⁵.

3.3.5-4.2. *Réalisation excédentaire*

L'exemple suivant montre la différence entre les deux solutions susmentionnées concernant la réalisation excédentaire:

l'associé X a libéré sa part sociale à raison de 50 % lors de la fondation de la société. Par la suite, la société lui a demandé de libérer 20 % supplémentaires⁶⁷⁶. L'associé X ne s'est pas exécuté, et la société l'a exclu conformément à l'article 799 al. 2/1 CO, puis a procédé à la réalisation de sa part sociale (art. 800 al. 1 CO). Le produit de réalisation de la part de X a apporté à la société un montant qui correspond à une libération de 30 %.

Si l'on opte pour la première solution, la réalisation n'est pas excédentaire. Le montant nominal de la part sociale (100 %) n'est pas couvert par le versement

⁶⁷⁴ JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 801 CO, N 5; KAUFMANN, p. 153; WOHLMANN, SPR VIII/2, § 39 II 3 b (p. 392) et *GmbH-Recht*, § 15 II 3 b (p. 83).

⁶⁷⁵ AMSTUTZ, BaK, ad art. 801 CO, N 8; GELZER, p. 62.

⁶⁷⁶ Lorsque la libération supplémentaire demandée à l'associé exclu correspond à la libération intégrale de sa part sociale, il n'y a aucune différence entre les deux solutions.

de l'associé exclu (50 %) et le produit de réalisation (30 %). L'associé ne peut pas prétendre à une restitution en application de l'article 800 al. 2 CO.

En revanche, selon la seconde solution, la réalisation est excédentaire de 10 %. Ce pourcentage correspond à la différence entre le montant dont la libération complémentaire a été demandée à l'associé exclu (20 %) et le résultat de la procédure de réalisation (30 %). En vertu de l'article 800 al. 2 CO, 10 % devraient par conséquent revenir à l'associé exclu.

Quelle solution doit être retenue?

Dans un premier temps, il faut se référer au texte légal. Selon la version française de l'article 800 al. 2 CO, l'excédent est le montant «supérieur au versement dû». Nous constatons que, d'une part, le terme «versement dû» est utilisé au singulier et que, d'autre part, le législateur se réfère au versement dû. Par conséquent, en partant du texte français, il semble y avoir excédent dès que le résultat de la réalisation dépasse la libération demandée à l'associé exclu. Ceci semble également ressortir des textes italien⁸⁷⁷ et allemand⁸⁷⁸. La situation n'est toutefois pas très claire.

Malheureusement, les versions successives des projets n'apportent aucune précision quant à la manière dont le terme «excédent» doit être compris⁸⁷⁹. Les rapports de HUBER et HOFFMANN, le procès-verbal de la commission d'experts⁸⁸⁰ ainsi que le MESSAGE 1928 du Conseil fédéral⁸⁸¹ ne sont d'aucune aide. Les discussions dans les commissions des Chambres, ainsi que les débats des Chambres⁸⁸² n'ont pas non plus porté sur cette question.

En revanche, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur l'application de l'article 800 al. 2 CO⁸⁸³: «Aus Art. 822 Abs. 4 in Verbindung mit Art. 800 OR ergibt sich, dass der Anteil des Ausgeschlossenen nach den Vorschriften über den Verzug bei der Einzahlungspflicht öffentlich versteigert oder mit Zustimmung aller Gesellschafter, auch des Ausgeschlossenen, auf andere Weise verwertet werden kann, wobei der Überschuss über den allenfalls noch nicht einbezahlten Betrag des Nennwertes des Anteils dem Ausgeschlossenen zukommt». Ainsi, sans procéder à une analyse détaillée de l'article 800 CO, le Tribunal fédéral juge qu'un excédent n'existe que dans la mesure où le versement de l'associé exclu, augmenté du produit de réalisation, dépasse le mon-

⁸⁷⁷ «Qualora il ricavo della realizzazione superi l'ammontare del versamento che dovevasi eseguire, l'eccedenza spetta al socio escluso» (art. 800 al. 2 CO).

⁸⁷⁸ «Bleibt nach Deckung der fehlenden Einzahlung ein Überschuss, so fällt er dem Ausgeschlossenen zu» (art. 800 al. 2 CO).

⁸⁷⁹ Voir article 793x al. 2 (PROJET 1919); article 813 al. 2 (PROJET 1923) et article 796 al. 2 (PROJET 1928).

⁸⁸⁰ PROCÈS-VERBAL, p. 515 ss.

⁸⁸¹ FF 1928 I p. 311.

⁸⁸² cO CE du 25 septembre 1931, p. 636; BO CE du 5 novembre 1934, p. 744.

⁸⁸³ ATF 89 II 133 ss, not. p. 135 et 136.

tant nominal de la part sociale de l'associé exclu. Ce point de vue est partagé par la doctrine majoritaire⁸⁸⁴ et s'insère logiquement dans l'interprétation qu'elle a faite de l'article 799 al. 2/2 CO⁸⁸⁵. En effet, si l'associé exclu reste responsable du versement de la totalité de sa part sociale, il est logique qu'un excédent, au sens de l'article 800 al. 2 CO, ne puisse exister et donner lieu à restitution que lorsque la totalité des versements effectués dépasse le montant nominal de sa part sociale. Il faut toutefois préciser, qu'à notre avis, ce n'est pas le montant nominal de la part sociale de l'associé exclu qui sert de référence, mais le prix d'émission. En d'autres termes, il faut également tenir compte d'un éventuel agio pour déterminer s'il y a un excédent lors la procédure de réalisation⁸⁸⁶.

En revanche, AMSTUTZ⁸⁸⁷ estime qu'il y a un excédent au sens de l'article 800 al. 2 CO dès que le produit de la réalisation dépasse la libération demandée⁸⁸⁸. Cette interprétation est conforme à celle qu'il a faite de l'article 799 al. 2/2 CO⁸⁸⁹. En partant de l'idée que la «responsabilité» de l'associé exclu ne subsiste que pour la partie de l'apport pour laquelle la libération a été demandée à l'associé exclu, il y a excédent dès que le produit de réalisation dépasse la libération demandée à l'associé exclu.

A notre avis, il y a lieu de donner la préférence à l'interprétation du Tribunal fédéral et de la doctrine majoritaire. Elle assure mieux la constitution effective de la fortune sociale. Ainsi, aussi longtemps que les apports effectués sur la part sociale de l'associé exclu ne couvrent pas le montant nominal (et un éventuel agio) de cette part, aucune restitution ne pourra être effectuée en faveur de l'associé exclu.

3.3.5-4.3. Découvert

A l'aide de l'exemple suivant, nous montrons la différence entre les deux interprétations⁸⁹⁰, en ce qui concerne la réalisation déficitaire (découvert) de la part sociale de l'associé exclu:

X a libéré sa part sociale en raison de 50 % lors de la fondation de la société. Par la suite, la société lui a demandé de libérer 20 % supplémentaires. X ne

⁸⁸⁴ JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 800 CO, N 7; GOELDIN DE TIEFENAU, p. 78 (PROJET 1928); KAUFMANN, p. 153 (implicitement); WOHLMANN, SPR VIII/2, § 39 II 3 b (p. 392) et *GmbH-Recht*, § 15 II 3 b (p. 83) (implicitement). Probablement dans le même sens: FANCONI, p. 39 et 40; GELZER, p. 60; NEUENSCHWANDER, p. 27; SCHOCH, p. 43.

⁸⁸⁵ Voir les auteurs cités à la note 859.

⁸⁸⁶ Le Tribunal fédéral et la doctrine ne se prononcent pas expressément sur ce point.

⁸⁸⁷ AMSTUTZ, BaK, ad art. 800 CO, N 4.

⁸⁸⁸ Ce point de vue est peut-être aussi partagé par VON STEIGER (voir ZK, ad art. 800 CO, N 12 et *FJS 801*, p. 25).

⁸⁸⁹ Voir 3.3.5-3.2. Responsabilité pour les versements dus, p. 192 ss, not. p. 195.

⁸⁹⁰ Voir 3.3.5-4.1. Introduction, p. 197 ss.

s'est pas exécuté et la société l'a exclu conformément à l'article 799 al. 2/1 CO. Le produit de réalisation de sa part sociale a apporté à la société un montant correspondant à une libération de 10 %.

Selon la première solution, le découvert est de 40 %. Ce pourcentage correspond à la totalité de l'apport promis par l'associé exclu (100 %) diminué du montant libéré antérieurement (50 %) et du montant provenant de la réalisation de sa part sociale (10 %).

Selon la deuxième solution, le découvert est de 10 %. Ce pourcentage correspond à la partie dont la libération a été demandée sans succès à l'associé exclu (20 %), diminué du résultat de la réalisation de sa part sociale (10 %).

La version française de l'article 801 al. 1 CO ne donne malheureusement aucune indication quant à la manière dont le terme «découvert» doit être compris. Il en va de même des versions allemande et italienne. Le texte des différents projets⁸⁹¹, les rapports explicatifs y relatifs⁸⁹², les discussions de la commission d'experts⁸⁹³, des commissions des Chambres fédérales, ainsi que les débats aux Chambres⁸⁹⁴ n'apportent aucun éclaircissement. De plus, le Tribunal fédéral ne s'est jamais directement exprimé sur cette question et la doctrine est divisée. Selon certains, le découvert correspond au montant nominal de la part sociale de l'associé exclu, diminué des versements antérieurs et du produit de réalisation⁸⁹⁵. Selon d'autres, le découvert correspond à la différence entre la libération demandée à l'associé exclu et le produit de réalisation de sa part sociale⁸⁹⁶.

A notre avis, l'article 801 al. 1 CO doit être compris en ce sens qu'il y a découvert aussi longtemps que la part sociale de l'associé exclu n'a pas été entièrement libérée⁸⁹⁷. Cette interprétation correspond mieux au but poursuivi par le législateur, à savoir assurer la constitution effective de la fortune sociale. De

⁸⁹¹ Article 814 al. 1 (PROJET 1923); article 797 al. 1 (PROJET 1928). Le PROJET 1919 n'avait pas de disposition correspondante.

⁸⁹² RAPPORT HOFFMANN, p. 98 et MESSAGE 1928 (FF 1928 I p. 311).

⁸⁹³ PROCÈS-VERBAL, p. 515 ss et 927.

⁸⁹⁴ BO CE du 25 septembre 1931, p. 636; BO CN du 5 novembre 1934, p. 744.

⁸⁹⁵ JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 801 CO, N 5; FANCONI, p. 40 ss (peu clair); GOELDIN DE TIEFENAU, p. 78 (PROJET 1928); KAUFMANN, p. 153; WOHLMANN, SPR VIII/2, § 39 II 3 b (p. 392) et *GmbH-Recht*, § 15 II 3 b (p. 83). Cela paraît également être l'avis de CARRY, *FJS 799 - 804*, p. 20 et de PATRY, *Précis*, p. 321.

⁸⁹⁶ AMSTUTZ, BaK, ad art. 801 CO, N 8; GELZER, p. 62 ss; GUHL, *Recht*, p. 32. Selon d'autres auteurs encore, il faut distinguer entre l'associé exclu et ses prédécesseurs: l'associé exclu répond de la différence entre le montant nominal de la part sociale de l'associé exclu, diminuée des versements antérieurs et du produit de réalisation, alors que les prédécesseurs de l'associé exclu ne répondent que de la différence entre la libération demandée à l'associé exclu et le produit de réalisation de sa part sociale [HACHENBURG, *Rechtsprechung*, RDS 1936 (55), p. 329 ss, not. p. 366; MÜLLER, WALTER, p. 68; VON STEIGER, ZK, ad art. 801 CO, N 12].

⁸⁹⁷ Y compris un éventuel agio.

plus, elle est parfaitement compatible avec celle que nous avons retenue (avec la doctrine majoritaire et le Tribunal fédéral) pour le terme «excédent» au sens de l'article 800 al. 2 CO⁸⁹⁸.

L'associé exclu et ses prédécesseurs répondent par conséquent de la libération de la totalité du prix d'émission (montant nominal et agio) de la part sociale. En ce qui concerne la libération de la partie de l'apport pour laquelle la libération n'a pas encore été demandée à l'associé exclu, la responsabilité de l'associé exclu et de ses prédécesseurs est toutefois subsidiaire par rapport à l'obligation de libérer de l'acquéreur de la part sociale. Avant de pouvoir s'en prendre à l'associé exclu puis à ses prédécesseurs pour cette partie de l'apport, la société doit tout d'abord exclure le nouvel associé par une procédure de déchéance.

L'exemple suivant montre le système légal actuellement en vigueur:

X a libéré sa part sociale à raison de 50 % lors de la fondation de la société⁸⁹⁹. La société demande une libération complémentaire de 30 %. X ne libère pas, et après une procédure de déchéance, il est exclu de la société. La réalisation de sa part sociale apporte 10 % à la société. Le découvert est par conséquent de 40 % (100 % - 50 % - 10 %). X, ainsi que ses prédécesseurs, répondent envers la société de ce découvert. En revanche, envers la société, l'acquéreur de la part sociale de X répond uniquement de la libération des 20 % dont la libération n'a pas été demandée à l'associé exclu. Par la suite, la société demande au nouvel associé de procéder à une libération complémentaire de 10 %. Il ne se libère pas, et la société engage une procédure de déchéance, suite à laquelle elle procède à son exclusion. La réalisation de sa part apporte 5 % à la société. Le découvert est de 15 % (20 % - 5 %) et le nouvel associé exclu continue à en répondre. De même, le premier associé exclu, ainsi que ses prédécesseurs continuent à répondre envers la société. Leur responsabilité ne porte toutefois plus que sur une libération de 35 % (40 % moins 5 % versé lors de la réalisation de la part du nouvel associé exclu).

3.3.5-5. Particularités de l'apport en nature

Selon la doctrine majoritaire, la procédure de déchéance s'applique aussi aux apports en nature⁹⁰⁰. En revanche, elle est exclue pour les cas de surévaluation dont la société avait connaissance⁹⁰¹. Nous ne pouvons partager ce point

⁸⁹⁸ Voir 3.3.5-4.2. Réalisation excédentaire, p. 198 ss. Si l'on interprétait différemment le terme «découvert», il y aurait un espace plus ou moins important qui se situerait entre l'apport effectué par l'associé exclu augmenté du produit de réalisation et le montant nominal de sa part sociale où il n'y aurait ni découvert ni excédent.

⁸⁹⁹ Aucun agio n'a été convenu.

⁹⁰⁰ Voir 3.3.5-1. Introduction, p. 190 ss ainsi que les auteurs cités à la note 834.

⁹⁰¹ AMSTUTZ, BaK, ad art. 799 CO, N 3 in fine (AMSTUTZ cite également FANCONI [p. 52], ce dernier s'oppose toutefois à l'application de la procédure de déchéance aux apports en na-

de vue. En effet, conformément à l'avis exprimé auparavant, nous pensons que la surévaluation d'un apport en nature a pour conséquence que la différence de valeur devra encore être libérée par un apport en espèces⁹⁰². La même chose vaut lorsque la libération de l'apport en nature est objectivement impossible puisque, à l'instar de la surévaluation, l'impossibilité objective n'a aucune influence sur l'obligation d'apport résultant de la souscription⁹⁰³.

La procédure de déchéance et de réalisation portant sur des apports en nature présente, de plus, les particularités suivantes:

premièrement, sauf assentiment de tous les associés⁹⁰⁴, la procédure de réalisation⁹⁰⁵ produit un montant en espèces (art. 800 al. 1 CO). Cet apport ne correspond pas à celui (en nature) promis par l'associé exclu. Ainsi, en passant par une réalisation de la part sociale, l'apport en nature dont l'exécution a été demandée à l'associé exclu est automatiquement remplacé par un apport en espèces. Le montant en espèces payé par l'acquéreur devra être imputé sur la valeur de l'apport en nature dont l'exécution a été demandée. Il s'agit d'une conséquence logique de l'application de l'article 800 al. 1 CO;

deuxièmement, nous avons vu que l'obligation de libérer de l'associé exclu est maintenue en vertu de l'article 799 al. 2/2 CO. Cela implique que l'associé exclu devrait toujours faire l'apport en nature initialement promis. Pour des raisons pratiques, cette solution ne peut toutefois pas être retenue. Comme HANDSCHIN, nous pensons que l'associé exclu peut éteindre son obligation d'apport envers la société au moyen d'un versement en espèces⁹⁰⁶.

3.3.6. *Appréciation*

Selon l'interprétation que nous en faisons, les dispositions légales réglant la libération des apports en espèces et en nature garantissent suffisamment le but poursuivi par le législateur, à savoir la constitution de la fortune sociale. De plus, au raison de la responsabilité des associés pour les dettes sociales au sens de l'article 802 CO, les éventuels défauts dont serait entachée la libération des parts sociales ne portent guère à conséquence pour les créanciers sociaux.

Toutefois, en cas de maintien de l'institution du capital social lors de la révision du droit de la société à responsabilité limitée, certaines précisions s'imposeront.

ture [p. 51] et ne se prononce pas sur cette problématique); BÄR, *Haftung*, p. 80; SCHOOP, p. 165.

⁹⁰² Voir 3.3.2-5.3.2. Cas particulier: surévaluation de l'apport en nature, p. 181 ss.

⁹⁰³ Voir note 776.

⁹⁰⁴ Y compris de l'associé exclu.

⁹⁰⁵ Reprise de la part sociale à sa valeur réelle par un autre associé ou vente aux enchères.

⁹⁰⁶ HANDSCHIN, *GmbH*, § 7 N 8.

Premièrement, il serait utile de mentionner dans la loi l'interdiction de procéder à une exécution partielle de l'apport en nature prévu statutairement et de stipuler qu'en cas de surévaluation d'un apport en nature, le débiteur de l'obligation d'apport reste tenu de libérer la différence de valeur.

Deuxièmement, la loi devrait expressément prévoir la possibilité de procéder à une libération par compensation et en fixer les modalités en s'inspirant de la réglementation applicable aux apports en nature.

Troisièmement, s'agissant de la libération ultérieure, la loi devrait expressément admettre la libération par des fonds propres librement disponibles. De plus, indépendamment du mode de libération, elle devrait fixer de manière claire la procédure applicable et prévoir un contrôle de la libération par l'officier public et par le préposé au registre du commerce.

Enfin, si nous ne voyons aucune raison de procéder à un changement de la structure de la procédure de déchéance de l'associé en demeure, ainsi que de la procédure de réalisation de sa part sociale⁹⁰⁷, la révision devrait impérativement mettre un terme aux problèmes d'interprétation que nous avons soulevés. Les modalités des procédures (notamment en ce qui concerne les délais à respecter et le contenu des sommations à l'associé en demeure) ainsi que la portée exacte de l'obligation d'apport de l'associé exclu, de ses prédécesseurs et de l'acquéreur de la part sociale, devraient figurer sans équivoque dans la loi.

⁹⁰⁷ Nous ne voyons notamment aucune nécessité de placer le recours contre le prédécesseur de l'associé exclu avant la procédure de réalisation de la part sociale (voir § 22 et § 23 GmbH-Gesetz [D]).

4. Conclusion

La constitution effective du capital social initial a deux composantes distinctes. Il s'agit, d'une part, de la fixation du capital social et, d'autre part, de la constitution de la fortune sociale correspondant au capital social.

Si la réglementation de la société à responsabilité limitée garantit de manière satisfaisante la constitution effective du capital social initial, la réglementation actuelle manque singulièrement de précision. La prévisibilité et la sécurité juridique ne sont pas garanties.

Premièrement, en ce qui concerne la fixation du capital social, il manque une disposition légale réglant expressément l'effet réparateur de l'inscription d'une société à responsabilité limitée au registre du commerce. L'inexistence de la société après son inscription doit être formellement exclue. Pour éviter tout problème d'interprétation par rapport à la portée de l'effet réparateur de l'inscription, la disposition à introduire devrait mentionner expressément l'absence d'exception en ce domaine. Pour une meilleure prévisibilité et un renforcement de la sécurité juridique, il serait également souhaitable de compléter soit le Code des obligations, soit l'Ordonnance sur le registre du commerce, par une disposition autorisant expressément le juge à dissoudre - après avertissement - une société à responsabilité limitée dont le capital social serait inférieur au minimum légal, exprimé dans une monnaie étrangère ou fixé de manière approximative ou variable.

Deuxièmement, en ce qui concerne la constitution de la fortune sociale correspondant au capital social, il est indispensable de préciser le contenu et les effets de la souscription. A ce titre, il serait souhaitable de mentionner expressément l'impossibilité pour un souscripteur d'invoquer un vice du consentement ou le caractère conditionnel de sa souscription, après l'inscription de la société au registre du commerce. Il serait également avantageux de prévoir des règles expresses concernant le dies a quo de la prescription de l'obligation d'apport résultant de la souscription des parts sociales.

Pour ce qui touche plus particulièrement à la libération des parts sociales souscrites, notamment aux apports en nature, le législateur devrait préciser qu'en cas de surévaluation, le débiteur de l'apport continue à devoir libérer la différence de valeur. Afin d'augmenter la sécurité juridique, il serait également souhaitable de faire figurer la possibilité d'une libération par compensation dans la loi et d'en réglementer les conditions et modalités en s'inspirant des règles applicables à la libération par apports en nature. Il en va de même en ce qui concerne la possibilité d'une libération ultérieure par des fonds librement disponibles.

Une réglementation plus précise des procédures de sommation et de déchéance est également souhaitable. La loi ne doit notamment laisser aucun

doute quant aux modalités (forme, contenu, délai, etc.) des sommations. De plus, les effets de la déchéance sur l'obligation d'apport de l'associé exclu, de ses prédécesseurs, et de l'associé qui acquiert la part sociale, devraient résulter de manière claire de la loi.

V. L'avant-projet de révision d'avril 1999

1. Introduction

En mars 1997, un premier projet de révision du droit de la société à responsabilité limitée ainsi qu'un rapport explicatif du 29 novembre 1996, élaborés sur mandat de l'Office fédéral de la justice, ont été publiés. Par décision du 28 avril 1999, le Conseil fédéral a ouvert la procédure de consultation portant sur un nouvel avant-projet de révision du droit de la société à responsabilité limitée (ci-après: AVANT-PROJET). L'AVANT-PROJET est accompagné d'un rapport d'experts (ci-après: RAPPORT D'EXPERTS)⁹⁰⁸.

Selon les trois auteurs de l'AVANT-PROJET⁹⁰⁹, le but de la révision consiste notamment à assurer la garantie de l'apport et du maintien du capital social, en supprimant toutefois la responsabilité solidaire des titulaires de parts sociales⁹¹⁰.

En ce qui concerne le capital social, les remarques préalables suivantes s'imposent:

premièrement, l'AVANT-PROJET maintient l'exigence d'un capital social composé de parts sociales (art. 772 al. 1 AP 1999);

deuxièmement, l'AVANT-PROJET fixe le capital social minimum à 40 000 francs (art. 773 AP 1999). Par rapport au droit actuel (art. 773 CO), il s'agit d'une augmentation de 20 000 francs;

troisièmement, l'AVANT-PROJET renonce à toute limite supérieure du capital social, qui est de 2 millions de francs selon le droit en vigueur (art. 773 CO);

quatrièmement, les parts sociales et par conséquent le capital social doivent être entièrement libérés selon l'AVANT-PROJET (art. 774 al. 4 AP 1999), alors que le droit actuel n'exige qu'une libération initiale minimale de 50 % des parts sociales (art. 774 al. 2/2 CO);

cinquièmement, l'AVANT-PROJET renforce les contrôles préventifs de la constitution effective du capital social. Ainsi, en ce qui concerne les apports en nature, l'AVANT-PROJET renvoie au droit de la société anonyme (art. 778 AP 1999). Il exige par conséquent l'établissement d'un contrat d'apport en nature en la forme écrite ou authentique, un rapport de fondation ainsi qu'une attestation de vérification (art. 634 ss CO). De même, en ce qui concerne les apports en espèces et la libération par compensation, l'AVANT-PROJET renvoie au droit de la

⁹⁰⁸ Pour plus de détails, voir 6.3.2. Révision du droit de la société à responsabilité limitée, p. 36 ss.

⁹⁰⁹ PETER BÖCKLI (professeur à l'Université de Bâle), PETER FORSTMOSER (professeur à l'Université de Zurich) et JEAN-MARC RAPP (professeur à l'Université de Lausanne).

⁹¹⁰ RAPPORT D'EXPERTS, ch. 14 (p. 13), ch. 225.3 et 225.4 (p. 17 ss). A ce sujet, voir également RAPPORT EXPLICATIF, p. 14, 93 ainsi que p. 174 et 175.

société anonyme (art. 779 al. 5 AP 1999). Le dépôt des apports en espèces devra donc se faire auprès d'un établissement soumis à la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (art. 633 al. 1 CO);

sixièmement, l'AVANT-PROJET renonce à une responsabilité (subsidaire, solidaire et portant sur tous les biens) des associés au sens des articles 772 al. 2/2 et 802 CO;

septièmement, l'AVANT-PROJET introduit la notion de «prêt d'un associé remplaçant du capital propre» («eigenkapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen»), permettant de qualifier - dans certaines circonstances - comme apport en capital propre, un prêt octroyé par un associé à la société à responsabilité limitée (art. 807c AP 1999).

Nous étudierons dans un premier temps l'utilité du capital social. Par la suite, il sera question des limites posées au montant du capital social. Enfin, nous vérifierons dans quelle mesure les dispositions de l'AVANT-PROJET réalisent et garantissent la constitution effective du capital social initial. Nous essayerons surtout de voir si et dans quelle mesure les lacunes constatées dans le droit actuel seront comblées par les nouvelles dispositions.

Dans la mesure où la réglementation relative au capital social proposée par les auteurs de l'AVANT-PROJET est essentiellement la même que celle retenue par le PROJET 1996, nous nous permettrons de nous référer non seulement au RAPPORT D'EXPERTS de 1999, mais également au RAPPORT EXPLICATIF de 1996.

2. L'exigence d'un capital social

2.1. Introduction

Selon l'article 772 al. 1 AP 1999 «La société à responsabilité limitée (Sàrl) est celle qui se forme sous une raison sociale dont le capital déterminé d'avance (capital social) se compose de parts (parts sociales), et à laquelle participent un ou plusieurs associés, titulaires d'une ou plusieurs parts sociales»⁹¹¹. En vertu de cette définition, le capital social constitue toujours un élément essentiel de la société à responsabilité limitée. Cela est confirmée par l'article 773 AP 1999, selon lequel le capital social ne peut être inférieur à 40 000 francs, ainsi que par l'article 776 ch. 3 AP 1999 pour qui le montant du capital social fait partie des clauses statutaires nécessaires. Ainsi, l'AVANT-PROJET maintient l'exigence d'un capital social.

2.2. La définition du capital social

A l'instar de ce qui vaut pour le droit en vigueur, l'AVANT-PROJET ne définit pas le capital social. Nous pouvons toutefois reprendre en grande partie la définition que nous avons dégagée auparavant⁹¹².

Selon l'AVANT-PROJET, le capital social est un nombre d'unités monétaires légales suisses (francs suisses)⁹¹³, qui figure au passif du bilan⁹¹⁴, déterminé par les fondateurs au moment de l'établissement de l'acte constitutif⁹¹⁵, divisé entiè-

⁹¹¹ En allemand: «Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) ist eine Gesellschaft mit eigener Firma, deren zum voraus bestimmtes Kapital (Stammkapital) in Teilschritten (Stammanteile) zerlegt ist und an der ein oder mehrere Gesellschafter mit einem oder mehreren Stammanteilen beteiligt sind» (art. 772 al. 1 AP 1999).

En italien: «La società a garanzia limitata (Sagl) è quella che si forma sotto una ditta propria, il cui capitale (capitale sociale), anticipatamente determinato, si divide in parti (quote sociali) e alla quale partecipano uno o più soci titolari di una o più quote sociali» (art. 772 al. 1 AP 1999).

⁹¹² Voir p. 88.

⁹¹³ Selon l'article 773 AP 1999, le capital social ne peut être inférieur à 40 000 francs.

⁹¹⁴ Selon l'article 805 AP 1999, les dispositions du droit des sociétés anonymes sont applicables en matière d'établissement des comptes. Selon l'article 663a al. 3 CO, le capital-actions fait partie des fonds propres et figure par conséquent au passif du bilan. Cette règle s'applique par analogie également au capital social de la société à responsabilité limitée. Il faut en outre relever que l'article 16 al. 3 ch. 17 de l'avant-projet pour une loi fédérale sur l'établissement et le contrôle des comptes annuels (LECCA) du 29 juin 1998 prévoit expressément l'inscription du capital social au passif du bilan.

⁹¹⁵ Les statuts de la société à responsabilité limitée, et par conséquent le capital social initial (art. 776 ch. 3 AP 1999), doivent être arrêtés par les fondateurs lors de l'établissement de l'acte constitutif (art. 779 al. 1 AP 1999).

rement⁹¹⁶ en parts sociales⁹¹⁷ au sens étroit, et ne pouvant être augmenté ou réduit en cours de vie sociale qu'en respectant des règles particulières⁹¹⁸. Il désigne la fortune sociale nette minimum dont la société doit être dotée par les associés⁹¹⁹ et qu'elle doit s'efforcer de maintenir pendant la vie sociale⁹²⁰.

Par rapport au droit en vigueur (art. 772 al. 2/2 et 802 CO), le capital social ne constitue plus la limite supérieure de la responsabilité (subsidaire, solidaire et portant sur tous les biens) des associés pour les obligations de la société. En vertu de l'article 772 al. 2 AP 1999, les associés ne répondent pas personnellement des dettes sociales. Cette disposition est « reprise » par l'article 802 AP 1999, selon lequel « La fortune sociale répond seule des engagements de la société ». Selon les auteurs de l'AVANT-PROJET, la responsabilité personnelle des associés n'est pas en mesure de garantir efficacement la constitution effective (et le maintien) du capital social. Elle réduit en même temps l'attrait de la société à responsabilité limitée, notamment pour les associés qui ont une part sociale dont la valeur nominale est petite par rapport au capital social⁹²¹. En ce qui concerne la garantie de la constitution effective du capital social, l'AVANT-PROJET entend remplacer la responsabilité personnelle des associés par une meilleure garantie des apports en capital et - indirectement - par la postposition du prêt de l'associé à la société destiné à remplacer le capital propre⁹²².

Si l'on compare la définition du capital social selon l'AVANT-PROJET et les notions qui lui sont proches, trois remarques s'imposent.

Premièrement, contrairement à ce qui est actuellement admis par la doctrine majoritaire⁹²³, l'AVANT-PROJET n'autorise pas la société à responsabilité limitée à recourir à un capital-participation⁹²⁴. Les auteurs de l'AVANT-PROJET estiment que le caractère fortement personnel de la société à responsabilité limitée est

⁹¹⁶ Ceci découle de l'article 772 al. 1 AP 1999. Le texte allemand est toutefois plus précis à ce sujet: « Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) ist eine Gesellschaft mit eigener Firma, deren zum voraus bestimmtes Kapital (Stammkapital) in Teileummen (Stammanteile) zerlegt ist und an der ein oder mehrere Gesellschafter mit einem oder mehreren Stammanteilen beteiligt sind ». Contrairement au droit en vigueur, le terme « Stammeinlage » n'est plus employé, puisqu'il utilise à tort la notion de « Einlage » (voir RAPPORT D'EXPERTS, ch. 226.1 [p. 22] et RAPPORT EXPLICATIF, p. 111).

⁹¹⁷ L'AVANT-PROJET permet que la part sociale soit incorporée dans un papier-valeur, pour autant qu'il s'agisse d'un papier-valeur nominatif (art. 789 al. 2 AP 1999). Selon la doctrine dominante cela n'est pas le cas actuellement (voir la note 331).

⁹¹⁸ L'augmentation et la réduction du capital social doivent se faire selon des règles déterminées (voir art. 786 à 788 AP 1999).

⁹¹⁹ Cela découle notamment des articles 774 al. 3 et 779 AP 1999.

⁹²⁰ Cela découle notamment des articles 798 al. 2, 804 à 806 et 817 AP 1999.

⁹²¹ RAPPORT D'EXPERTS, ch. 225.4 (p. 18), ch. 231 (p. 26); RAPPORT EXPLICATIF, p. 104 ss, 123 et 174 ss.

⁹²² RAPPORT D'EXPERTS, ch. 225.4 (p. 19); RAPPORT EXPLICATIF, p. 106.

⁹²³ Voir 3.2.2-2. Le capital-participation, p. 64 ss.

⁹²⁴ RAPPORT D'EXPERTS, ch. 226.9 (p. 26); RAPPORT EXPLICATIF, p. 123.

incompatible avec la possibilité de se financer sur le marché des capitaux ou par l'émission de titres fongibles.

Deuxièmement, contrairement au droit en vigueur (art. 803 al. 1/2 CO), l'AVANT-PROJET permet le recours à des versements supplémentaires non seulement en cas de perte en capital (art. 803 al. 1 ch. 1 AP 1999⁹²⁵), mais aussi si un autre cas de besoin en capital propre, prévu par les statuts, est réalisé (art. 803 al. 1 ch. 2 AP 1999). Les versements supplémentaires peuvent ainsi devenir de véritables moyens de financement des activités de la société et se rapprochent de ce point de vue du capital social. En vertu de l'article 803 al. 3/2 AP 1999, les versements supplémentaires prévus statutairement ne sauraient toutefois dépasser le double de la valeur nominale de chaque part sociale.

Troisièmement, la suppression, par l'AVANT-PROJET, de la responsabilité personnelle des associés au sens des articles 772 al. 2/2 et 802 CO, élimine une des deux différences fondamentales entre le capital social et le capital-actions⁹²⁶. De ce fait, il y a un rapprochement important entre le droit de la société anonyme et le droit de la société à responsabilité limitée.

2.3. Terminologie

La version française de l'AVANT-PROJET manque de précision quant à sa terminologie. Elle n'emploie, par exemple, pas exclusivement l'expression «capital social» pour désigner le capital social. Ainsi, l'article 774 al. 4 AP 1999 utilise l'expression «augmentation de capital», alors qu'il serait plus précis de parler d'«augmentation du capital social». De même, les articles 788 al. 2 et 803 al. 6/2 AP 1999 parlent de réduction de capital, alors qu'ils visent plus précisément la réduction du capital social⁹²⁷.

Nous avons également constaté quelques imprécisions en ce qui concerne les renvois au droit de la société anonyme. En effet, l'article 786 al. 2 AP 1999 parle de l'augmentation du «capital social» de la société anonyme, alors que les dispositions légales sur la société anonyme n'emploient plus ce terme de-

⁹²⁵ Contrairement au droit en vigueur (voir à ce sujet la note 266), l'AVANT-PROJET mentionne expressément qu'il faut tenir compte des réserves légales pour déterminer s'il y a une perte en capital.

⁹²⁶ Voir 3.7.4. Différences fondamentales par rapport au capital social de la société à responsabilité limitée, p. 82.

⁹²⁷ Des imprécisions semblables se retrouvent également dans la version allemande de l'AVANT-PROJET. Ainsi, aux articles 774 al. 4, 803 al. 6/2, 807 al. 2/2 et 810c al. 1 ch. 4 AP 1999, il est question de «Kapitalerhöhung» et de «Kapitalherabsetzung», alors qu'il faudrait utiliser les termes plus précis de «Stammkapitalerhöhung» et «Stammkapitalherabsetzung». De même, le texte italien utilise souvent le terme «capitale» plutôt que «capitale sociale» (art. 774 al. 4 [«...aumento del capitale...»], 803 al. 6/2 [«...riduzione di capitale...»], 807 al. 2/2 [«...riduzione del capitale...»], 810c al. 1 ch. 4 [«...aumento del capitale...»] AP 1999).

puis la révision de 1991⁹²⁸. Il aurait été plus précis d'utiliser l'expression «capital-actions» qui figure aux articles 650 ss CO. De même, l'article 788 al. 1 AP 1999 parle de la réduction de capital de la société anonyme, alors qu'il devrait utiliser l'expression «réduction du capital-actions» se trouvant aux articles 732 ss CO⁹²⁹.

Bien que les imprécisions susmentionnées ne soulèvent aucun problème d'interprétation, il serait toutefois souhaitable d'améliorer la rédaction sur ces points.

Quelques remarques s'imposent également par rapport à l'utilisation des termes «part sociale» et «apport». Nous avons constaté qu'en ce qui concerne le droit en vigueur, ces termes n'ont pas toujours été utilisés de manière correcte⁹³⁰. Ces imprécisions ont fort heureusement été éliminées. Ainsi, l'article 778 al. 1 AP 1999 renvoie au droit de la société anonyme, et l'article 789 al. 1 CO ne figure plus dans l'AVANT-PROJET. De même, en ce qui concerne la version allemande du projet, les imprécisions relatives à l'utilisation des termes «Stammeinlage», «Gesellschaftsanteil» et «Stammanteil» ont disparu⁹³¹. Alors que les termes «Stammeinlage» et «Gesellschaftsanteil» ne sont plus utilisés par le projet, le terme «Stammanteil» désigne désormais clairement une part sociale individuelle ayant la valeur nominale prévue dans les statuts⁹³².

2.4. La nécessité d'un capital social

2.4.1. Introduction

Avant l'introduction de la société à responsabilité limitée en droit suisse, les discussions ont souvent porté sur la nécessité d'un capital social minimum et maximum. En revanche, nous n'avons trouvé aucune trace de discussion scientifique portant sur la nécessité de recourir à l'institution d'un capital social. Il en va de même des publications relatives à la société à responsabilité limitée

⁹²⁸ MESSAGE 1983 (ch. 201.1, tiré à part, p. 43 et 44 ainsi que ch. 311, tiré à part, p. 118). Voir également 3.7.2. Précisions terminologiques, p. 79 ss.

⁹²⁹ La version allemande de l'article 786 al. 2 AP 1999 manque également de précision. Elle renvoie à la «ordentliche Kapitalerhöhung», alors qu'elle devrait renvoyer à la «ordentliche Aktienkapitalerhöhung». En revanche, contrairement à la version française, la terminologie allemande de l'article 788 al. 1 AP 1999 est correcte. Il y est question de «Herabsetzung des Aktienkapitals».

S'agissant de la version italienne, l'article 786 al. 2 AP 1999 utilise les termes «aumento ordinario del capitale», alors qu'il aurait été plus précis d'utiliser les termes «aumento ordinario del capitale azionario». De même, l'article 788 al. 1 AP 1999 utilise de manière peu précise les termes «riduzione del capitale» plutôt que «riduzione del capitale azionario».

⁹³⁰ Voir 2.6. Divisé en parts sociales, p. 52 ss.

⁹³¹ Voir 2.6. Divisé en parts sociales, p. 52 ss.

⁹³² RAPPORT D'EXPERTS, ch. 226.1 (p. 22). Voir également RAPPORT EXPLICATIF, p. 111 et 112 ainsi que ERLÄUTERUNGEN, p. 82 et 83.

depuis 1936, du PROJET 1996 et de son RAPPORT EXPLICATIF, ainsi que de l'AVANT-PROJET et du RAPPORT D'EXPERTS⁹³³.

La même remarque vaut pour le capital-actions. A notre connaissance et à une exception près, la nécessité d'un capital-actions n'a jamais fait l'objet d'une étude en relation avec la révision du droit de la société anonyme. Seul le groupe d'étude mandaté par le Département fédéral de l'économie publique a fait savoir, dans son rapport intitulé «Kleinaktien und nennwertlose Aktien» de 1961, que le système du capital-actions ne devait pas être abandonné⁹³⁴. A l'appui de cette conclusion, deux raisons ont été invoquées.

Premièrement, le groupe d'étude a estimé que malgré une utilité limitée pour la protection des créanciers sociaux, le système du capital-actions n'était pas dommageable⁹³⁵.

Deuxièmement, le groupe d'étude a constaté que même en Angleterre, où le comité s'était prononcé en faveur de l'introduction d'actions sans valeur nominale, le maintien du capital social a été proposé⁹³⁶.

Vu l'importance de la décision du maintien d'un capital-actions, l'argumentation du groupe d'étude nous semble manquer de profondeur. En effet, l'absence d'un effet dommageable et un projet anglais portant sur l'introduction d'actions sans valeur nominale ne sauraient pas justifier le maintien d'une «institution» qui impose de nombreuses contraintes à la société et aux associés.

Enfin, nous relevons que l'absence d'une discussion scientifique quant à la nécessité d'un capital social pour la société à responsabilité limitée, n'est pas propre à notre pays. En effet, en Allemagne, les discussions entre 1969 et 1980 relatives à la révision du droit de la société à responsabilité limitée, n'ont, semble-t-il, pas non plus porté sur cette question fondamentale⁹³⁷.

⁹³³ Nous relevons toutefois la remarque critique de NOBEL, lors des Journées d'étude le 22 octobre 1997 à Lausanne et le 23 octobre 1997 à Zurich. Selon lui «...le capital social constitue, dans le meilleur des cas, une prescription technique pour des questions de dividendes» (NOBEL, *SA privée*, p. 215). Il n'en a toutefois pas requis la suppression.

⁹³⁴ Rapport «Kleinaktien und nennwertlose Aktien» de 1961 du groupe d'étude mandaté par le Département fédéral de l'économie publique.

⁹³⁵ «Die Sicherungswirkung des Grundkapitals zu Gunsten der Gläubiger ist bei finanziell konsolidierten Gesellschaften gering. ... Aber wenn auch die mit der Grundkapitalziffer begründete Bindung für solche Gesellschaften ohne praktische Bedeutung ist, so ist sie doch nie schädlich» (voir Rapport cité à la note 934, p. 17).

⁹³⁶ «Auch im Bericht des englischen staatlichen Ausschusses, der die Einführung der nennwertlosen Aktie empfiehlt, wird die Beibehaltung eines <stated capital account> vorgeschlagen» (voir Rapport cité, à la note 934, p. 17).

⁹³⁷ MOSTHAF, p. 58 ss.

2.4.2. Succédané envisageable

2.4.2-1. Introduction

Le maintien de l'institution du capital social ne se justifie que s'il n'est pas possible de trouver un succédané remplissant mieux les mêmes fonctions, en particulier celle de garantie pour les créanciers. Pour des raisons pratiques, un éventuel succédané ne devrait toutefois pas imposer des contraintes supplémentaires. Il devrait être compatible avec la législation européenne relative au droit des sociétés ou, à défaut d'une réglementation contraignante en la matière, être en harmonia avec les législations des pays faisant partie de l'Union européenne.

2.4.2-2. Les systèmes des *close corporations* et des *limited liability companies* aux Etats-Unis

2.4.2-2.1. Introduction

Tous les Etats membres des Etats-Unis connaissent deux formes de société destinées aux mêmes intéressés que la société à responsabilité limitée de l'AVANT-PROJET 1999. Il s'agit d'une part de la *close corporation* et, d'autre part de la *limited liability company*. Dans les deux formes de sociétés, seule la fortune sociale répond des dettes sociales, sauf exception.

Alors que la *close corporation* peut être qualifiée de société de capitaux avec des éléments personnalistes, la *limited liability company* peut être qualifiée de société de personnes avec des éléments capitalistes⁹³⁸. Bien que chaque Etat membre possède sa propre réglementation en matière de droit des sociétés⁹³⁹, les diverses réglementations étatiques sont relativement homogènes. Cette homogénéité est due, entre autres, au fait que des organismes privés ont élaboré des «lois», dont les législateurs se sont inspirés. S'agissant de la *close corporation*, l'American Bar Association et l'American Law Institute ont élaboré le Revised Model Business Corporation Act (1984) (ci-après: R.M.B.C.A.) complété par le Model Statutory Close Corporation Supplement. S'agissant de la *limited liability company*, il existe depuis peu un Uniform Limited Liability Company Act (1996) (ci-après: U.L.L.C.A.), élaboré par la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws.

⁹³⁸ Dans ce sens, BUNGERT, *Stellung*, ISIR 1993, p. 174 ss, not. p. 178.

⁹³⁹ MERKT, N 147 (p. 135 et 136).

2.4.2-2.2. Le R.M.B.C.A.

2.4.2-2.2.1. Introduction

Le R.M.B.C.A. a abandonné le concept de capital social⁹⁴⁰. Sur ce point, il s'applique également aux *close corporations*⁹⁴¹. Selon les auteurs du R.M.B.C.A. «...the statutory structure embodying <par value> and <stated capital> concepts is not only complex and confusing but also fails to serve the original purpose of protecting creditors and senior security holders from payments to junior security holders»⁹⁴². Un grand nombre d'Etats membres a abandonné le concept du capital social pour les (*close*) *corporations*⁹⁴³.

2.4.2-2.2.2. La constitution effective de la fortune sociale

Le R.M.B.C.A. ne prévoit pas de réglementation semblable à la nôtre pour assurer la constitution effective du capital social.

En ce qui concerne la constitution effective du capital social au sens formel du terme, l'absence d'une réglementation légale s'impose par la logique du système. Etant donné que l'on ne recourt pas à un capital social, des règles assurant sa constitution n'auraient pas de sens.

En ce qui concerne la constitution effective de la fortune sociale, le R.M.B.C.A. est basé - à l'instar du droit suisse de la société à responsabilité limitée - sur la souscription et la libération de parts sociales par les associés. En d'autres termes, les associés-fondateurs ont, du fait de leur souscription, une obligation d'apport, dont la société peut demander l'exécution⁹⁴⁴. En revanche, le R.M.B.C.A. n'exige pas que la totalité des apports effectués (ou promis) atteigne une valeur minimum⁹⁴⁵. Il ne connaît en outre aucune limitation quant au type d'apport admissible. Des apports en travail (fourni ou à fournir) sont

⁹⁴⁰ En ce qui concerne le R.M.B.C.A. en général, voir FLETCHER CYC CORP § 2.20. En ce qui concerne plus particulièrement l'absence du concept de capital social, voir § 6.21. R.M.B.C.A.; BAUER, p. 317 ss; FLETCHER CYC CORP § 5079; MERKT, N 371 ss (p. 242 ss).

⁹⁴¹ Voir § 2 (a) du Model Statutory Close Corporation Supplement.

⁹⁴² § 6.21 R.M.B.C.A. COMMENTAIRE OFFICIEL (p. 101 ss).

⁹⁴³ Par exemple la Californie (voir §§ 204, 409, 418 Cal.Corp.C.). Voir également O'NEAL & THOMPSON, O'NEALS'S CLOSE CORP, § 2.22 (chap. 2, p. 108).

⁹⁴⁴ FLETCHER CYC CORP §§ 1363 ss ainsi que §§ 1414 et 1415 concernant la définition de la souscription et la nature de l'obligation du souscripteur.

⁹⁴⁵ Certains Etats membres imposent toutefois des apports minimum (voir O'NEAL & THOMPSON, O'NEALS'S CLOSE CORP, § 2.22 [chap. 2, p. 109]).

expressément tolérés^{946, 947}. La valeur effective des apports n'est en principe soumise à aucun contrôle préventif. Il suffit que les administrateurs estiment que l'apport reçu ou à recevoir est adéquat^{948, 949}. Souvent un certain contrôle étatique préalable à l'émission des parts sociales s'effectue toutefois en vertu du Securities Act of 1933⁹⁵⁰ ou en vertu d'une réglementation semblable d'un Etat membre⁹⁵¹.

Puisque les parts sociales ne doivent pas avoir de valeur nominale, le principe de l'interdiction de l'émission au-dessous du pair est inconnu par le R.M.B.C.A.⁹⁵².

L'exécution des obligations d'apport par les associés n'est soumise à aucun contrôle préventif⁹⁵³. Dans l'esprit du R.M.B.C.A. la fixation du prix d'émission et l'exécution des obligations d'apport touchent essentiellement les associés. En cas d'inégalité de traitement, les administrateurs peuvent engager leur responsabilité personnelle envers les associés.

Le R.M.B.C.A. ne se prononce pas sur une éventuelle responsabilité des associés ou des administrateurs à l'égard des créanciers sociaux en cas de surévaluation d'apport. En principe, les réglementations étatiques admettent toutefois une responsabilité en cas de fraude⁹⁵⁴.

Enfin, étant donné l'absence d'un capital social, le R.M.B.C.A. ne pose aucune exigence par rapport à la fortune minimum dont doit être dotée la société au

⁹⁴⁶ § 6.21 (b) R.M.B.C.A.: «The board of directors may authorize shares to be issued for consideration consisting of any tangible or intangible property or benefit to the corporation, including cash, promissory notes, services performed, contracts for services to be performed, or other securities of the corporation». Voir R.M.B.C.A. COMMENTAIRE OFFICIEL, p. 102 ss; FLETCHER CYC CORP § 5185 ainsi que O'NEAL & THOMPSON, O'NEALS'S CLOSE CORP, § 2.23 (chap. 2, p. 111).

⁹⁴⁷ La législation californienne est plus restrictive en ce qui concerne les apports admissibles. Elle exclut notamment les apports en travail futur (voir § 409 [e] [f] Cal.Corp.C.).

⁹⁴⁸ § 6.21 (c) R.M.B.C.A.

⁹⁴⁹ La législation californienne stipule: «...In the absence of fraud in the transaction, the judgment of the directors as to the value of the consideration for shares shall be conclusive» (§ 409 [b] 2^e phrase Cal.Corp.C.) et «The board shall state by resolution its determination of the fair value to the corporation in monetary terms of any consideration other than money for which shares are issued...» (§ 409 [e] 1^{re} phrase Cal.Corp.C.).

⁹⁵⁰ Voir notamment Schedule A du Securities Act of 1933. Le Securities Act of 1933 s'applique à tous les «securities» indépendamment de la grandeur de la société (voir O'NEAL & THOMPSON, O'NEALS'S CLOSE CORP, § 1.22 [chap. 1, p. 132]).

⁹⁵¹ Pour la Californie, voir Corporate Securities Law of 1968 (§§ 25000 ss Cal.Corp.C.).

⁹⁵² En revanche, les Etats membres qui imposent une valeur nominale connaissent toujours - à l'instar du droit suisse - l'interdiction de l'émission au-dessous du pair (voir O'NEAL & THOMPSON, O'NEALS'S CLOSE CORP, § 2.23 [chap. 2, p. 111]).

⁹⁵³ Le R.M.B.C.A. ne prévoit ni le versement sur un compte bloqué de l'apport en espèces, ni l'établissement par écrit d'un contrat d'apport en nature, ni l'établissement d'un rapport de vérification, etc.

⁹⁵⁴ Voir note 949.

moment de sa constitution⁹⁵⁵. La liberté des fondateurs est toutefois (indirectement) limitée par au moins deux facteurs.

D'une part, lorsque la société se trouve en faillite, la juge peut lever le voile corporatif (*piercing of the corporate veil*)⁹⁵⁶ lorsqu'il estime que les associés n'ont pas doté la société d'une fortune sociale suffisante pour les activités envisagées⁹⁵⁷. La pratique en la matière diffère toutefois selon les Etats et selon les tribunaux saisis⁹⁵⁸. En règle générale, les tribunaux sont assez restrictifs et, en l'absence d'autres éléments⁹⁵⁹, ne voient pas en la seule «undercapitalization» une raison suffisante pour lever le voile corporatif⁹⁶⁰. En d'autres termes, la «undercapitalization» n'est qu'un élément parmi d'autres pour décider de la levée du voile corporatif mais ne la justifie pas à elle seule⁹⁶¹.

D'autre part, lorsque la société se trouve en faillite, les juges peuvent décider une postposition des prêts des associés ou qualifier les prêts de capital pro-

⁹⁵⁵ Voir toutefois la note 945.

⁹⁵⁶ Les tribunaux américains n'ont levé le voile corporatif que lorsqu'il s'agissait de «close corporations». En revanche, s'agissant de «publicly held corporations», les tribunaux ont toujours refusé de lever le voile corporatif (voir O'NEAL & THOMPSON, O'NEALS'S CLOSE CORP., § 1.10 [chap. 1, p. 47] et THOMPSON, *Piercing, Cor.L.Rev.* 76 [1990/1991], p. 1036 ss, not. p. 1039 et 1047 ss; cet auteur a analysé tous les «Westlaw cases» jusqu'à la fin de l'année 1986).

⁹⁵⁷ FLETCHER CYC CORP § 41.30 et plus particulièrement § 44.1. Voir également HAMILTON, p. 98 ss, not. p. 104 ss; MERKT, N 313 ss (p. 216 ss). A noter que les tribunaux américains refusent de lever le voile corporatif lorsque la sous-capitalisation intervient en cours de vie sociale et lorsqu'elle résulte d'une évolution imprévisible.

⁹⁵⁸ HAMILTON, p. 113 ss.

⁹⁵⁹ Tels que: failure to observe corporate formalities; non-payment of dividends; the insolvency of the debtor corporation at the time; siphoning of funds of the corporation by the dominant stockholder; etc. (voir par exemple: DeWitt Truck Brokers v. W. Ray Flemming Fruit Co., 540 F.2d 681, not. p. 686 et 687 [United States Court of Appeals, 4th Cir., arrêt de 1976 concernant le droit de la Caroline du Sud]).

⁹⁶⁰ NACKE, p. 174 - 177 et p. 193 - 195 (droit de l'Etat de Californie). Pour une analyse critique de la jurisprudence californienne jusqu'en 1972, voir DYE (S.Calif.L.Rev. 45 [1972], p. 823 ss, not. p. 824 ss). Selon DYE, indépendamment de l'existence d'autres éléments, le voile corporatif doit être levé lorsque la société est sous-capitalisée (p. 830 ss). Plus récemment, GELB s'est exprimé dans le même sens (Ch.K.L.Rev. 59 [1982], p. 1 - 22). Pour la jurisprudence californienne, voir notamment les arrêts *Carlesimo v. Schwebel*, 87 Cal.App. 2d 482, 197 P.2d 167 (arrêt de 1948) et *Shapoff v. Scull*, 222 Cal.App. 3d 1457, 272 Cal.Rptr. 480 (arrêt de 1990). Voir également *Sea-Land Services, Inc. v. The Pepper Source*, 941 F.2d 519 (United States Courts of Appeals, 7th Cir., arrêt de 1991 concernant le droit de l'Etat d'Illinois) et *Kinney Shoe Corporation v. Polan*, 939 F.2d 209 (United States Court of Appeals, 4th Cir., arrêt de 1991 concernant le droit de l'Etat de Virginie-Occidentale).

⁹⁶¹ Selon l'étude empirique de THOMPSON (citée à la note 956), les tribunaux ont mentionné l'existence d'une sous-capitalisation dans 120 cas mais ils n'ont levé le voile corporatif que dans 88 cas. En d'autres termes, même en cas de sous-capitalisation, les tribunaux ont refusé de lever le voile corporatif dans environ 25 % des cas! (voir THOMPSON, *Piercing, Cor.L.Rev.* 76 [1990/1991], p. 1036 ss, not. p. 1063 (table eleven) et 1065 ss et *Close Corporations*, p. 192).

pre⁹⁶². Le United States Codes (U.S.C.) leur donne une très grande liberté d'appréciation en matière de postposition⁹⁶³.

En résumé, si le R.M.B.C.A. a abandonné le concept de capital social et renonce volontairement à tout contrôle préventif en matière d'émission des parts sociales, des garde-fous subsistent. D'une part, en application du Securities Act de 1933 et des réglementations étatiques équivalentes, l'émission des parts sociales est soumise à un certain contrôle. D'autre part, les réglementations étatiques prévoient en principe une responsabilité personnelle des associés ou des gérants envers les créanciers sociaux en cas de fraude. Enfin, les tribunaux postposent les prêts des associés, qualifient les prêts de capital propre et vont - exceptionnellement - jusqu'à lever le voile corporatif.

2.4.2-2.2.3. Le maintien de la fortune sociale

Vu l'absence de capital social, le R.M.B.C.A. ne renferme pas de dispositions relatives à sa fixité formelle. De même, il ne connaît pas de disposition semblable à l'article 817 al. 1 AP 1999 qui renvoie aux articles 725 et 725a CO s'agissant de la perte de capital et du surendettement. En revanche, en vertu du § 6.40 (c) (1) R.M.B.C.A. la société ne peut faire aucune distribution aux associés si cette distribution rend impossible le paiement des dettes à leur échéance⁹⁶⁴. Elle ne le peut pas non plus si, après la distribution, la fortune brute ne suffit pas à couvrir les dettes de la société, auxquelles viennent s'ajouter, sauf disposition contraire des *articles of incorporation*, les droits préférentiels de distribution de certains associés (§ 6.40 [c] [2] R.M.B.C.A.)^{965-966, 967}. Lorsque les administrateurs violent les prescriptions légales relatives à la

⁹⁶² MERKT, N 338 ss (p. 228 ss). Voir également FLETCHER CYC CORP § 7358.460 (subordination) et § 5739 (requalification).

⁹⁶³ U.S.C. Title 11 - Bankruptcy, § 510 (c): «Notwithstanding subsections (a) and (b) of this section, after notice and a hearing, the court may - (1) under principles of equitable subordination, subordinate for purposes of distribution all or part of an allowed claim to all or part of another allowed claim or all or part of an allowed interest to all or part of another allowed interest; or (2) order that any lien securing such a subordinated claim be transferred to the estate».

⁹⁶⁴ On parle du «equity insolvency test» (BAUER, p. 319 ss).

⁹⁶⁵ On parle du «balance sheet test» (BAUER, p. 321 ss).

⁹⁶⁶ § 6.40 (c) R.M.B.C.A.: «No distribution may be made if, after giving it effect: (1) the corporation would not be able to pay its debts as they become due in the usual course of business; or (2) the corporation's total assets would be less than the sum of its total liabilities plus (unless the articles of incorporation permit otherwise) the amount that would be needed, if the corporation were to be dissolved at the time of the distribution, to satisfy the preferential rights upon dissolution of shareholders whose preferential rights are superior to those receiving the distribution». Pour une explication plus en détail de cette disposition, voir R.M.B.C.A. COMMENTAIRE OFFICIEL, p. 123 ss. Selon BAUER, la protection offerte aux créanciers sociaux par cette disposition est toutefois très limitée (BAUER, p. 319 ss).

⁹⁶⁷ Pour la Californie, voir §§ 500 - 504 Cal.Corp.C. La réglementation californienne en matière de distribution est plus restrictive et plus détaillée que celle proposée par le R.M.B.C.A. Se-

distribution, ils engagent - en cas de violation de leurs devoirs (§ 8.30 R.M.B.C.A.)^{968, 969} - leur responsabilité personnelle (§ 8.33 [a] R.M.B.C.A.)⁹⁷⁰. De plus, les associés qui ont bénéficié d'une distribution, dont ils savaient qu'elle n'était pas conforme aux prescriptions légales, doivent la rembourser à l'administrateur qui a engagé sa propre responsabilité (§ 8.33 [b] [2] R.M.B.C.A.)⁹⁷¹. Enfin, à l'instar de ce qui vaut pour la constitution de la fortune sociale, il subsiste toujours la possibilité de postposer les prêts, de qualifier les prêts de capital propre ainsi que, en dernier recours, de lever le voile corporatif.

S'il est incontestable que les exigences en matière de maintien de la fortune sociale selon le R.M.B.C.A. ne vont pas aussi loin que le droit suisse, il n'en reste pas moins qu'indépendamment des particularités de chaque réglementation, le législateur interdit toujours la distribution volontaire de la fortune sociale aux associés lorsqu'elle risque de porter atteinte aux créanciers de la société⁹⁷².

2.4.2-2.3. Le U.L.L.C.A.

2.4.2-2.3.1. Introduction

En 1977 l'Etat du Wyoming a introduit une nouvelle forme de société, la *limited liability company*⁹⁷³ qui, depuis lors, a été introduite dans tous les Etats mem-

lon BAUER (p. 326 ss), elle offre une meilleure protection aux créanciers sociaux. En effet, elle ne permet une distribution que lorsque la société possède des «retained earnings» déterminés selon les GAAP (§ 500 [a] Cal.Corp.C.) ou lorsqu'après la distribution, les actifs de la société équivalent au moins à 125 % des dettes et que les actifs circulants couvrent au moins les dettes à court terme (§ 500 [b] Cal.Corp.C.).

⁹⁶⁸ Pour la Californie, voir §§ 309 ss Cal.Corp.C. A noter que les statuts ne peuvent pas exclure ou limiter la responsabilité des administrateurs dans ce domaine (§ 204 [a] [10] [A] [vii] Cal.Corp.C.).

⁹⁶⁹ En ce qui concerne les développements récents concernant les devoirs des administrateurs, voir PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE, not. §§ 4.01 et 5.01 concernant la «duty of care», «the business judgment rule» et la «duty of fair dealing». Voir également GRASS, p. 33 ss.

⁹⁷⁰ Pour la Californie, voir § 316 Cal.Corp.C.

⁹⁷¹ Le droit californien va plus loin et prévoit une responsabilité des associés envers la société (§ 506 Cal.Corp.C.).

⁹⁷² Pour le droit suisse de la société à responsabilité limitée, voir les articles 798 al. 2 et 804 ss CO ainsi que AMSTUTZ, BaK, ad art. 804 CO; JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 804 - 806 CO; KURER, BaK, ad art. 806 CO; NEUHAUS, BaK, ad art. 805 CO; VON STEIGER, ZK, ad art. 804 - 806 CO. Concernant l'AVANT-PROJET, voir les articles 798 al. 2 et 804 ss AP 1999. Pour le droit de la société anonyme, voir MÜLLER, THOMAS FRIEDRICH, p. 45 ss. Voir également 2.8. Fortune sociale nette minimum à maintenir, p. 57 ss.

⁹⁷³ En ce qui concerne les origines de cette forme de société, voir CARNEY, U.Colo.L.Rev. 66 (1995), p. 855 ss.

bres⁹⁷⁴. Actuellement, la *limited liability company* fait l'objet d'un Uniform Limited Liability Company Act (1996) (U.L.L.C.A.).

L'attrait de cette forme de société est essentiellement fiscal⁹⁷⁵. En effet, bien qu'à l'instar de la (*close*) *corporation*, seule la fortune sociale réponde des dettes sociales, le fisc américain traite la *limited liability company* comme *partnership* (si elle a plus d'un associé) ou ne tient pas compte de la personnalité juridique distincte de son associé unique⁹⁷⁶, pour autant que les parts sociales ne puissent pas être négociées publiquement (*publicly traded*)^{977,978}.

Comme le R.M.B.C.A., le U.L.L.C.A. ne connaît pas le concept du capital social.

2.4.2-2.3.2. La constitution effective de la fortune sociale

Le(s) associé(s)⁹⁷⁹ d'une *limited liability company* s'engage(nt) dans l'opération *agreement*⁹⁸⁰ à faire des apports qui peuvent consister «of tangible or intangible property or other benefit to the company, including money, promissory notes, services performed, or other agreements to contribute cash or property, or contracts for services to be performed» (Section 401 U.L.L.C.A.)⁹⁸¹. L'évaluation des apports effectués (ou promis) n'est soumise à aucun contrôle externe. De plus, les apports effectués (ou promis) n'ont pas l'obligation de figurer dans les articles of organisation⁹⁸². Dans la mesure où seuls les articles of organisation doivent être déposés auprès de l'autorité étatique compétente, les tiers n'ont pas nécessairement connaissance des apports effectués (ou promis).

⁹⁷⁴ Pour l'historique, voir notamment HYNES, p. 217; KEATINGE/RIBSTEIN/PACE HAMIL/ GRAVELLE/CONNAUGHTON, *Bus.Law.* 47 (1992), p. 375 ss, not. p. 378 - 384; RIBSTEIN, *Bus.Law.* 51 (1995), p. 1 ss, not. p. 1 - 6; WRIGHT/HOLLAND, *NJW* 1996 (49), p. 95 ss.

⁹⁷⁵ Par exemple REIMANN/ACKMANN, p. 236.

⁹⁷⁶ Voir C.F.R. Title 26 (Internal Revenue) § 301.7701-3 (b) 1 (i) et (ii). Le(s) associé(s) d'une *limited liability company* peuvent toutefois choisir de soumettre leur société au même régime fiscal que les *corporations* (C.F.R. Title 26 [Internal Revenue] § 301.7701-3T [a]).

⁹⁷⁷ Voir C.F.R. Title 26 (Internal Revenue) § 301.7701-2 (7) et § 301.7704.

⁹⁷⁸ Avant la dernière révision du C.F.R. Title 26 (Internal Revenue) § 301-7701 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1997), la qualification de *partnership* d'une *limited liability company* était soumise à des conditions supplémentaires. Voir à ce sujet: BUNGERT, *Gründung*, *ISr* 1993, p. 128 ss; HYNES, p. 218 et 219; RIBSTEIN/SARGENT, *Bus.Law.* 52 (1997), p. 605 ss, not. p. 607 - 610; RIES, *RIW* 1992, p. 728 ss, not. p. 730; WÜRSCH, *RSDA* 1996 (68), p. 249 ss, not. p. 258 et 259. Ce changement va probablement encore augmenter l'attractivité de la *limited liability company*, notamment par rapport à la *close corporation*.

⁹⁷⁹ Le U.L.L.C.A. admet une *limited liability company* avec un seul membre (Section 202 [a] U.L.L.C.A.).

⁹⁸⁰ Selon le U.L.L.C.A., l'*operation agreement* peut être oral (Section 103 [a] U.L.L.C.A.). Certains Etats exigent toutefois la forme écrite (par exemple: Section 102 [u] NY L.L.C.L.).

⁹⁸¹ Voir aussi Section 501 NY L.L.C.L. Certains Etats sont toutefois plus restrictifs.

⁹⁸² Section 203 U.L.L.C.A. Voir aussi WÜRSCH, *RSDA* 1996 (68), p. 249 ss, not. p. 254.

Comme le R.M.B.C.A., l'U.L.L.C.A. n'exige pas la constitution d'une fortune sociale minimale lors de la fondation d'une *limited liability company*. A l'instar de ce qui vaut pour les *close corporations*, cette liberté est toutefois limitée de deux manières. En effet, le juge peut (exceptionnellement) lever le voile corporatif lorsqu'il estime que les associés n'ont pas doté la société d'une fortune sociale suffisante (*undercapitalization*)⁹⁶³. De plus, le juge peut décider de postposer les prêts des associés ou de qualifier les prêts de capital propre⁹⁶⁴.

2.4.2-2.3.3. Le maintien de la fortune sociale

L'obligation d'apport résultant de l'*operation agreement* peut être librement modifiée avec l'accord unanime des associés (Section 404 [c] [5] U.L.L.C.A.)⁹⁶⁵. Une réduction (voire une suppression) subséquente des obligations d'apport est en principe opposable aux créanciers sociaux. Seuls les créanciers qui ont accordé leur crédit en raison de l'existence des obligations d'apport prévues initialement peuvent encore les faire valoir (Section 402 [b] U.L.L.C.A.)⁹⁶⁶. Etant donné que les obligations d'apport ne sont en général pas connues des créanciers sociaux, cette disposition n'a toutefois qu'un effet limité.

Comme pour la (*close*) *corporation*⁹⁶⁷, une distribution de la fortune sociale aux associés n'est pas admissible si la société ne peut pas payer ses dettes à leur échéance (*equity insolvency test*) ou si la fortune sociale brute est inférieure à la somme totale des engagements et des droits préférentiels de certains associés (*balance sheet test*) (Section 406 [a] [1] et [2] U.L.L.C.A.)⁹⁶⁸. De même,

⁹⁶³ Voir 2.4.2-2.2.2. La constitution effective de la fortune sociale, p. 216 ss. Toutefois, si les motifs de lever le voile corporatif sont les mêmes pour la (*close*) *corporation* et la *limited liability company*, il y a lieu de tenir compte des différences qui existent entre ces deux formes de sociétés (voir RIBSTEIN, *Bus.Law.* 51 [1995], p. 1 ss, not. p. 8 et 9; KEATINGE/RIBSTEIN/PACE HAMILU/GRAVELLE/CONNAUGHTON, *Bus.Law.* 47 [1992], p. 375 ss, not. p. 445 et 446) ainsi que (moins restrictif) THOMPSON, *taming*, *U.Colo.L.Rev.* 66 (1995), p. 921 ss, not. p. 939 - 943.

⁹⁶⁴ Voir U.S.C. Titel 11 - *Bankruptcy*, § 510(c) (cité à la note 963). Sauf exception, la *limited liability company* est soumise aux mêmes règles que la *corporation* s'agissant du *bankruptcy law* (voir RIBSTEIN, *Bus.Law.* 51 [1995], p. 1 ss, not. p. 45 et 46).

⁹⁶⁵ Pour l'Etat de New York, voir Section 502 (b) (1^{ère} phrase) NY L.L.C.L.

⁹⁶⁶ «A creditor of a limited liability company who extends credit or otherwise acts in reliance on an obligation described in subsection (a), and without notice of any compromise under Section 404 (c) (5), may enforce the original obligation». Pour l'Etat de New York, voir Section 502 (b) (2^e phrase) NY L.L.C.L.

⁹⁶⁷ Voir § 6.40 (c) R.M.B.C.A. (cité à la note 966).

⁹⁶⁸ Section 406 (a): «A distribution may not be made if: (1) the limited liability company would not be able to pay its debts as they become due in the ordinary course of business; or (2) the company's total assets would be less than the sum of its total liabilities plus the amount that would be needed, if the company were to be dissolved, wound up, and terminated at the time of the distribution, to satisfy the preferential rights upon dissolution, winding up, and termination of members whose preferential rights are superior to those receiving the distribution». Pour l'Etat de Californie, qui impose également un «*equity insolvency test*» et un

lorsque la distribution est illégale, les associés et/ou les administrateurs engagent - le cas échéant - leur responsabilité personnelle envers la société (Section 407 [a - c] U.L.L.C.A.)⁹⁸⁹. L'action contre les associés et/ou les administrateurs doit être introduite dans les deux ans à compter de la distribution illégale (Section 407 [d] U.L.L.C.A.)⁹⁹⁰. Enfin, il existe toujours la possibilité d'une postposition ou d'une requalification des prêts des associés ainsi que la levée du voile corporatif.

2.4.2-2.4. Conclusion

En raison de l'absence du concept de capital social, la protection des créanciers sociaux paraît à première vue moins bien assurée dans la *close corporation* et dans la *limited liability company* qu'en droit suisse de la société à responsabilité limitée. Nous avons toutefois constaté que malgré une réglementation contraignante, la constitution effective et le maintien du capital social ne peuvent pas être garantis sans faille. Ainsi, à titre d'exemple, malgré des contrôles préventifs, il n'est pas possible d'assurer qu'un apport en nature possède effectivement la valeur qui lui est attribuée⁹⁹¹. De même, les règles régissant le maintien du capital social ne permettent pas d'éviter des pertes et le surendettement. En d'autres termes, malgré les apparences, le concept du capital social n'offre qu'une garantie très relative aux créanciers sociaux.

Bien que l'abandon du concept de capital social permette le recours à une réglementation beaucoup plus souple, améliorant entre autres les possibilités de financement pour les sociétés par des fonds propres⁹⁹², il ne porte pas réellement atteinte à la protection des créanciers sociaux. L'abandon du concept de capital social présente même un avantage important puisque la protection des créanciers n'est plus basée sur le nombre abstrait que constitue le capital social mais sur des critères économiques déterminants (bénéfice, cash-flow, sol-

«balance sheet test», voir § 17254 (a) Cal.Corp.C. La réglementation de l'Etat de New York se contente d'un *balance sheet test*, voir Section 508 (a) NY L.L.C.L.

⁹⁸⁹ Les associés ou administrateurs qui ont voté en faveur d'une distribution illégale sont personnellement responsables envers la société pour le montant de la distribution qui dépasse le montant qui aurait pu être distribué de manière licite s'ils ont violé les devoirs de diligence découlent de la Section 409 U.L.L.C.A. De plus, l'associé qui savait qu'une distribution était illégale, répond envers la société pour le montant qu'il a lui-même reçu en violation de la Section 406 U.L.L.C.A. Certains Etats ne prévoient qu'une responsabilité des associés qui ont reçu une distribution illégale (voir Section 508 [b] NY L.L.C.L.).

⁹⁹⁰ Ce délai est de 4 ans en Californie (§ 17254 [f] et § 17255 [c] Cal.Corp.C.) et de 3 ans à New York (Section 508 [c] NY L.L.C.L.).

⁹⁹¹ Voir notamment 3.3.2-3. Libération en nature, p. 159 ss.

⁹⁹² Malgré l'absence d'exigences minimales en la matière, les sociétés américaines ont un taux de fonds propres qui est supérieur à celui des sociétés allemandes (BAUER, p. 139)! Le mode de financement des sociétés (fonds propres, fonds étrangers) n'est pas conditionné par l'existence ou non d'un capital social (minimum) mais par des facteurs telles que la charge fiscale, la rentabilité, etc.

vabilité, etc.) Les créanciers sociaux ne se sentent ainsi pas faussement sécurisés par l'existence d'un capital social qui ne révèle rien sur la situation économique réelle de la société.

Au vu de l'efficacité limitée du capital social et au vu des avantages de sa suppression (souplesse de financement, recours à des critères économiques) nous constatons, à l'instar des auteurs allemands qui se sont exprimés récemment sur cette question, que son maintien ne se justifie pas objectivement pour des raisons de protection des créanciers sociaux⁹⁹³. Toutefois, la protection des créanciers sociaux n'est qu'un élément parmi d'autres pour décider de l'abandon ou non du concept de capital social pour la société à responsabilité limitée. Pour des raisons pratiques et en raison des modifications législatives importantes qu'impliquerait la suppression du capital social, elle devrait de surcroît - et surtout - répondre à un critère de compatibilité. Nous pensons en particulier aux éventuelles exigences découlant des directives européennes mais également aux réglementations des pays qui nous entourent.

2.4.2-3. Les directives européennes

2.4.2-3.1. Introduction

Avant de nous prononcer sur l'opportunité d'un abandon du concept de capital social en droit suisse de la société à responsabilité limitée, il y a lieu de voir si un tel abandon serait compatible avec les exigences de l'Union européenne en la matière⁹⁹⁴. En effet, de l'avis du groupe de réflexion, que nous partageons entièrement, une révision du droit de la société à responsabilité limitée devrait autant que possible prendre en considération les directives de l'Union européenne⁹⁹⁵.

⁹⁹³ BAUER, p. 338 ss (voir bibliographie sous États-Unis); WINKLER, p. 281 ss (voir bibliographie sous Union européenne).

⁹⁹⁴ Le Guide de législation de l'Office fédéral de la justice exige d'ailleurs expressément l'étude de l'eurocompatibilité des projet de lois (Guide pour l'élaboration de la législation fédérale, Office fédéral de la justice, Berne 1995, Annexe 8, p. 9).

⁹⁹⁵ RAPPORT FINAL, p. 45.

2.4.2-3.2. Les directives applicables à la société à responsabilité limitée

Les 1^{ère} 996, 4^e 997, 7^e 998, 8^e 999 et 12^e 1000 directives s'appliquent à la société à responsabilité limitée¹⁰⁰¹. Or, si les articles 9 et 10 de la 4^e directive prévoient l'inscription au bilan soit du capital souscrit non versé et du capital souscrit soit du capital appelé et non encore versé et du capital appelé avec indication séparée du capital souscrit et du capital versé, cette directive ne détermine en rien les effets et les fonctions du capital social¹⁰⁰². Nous estimons dès lors que la 4^e directive ne saurait imposer le recours à un capital social tel que nous le connaissons actuellement en droit de la société à responsabilité limitée. Cela vaut également pour la 1^{ère} directive qui mentionne à plusieurs reprises le terme «capital souscrit» sans en fixer les effets et les fonctions (art. 2 al. 1 lit. e; art. 4; art. 11 al. 2 lit. c; art. 12 al. 5). La 1^{ère} directive n'impose pas de capital social minimum et n'exige pas de libération minimum¹⁰⁰³. Enfin, ni la 4^e ni la 1^{ère} directive n'exigent la fixation du capital social dans les statuts.

⁹⁹⁶ La première directive 68/151/CEE du Conseil du 9 mars 1968, J.O.C.E. n° L 65, 14 mars 1968, p. 8 ss (ci-après: 1^{ère} directive).

⁹⁹⁷ La quatrième directive 78/660/CEE du Conseil du 25 juillet 1978, J.O.C.E. n° L 222, 14 août 1978, p. 11 ss (ci-après: 4^e directive).

⁹⁹⁸ La septième directive 83/349/CEE du Conseil du 13 juin 1983, J.O.C.E. n° L 193, 18 juillet 1983, p. 1 ss (ci-après: 7^e directive).

⁹⁹⁹ La huitième directive 84/253/CEE du Conseil du 10 avril 1984, J.O.C.E. n° L 126, 12 mai 1984, p. 20 ss (ci-après: 8^e directive).

¹⁰⁰⁰ La douzième directive 89/667/CEE du Conseil du 21 décembre 1989, J.O.C.E. n° L 395, 30 décembre 1989, p. 40 ss (ci-après: 12^e directive).

¹⁰⁰¹ La deuxième directive (77/91/CEE) du Conseil du 13 décembre 1976, J.O.C.E. n° L 26, 31 janvier 1977, p. 1 ss) ne concerne que la société anonyme (ci-après: 2^e directive). Voir BEHRENS, *Gesellschaft*, EuR 12 (p. 70) et *Handbuch*, E. III N 31 (p. 12); HABERSACK, *Gesellschaftsrecht*, N 136; VAN HULLE, p. 490; LUBY/PASQUALINI/PASQUALINI-SALERNO, p. 32; WINKLER, p. 62 ss.

¹⁰⁰² La 4^e directive ne contient notamment aucune prescription relative à l'augmentation et la réduction du capital social et ne se prononce pas sur la constitution et le maintien de la fortune sociale.

¹⁰⁰³ Dans un arrêt du 9 mars 1999, la Cour de justice des Communautés européennes a traité d'une *private limited company* enregistrée le 18 mai 1992 en Angleterre et au pays de Galles, dont le capital social s'élève à GBP 100 et qui n'a pas été libéré. Les autorités danoises compétentes ont refusé l'immatriculation d'une succursale de cette société dans leur pays, estimant qu'elle n'exerçait aucune activité commerciale au Royaume-Uni et cherchait en réalité à constituer au Danemark non pas une succursale, mais un établissement principal, en éludant notamment les règles nationales danoises par rapport à la libération d'un capital minimal de DKK 200 000. Or, la Cour a jugé que les articles 52 et 58 du traité CE s'opposent «à ce qu'un Etat membre refuse l'immatriculation d'une succursale d'une société constituée en conformité avec la législation d'un autre Etat membre dans lequel elle a son siège sans y exercer d'activités commerciales lorsque la succursale est destinée à permettre à la société en cause d'exercer l'ensemble de son activité dans l'Etat où cette succursale sera constituée, en évitant d'y constituer une société et en éludant ainsi l'application des règles de constitution des sociétés qui y sont plus contraignantes en matière de libération d'un capital social minimal» (Aff. C-212/97, *Centros Ltd / Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, in: Les

En revanche, la situation est différente en ce qui concerne le capital-actions de la société anonyme. La 2^e directive exige la fixation dans les statuts ou dans l'acte constitutif du capital (-actions) souscrit et autorisé (art. 2 lit. c). Le capital (-actions) souscrit minimum est fixé à 25 000 unités de compte européennes (art. 6 § 1) et la directive régle de manière assez détaillée sa constitution effective (art. 7 ss)¹⁰⁰⁴. La directive prévoit également un système assurant le maintien du capital (-actions) et de la fortune sociale (art. 15 ss)¹⁰⁰⁵. Actuellement, les exigences de la 2^e directive ne sont pas applicables au capital social des sociétés à responsabilité limitée. La Commission est toutefois en train d'étudier l'opportunité d'élargir le champ d'application de la 2^e directive^{1006, 1007}. LUTTER s'est récemment exprimé en faveur d'une «mini-directive» dans ce domaine¹⁰⁰⁸.

2.4.2-3.3. Conclusion

Les directives de l'Union européenne n'exigent pas le recours à un capital social tel que nous le connaissons. Par conséquent, le maintien du concept de capital social ne s'impose pas.

activités de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes, Semaine du 8 au 12 mars 1999, n° 07/99, p. 1 ss, le passage cité se trouve à la page 3).

¹⁰⁰⁴ HABERSACK, *Gesellschaftsrecht*, N 150 ss.

¹⁰⁰⁵ HABERSACK, *Gesellschaftsrecht*, N 164 ss.

¹⁰⁰⁶ Voir *Etude sur l'extension de la deuxième directive à d'autres types de sociétés*, Commission des Communautés européennes, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg 1993 (il s'agit d'un document établi pour l'usage interne ne constituant pas une prise de position officielle de la Commission). A ce sujet, voir également LUTTER, *Unternehmensrecht*, p. 63; HABERSACK, *Gesellschaftsrecht*, N 50; HICKS/DRURY, p. 77. Pour l'instant, l'extension du champ d'application de la 2^e directive aux sociétés à responsabilité limitée est cependant peu probable (HABERSACK, *Gesellschaftsrecht*, N 76).

¹⁰⁰⁷ Certains auteurs et groupes d'intérêts demandent en outre la création d'une société privée européenne (voir à ce sujet: Propositions pour une société fermée européenne, étude du Centre de recherche sur le droit des affaires [CREDA] sous la direction de Jeanne Boucourechliev, Luxembourg 1997). Selon un projet privé de règlement européen de septembre 1998 (Projet de règlement relatif au statut de la société privée européenne: une société fermée; projet établi par un groupe de travail de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris et le Conseil National du Patronat Français), le capital-actions de la société privée européenne devrait être de 25 000 euros au moins (art. 3 al. 1). De plus, le projet contient des dispositions (notamment les articles 4, 26 et 27) qui ont pour but de garantir la constitution effective et le maintien du capital social. Ce projet pour une société privée européenne est toutefois dû à une initiative exclusivement privée et n'est pas à l'ordre du jour de la Commission européenne.

¹⁰⁰⁸ Lutter, *Mini-Directive*, p. 201 ss, not. p. 206.

2.4.2-4. La législation de certains pays d'Europe

2.4.2-4.1. Introduction

Actuellement, les pays membres de l'Union européenne connaissent la société à responsabilité limitée ou une forme de société qui lui est semblable. Cela vaut notamment pour l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la France, la Grande-Bretagne et l'Italie¹⁰⁰⁹. Au vu de l'importance des relations commerciales entre la Suisse et ces pays, il est souhaitable, d'un point de vue pratique, que le législateur suisse n'opte pas pour une réglementation trop «exotique» lors de la révision du droit de la société à responsabilité limitée. Une telle réglementation risquerait fort de diminuer la confiance des partenaires commerciaux étrangers et - à moyen terme - pourrait porter préjudice à la compétitivité des sociétés à responsabilité limitée organisées selon le droit suisse.

Au vu de ce qui précède, il nous paraît important de déterminer si les pays susmentionnés reconnaissent le capital social comme un élément essentiel de toute société à responsabilité limitée et si, à l'instar du droit suisse actuel, ils ont prévu des règles assurant sa constitution et son maintien.

2.4.2-4.2. Allemagne

En Allemagne, la société à responsabilité limitée a été introduite par la Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung du 20 avril 1892 (GmbHG [D])¹⁰¹⁰. Depuis 1892, cette loi a été révisée à plusieurs reprises.

En ce qui concerne la constitution effective du capital social et à l'instar du droit suisse, la législation allemande exige obligatoirement que le capital social figure dans les statuts de la société (§ 3 al. 1 ch. 3 GmbHG [D]). Le montant minimum du capital social est fixé à 25 000 euros (§ 5 al. 1 GmbHG [D])^{1011, 1012}.

¹⁰⁰⁹ Cela vaut aussi pour le Danemark, la Grèce, l'Irlande, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal et l'Espagne.

¹⁰¹⁰ En ce qui concerne l'introduction de la société à responsabilité limitée en Allemagne, voir KOBERG, p. 5 - 174. Selon une estimation, il existe au 30.9.1998 environ 815 000 sociétés à responsabilité limitée en Allemagne (HANSEN, GmbHR 1999, p. 24 ss, not. p. 26).

¹⁰¹¹ Le droit allemand ne connaît pas de capital social maximum.

¹⁰¹² Ce chiffre a été introduit par l'article 3 § 3 de la Gesetz zur Einführung des Euro (EuroEG) du 9.6.1998 (BGBl. [D] 1998 I, p. 1242 ss) et correspond à environ 40 000 francs. En vertu des dispositions transitoires (§ 86 al. 1/1 et 2 GmbHG [D]), les sociétés à responsabilité limitée qui ont été inscrites au registre du commerce avant le 1^{er} janvier 1999 peuvent maintenir un capital social exprimé en DEM. Le capital social minimum reste fixé à DEM 50 000 (§ 5 al. 1 aGmbHG [D]). Il en va de même pour les sociétés à responsabilité limitée dont l'inscription au registre du commerce a été requise avant le 1^{er} janvier 1999 et dont l'inscription a lieu jusqu'au 31 décembre 2001. Les sociétés à responsabilité limitée dont l'inscription au registre du commerce est requise et effectuée entre le 1^{er} janvier 1999 et le 31 décembre 2001 peuvent également fixer leur capital social en DEM (§ 86 al. 2/1 GmbHG [D]). Dans ce cas,

Il est entièrement divisé en parts sociales d'une valeur nominale minimum de 100 euros (§ 5 al. 1 GmbHG [D])¹⁰¹³ qui doivent être entièrement souscrites par les fondateurs de la société avant la constitution de cette dernière. Les souscripteurs s'engagent à faire à la société des apports (en espèces ou en nature) correspondant au moins au montant nominal de la part souscrite. S'agissant d'apports en nature, la loi exige des mentions particulières dans les statuts et l'établissement d'un rapport de fondation qualifiée (§ 5 al. 4 GmbHG [D]). Lors de l'inscription de la société au registre du commerce, les parts sociales doivent être libérées à raison de 25 % au moins s'agissant d'apports en espèces et intégralement s'agissant d'apports en nature. De plus, la libération minimum globale ne peut pas être inférieure (en valeur) à 12 500 euros (§ 7 al. 2/2 GmbHG [D]). En cas de surévaluation d'un apport en nature, l'inscription de la société à responsabilité limitée au registre du commerce doit être refusée (§ 9c al. 1/2 GmbHG [D]). Si malgré une surévaluation de l'apport en nature, la société est inscrite au registre du commerce, le débiteur de l'apport répond envers la société de la différence de valeur encore pendant un délai de 5 ans à compter de l'inscription (*Differenzhaftung*, § 9 al. 1 et 2 GmbHG [D])¹⁰¹⁴.

En ce qui concerne son maintien, le capital social est - à l'instar du droit suisse - fixe et il ne peut être augmenté ou réduit qu'en respectant des règles particulières (§§ 55 ss GmbHG [D]). De même, la distribution de la fortune sociale aux associés est soumise à des restrictions sévères, tendant à protéger les intérêts des créanciers sociaux (§§ 29 ss GmbHG [D]). Le capital social sert notamment de référence en vue de déterminer si une distribution aux associés est admissible (voir § 30 GmbHG [D]).

le capital social minimum est toutefois fixé à 25 000 euros converti en DEM selon le taux de conversion officiel fixé par la Commission de l'Union européenne (§ 86 al. 2/2 GmbHG [D]). Ce taux est de 1 euro = 1,95583 DEM (Règlement [CE] n° 2866/98 du Conseil, du 31 décembre 1998, concernant les taux de conversion entre l'euro et les monnaies des Etats membres adoptant l'euro [J.O.C.E. n° L 359, p. 1 - 2, du 31.12.1998]). Le capital minimum de ces sociétés doit par conséquent atteindre environ DEM 49 000. Les sociétés dont l'inscription aura lieu après le 31 décembre 2001 ou qui procèdent après cette date à une adaptation de leur capital social (§ 86 al. 1/4 GmbHG [D]) doivent nécessairement avoir un capital social minimum de 25 000 euros. Enfin, le législateur allemand prévoit une procédure simplifiée concernant la conversion en euro d'un capital social exprimé en DEM (§ 86 al. 3 GmbHG [D]). En ce qui concerne les conséquences de l'introduction de l'euro pour la société à responsabilité limitée en Allemagne, voir notamment SCHICK/TRAPP, *GmbHR* 1998, p. 209 ss, not. p. 210 ss; SCHNEIDER, *UWE H.*, *NJW* 1998 (51), p. 3158 ss; THEILE/KÖHLER, *GmbHR* 1999, p. 516 ss. En ce qui concerne plus généralement les différentes étapes de la réalisation de l'Union monétaire, voir WIEGAND/BERGER, *recht* 1998, p. 89 ss, not. p. 89 - 92.

¹⁰¹³ Introduit par l'article 3 § 3 EuroEG du 9.6.1998 (BGBl. [D] 1998 I, p. 1242 ss). Ce chiffre correspond à environ 160 francs. Avant l'adaptation à l'euro, la part sociale devait avoir une valeur nominale minimum de DEM 500 (§ 5 al. 1 aGmbHG [D]). En ce qui concerne les dispositions transitoires et l'adaptation des parts sociales fixées en DEM à l'euro, voir § 86 GmbHG (D).

¹⁰¹⁴ A ce sujet, voir également la note 787.

Ainsi, à l'instar de ce qui vaut pour le droit suisse, le capital social fait partie des éléments essentiels de la société à responsabilité limitée pour le législateur allemand. De plus, de par sa conception, ses fonctions et sa réglementation, le capital social d'une société à responsabilité limitée selon le droit allemand correspond pour l'essentiel au capital social d'une société à responsabilité limitée du droit suisse.

2.4.2-4.3. Autriche

La société à responsabilité limitée a été introduite en droit autrichien en 1906. Elle est essentiellement régie par la GmbHG (A) du 6 mars 1906 qui a été révisée à plusieurs reprises¹⁰¹⁵.

Selon la loi autrichienne, la société à responsabilité limitée doit avoir un capital social minimum de 35 000 euros¹⁰¹⁶, entièrement divisé en parts sociales d'une valeur nominale minimum de 70 euros¹⁰¹⁷ (§ 6 al. 1 GmbHG (A))^{1018, 1019}. Le capital social est inscrit dans les statuts et figure au passif du bilan¹⁰²⁰. Il doit être entièrement souscrit et une émission des parts sociales au-dessous du pair est prohibée¹⁰²¹. Les parts sociales peuvent être libérées en espèces ou en na-

¹⁰¹⁵ BEHRENS, *Gesellschaft*, A 1 (p. 90/91); KUNZ/VALESE, p. 3.

¹⁰¹⁶ Environ 56 000 francs.

¹⁰¹⁷ Environ 112 francs.

¹⁰¹⁸ Selon la modification apportée par l'article V du 1. Euro-Justiz-Begleitgesetz du 14.8.1998 (Euro-JuBeG, BGBl. [A] I no 125/1998), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1999. S'agissant des sociétés à responsabilité limitée qui ont été inscrites ou dont l'inscription a été requise avant le 1^{er} janvier 1999, le capital social et les parts sociales peuvent encore être exprimés en schilling autrichien. Le capital social minimum est alors de ATS 500 000 et les parts sociales doivent avoir une valeur nominale minimum de ATS 1000 au moins en application de § 6 al. 1 aGmbHG (A) (art. X, § 5, Euro-JuBeG). Toutefois, si la société décide de procéder à une augmentation ou à une réduction de son capital social après le 31 décembre 2001, elle devra se conformer au § 6 al. 1 GmbHG (A). S'agissant des sociétés à responsabilité limitée qui sont inscrites ou dont l'inscription est requise entre le 1^{er} janvier 1999 et le 31 décembre 2001, le capital social et les parts sociales peuvent aussi être exprimés en schilling autrichien, mais ils doivent correspondre au moins à 35 000 respectivement à 70 euros selon le taux de conversion officiel fixé par l'Union européenne (art. X, § 6, Euro-JuBeG). Ce taux est de 1 euro = 13,7603 ATS (Règlement [CE] n° 2866/98 du Conseil, du 31 décembre 1998, concernant les taux de conversion entre l'euro et les monnaies des États membres adoptant l'euro [J.O.C.E. n° L 359, p. 1 - 2, du 31.12.1998]). Le capital social minimum des sociétés à responsabilité limitée inscrites ou dont l'inscription sera requise entre le 1^{er} janvier 1999 et le 31 décembre 2001 doit par conséquent atteindre environ ATS 419 000. La valeur nominale minimum des parts sociales environ ATS 963. Toutefois, si la société décide de procéder à une modification des statuts après le 31 décembre 2001, elle devra se conformer au § 6 al. 1 GmbHG (A). Par conséquent, uniquement les sociétés à responsabilité limitée dont l'inscription sera requise après le 1^{er} janvier 2001 devront obligatoirement avoir un capital social minimum de 35 000 euros et des parts sociales d'une valeur nominale minimum de 70 euros.

¹⁰¹⁹ Le droit autrichien ne connaît pas de capital social maximum.

¹⁰²⁰ REICH-ROHRWIG, 1/48 (p. 25) (voir § 4 al. 1 GmbHG (A)) et 1/167 [p. 54]).

¹⁰²¹ BEHRENS, *Gesellschaft*, A 39 (p. 105); GELLIS, ad § 6 GmbHG (A), N 4 (p. 64 et 65).

ture¹⁰²². En principe, au moins la moitié du capital social doit être libérée par des apports en espèces (§ 6a GmbHG [A]). Avant de déposer la demande d'inscription au registre du commerce, chaque part sociale à libérer en espèces doit l'être à raison d'un quart au moins, et au moins à concurrence de 70 euros; si l'apport en espèces à effectuer sur une part sociale est inférieure à 70 euros, l'apport en espèces doit être effectué intégralement (§ 10 al. 1/1 GmbHG [A])¹⁰²³. Toutefois, si en application du § 6a al. 2 à 4 GmbHG (A) l'apport total en espèces à effectuer est inférieur à 17 500 euros¹⁰²⁴, la totalité des apports en espèces doit être libérée avant l'inscription au registre du commerce (§ 10 al. 1/2 GmbHG [A])¹⁰²⁵. Les apports en nature doivent être effectués entièrement avant la demande d'inscription de la société au registre du commerce (§ 10 al. 1/3 GmbHG [A]). Si les fondateurs veulent libérer plus de la moitié du capital social par des apports en nature, ils doivent respecter des dispositions applicables à la société anonyme relatives aux apports en nature (§ 6a al. 1 à 4 GmbHG [A])¹⁰²⁶. On exige alors l'établissement d'un rapport de fondation dont la vérification incombe à un «Gründungsprüfer» (§§ 20, 24 - 27 Akt.G [A], § 29 al. 2 et 4 Akt.G [A]). Enfin, à l'instar du droit allemand et en application du § 10a GmbHG (A), l'associé qui a fait un apport en nature doit libérer en espèces une éventuelle différence de valeur entre la valeur promise et la valeur réelle de son apport (*Differenzhaftung*)¹⁰²⁷. De plus, indépendamment de l'établissement d'un rapport de fondation, tous les fondateurs répondent d'une surévaluation des apports en nature¹⁰²⁸.

Le capital social est fixe. Il ne peut être augmenté ou réduit qu'en respectant des règles particulières (§§ 52 ss GmbHG [A])¹⁰²⁹. L'obligation de libérer les parts sociales ne peut pas être supprimée en faveur des associés (§ 63 al. 3 GmbHG [A]) et un dividende ne peut être payé que sur le bénéfice (§ 82 al. 1 GmbHG [A]). Enfin, une assemblée générale doit être convoquée immédiatement si la moitié du capital social n'est plus couverte (§ 36 al. 2 GmbHG [A])¹⁰³⁰.

Au vu de ce qui précède, le capital social est un élément indispensable de la société à responsabilité limitée en droit autrichien. Malgré une réglementation

¹⁰²² KOSTNER-UMFAHRER, N 108 ss; REICH-ROHRWIG, 1/171 ss (p. 55 ss).

¹⁰²³ Depuis le 1^{er} janvier 1999 (art. V, Euro-JuBeG). En ce qui concerne les sociétés inscrites avant le 1^{er} janvier 1999 et entre le 1^{er} janvier 1999 et le 31 décembre 2001, voir article X, § 5 et 6, Euro-JuBeG).

¹⁰²⁴ Depuis le 1^{er} janvier 1999 (art. V, Euro-JuBeG). En ce qui concerne les sociétés inscrites avant le 1^{er} janvier 1999 et entre le 1^{er} janvier 1999 et le 31 décembre 2001, voir article X, § 5 et 6, Euro-JuBeG).

¹⁰²⁵ GELLIS, ad § 6a GmbHG (A), N 1 (p. 71 et 72); REICH-ROHRWIG, 1/176 (p. 57).

¹⁰²⁶ GELLIS, ad § 6a GmbHG (A), N 2 (p. 72 ss).

¹⁰²⁷ Cette disposition a été introduite le 1^{er} mars 1994. La doctrine admettait toutefois déjà auparavant l'existence d'une «Differenzhaftung» (voir REICH-ROHRWIG, 1/724 ss [p. 169 ss]).

¹⁰²⁸ REICH-ROHRWIG, 1/736 ss (p. 172 ss). Plus restrictif: KOPPENSTEINER, *Kommentar*, ad § 6a GmbHG (A), N 21 ss.

¹⁰²⁹ BEHRENS, *Gesellschaft*, A 40 ss (p. 105 ss).

¹⁰³⁰ BEHRENS, *Gesellschaft*, A 40 (p. 105); GELLIS, ad § 36 GmbHG (A), N 8 (p. 312 et 313).

légèrement différente, le capital social de la société à responsabilité limitée du droit autrichien correspond de par sa conception et de par ses fonctions au capital social de la société à responsabilité limitée suisse et allemande.

2.4.2-4.4. Belgique

La société privée à responsabilité limitée (S.P.R.L.) a été introduite en 1935 en droit belge¹⁰³¹. Elle est essentiellement régie par les articles 116 à 140quater des lois coordonnées des sociétés (L.C.S.) du 30 novembre 1935 qui font partie du Code de commerce¹⁰³².

La société privée à responsabilité limitée doit obligatoirement posséder un capital social d'au moins BEF 750 000 (art. 120 al.1 3° L.C.S.)^{1033, 1034, 1035}. Le capital social, qui doit être entièrement souscrit (art. 120 al. 1 2° L.C.S.), ainsi que le montant de la partie libérée de ce capital doivent figurer dans l'acte authentique (acte de société) (art. 121 al. 1 6° L.C.S.). Le capital social est entièrement divisé en parts sociales égales, avec ou sans valeur nominale¹⁰³⁶ (art. 124 al. 1 L.C.S.). Au moins BEF 250 000 doivent être libérés (art. 120 al.1 4° L.C.S.). Chacune des parts souscrites en numéraire (libération par apport en espèces) doit être libérée à raison de 20 % au moins (art. 120 al. 1 5° L.C.S.). Les apports doivent être versés sur un compte spécial en faveur de la société (art. 120bis qui renvoie à l'art. 29bis L.C.S.). Les parts sociales correspondant à des apports en nature doivent être libérées entièrement (art. 120 al. 1 6° L.C.S.). Un réviseur d'entreprises doit établir un rapport (art. 120bis L.C.S. qui renvoie à

¹⁰³¹ HOFFMANN, p. 22; WOUTERS, p. 162.

¹⁰³² Voir BEHRENS, *Gesellschaft*, B 1 et B 4 (p. 380 et p. 382).

¹⁰³³ Contrairement à l'Allemagne et à l'Autriche, la Belgique n'a pas encore adapté le droit des sociétés à l'euro. Depuis le 1^{er} janvier 1999, les sociétés peuvent toutefois fixer le capital social, les parts sociales et les montants à libérer en euros. Cela découle de l'article 8 du règlement 974/98 du Conseil du 3 mai 1998 concernant l'introduction de l'euro (J.O.C.E. n° L 139, p. 1 - 5, du 11.05.1998) directement applicable dans l'ordre interne et qui établit les règles de coexistence entre l'euro et les monnaies nationales. Le taux de conversion est de 1 euro = 40,3399 BEF (Règlement [CE] n° 2866/98 du Conseil, du 31 décembre 1998, concernant les taux de conversion entre l'euro et les monnaies des Etats membres adoptant l'euro [J.O.C.E. n° L 359, p. 1 - 2, du 31.12.1998]). Par loi du 30 octobre 1998 (Loi relative à l'euro, publiée le 10.11.1998 au *Moniteur Belge*), la Belgique a d'ailleurs prévu de règles de conversion facilitée pour passer du franc belge à l'euro. Ainsi, la conversion du capital social en euros, entre le 1^{er} janvier 1999 et le 31 décembre 2001 pourra se faire par une décision de l'assemblée générale statuant à la majorité simple, «actée sous seing privé» (art. 47 de la Loi relative à l'euro) alors qu'une modification statutaire doit normalement revêtir la forme authentique (voir art. 11bis L.C.S.). Voir à ce sujet, DUQUESNE, R.D.C. 1998, p. 861 ss, not. p. 867 et 868.

¹⁰³⁴ Le droit belge ne connaît pas de capital social maximum.

¹⁰³⁵ Le capital (social) doit de surcroît être suffisant par rapport à l'activité envisagée (art. 123 al. 2 7° L.C.S., pour plus de détails, voir 2.5.5. Excursus: La solution belge, p. 256 ss).

¹⁰³⁶ La possibilité de recourir à des parts sociales sans valeur nominale existe depuis le 1^{er} juillet 1996 (Loi du 13 avril 1995, art. 34).

l'art. 29bis L.C.S.)¹⁰³⁷. Malgré l'établissement d'un tel rapport, les fondateurs sont solidairement responsables envers les intéressées en cas de surévaluation manifeste des apports en nature (art. 123 al. 2 6° L.C.S.).

Le capital social de la société privée à responsabilité limitée est fixe. Il ne peut être augmenté ou réduit qu'en application de règles particulières¹⁰³⁸. Aucune distribution ne peut être faite aux associés si l'actif net tel qu'il résulte des comptes annuels est, ou deviendrait à la suite d'une telle distribution, inférieur au montant du capital social libéré augmenté des réserves liées (art. 137 L.C.S. qui renvoie à l'art. 77bis L.C.S.). Le capital social a également une fonction de sonnette d'alarme. En effet, si l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social, l'assemblée générale doit être réunie dans les deux mois au plus tard (art. 140 al. 1 L.C.S. qui renvoie à l'art. 103 al. 1 L.C.S.). De plus, si l'actif net est inférieur à BEF 250 000, tout intéressé peut demander au tribunal la dissolution de la société (art. 140 al. 2 L.C.S.).

En conclusion, à l'instar du droit suisse, le capital social est un élément essentiel de la société privée à responsabilité limitée en droit belge. Outre certains points concernant sa réglementation¹⁰³⁹, les fonctions du capital social sont les mêmes dans les deux ordres juridiques.

2.4.2-4.5. France

En France, la société à responsabilité limitée a été introduite en 1925¹⁰⁴⁰. Elle est actuellement (essentiellement¹⁰⁴¹) régie par la loi No 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales¹⁰⁴² ainsi que par son décret d'application No 67-236 du 23 mars 1967.

En ce qui concerne la constitution du capital social et à l'instar du droit suisse, la société à responsabilité limitée du droit français doit nécessairement avoir un capital social mentionné dans les statuts (art. 2 loi No 66-537)¹⁰⁴³ et au passif du bilan¹⁰⁴⁴. Il est entièrement divisé en parts sociales ayant une valeur nomi-

¹⁰³⁷ HOFFMANN, p. 24.

¹⁰³⁸ HOFFMANN, p. 31 et 32; WOUTERS p. 167 ss.

¹⁰³⁹ Voir notamment 2.5.5. Excursus: La solution belge, p. 256 ss.

¹⁰⁴⁰ Par une loi du 7 mars 1925. Voir KOBERG, *not.* p. 382 ss (voir bibliographie sous Allemagne); SAINTOURENS, N 13 (p. 4); VENANDET, fascicule 71 (éd. 1995), no 2 ss (p. 3 et 4).

¹⁰⁴¹ BEHRENS, *Gesellschaft*, F 1 (p. 255).

¹⁰⁴² Notamment les articles 34 à 69 et 340 ss.

¹⁰⁴³ HÉBERT, p. 78; MOUTHIER, p. 107; SAINTOURENS, N 38 (p. 17). Le capital social doit également figurer sur tous les documents ou actes destinés aux tiers (art. 34 loi No 66-537 et art. 28 du décret No 67-236). A noter que les statuts ne doivent revêtir la forme authentique que dans certains cas bien précis (voir DIVERS AUTEURS, *Revue fiduciaire*, p. 19 [N 21] et MAIER-BRIDOU, p. 80).

¹⁰⁴⁴ MOUTHIER, p. 94.

nale égale¹⁰⁴⁵. Le capital social minimum est de FRF 50 000 (art. 35 al. 1 loi No 66-537)^{1046, 1047, 1048}. Les parts sociales doivent être souscrites en totalité par les associés et intégralement libérées (art. 38 al. 1 loi No 66-537)¹⁰⁴⁹. Les apports en espèces doivent être déposés à la caisse des dépôts de consignation, chez un notaire ou dans une banque, avant l'acquisition de la personnalité juridique (art. 22 al. 1 décret No 67-236). L'émission au-dessous du pair est interdite¹⁰⁵⁰. Les statuts doivent en outre contenir l'évaluation de chaque apport en nature. Sauf exception, l'évaluation des apports en nature doit être basée sur un rapport établi par un commissaire aux apports (art. 40 al. 1 à 3 loi No 66-537)¹⁰⁵¹. Enfin, lorsque la valeur retenue par les associés est inférieure à la valeur retenue par le commissaire aux apports ou lorsqu'aucun commissaire aux apports n'est intervenu, les associés sont solidairement responsables pendant cinq ans, à l'égard des tiers, de la valeur attribuée aux apports en nature au moment de la constitution de la société (art. 40 al. 4 loi No 66-537)¹⁰⁵².

En ce qui concerne plus particulièrement le maintien du capital social, la législation française suit également le principe de la fixité¹⁰⁵³. En d'autres termes, l'augmentation et la réduction du capital social doivent se faire selon des règles

¹⁰⁴⁵ Le droit français n'exige toutefois plus de valeur nominale minimum pour les parts sociales (voir VENANDET, fascicule 72 [éd. 1995], no 19 [p. 6 et 7] et fascicule 73-10 [éd. 1995], no 10 [p. 3 et 4]).

¹⁰⁴⁶ La France n'a pas encore adapté le droit des sociétés à l'euro. Toutefois, à l'instar de ce qui vaut pour la Belgique (voir note 1033), les sociétés peuvent actuellement fixer le capital social, les parts sociales et les montants à libérer en euros. Cela découle de l'article 8 du règlement 974/98 du Conseil du 3 mai 1998 concernant l'introduction de l'euro (J.O.C.E. n° L 139, p. 1 - 5, du 11.05.1998) directement applicable dans l'ordre interne et qui établit les règles de coexistence entre l'euro et les monnaies nationales. Le taux de conversion et de 1 euro = 6,55957 FRF (Règlement [CE] n° 2866/98 du Conseil, du 31 décembre 1998, concernant les taux de conversion entre l'euro et les monnaies des Etats membres adoptant l'euro [J.O.C.E. n° L 359, p. 1 - 2, du 31.12.1998]). L'article 17 de la loi No 98-546 du 2 juillet 1998 portant sur diverses dispositions d'ordre économique et financier (1) (J.O. 152 du 3 juillet 1998) prévoit des règles particulières lorsque la conversion est accompagnée d'une augmentation (par incorporation de réserves ou de bénéfices) ou d'une réduction du capital social.

¹⁰⁴⁷ HÉBERT, p. 81; MAIER-BRIDOU, p. 81. Le chiffre de FRF 50 000 a été introduit par la loi No 84-148 du 1^{er} mars 1984. Plusieurs amendements avaient proposé d'augmenter le capital social minimum à FRF 100 000, mais pour l'instant ces propositions ont été écartées (voir NAFFAH, fascicule 78-20, no 10 [p. 6 et 7]; VENANDET, fascicule 72 [éd. 1995], no 10 [p. 4]). Le droit français ne connaît en revanche pas de capital social maximum.

¹⁰⁴⁸ Nous relevons toutefois que déjà avant le passage à l'euro, dans un arrêt du 2 juin 1994, la Cour d'appel de Paris a jugé que le capital social pouvaient être fixé en écus (Voir HÉBERT, p. 78).

¹⁰⁴⁹ SAINTOURENS, N 43 (p. 19).

¹⁰⁵⁰ BEHRENS, *Gesellschaft*, F 13 (p. 261).

¹⁰⁵¹ MAIER-BRIDOU, p. 82.

¹⁰⁵² HÉBERT, p. 79 et 87; SAINTOURENS, N 68 (p. 26 et 27).

¹⁰⁵³ MAIER-BRIDOU, p. 85. On parle du principe de l'intangibilité du capital social. Le droit français connaît toutefois aussi une société à responsabilité limitée à capital variable (COZIAN/VIANDIER, p. 439; DIVERS AUTEURS, *Revue fiduciaire*, p. 42 [N 75]; SAINTOURENS, N 41 [p. 18]).

particulières (art. 61 ss loi No 66-537)¹⁰⁵⁴. En cas de réduction du capital social, la loi française veille tout particulièrement à la protection des créanciers sociaux (voir art. 63 loi No 66-537). Aucune distribution ne peut être faite aux associés lorsque les capitaux propres sont ou deviennent inférieurs au montant du capital social augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer (art. 346 al. 3 loi No 66-537). De plus, le capital social a une fonction de sonnette d'alarme au sens de l'article 68 de la loi No 66-537 en cas de perte de capital¹⁰⁵⁵.

Au vu de ce qui précède, l'existence d'un capital social est indispensable pour la société à responsabilité limitée en droit français. Malgré une réglementation légèrement différente par rapport au droit suisse, le concept et les fonctions du capital social sont pour l'essentiel les mêmes.

2.4.2-4.6. Italie

La société à responsabilité limitée¹⁰⁵⁶ a été introduite dans le droit italien en 1942¹⁰⁵⁷. Elle est régie par les articles 2472 à 2497bis du Code civil italien (CCI) ainsi que, en raison d'un renvoi ou par analogie, par certaines dispositions applicables à la société anonyme¹⁰⁵⁸.

Le capital social souscrit et libéré doit nécessairement figurer dans l'acte constitutif qui doit revêtir la forme authentique (art. 2475 al. 1 ch. 4 CCI)¹⁰⁵⁹. Le capital social minimum est de ITL 20 millions¹⁰⁶⁰ divisé entièrement en parts sociales d'une valeur nominale minimum de ITL 1000¹⁰⁶¹ ou d'un multiple de

¹⁰⁵⁴ BEHRENS, *Gesellschaft*, F 37 ss (p. 272 et 273); NAFFAH, fascicule 78-20; SAINTOURENS, N 109 ss (p. 40 ss).

¹⁰⁵⁵ HÉBERT, p. 82.

¹⁰⁵⁶ La società a responsabilità limitata (s.r.l.).

¹⁰⁵⁷ Pour l'historique, voir MAROCCO/MORANO/RAYNAUD, 1.2. (p. 6 ss).

¹⁰⁵⁸ KRONKE, I 1 (p. 897).

¹⁰⁵⁹ Le capital social libéré doit également figurer dans la correspondance commerciale (art. 2250 CCI) (voir STASSANO/STASSANO, p. 4). En ce qui concerne l'acte constitutif, voir CAGNASSO/IRRERA, p. 136 ss.

¹⁰⁶⁰ A l'origine, le capital minimum avait été fixé à ITL 50 000. La limite actuelle a été introduite par la loi du 16 décembre 1977, n. 904. Les sociétés constituées après le 1.1.2002 devront avoir un capital social minimum de 10 000 euros. Ce minimum vaut aussi pour les sociétés constituées après le 1.1.1999 et qui optent (volontairement) pour un capital social exprimé en euros (voir notamment l'art. 4 al. 2 et 3 du Decreto Legislativo 24 giugno 1998, n. 213, Disposizioni per l'introduzione dell'EURO nell'ordinamento nazionale, a norma dell'articolo 1, comma 1, della legge 17 dicembre 1997, n. 433, Gazz. Uff. 8 luglio 1998, n. 157). En ce qui concerne la conversion (facilitée) en euros d'un capital social exprimé en lires, voir notamment l'art. 17 du Decreto Legislativo précité.

¹⁰⁶¹ La valeur nominale minimum des parts sociales des sociétés constituées après le 1.1.2002 sera de 1 euro. Ce minimum vaut aussi pour les sociétés constituées après le 1.1.1999 et qui optent (volontairement) pour un capital social exprimé en euros (voir notamment l'art. 4 al. 2 et 3 du Decreto Legislativo 24 giugno 1998, n. 213 [cité à la note 1060]).

cette somme¹⁰⁶² (art. 2474 al. 1 à 3 CCI). Le capital social figure au passif du bilan et il doit être entièrement souscrit avant l'inscription de la société au registre du commerce¹⁰⁶³. Les apports en espèces doivent être effectués à raison de 30 % au moins avant l'établissement de l'acte constitutif. Les versements doivent se faire auprès d'une institution de crédit. Les apports en nature doivent être effectués intégralement avant la souscription des parts sociales (art. 2476 al. 1 CCI qui renvoie à l'art. 2342 al. 2 CCI)¹⁰⁶⁴. Un expert indépendant nommé par le juge doit établir la valeur de l'apport. Au plus tard 6 mois après la fondation de la société, les membres du Conseil d'administration et de l'organe de contrôle (s'il existe) doivent à leur tour vérifier le rapport fait par l'expert susmentionné. Si la valeur des biens est inférieure d'au moins 20 % à la valeur pour laquelle ils ont été acceptés, la société doit procéder à une réduction du capital social. L'associé peut toutefois aussi choisir de verser la différence en espèces (art. 2476 al. 1 CCI qui renvoie à l'art. 2343 CCI)¹⁰⁶⁵.

Le capital social est fixe. Son augmentation et sa réduction sont soumises à des règles précises¹⁰⁶⁶. La distribution d'un dividende ne peut intervenir que lorsque la société a réalisé un bénéfice (art. 2492 al. 2 CCI qui renvoie à l'art. 2433 CCI). Le capital social a également une fonction de sonnette d'alarme en cas de perte de capital (art. 2496 CCI qui renvoie à l'art. 2446 CCI).

Ainsi, l'existence d'un capital social est indispensable pour la société à responsabilité limitée du droit italien. Malgré une réglementation légèrement différente par rapport au droit suisse, le concept et les fonctions du capital social sont essentiellement les mêmes.

2.4.2-4.7. Grande-Bretagne

En Grande-Bretagne la *private company limited by shares* (Ltd.) correspond d'un point de vue économique et pratique à la société à responsabilité limitée du droit allemand¹⁰⁶⁷. Elle est essentiellement régie par le Companies Act de

¹⁰⁶² Le droit italien ne connaît pas de capital social maximum (CAGNASSO/IRRERA, p. 148).

¹⁰⁶³ KRONKE, I 11 (p. 903 et 904).

¹⁰⁶⁴ CAGNASSO/IRRERA, p. 181.

¹⁰⁶⁵ SIRTOLI, p. 94 ss; MARTELLA, ad art. 2343 CCI ainsi que SPATAZZA, p. 131 ss.

¹⁰⁶⁶ KRONKE, I 38 ss (p. 916 ss).

¹⁰⁶⁷ TRIEBEL/HODGSON/KELLENTER/MÜLLER, N 586. D'un point de vue conceptuel, il existe toutefois une grande différence par rapport au droit allemand. En effet, la *private company limited by shares* et la *public company limited by shares* sont basées sur les mêmes structures, alors qu'en droit allemand la société à responsabilité limitée et la société anonyme présentent des différences structurelles fondamentales (voir SHEARMAN, p. 51).

1985¹⁰⁶⁸, ¹⁰⁶⁹. Les statuts de la Ltd. sont composés de deux documents: le *memorandum of association* et les *articles of association*. Le *memorandum of association* est le document le plus important au moment de la constitution. Il régle les bases de la société ainsi que les rapports externes¹⁰⁷⁰.

En ce qui concerne plus particulièrement la constitution du capital social et en application de l'article 2 (5) (a) du Companies Act de 1985, le *memorandum of association* doit obligatoirement mentionner le chiffre du capital social autorisé et la valeur nominale de chaque part¹⁰⁷¹, ¹⁰⁷². Contrairement à ce qu'il fait pour les *public companies limited by shares*, le Companies Act de 1985 n'exige aucun capital social autorisé (et souscrit) minimum pour les Ltd.¹⁰⁷³. Il suffit que chaque fondateur souscrive une part sociale au moment de la fondation de la société¹⁰⁷⁴. De plus, le Companies Act de 1985 n'exige pas une libération minimum des parts sociales souscrites. En d'autres termes, une Ltd. peut naître alors qu'elle ne dispose d'aucune fortune sociale¹⁰⁷⁵! Si, à l'instar des droits continentaux susmentionnés, les parts sociales ne peuvent pas être émises au-dessous du pair¹⁰⁷⁶, le contrôle de la libération effective est inexistant. Cela vaut notamment pour les apports en nature¹⁰⁷⁷. Sauf en cas de fraude ou lorsque l'apport en nature promis est parfaitement illusoire, les tribunaux ne reviennent pas sur l'évaluation faite par les fondateurs¹⁰⁷⁸. De plus, la sous-capitalisa-

¹⁰⁶⁸ Le Companies Act de 1985 est notamment publié dans Palmer's Company Law. Pour le développement historique de la *private company*, voir BOWEN, p. 1 ss.

¹⁰⁶⁹ Le Companies Act de 1985 définit expressément la *public company* (Companies Act 1985, art. 1 [3]). Toute société qui n'est pas une *public company* selon cette définition est une *private company*.

¹⁰⁷⁰ SHEARMAN, p. 53.

¹⁰⁷¹ BOWEN, p. 63; DAVIES, *Principles*, p. 236; GOULDING, p. 59; SHEARMAN, p. 56. Dans certaines circonstances (en tout cas pour les *public companies*) les tribunaux acceptent que le capital social soit indiqué dans une autre monnaie qu'en livres sterling (voir SCHMITTHOFF, No 11-05 [p. 161]). Bien que la Grande-Bretagne n'ait pour l'instant pas adopté l'euro, il est par conséquent possible que le capital social soit fixé - en tout cas partiellement - en cette monnaie.

¹⁰⁷² Le Companies Act de 1985 ne permet pas le recours à des parts sociales sans valeur nominale!

¹⁰⁷³ Voir les articles 117 ss du Companies Act de 1985. A ce sujet, voir BOWEN, p. 143 ainsi que TRIEBEL/HODGSON/KELLENTER/MÜLLER, N 577.

¹⁰⁷⁴ La Ltd. peut être fondée par une seule personne qui doit souscrire au moins une part sociale (GOULDING, p. 59). Pour le reste, la loi n'exige aucun montant de souscription minimum (PRIME/SCANLAN, p. 174).

¹⁰⁷⁵ BEHRENS, *Gesellschaft*, GB/NI/EI 18 (p. 858); PRIME/SCANLAN, p. 180: «In short, a private company may commence business having allotted one share only at a nominal value of a pound, of which not even ten pence is paid up on allotment». Voir également les explications de DAVIES, *Legal Capital*, AG 1998, p. 346 ss, not. p. 347.

¹⁰⁷⁶ DAVIES, *Principles*, p. 237; PRIME/SCANLAN, p. 184. Voir article 100 (1) Companies Act 1985.

¹⁰⁷⁷ La société doit simplement faire parvenir au *registrar* le contrat d'apport en nature (s'il a été fait par écrit) ou l'informer des conditions principales de l'accord (en l'absence d'un contrat écrit). Il est toutefois facile de contourner ces exigences (PRIME/SCANLAN, p. 185).

¹⁰⁷⁸ DAVIES, *Principles*, p. 238; PRIME/SCANLAN, p. 185. Les articles 99 - 113 du Companies Act 1985 ne s'appliquent qu'aux *public companies*!

tion n'est en principe pas un facteur que les tribunaux anglais prennent en considération pour décider de la levée du voile corporatif¹⁰⁷⁹.

Le capital social souscrit (mais non pas le capital social autorisé) ne peut être réduit qu'en respectant une procédure particulière. Lorsque la réduction touche les intérêts des créanciers sociaux, un juge doit donner son accord. Dans certains cas, l'accord du juge n'est toutefois pas nécessaire de sorte que la protection offerte aux créanciers sociaux est moins bonne que dans les droits continentaux¹⁰⁸⁰. De même, contrairement aux droits continentaux, le capital social souscrit (ou autorisé) ne remplit pas la fonction de sonnette d'alarme en cas de perte de capital. Sur ce point, la réglementation légale anglaise des Ldt. est moins stricte que celle des *public companies limited by shares* dont la réglementation a dû être harmonisée avec la 2^e directive de l'Union européenne¹⁰⁸¹.

Malgré un recours obligatoire à un capital social pour les Ldt., la réglementation britannique diffère largement des droits continentaux. Le concept de capital social d'une Ldt. n'est pas le même qu'en droit suisse. La réglementation britannique n'attache notamment pas d'importance à la constitution effective du capital social au moment de la fondation de la société¹⁰⁸². A noter que selon certains, dans la mesure où le législateur n'exige pas un capital social souscrit minimum, les règles tendent à en assurer la constitution effective ne seraient de toute façon pas d'une très grande utilité¹⁰⁸³. La solution britannique relative au capital social peut être qualifiée d'hybride. Elle se situe à mi-chemin entre la solution du R.M.B.C.A. et celles du droit suisse et des Etats européens étu-

2.4.2-4.8. Conclusion

Malgré des réglementations différentes, le concept du capital social tel que nous le connaissons en droit suisse de la société à responsabilité limitée est également retenu par l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la France et l'Italie. Le capital social représente chaque fois un élément essentiel. Sa constitution effective et son maintien font partie des principales préoccupations des législateurs respectifs. Bien que la 2^e directive ne s'applique pas¹⁰⁸⁴, les législateurs nationaux ont néanmoins montré une nette tendance à en intégrer certains

¹⁰⁷⁹ GOULDING, p. 60.

¹⁰⁸⁰ SHEARMAN, p. 57 et 58. Voir les articles 135 ss Companies Act 1985.

¹⁰⁸¹ BOWEN, p. 143. Voir également PRIME/SCANLAN, p. 188 et 189.

¹⁰⁸² L'absence d'une réglementation contraignante en matière de constitution effective du capital social est toutefois, au moins partiellement, compensée par des règles du droit des poursuites, telles que les règles régissant le «wrongful trading» et la «director disqualification». Dans ce sens DAVIES, *Legal Capital*, AG 1998, p. 346 ss, not. p. 349 ss.

¹⁰⁸³ SHEARMAN, p. 57. A notre avis, cette manière de voir est trop simpliste (voir p. 251).

¹⁰⁸⁴ Voir 2.4.2-3.2. Les directives applicables à la société à responsabilité limitée, p. 225 ss.

éléments dans la réglementation de la société à responsabilité limitée¹⁰⁸⁵. En d'autres termes, la réglementation du capital social a tendance à devenir plus exigeante, technique et détaillée¹⁰⁸⁶. Un abandon du concept de capital social n'est pas à l'ordre du jour¹⁰⁸⁷.

2.4.3. **Appréciation**

Contrairement aux pays européens, le R.M.B.C.A. et le U.L.L.C.A., ainsi que la plupart des Etats membres des Etats-Unis ne connaissent pas le concept de capital social¹⁰⁸⁸. Cette solution présente indéniablement un avantage logique et conceptuel. Premièrement, il évite la confusion entre le capital social et la fortune sociale. Deuxièmement, le système de protection des créanciers sociaux n'est pas basé sur le capital social (qui ne constitue pas une véritable garantie) mais directement sur la fortune sociale. Troisièmement, la réglementation légale lourde du capital social peut être abandonnée sans qu'il en résulte nécessairement une protection insuffisante pour les créanciers sociaux.

En raison de ses avantages, le système du R.M.B.C.A. (ou de l'U.L.L.C.A.) mériterait d'être retenu par le législateur suisse lors de la révision du droit de la société à responsabilité limitée. En revanche, au vu de l'évolution des réglementations européennes en la matière, un abandon du concept de capital social ne nous paraît actuellement pas souhaitable¹⁰⁸⁹. De plus, l'abandon du concept de capital social créerait une divergence importante par rapport au droit de la société anonyme qui, lors de la révision de 1991, a maintenu le concept de capital-actions. Certes, le maintien du concept de capital-actions n'implique pas

¹⁰⁸⁵ Pour la Belgique, voir WOUTERS, p. 164 ss.

¹⁰⁸⁶ Sauf la réglementation de la Grande-Bretagne.

¹⁰⁸⁷ Probablement dans le même sens DE KLUIVER, p. 27 (voir bibliographie sous Union européenne).

¹⁰⁸⁸ Voir 2.4.2-2. Les systèmes des *close corporations* et des *limited liability companies* aux Etats-Unis, p. 215 ss.

¹⁰⁸⁹ A ce propos, il est intéressant de constater que la Fédération de Russie, bien qu'elle ait essentiellement été conseillée par des juristes des Etats-Unis, a opté pour le concept du capital social lors de l'introduction de la société à responsabilité limitée dans son ordre juridique (voir notamment les articles 11 - 31 de la loi fédérale no 14-FZ du 8 février 1998 [entrée en vigueur le 1^{er} mars 1998] avec les amendements et compléments du 11 juillet 1998). La législation de la Fédération de Russie exige notamment un capital social (autorisé) minimum exprimé en roubles qui correspond à 100 fois le salaire minimum fixé par la législation fédérale au moment de l'inscription de la société (art. 14 al. 1; actuellement le salaire minimum correspond à environ USD 20 [voir GABRIELE HERBERSTEIN, *Die GmbH in Europa*, Vienne 1999, p. 303]). De plus, au moment de l'inscription, la moitié au moins du capital social doit être libérée (art. 16 al. 2) et les apports en nature doivent être soumis à une évaluation par une personne indépendante lorsqu'ils excèdent globalement 200 fois le salaire minimum (art. 15 al. 2). Pour une traduction allemande de la loi fédérale no 14-FZ du 8 février 1998 ainsi qu'un bref commentaire des articles précités, voir *Internationales und ausländisches Wirtschafts- und Steuerrecht, Russische Föderation, GmbH-Recht, Bundesstelle für Aus- und Handelsinformation*, Cologne 1998.

nécessairement le maintien du capital social pour les sociétés à responsabilité limitée. A notre avis, il est toutefois préférable de maintenir un même concept pour les deux sociétés, ne serait-ce que pour éviter une concurrence malsaine entre ces deux formes de société. Enfin, tout en maintenant le concept du capital social, le législateur suisse a la possibilité d'en assouplir la réglementation. Nous pensons plus particulièrement à l'abandon d'un capital social minimum¹⁰⁹⁰ et maximum¹⁰⁹¹ ainsi que, éventuellement, à l'introduction de parts sociales sans valeur nominale¹⁰⁹².

2.5. Le capital social minimum

2.5.1. Introduction

Le droit actuel exige un capital social minimum de 20 000 francs (art. 773 CO). Ce chiffre a été fixé après de longues tergiversations¹⁰⁹³. Par rapport aux pays européens précités qui connaissent un capital social minimum, le chiffre de 20 000 francs se trouve en bas de l'échelle. Seules la France et l'Italie se contentent actuellement d'un capital social minimum inférieur¹⁰⁹⁴. La Grande-Bretagne est l'unique pays européen étudié à ne pas connaître de capital social minimum¹⁰⁹⁵.

L'AVANT-PROJET fixe le capital social minimum à 40 000 francs (art. 773 AP 1999)¹⁰⁹⁶. Les auteurs de l'AVANT-PROJET justifient leur choix en invoquant trois raisons¹⁰⁹⁷. Premièrement, il ne serait pas opportun d'exiger un capital social minimum supérieur au capital-actions minimum (100 000 francs [art. 621 CO]). Deuxièmement, vu la baisse du pouvoir d'achat du franc, un capital social de 20 000 francs ne suffit pas à couvrir les coûts de la première année d'activité d'une entreprise, même de dimension modeste¹⁰⁹⁸. Troisièmement, en fixant le capital social à 40 000 francs, ce dernier représente 40 % du capital-

¹⁰⁹⁰ Voir 2.5. Le capital social minimum, p. 239 ss.

¹⁰⁹¹ Voir 2.6. Le capital social maximum, p. 260 ss.

¹⁰⁹² Les parts sociales sans valeur nominale sont notamment admises en droit belge (voir 2.4.2-4.4. Belgique, p. 231 ss ainsi que la note 1036).

¹⁰⁹³ Voir 5. La révision de 1936, p. 14 ss.

¹⁰⁹⁴ Allemagne: 25 000 euros (ou l'équivalent en DEM) ≈ 40 000 francs (§ 5 al. 1 et § 86 al. 2/ GmbHG [D]).

Autriche: 35 000 euros (ou l'équivalent en ATS) ≈ 56 000 francs (§ 6 al. 1 GmbHG [A] et art. X, § 6, Euro-JuBeG).

Belgique: BEF 750 000 (ou l'équivalent en euro) ≈ 30 000 francs (art. 120 al. 1 3° L.C.S.).

France: FRF 50 000 (ou l'équivalent en euro) ≈ 12 500 francs (art. 35 al. 1 loi No 66-537).

Italie: ITL 20 millions ≈ 17 000 francs (art. 2474 al. 1 CCI) ou 10 000 euros ≈ 16 000 francs (art. 4 al. 2 et 3 du Decreto Legislativo 24 giugno 1998, n. 213, cité à la note 1060).

¹⁰⁹⁵ Voir 2.4.2-4.7. Grande-Bretagne, p. 235 ss.

¹⁰⁹⁶ Il en va de même du PROJET 1996 (art. 773 P 1996).

¹⁰⁹⁷ RAPPORT D'EXPERTS, ch. 225.1 (p. 16). Voir aussi RAPPORT EXPLICATIF, p. 101.

¹⁰⁹⁸ Cet argument a été repris par FURRER (NZZ du 29.7.1997, no 173, p. 21).

actions minimum, ce qui correspond à la situation antérieure à la révision du droit de la société anonyme.

Au vu de ce qui précède, les auteurs de l'AVANT-PROJET justifient leur choix sans remettre en cause l'exigence même d'un capital social minimum. Or, avant de déterminer le capital social minimum, il nous semble important de vérifier le bien-fondé d'une exigence en la matière¹⁰⁹⁹. S'il s'avère que l'exigence d'un capital social minimum est dépourvue d'un fondement objectif, la discussion quant à son importance deviendrait alors sans objet.

2.5.2. Arguments avancés en faveur d'un capital social minimum

2.5.2-1. Protection des créanciers sociaux

Le capital social minimum est censé protéger les créanciers sociaux.

Nous avons démontré que le capital social ne correspond pas à la fortune sociale de la société à responsabilité limitée¹¹⁰⁰. Autrement dit, l'exigence d'un capital social minimum ne garantit pas l'existence d'une fortune sociale minimum aux créanciers sociaux. Ceci vaut d'ailleurs déjà au moment de l'acquisition de la personnalité juridique par la société puisque les frais de fondation sont déduits de la fortune sociale. De plus, en cours de vie sociale, le capital social minimum n'empêche pas la société de faire des pertes et de se retrouver, le cas échéant, en situation de surendettement. Certes, en cas de perte qualifiée de capital, le capital social minimum a une fonction de sonnette d'alarme. Les statistiques allemandes récentes prouvent toutefois l'inefficacité du capital social en ce qui concerne la protection des créanciers. En effet, en 1993, le découvert total subi par les créanciers dans les anciens *Länder* en raison des faillites de sociétés à responsabilité limitée a été de DEM 6883 millions¹¹⁰¹. Par rapport au nombre de faillites (9315¹¹⁰²) de sociétés à responsabilité limitée dans les anciens *Länder* en 1994, on constate qu'en moyenne, la faillite d'une société à responsabilité limitée a laissé un découvert d'environ

¹⁰⁹⁹ Lors de la révision du droit de la société à responsabilité limitée en Allemagne qui a conduit à la novelle de 1980, le bien-fondé d'un capital social minimum n'a pas été discuté. L'absence d'une discussion de principe a été critiquée par MOSTHAF (MOSTHAF, p. 63).

¹¹⁰⁰ Voir 3.4. La fortune de la société, p. 70 ss.

¹¹⁰¹ Statistisches Jahrbuch 1995 für die Bundesrepublik Deutschland, p. 140 (7.9.5 Finanzielle Ergebnisse von eröffneten Konkurs- und Vergleichsverfahren im früheren Bundesgebiet).

¹¹⁰² Statistisches Jahrbuch 1995 für die Bundesrepublik Deutschland, p. 138 (7.9.1 Insolvenzen 1994 nach Wirtschaftszweigen und Rechtsformen).

DEM 740 000¹¹⁰³, ¹¹⁰⁴) Malheureusement, il n'existe pas de statistiques semblables pour la Suisse. Or, même si les chiffres allemands ne peuvent pas être transposés sans autre à la Suisse, ils démontrent parfaitement l'inefficacité du capital social en matière de protection des créanciers.

2.5.2-2. Empêchement de la création de sociétés qui ne sont pas viables

L'exigence d'un capital social minimum est destinée à empêcher la constitution de sociétés à responsabilité limitée dont les apports irrévocablement promis par les fondateurs ne suffisent pas à financer les activités envisagées. En d'autres termes, on veut empêcher la création de sociétés qui ne sont pas viables.

Cet argument ne vaut que si l'on peut effectivement déterminer le besoin en capital social d'une société à responsabilité limitée. Or, les auteurs (allemands) qui se sont le plus récemment exprimés à ce sujet affirment unanimement qu'il est impossible de déterminer à l'avance quel sera le capital social nécessaire¹¹⁰⁵. C'est d'ailleurs également l'avis des auteurs qui se prononcent en faveur d'un capital social minimum¹¹⁰⁶! Le capital social minimum nécessaire dépend essentiellement de l'importance et du genre d'activités de la société¹¹⁰⁷ et non pas de la forme de société (société anonyme, société à responsabilité limitée, société coopérative). Le législateur suisse a parfois tenu compte de ce fait. Ainsi, il a soumis le secteur bancaire à des règles beaucoup plus exigeantes en matière de capital social. En vertu de l'article 4 de l'Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne (OB), l'exploitation d'une banque est - sauf exception - soumise à l'exigence d'un capital social entièrement libéré de 10 millions de francs au moins¹¹⁰⁸. Le respect des obligations relatives au capital

¹¹⁰³ La aGmbHG (D) exigeait en 1994 un capital social minimum de DEM 50 000 (§ 5 al. 1 aGmbHG [D]). Or, déjà à la fin des années 70, lorsque le capital social était encore fixé à DEM 20 000, le découvert moyen en cas de faillite était d'environ DEM 400 000 (RECHTSAUSSCHUSS, BT-DRUCK, 8/3908, p. 68)!

¹¹⁰⁴ De plus, selon les chiffres fournis par Creditreform pour la fin des années 70, les sociétés à responsabilité limitée avec un capital social de DEM 20 000 ne représentaient que 25 % des faillites de sociétés à responsabilité limitée alors qu'elles représentaient plus de 60 % des sociétés à responsabilité limitée existantes (RECHTSAUSSCHUSS, BT-DRUCK, 8/3908, p. 69).

¹¹⁰⁵ BÜSCHGEN, GmbHR 1974, p. 25 ss et 49 ss; CLAUSSEN, GmbHR 1994, p. 9 ss, not. p. 15; LUTTER, *Mindestkapital*, p. 169 et 170; MOSTHAF, p. 64; PRIESTER, p. 160.

¹¹⁰⁶ Par exemple: LUTTER, *Mini-Directive*, p. 203 (voir bibliographie sous Union européenne) et *Garantiekapital*, AG 1998, p. 375 ss (voir bibliographie sous Allemagne).

¹¹⁰⁷ DE KLUIVER, p. 26 (voir bibliographie sous Union européenne). Les législateurs cantonaux avaient d'ailleurs parfaitement conscience de ce fait en exigeant pour les sociétés anonymes le plus souvent un capital qui soit en relation avec les activités et les engagements futurs prévisibles de la société (voir 2. Les législations cantonales antérieures à 1881, p. 5 ss; notamment les législations cantonales citées à la note 5)!

¹¹⁰⁸ Dans la mesure où, actuellement, le capital social ne peut pas excéder 2 millions de francs (art. 773 CO), l'exploitation d'une banque sous la forme d'une société à responsabilité limitée est impossible! En revanche, une activité bancaire peut être exercée par des sociétés

social n'est toutefois pas suffisant aux yeux du législateur. Les sociétés exploitant une activité bancaire doivent notamment maintenir une proportion appropriée entre leurs fonds propres et leurs engagements ainsi qu'entre leurs disponibilités et leurs actifs facilement réalisables d'une part et leurs engagements à court terme d'autre part (voir art. 4 al. 1 LB; art. 11 ss [fonds propres], 15 ss [liquidités] et 21 ss [répartition du risque] OB)¹¹⁰⁹.

Enfin, nous pensons que la fixation d'un capital social minimum par le législateur peut même avoir un effet pervers. Il fait croire aux fondateurs d'une société à responsabilité limitée que les exigences légales minimum en matière de capital social suffisent à assurer la pérennité de la société¹¹¹⁰.

2.5.2-3. Contrepartie de la responsabilité limitée

Selon certains, le capital social ou le capital-actions minimum constitue le droit d'entrée à payer pour bénéficier d'une exclusion de responsabilité personnelle¹¹¹¹. En d'autres termes, celui qui veut exclure sa responsabilité personnelle doit prendre à sa charge une partie du risque inhérent à l'activité commerciale de la société. Il ne doit pas pouvoir transférer l'intégralité de ce risque aux créanciers sociaux¹¹¹². La participation au risque est un indice du sérieux d'une entreprise et constitue un moyen d'obtenir une gestion saine et responsable de la société¹¹¹³.

qui ne possèdent pas de capital social au sans où nous l'entendons. Il en va ainsi des sociétés en nom collectif et en commandite (voir KLEINER in: Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, ad art. 1 LB, N 38 et ad art. 3 LB, N 27 et 91).

¹¹⁰⁹ Pour plus d'explications, voir Bulletins CFB: Fascicule spécial no 27 (1995), Les nouvelles dispositions en matière de fonds propres; Fascicule spécial no 30 (1996), Les nouvelles dispositions en matière de répartition des risques; Fascicule spécial no 34 (1998), Les nouvelles dispositions en matière de fonds propres pour les risques de marché.

¹¹¹⁰ Dans ce sens déjà DABIN (DABIN, p. 137) (voir bibliographie sous Belgique).

¹¹¹¹ LUTTER, *Kapitalschutz*, p. 505 ainsi que *Garantiekapital*, AG 1998, p. 375 (voir bibliographie sous Allemagne). L'avis majoritaire des personnes consultées à la fin des années 70 lors de la révision du droit allemand de la société à responsabilité limitée va dans le même sens (voir RECHTSAUSSCHUSS, BT-DRUCK, 8/3908, p. 69). Cet argument a également été avancé par FORSTMOSER pour justifier l'augmentation du capital social à 40 000 francs dans le PROJET 1996 (art. 773 P 1996) (voir FORSTMOSER, *Gesellschafterschutz*, p. 120). En revanche, sans se référer expressément au capital social, VON PLANTA (*Révision*, Revue 4/1998, p. 6 ss, not. p. 7) estime qu'à son avis les auteurs du projet de révision du droit de la société à responsabilité limitée de 1996 «se faisaient trop guider par l'idée que la responsabilité limitée n'est pas gratuite, qu'elle ne peut être <bradée> à bas prix».

¹¹¹² LUTTER, *Entwicklung*, p. 65: «Die Anordnung eines Mindestkapitals ist typisch für Kapitalgesellschaften im Civil Law-Bereich und stellt dort das im Gläubigerinteresse notwendige Korrelat zum Privileg der beschränkten Haftung dar» (voir bibliographie sous Allemagne); voir également PRIESTER, p. 187 (voir bibliographie sous Allemagne).

¹¹¹³ RAISER, p. 24 et 25 (voir bibliographie sous Allemagne); RECHTSAUSSCHUSS, BT-DRUCK, 8/3908, p. 69.

Le risque de subir des pertes et d'en faire supporter une partie aux créanciers sociaux est plus ou moins important selon l'activité projetée de la société. Un même capital social minimum pour toutes les sociétés à responsabilité limitée ne permet pas d'en tenir compte. Pour être utile, l'allocation du risque d'échec doit se faire de cas en cas¹¹¹⁴. Enfin, même en l'absence d'une responsabilité personnelle des associés pour les dettes sociales, nous constatons que le législateur n'impose pas à toute société exploitant une entreprise commerciale le recours à un capital social minimum. Ainsi, il est possible de fonder une société coopérative sans capital social (minimum)¹¹¹⁵ qui exploite une entreprise commerciale et dans laquelle les associés n'ont aucune responsabilité personnelle pour les dettes sociales (art. 868 CO)¹¹¹⁶. Or, il va sans dire que l'activité d'une société coopérative peut créer autant de risques pour les créanciers sociaux que l'activité exercée par une société à responsabilité limitée¹¹¹⁷. De même, le législateur n'exige pas des apports minima de la part des associés d'une société de personnes. Certes, les créanciers sociaux peuvent se retourner contre les associés et exiger, le cas échéant, le paiement des dettes sociales. Dans la mesure où le législateur n'exige pas l'existence d'une fortune personnelle (séparée de la fortune commerciale), la garantie offerte aux créanciers n'est toutefois d'aucune valeur. La même chose vaut aussi pour celui qui exploite une entreprise individuelle¹¹¹⁸. S'il est vrai qu'en général, lorsque les associés sont personnellement responsables des dettes sociales, ils ont tendance à limiter les risques et à gérer leur société de manière plus prudente, cela ne vaut pas lorsqu'ils sont «judgment-proof», c'est-à-dire lorsque leur fortune personnelle est trop petite et échappe à l'exécution forcée. Autrement dit, la responsabilité personnelle pour les dettes sociales ne garantit pas une gestion saine et responsable de la société par ses associés.

2.5.2-4. Limitation du champ d'application de la société à responsabilité limitée

Selon certains, la société à responsabilité limitée ne devrait pas être ouverte aux entreprises de peu d'importance économique¹¹¹⁹. Cet argument a

¹¹¹⁴ Voir également WIEDEMANN, *Haftungsbeschränkung*, p. 17 ss (voir bibliographie sous Allemagne).

¹¹¹⁵ Article 833 ch. 1 CO. Voir FLURI, p. 44; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 19 N 29; REYMOND, TPS VIII/III/1, § 9 (p. 59 ss); SCHENKER, BaK, ad art. 833 CO, N 3.

¹¹¹⁶ Voir GUTZWILLER, ZK, ad art. 868 CO, N 1 ss; NIGG, BaK, ad art. 868 CO, N 1 et *Genossenschaftshaftung*, p. 15 ss.

¹¹¹⁷ Nous pensons à une société coopérative d'habitation dont l'activité est largement financée par des prêts.

¹¹¹⁸ Dans le même sens, MOSTHAF, p. 65 (voir bibliographie sous Allemagne).

¹¹¹⁹ Pour l'Allemagne, voir REFERENTENENTWURF, p. 143 (implicite) et FABRICIUS, *GmbHR* 1970, p. 137 ss.

également été avancé par le Conseil fédéral en 1928¹¹²⁰.

FABRICIUS a démontré qu'en raison de l'abandon du système de la concession à la fin du 19^e siècle en Allemagne, cet argument était indissociablement lié à la volonté de ne pas permettre à toutes les catégories de personnes de fonder des sociétés à responsabilité limitée¹¹²¹. Même si ce n'était pas nécessairement le cas en Suisse en 1928¹¹²², l'argument n'est dans tous les cas aujourd'hui plus de mise. Premièrement, il est difficile, voire impossible, de déterminer les entreprises de peu d'importance économique¹¹²³. Deuxièmement, l'importance économique d'une entreprise ne dépend pas du capital social¹¹²⁴. Troisièmement, le fait d'empêcher les petites entreprises de revêtir la forme de la société à responsabilité limitée va à l'encontre de la volonté actuelle d'améliorer la situation des entreprises de petite taille (P.M.E.)¹¹²⁵ et d'encourager la création de nouvelles entreprises¹¹²⁶.

2.5.2-5. Eviter la «mortalité infantile» des sociétés à responsabilité limitée

Certains voient dans l'exigence d'un capital social minimum la possibilité de limiter la «mortalité infantile» des sociétés à responsabilité limitée¹¹²⁷. En effet, en Allemagne, les statistiques officielles montrent qu'en 1994 environ 80 % des entreprises¹¹²⁸ tombées en faillite existaient depuis moins de 8 ans¹¹²⁹. Les sta-

¹¹²⁰ FF 1928 I p. 307 et 308 (implicitement).

¹¹²¹ FABRICIUS, GmbHR 1970, p. 137 ss, not. p. 139: «Der wohlhabende, besitzende Bürger, der sich der Form der GmbH bedienen konnte, war die beste Gewähr für politische und sozialpolitische Zuverlässigkeit».

¹¹²² Le Conseil fédéral pensait plutôt à la protection des créanciers sociaux.

¹¹²³ FABRICIUS, GmbHR 1970, p. 137 ss, not. p. 138 (voir bibliographie sous Allemagne).

¹¹²⁴ A titre d'exemple nous citons la société anonyme F. Hoffmann-La Roche & Co. AG qui, jusqu'à tout récemment, avait un capital-actions de 50 000 francs seulement! (voir BÄHLER, p. 18; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 1 N 50).

¹¹²⁵ Voir le Postulat de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 15 avril 1992 ainsi que la Motion Früh du 10 décembre 1992 (cité dans le RAPPORT FINAL, p. 22). Voir également MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 10 N 100 et 101. Dans le même sens déjà HULFTEGGER en 1928 (voir note 91).

¹¹²⁶ Motion et Postulat de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats, déposés le 9 septembre 1999 (Encouragement de la création de nouvelles entreprises I et II).

¹¹²⁷ Dans ce sens, s'agissant du capital-actions, LUTTER. Selon lui, le capital-actions minimum constitue une zone tampon (*Pufferzone*) importante lors des premières années d'activités (LUTTER, *Garantiekapital*, AG 1998, p. 375 [voir bibliographie sous Allemagne]).

¹¹²⁸ Indépendamment de leur forme juridique, y compris les «freie Berufe».

¹¹²⁹ 15 059 sur 18 824 (voir Statistisches Jahrbuch 1995 für die Bundesrepublik Deutschland, p. 138 [7.9.2 Insolvenzen 1994 nach Wirtschaftszweigen und Rechtsformen]). Pour 1997 le taux est d'environ 79 % (21 665 sur 27 474, voir Statistisches Jahrbuch 1998 für die Bundesrepublik Deutschland, p. 138 [7.5.2. Insolvenzen 1997 nach Wirtschaftszweigen und Rechtsformen]).

tistiques montrent également qu'environ 62 % des entreprises qui sont tombées en faillite en 1994 revêtaient la forme juridique de la société à responsabilité limitée¹¹³⁰. Par rapport au nombre total des sociétés à responsabilité limitée à fin 1993 (543 444)¹¹³¹, le taux global de faillite en 1994 était par conséquent de 2,15 %¹¹³². Pour la même période, le taux de faillite globale des sociétés anonymes n'était de 1,23 % seulement¹¹³³. Selon MOSTHAF, qui a analysé les statistiques allemandes jusqu'en 1990, la différence du taux de faillite n'est toutefois pas imputable à la différence qu'il y a entre le capital social de la société à responsabilité limitée et le capital-actions de la société anonyme¹¹³⁴.

En Suisse, des statistiques officielles en la matière font défaut. Selon les renseignements qui nous ont été fournis par Creditreform, 516 sociétés à responsabilité limitée sont tombées en faillite au cours de l'année 1998, 369 en 1997. Selon l'âge des sociétés à responsabilité limitée au moment leur faillite, la situation se présente de la manière suivante¹¹³⁵.

Age de la société (Sarl)	Nombre de faillites		Nombre de faillites (≈ en pour-cent) ¹¹³⁶	
	1997	1998	1997	1998
jusqu'à 1 an	52	56	14,1	10,9
jusqu'à 2 ans	142	182	38,5	35,3
jusqu'à 5 ans	149	244	40,4	47,3
jusqu'à 10 ans	10	15	2,7	2,9
jusqu'à 20 ans	7	9	1,9	1,7
plus de 20 ans	9	10	2,4	1,9
Total	369	516	100,0	100,0

¹¹³⁰ 11 670 sur 18 824 (voir Statistisches Jahrbuch 1995 für die Bundesrepublik Deutschland, p. 138 [7.9.2 Insolvenzen 1994 nach Wirtschaftszweigen und Rechtsformen]). Pour 1997 le taux est d'environ 61 % (16 746 sur 27 474, voir Statistisches Jahrbuch 1998 für die Bundesrepublik Deutschland, p. 138 [7.5.2. Insolvenzen 1997 nach Wirtschaftszweigen und Rechtsformen]).

¹¹³¹ Sans Hessen (voir Statistisches Jahrbuch 1995 für die Bundesrepublik Deutschland, p. 132 [7.4 Entwicklung von Zahl und Kapital der Kapitalgesellschaften]).

¹¹³² Calculé par l'auteur. Depuis fin 1993, l'Allemagne ne tient plus de statistiques relative au nombre de sociétés selon leur forme juridique. Il n'est par conséquent plus possible de calculer le taux global de faillite à partir de 1994.

¹¹³³ Sur un total de 2934 sociétés anonymes et sociétés en commandite par actions (sans Hessen) fin 1993, il y a eu 36 faillites en 1994 (voir Statistisches Jahrbuch 1995 für die Bundesrepublik Deutschland, p. 132 [7.4 Entwicklung von Zahl und Kapital der Kapitalgesellschaften] et p. 138 [7.9.2 Insolvenzen 1994 nach Wirtschaftszweigen und Rechtsformen]). Depuis fin 1993, l'Allemagne ne tient plus de statistiques relative au nombre de sociétés selon leur forme juridique. Il n'est par conséquent plus possible de calculer le taux global de faillite à partir de 1994.

¹¹³⁴ MOSTHAF, p. 68 et 69.

¹¹³⁵ Renseignements fournis par Creditreform par lettres du 29 avril 1998 et 23 mars 1999.

¹¹³⁶ Calculé par l'auteur.

Toujours selon Creditreform¹¹³⁷, la répartition des sociétés à responsabilité limitée tombées en faillite en 1998 (1997) selon leur capital social donne le tableau suivant:

Capital social (en francs)		Nombre de faillites		Nombre de faillites (≈ en pour-cent) ¹¹³⁸	
de	à	1997	1998	1997	1998
0	19 999	6	4	1,6	0,8
	20 000	267	372	72,4	72,1
20 001	50 000	68	90	18,4	17,4
50 001	100 000	17	30	4,6	5,8
100 001	250 000	7	14	1,9	2,7
250 001	500 000	4	4	1,1	0,8
500 001	1 000 000	0	1	0,0	0,2
1 000 001	2 000 000	0	1	0,0	0,2
Total		369	516	100,0	100,0

Enfin, en tenant compte de l'ensemble des sociétés à responsabilité limitée en Suisse au début 1998¹¹⁴⁰ et au début 1997¹¹⁴¹, le taux de faillite global est d'environ 2,2 % en 1998 et d'environ 2,3 % en 1997.

Il découle des tableaux susmentionnés qu'à l'instar de l'Allemagne, la plupart des sociétés à responsabilité limitées tombent en faillite dans leurs premières années d'existence. De même, nous pouvons constater que les sociétés à responsabilité limitée tombées en faillite au courant de l'année 1998 et 1997 ont souvent un capital social de 20 000 francs (72,1 % en 1998; 72,4 % en 1997). Malheureusement, nous n'avons pas pu obtenir de données montrant la relation entre l'âge et le capital social des sociétés tombées en faillite en 1998 et 1997. De même, il n'existe actuellement pas de statistiques sur la structure du capital social des sociétés à responsabilité limitée¹¹⁴². Il est donc impossible de déterminer l'influence réelle du capital social sur la «mortalité infantile» des sociétés à responsabilité limitée. Nous relevons toutefois qu'à fin 1985, 1740 sociétés à responsabilité limitée avaient un capital social de 20 000 francs¹¹⁴³. Par rapport au nombre total des sociétés à responsabilité limitée inscrites au registre du commerce à fin 1985 (2859¹¹⁴⁴), ce chiffre correspondait à environ 60,9 %. Comparé à celui des sociétés à responsabilité limitée tombées en

¹¹³⁷ Renseignements fournis par Creditreform par lettres du 9 juin 1998 et 23 mars 1999.

¹¹³⁸ Calculé par l'auteur.

¹¹³⁹ Succursales de sociétés étrangères.

¹¹⁴⁰ 23 220 (FOSC du 22.2.1999, p. 1216). Le 31.12.1997 le nombre des sociétés à responsabilité limitée est de 23 164 (FOSC du 22.1.1998, p. 516 et 517). Cette différence s'explique par des corrections effectuées dans les statistiques tenues par l'Office fédéral du registre du commerce.

¹¹⁴¹ 16 206 (FOSC du 22.1.1998, p. 516 et 517).

¹¹⁴² Ces statistiques ont été établies jusqu'en 1985 seulement.

¹¹⁴³ Annuaire statistique de la Suisse 1986, p. 357.

¹¹⁴⁴ FOSC du 27.1.1987, p. 326 et 327.

faillite au courant des années 1998 et 1997 (72,1 % et 72,4 %), ce pourcentage est légèrement inférieur. Vu l'évolution intervenue depuis 1985, il est toutefois difficile de faire des déductions scientifiquement valables. En revanche, certaines explications pourraient résulter d'une comparaison avec les données statistiques semblables de la même période pour les sociétés anonymes¹¹⁴⁵.

Age de la société (SA)	Nombre de faillites		Nombre de faillites (= en pour-cent) ¹¹⁴⁶	
	1997	1998	1997	1998
jusqu'à 1 an	40	33	1,5	1,4
jusqu'à 2 ans	101	107	4,0	4,7
jusqu'à 5 ans	431	309	16,9	13,6
jusqu'à 10 ans	779	658	30,5	29,0
jusqu'à 20 ans	673	653	26,4	28,8
plus de 20 ans	528	510	20,7	22,5
Total	2 552	2 270	100,0	100,0

Capital-actions (en francs)		Nombre de faillites		Nombre de faillites (= en pour-cent) ¹¹⁴⁷	
de	à	1997	1998	1997	1998
0	49 999	30	19	1,2	0,8
	50 000	877	706	34,4	31,1
50 001	100 000	863	890	33,8	39,2
100 001	250 000	393	363	15,4	16,0
250 001	500 000	227	175	8,9	7,7
500 001	1 000 000	89	72	3,5	3,2
1 000 001	2 000 000	43	27	1,7	1,2
2 000 001	5 000 000	16	11	0,6	0,5
5 000 001	10 000 000	9	5	0,3	0,2
10 000 001	50 000 000	4	2	0,2	0,1
50 000 001	100 000 000	0	0	0,0	0,0
100 000 000	∞	1	0	0,0	0,0
Total		2 552	2 270	100,0	100,0

En tenant compte de l'ensemble des sociétés anonymes inscrites au registre du commerce en Suisse au début 1998¹¹⁴⁹ et au début 1997¹¹⁵⁰, le taux de faillite global est d'environ 1,3 % en 1998 et d'environ 1,5 % en 1997.

¹¹⁴⁵ Renseignements fournis par Creditreform par lettres du 27 mai et 9 juin 1998 ainsi que par lettre du 23 mars 1999.

¹¹⁴⁶ Calculé par l'auteur.

¹¹⁴⁷ Calculé par l'auteur.

¹¹⁴⁸ Succursales de sociétés anonymes étrangères.

¹¹⁴⁹ 171 455 (FOSC du 22.2.1999, p. 1216). Le 31.12.1997 le nombre des sociétés anonymes est encore de 170 503 (FOSC du 22.1.1998, p. 516 et 517). Cette différence (pourtant importante) s'explique par des corrections effectuées dans les statistiques tenues par l'Office fédéral du registre du commerce.

¹¹⁵⁰ 170 439 (FOSC du 22.1.1998, p. 516 et 517).

Par rapport à la société à responsabilité limitée, les remarques suivantes s'imposent:

premièrement, le taux de faillite global des sociétés à responsabilité limitée est légèrement supérieur à celui des sociétés anonymes. A notre avis, cette différence ne s'explique toutefois pas seulement par la différence entre le capital social minimum et le capital-actions minimum. D'autres facteurs, tels qu'une procédure de fondation plus exigeante et l'existence d'un organe de contrôle obligatoire pour la société anonyme sont beaucoup plus importants¹¹⁵¹;

deuxièmement, la «mortalité infantile» des sociétés anonymes est nettement moins importante que celle des sociétés à responsabilité limitée. Les statistiques disponibles ne permettent toutefois pas de déterminer si cet écart est imputable à la différence entre le capital-actions et le capital social minimum;

troisièmement, dans la mesure où nous ne connaissons pas la structure du capital-actions des sociétés anonymes¹¹⁵², il est impossible de déterminer la relation entre le capital-actions et le nombre de faillites. A noter qu'à fin 1985, 63 381 sociétés anonymes avaient un capital-actions de 50 000 francs¹¹⁵³. Par rapport au nombre total des sociétés anonymes (130 143¹¹⁵⁴), cela correspondait à environ 48,7 %. Si l'on compare ce pourcentage à celui calculé pour la société à responsabilité limitée (60,9 %), on constate que la différence n'est pas très importante. Peu importe la forme de société, les fondateurs avaient souvent opté pour le capital social ou le capital-actions légal minimum. Nous pensons que ce constat vaut encore actuellement;

quatrièmement, en 1998 environ 70,3 % des faillites des sociétés anonymes ont concerné des sociétés anonymes qui avaient un capital-actions entre 50 000 et 100 000 francs. En 1997, ce pourcentage était d'environ 68,2. En d'autres termes, les faillites touchent en grande majorité des sociétés anonymes qui ont choisi le capital-actions légal minimum¹¹⁵⁵. Ce pourcentage n'est que légèrement inférieur à celui des sociétés à responsabilité limitée qui ont opté pour le capital social minimum. En effet, en 1998 environ 72,1 % des sociétés à responsabilité limitée tombées en faillite avaient un capital social de 20 000 francs. En 1997, ce pourcentage était d'environ 72,4. Or, si le capital social était effectivement un élément très important, on aurait pu s'attendre à une différence beaucoup plus importante entre ces deux formes de sociétés.

¹¹⁵¹ Pour l'Allemagne, voir MOSTHAF (cité note 1134).

¹¹⁵² Ces statistiques ont été établis jusqu'en 1985 seulement.

¹¹⁵³ Annuaire statistique de la Suisse 1986, p. 355.

¹¹⁵⁴ FOSC du 27.1.1987, p. 326 et 327.

¹¹⁵⁵ 50 000 ou 100 000 francs, selon le moment de la constitution de la société anonyme.

2.5.3. Conclusion

Les différents arguments invoqués en faveur d'un capital social minimum manquent à notre avis de pertinence. Ce constat n'est pas nouveau. JÖRG¹¹⁵⁶ (1929) l'avait déjà dit¹¹⁵⁷. Cela semble d'ailleurs également être l'avis personnel d'au moins deux membres du groupe d'experts qui a établi l'AVANT-PROJET¹¹⁵⁸.¹¹⁵⁹ Plus récemment, VON DER CRONE¹¹⁶⁰ a expressément exigé l'introduction d'une société à responsabilité limitée sans capital social fixe et BÄHLER a exprimé l'avis qu'un capital (social) minimum n'était pas nécessaire¹¹⁶¹. Dans la mesure où une réglementation restrictive ne se justifie pas objectivement, le législateur ne doit pas intervenir¹¹⁶² et renoncer à fixer un capital social minimum. Il doit laisser au marché le soin de sanctionner les sociétés qui se sont dotées d'un capital social insuffisant par rapport à leurs besoins¹¹⁶³. A noter qu'en cas de circonstances particulières, les fondateurs et/ou les associés «répondent» envers les créanciers sociaux. Nous pensons notamment à la responsabilité pour la confiance créée¹¹⁶⁴, à l'application des articles 285 ss LP¹¹⁶⁵, à la postposition des prêts accordés par les associés¹¹⁶⁶, à la

¹¹⁵⁶ JÖRG, p. 48 et 49 (voir aussi la note 95).

¹¹⁵⁷ Lors de la procédure de consultation du projet du Conseil fédéral de 1928, le «Kantonale bernische Verein für Handel und Industrie» avait d'ailleurs déjà proposé la suppression d'un capital social minimum (*Stellungnahmen*, p. 230). Cela semble également avoir été l'avis de HULFTEGGER (p. 34).

¹¹⁵⁸ Selon BÖCKLI, on pourrait supprimer toute limite inférieure en matière de capital (social) (BÖCKLI, *différences*, p. 269 [lors des débats]). Il justifie toutefois le maintien d'une limite inférieure, voire même son augmentation à 40 000 francs (montant qu'il considère par ailleurs «ridicule»), par «les principes de la proportionnalité» par rapport au capital-actions de la société anonyme. BÖCKLI estime d'ailleurs également qu'un montant de 40 000 francs est un investissement en capital absolument minimal (BÖCKLI, *différences*, p. 84). Dans la mesure où il s'exprime en faveur d'une suppression du capital (social) minimum, sa position nous semble quelque peu contradictoire.

¹¹⁵⁹ Dans une interview accordée au magazine Bilan, RAPP estime qu'il devrait être possible de créer une personne juridique avec un capital (social) de seulement 1 dollar (RAPP, *Bilan*, p. 39).

¹¹⁶⁰ VON DER CRONE, *Aktienrecht*, RSDA 1998 (70), p. 157 ss, not. p. 162.

¹¹⁶¹ BÄHLER, p. 44 et 45.

¹¹⁶² Dans le même sens, BÄHLER, p. 44.

¹¹⁶³ Du même avis, MOSTHAF, p. 64 et 65 (voir bibliographie sous Allemagne).

¹¹⁶⁴ ATF 120 II 331, not. p. 335 ss / JdT 1995 I 359, not. p. 363 ss. De plus, selon LUKAS GLANZMANN (*Kapitalausstattung*, PJA 1997, p. 51 ss), en vertu de l'article 716a al. 1 ch. 3 CO, le conseil d'administration d'une société anonyme doit veiller à une capitalisation adéquate (*angemessene Eigenkapitalausstattung*) de la société anonyme. En cas de sous-capitalisation, le conseil d'administration et éventuellement l'organe de révision répondent le cas échéant envers les créanciers sociaux. Cette conception n'est pas partagée par la doctrine majoritaire (par exemple: BAUDENBACHER, BaK, ad art. 621 CO, N 1; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 49 N 15) et nous la rejetons également en ce qui concerne les gérants (et un éventuel organe de révision) de la société à responsabilité limitée.

¹¹⁶⁵ Voir AMONN/GASSER, § 52 (p. 426 ss); SCHÜPBACH, Droit et action révocatoires.

¹¹⁶⁶ BÖCKLI, *Aktienrecht*, N 1698a; GLANZMANN, LUKAS, *Kapitalausstattung*, PJA 1997, p. 51 ss, not. p. 58; VOGEL, RSDA 1993 (65), p. 299 ss.

qualification de capital propre des prêts accordés par les associés¹¹⁶⁷ ainsi que, très exceptionnellement, à la levée du voile corporatif¹¹⁶⁸. Selon la volonté des auteurs de l'AVANT-PROJET, l'article 807c AP 1999 permettra d'ailleurs expressément la postposition du prêt d'un associé ou d'une personne qui lui est proche destiné à remplacer le capital social lorsque la société est sous-capitalisée^{1169, 1170}. Une réglementation identique est aussi proposée pour le droit de la société anonyme (art. 697i AP 1999)¹¹⁷¹. A notre avis, les moyens susmentionnés suffisant à parer aux véritables abus et l'exigence d'un capital social minimum ne se justifie pas. Tout au plus pourrait-on élargir le devoir d'information de la société. Ainsi, à l'instar du droit français, le législateur pourrait imposer la mention du capital social souscrit dans les documents émanant de la société destinés aux tiers¹¹⁷². L'utilité d'une telle mention est toutefois limitée. Elle n'offre aucune information sur la situation patrimoniale effective de la société et

¹¹⁶⁷ VON GREYERZ, *Darlehen*, p. 547 ss, not. p. 553 (selon VON GREYERZ, le prêt de l'actionnaire est requalifié en réserve); jugement du Tribunal supérieur du canton de Zurich du 19 janvier 1993 (cité par VOGEL, RSDA 1993 [65], p. 299); jugement du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg du 20 avril 1970 (SJ 1971 [93], p. 209 ss, not. p. 214 ss).

¹¹⁶⁸ BÄHLER, p. 112 et FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N 66. Contra: GLANZMANN, LUKAS (cité note 1166), p. 58.

¹¹⁶⁹ RAPPORT D'EXPERTS, ch. 225.9 (p. 21). Voir également RAPPORT EXPLICATIF, p. 106 et p. 110 et 111.

¹¹⁷⁰ Le droit allemand prévoit une solution semblable. En vertu du § 32a al. 1 GmbHG (D) «Hat ein Gesellschafter in einem Zeitpunkt, in dem ihr die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten (Krise der Gesellschaft), statt dessen ein Darlehen gewährt, so kann er den Anspruch auf Rückgewähr des Darlehens im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft nur als nachrangiger Insolvenzgläubiger geltend machen». En vertu du § 32a al. 3/2 GmbHG (D) entré en vigueur au 24.4.1998 (introduit par l'art. 2 de la Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz [KapAEG] du 20.4.1998 [BGBl. {D} 1998 I, p. 707]) cette disposition ne s'applique toutefois pas à un associé non-gérant qui ne possède pas plus de 10 % du capital social. Alors que certains auteurs se sont encore récemment exprimés contre toute réglementation légale des prêts remplaçant le capital propre (GRUNEWALD, GmbHR 1997, p. 7 ss [concernant l'Allemagne] et KOPPENSTEINER, *Kritik*, AG 1998, p. 308 ss [concernant l'Autriche et l'Allemagne]) et que d'autres ont salué la restriction apportée par le § 32a al. 3/2 GmbHG (D) (par exemple: CLAUSSEN, GmbHR 1996, p. 316 ss, qui s'est toutefois prononcé en faveur d'une limite fixée à 25 %), la doctrine majoritaire s'est exprimée contre cette nouvelle restriction (par exemple: VON GERKAN, GmbHR 1997, p. 677 ss; GOETTE, ZHR 162 [1998], p. 223 ss, not. p. 226 ss; HABERSACK, *Eigenkapitalersatz*, ZHR 162 [1998], p. 201 ss, not. p. 208 ss; PENTZ, GmbHR 1999, p. 437 ss). Enfin, en vertu du § 32a al. 3/3 GmbHG (D) entré en vigueur au 1.5.1998 (introduit par l'art. 10 du Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich [KonTraG] du 27.4.1998 [BGBl. {D} 1998 I, p. 786 ss, not. p. 793], le § 32a al. 1 GmbHG (D) ne s'applique pas non plus aux prêts (existants ou nouveaux) accordés par une personne qui, lorsque la société se trouve en crise, acquiert des parts sociales afin de l'assainir (en ce qui concerne les raisons pour cette restriction supplémentaire, voir SEIBERT, GmbHR 1998, p. 309 ss, not. p. 310). Une partie de la doctrine s'est également exprimée contre cette restriction supplémentaire (par exemple PENTZ, GmbHR 1999, p. 437 ss).

¹¹⁷¹ RAPPORT D'EXPERTS, ch. 281.3 (p. 53).

¹¹⁷² Article 28 du décret No 67-236 du 23.3.1967. Pour l'instant le droit communautaire n'exige pas cette indication (voir art. 4 de la 1^{ère} directive). VON DER CRONE propose entre autres la publication continue sur un site Internet du «outstanding capital» des sociétés publiques (VON DER CRONE, *Aktienrecht*, RSDA 1998 [70], p. 157 ss, not. p. 166).

risque même d'induire en erreur les destinataires sans connaissances particulières en droit des sociétés¹¹⁷³. Pour être utile, la mention devrait nécessairement porter sur la situation patrimoniale de la société. Une telle exigence serait cependant impraticable¹¹⁷⁴.

Contrairement aux apparences, l'abandon d'un capital social minimum ne prive pas de leur raison d'être les règles légales destinées à assurer la constitution effective du capital social. En effet, même si le législateur renonce à exiger un capital social minimum, les fondateurs restent obligés, de par la loi, de fixer un capital social. La constitution effective (et le maintien) de ce dernier reste par conséquent un élément important de la réglamantation du droit de la société à responsabilité limitée.

Enfin, la suppression de la disposition légale qui exige expressément un capital social minimum (art. 773 AP 1999), n'élimine pas toute exigence en la matière. En effet, un capital social minimum de 100 francs subsiste implicitement en raison de l'article 774 al. 1/1 AP 1999 qui fixe la valeur nominale minimum d'une part sociale à 100 francs et en raison des articles 772 al. 1 et 775 al. 1 AP 1999 qui admettent expressément la constitution et l'existence d'une société à responsabilité limitée unipersonnelle. Si l'on voulait supprimer l'exigence implicite d'un capital social minimum de 100 francs, il faudrait supprimer la valeur nominale minimum des parts sociales¹¹⁷⁵. A notre avis, cela n'est toutefois pas nécessaire puisque, pratiquement, l'exigence d'un capital social de 100 francs ne présente aucun obstacle à la constitution d'une société à responsabilité limitée¹¹⁷⁶.

¹¹⁷³ Ils pourraient croire, à la vue du capital social, que la situation économique de la société avec laquelle ils vont traiter est excellente.

¹¹⁷⁴ Hormis les problèmes liés à l'évaluation de l'actif et du passif de la société, l'établissement de la situation patrimoniale jour par jour demanderait un effort beaucoup trop important. De plus, en raison de la modification continue de la situation patrimoniale de la société, la mention ne correspondrait de toute façon plus à la réalité au moment où le document parviendrait à son destinataire.

¹¹⁷⁵ A vrai dire, même la suppression de la valeur nominale minimum des parts sociales ne supprime pas toute exigence en matière de capital social minimum. Le capital social minimum serait alors celui de la plus petite unité monétaire admissible. La suppression effective du capital social minimum ne peut être obtenue qu'en autorisant l'émission de parts sociales sans valeur nominale.

¹¹⁷⁶ On peut toutefois se demander s'il ne serait pas judicieux de réduire la valeur nominale minimum des parts sociales et de l'aligner sur celle des actions (10 francs; art. 622 al. 4/1 CO).

2.5.4. *Excursus: Quel capital social minimum?*

2.5.4-1. Introduction

Si, malgré notre souhait¹¹⁷⁷, le législateur suisse maintenait l'exigence d'un capital social minimum lors de la révision du droit de la société à responsabilité limitée, il y aurait lieu de s'interroger sur l'opportunité d'une augmentation à 40 000 francs telle qu'elle est proposée par les auteurs de l'AVANT-PROJET. Nous rappelons que ces derniers font essentiellement valoir trois arguments en faveur de cette augmentation. Premièrement, ils invoquent la perte du pouvoir d'achat du franc suisse depuis 1928, deuxièmement, l'impossibilité d'exploiter une entreprise commerciale à capital social de moins de 40 000 francs et, troisièmement, la relation entre le capital social et le capital-actions avant la révision du droit de la société anonyme¹¹⁷⁸.

2.5.4-2. Arguments avancés en faveur d'une augmentation

Le PROJET 1915 exigeait pour la première fois un capital social minimum de 20 000 francs¹¹⁷⁹. Si l'on voulait éliminer l'effet de l'inflation depuis 1915, il faudrait fixer le capital social minimum à environ 171 700 francs. Si l'on voulait éliminer l'effet de l'inflation depuis 1936 seulement, le capital social devrait être fixé à environ 143 900 francs¹¹⁸⁰. Si ces chiffres sont inférieurs à celui avancé par les auteurs de l'AVANT-PROJET (200 000 francs) qui se réfèrent à l'année 1928¹¹⁸¹, il n'en reste pas moins qu'un capital social minimum supérieur au capital-actions minimum (100 000 francs, art. 621 CO) priverait d'emblée de toute chance de succès la société à responsabilité limitée, ce qu'admettent d'ailleurs les auteurs de l'AVANT-PROJET. Ces derniers proposent alors de fixer le capital social minimum à 40 000 francs, estimant d'une part que 20 000

¹¹⁷⁷ Voir 2.5.3. Conclusion, p. 249 ss.

¹¹⁷⁸ RAPPORT D'EXPERTS, ch. 225.1 (p. 16). Voir également RAPPORT EXPLICATIF, p. 101.

¹¹⁷⁹ Voir 5.1. Les projets de 1915, 1917 et 1919, p. 14 ss. C'est de manière erronée que les auteurs de l'AVANT-PROJET se réfèrent à l'année 1928 (voir RAPPORT D'EXPERTS, ch. 225.1 [p. 16] ainsi que RAPPORT EXPLICATIF, p. 101).

¹¹⁸⁰ IPC 113,8 (1915); IPC 167,6 (1928); IPC 144,1 (1932); IPC 135,8 (1936) et IPC 976,9 (moyenne annuelle 1998). IPC 100 = 1913. Les valeurs pour 1915, 1928, 1932 et 1936 nous ont été fournies par l'Office fédéral de la statistique (OFS) par lettre du 27.5.1998 (chiffres à la base du graphique 26 de RITZMANN-BLICKENSTORFER, *Etat fédéral*, Annuaire statistique de la Suisse 1998, p. 41. Voir également RITZMANN-BLICKENSTORFER, *Statistik*, p. 503). La valeur pour 1998 par rapport à l'IPC de référence (1913 = 100) a été calculée par l'auteur sur la base des données se trouvant dans L'indice suisse des prix à la consommation, 5^e partie: prix; janvier 1999 (p. 22 - 24), OFS, Neuchâtel.

¹¹⁸¹ Les auteurs de l'AVANT-PROJET estiment d'ailleurs à tort qu'en 1928 le pouvoir d'achat du franc suisse était 10 fois supérieur à celui de 1998 (RAPPORT D'EXPERTS, ch. 225.1 [p. 16]). En effet, si l'on voulait tenir compte de l'inflation entre 1928 (IPC 167,6) et 1998 (IPC 976,9), le capital social devrait être fixé à environ 116 600 francs seulement et non pas à 200 000 francs (pour la provenance des données statistiques, voir note 1180).

francs ne suffisent pas à couvrir les coûts de la première année d'activité et que, d'autre part, 40 000 francs correspondent à 40 % du capital-actions minimum (100 000 francs, art. 621 CO), ce qui a pour conséquence de rétablir la même relation entre le capital social et le capital-actions qu'avant la révision du droit de la société anonyme de 1992 (50 000 francs, art. 621 aCO)¹¹⁸².

A notre avis, les arguments invoqués par les auteurs de l'AVANT-PROJET ne sont pas pertinents.

Premièrement, selon l'activité choisie, un capital social de 20 000 francs est suffisant pour une entreprise commerciale de dimension modeste¹¹⁸³.

Deuxièmement, la relation entre le capital social et le capital-actions d'avant la révision du droit de la société anonyme n'est pas le résultat d'une analyse scientifique mais celui d'un concours de circonstances. Le PROJET 1928 du Conseil fédéral prévoyait encore un capital-actions de 20 000 francs (art. 620 PROJET 1928) et son augmentation à 50 000 francs n'a été décidée qu'en 1934 par le Conseil national¹¹⁸⁴. De plus, si l'on se rappelle le manque de succès de la société à responsabilité limitée avant la révision du droit de la société anonyme¹¹⁸⁵, la réintroduction de l'ancienne relation entre le capital social et le capital-actions ne paraît pas être une solution adéquate. Cette impression est encore renforcée par la proposition des auteurs de l'AVANT-PROJET qui consiste à exiger la libération intégrale des parts sociales (art. 774 al. 4 AP 1999)¹¹⁸⁶. Ainsi, en ce qui concerne la libération globale minimale, la différence entre la société à responsabilité limitée et la société anonyme sera encore moins importante qu'avant juillet 1992. En effet, pour la société anonyme un montant de 50 000 francs au moins doit être couvert par les apports effectués (art. 632 al. 2 CO). Par rapport à la société à responsabilité limitée, il n'existera par conséquent plus qu'une différence de 10 000 francs et la libération globale minimum

¹¹⁸² RAPPORT D'EXPERTS, ch. 225.1 (p. 16) ainsi que RAPPORT EXPLICATIF, p. 101. Voir également FORSTMOSER, *Gesellschafterschutz*, p. 120 ss. Selon ce dernier, l'augmentation se justifie notamment par la possible existence de créanciers involontaires et par l'exigence d'une «zone tampon» protégeant les créanciers. Or, au vu des chiffres présentées en matière de faillite de sociétés à responsabilité limitée en ce qui concerne l'Allemagne, ces arguments ne nous paraissent pas pertinents, d'autant plus que le capital social ne garantit pas aux créanciers sociaux l'existence d'une fortune sociale.

¹¹⁸³ Les auteurs de l'AVANT-PROJET l'ont d'ailleurs encore implicitement admis dans le RAPPORT EXPLICATIF, en relevant que les frais d'installation peuvent se situer entre 10 000 et 20 000 francs pour les sociétés à responsabilité limitée exerçant une activité économique modeste (RAPPORT EXPLICATIF, p. 107)! A noter que pour d'autres formes de sociétés (sociétés en nom collectif, société en commandite et société coopérative) le législateur n'impose aucun capital minimum alors que ces sociétés peuvent exploiter des entreprises commerciales. Ce constat s'applique tout particulièrement pour la société coopérative, dont les associés n'assument en principe pas de responsabilité personnelle pour les dettes sociales (art. 868 CO).

¹¹⁸⁴ BO CN 1934, p. 264 ss. Voir également SIEGWART, ZK, ad art. 621 CO, N 1 ss.

¹¹⁸⁵ Voir 6.2. Du 1er juillet 1937 au 1er juillet 1992, p. 29 ss.

¹¹⁸⁶ RAPPORT D'EXPERTS, ch. 225.5 (p. 19 et 20). Pour une analyse détaillée, voir 3.3.2-2. Libération intégrale des parts sociales souscrites, p. 286 ss.

exigée pour la société à responsabilité limitée correspondra ainsi à 80 % de celle exigée pour la société anonyme¹¹⁸⁷. Comparée à la situation d'avant la révision du droit de la société anonyme, la position de la société à responsabilité limitée se sera ainsi clairement détériorée^{1188, 1189}. Une des principales raisons pour fonder une société à responsabilité limitée plutôt qu'une société anonyme tombera¹¹⁹⁰. Certes, l'attractivité de la société à responsabilité limitée par rapport à la société anonyme ne justifie pas tous les moyens. Toutefois, étant donné que le capital social n'est pas effectivement déterminant pour la protection des créanciers sociaux¹¹⁹¹, l'augmentation de son minimum ne peut pas se justifier objectivement. Vu l'absence de toute justification objective, nous proposons dès lors le maintien du capital social minimum à 20 000 francs¹¹⁹². Cette solution est également défendue par VON DER CRONE¹¹⁹³, FAVALLI¹¹⁹⁴, JAYET¹¹⁹⁵ et - implicitement - VON PLANTA¹¹⁹⁶ qui se sont exprimés par rapport au PROJET 1996 ainsi que par HANDSCHIN¹¹⁹⁷ qui s'est exprimé par rapport à l'AVANT-PROJET.

Troisièmement, au vu des exigences en matière de capital social des Etats qui nous entourent, le maintien du capital social minimum actuel¹¹⁹⁸ permettrait de

¹¹⁸⁷ Selon NOBEL (*SA privée*, p. 209) cette différence «... apparaît plutôt négligeable». Nous partageons entièrement ce point de vue.

¹¹⁸⁸ En vertu de l'article 633 al. 2 aCO, un libération globale minimum de 20 000 francs était suffisante pour la société anonyme.

¹¹⁸⁹ KUNZ (*Entwicklungen*, Revue 4/1998, p. 5 et 6) se pose la question de savoir si, à force de vouloir le rapprocher du droit de la société anonyme, une révision du droit de la société à responsabilité limitée s'impose véritablement. Selon VON PLANTA (*Révision*, Revue 4/1998, p. 6 ss, not. p. 7), si la révision du droit de la société à responsabilité limitée n'est pas contestable, «... il ne devrait pas s'agir d'adapter la Sàrl au nouveau droit de la SA». Si les remarques des auteurs en question visent principalement le rapprochement du droit de la société à responsabilité limitée et du droit de la société anonyme en matière de comptabilité et de révision, elles s'appliquent également aux questions touchant le capital social et le capital-actions.

¹¹⁹⁰ Dans le même sens, BÄHLER, p. 45.

¹¹⁹¹ Voir 2.5.2. Arguments avancés en faveur d'un capital social minimum, p. 240 ss. Nous rappelons que le montant du capital social minimum n'a - selon les statistiques allemandes pour la fin des années 70 - aucune incidence sur le nombre des faillites des sociétés à responsabilité limitée (voir référence citée à la note 1104).

¹¹⁹² Une augmentation à 40 000 francs a cependant été accueillie favorablement par OTTIKER, p. 66 (pour qui ce problème semble toutefois secondaire).

¹¹⁹³ VON DER CRONE, *Aktienrecht*, RSDA 1998 (70), p. 157 ss, nat. p. 162.

¹¹⁹⁴ FAVALLI, NZZ du 29.12.1998, no 301, p. 24.

¹¹⁹⁵ JAYET, p. 265.

¹¹⁹⁶ VON PLANTA, *Révision*, Revue 4/1998, p. 6 ss, not. p. 8. Certes, VON PLANTA dit ne pas vouloir critiquer l'augmentation du capital social minimum du projet de révision de 1996. Au vu des arguments avancés (effets psychologiques négatifs de l'augmentation et inefficacité du capital social minimum pour protéger les créanciers sociaux), nous estimons toutefois que cet auteur n'est pas réellement favorable à une augmentation.

¹¹⁹⁷ HANDSCHIN, *Start*, NZZ du 24.9.1999, no 222, p. 27. Contra: GERSTER (NZZ du 21.10.1999, no 245, p. 25) s'est exprimé en faveur d'une augmentation à 40 000 francs du capital social.

¹¹⁹⁸ Les chiffres respectifs convertis en francs suisses pour les pays étudiés sont (environ) de 40 000 francs (Allemagne), 56 000 francs (Autriche), 30 000 francs (Belgique), 12 500

sauvegarder la compétitivité du droit¹¹⁹⁹ et de l'économie¹²⁰⁰ suisses. Si, en raison des destinataires de la société à responsabilité limitée, cet argument est moins important que pour la société anonyme, il n'en reste pas moins qu'il faut en tenir compte au vue de la révision. Historiquement, l'introduction de la société à responsabilité limitée est étroitement liée à l'argument de la compétitivité¹²⁰¹.

Enfin, selon la régime transitoire retenu par l'AVANT-PROJET, les sociétés inscrites au registre du commerce au 1^{er} janvier 2000 n'auront pas besoin d'augmenter leur capital social, s'il est inférieur à 40 000 francs (art. 3 al. 1 DT AP 1999). Or, selon toute vraisemblance et en raison du rapprochement entre la société à responsabilité limitée et la société anonyme en matière de capital social et de capital-actions, peu de sociétés à responsabilité limitée seront fondées à partir du 1^{er} janvier 2000. Ainsi, l'exigence d'un capital social minimum de 40 000 francs n'aura de toute façon que très peu d'effets pratiques.

2.5.4-3. Conclusion

Si le législateur devait maintenir un capital social minimum lors de la révision du droit de la société à responsabilité limitée, nous plaiderions en faveur du statu quo. Une augmentation à 40 000 francs telle qu'elle est proposée par les auteurs de l'AVANT-PROJET ne nous paraît pas s'imposer. Notre solution aurait notamment l'avantage de permettre à de petites entreprises de choisir la forme de la société à responsabilité limitée. Sans mettre en péril les intérêts des créanciers et du public en général, la société à responsabilité limitée pourrait ainsi garder l'essentiel de son attrait.

francs (France) et 17 000 francs (Italie). Voir note 1094. Il faut toutefois noter que certains auteurs français demandent actuellement une augmentation du capital social minimum à FRF 100 000 (HÉBERT, p. 81 et 82; voir également la note 1047). Ce chiffre est toutefois encore largement inférieur à celui proposé par les auteurs de l'AVANT-PROJET. Pour une liste d'autres pays, voir LUTTER, *Limited Liability Companies*, p. 9 (voir bibliographie sous Allemagne).

¹¹⁹⁹ Le droit suisse de la société à responsabilité limitée est un «produit» qui doit se placer sur un marché international. Dans ce sens, en ce qui concerne le droit de la société anonyme, VON DER CRONE, *Öffnung*, NZZ du 20.6.1998, no 140, p. 29 et *Aktionrecht*, RSDA 1998 (70), p. 157 ss, not. p. 160.

¹²⁰⁰ Un droit des sociétés à responsabilité limitée moins exigeant en ce qui concerne le capital social minimum peut améliorer (ou maintenir) des conditions-cadre favorables pour les entreprises en Suisse et, éventuellement, attirer des entreprises étrangères. Dans le même sens, HENSCHEL (NZZ du 2.9.1997, no 202, p. 9) qui exige une réduction du capital social minimum à 1000 francs.

¹²⁰¹ On craignait entre autre une inégalité de traitement entre les sociétés suisses et les sociétés étrangères (voir p. 12 et 13).

2.5.5. *Excursus: La solution belge*

2.5.5-1. Introduction

En vertu de l'article 123 al. 2 7° L.C.S. les fondateurs sont personnellement et solidairement responsables envers les intéressés «des engagements de la société dans une proportion fixée par le juge, en cas de faillite, prononcée dans les trois ans de la constitution si le capital social était, lors de la constitution, manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins»¹²⁰². En d'autres termes, il ne suffit pas que le capital social choisi par les fondateurs soit égal au minimum légal de BEF 750 000 (art. 120 al. 1 3° L.C.S.¹²⁰³), mais il faut en plus qu'il soit suffisant pour permettre à la société de fonctionner pendant 2 ans au moins¹²⁰⁴! A préciser que par «capital social», la jurisprudence et la doctrine n'entendent pas seulement le capital social statutaire mais également les ressources telles que les crédits normaux des fournisseurs, les crédits bancaires ainsi que les prêts et cautions des associés¹²⁰⁵. Compris dans ce sens, l'exigence d'un «capital social» suffisant constitue par conséquent une exigence qui touche la fortune sociale et non pas le capital social en tant que tel.

Lors de la constitution de la société, les fondateurs doivent remettre au notaire un plan financier dans lequel ils justifient le montant du «capital social» choisi par rapport à l'activité projetée de la société (art. 120ter en relation avec art. 29ter L.C.S.) Ce plan financier sera analysé par le juge en cas de faillite de la société dans les trois ans à compter de sa constitution. La loi ne prévoit toutefois pas les modalités du plan financier¹²⁰⁶. Selon la doctrine, il doit prouver que le «capital social» et les entrées raisonnablement prévisibles couvriront les charges pendant une période d'au moins deux ans dès la constitution¹²⁰⁷. Le plan financier constitue en quelque sorte un budget établi sur la base du programme d'action des fondateurs¹²⁰⁸.

¹²⁰² Cette disposition a été introduite par la loi du 4 août 1978 afin de lutter contre la légèreté de certains fondateurs à constituer des sociétés non viables en raison d'une situation financière trop légère (voir PARMENTIER, R.D.C. 1986, p. 741 ss, not. p. 762 - 764 ainsi que VAN HOUTTE, N 97.1 [p. 106]).

¹²⁰³ Voir 2.4.2-4.4. Belgique, p. 231 ss.

¹²⁰⁴ HOFFMANN, p. 24 et 25.

¹²⁰⁵ PARMENTIER, R.D.C. 1986, p. 741 ss, not. p. 764. Décision de la Cour d'Appel de Liège du 5 mai 1994 (R.D.C. 1996, p. 196 ss, not. p. 198) et décision de la Cour d'Appel de Mons du 17 mai 1994 (R.D.C. 1996, p. 202 ss, not. p. 203).

¹²⁰⁶ TSCHOFFEN/LAMALLE, N 43ter (p. 175 et 176) et N 56 (p. 191 ss).

¹²⁰⁷ VAN HILLE, N 65 (p. 35). Pour un exemple de plan financier, VAN HILLE, Annexe II (p. 634 ss). Cet auteur conseille de ne pas trop détailler le plan financier, ce qui est admis par la jurisprudence (décision de la Cour d'Appel de Liège du 5 mai 1994, R.D.C. 1996, p. 196 ss, not. p. 199).

¹²⁰⁸ PARMENTIER, R.D.C. 1986, p. 741 ss, not. p. 766.

Pour déterminer si le «capital social» dont la société a été dotée à l'origine par les fondateurs n'était pas manifestement insuffisant, la jurisprudence recourt au critère du fondateur raisonnablement prévoyant et consciencieux. Ainsi, le juge doit se placer au moment de la constitution de la société et vérifier «si à cette date les prévisions des fondateurs étaient raisonnables ou témoignaient d'un complet irréalisme qui, dans un contexte de prise de risques démesurés par rapport aux aléas normaux de toute activité commerciale, se traduisait par un évident déséquilibre financier devant inéluctablement conduire l'entreprise à une ruine rapide»¹²⁰⁹. Les circonstances postérieures à la constitution de la société que les fondateurs ne pouvaient raisonnablement prévoir n'entrent pas en considération. Pour apprécier le caractère suffisant ou insuffisant du «capital social», le juge doit en outre tenir compte de l'activité réellement projetée par les fondateurs et non pas de l'objet statutaire¹²¹⁰. La condamnation des fondateurs à supporter tout ou partie des dettes de la société en faillite ne suppose d'ailleurs pas que la faillite ait été causée par l'insuffisance manifeste du «capital social». Une faute des fondateurs n'est pas non plus nécessaire. Il suffit que la faillite ait été prononcée dans les trois ans à compter de la constitution de la société et que le «capital social» ait été manifestement insuffisant¹²¹¹.

Enfin, si le juge retient une responsabilité des fondateurs en raison d'un «capital social» manifestement insuffisant, il dispose d'un pouvoir d'appréciation quant à la proportion dans laquelle il met le passif à leur charge. Il doit notamment tenir compte d'éventuelles avances importantes consenties par les fondateurs pour tenter de sortir la société de l'impasse. Pour apprécier le degré de responsabilité des fondateurs, le juge doit également tenir compte de leurs qualifications et de leur profession¹²¹².

¹²⁰⁹ Décision de la Cour d'Appel de Mons du 17 mai 1994 (R.D.C. 1996, p. 202 ss, not. p. 203 [citée à la note 1205]). Dans ce sens déjà: décision de la Cour d'Appel de Bruxelles du 31 octobre 1991 (J.L.M.B. 1991, p. 201). A ce sujet, voir également J.L.M.B. 1997, p. 639.

¹²¹⁰ Décision de la Cour d'Appel de Liège du 5 mai 1994 (R.D.C. 1996, p. 196 ss, not. p. 199 [citée à la note 1205]). Voir également la décision de la Cour d'Appel de Liège du 5 mai 1995 (J.L.M.B. 1997, p. 626).

¹²¹¹ VAN OMMESLAGHE/DIEUX, R.C.J.B. 1994, p. 733 ss, not. p. 736 ss (N 152). Voir également la Décision de la Cour d'Appel de Mons du 17 mai 1994 (R.D.C. 1996, p. 202 ss, not. p. 203, citée à la note 1205).

¹²¹² Décisions de la Cour d'Appel de Bruxelles du 17 octobre et du 20 décembre 1983 (R.D.C. 1984, p. 525 ss, not. p. 526 et 527).

2.5.5-2. Appréciation

La solution belge est originale, puisqu'elle introduit l'exigence légale d'un «capital social» suffisant en regard des activités envisagées au moment de la constitution de la société¹²¹³.

La réglementation se caractérise notamment par sa retenue, sa souplesse et par son effet préventif marqué.

Premièrement, pour tenir compte des difficultés de prévision en matière de «capital social», le législateur belge n'entend sanctionner les fondateurs que lorsque le «capital social» choisi est manifestement insuffisant. Cette solution s'est avérée judicieuse. Elle a permis aux tribunaux de dégager des critères d'appréciation en tenant compte de l'ensemble des circonstances.

Deuxièmement, la responsabilité des fondateurs n'est engagée que lorsque la société tombe en faillite dans les trois ans à compter de sa constitution. En fixant un délai de trois ans, le législateur belge tient compte du fait qu'après une certaine durée de vie sociale, la faillite ne peut plus être raisonnablement imputée au choix d'un «capital social» initialement insuffisant.

Troisièmement, le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'il fixe la proportion dans laquelle les fondateurs sont personnellement et solidairement responsables envers les créanciers sociaux. Il ne doit pas nécessairement les condamner à la réparation de la totalité du dommage.

Quatrièmement, l'exigence du plan financier oblige les fondateurs à analyser, avant la constitution de la société, les besoins en matière de «capital social» de leur future société. Si cette exigence ne permet pas d'exclure la constitution de sociétés qui ne sont pas viables, elle permet néanmoins certainement d'en réduire le nombre.

La réglementation belge présente toutefois aussi quelques faiblesses.

Premièrement, l'exigence d'un plan financier renchérit la procédure de constitution sans pouvoir garantir le succès futur de la société. Nous constatons toutefois qu'en vertu de l'article 812a al. 1 ch. 3 AP 1999 qui reprend textuellement l'article 716a al. 1 ch. 3 CO applicable à la société anonyme, un plan financier doit être établi pour autant que cela soit nécessaire à la gestion de la société¹²¹⁴. Etant donné que, pratiquement, l'établissement d'un plan financier au

¹²¹³ Cette exigence n'est toutefois pas nouvelle puisqu'elle se trouvait déjà dans les anciens droits cantonaux en ce qui concerne la société anonyme (voir 2. Les législations cantonales antérieures à 1881, p. 5 ss).

¹²¹⁴ Selon le projet du Conseil fédéral concernant la révision du droit de la société anonyme, l'établissement d'un plan financier était nécessaire dans tous les cas (art. 716a al. 1 ch. 3 PROJET 1983, voir également le MESSAGE 1983 [ch. 332.3, tiré à part, p. 193]).

sens de l'article 812a al. 1 ch. 3 AP 1999 s'imposera dans presque tous les cas¹²¹⁵, le renchérissement de la procédure de fondation sera compensé par la possibilité d'utiliser le plan financier établi avant la constitution de la société pour l'établissement du 1^{er} plan financier au sens de l'article 812a al. 1 ch. 3 AP 1999.

Deuxièmement, en raison des critères retenus par le législateur belge, les fondateurs ne peuvent - pendant les trois premières années d'existence de la société - exclure leur responsabilité personnelle pour les dettes sociales. De même, les créanciers sociaux ne sont pas certains qu'en cas de faillite de la société, la responsabilité personnelle des fondateurs sera engagée. Il en résulte une insécurité juridique pour tous les intéressés. En ce qui concerne les fondateurs, cette insécurité aura toutefois un effet préventif bénéfique, puisqu'elle les incitera à choisir un «capital social» qui correspond aux besoins effectifs de la société, plutôt que de se contenter du capital social nominal minimum.

Troisièmement, malgré l'exigence de recourir à un «capital social» qui n'est pas manifestement insuffisant, le législateur belge maintient le capital social nominal minimum de BEF 750 000. A notre avis, il aurait été plus logique d'abandonner cette exigence, d'autant plus que le respect du capital social nominal minimum ne permet pas d'exclure la responsabilité des fondateurs.

2.5.5-3. Transposition en droit suisse?

La réglementation belge séduit par sa souplesse et pourrait être transposée en droit suisse lors de la révision du droit de la société à responsabilité limitée.

Les conditions de la responsabilité des fondateurs fixées par le droit belge nous paraissent équilibrées. De même, en ce qui concerne l'interprétation des dispositions légales, les tribunaux suisses pourraient certainement s'inspirer de la jurisprudence belge. En revanche, nous pensons que s'il introduit l'exigence d'un «capital social» suffisant, le législateur suisse devrait supprimer l'exigence d'un capital social nominal minimum.

L'introduction d'une nouvelle exigence en la matière devrait aller de pair avec l'introduction d'une exigence similaire en droit de la société anonyme, afin d'éviter toute pénalisation injustifiée de la société à responsabilité limitée par rapport à la société anonyme¹²¹⁶.

¹²¹⁵ Pour la société anonyme: BÖCKLI, *Aktienrecht*, N 1564; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 30 N 43; HOMBURGER, ZK, ad art. 716a CO, N 564.

¹²¹⁶ La situation est la même qu'en matière de postposition des prêts des associés (voir p. 250). A noter qu'en droit belge, l'établissement d'un plan financier s'impose également avant la constitution d'une société anonyme (art. 29ter L.C.S.).

A l'instar du législateur belge, nous pensons que le législateur suisse ne devrait pas définir le contenu minimum du plan financier que les fondateurs doivent établir avant la constitution de la société. En effet, selon les circonstances, ce plan devra être plus ou moins élaboré.

Enfin, il ne faut pas perdre de vue que, même en reprenant la réglementation belge, la protection des créanciers sociaux ne serait pas pour autant garantie. Premièrement, la responsabilité des fondateurs n'est engagée qu'en cas de faillite de la société pendant un certain laps de temps. Deuxièmement, le critère du «capital social» suffisant se réfère uniquement au «capital social» initial et ne tient pas compte des besoins supplémentaires qui pourraient se manifester en cours de vie sociale. A notre avis, la solution belge compléterait toutefois de manière intéressante les autres moyens de protection, tels que les articles 285 ss LP et la possibilité de procéder à une levée du voile corporatif.

2.6. Le capital social maximum

2.6.1. Introduction

Le Code des obligations fixe un capital social maximum de 2 millions de francs (art. 773 CO)¹²¹⁷. En limitant le capital social maximum, le législateur visait à délimiter la société à responsabilité limitée par rapport aux sociétés anonymes, en la réservant aux petites et moyennes entreprises à «caractère individualiste»¹²¹⁸. En revanche, contrairement aux PROJETS 1917 (art. 795 al. 1), 1919 (art. 793b al. 1) et 1923 (art. 786 al. 1), mais conformément au PROJET 1928, le législateur n'a pas retenu la limitation du nombre des associés qui visait le même but¹²¹⁹.

2.6.2. L'avant-projet d'avril 1999

Selon les auteurs de l'AVANT-PROJET, la limite maximum du capital social constitue un frein inutile au développement des entreprises et doit être abandonnée purement et simplement¹²²⁰. Ils invoquent trois arguments à l'appui de leur proposition¹²²¹.

¹²¹⁷ L'idée de la fixation d'un capital social maximum provient du PROJET 1917 (art. 797 al. 1; 5 millions de francs).

¹²¹⁸ MESSAGE 1928 (FF 1928 I p. 307 et 308). Voir également RAPPORT D'EXPERTS, ch. 225.2 (p. 16 et 17) ainsi que RAPPORT EXPLICATIF, p. 101 et 102.

¹²¹⁹ Voir PROCÈS-VERBAL, p. 482 - 484.

¹²²⁰ L'abandon du capital social maximum par le PROJET 1996 a d'ailleurs été expressément salué par FURRER (NZZ du 29.7.1997, no 173, p. 21).

¹²²¹ RAPPORT D'EXPERTS, ch. 225.2 (p. 16 et 17). Voir également RAPPORT EXPLICATIF, p. 101 et 102.

Premièrement, il n'y a pas de lien contraignant entre l'importance économique d'une société et le montant du capital social^{1222, 1223}. Actuellement, les sociétés à responsabilité limitée ne peuvent pas exercer une activité bancaire en raison du capital social maximum¹²²⁴. Cette impossibilité n'est justifiée par aucune raison objective. Deuxièmement, la forme de la société à responsabilité limitée peut aussi convenir à de grandes entreprises et, troisièmement, les intérêts des tiers n'exigent en aucune manière une limite supérieure du capital social. Ces arguments sont convaincants et il n'y a pas lieu de les analyser plus longuement.

En plus des arguments susmentionnés, d'autres facteurs justifient également la suppression du capital social maximum.

D'une part, en raison de l'abandon de la responsabilité personnelle des associés pour les obligations sociales au sens des articles 772 al. 2/2 et 802 CO, la suppression du capital social maximum ne conduit pas nécessairement à une augmentation du risque économique des associés¹²²⁵.

D'autre part, aucun des pays européens dont nous avons étudié la législation de la société à responsabilité limitée (Allemagne, Autriche, Belgique, France, Grande-Bretagne et Italie) ne fixe un capital social maximum¹²²⁶. À notre connaissance, l'absence de limite dans ce domaine n'a pas conduit à des résultats indésirables¹²²⁷. Il faut toutefois relever le droit français, qui est le seul à limiter le nombre des associés d'une société à responsabilité limitée¹²²⁸. À notre avis, il ne serait toutefois pas souhaitable de remplacer le capital social maximum par un nombre maximum d'associés¹²²⁹. À l'instar d'un capital social maximum, une telle limite n'a pas de lien contraignant avec l'importance de l'activité commerciale. Enfin, bien que la société à responsabilité limitée vise et séduise principalement les petits groupements de personnes, rien ne s'oppose à ce qu'elle

¹²²² En invoquant cet argument, les auteurs de l'AVANT-PROJET reconnaissent d'ailleurs implicitement l'importance toute relative du capital social ou - au moins - du capital social minimum!

¹²²³ Dans le même sens, BÄHLER, p. 17 et 18.

¹²²⁴ L'article 4 OB exige un capital social de 10 millions de francs au moins (voir aussi la note 1108).

¹²²⁵ Actuellement, la limite supérieure du capital social protège (implicitement) les associés d'une responsabilité personnelle trop importante (art. 772 al. 2/2 et 802 CO).

¹²²⁶ 2.4.2-4. La législation de certains pays d'Europe, p. 227 ss.

¹²²⁷ Dans le même sens, RAPPORT D'EXPERTS, ch. 225.2 (p. 17).

¹²²⁸ 50 associés au plus (art. 36 loi No 66-537). En Belgique, une même limite a été supprimée en 1985 (voir DABIN/BENOIT-MOURY, p. 2 [N 3]). Nous relevons toutefois que la loi sur la société à responsabilité limitée de la Fédération de Russie limite également à 50 le nombre maximum des associés. En cas de dépassement, la société doit être transformée en une société publique (société anonyme) ou en une coopérative dans le délai d'un an. À défaut, elle doit être liquidée sur demande de l'autorité compétente (voir art. 7 al. 3 de la loi fédérale no 14-FZ du 8 février 1998 [entrée en vigueur le 1^{er} mars 1998] avec les amendements et compléments du 11 juillet 1998).

¹²²⁹ A ce sujet, voir également les explications des auteurs de l'AVANT-PROJET (RAPPORT D'EXPERTS, ch. 27.03 [p. 47]).

ait beaucoup d'associés. Ceci vaut d'autant plus que, selon l'AVANT-PROJET, la société à responsabilité limitée se rapproche de la société anonyme¹²³⁰.

Enfin, deux précisions s'imposent.

Premièrement et contrairement à l'avis des auteurs de l'AVANT-PROJET, le capital social maximum tel qu'il découlait du PROJET 1928 (5 millions de francs, art. 768 al. 1) ne devrait pas être augmenté à 50 millions de francs pour compenser la perte du pouvoir d'achat du franc suisse depuis 1928¹²³¹. Selon nos calculs, une augmentation à environ 29 145 000 francs serait suffisante¹²³². De plus, en tenant compte du fait que le capital social maximum actuellement en vigueur (2 millions de francs, art. 773 CO) a été retenu « officiellement » pour la première fois en 1932 par la commission du Conseil national¹²³³, le capital social maximum devrait être augmenté à environ 13 559 000 francs seulement¹²³⁴. Quoi qu'il en soit, étant donné que la fixation d'un capital social maximum est dépourvue d'une justification objective, indépendamment du chiffre choisi, sa suppression s'impose.

Deuxièmement, en raison de l'introduction probable d'une loi permettant la transformation sans liquidation des sociétés à responsabilité limitée en sociétés

¹²³⁰ RUEDIN, ROLAND (lors de la présentation du PROJET 1996 à la conférence générale des autorités suisses du registre du commerce, Interlaken, le 18 juin 1998). Selon HIRSCH/NOBEL (RSDA 1997 [69], p. 126 ss, not. p. 127), le PROJET 1996 fait de la société à responsabilité limitée une société anonyme avec quelques dispositions particulières. Voir également TRUNGER qui, en s'exprimant sur le PROJET 1996, rejette toutefois un rapprochement excessif du droit de la société anonyme (p. 152 et 153 ainsi que p. 156 et 157).

¹²³¹ RAPPORT D'EXPERTS, ch. 225.2 (p. 16). Voir aussi RAPPORT EXPLICATIF, p. 101.

¹²³² En 1928, l'IPC est de 167,6. En 1998, l'IPC est de 976,9. (Pour la provenance des données, voir note 1180).

¹²³³ Voir le procès-verbal de la IV^e session de la commission du Conseil national du 24 au 27 octobre 1932 à Locarno (2^e séance du 25 octobre 1932), p. 32 et 33.

¹²³⁴ En 1932, l'IPC est de 144,1. En 1998, l'IPC est de 976,9. (Pour la provenance des données, voir note 1180).

anonymes¹²³⁵, l'effet de «frein» du capital social maximum serait moins important à l'avenir qu'il ne l'a été par le passé¹²³⁶.

2.6.3. Conclusion

Au vu de ce qui précède, nous proposons, à l'instar des auteurs de l'AVANT-PROJET, la suppression du capital social maximum¹²³⁷. Cette suppression ne doit pas être compensée par une autre mesure. Il n'est notamment pas nécessaire de limiter le nombre des associés.

¹²³⁵ Voir AP Lfus, notamment les articles 68 ss. A noter que le Tribunal fédéral a récemment admis, malgré l'absence d'une base légale expresse, la transformation sans liquidation d'une société à responsabilité limitée en une société anonyme, pour autant que certaines conditions minimales soient respectées. S'agissant plus particulièrement du capital social, le Tribunal fédéral exige que le capital social de la société à responsabilité soit entièrement libéré; qu'il soit entièrement couvert au moment de la transformation et que l'évaluation des apports en nature soit vérifiée et attestée par écrit par un réviseur (art. 634 ch. 3, 635 ch. 1 et 635a CO). Le cas échéant, le capital social de la société à responsabilité limitée doit en outre être préalablement augmenté à 100 000 francs au moins (ATF 125 III 18, not. p. 27 [fr.]; voir également: REPRAX 1/99, p. 24 ss; l'AGEFI du lundi 28 décembre 1998, p. 6; la NZZ du 28.12.1998, no 300, p. 15 ainsi que Revue 4/1999, p. 30 et 31. Pour une analyse détaillée, voir VON BÜREN/BÜRGI, REPRAX 1/99, p. 3 ss).

¹²³⁶ Il ne faut toutefois pas négliger les frais qui sont nécessairement liés à une procédure de transformation.

¹²³⁷ A notre connaissance, la proposition des auteurs de l'AVANT-PROJET (et du PROJET 1996) n'a encore jamais été critiquée sur ce point.

3. La constitution effective du capital social initial

3.1. Introduction

Comme pour notre étude sur le droit en vigueur, nous partagerons l'analyse de la réglementation de l'AVANT-PROJET relative à la constitution effective du capital social initial en deux parties. Dans un premier temps, il sera question de la fixation du capital social (composante formelle de la constitution effective du capital social initial). Dans un deuxième temps, nous traiterons de la constitution de la fortune sociale (composante matérielle de la constitution effective du capital social initial).

Au cours de notre analyse, nous essayerons de déterminer dans quelle mesure la réglementation proposée élimine les lacunes et défauts que nous avons pu constater et si les solutions envisagées sont compatibles avec le droit européen.

3.2. Fixation du capital social

3.2.1. Introduction

3.2.1-1. Introduction

A l'instar de ce qui vaut pour le droit en vigueur (art. 776 ch. 3 et 779 al. 1 CO), le capital social devra nécessairement figurer dans les statuts de la société à responsabilité limitée (art. 776 ch. 3 AP 1999) et les statuts devront être arrêtés par les fondateurs lors de l'établissement de l'acte constitutif (art. 779 al. 1 AP 1999). De plus, le capital social continuera à être inscrit au registre du commerce (art. 781 ch. 4 AP 1999).

Le capital social minimum est fixé à 40 000 francs (art. 773 AP 1999).

3.2.1-2. Fondation par transformation d'une société anonyme

Contrairement au droit en vigueur (art. 824 ss CO), l'AVANT-PROJET ne régle pas la transformation d'une société anonyme en une société à responsabilité limitée. Cette matière sera traitée par la future loi fédérale sur la fusion, la scission

et la transformation de sujets (art. 824 AP 1999)¹²³⁸. En vertu de l'article 72 AP Lfus, et sauf exception, la transformation sera subordonnée aux dispositions du Code civil et du Code des obligations concernant la fondation de la société à responsabilité limitée. Selon le RAPPORT EXPLICATIF AP LFUS, cette exigence concernera notamment le capital (social)¹²³⁹. Bien que la société à responsabilité limitée créée par transformation ne soit pas une nouvelle société¹²⁴⁰, le capital social devra nécessairement figurer dans les statuts, dont le contenu devra être déterminé lors de l'établissement de l'acte constitutif et avant l'inscription de la société au registre du commerce. Le capital social devra être fixé à 40 000 francs au moins (art. 773 AP 1999). Dans la mesure où la société anonyme possède un capital-actions d'au moins 50 000 francs¹²⁴¹, cette exigence ne posera toutefois aucun problème.

Selon le droit en vigueur, la transformation d'une société anonyme avec un capital-actions supérieur à 2 millions de francs en une société à responsabilité limitée exige une réduction préalable du capital-actions¹²⁴². En renonçant à un capital social maximum¹²⁴³, les auteurs de l'AVANT-PROJET ont écarté cette problématique.

Enfin, que se passe-t-il si la société anonyme possède un capital-participation, étant donnée que selon l'AVANT-PROJET, la société à responsabilité limitée ne pourra pas recourir à ce mode de financement¹²⁴⁴? La réponse à cette question se trouve à l'article 71 al. 3 AP Lfus. Selon cette disposition, la société à responsabilité limitée créée par transformation devra attribuer des parts sociales équivalentes ou des parts sociales avec droit de vote aux titulaires des parts sociales sans droit de vote. En raison de l'impossibilité de recourir à un capital-participation, la société à responsabilité limitée devra par conséquent attribuer des parts sociales aux titulaires de bons de participation. Ainsi, si la société anonyme possède un capital-participation, le capital social de la société à responsabilité limitée à créer par transformation devra correspondre à l'addition du capital-actions et du capital-participation de la société anonyme. De plus, con-

¹²³⁸ Voir AP Lfus. Il faut noter que cette loi traitera tous les cas de transformation, y compris les fusions et scissions.

¹²³⁹ RAPPORT EXPLICATIF AP LFUS, p. 58 et 59. Dans la version allemande du rapport explicatif, il est toutefois question de «Kapitaleinlage» (Begleitbericht zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Fusion, die Spaltung und die Umwandlung von Rechtsträgern, p. 58).

¹²⁴⁰ Contrairement à la réglementation actuelle, l'AP Lfus prévoit une transformation directe en application du principe de la continuité (art. 68 AP Lfus et RAPPORT EXPLICATIF AP LFUS, p. 55).

¹²⁴¹ Selon l'article 2 al. 2/3 DF, les sociétés anonymes constitués avant le 1^{er} janvier 1985 ne devaient pas adapter leur disposition statutaire relative au capital-actions minimum.

¹²⁴² Voir 2.2.2. Fondation par transformation d'une société anonyme, p. 104 ss ainsi que les auteurs cités à la note 415.

¹²⁴³ Voir 2.6. Le capital social maximum, p. 260 ss.

¹²⁴⁴ RAPPORT D'EXPERTS, ch. 226.9 (p. 26) et ch. 254 (p. 42). Voir également RAPPORT EXPLICATIF, p. 123.

trairement au droit actuellement en vigueur¹²⁴⁵, le sort des porteurs de bons de participation en cas de transformation d'une société anonyme en une société à responsabilité limitée sera parfaitement clair.

3.2.1-3. Compatibilité avec le droit européen

L'obligation d'inscrire le capital social (souscrit) dans les statuts et au registre du commerce est parfaitement compatible avec la 1^{ère} directive¹²⁴⁶.

La fixation d'un capital social minimum de 40 000 francs n'est pas non plus contraire à la législation européenne qui n'impose aucun minimum en la matière¹²⁴⁷. Si la Suisse participait à l'Union monétaire, les fondateurs pourraient opter pour un capital social (et des parts sociales) en euros plutôt qu'en francs suisses¹²⁴⁸. Cette possibilité existerait d'ailleurs indépendamment de toute adaptation du droit des sociétés, puisque le règlement n° 974/98 du Conseil du 3 mai 1998 concernant l'introduction de l'euro est directement applicable aux Etats qui participent à l'Union monétaire¹²⁴⁹. L'officier public ne pourrait plus refuser d'instrumenter l'acte constitutif si les fondateurs fixent le capital social en euros. De même, le préposé au registre du commerce ne pourrait plus refuser l'inscription au registre du commerce.

3.2.1-4. Appréciation

Dans la mesure où elles éliminent des restrictions et des insécurités juridiques, les modifications proposées doivent être approuvées. En revanche, nous ne sommes pas entièrement convaincu par l'interdiction faite à la société à responsabilité limitée de recourir à des bons de participation. A notre avis, et contrairement à celui des auteurs de l'AVANT-PROJET¹²⁵⁰, cette interdiction ne s'impose pas nécessairement du fait du caractère fortement personnel de la société à responsabilité limitée, et le législateur ne devrait pas totalement exclure ce moyen de financement. Il serait suffisant de choisir une réglementation analogue à celle applicable à la société anonyme (art. 656a ss CO). Autrement dit, sauf exception, le capital-participation et les bons de participation seraient soumis aux dispositions applicables au capital social et aux parts sociales, ce qui limiterait le transfert des bons de participation (art. 791 ss AP 1999 par

¹²⁴⁵ Voir 2.2.2. Fondation par transformation d'une société anonyme, p. 104 ss.

¹²⁴⁶ Du même avis, en ce qui concerne le capital-actions, PERRET, p. 18.

¹²⁴⁷ Contrairement à la société anonyme pour laquelle la 2^e directive impose un capital-actions d'au moins 25 000 unités de compte européennes (art. 6 al. 1 2^e directive).

¹²⁴⁸ Le capital social devrait alors correspondre à 40 000 francs convertis en euros au taux officiel à fixer par la Commission européenne.

¹²⁴⁹ Voir à ce sujet les explications se trouvant à la note 1033.

¹²⁵⁰ RAPPORT D'EXPERTS, ch. 226.9 (p. 26) et ch. 254 (p. 42). Voir également RAPPORT EXPLICATIF, p. 123.

analogie). Enfin, parmi les exceptions et à l'instar de ce qui vaut pour la société anonyme, on pourrait limiter le capital-participation maximum au double du capital social (art. 656b al. 1 CO par analogie).

3.2.2. Règles protectrices préventives

S'agissant du genre et de l'efficacité du contrôle préventif relatif à la fixation du capital social, l'AVANT-PROJET ne présente aucune nouveauté par rapport au droit en vigueur¹²⁵¹.

Le capital social doit figurer dans les statuts (art. 776 ch. 3 AP 1999¹²⁵²) ainsi qu'au registre du commerce (art. 781 ch. 4 AP 1999¹²⁵³). La fixation d'un capital social conforme aux exigences légales fait toujours l'objet d'un contrôle par l'officier public qui instrumente l'acte constitutif et par le préposé au registre du commerce dont les pouvoirs de cognition respectifs ne sont pas modifiés par l'AVANT-PROJET. En revanche, en raison de l'abandon d'un capital social maximum par les auteurs de l'AVANT-PROJET¹²⁵⁴, seuls quatre défauts resteront envisageables: l'absence de capital social, la fixation d'un capital social inférieur au minimum légal de 40 000 francs, la fixation d'un capital social en une monnaie étrangère et la fixation d'un capital social de manière approximative ou variable. En ce qui concerne le traitement de ces quatre défauts par l'officier public et le préposé au registre du commerce, nous pouvons renvoyer à notre analyse du droit actuellement en vigueur¹²⁵⁵.

S'agissant du contrôle préventif des statuts et de l'acte constitutif, l'AVANT-PROJET (et le droit suisse en vigueur) est (sont) compatible(s) avec la droit européen. En effet, en vertu de l'article 10 de la 1^{ère} directive, les Etats membres peuvent prévoir soit un contrôle préventif administratif ou judiciaire, soit le recours à la forme authentique pour l'acte constitutif et les statuts. Dans la mesure où la 1^{ère} directive ne fixe pas l'étendue du pouvoir de contrôle des autorités administratives, le contrôle effectué en droit suisse par le préposé au registre du commerce remplit les exigences découlant du droit européen, malgré la limitation de son pouvoir de cognition¹²⁵⁶. En cas d'adhésion à l'Union monétaire, le capital social pourrait aussi être fixé en euros¹²⁵⁷. Par conséquent, ni

¹²⁵¹ Voir 2.3. Règles protectrices préventives, p. 107 ss.

¹²⁵² Actuellement article 776 ch. 3 CO.

¹²⁵³ Actuellement article 781 ch. 5 CO.

¹²⁵⁴ Voir 2.6. Le capital social maximum, p. 260 ss.

¹²⁵⁵ Voir 2.3. Règles protectrices préventives, p. 107 ss.

¹²⁵⁶ Dans ce sens, pour la société anonyme, ANDREAS GLANZMANN (p. 51). Cependant, contrairement à ce que soutient cet auteur, le droit suisse ne remplit pas cumulativement les conditions alternatives figurant à l'article 10 de la 1^{ère} directive, puisque les statuts initiaux ne sont pas soumis à la forme authentique (voir à ce sujet la note 427). Ce constat vaut également pour l'AVANT-PROJET.

¹²⁵⁷ Voir p. 266.

l'officier public ni le préposé au registre du commerce ne pourraient refuser d'instrumenter l'acte constitutif, respectivement refuser l'inscription de la société au registre du commerce, si les fondateurs fixaient le capital social en euros et que le capital social choisi équivalait à 40 000 francs au moins. En cas d'adhésion à l'Union monétaire, il serait toutefois indiqué de transformer les références légales au franc suisse en références à l'euro.

3.2.3. *Effets des défauts après la naissance de la société*

3.2.3-1. *Inexistence de la société*

En vertu de l'article 783 al. 2 AP 1999, la société à responsabilité limitée acquiert la personnalité juridique par l'inscription au registre du commerce, même si les conditions de celle-ci ne sont pas remplies. Ainsi, contrairement à la situation actuelle, les auteurs de l'AVANT-PROJET mentionnent expressément, à l'instar de ce qui vaut pour la société anonyme (art. 643 al. 2 CO), l'effet réparateur de l'inscription au registre du commerce. En revanche, l'article 783 al. 2 AP 1999 ne précise pas la portée de l'effet de guérison. A notre avis, la situation reste inchangée par rapport à l'état actuel. En d'autres termes, l'acquisition de la personnalité se fait sans exception, peu importent les défauts dont peut être entachée la fondation de la société¹²⁵⁸. Ceci vaut notamment en ce qui concerne les défauts dont peut être entaché le capital social (absence de capital, capital social inférieur au minimum légal, capital social en une monnaie étrangère, etc.). Si l'on voulait exclure l'effet de guérison de l'inscription dans certains cas précis, il y aurait lieu de le mentionner expressément, à l'instar de ce que fait le droit allemand¹²⁵⁹. Pour augmenter la sécurité juridique, il serait toutefois souhaitable de préciser expressément que l'effet réparateur de l'inscription au registre du commerce ne connaît aucune exception.

La réglementation proposée est-elle compatible avec la réglementation européenne?

Les articles 11 et 12 de la 1^{ère} directive régissent le régime de la nullité des sociétés. L'article 11 détermine notamment de manière exhaustive les cas dans lesquels les législations des Etats membres peuvent prévoir la nullité d'une société à responsabilité limitée¹²⁶⁰. Selon les auteurs, le législateur européen con-

¹²⁵⁸ Voir 2.4.2. Inexistence de la société, p. 113 ss.

¹²⁵⁹ § 75 ss GmbHG (D).

¹²⁶⁰ HABERSACK, *Gesellschaftsrecht*, N 109. Le législateur national ne peut donc pas prévoir d'autres cas de nullité que ceux prévus par l'article 11 de la 1^{ère} directive. Voir CJ CE affaire C-106/89 (Marleasing SA contre La Comercial Internacional de Alimentación SA, Rec. 1990 I - 4159 [paragraphe 9 et 10]). Dans le même sens déjà VAN OMMESLAGHE, *Cah.dr.eur.* 1969, p. 495 ss, not. p. 656.

sacre le principe «pas de nullité sans texte»¹²⁶¹. En d'autres termes, pour qu'une nullité puisse être retenue, le législateur national doit la prévoir expressément. Il est toutefois parfaitement libre de prévoir moins de cas de nullité que ne le permet la législation européenne¹²⁶². L'AVANT-PROJET, qui ne prévoit aucun cas de nullité¹²⁶³, est par conséquent conforme au droit européen¹²⁶⁴.

3.2.3-2. Nullité de la disposition statutaire entachée d'un défaut

Bien que l'AVANT-PROJET ne le dise pas expressément et en raison des intérêts en présence, la disposition statutaire relative au capital social qui est entachée d'un défaut n'est pas nulle. La situation reste donc inchangée par rapport au droit en vigueur¹²⁶⁵.

L'AVANT-PROJET (et le droit en vigueur) est compatible avec la législation européenne.

3.2.3-3. Action en dissolution en raison de défauts graves de fondation

Contrairement au droit en vigueur, l'AVANT-PROJET prévoit une action en dissolution de la société en raison de défauts graves de fondation (art. 783 al. 3

¹²⁶¹ Par exemple: VAN OMMESLAGHE, *Cah.dr.eur.* 1969, p. 495 ss, not. p. 655 et VICHATZKY, no 33 (p. 12).

¹²⁶² «Il est, en effet, loisible au législateur national de ne pas reprendre les motifs de nullité énoncés à l'article 11 ou de ne les reprendre que partiellement, et, partant, d'en limiter le domaine d'application» (conclusions de l'avocat général dans l'affaire C-106/89, *Marleasing SA contre La Comercial Internacional de Alimentación SA*, Rec. 1990 I - 4150 [citée à la note 1260]).

¹²⁶³ A l'instar du droit de la société anonyme (voir art. 643 al. 2 CO).

¹²⁶⁴ Les auteurs de l'AVANT-PROJET partagent cet avis (voir RAPPORT D'EXPERTS, ch. 321.4 [p. 57] ainsi que RAPPORT EXPLICATIF, p. 161). Dans le même sens, pour le droit de la société anonyme, PERRET, p. 73 ss et BAUDENBACHER, *Aspekte*, EC 1991 (65), p. 608 ss, not. p. 610. En revanche, selon une partie de la doctrine, le droit suisse de la société anonyme (dont l'AVANT-PROJET s'inspire) n'est pas entièrement conforme, en matière de nullité, aux exigences européennes. Ainsi, selon BÖCKLI (*Aktienrecht*, N 148), qui fait pourtant partie du groupe d'experts pour la révision du droit de la société à responsabilité limitée, et ANDREAS GLANZMANN (p. 52 et 53), il manque en droit suisse une réglementation expresse de la nullité, notamment en ce qui concerne les effets de cette dernière. A notre avis, il ne saurait être question d'incompatibilité en ce domaine. D'une part, le législateur national peut sans autre renoncer à prévoir des cas de nullité (voir la note 1262). D'autre part, si le législateur national renonce à prévoir des cas de nullité (comme l'a fait le législateur suisse), il n'y a aucune raison d'en réglementer les effets. L'avis divergent des auteurs susmentionnés s'explique probablement par le fait qu'il admettent l'existence implicite de certains cas de nullité en droit suisse. Nous rejetons ce point de vue (voir 2.4.2. Inexistence de la société, p. 113 ss).

¹²⁶⁵ Voir 2.4.3. Nullité de la disposition statutaire entachée d'un défaut, p. 116 ss.

AP 1999). L'action s'éteint si elle n'est pas introduite au plus tard trois mois dès la publication de l'inscription de la société dans la FOSC (art. 783 al. 4 AP 1999). Cette action est entièrement calquée sur celle qui existe en droit de la société anonyme (art. 643 al. 3 et 4 CO)¹²⁶⁶. En ce qui concerne la portée de cette disposition, nous pouvons dès lors renvoyer à la doctrine relative à la société anonyme¹²⁶⁷. A notre avis, les défauts touchant au capital social entrent dans le champ d'application de l'action en dissolution au sens de l'article 783 al. 3 AP 1999¹²⁶⁸. En pratique, la portée de l'action en dissolution ne sera toutefois pas très importante¹²⁶⁹. De plus, contrairement à l'article 820 al. 1 ch. 4/2 AP 1999, le juge saisi par une action en dissolution au sens de l'article 783 al. 3 AP 1999 ne pourra - si l'on fait abstraction des mesures provisionnelles - que la rejeter ou prononcer la dissolution de la société¹²⁷⁰. Il ne pourra notamment pas remplacer la disposition statutaire défectueuse par une disposition conforme aux exigences légales. Le vice dont est affecté le capital social ne peut ainsi pas être réparé.

L'action en dissolution en raison de défauts graves de fondation selon l'article 783 al. 3 AP 1999 est d'ailleurs parfaitement compatible avec le droit européen. L'article 11 de la 1^{ère} directive concerne exclusivement les causes de nullité de la société¹²⁷¹, à l'exception des causes de dissolution¹²⁷². L'article 783 al. 3 AP 1999, qui traite de la dissolution de la société, n'entre par conséquent pas dans le champ d'application de cette directive¹²⁷³.

3.2.3-4. Action en dissolution de la société et sortie pour justes motifs

En ce qui concerne l'action en dissolution pour justes motifs, l'AVANT-PROJET prévoit deux changements importants par rapport au droit en vigueur (art. 820

¹²⁶⁶ Le terme «actionnaires» a simplement été remplacé par le terme «associés».

¹²⁶⁷ Par exemple: FORSTMOSER, *Aktienrecht*, § 12 N 29 ss; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 17 N 19 ss; HERY, p. 1 ss; SCHENKER, BaK, ad art. 643 CO, N 6 ss; SIEGWART, ZK, ad art. 643 CO, N 26 ss.

¹²⁶⁸ Concernant la société anonyme, HERY mentionne de manière expresse les défauts consistant en l'absence d'un capital-actions (p. 99 et 100) et en un capital-actions inférieur au minimum légal (p. 100, note 96).

¹²⁶⁹ Nous ne connaissons aucun cas d'application concernant la société anonyme.

¹²⁷⁰ Pour la société anonyme, voir FORSTMOSER, *Aktienrecht*, § 12 N 54; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 17 N 26.

¹²⁷¹ Y compris les causes d'inexistence, de nullité absolue, de nullité relative ou d'annulabilité.

¹²⁷² Par exemple: VAN OMMESLAGHE, *Cah.dr.eur.* 1969, p. 495 ss, not. p. 656 et 657; voir également les conclusions de l'avocat général dans l'affaire C-106/89 (Marleasing SA contre La Comercial Internacional de Alimentación SA, CJ CE Rec. 1990 I - 4149).

¹²⁷³ Les auteurs de l'AVANT-PROJET sont, implicitement, du même avis (voir RAPPORT D'EXPERTS, ch. 321.3 [p. 57] ainsi que RAPPORT EXPLICATIF, p. 161). Il en va de même (implicitement) pour PERRET (p. 73 ss) et BAUDENBACHER (*Aspekte*, EC 1991 [65], p. 608 ss, not. p. 610) qui traitent du droit de la société anonyme.

ch. 4 CO). D'une part, les statuts peuvent supprimer le droit de chaque associé d'agir en dissolution pour justes motifs et prévoir que cette action doit être intentée par des associés représentant ensemble 10 % du capital social (art. 820 al. 1 ch. 4/1 AP 1999)¹²⁷⁴. D'autre part, lorsque l'action en dissolution est fondée, le juge ne devra plus nécessairement prononcer la dissolution de la société, mais il pourra également adopter une autre solution adaptée aux circonstances et acceptable pour les intéressés (art. 820 al. 1 ch. 4/2 AP 1999)¹²⁷⁵. Il se pose dès lors la question de savoir si le juge saisi par une action en dissolution peut décider - à la place des associés et en application de l'article 820 al. 1 ch. 4/2 AP 1999 - la réparation du vice dont est affecté le capital social.

Selon les auteurs qui se sont exprimés à propos de l'article 736 ch. 4/2 CO, la solution adaptée aux circonstances et acceptable pour les intéressés peut consister en une décision du juge remplaçant celle de l'assemblée générale, même si elle comporte une modification des statuts¹²⁷⁶. Le juge peut notamment décider une réduction du capital-actions, lorsque cette solution permet d'éviter la dissolution de la société¹²⁷⁷. Si les auteurs ne sont jamais expressément prononcés par rapport à l'admissibilité d'une décision d'augmentation du capital-actions (art. 650 al. 1 CO) prise par le juge¹²⁷⁸, nous pensons qu'elle serait également couverte par l'article 736 ch. 4/2 CO¹²⁷⁹. En effet, d'une part, le juge n'impose aucune obligation directe ou indirecte aux actionnaires¹²⁸⁰ puisque chacun reste libre de participer à l'augmentation ou non. D'autre part, la décision d'augmentation (art. 650 al. 1 CO) prise par le juge ne viola pas le droit impératif et les principes fondamentaux régissant le droit de la société ano-

¹²⁷⁴ Actuellement cette action peut être exercée individuellement par chaque associé (voir art. 820 ch. 4 CO). Le projet permet par conséquent une réglementation statutaire plus restrictive. L'exigence de 10 % s'inspire du droit de la société anonyme (art. 736 ch. 4 CO).

¹²⁷⁵ Actuellement, le juge ne peut que prononcer la dissolution de la société (voir 2.4.5. Action en dissolution de la société et sortie pour justes motifs, p. 118).

¹²⁷⁶ HABEGGER, § 15 N 1 ss et § 16 N 1 ss; HANDSCHIN, *Auflösung*, RSDA 1993 (65), p. 43 ss, not. p. 45; HÖHN, p. 113 ss, not. p. 128 ss; KUNZ, *Auflösungsklage*, p. 235 ss, not. p. 243. Très critique: BÖCKLI, *Aktienrecht*, N 1954.

¹²⁷⁷ Par exemple: BÖCKLI, *Aktienrecht*, N 1950 et HÖHN, p. 113 ss, not. p. 124 ss (voir également BO CE du 26 septembre 1988, p. 518 [proposition de HEFTI]).

¹²⁷⁸ Selon HABEGGER, l'insuffisance du capital-actions peut constituer un juste motif de dissolution au sens de l'article 736 ch. 4 CO (§ 7 N 90). Il ne se prononce toutefois pas expressément sur l'admissibilité d'une décision d'augmentation du capital-actions prise par le juge.

¹²⁷⁹ Il faut noter que la décision d'augmentation du capital-actions au sens de l'article 650 al. 1 CO n'implique pas une modification immédiate des statuts. Ce n'est que lorsque l'augmentation a été exécutée que les statuts de la société doivent être modifiés.

¹²⁸⁰ Selon la doctrine majoritaire, le juge ne peut pas imposer une obligation directe ou indirecte aux actionnaires (par exemple: HABEGGER, § 11 N 52; HANDSCHIN, *Auflösung*, RSDA 1993 [65], p. 43 ss, not. p. 45 et HÖHN, p. 113 ss, not. p. 119. Peu claire: VON DER CRONE, *Lösung*, RSJ 1993 [89], p. 37 ss, not. p. 43). De plus, seule la société possède la légitimation passive au procès qui l'oppose à l'actionnaire demandeur (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 55 N 96; HABEGGER, § 18 N 70 ss).

nyme¹²⁸¹. Nous estimons dès lors que le juge peut, lorsqu'il est saisi d'une action en dissolution pour justes motifs au sens de l'article 736 ch. 4/1 CO, décider une augmentation du capital-actions en lieu et place de l'assemblée générale (art. 650 al. 1 CO). Les actionnaires n'ont toutefois aucune obligation de participer à l'augmentation.

L'article 820 al. 1 ch. 4 AP 1999 doit être interprété dans le même sens. Autrement dit, le juge pourra, lorsqu'il est saisi d'une action en dissolution pour justes motifs, décider une augmentation du capital social au minimum légal. Le juge pourra également modifier une disposition statutaire fixant un capital social variable ou approximatif. Le juge pourra enfin décider la conversion en francs suisses d'un capital social (et de parts sociales) à l'origine en monnaie étrangère. Le cas échéant, cette décision devra être accompagnée d'une décision d'augmentation du capital social¹²⁸².

Nous rappelons toutefois que nonobstant le fait que la décision d'augmentation ait été prise par le juge et non par l'assemblée des associés, l'augmentation du capital social doit être effectuée en respectant les règles ordinaires (art. 786 et 787 AP 1999). Le succès de l'augmentation du capital social dépend de la souscription des parts par les associés ou par des tiers¹²⁸³ ainsi que de l'inscription de l'augmentation au registre du commerce dans les trois mois dès la décision du juge (art. 786 al. 2 AP 1999 qui renvoie à l'art. 650 al. 3 CO). La décision d'augmentation du juge ne permet donc pas de remplacer l'absence ou l'insuffisance des souscriptions suite à sa décision d'augmentation. Cette dernière remplace uniquement la décision d'augmentation qui n'a pas pu être prise par les associés. Par conséquent, si les associés ont pris eux-mêmes une décision d'augmentation afin de réparer le vice relatif au capital social mais si l'augmentation a échoué faute de souscriptions suffisantes, le juge saisi d'une action au sens de l'article 820 al. 1 ch. 4 AP 1999 devra prononcer la dissolution de la société.

Enfin, dans la mesure où les directives européennes applicables à la société à responsabilité limitée ne règlent pas la dissolution de la société¹²⁸⁴, l'article 820 al. 1 ch. 4 AP 1999 est parfaitement compatible avec le droit européen.

¹²⁸¹ Selon les auteurs, le juge ne peut pas prendre une décision qui viole les règles impératives et les principes généraux régissant le droit de la société anonyme (HABEGGER, § 11 N 9 ss; HÖHN, p. 113 ss, not. p. 117 ss).

¹²⁸² Une décision d'augmentation est notamment nécessaire lorsque le capital social fixé en monnaie étrangère et converti en francs suisses est inférieur à 40 000 francs. Le taux de conversion est celui du jour de la décision de conversion prise par le juge. De plus, une décision d'augmentation est nécessaire si la valeur nominale des parts sociales converties en francs suisses ne correspond pas à 100 francs au moins (art. 774 al. 1/1 AP 1999).

¹²⁸³ Le juge ne peut pas imposer aux associés la souscription des parts sociales (voir les auteurs cités à la note 1280).

¹²⁸⁴ Voir page 270, notamment la jurisprudence et la doctrine citées aux notes 1272 et 1273.

3.2.4. Réparation des défauts

3.2.4-1. Réparation des défauts par une modification statutaire décidée par les associés

Quant au principe, l'AVANT-PROJET n'apporte aucune modification par rapport au droit en vigueur: le vice doit être réparé par les associés eux-mêmes, conformément aux dispositions légales régissant les modifications statutaires¹²⁶⁵. En revanche, en raison des changements relatifs à la procédure d'augmentation du capital social et en raison de la suppression du capital social maximum, quelques précisions s'imposent.

Premièrement, selon l'AVANT-PROJET, l'augmentation du capital social ne requiert plus l'accord unanime des associés. En principe, en vertu de l'article 810c al. 1 ch. 4 AP 1999, une décision de l'assemblée des associés recueillant au moins les deux tiers des voix attribuées aux parts représentées et la majorité absolue du capital social autorisé à voter est suffisante. Toutefois, à l'instar de ce que nous admettons pour le droit en vigueur, en l'absence totale de capital social, une décision d'augmentation doit pouvoir être prise par les fondateurs¹²⁶⁶.

Deuxièmement, en ce qui concerne la procédure d'augmentation, l'AVANT-PROJET renvoie aux dispositions des sociétés anonymes sur l'augmentation ordinaire du capital-actions (art. 786 al. 2 AP 1999¹²⁶⁷) et non plus aux règles applicables à la fondation de la société à responsabilité limitée (art. 786 al. 1 CO). De plus, puisque les parts sociales ne doivent pas nécessairement correspondre à un multiple de 100 francs (art. 774 al. 1/1 AP 1999), la conversion en francs suisses du capital social à l'origine en monnaie étrangère ne doit être accompagnée d'une augmentation du capital social que lorsque la valeur nominale convertie en francs suisses de chaque part sociale n'atteint pas 100 francs au moins.

Troisièmement, étant donné que l'AVANT-PROJET ne prévoit pas de limite maximum pour le capital social¹²⁶⁸, les dispositions sur la réduction du capital social resteront en principe sans application¹²⁶⁹. De plus, puisque les parts sociales ne doivent pas nécessairement correspondre à un multiple de 100 francs (art. 774 al. 1/1 AP 1999), la conversion en francs suisses du capital social à l'origine en

¹²⁶⁵ Voir 2.5.2. Réparation des défauts par une modification statutaire décidée par les associés, p. 119 ss.

¹²⁶⁶ Voir p. 119.

¹²⁶⁷ Articles 650 ss CO.

¹²⁶⁸ Voir 2.6. Le capital social maximum, p. 260 ss.

¹²⁶⁹ Voir article 788 AP 1999 qui renvoie pour l'essentiel aux dispositions sur la réduction du capital-actions (art. 732 ss CO).

monnaie étrangère ne doit jamais être accompagnée d'une réduction du capital social.

Enfin, la réparation du vice par les associés est compatible avec le droit européen qui ne régleme nte pas cette question.

3.2.4-2. Réparation des défauts par une modification statutaire décidée par le préposé au registre du commerce sur demande d'un tiers

En ce qui concerne l'intervention du préposé au registre du commerce sur demande de tiers, l'AVANT-PROJET n'apporte aucune modification¹²⁹⁰.

3.2.4-3. Dissolution de la société par le juge sur requête du préposé au registre du commerce

En ce qui concerne la possibilité pour le juge de dissoudre la société sur requête du préposé au registre du commerce, lorsque la société n'a pas adapté son capital social à certaines exigences légales suite à une sommation basée sur l'article 60 al. 1 ORC, un réexamen de la situation s'impose.

A l'instar du droit en vigueur, l'AVANT-PROJET ne prévoit pas expressément la possibilité pour le juge de dissoudre, sur requête du préposé au registre du commerce, une société à responsabilité limitée dont le capital social n'est pas conforme aux exigences légales. S'agissant du droit en vigueur, nous avons jugé qu'il s'agissait d'une lacune qui devait être comblée en autorisant le juge à prononcer la dissolution de la société lorsque le capital était inférieur au minimum légal (ou exprimé dans une monnaie étrangère ou fixé de manière approximative ou variable), d'autant plus que l'article 2 al. 2 DF prévoit cette sanction de manière expresse pour les sociétés anonymes constituées entre le 1^{er} janvier 1985 et le 1^{er} juillet 1992¹²⁹¹. Or, selon l'AVANT-PROJET, les sociétés à responsabilité limitée constituées après le 1^{er} janvier 2000, dont le capital social ne sera pas augmenté au nouveau minimum légal dans le délai d'adaptation de 2 ans (art. 2 al. 1 DT AP 1999), ne sont pas menacées d'une dissolution prononcée par le juge. En revanche, en vertu de l'article 3 al. 3 DT AP 1999, les associés répondront personnellement et proportionnellement à leurs parts du capital social qui n'aura pas été augmenté¹²⁹². Bien que cette disposition ne vise que les sociétés constituées entre le 1^{er} janvier 2000 et l'entrée en vigueur de la

¹²⁹⁰ Voir 2.5.3. Réparation des défauts par une modification statutaire décidée par le préposé au registre du commerce sur demande d'un tiers, p. 121 ss.

¹²⁹¹ Voir 2.5.4. Dissolution de la société par le juge sur requête du préposé au registre du commerce, p. 122 ss.

¹²⁹² RAPPORT D'EXPERTS, ch. 253 (p. 41 et 42).

révision, il nous semble qu'elle s'oppose implicitement à une dissolution prononcée par le juge sur requête du préposé au registre du commerce d'une société à responsabilité limitée qui sera constituée après l'entrée en vigueur de la révision. En effet, il serait illogique d'admettre l'existence de sanctions légales différentes pour les anciennes sociétés qui, malgré une obligation légale, n'ont pas adapté leur capital social aux nouvelles exigences, et les sociétés constituées après l'entrée en vigueur de la révision. De plus, en codifiant la jurisprudence cantonale concernant la société anonyme¹²⁹³, l'article 820 al. 2 AP 1999 prévoit expressément la possibilité pour le juge de dissoudre la société sur requête du préposé au registre du commerce lorsque celle-ci ne possède pas les organes nécessaires¹²⁹⁴. S'agissant d'un capital social contraire aux exigences légales, si les auteurs de l'AVANT-PROJET avaient voulu admettre une sanction semblable, ils auraient très certainement complété l'article 820 al. 2 AP 1999 dans ce sens.

Au vu de ce qui précède et contrairement à ce que nous admettons en droit actuel, le juge ne pourra plus prononcer la dissolution de la société à responsabilité limitée sur requête du préposé au registre du commerce, lorsque le capital social est inférieure au minimum légal, exprimé dans un monnaie étrangère ou fixé de manière approximative ou variable.

3.2.5. *Appréciation*

Par rapport au droit en vigueur, les modifications prévues par l'AVANT-PROJET n'apportent pas de changements en ce qui concerna l'efficacité du contrôle préventif par l'officier public et les autorités du registre du commerce.

En revanche, après l'inscription de la société au registre du commerce, le juge pourra, selon l'AVANT-PROJET, lorsqu'il est saisi d'une action en dissolution pour justes motifs, convertir le capital social (et les parts sociales) en francs suisses et/ou décider une augmentation du capital social. Il pourra également modifier une disposition statutaire qui introduit un capital social variable ou qui fixe le capital social de manière approximative. Contrairement au droit en vigueur, nous estimons toutefois qu'une dissolution prononcée par le juge, sur requête du préposé au registre du commerce, ne sera plus possible.

Nous avons également constaté qu'en ce qui concerne la fixation du capital social, le contrôle préventif et la réparation subséquente des vices dont le capital social peut être affecté, les solutions de l'AVANT-PROJET sont en principe compatibles avec le droit européen. La seule incompatibilité, pour autant que la Suisse participe un jour à l'Union monétaire, consisterait en l'interdiction faite aux fondateurs de fixer un capital social en euro. En cas de participation à

¹²⁹³ Voir la jurisprudence citée aux notes 502 et 503.

¹²⁹⁴ Voir également RAPPORT D'EXPERTS, ch. 281.12 (p. 52 et 53).

l'Union monétaire, il serait dès lors indiqué de transformer les références légales au franc suisse en références à l'euro. Toutefois, en raison de l'application directe des règlements européens dans l'ordre juridique interne, les fondateurs désireux de fixer un capital social (et des parts sociales) en euros plutôt qu'en francs suisses pourront le faire indépendamment d'une adaptation expresse du droit suisse.

Enfin, exception faite de l'exigence d'un capital social minimum de 40 000 francs, nous estimons que dans son ensemble la réglementation proposée est adéquate. Elle permettra de combattre efficacement les défauts relatifs à la fixation du capital social.

3.3. Constitution de la fortune sociale

3.3.1. Souscription des parts sociales

3.3.1-1. Introduction

L'analyse du droit en vigueur a révélé de nombreuses imprécisions et «lacunes» en rapport avec la souscription des parts sociales par les fondateurs de la société à responsabilité limitée¹²⁹⁵. Ces imprécisions et «lacunes» touchent notamment la terminologie, les effets et le contenu de la souscription.

Lors de notre étude de l'AVANT-PROJET, nous essayerons d'une part de déterminer si, et le cas échéant de quelle manière, ce dernier remédie aux défauts constatés. D'autre part, nous en vérifierons l'eurocompatibilité.

3.3.1-2. Terminologie

Selon l'article 779 al. 2 ch. 1 AP 1999, les fondateurs *souscrivent* les parts sociales dans l'acte de fondation et constatent - toujours dans cet acte - que toutes les parts sociales ont été valablement *souscrites*. De plus, en vertu de l'article 779 al. 3 AP 1999, la *souscription* requiert, pour être valable, un certain nombre d'indications supplémentaires dans l'acte de fondation¹²⁹⁶.

Ainsi, contrairement au droit en vigueur (art. 779 al. 2 ch. 1 CO), les auteurs de l'AVANT-PROJET renoncent à l'utilisation du terme «prendre» en traitant des parts

¹²⁹⁵ Voir 3.2. Souscription des parts sociales, p. 126 ss.

¹²⁹⁶ Voir 3.3.1-4. Contenu de la souscription, p. 278 ss.

sociales¹²⁹⁷. Ce changement doit être salué. D'une part, il conduira à l'utilisation d'un seul terme technique pour désigner la souscription en droit de la société à responsabilité limitée. D'autre part, il apportera une harmonisation avec le droit de la société anonyme, qui emploie le même terme s'agissant de la souscription des actions (art. 629 al. 2 et 630 CO)¹²⁹⁸. Nous tenons toutefois à rappeler que les termes «souscrire» et «souscription» ne sont pas entièrement convaincants, puisqu'ils se réfèrent à une obligation des fondateurs en matière de fondation successive selon l'ancien droit de la société anonyme¹²⁹⁹. Cependant, vu l'absence d'un terme plus approprié et afin de préserver une certaine harmonie terminologique avec le droit des sociétés anonymes, nous approuvons le choix des auteurs de l'AVANT-PROJET.

3.3.1-3. Effets de la souscription

A l'instar de ce qui vaut pour le droit en vigueur, l'AVANT-PROJET ne se prononce pas expressément sur l'obligation principale résultant de la souscription d'une part sociale. Pour remédier à ce défaut et dans un souci de clarté, il serait souhaitable d'insérer dans la loi une disposition précisant expressément que la souscription implique l'obligation pour les souscripteurs de faire, en faveur de la fortune sociale un apport correspondant au prix d'émission des parts sociales¹³⁰⁰ qu'ils ont souscrites individuellement. A noter qu'en droit de la société anonyme, cette obligation résulte implicitement de la loi. En effet, en vertu de l'article 630 ch. 2 CO la souscription requiert, pour être valable, l'engagement inconditionnel d'effectuer un apport correspondant au prix d'émission¹³⁰¹.

Contrairement au droit en vigueur, l'AVANT-PROJET interdit expressément l'émission au-dessous du pair des parts sociales et en autorise, également expressément, l'émission au-dessus du pair (art. 774 al. 3 AP 1999). Bien que, sur le fond, ces précisions n'apportent aucun changement par rapport au droit en vigueur, nous les approuvons entièrement.

¹²⁹⁷ Dans sa version allemande, l'AVANT-PROJET utilise les termes «zeichnen» et «Zeichnung» (voir art. 779 al. 2 et 3 VORENTWURF). Dans sa version italienne, l'AVANT-PROJET utilise les termes «sottoscrivere» et «sottoscrizione» (voir art. 779 al. 2 et 3 AVAMPROGETTO).

¹²⁹⁸ Ce constat vaut également pour les versions allemande et italienne de l'AVANT-PROJET (voir art. 629 al. 2 et 630 CO dans sa version allemande et italienne).

¹²⁹⁹ Voir 3.2.2. Terminologie: «prendre» ou «souscrire» des parts sociales, p. 127 ss.

¹³⁰⁰ Contrairement au droit en vigueur (art. 774 al. 2/1 CO), l'AVANT-PROJET permet à un associé d'être titulaire de plusieurs parts sociales (art. 774 al. 2 AP 1999; voir RAPPORT D'EXPERTS, ch. 226.3 [p. 22 et 23]). Nous saluons cette proposition de modification qui augmentera la souplesse en matière de transfert des parts sociales.

¹³⁰¹ A notre avis, l'article 630 ch. 2 CO va toutefois trop loin en soumettant la validité de la souscription à l'engagement inconditionnel et exprès de faire un apport correspondant au prix d'émission. Voir à ce sujet les explications sous 3.3.1-4. Contenu de la souscription, p. 278 ss.

3.3.1-4. Contenu de la souscription

A l'exception de l'exigence de la confirmation dans l'acte constitutif par les fondateurs, qu'ils ont pris eux-mêmes toutes les parts sociales (art. 779 al. 2 ch. 1 CO), le droit en vigueur reste muet quant au contenu de la souscription.

Selon l'AVANT-PROJET, les fondateurs doivent constater dans l'acte constitutif que toutes les parts sociales ont été valablement souscrites (art. 779 al. 2 ch. 1 AP 1999). De plus, pour être valable, la souscription requiert l'indication dans l'acte constitutif du nombre, de la valeur nominale, de la catégorie et du prix d'émission des parts sociales (art. 779 al. 3 ch. 1 AP 1999). Les exigences de l'article 779 al. 3 ch. 1 AP 1999 se recoupent essentiellement avec celles de la société anonyme (art. 630 ch. 1 CO)¹³⁰². Malheureusement, l'exigence de l'indication du nom de chaque fondateur et des parts qu'il a souscrites personnellement ne découle qu'implicitement de l'article 779 al. 3 ch. 1 AP 1999. A notre avis, il faudrait profiter de la révision du droit de la société à responsabilité limitée pour ne laisser planer aucun doute à ce sujet. Deux solutions s'offrent au législateur. Soit il complète l'article 779 al. 3 ch. 1 AP 1999 en exigeant expressément l'indication du nom de chaque souscripteur et la valeur nominale des parts qu'il souscrit, soit il modifie l'article 90 ORC en y insérant un renvoi exprès à l'article 79 al. 1 lit. d ORC, qui règle cette question pour la société anonyme. Puisqu'elle permettrait de maintenir une certaine harmonie avec le droit de la société anonyme, nous préférons cette dernière solution¹³⁰³.

Enfin, si le droit de la société anonyme requiert d'indiquer dans l'acte constitutif l'engagement inconditionnel des fondateurs de fournir un apport correspondant au prix d'émission des actions (art. 630 ch. 2 CO), une exigence analogue expresse ne figure pas dans l'AVANT-PROJET. Cette différence s'explique probablement par la volonté de ses auteurs de ne faire dépendre la validité des souscriptions ni de l'indication de l'engagement inconditionnel ni même de l'absence d'une condition¹³⁰⁴. Dans la mesure où cette solution protège les tiers et les futurs créanciers de la société, nous approuvons ce choix. A notre avis, il serait toutefois utile d'exiger l'indication d'un engagement inconditionnel dans l'acte constitutif, sans pour autant en faire dépendre la validité de la souscription. La même solution s'imposerait à notre avis en ce qui concerne l'indication du nombre, de la valeur nominale, de la catégorie et du prix d'émission des parts sociales (art. 779 al. 3 ch. 1 AP 1999). La sanction de la nullité dans ce

¹³⁰² Dans l'acte constitutif d'une société anonyme, il faut toutefois encore indiquer l'espèce des actions souscrites. Dans la mesure où l'AVANT-PROJET ne connaît pas des espèces différentes de parts sociales, cette exigence n'a pas été reprise.

¹³⁰³ La solution du renvoi à l'article 79 al. 1 lit. d ORC permettrait de surcroît de renseigner les fondateurs quant à l'effet principal résultant de la souscription des parts sociales. L'absence d'une clause expresse dans la loi (Code des obligations) serait ainsi moins gênante (voir 3.3.1-3. Effets de la souscription, p. 277).

¹³⁰⁴ Selon BÖCKLI (*Aktienrecht*, N 49) ainsi que SCHENKER (*BaK*, ad art. 631 CO, N 3 et 5) qui se prononcent sur l'article 630 al. 2 CO, une souscription conditionnelle n'est pas valable.

domaine, telle qu'elle est expressément prévue par l'AVANT-PROJET, est certainement exagérée¹³⁰⁵.

3.3.1-5. Création d'une société à responsabilité limitée par transformation d'une société anonyme

Contrairement au droit en vigueur (art. 824 ss CO), l'AVANT-PROJET ne régleme plus cette matière (art. 824 AP 1999)¹³⁰⁶. En vertu de l'article 72 AP Fus, les règles concernant la fondation de la société à responsabilité limitée s'appliqueront en principe à la transformation¹³⁰⁷. Toutefois, puisque la transformation se fera dans la continuité du sociétariat, les actionnaires ne devront à notre avis pas procéder à une véritable souscription des parts sociales de la «nouvelle» société. En revanche, le projet de transformation devra nécessairement indiquer le nombre, l'espèce et la valeur des parts sociales qui seront remises aux titulaires de parts après la transformation (art. 75 lit. c AP Fus).

3.3.1-6. Compatibilité avec le droit européen

Les directives européennes applicables à la société à responsabilité limitée ne réglementent pas les exigences en matière de souscription. L'AVANT-PROJET est par conséquent eurocompatible.

3.3.1-7. Appréciation

L'AVANT-PROJET apporte plusieurs précisions relatives à la souscription des parts sociales par les fondateurs d'une société à responsabilité limitée. En principe, ces modifications doivent être saluées. Il serait toutefois souhaitable de préciser l'effet de la souscription. Nous pensons notamment à l'introduction d'une disposition semblable à l'article 630 ch. 2 CO, qui exige l'indication expresse, dans l'acte constitutif, de l'engagement inconditionnel de faire un apport correspondant au prix d'émission des actions. En revanche, contrairement à l'article 630 CO, nous ne pensons pas qu'il faille en faire dépendre la validité des souscriptions.

Enfin, en ce qui concerne la souscription des parts sociales lors de la fondation de la société à responsabilité limitée, l'AVANT-PROJET est parfaitement compatible avec les directives européennes.

¹³⁰⁵ Du même avis, pour la société anonyme, BÖCKLI (*Aktienrecht*, N 49) et SCHENKER (BaK, ad art. 631 CO, N 3).

¹³⁰⁶ Voir également 3.2.1-2. Fondation par transformation d'une société anonyme, p. 264 ss.

¹³⁰⁷ Voir à ce sujet RAPPORT EXPLICATIF AP LFUS, p. 58 et 59.

3.3.1-8. Règles protectrices préventives

3.3.1-8.1. Contrôle par l'officier public

Au sujet de l'efficacité du contrôle exercé par l'officier public sur la régularité et la validité de la souscription des parts sociales, nous pouvons renvoyer aux développements concernant le droit en vigueur¹³⁰⁸. Nous tenons simplement à rappeler qu'en vertu de son obligation de vérification limitée en matière de capacité de discernement et de vices du consentement, le contrôle exercé par l'officier public ne permet pas d'exclure les souscriptions viciées.

3.3.1-8.2. Contrôle par le préposé au registre du commerce

Au sujet du contrôle exercé par le préposé au registre du commerce, nous renvoyons pour l'essentiel aux développements relatifs au droit en vigueur¹³⁰⁹.

Une précision s'impose toutefois par rapport à l'admissibilité du transfert d'une part sociale entre le moment de l'établissement de l'acte constitutif et celui de la réquisition d'inscription au registre du commerce. Nous avons admis la légalité d'un tel transfert selon le droit en vigueur¹³¹⁰. Quelle est la situation dans l'AVANT-PROJET? A l'instar du droit en vigueur, il ne régle pas expressément cette question¹³¹¹ et ses auteurs ne se prononcent pas sur ce point¹³¹². Or, en l'absence d'une interdiction expresse, nous estimons que le transfert d'une part sociale avant l'inscription de la société au registre du commerce sera toujours admissible sous l'AVANT-PROJET¹³¹³. Lorsque le préposé au registre du commerce se trouvera face à un tel transfert, il ne pourra par conséquent pas refuser l'inscription de la société au registre du commerce.

¹³⁰⁸ Voir 3.2.6-2. Contrôle par l'officier public, p. 134.

¹³⁰⁹ Voir 3.2.6-3. Contrôle par le préposé au registre du commerce, p. 135 ss.

¹³¹⁰ Voir 3.2.6-3.2. Transfert d'une part sociale entre la constitution de la société et la réquisition d'inscription au registre du commerce, p. 135 ss.

¹³¹¹ Les articles 791 ss AP 1999 régissent le transfert des parts sociales d'une manière générale.

¹³¹² RAPPORT D'EXPERTS, ch. 226 (p. 22 ss), not. ch. 226.4 (p. 23).

¹³¹³ Le transfert devra s'effectuer conformément aux règles ordinaires (art. 791 ss AP 1999) et figurer dans le registre des parts sociales (art. 790 al. 1 AP 1999). Contrairement au droit en vigueur (art. 781 ch. 4 et 5 CO) et à ce qui était prévu dans le PROJET 1996 (art. 781 ch. 5 et 794 al. 1 P 1996), un changement d'associé n'implique pas dans tous les cas une modification de l'inscription au registre du commerce. Une modification de l'inscription n'est nécessaire que lorsque les parts sociales transférées sont grevées d'une obligation d'opérer des versements supplémentaires (art. 781 ch. 5 et 794 al. 1 AP 1999).

3.3.1-9. Effets des défauts après la naissance de la société

3.3.1-9.1. Introduction

Il se peut qu'une société à responsabilité limitée soit inscrite au registre du commerce alors que la souscription des parts sociales est viciée. Quelles en seront les effets pour la souscription?

3.3.1-9.2. Vices du consentement

L'AVANT-PROJET ne dit pas si, après l'inscription de la société au registre du commerce, il est encore possible d'invoquer un vice du consentement dont est frappée la souscription¹³¹⁴. A notre avis, la situation reste inchangée par rapport au droit en vigueur¹³¹⁵. En vertu des intérêts en présence, un associé ne saurait en aucun cas invoquer la nullité de son engagement après l'inscription de la société¹³¹⁶. En raison de la suppression de la responsabilité personnelle des associés au sens des articles 772 al. 2/2 et 802 CQ¹³¹⁷, cette solution s'impose d'ailleurs encore davantage que dans le droit en vigueur. La situation des créanciers sociaux selon l'AVANT-PROJET est en effet la même qu'en droit de la société anonyme, et la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de vices du consentement dans la société anonyme peut être transposée sans autre à la société à responsabilité limitée¹³¹⁸.

Afin d'augmenter la prévisibilité juridique en la matière, il serait toutefois souhaitable de mentionner expressément dans la loi l'impossibilité de faire valoir, après l'inscription de la société au registre du commerce, un vice du consentement dont est affectée une souscription. On pourrait avantageusement compléter l'article 783 AP 1999 au moyen d'un alinéa supplémentaire¹³¹⁹. Cette réglementation serait d'ailleurs parfaitement compatible avec les directives européennes applicables à la société à responsabilité limitée qui ne réglementent pas ce domaine¹³²⁰. Elle devrait, par souci d'harmonisation des règles relatives

¹³¹⁴ En raison de l'effet réparateur de l'inscription de la société au registre du commerce, l'existence de la société ne saurait être mise en doute (voir 3.2.3-1. Inexistence de la société, p. 268 ss).

¹³¹⁵ Voir 3.2.8-2. Vices du consentement, p. 139 ss.

¹³¹⁶ Cela vaut pour tous les vices du consentement (erreur, dol et crainte fondée [voir art. 23 ss CO]) et indépendamment de la faculté de la société d'honorer toutes ses dettes.

¹³¹⁷ Voir RAPPORT D'EXPERTS, ch. 225.4 (p. 18 et 19).

¹³¹⁸ Voir la jurisprudence citée à la note 594.

¹³¹⁹ Nous proposons un 5^e alinéa avec le teneur suivante: «Après l'inscription de la société au registre du commerce, l'invalidité d'une souscription en raison d'un vice du consentement ne peut plus être invoquée».

¹³²⁰ Par exemple: VAN OMMESLAGHE, Cah.dr.eur. 1969, p. 495 ss, not p. 657 ss. A relever que l'article 12 al. 3 et 5 de la 1^{ère} directive n'impose pas aux Etats membres de prévoir l'impossibilité pour les souscripteurs de faire valoir un vice du consentement afin de se soustraire à l'obligation de libérer en cas de nullité de la société (VAN OMMESLAGHE, Cah.dr.eur. 1969,

aux deux formes de sociétés, également figurer dans les dispositions applicables à la société anonyme. Une modification parallèle de l'article 643 CO s'imposerait dès lors¹³²¹.

3.3.1-9.3. Incapacité d'exercer les droits civils et dissolution de la société

L'AVANT-PROJET ne traite pas de manière expresse des effets d'une souscription par une personne qui n'a pas l'exercice des droits civils.

A l'instar de ce que nous admettons pour le droit en vigueur, nous estimons qu'une telle souscription est nulle et que pour rétablir une situation conforme aux exigences légales, la société doit soit trouver une personne qui prend la part sociale de celui qui n'est pas obligé, soit procéder à une réduction de son capital social¹³²².

S'agissant de la première solution, les associés doivent prendre une décision portant réduction et augmentation simultanée du capital social¹³²³. En raison des renvois contenus dans l'AVANT-PROJET (art. 788 al. 1 AP 1999 [pour la réduction du capital social] et art. 786 al. 2 AP 1999 [pour l'augmentation du capital social]), les dispositions relatives à la société anonyme s'appliquent par analogie (art. 732 ss CO [pour la réduction du capital-actions] et art. 650 ss CO [pour l'augmentation du capital-actions]). Comme en droit actuel, la décision d'augmentation devra être constatée par acte authentique (art. 650 al. 2 CO). La décision devra recueillir au moins les deux tiers des voix attribuées aux parts représentées et la majorité absolue du capital social autorisé à voter (art. 810c al. 1 ch. 4 AP 1999). Ces exigences doivent être remplies sans exception¹³²⁴.

S'agissant de la deuxième solution, nous renvoyons pour l'essentiel aux développements concernant le droit en vigueur¹³²⁵. La réduction du capital social doit notamment être effectuée en respectant les règles sur la protection des créanciers (art. 733 ss CO). Le capital social ne peut pas être réduit à moins de

p. 495 ss, not. p. 662 et 663; VICHATZKY, no 39 (p. 14). En d'autres termes, les Etats membres restent libres, s'ils le souhaitent, de prévoir la nullité des souscriptions entachées d'un vice du consentement (pour la France, voir art. 369 de la loi No 66-537 du 24 juillet 1966).

¹³²¹ Cette modification serait d'ailleurs parfaitement compatible avec la 2^e directive.

¹³²² Voir 3.2.8-3. Incapacité d'exercer les droits civils, p. 141 ss.

¹³²³ Voir 3.2.8-3.3. Solutions, p. 142 ss. La réduction et l'augmentation doivent porter sur le même chiffre, qui doit être au moins égal à la valeur nominale de la part sociale dont la souscription est nulle.

¹³²⁴ Actuellement, le quorum à atteindre dépend de plusieurs facteurs. Il est différent selon que la décision comporte une modification des statuts ou non. Il est également différent selon que l'augmentation est égale ou supérieure à la réduction simultanée. Voir 3.2.8-3.3. Solutions, p. 142 ss.

¹³²⁵ Voir 3.2.8-3.3. Solutions, p. 142 ss, not. p. 144 ss.

40 000 francs (art. 773 AP 1999)¹³²⁶. En application de l'article 810b AP 1999, la décision de réduction doit être prise à la majorité absolue des voix attribuées aux parts représentées¹³²⁷.

La situation du souscripteur qui n'a pas l'exercice des droits civils est-elle compatible avec le droit européen? A notre avis, cela ne fait aucun doute. A l'instar de ce qui vaut pour les vices du consentement¹³²⁸, les directives applicables à la société à responsabilité limitée ne réglementent pas les effets d'une incapacité civile sur la validité des souscriptions¹³²⁹.

Enfin, que se passe-t-il si les associés ne procèdent pas aux ajustements qui s'imposent? Le juge peut-il dissoudre la société sur requête du préposé au registre du commerce? A l'instar du droit en vigueur, l'AVANT-PROJET est muet sur ce point.

Actuellement, le juge ne peut pas dissoudre la société lorsque les associés ne procèdent pas aux ajustements nécessaires¹³³⁰. Si nous avons justifié ce point de vue en démontrant qu'une telle intervention ne correspond pas à la systématique de la loi, nous avons également insisté sur l'importance de la responsabilité des associés au sens des articles 772 al. 2/2 et 802 CO. Or, nous avons vu que l'AVANT-PROJET supprime cette responsabilité¹³³¹. Cet abandon permet-il d'admettre l'existence d'un droit (implicite) autorisant le juge à dissoudre la société? A notre avis, ce n'est pas le cas. Selon la systématique de l'AVANT-PROJET, un défaut en relation avec la constitution effective de la fortune sociale (souscription et libération) n'est sanctionné par la dissolution de la société qu'en cas de surendettement (art. 817 et 817a AP 1999)¹³³². Accorder au juge un droit autonome de dissolution en l'absence d'un surendettement ne serait pas conforme à l'économie de l'AVANT-PROJET. Malgré l'absence d'une responsabilité des associés au sens de l'article 802 CO, le juge ne pourra par conséquent pas dissoudre la société (en l'absence d'un surendettement) lorsque le défaut consistera en la nullité d'une souscription. A relever que nous ne

¹³²⁶ Dans certains cas, une simple réduction du capital social ne peut dès lors pas être envisagée.

¹³²⁷ Il s'agit d'une décision ordinaire, contrairement à la décision d'augmentation du capital social (art. 810c al. 1 ch. 4 AP 1999).

¹³²⁸ Voir 3.3.1-9.2. Vices du consentement, p. 281 ss.

¹³²⁹ Selon VAN OMMESLAGHE (Cah.dr.eur. 1969, p. 495 ss, not. p. 883) il existe toutefois un cas dans lequel la 1^{ère} directive interdit aux Etats membres d'admettre la nullité de la souscription par une personne incapable. Il s'agit du cas où la société est nulle par suite d'incapacité de tous les fondateurs (art. 11 al. 1 ch. 2 lit. e 1^{ère} directive). Dans la mesure où le droit suisse ne connaît aucune cause de nullité de la société, l'AVANT-PROJET nous paraît toutefois conforme au droit européen.

¹³³⁰ Voir 3.2.8-3.4. Dissolution de la société?, p. 145 ss.

¹³³¹ Voir RAPPORT D'EXPERTS, ch. 225.4 (p. 18 et 19).

¹³³² Nous faisons abstraction d'une éventuelle responsabilité personnelle des fondateurs et gérants au sens de l'article 827 AP 1999 qui renvoie au droit de la société anonyme (art. 752 ss CO).

traitons pas ici des cas de dissolution prononcée par le juge en application des articles 783 al. 3¹³³³ et 820 al. 1 ch. 4 AP 1999¹³³⁴. A notre avis, la nullité d'une souscription peut, selon les circonstances, constituer un défaut de constitution important et menacer gravement les intérêts des associés ou des créanciers au sens de l'article 783 al. 3 AP 1999¹³³⁵. Selon les circonstances, elle peut également constituer un juste motif au sens de l'article 820 al. 1 ch. 4 AP 1999¹³³⁶. Dans ces deux cas, l'intervention du juge (et par conséquent la dissolution de la société) est toutefois subordonnée à une action en justice introduite soit par des associés, soit par des tiers.

3.3.1-9.4. *Souscription conditionnelle*

Contrairement au droit de la société anonyme (art. 630 ch. 2 CO) mais à l'instar du droit en vigueur, l'AVANT-PROJET ne subordonne pas la validité de la souscription à l'engagement inconditionnel d'effectuer un apport correspondant au prix d'émission¹³³⁷. A notre avis et en raison des intérêts en présence, il ne sera toutefois pas possible d'invoquer avec succès le caractère conditionnel d'une souscription après l'inscription de la société au registre du commerce¹³³⁸. La situation du souscripteur conditionnel sera par conséquent la même que celle du souscripteur dont le consentement est entaché d'un vice.

Cette solution est compatible avec les directives européennes applicables à la société à responsabilité limitée.

¹³³³ Dissolution pour défauts de fondation demandée par un créancier ou un associé au moins, dans les trois mois dès la publication dans la FOOSC.

¹³³⁴ Dissolution pour justes motifs demandée par des associés représentant au moins 10 % du capital social.

¹³³⁵ Voir HERY, p. 121. Selon cet auteur, les conditions de l'article 643 al. 3 aCO sont remplies lorsque la nullité affecte des souscriptions portant sur plus de 80 % de la valeur nominale du capital social. FORSTMOSER (*Aktienrecht*, § 12 N 35) et SIEGWART (ZK, ad art. 643 CO, N 28) mentionnent le cas où une partie importante du capital social n'a pas été souscrite.

¹³³⁶ Exemple: en raison de la nullité de la souscription portant sur une part sociale très importante, la société ne disposera pas des moyens financiers nécessaires aux activités projetées.

¹³³⁷ Voir à ce sujet, 3.3.1-4. Contenu de la souscription, p. 278 ss.

¹³³⁸ Voir 3.2.8-4.4. Solution, p. 149 ainsi que 3.3.1-4. Contenu de la souscription, p. 278 ss.

3.3.1-9.5. Absence de constatation que toutes les parts sociales ont été valablement souscrites (art. 779 al. 2 ch. 1 AP 1999) et absence d'indication du nombre, de la valeur nominale, de la catégorie et du prix d'émission des parts sociales (art. 779 al. 3 ch. 1 AP 1999)

Selon l'interprétation que nous faisons du droit en vigueur, l'absence de la confirmation de souscription au sens de l'article 779 al. 2 ch. 1 CO n'empêche pas les fondateurs d'acquérir la qualité d'associés au moment de l'inscription de la société au registre du commerce. Il suffit que la répartition des parts sociales entre les fondateurs puisse être déterminée¹³³⁹. A notre avis, la solution est la même lorsque la constatation exigée par l'article 779 al. 2 ch. 1 AP 1999 fait défaut. En effet, le respect de l'article 779 al. 2 ch. 1 AP 1999 ne fait pas partie des conditions de validité de la souscription au sens de l'article 779 al. 3 ch. 1 AP 1999.

En vertu de l'article 779 al. 3 ch. 1 AP 1999, la souscription n'est pas valable si elle n'indique pas le nombre, la valeur nominale, la catégorie et le prix d'émission des parts sociales. Cette sanction est manifestement excessive¹³⁴⁰ et ne devrait pas figurer dans la loi. A l'instar de ce que nous admettons pour le droit en vigueur¹³⁴¹, la nullité de la souscription ne s'impose que lorsque ces éléments ne peuvent pas être déterminés d'une autre manière¹³⁴². Cette solution serait d'ailleurs parfaitement compatible avec les directives européennes applicables à la société à responsabilité limitée.

3.3.1-9.6. Appréciation

Lorsque la souscription des parts sociales est entachée de défauts, les sanctions telles qu'elles ont été décrites ci-dessus sont à notre avis suffisantes pour garantir la constitution effective de la fortune sociale. En revanche, quelques précisions seraient souhaitables afin d'augmenter la sécurité juridique dans ce domaine.

Premièrement, nous proposons de faire figurer expressément dans la loi le fait qu'une souscription entachée d'un vice du consentement est parfaitement valable après l'inscription de la société au registre du commerce.

¹³³⁹ Voir 3.2.8-5. Absence de confirmation dans l'acte constitutif d'avoir pris toutes les parts sociales et absence de la mention de la valeur nominale et du prix d'émission de la part sociale souscrite par chaque fondateur, p. 150 ss.

¹³⁴⁰ Du même avis, pour la société anonyme, BÖCKLI (*Aktienrecht*, N 49) et SCHENKER (BaK, ad art. 631 CO, N 3).

¹³⁴¹ Voir 3.2.8-5. Absence de confirmation dans l'acte constitutif d'avoir pris toutes les parts sociales et absence de la mention de la valeur nominale et du prix d'émission de la part sociale souscrite par chaque fondateur, p. 150 ss.

¹³⁴² Par exemple par des actes concluants.

Deuxièmement, il serait à notre avis souhaitable de faire figurer expressément dans la loi l'impossibilité de faire valoir, après l'inscription de la société au registre du commerce, une condition à laquelle est soumise une souscription.

Troisièmement, nous proposons de ne pas soumettre la validité de la souscription à l'indication, dans l'acte constitutif, du nombre, de la valeur nominale, de la catégorie et du prix d'émission des parts sociales (art. 779 al. 3 ch. 1 AP 1999).

3.3.2. Libération des parts sociales

3.3.2-1. Introduction

A l'instar de ce qui vaut pour le droit en vigueur, il ne suffit pas que les souscripteurs s'engagent à faire un apport d'une valeur correspondant au prix d'émission des parts sociales qu'ils ont souscrites. Il faut encore que l'apport soit effectivement exécuté¹³⁴³. Si, en vertu de l'article 779 al. 5 AP 1999, les dispositions du droit des sociétés anonymes sont applicables à la libération des apports, l'AVANT-PROJET prévoit également des règles particulières.

Le but de cette analyse consiste notamment à vérifier dans quelle mesure les règles sur la libération des parts sociales prévues par l'AVANT-PROJET permettent de garantir la constitution de la fortune sociale et si la réglementation proposée est eurocompatible.

3.3.2-2. Libération intégrale des parts sociales souscrites

3.3.2-2.1. Introduction

Les auteurs de l'AVANT-PROJET proposent de supprimer la faculté d'une libération partielle des parts sociales souscrites (art. 774 al. 4 AP 1999)¹³⁴⁴. Avant de nous prononcer sur les arguments avancés en faveur de cette suppression, il nous semble utile de faire un rappel historique et de procéder à une brève analyse des législations étrangères et des directives européennes.

¹³⁴³ Voir 3.3.1. Introduction, p. 153.

¹³⁴⁴ Le PROJET 1996 prévoyait la même solution (art. 774 al. 4 P 1996).

3.3.2-2.2. *Rappel historique*

3.3.2-2.2.1. Le processus législatif

Si le PROJET 1915 ne prévoyait encore aucune libération minimum, les PROJETS 1917, 1919 et 1923 exigeaient une libération minimum de 20 % de chaque part sociale¹³⁴⁵.

Au sein de la commission d'experts qui s'est penchée sur le PROJET 1923, la question de l'admissibilité d'une libération partielle a fait l'objet d'un débat animé. Le rapporteur s'est expressément prononcé pour une libération partielle. Selon lui, l'exigence d'une libération intégrale inciterait les fondateurs à fixer un capital social insuffisant par rapport aux besoins véritables de la société¹³⁴⁶. ALFRED WIELAND et LANG se sont également exprimés en faveur de l'admissibilité d'une libération partielle. Selon le premier «Es ist nicht praktisch, wenn in allen Fällen voll einbezahlt werden muss. Auch die Interessen der Gläubiger verlangen die Volleinzahlung nicht. Wo ist das Geld besser aufgehoben, bei den Mitgliedern der Gesellschaft oder bei der Gesellschaft selbst? Es ist daher vom Standpunkte der Gläubiger aus die vom Entwurf getroffene Lösung entschieden vorzuziehen»¹³⁴⁷. Selon LANG, le législateur doit tenir compte des cas où, au moment de la fondation, le besoin en capital est peu important mais où il augmente par la suite. Il faudrait éviter que la société doive procéder de manière répétée à des augmentations du capital social¹³⁴⁸. Malgré ces arguments, HULFTEGGER a fait une proposition de modification du PROJET 1923. Selon lui, la libération intégrale s'impose dans l'intérêt de toutes les personnes concernées¹³⁴⁹. GUËX s'est joint à l'avis de HULFTEGGER et a rappelé que le droit français exige également la libération intégrale¹³⁵⁰. Lors du vote, la proposition de modification de HULFTEGGER a été acceptée grâce à la voix prépondérante du président de la commission¹³⁵¹. Après que le rapporteur eut exprimé de sérieux doutes quant au bien-fondé de cette décision, un autre membre de commission, ISLER, a fait une proposition de renvoi demandant une libération partielle minimum de 50 % de chaque part sociale¹³⁵². La proposition d'ISLER a finalement été acceptée par 12 voix contre 7¹³⁵³.

¹³⁴⁵ Voir le tableau à la page 28.

¹³⁴⁶ PROCÈS-VERBAL, p. 485.

¹³⁴⁷ PROCÈS-VERBAL, p. 487.

¹³⁴⁸ PROCÈS-VERBAL, p. 487.

¹³⁴⁹ PROCÈS-VERBAL, p. 487.

¹³⁵⁰ PROCÈS-VERBAL, p. 487.

¹³⁵¹ PROCÈS-VERBAL, p. 488.

¹³⁵² Il s'agit d'une solution de compromis.

¹³⁵³ PROCÈS-VERBAL, p. 488.

La solution retenue par la commission d'experts a été reprise dans le PROJET 1928 du Conseil fédéral (art. 768 al. 3)¹³⁵⁴. L'admissibilité ou non d'une libération partielle des parts sociales souscrites a par la suite été discutée au sein des commissions des deux Chambres¹³⁵⁵. La commission du Conseil des Etats (à une large majorité¹³⁵⁶) et celle du Conseil national (14 voix contre 9¹³⁵⁷) ont adhéré à la solution du Conseil fédéral en ce qui concerne le taux de libération minimum de chaque part sociale et les Chambres les ont suivies¹³⁵⁸.

3.3.2-2.2.2. Les avis de la doctrine

Les avis des auteurs qui se sont exprimés sur l'opportunité de l'admissibilité d'une libération partielle des parts sociales souscrites sont partagés.

Certains auraient souhaité que le législateur exige la libération intégrale des parts sociales. Ainsi, selon GOELDLIN DE TIEFENAU, une libération partielle des parts sociales n'est admissible que si les associés encourent une responsabilité personnelle (au sens des articles 772 al. 2/2 et 802 CO) pour le solde non-versé. Or, selon cet auteur, l'exigence de la libération intégrale des parts sociales est préférable à la responsabilité personnelle des associés pour le solde non-versé: d'une part la libération intégrale protège mieux les créanciers sociaux et d'autre part, il s'agit du seul système qui permette que les associés soient tenus réellement d'une façon limitée¹³⁵⁹. Selon VERDA, la libération intégrale simplifie la structure juridique de la société à responsabilité limitée ainsi que la position des associés. De plus, elle donne aux tiers une indication plus sûre du crédit offert par la société¹³⁶⁰. A l'instar de GOELDLIN DE TIEFENAU, VERDA estime en outre que l'admissibilité d'une libération partielle est subordonnée à l'existence de la responsabilité personnelle des associés pour le solde non-versé¹³⁶¹. Or, selon VERDA, si l'on n'exige pas la libération intégrale, les associés ne se rendent pas compte de leur responsabilité personnelle et risquent de devoir payer pour les autres alors qu'ils ont exécuté leur propre obligation d'ap-

¹³⁵⁴ Dans son message aux Chambres, le Conseil fédéral n'explique toutefois pas les raisons de son choix (voir MESSAGE 1928 [FF 1928 I p. 308]).

¹³⁵⁵ Voir: procès-verbal de la commission du Conseil des Etats, III^e session du 15 au 18 avril 1929 à Vevey (5^e séance du 17 avril 1929), p. 37 ss ainsi que le procès-verbal de la commission du Conseil national, IV^e session du 24 au 27 octobre 1932 à Locarno (2^e séance du 25 octobre 1932), p. 32 et 33.

¹³⁵⁶ Voir: procès-verbal de la commission du Conseil des Etats, III^e session du 15 au 18 avril 1929 à Vevey (5^e séance du 17 avril 1929), p. 40.

¹³⁵⁷ Voir: procès-verbal de la commission du Conseil national, IV^e session du 24 au 27 octobre 1932 à Locarno (2^e séance du 25 octobre 1932), p. 33.

¹³⁵⁸ BO CE du 25 septembre 1931, p. 629 et BO CN du 5 novembre 1934, p. 742.

¹³⁵⁹ GOELDLIN DE TIEFENAU, p. 83 à 85 et p. 190 (thèse de 1928).

¹³⁶⁰ VERDA, p. 108 (thèse de 1930).

¹³⁶¹ VERDA, p. 116.

port¹³⁶². Enfin, selon JANGGEN et BECKER, l'exigence d'une libération intégrale constitue la solution la plus simple et la plus claire¹³⁶³.

En revanche, certains auteurs ont expressément approuvé la possibilité d'une libération partielle. Ainsi selon GEGENBAUER, bien qu'elle permette une réglementation plus simple, la libération intégrale des parts sociales souscrites ne s'impose ni dans l'intérêt de la société ni dans celui des créanciers¹³⁶⁴. Selon VON STEIGER, la solution du législateur tient compte au mieux des besoins juridiques et économiques des personnes intéressées¹³⁶⁵. CARRY partage cet avis. Selon lui, une libération de 50 % de chaque part sociale ne constitue pas une fraction dérisoire du capital social. De plus, les intérêts des créanciers sociaux sont sauvegardés puisque le montant des versements effectués doit être mentionné dans le registre des parts sociales et que les associés sont solidairement responsables pour le solde non-versé¹³⁶⁶.

3.3.2-2.3. Les directives européennes

Les directives européennes applicables à la société à responsabilité limitée¹³⁶⁷ ne réglementent pas la question de la libération des parts sociales souscrites. Les Etats membres sont par conséquent libres de prévoir une libération partielle ou intégrale et ceci indépendamment du fait que la libération s'effectue par des apports en espèces ou par des apports en nature. Cette liberté vaut aussi pour les sociétés unipersonnelles¹³⁶⁸.

A noter que la 2^e directive, qui s'applique à la société anonyme, n'impose pas non plus la libération intégrale des actions souscrites. Une libération minimum en espèces (numéraire) ou en nature de 25 % de la valeur nominale de chaque action souscrite est suffisante (art. 9 al. 1). Contrairement à ce qui vaut pour

¹³⁶² VERDA, p. 117. Il faut noter qu'en conclusion, VERDA qualifie toutefois l'admissibilité de la libération partielle comme étant une bonne caractéristique du projet du Conseil fédéral (p. 132)!

¹³⁶³ JANGGEN/BECKER, BK, ad art. 774 CO, N 6. D'autres auteurs se sont également exprimés en faveur d'une libération intégrale (par exemple: HULFTEGGER, p. 35).

¹³⁶⁴ GEGENBAUER, p. 53.

¹³⁶⁵ VON STEIGER, ZK, ad art. 774 CO, N 7.

¹³⁶⁶ CARRY, *Considérations*, RDS 1929 (48), p. 143 ss, not. p. 150 ss. D'autres auteurs se sont également prononcés en faveur de l'admissibilité d'une libération partielle: CORRADINI (implicitement), p. 47 ss; JANSSEN, p. 29.

¹³⁶⁷ Voir 2.4.2-3.2. Les directives applicables à la société à responsabilité limitée, p. 225 ss.

¹³⁶⁸ Le préambule de la 12^e directive mentionne d'ailleurs expressément: «Considérant ... que les Etats membres sont libres d'établir des règles pour faire face aux risques que peut présenter une société unipersonnelle en raison de l'existence d'un seul associé, notamment pour assurer la libération du capital souscrit; ...». Par exemple, la législation italienne impose la libération intégrale des parts sociales souscrites pour les sociétés à responsabilité limitée unipersonnelles (voir note 1376). Cette exigence ne découle toutefois pas du droit européen. Parmi les pays étudiés qui permettent la libération partielle des parts sociales souscrites, l'Italie est d'ailleurs le seul pays à refuser cette faculté aux sociétés unipersonnelles.

l'apport en espèces (numéraire), la 2^e directive exige toutefois que les apports en nature soient intégralement libérés dans un délai de 5 ans à partir du moment de la constitution de la société ou du moment de l'obtention de l'autorisation de commencer ses activités (art. 9 al. 2)¹³⁶⁹.

3.3.2-2.4. La législation de certains pays d'Europe

S'agissant de l'admissibilité de la libération partielle et, le cas échéant, du taux de libération minimum des parts sociales, les réglementations étrangères étudiées diffèrent largement les unes des autres¹³⁷⁰.

Premièrement, la France est le seul pays étudié qui exige sans exception la libération intégrale des parts sociales souscrites (art. 38 al. 1 loi No 66-537)¹³⁷¹.

Deuxièmement, excepté la Grande-Bretagne¹³⁷², tous les pays étudiés exigent l'exécution intégrale des apports en nature lors de la constitution de la société (§ 7 al. 3 GmbHG [D] [Allemagne]; § 10 al. 1/3 GmbHG [A] [Autriche]); art. 120 al. 1 6^e L.C.S. [Belgique]; art. 38 al. 1 loi No 66-537 [France]; art. 2476 al. 1 et 2342 al. 2 CCI [Italie]). Autrement dit, une libération complémentaire par des apports en nature des parts sociales souscrites initialement n'est pas admissible.

Troisièmement, excepté la France, tous les pays étudiés¹³⁷³ permettent la libération partielle des parts sociales lorsque la libération s'effectue par des apports

¹³⁶⁹ Par exemple: LOFOCO, p. 59 ss, not. p. 65 ss. Ceci vaut aussi, avec quelques différences mineures (notamment en ce qui concerne le point de départ du délai de 5 ans), lors d'une augmentation du capital-actions (art. 26 et 27 2^e directive, voir TARANTINO, p. 575 ss).

¹³⁷⁰ Voir également 2.4.2-4. La législation de certains pays d'Europe, p. 227 ss.

¹³⁷¹ Nous relevons toutefois que d'autres pays faisant partie de l'Union européenne exigent également la libération intégrale des parts sociales des sociétés à responsabilité limitée: Danemark (§ 11 al. 2 loi No 378 du 22.5.1996); Espagne (art. 4 loi du 23 mars 1995 [Ley de Sociudades de Responsabilidad Limitada]; Grèce (art. 4 al. 1 de la loi 3190/55 du 9 et 16 avril 1955 concernant les sociétés à responsabilité limitée); Luxembourg (art. 183 ch. 3 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, révisée notamment par la loi du 18 septembre 1933 [introduction de la société à responsabilité limitée] et par la loi du 28 décembre 1992). Ces renseignements proviennent des ouvrages collectifs suivants: *Les sociétés à responsabilité limitée dans les Etats membres de l'Union européenne*, Union internationale du notariat Latin, Etude comparative, Mai 1996, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg 1997 ainsi que *Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und europäischen Recht*, 2^e éd., Berlin/New York 1997 (éditeur: PETER BEHRENS).

¹³⁷² Ainsi que la Fédération de Russie (voir art. 16 al. 2 de la loi fédérale no 14-FZ du 8 février 1998 [entrée en vigueur le 1^{er} mars 1998] avec les amendements et compléments du 11 juillet 1998).

¹³⁷³ Ainsi que la Fédération de Russie (voir art. 16 al. 2 de la loi fédérale no 14-FZ du 8 février 1998 [entrée en vigueur le 1^{er} mars 1998] avec les amendements et compléments du 11 juillet 1998).

en espèces (§ 7 al. 2 GmbHG [D] [Allemagne]¹³⁷⁴; § 10 al. 1/1 GmbHG [A] [Autriche]¹³⁷⁵; art. 120 al. 1 5° L.C.S. [Belgique]; art. 2475 al. 2 et 2329 al. 1 ch. 2 CCI [Italie]¹³⁷⁶. Ceci vaut aussi pour la Grande-Bretagne, mais une disposition expresse fait défaut.

Quatrièmement, excepté la Grande-Bretagne¹³⁷⁷, tous les pays étudiés qui permettent la libération partielle des parts sociales lorsque la libération s'effectue par des apports en espèces, imposent un taux de libération minimum par part sociale. Ce taux se situe entre 20 et 30 %¹³⁷⁸.

Cinquièmement, parmi les pays étudiés qui permettent une libération partielle des parts sociales lorsque la libération s'effectue par des apports en espèces, à l'exception de l'Italie¹³⁷⁹ et de la Grande-Bretagne, tous¹³⁸⁰ exigent la libération d'une valeur globale minimum du capital social (apports en espèces et en na-

¹³⁷⁴ S'agissant des apports en espèces, l'admissibilité d'une libération partielle des parts sociales existe depuis l'introduction de la société à responsabilité limitée en Allemagne (1892). Si le projet de révision de 1939 prévoyait une libération intégrale (§ 16 al. 1 du projet de 1939; voir PRIESTER, p. 162), le REFERENTENTWURF (1969) y était opposé (§ 17 al. 1 REFERENTENTWURF). Selon les auteurs du REFERENTENTWURF, une telle exigence aurait trop de désavantages: contrainte de faire des apports qui ne sont pas nécessaires économiquement; incitation à fixer un capital social trop bas pour l'activité économique projetée; utilisation d'autres formes de financement peu souhaitables, notamment recours à des prêts des associés (REFERENTENTWURF, p. 154). Le projet du gouvernement fédéral qui a conduit à la révision de 1980 prévoyait pour sa part une obligation de libération intégrale s'agissant des apports en espèces pour certains associés (§ 7a al. 1/2; il s'agissait notamment des associés qui ont fait l'objet d'une faillite personnelle dans les 5 ans précédant la constitution de la société) (voir RECHTSAUSSCHUSS, BT-DRUCK, 8/3908, p. 8). Sur proposition du Rechtsausschuss, cette exigence a finalement été supprimée (voir RECHTSAUSSCHUSS, BT-DRUCK, 8/3908, p. 8 ainsi que p. 70 et 71 [commentaire]).

¹³⁷⁵ Toutefois, une libération intégrale de l'apport en espèces s'impose si l'apport en espèces à effectuer sur une part sociale est égal ou inférieur à 70 euros (§ 10 al. 1/1 GmbHG [A]). De plus, chaque fois que l'apport total en espèces à effectuer est inférieur à 17 500 euros, l'exécution intégrale des apports en espèces est exigée (§ 10 al. 1/2 GmbHG [A]). Enfin, sauf exception, au moins la moitié du capital social doit être libérée par des apports en espèces (§ 6a al. 1 GmbHG [A]). Le réglementation autrichienne se révèle ainsi particulièrement complexe. En ce qui concerne le passage à l'euro, voir l'article 10, § 5 Euro-JuBeG.

¹³⁷⁶ La libération intégrale est toutefois exigée lorsqu'il s'agit d'une société unipersonnelle (voir art. 2476 al. 2 CCI).

¹³⁷⁷ Et, probablement, la Fédération de Russie (voir art. 16 al. 2 de la loi fédérale no 14-FZ du 8 février 1998 [entrée en vigueur le 1^{er} mars 1998] avec les amendements et compléments du 11 juillet 1998).

¹³⁷⁸ Allemagne: 25 % (§ 7 al. 2/1 GmbHG [D]); Autriche: 25 % (§ 10 al. 1/1 GmbHG [A]); Belgique: 20 % (art. 120 al. 1 5° L.C.S.); Italie: 30 % (art. 2475 al. 2 et 2329 al. 1 ch. 2 CCI).

¹³⁷⁹ En droit italien, la libération globale minimum découle toutefois du taux de libération minimum des parts sociales souscrites (art. 2475 al. 2 et 2329 al. 1 ch. 2 CCI en relation avec art. 2474 al. 1 CCI).

¹³⁸⁰ La Fédération de Russie exige une libération de 50 % du capital social (voir art. 16 al. 2 de la loi fédérale no 14-FZ du 8 février 1998 [entrée en vigueur le 1^{er} mars 1998] avec les amendements et compléments du 11 juillet 1998). La libération des 50 % restants doit intervenir au plus tard dans le délai d'une année après l'enregistrement (inscription) de la société (voir art. 16 al. 1 de la loi fédérale no 14-FZ du 8 février 1998).

ture pris ensemble): 12 500 euros pour l'Allemagne (§ 7 al. 2/2 en relation avec § 5 al. 1 GmbHG [D]¹³⁸¹); 17 500 euros pour l'Autriche (§ 10 al. 1/2 et al. 1/3 GmbHG [A]¹³⁸²); BEF 250 000 (ou environ 6200 euros¹³⁸³) pour la Belgique (art. 120 al. 1 4° L.C.S.).

Sixièmement, parmi les pays qui permettent une libération partielle des parts sociales lorsque la libération s'effectue par des apports en espèces, seules¹³⁸⁴ l'Allemagne et l'Autriche prévoient une responsabilité de tous les associés pour le solde non-versé¹³⁸⁵.

3.3.2-2.5. Arguments avancés en faveur d'une libération intégrale

3.3.2-2.5.1. Absence d'intérêt légitime

Selon les auteurs de l'AVANT-PROJET, la forme d'une société à responsabilité limitée dont seulement 10 000 francs sur un capital social de 20 000 francs sont libérés ne correspond pas à un intérêt légitime. Ceci vaut d'autant plus que les frais d'installation se situent, pour la première année d'existence, au moins entre 10 000 francs et 20 000 francs¹³⁸⁶.

A notre avis, ces arguments ne sauraient justifier la suppression de la possibilité de libération partielle des parts sociales.

Premièrement, les auteurs de l'AVANT-PROJET admettent eux-mêmes que les frais d'installation peuvent se monter à 10 000 francs seulement. Une libération

¹³⁸¹ Depuis le 1^{er} janvier 1999. Voir toutefois le § 86 GmbHG (D) en ce qui concerne le passage à l'euro.

¹³⁸² Depuis le 1^{er} janvier 1999. Voir toutefois l'article 10, § 5 Euro-JuBeG en ce qui concerne le passage à l'euro.

¹³⁸³ La libération en euro est également admissible (voir note 1033).

¹³⁸⁴ La Fédération de Russie prévoit, pour les associés qui n'ont pas entièrement libéré leur part sociale, une responsabilité solidaire pour les dettes sociales mais limitée à la valeur de la partie non-versée de la «contribution» de chaque associé (voir art. 2 al. 1 de la loi fédérale no 14-FZ du 8 février 1998 [entrée en vigueur le 1^{er} mars 1998] avec les amendements et compléments du 11 juillet 1998).

¹³⁸⁵ Pour l'Allemagne, voir § 24/1 GmbHG (D): «Soweit eine Stammeinlage weder von den Zahlungspflichtigen eingezogen, noch durch Verkauf des Geschäftsanteils gedeckt werden kann, haben die übrigen Gesellschafter den Fehlbetrag nach Verhältnis ihrer Geschäftsanteile aufzubringen». Voir par exemple MÜLLER, in Hachenburg, 8^e éd., ad § 24 GmbHG (D), N 1 ss. Pour l'Autriche, voir § 70 al. 1 GmbHG (A): «Soweit eine Stammeinlage weder von den Zahlungspflichtigen eingebracht werden kann, noch durch Verkauf des Geschäftsanteiles gedeckt wird, haben die übrigen Gesellschafter den Fehlbetrag nach Verhältnis ihrer Stammeinlagen aufzubringen». Voir par exemple GELLIS, ad § 70 GmbHG (A), N 1 ss. La réglementation allemande et autrichienne diffère ainsi de celle adoptée par le législateur suisse (art. 802 CO) (voir notamment BAR, *Haftung*, p. 62 ss).

¹³⁸⁶ RAPPORT D'EXPERTS, ch. 225.5 (p. 19) et RAPPORT EXPLICATIF, p. 107.

partielle peut par conséquent correspondre à un intérêt légitime des fondateurs¹³⁸⁷.

Deuxièmement, le fait que la société puisse disposer des fonds nécessaires à couvrir les frais d'installation n'est pas lié à une libération intégrale des parts sociales souscrites par les fondateurs. Pour satisfaire un tel besoin, le législateur peut se contenter d'imposer, s'il le désire, une libération globale minimum. Cette solution a d'ailleurs été choisie par plusieurs législateurs étrangers¹³⁸⁸ ainsi qu'en droit suisse de la société anonyme (art. 632 al. 2 CO).

3.3.2-2.5.2. Réglementation plus claire et plus simple

Selon les auteurs de l'AVANT-PROJET, l'exigence d'une libération intégrale permet d'abandonner sans autre les nombreuses règles sur la libération partielle, rendant le droit de la société à responsabilité limitée plus clair et plus simple¹³⁸⁹.

Certes, l'exigence de la libération intégrale des parts sociales permettrait de simplifier le droit de la société à responsabilité limitée. Les auteurs de l'AVANT-PROJET pensent probablement plus particulièrement à la suppression de la procédure de déchéance dont la réglementation actuelle n'est pas un exemple de simplicité et de clarté¹³⁹⁰. Or, d'une part, l'exigence d'une libération intégrale ne permet à notre avis pas de supprimer entièrement la procédure de déchéance¹³⁹¹ et, d'autre part, nous constatons qu'il serait tout à fait possible de remplacer les dispositions jugées insatisfaisantes et peu claires en matière de libération complémentaire¹³⁹². La possibilité d'aboutir à une réglementation légale plus simple ne justifie par conséquent pas d'imposer la libération intégrale. A notre avis, pour permettre une utilisation optimale des ressources, le choix entre une libération partielle et intégrale des parts sociales doit être laissé aux fondateurs (et aux associés)¹³⁹³. Ceci vaut d'autant plus que les fondateurs

¹³⁸⁷ En ce qui concerne l'intérêt des créanciers, voir 3.3.2-2.5.5. Protection des créanciers sociaux (en général), p. 297 ss.

¹³⁸⁸ Voir 3.3.2-2.4. La législation de certains pays d'Europe, p. 290 ss.

¹³⁸⁹ RAPPORT D'EXPERTS, ch. 225.5 (p. 20) et RAPPORT EXPLICATIF, p. 107.

¹³⁹⁰ Voir 3.3.5. Procédure de déchéance, p. 190 ss.

¹³⁹¹ Nous pensons notamment au cas où une libération en espèces doit compléter un apport en nature qui a été surévalué.

¹³⁹² Les pays étrangers étudiés qui connaissent la libération partielle pourraient servir d'exemple au législateur suisse dans ce domaine (Voir 3.3.2-2.4. La législation de certains pays d'Europe, p. 290 ss). On pourrait également s'inspirer de la réglementation applicable à la société anonyme (art. 681 et 682 CO).

¹³⁹³ L'importance de pouvoir choisir entre une libération partielle ou intégrale est d'ailleurs particulièrement évidente lorsque les fondateurs optent pour un capital social important. Certes, en règle générale les fondateurs fixent un capital social relativement bas. Si le législateur veut à tout prix éviter une libération jugée globalement insuffisante, il pourrait toutefois se contenter d'une libération globale minimum, sans pour autant imposer une libération intégrale des parts sociales.

peuvent, s'ils souhaitent éviter une libération ultérieure, opter de plein gré pour une libération intégrale.

3.3.2-2.5.3. Versements supplémentaires

Selon les auteurs de l'AVANT-PROJET, la libération partielle des parts sociales ne s'impose pas, puisque la possibilité qui consiste à prévoir statutairement une obligation d'effectuer des versements supplémentaires offre une solution satisfaisante aux sociétés qui désirent disposer d'un capital supplémentaire¹³⁹⁴.

Bien que l'AVANT-PROJET étende la possibilité pour les gérants d'exiger des versements supplémentaires aux cas où un besoin en capital propre, prévu par les statuts, est réalisé (art. 803 al. 1 ch. 2 AP 1999)¹³⁹⁵, nous ne pensons pas que cette nouveauté justifie de supprimer la libération partielle des parts sociales.

Premièrement, selon l'AVANT-PROJET, le besoin en capital propre doit être expressément prévu par les statuts (art. 803 al. 1 ch. 2 AP 1999)¹³⁹⁶. La liberté d'action des gérants est par conséquent moins grande qu'elle ne l'est actuellement pour la libération complémentaires lorsque les statuts leur attribuent la compétence générale de la demander. En effet, selon l'AVANT-PROJET, si la société a un besoin en capital propre qui n'est pas prévu par les statuts, les gérants ne peuvent pas exiger les versements supplémentaires sans modification préalable des statuts¹³⁹⁷. Ainsi, à moins de prévoir une clause statutaire englobant tous les cas de besoins en capital propre¹³⁹⁸, la société risque de perdre un temps précieux lorsqu'un besoin urgent en capital propre se manifeste.

Deuxièmement, selon l'AVANT-PROJET, les versements supplémentaires sont limités au double de la valeur nominale de chaque part sociale (art. 803 al. 3/2 AP 1999)¹³⁹⁹ ce qui influence négativement leur utilité en matière de financement. Or, en permettant une libération partielle des parts sociales souscrites, le

¹³⁹⁴ RAPPORT D'EXPERTS, ch. 225.5 (p. 20) et RAPPORT EXPLICATIF, p. 107.

¹³⁹⁵ Actuellement, les versements supplémentaires ne peuvent être exigés qu'en cas de la perte de capital (par exemple: HANDSCHIN, *GmbH*, § 12 N 13 et 17 ss; VON STEIGER, ZK, ad art. 803 CO, N 1 ss; WOHLMANN, *GmbH-Recht*, § 15 III [p. 84 ss]; voir également la note 308 en ce qui concerne la notion de perte de capital). Les auteurs de l'AVANT-PROJET estiment que cette limitation est trop restrictive (voir RAPPORT D'EXPERTS, ch. 238.1 [p. 33]; à ce sujet, voir également RAPPORT EXPLICATIF, p. 135 ainsi que RAPP, *droits*, p. 187 ss).

¹³⁹⁶ Le texte allemand de l'AVANT-PROJET stipule: «ein anderer in den Statuten umschriebener Fall von Eigenkapitalbedarf besteht» (art. 803 al. 1 ch. 2 VORENTWURF).

¹³⁹⁷ La décision de modification doit être prise à la majorité absolue des voix attribuées aux parts représentées à l'assemblée générale (art. 810b AP 1999).

¹³⁹⁸ Nous ne sommes d'ailleurs pas certain qu'une clause générale soit admissible au vu du texte légal de l'article 803 al. 1 ch. 2 AP 1999.

¹³⁹⁹ Actuellement, il est possible de prévoir des versements supplémentaires beaucoup plus importants. Il suffit de limiter statutairement l'ensemble des versements à un montant déterminé ou proportionné au capital social (art. 803 al. 2 CO).

législateur pourrait considérablement améliorer la flexibilité en matière de financement.

Troisièmement, en droit actuel, la possibilité de prévoir des versements supplémentaires n'a pas séduit les fondateurs de sociétés à responsabilité limitée et nous ne sommes pas convaincu que la solution retenue par l'AVANT-PROJET y changera quelque chose. En effet, si les fondateurs sont libres de prévoir une obligation de versements supplémentaires pour assurer à la société une certaine flexibilité en matière de financement, il faut rappeler que cette obligation est maintenue pour l'associé sortant, si la société tombe en faillite dans les deux ans qui suivent l'inscription de sa sortie au registre du commerce (art. 803a al. 1 AP 1999). La dette de l'associé sorti s'élève alors au montant qui aurait pu lui être réclamé au moment de sa sortie, déduction faite de ce qui a été payé par son successeur (art. 803a al. 2 AP 1999). Certes, si le législateur admet la libération partielle des parts sociales souscrites, par analogie à ce qui existe pour la société anonyme, il faudrait également prévoir le maintien de l'obligation de libérer de l'associé souscripteur qui aliène sa part, lorsque la société est déclarée en faillite dans les deux ans qui suivent son inscription au registre du commerce (voir art. 687 al. 2 CO). S'agissant des versements supplémentaires, l'AVANT-PROJET va toutefois beaucoup plus loin, puisqu'il maintient l'obligation de faire des versements supplémentaires non seulement pour les associés souscripteurs mais également pour ceux qui ont acquis la qualité d'associé en raison d'un simple transfert de part(s) sociale(s) (art. 803a al. 1 AP 1999). De plus, le délai de 2 ans ne court pas dès l'inscription de la société au registre du commerce mais dès l'inscription de la sortie de l'associé. La proposition de réglementation de l'AVANT-PROJET en ce qui concerne les versements supplémentaires n'est par conséquent guère attractive pour les associés.

Quatrièmement, l'Allemagne et l'Autriche, qui admettent la libération partielle des parts sociales souscrites lorsque la libération s'effectue par des apports en espèces¹⁴⁰⁰, permettent également le recours à des versements supplémentaires (§ 26 ss GmbHG [D]; § 72 ss GmbHG [A]¹⁴⁰¹). Autrement dit, l'admissibilité d'une obligation de versements supplémentaires n'exclut pas l'admissibilité d'une libération partielle des parts sociales souscrites. Les deux possibilités peuvent parfaitement coexister afin d'offrir la plus grande flexibilité possible aux fondateurs.

¹⁴⁰⁰ Voir 3.3.2-2.4. La législation de certains pays d'Europe, p. 290 ss).

¹⁴⁰¹ Ceci vaut aussi pour les cas où la société a un simple besoin en capital propre.

3.3.2-2.5.4. Corollaire de la suppression de la responsabilité solidaire

Lorsqu'ils se sont exprimés sur le PROJET 1996, FORSTMOSER et RAPP ont insisté sur l'argument que l'exigence d'une libération intégrale doit être considérée comme le corollaire de la suppression de la responsabilité personnelle des associés au sens des articles 772 al. 2/2 et 802 CO¹⁴⁰². Cet avis a déjà été soutenu, en tout cas implicitement, par une partie de la doctrine qui s'est prononcée sur cette question lors de l'introduction de la société à responsabilité limitée dans le droit suisse¹⁴⁰³.

Nous ne partageons pas cette manière de voir. Il n'y a aucun lien nécessaire entre l'existence d'une responsabilité personnelle des associés au sens des articles 772 al. 2/2 et 802 CO et l'admissibilité d'une libération partielle des parts sociales souscrites. Il est parfaitement envisageable, sans fragiliser par trop la situation des créanciers sociaux, de renoncer à une responsabilité solidaire des associés au sens des articles précités et de maintenir la possibilité d'une libération partielle. C'est d'ailleurs la solution choisie par le législateur belge s'agissant des apports en espèces (art. 120 al. 1 5° L.C.S.) et par le législateur italien s'agissant des apports en espèces lorsque la société compte plusieurs associés (art. 2476 al. 1 CCI qui renvoie à l'art. 2329 al. 1 ch. 2 CCI)¹⁴⁰⁴. La même solution, c'est-à-dire l'admissibilité de la libération partielle et l'absence d'une responsabilité solidaire des associés pour le solde non-versé au sens des articles 772 al. 2/2 et 802 CO, vaut également en droit suisse de la société anonyme (voir art. 632 al. 1 et 680 al. 1 CO). Si effectivement l'admissibilité d'une libération partielle était indissociablement liée à l'existence d'une responsabilité solidaire des associés pour le solde non-versé, la réglementation suisse de la société anonyme serait entachée d'un défaut dont, jusqu'à ce jour, aucun auteur ne se serait rendu compte! Nous ne pensons pas que ce soit le cas. En revanche, nous ne voyons aucun intérêt à interdire une libération partielle des parts sociales alors que leur libération (au moment de la fondation de la société) est - selon les auteurs de l'AVANT-PROJET (art. 779 al. 5 AP 1999) - soumise aux mêmes règles que la libération des actions. Le caractère plus personnaliste de la société à responsabilité limitée ne saurait à notre avis justifier de faire une différence entre la société anonyme et la société à responsabilité limitée dans ce domaine.

¹⁴⁰² FORSTMOSER, *Gesellschafterschutz*, p. 123 et 145 (note 105); RAPP, *droits*, p. 157.

¹⁴⁰³ Voir 3.3.2-2.2.2. Les avis de la doctrine, p. 288 ss.

¹⁴⁰⁴ En revanche, les législateurs allemand et autrichien ont instauré un système particulier de responsabilité des associés (pour plus de détails, voir note 1385).

3.3.2-2.5.5. Protection des créanciers sociaux (en général)

Selon certains auteurs, la garantie offerte aux créanciers par le capital social est plus forte si celui-ci est entièrement libéré avant la constitution de la société que si la société possède des créances en libération à l'encontre des associés pour la partie qui n'a pas encore été libérée¹⁴⁰⁵.

Nous ne pensons pas que la différence entre la libération intégrale et la libération partielle des parts sociales souscrites soit effectivement déterminante pour la protection des créanciers sociaux.

Premièrement, l'exigence d'une libération intégrale des parts sociales avant la constitution de la société n'offre aucune garantie qu'en cours de vie sociale la société dispose d'une fortune sociale qui corresponde à la valeur des apports libérés initialement. Si la société fait des pertes, les apports effectués seront partiellement ou complètement absorbés. En revanche, les créances en libération à l'encontre des associés dont les parts sociales n'ont pas été libérées intégralement subsistent après la constitution de la société et ceci indépendamment de la manière dont se développent les affaires de la société. Ainsi, lorsque la société subit des pertes, les créanciers peuvent même avoir intérêt à ce que les parts sociales n'aient pas été libérées intégralement au moment de la constitution de la société¹⁴⁰⁶. Certes, lorsque la société ne peut pas obtenir l'exécution des obligations d'apports restantes de la part des associés concernés¹⁴⁰⁷, les créanciers sociaux ne peuvent pas en profiter. Leur situation n'est toutefois pas moins bonne que lorsque tous les apports ont été effectués, mais ont été absorbés en raison des mauvaises affaires de la société.

Deuxièmement, lorsque la libération est intégrale, la solvabilité des fondateurs est soumise à un contrôle concret. Autrement dit, en cas de libération intégrale on sait que les fondateurs peuvent honorer leurs obligations d'apport. Ceci ne vaut évidemment pas en cas de libération partielle pour la partie des parts sociales qui n'a pas encore été libérée. Les créanciers sociaux ne bénéficient d'aucune garantie directe que les libérations complémentaires seront effectivement exécutées. En revanche, ils bénéficient au moins des «garanties indirectes» offertes par l'article 827 CO. Certes, la responsabilité éventuelle des fondateurs, des gérants ou de l'organe de révision ne saurait offrir une protection absolue aux créanciers sociaux. Il nous semble toutefois que la menace d'une responsabilité personnelle au sens de l'article 827 CO - complétée par une disposition analogue à l'article 687 al. 2 CO - est une mesure dont l'effet préventif sera suffisamment efficace pour admettre une libération partielle des parts sociales souscrites. Enfin, il faut rappeler que les créanciers volontai-

¹⁴⁰⁵ Voir 3.3.2-2.2.2. Les avis de la doctrine, p. 288 ss.

¹⁴⁰⁶ Dans ce sens déjà ALFRED WIELAND (PROCÈS-VERBAL, p. 487).

¹⁴⁰⁷ Par exemple lorsque les associés sont insolvable.

res¹⁴⁰⁸ peuvent également être protégés par les obligations de publicité. Nous pensons plus particulièrement à l'obligation d'inscrire les apports effectués au registre du commerce¹⁴⁰⁹.

3.3.2-2.5.6. Appréciation et choix du système

Les arguments avancés en faveur d'une libération intégrale des parts sociales souscrites ne sont pas convaincants. A l'instar du législateur de 1936 et après une pesée des intérêts en présence, nous estimons que les avantages en matière de flexibilité résultant de l'admissibilité de la libération partielle l'emportent sur les «avantages» de l'exigence d'une libération intégrale¹⁴¹⁰. La libération partielle doit rester admissible indépendamment du fait que l'on supprime ou non la responsabilité personnelle et solidaire des associés au sens des articles 772 al. 2/2 et 802 CO et indépendamment du fait que l'on étende ou non le champ d'application des versements supplémentaires. De plus, contrairement à ce que prévoient la plupart des droits étrangers étudiés¹⁴¹¹, nous estimons qu'une libération ultérieure par des apports en nature des parts sociales souscrites initialement devrait rester possible. Objectivement, il ne se justifie pas de faire une différence entre les différents types d'apport. Le législateur ne l'a d'ailleurs pas non plus fait en droit de la société anonyme (art. 634a al. 2 CO).

Si l'on opte pour l'admissibilité d'une libération partielle des parts sociales, il faut impérativement choisir le système adéquat pour sa mise en œuvre. Le législateur peut notamment prévoir:

1. Une liberté entière pour les fondateurs¹⁴¹².
2. Un montant de libération minimum pour chaque part sociale souscrite¹⁴¹³.

¹⁴⁰⁸ Nous sommes parfaitement conscient du fait que ces exigences ne protègent pas les créanciers involontaires. Leur protection ne peut cependant pas non plus être garantie par l'exigence d'une libération intégrale.

¹⁴⁰⁹ Cette exigence vaut pour la société anonyme (art. 641 ch. 4 CO).

¹⁴¹⁰ BÄHLER (p. 41, note de bas de page 127) et FAVALLI (NZZ du 29.12.1998, no 301, p. 24), qui se sont prononcés sur le PROJET 1996, se sont également exprimés contre l'obligation d'une libération intégrale des parts sociales souscrites. Selon FAVALLI, l'introduction d'une telle obligation ne se justifie pas pour trois raisons: premièrement, le capital social, même s'il est libéré entièrement, ne correspond pas à un «Sparstrumpf» (bas de laine); deuxièmement, l'obligation d'une libération intégrale constitue une exception par rapport au droit suisse en vigueur, et, troisièmement, elle rend inattractive la société à responsabilité limitée pour les sociétés qui ont un capital social important. En revanche et sans justifier son avis, GRÜNDLER estime que la libération intégrale est une exigence nécessaire et raisonnable (GRÜNDLER, EC 1998 [72], p. 697 ss, not. p. 700).

¹⁴¹¹ Voir 3.3.2-2.4. La législation de certains pays d'Europe, p. 290 ss).

¹⁴¹² Les fondateurs peuvent librement choisir le taux ou le montant de la libération.

¹⁴¹³ On exige, par exemple, que chaque part sociale soit libérée à concurrence d'une valeur de 50 francs au moins.

3. Un montant de libération globale minimum¹⁴¹⁴.
4. Un taux de libération minimum pour chaque part sociale souscrite¹⁴¹⁵.
5. Un taux de libération minimum pour le capital social envisagé globalement¹⁴¹⁶.
6. Un taux de libération minimum pour chaque part sociale souscrite et un montant global de libération minimum¹⁴¹⁷.
7. Un taux de libération minimum pour chaque part sociale souscrite, un montant de libération minimum pour chaque part sociale souscrite et un montant de libération globale minimum¹⁴¹⁸.

La solution adéquate dépend, d'une part, du but qu'entend poursuivre le législateur en matière de libération (libération minimum de chaque part sociale et/ou du capital social pris globalement?) et, d'autre part, de la solution qu'il choisit en ce qui concerne la fixation du capital social et des parts sociales (existence d'un capital social minimum et/ou existence d'une valeur nominale minimum pour chaque part sociale?). Ainsi, à titre d'exemple, si le législateur n'impose ni capital social minimum ni valeur minimum pour les parts sociales, la quatrième solution ne serait pas adéquate s'il veut obtenir une libération partielle globale d'une certaine valeur.

Si le législateur ne veut pas imposer le recours à un capital social minimum, les solutions 3, 6 et 7 qui exigent un montant global de libération minimum devraient être écartées d'emblée¹⁴¹⁹. Il devrait également écarter les solutions qui impliquent la libération d'un montant minimum (2^e et 7^e solution)¹⁴²⁰ ou d'un taux minimum (4^e, 6^e et 7^e solution)¹⁴²¹ pour chaque part sociale souscrite. Les deux seules solutions seraient par conséquent celle où le législateur renonce à toute prescription en matière de libération minimum (1^{ère} solution) et celle où il se contente d'imposer un taux de libération minimum pour le capital social envisagé globalement (5^e solution). Toutefois, à notre avis, ces deux solutions ne sauraient entrer en ligne de compte. La première offre à l'évidence une liberté

¹⁴¹⁴ On exige, par exemple, que le capital social soit libéré à concurrence d'une valeur de 10 000 francs au moins.

¹⁴¹⁵ On exige, par exemple, une libération de 50 % de chaque part sociale.

¹⁴¹⁶ On exige, par exemple, une libération de 20 % du capital social.

¹⁴¹⁷ On exige, par exemple, une libération de 50 % de chaque part sociale ainsi qu'une libération globale à concurrence d'une valeur de 10 000 francs au moins.

¹⁴¹⁸ L'on exige, par exemple, une libération minimum de 50 % de chaque part sociale, une libération minimum de 50 francs par part sociale ainsi qu'une libération globale à concurrence d'une valeur de 10 000 francs au moins.

¹⁴¹⁹ Si l'on exigeait la libération d'un montant global minimum (par exemple: 20 000 francs), on introduirait implicitement l'exigence d'un capital social minimum équivalent (en l'espèce 20 000 francs).

¹⁴²⁰ Si l'on exigeait la libération d'un montant minimum pour chaque part sociale (par exemple: 100 francs), on introduirait implicitement l'exigence d'une capital social minimum qui serait au moins équivalent au nombre des fondateurs multiplié par le montant minimum de libération.

¹⁴²¹ Ceci vaut uniquement si le législateur prévoit une valeur nominale minimum pour les parts sociales.

excessive aux fondateurs puisqu'elle permettrait la constitution d'une société à responsabilité limitée avec un capital social très important (par exemple 1 million de francs) dont seule une infime partie (par exemple 1 franc) serait effectivement libérée. Les besoins de flexibilité ne sauraient justifier une telle liberté. La cinquième solution ne nous paraît pas non plus adéquate, parce qu'elle permettrait de compenser l'absence de libération de certaines parts sociales par une libération plus importante des autres parts sociales. Or, il nous semble indispensable - pour des raisons d'égalité de traitement entre les associés et de sécurité juridique - d'imposer une libération partielle minimum de chaque part sociale. Le législateur dispose alors de trois solutions alternatives pour y parvenir. Il peut prévoir soit un montant de libération minimum (2^e solution), soit un taux de libération minimum pour chaque part sociale souscrite (4^e solution), soit une combinaison des deux. A notre avis, la solution qui prévoit un taux de libération minimum pour chaque part sociale souscrite (4^e solution) doit être préférée aux autres. Elle engendre, d'une part, une libération partielle dont l'importance relative reste la même, indépendamment de la valeur nominale des parts sociales souscrites. D'autre part, en raison de la valeur nominale minimum des parts sociales (100 francs selon les auteurs de l'AVANT-PROJET, art. 774 al. 1/1 AP 1999), elle implique implicitement la libération d'un montant minimum.

Au vu de ce qui précède, la solution la plus adéquate en matière de libération consiste à fixer un taux de libération minimum par part sociale souscrite. C'est d'ailleurs la solution qui a déjà été adoptée par le législateur de 1936 (art. 774 al. 2/2 CO). En revanche, contrairement au législateur de 1936, nous proposons de fixer le taux de libération minimum pour chaque part sociale à 20 % seulement. Cette solution offre plus de flexibilité en matière de financement sans pour autant mettre en péril la situation des futurs créanciers sociaux. Un taux de libération minimum de 20 % correspond d'ailleurs à la solution choisie en droit de la société anonyme (art. 632 al. 1 CO). Le caractère plus personnaliste de la société à responsabilité limitée ne justifie à notre avis pas de faire une différence entre ces deux formes de société. En effet, le caractère plus ou moins personnaliste ne dépend pas du taux de libération mais d'autres facteurs, tels que l'existence ou non d'un droit de sortie, la possibilité d'imposer des prestations accessoires aux associés, les restrictions admissibles au transfert du sociétariat, etc. Nous rappelons également que les législateurs étrangers qui permettent la libération partielle des parts sociales lorsque les apports doivent s'effectuer en espèces imposent un taux de libération minimum qui se situe entre 20 et 30 %¹⁴²².

Un taux de libération minimum de 20 % pour chaque part sociale serait d'ailleurs également adéquat si, contrairement à ce que nous proposons¹⁴²³, le législateur retenait l'exigence d'un capital social minimum de 40 000 francs (art. 773 AP 1999). Cette solution éviterait de surcroît aux sociétés existantes

¹⁴²² Voir note 1378.

¹⁴²³ Voir 2.5.3. Conclusion, p. 249 ss.

de procéder à des libérations supplémentaires qui ne s'imposent pas économiquement ou de procéder à une réduction du capital social¹⁴²⁴. Enfin, à notre avis, un taux de libération de 20 % pour chaque part sociale serait également la solution la plus adéquate si le législateur désirait - ce qui ne nous paraît pas souhaitable - obtenir la libération d'un montant global minimum. Dans cette hypothèse, plutôt que d'augmenter le taux de libération des parts sociales (ou le capital social minimum), il devrait - à l'instar de ce qu'il a fait en droit de la société anonyme (art. 632 al. 2 CO), fixer de manière abstraite un montant de libération globale minimum. Afin de laisser une grande liberté aux fondateurs des nouvelles sociétés et de ne pas imposer une libération complémentaire aux associés des sociétés existantes, nous proposerions alors de fixer ce montant à 10 000 francs. La plupart des législations étrangères étudiées qui admettent la libération partielle des parts sociales combinent d'ailleurs l'exigence d'un taux de libération minimum de chaque part sociale avec l'exigence d'une libération partielle globale minimum¹⁴²⁵.

3.3.2-3. Libération en espèces

3.3.2-3.1. Introduction

La principale différence entre l'AVANT-PROJET et le droit en vigueur consiste en l'exigence d'un dépôt des apports en francs suisses¹⁴²⁶, auprès d'un établissement soumis à la Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (LB). Les apports en espèces doivent en outre être tenus à la disposition exclusive de la société et l'établissement dépositaire ne peut remettre les versements à la société qu'après son inscription au registre du commerce (art. 779 al. 5 AP 1999 qui renvoie à l'art. 633 CO).

A l'instar de WIDMER et de BÖCKLI, nous estimons que l'exigence d'un dépôt des apports auprès d'un établissement soumis à la LB ne touche pas uniquement la partie de l'obligation d'apport qui concerne la valeur nominale des parts socia-

¹⁴²⁴ En vertu de l'article 3 al. 2 DT AP 1999, le capital social prévu dans les statuts et qui n'est pas entièrement libéré à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi doit être libéré dans un délai de deux ans. Cette disposition contraindrait les sociétés existantes dont les parts sociales ne sont pas entièrement libérées soit à demander une libération supplémentaire, soit à procéder - si cela est possible - à une réduction du capital social (voir à ce sujet RAPPORT D'EXPERTS, ch. 253 [p. 41 et 42]).

¹⁴²⁵ 3.3.2-2.4. La législation de certains pays d'Europe, p. 290 ss.

¹⁴²⁶ Comme pour le droit en vigueur, les apports doivent nécessairement s'effectuer en francs suisses (voir à ce sujet la remarque intéressante des auteurs de l'AVANT-PROJET, selon lesquels la possibilité de libérer en monnaie étrangère devra être étudiée de manière plus approfondie avant de pouvoir franchir le pas [RAPPORT D'EXPERTS, ch. 225.1 {p. 16}]). Les auteurs traitant du nouveau droit de la société anonyme exigent également une libération en francs suisses: WIDMER, CHRISTOPH K., p. 217 ss; RUEDIN, FJS 390, p. 5 (note de bas de page 11).

les souscrites, mais également le versement d'un éventuel agio¹⁴²⁷. Cette conséquence découle implicitement de l'article 633 al. 1 CO qui traite d'une manière générale des apports en espèces sans distinguer si ces apports concernent la valeur nominale des parts sociales ou un éventuel agio¹⁴²⁸. Un traitement analogue de l'agio nous paraît d'ailleurs tout à fait justifié, étant donné que ce dernier a (entre autres) pour fonction de protéger les créanciers sociaux: d'une part, selon son attribution, l'agio augmente les réserves légales (art. 805 AP 1999 qui renvoie à l'art. 671 al. 2 ch. 1 CO) dont la part correspondante dans la fortune sociale est soumise à des restrictions en matière de distribution (art. 871 al. 3 CO); d'autre part, le remboursement immédiat aux associés de l'agio attribué aux réserves légales après la constitution de la société est interdit (art. 806 AP 1999 qui renvoie à l'art. 680 al. 2 CO)¹⁴²⁹.

En ce qui concerne les exigences auxquelles l'établissement de dépôt doit satisfaire, nous nous permettons de renvoyer à WIDMER qui traite de la société anonyme¹⁴³⁰. En revanche, quelques précisions s'imposent par rapport aux obligations qui incombent à ce même établissement.

Premièrement, l'établissement doit bloquer le dépôt (y compris l'agio) jusqu'à l'inscription de la société au registre principal. Les fondateurs peuvent toutefois, afin de pouvoir disposer plus rapidement des sommes déposées, recourir à la procédure télégraphique¹⁴³¹: sur demande expresse des requérants et contre paiement d'un émolument supplémentaire¹⁴³², l'Office fédéral du registre du commerce confirme au préposé au registre du commerce dans les 24 à 48 heures par télégramme (ou par télécopie) l'admissibilité de l'inscription. Cette confirmation permet au préposé de délivrer aux fondateurs un extrait du registre du commerce concernant l'inscription de la société avant la publication dans le FOSC (art. 115 al. 2 ORC). Sur présentation de cet extrait, l'établissement doit libérer le dépôt en faveur de la société.

Deuxièmement, l'établissement doit attester par écrit qu'un montant global¹⁴³³ déterminé a été déposé sur le compte de la future société, que ce montant

¹⁴²⁷ BÖCKLI, *Aktienrecht*, N 56a et 199a; WIDMER, CHRISTOPH K., p. 99, 221 et 222. Contra (notamment): FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 14 N 23; MÜLLER, THOMAS FRIEDRICH, p. 9; RUEDIN, *FJS* 390, p. 6.

¹⁴²⁸ En allemand, l'article 633 al. 1 CO a la teneur suivante: «Einlagen in Geld müssen bei einem dem Bankengesetz unterstellten Institut zur ausschliesslichen Verfügung der Gesellschaft hinterlegt werden».

¹⁴²⁹ KURER, BaK, ad art. 675 CO, N 19; WIDMER, CHRISTOPH K., p. 95. Selon BÖCKLI, tout remboursement de l'agio est exclu (BÖCKLI, *Aktienrecht*, N 47e et N 1414b/c).

¹⁴³⁰ WIDMER, CHRISTOPH K., p. 226 ss.

¹⁴³¹ En ce qui concerne cette procédure, voir BÖCKLI, *Aktienrecht*, N 57; ECKERT, BaK, ad art. 931 CO, N 3; SCHENKER, BaK, ad art. 633 CO, N 5; WIDMER, CHRISTOPH K., p. 230.

¹⁴³² Voir art. 9 al. 1 ch. 9 de l'Ordonnance sur les émoluments en matière de registre du commerce du 3 décembre 1954 (RS 221.411.1).

¹⁴³³ L'établissement de dépôt n'a pas nécessairement reçu des versements individuels (SCHOOP, p. 84; WIDMER, CHRISTOPH K., p. 222). L'attestation de l'établissement de dépôt ne doit par

reste bloqué jusqu'à ce que la preuve de l'inscription soit fournie et qu'il sera mis à la libre disposition de l'organe compétent après l'établissement de cette preuve¹⁴³⁴. En ce qui concerne plus particulièrement la libre disposition, l'établissement doit vérifier que les versements sont inconditionnels et que le dépôt n'est pas grevé autrement, par exemple par un droit de gage¹⁴³⁵.

Enfin, il faut noter qu'en vertu de l'article 779 al. 2 ch. 3 AP 1999, les fondateurs ne doivent pas seulement constater dans l'acte constitutif que les apports ont été effectués conformément aux exigences légales et statutaires, mais aussi décrire la manière dont les apports ont été effectués¹⁴³⁶.

3.3.2-3.2. Contrôle par l'officier public

En application de l'article 779 al. 4/1. AP 1999, l'officier public doit mentionner l'attestation de l'établissement de dépôt dans l'acte constitutif et confirmer qu'elle a été soumise aux fondateurs lors de l'établissement de l'acte constitutif. En revanche, l'acte constitutif ne doit pas obligatoirement mentionner le nom de l'établissement de dépôt (art. 78 al. 1 lit. e ORC).

Lors qu'il établit l'acte constitutif, l'officier public doit vérifier si l'établissement de dépôt satisfait aux exigences légales, c'est-à-dire s'il s'agit d'un établissement soumis à la LB et si l'attestation contient les indications nécessaires. Si l'officier public constate un défaut formel, il doit refuser son concours. En revanche, l'officier public ne doit pas procéder à un contrôle matériel de l'attestation de dépôt. Sauf s'il a une connaissance du caractère faux de l'attestation, il ne doit pas refuser son concours.

3.3.2-3.3. Contrôle par le préposé au registre du commerce

Dans le cadre de son contrôle, le préposé au registre du commerce doit vérifier si l'acte constitutif mentionne l'attestation de l'établissement de dépôt et confirme qu'elle a été soumise aux fondateurs (art. 79 al. 1 lit. h ORC). Le préposé doit également vérifier si le nom de l'établissement de dépôt est mentionné dans l'acte authentique ou si la réquisition d'inscription est accompagnée d'une attestation indiquant auprès de quelle banque les apports ont été déposés (art. 78 al. 1 lit. e ORC). Enfin, le préposé doit vérifier si l'établissement de dépôt satisfait aux exigences légales, c'est-à-dire qu'il s'agit d'un établissement

conséquent porter que sur le montant global à disposition de la société et non pas sur le fait que chaque part sociale a été libérée conformément aux exigences légales ou statutaires.

¹⁴³⁴ WIDMER, CHRISTOPH K., p. 232.

¹⁴³⁵ SCHOOP, p. 84.

¹⁴³⁶ Bien que l'article 629 al. 2 ch. 3 CO ne le mentionne pas expressément, la pratique estime que cette exigence vaut aussi pour le droit de la société anonyme (voir WIDMER, CHRISTOPH K., p. 247).

soumis à la LB¹⁴³⁷. Si les exigences susmentionnées ne sont pas remplies, le préposé au registre du commerce doit refuser l'inscription (contrôle formel).

En revanche, à l'instar de ce qui vaut pour l'officier public, le préposé ne doit pas vérifier si les indications correspondent à la vérité (contrôle matériel). Le préposé ne peut pas refuser l'inscription de la société, sauf dans les cas où il a une connaissance certaine du fait que les indications ne correspondent pas à la vérité.

3.3.2-3.4. *Appréciation*

L'exigence d'un dépôt auprès d'un établissement soumis à la LB permet d'assurer que la société puisse librement disposer, au moment de l'inscription de la société au registre du commerce, des apports en francs suisses promis par les fondateurs. La protection des créanciers sociaux s'en trouve par conséquent renforcée par rapport au droit en vigueur. L'effet de protection n'est toutefois pas absolu.

Premièrement, l'attestation de dépôt ne concerne que le fait qu'un certain montant en francs suisses se trouve à la libre disposition de la société. L'établissement de dépôt ne doit pas vérifier si chaque fondateur a libéré ses parts sociales conformément aux exigences légales. Sur ce point, le dépôt auprès d'un établissement au sens de la LB n'apporte aucune amélioration par rapport à la situation actuelle. Etant donné que le fondateur ne doit pas libérer personnellement les parts sociales qu'il souscrit, l'absence de contrôle de chaque versement n'entraîne toutefois aucune conséquence pour les créanciers sociaux.

Deuxièmement, il est admis que l'établissement de dépôt déduise du montant qu'il doit mettre à la libre disposition de la société les frais engendrés par son activité. Sur demande des fondateurs, il peut également être tenu de régler directement certaines dettes de la société, tels que les droits de timbre, les frais de notariat et les frais d'inscription au registre du commerce¹⁴³⁸. Autrement dit, le montant remis à la société après sa fondation ne correspond pas nécessairement au montant déposé. En raison des frais supplémentaires engendrés par le recours obligatoire à un établissement de dépôt, la fortune sociale initiale de la société sera même inférieure à ce qu'elle est actuellement.

Troisièmement, comme en droit positif, le dépôt auprès d'un établissement de dépôt n'empêche pas le remboursement ultérieur des apports aux associés¹⁴³⁹.

¹⁴³⁷ Voir notamment MEISTERHANS, *Prüfungspflicht*, p. 233 et 234; WIDMER, CHRISTOPH K., p. 276.

¹⁴³⁸ A ce sujet, voir FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 14 N 20.

¹⁴³⁹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, N 58 et 59; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 14 N 22; MÜLLER, THOMAS FRIEDRICH, p. 15; WIDMER, CHRISTOPH K., p. 290.

Au vu de ce qui précède, il se pose logiquement la question de l'opportunité d'un recours obligatoire à un établissement de dépôt pour la société à responsabilité limitée.

A notre avis, le dépôt auprès d'un établissement au sens de la LB est parfaitement justifié en raison de son effet préventif. Il ne serait pas adéquat de faire une différence entre la société anonyme et la société à responsabilité limitée dans ce domaine¹⁴⁴⁰. Les risques pour les créanciers sociaux sont identiques dans les deux formes de sociétés. Ceci vaut d'autant plus que l'AVANT-PROJET abandonne la limite maximum du capital social¹⁴⁴¹ et la responsabilité personnelle des associés au sens des articles 772 al. 2/2 et 802 CO¹⁴⁴². L'exigence d'un dépôt auprès d'un établissement au sens de la LB se justifierait d'ailleurs même si le législateur abandonnait, comme nous le souhaitons¹⁴⁴³, l'exigence d'un capital social minimum. En effet, indépendamment du capital social choisi et fixé par les fondateurs, les créanciers sociaux ont un intérêt évident à ce que les apports en espèces soient effectivement versés. L'exigence d'un dépôt auprès d'un établissement au sens de la LB est d'ailleurs parfaitement compatible avec la législation européenne applicable à la société à responsabilité limitée¹⁴⁴⁴.

Enfin, deux remarques finales d'ordre général s'imposent.

Premièrement, à l'instar du droit en vigueur¹⁴⁴⁵, il ne résulte pas directement des dispositions légales projetées que les apports en espèces doivent nécessairement porter sur des francs suisses. Cette imprécision doit être réparée par une révision de l'article 633 al. 1 CO¹⁴⁴⁶.

Deuxièmement, en application de l'article 78 al. 1 lit. g ORC, la réquisition d'inscription d'une société anonyme doit être accompagnée d'une déclaration écrite par laquelle les fondateurs attestent qu'il n'y a ni apports en nature, ni reprises de biens, ni compensations de créances ou avantages particuliers au-

¹⁴⁴⁰ Dans le même sens, GERSTER, NZZ du 21.10.1999, no 245, p. 25. Contra: HANDSCHIN, *Start*, NZZ du 24.9.1999, no 222, p. 27. Selon HANDSCHIN, plutôt que d'augmenter les exigences et contrôles liés à la libération des apports, le législateur devrait maintenir la responsabilité des associés au sens des articles 772 al. 2/2 et 802 CO. Il faut noter que HANDSCHIN a manifestement tort lorsqu'il affirme qu'actuellement la libération des apports n'est soumise à aucun contrôle préventif (voir notamment 3.3.2-2. Libération en espèces, p. 154 ss).

¹⁴⁴¹ Voir 2.6. Le capital social maximum, p. 260 ss.

¹⁴⁴² Voir notamment 2.2. La définition du capital social, p. 210 ss.

¹⁴⁴³ Voir 2.5.3. Conclusion, p. 249 ss.

¹⁴⁴⁴ A notre avis, l'obligation d'un dépôt des apports en espèces auprès d'un établissement au sens de la LB est d'ailleurs aussi compatible avec la législation européenne applicable à la société anonyme. Probablement dans le même sens, implicitement, ANDREAS GLANZMANN (p. 38 et 39).

¹⁴⁴⁵ Voir 3.3.2-2.1. Introduction, p. 154 ss ainsi que les auteurs cités à la note 672.

¹⁴⁴⁶ Dans le même sens WIDMER, CHRISTOPH K., p. 217. Nous relevons toutefois qu'une disposition légale exigeant expressément que l'apport en espèces doive se faire en francs suisses devrait être modifiée en cas de participation de la Suisse à l'Union monétaire.

tres que ceux mentionnés dans l'acte constitutif (*Stampaerklärung*)¹⁴⁴⁷. S'agissant d'une exigence formelle, le préposé au registre du commerce doit refuser l'inscription de la société en l'absence d'une telle déclaration. Or, si le Conseil fédéral entend exiger une *Stampaerklärung* de la part des fondateurs d'une société à responsabilité limitée, il devrait modifier l'article 90 ORC en y insérant un renvoi exprès à l'article 78 al. 1 lit. g ORC¹⁴⁴⁸, à moins que l'on ne considère que le renvoi aux dispositions du droit des sociétés anonymes par l'article 779 al. 5 AP 1999 soit suffisant.

3.3.2-4. Particularités de la libération en nature

3.3.2-4.1. Introduction

Lors de l'analyse du droit en vigueur, plus particulièrement de l'effet préventif des contrôles effectués par l'officier public et par le préposé au registre du commerce, nous avons constaté que malgré les contrôles opérés par ceux-ci, l'inscription au registre du commerce d'une société à responsabilité limitée dont les apports en nature ne sont pas à la libre disposition de la société ou surévalués ne peut pas être exclue. Afin de limiter ces risques, les auteurs de l'AVANT-PROJET ont décidé de soumettre la libération des apports en nature aux mêmes exigences qu'en droit de la société anonyme (art. 779 al. 5 AP 1999).

Sans entrer dans tous les détails de la réglementation proposée, nous procéderons à une brève analyse des exigences en matière de libération des apports en nature, de leur effet sur la constitution effective de la fortune sociale et de leur eurocompatibilité.

¹⁴⁴⁷ Par exemple: MEISTERHANS, *Prüfungspflicht*, p. 235 et 236; RUEDIN, FJS 390, p. 9; WIOMER, CHRISTOPH K., p. 273. La légalité de cette exigence qui ne figure pas dans la loi, est toutefois contestée par certains auteurs (à ce sujet, voir notamment BÖCKLI, *Aktienrecht*, N 61 et 74a; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 16 N 20; GLANZMANN, ANDREAS, p. 38 et 39; voir également la critique de WIDMER, CHRISTOPH K., p. 274 ss). Récemment, le Tribunal fédéral a toutefois admis la légalité de la *Stampaerklärung* lors d'une augmentation ordinaire du capital-actions avec une libération en espèces (ATF 119 II 463, not. p. 464 ss / JdT 1994 I 616, not. p. 617 ss). Selon ANDREAS GLANZMANN (p. 39) et s'agissant de la société anonyme, le fait d'exiger une *Stampaerklärung* lors d'une libération en espèces n'est pas eurocompatible puisque la *Stampaerklärung* doit être, quant à son résultat, considérée comme un rapport de fondation et que seuls les apports qui ne consistent pas en espèces doivent (et peuvent) faire l'objet d'un rapport établi par des experts indépendants (art. 10 al. 1 2^e directive). Etant donné que la 2^e directive n'est pas applicable à la société à responsabilité limitée, l'exigence d'une *Stampaerklärung* lors de la fondation d'une société à responsabilité limitée nous paraît toutefois conforme au droit européen.

¹⁴⁴⁸ Actuellement, l'article 90 ORC ne renvoie pas à l'article 78 al. 1 lit. g ORC. En pratique, malgré l'absence d'une base légale expresse, les préposés au registre du commerce exigent toutefois déjà une *Stampaerklärung* (SCHAUB, FJS 791A, p. 3).

A titre préliminaire, une remarque d'ordre général s'impose. En effet, lorsque nous avons analysé le droit en vigueur, nous avons déploré l'absence d'une interdiction expresse de l'exécution partielle d'un apport en nature prévu statutairement¹⁴⁴⁹. Etant donné que l'AVANT-PROJET exige la libération intégrale des parts sociales avant la constitution de la société (art. 774 al. 4 AP 1999), l'apport en nature doit nécessairement être exécuté intégralement. Toutefois, si, comme nous le proposons¹⁴⁵⁰, le législateur décide de maintenir la possibilité d'une libération partielle des parts sociales souscrites, il serait souhaitable d'exclure expressément la faculté d'une exécution partielle d'un apport en nature prévu statutairement.

3.3.2-4.2. Contrat d'apport (écrit ou authentique)

L'AVANT-PROJET exige l'établissement d'un contrat d'apport en la forme écrite¹⁴⁵¹, ou en la forme authentique (lorsque l'apport promis porte sur un objet dont le transfert est soumis au respect de la forme authentique) (art. 634 ch. 1 CO en relation avec art. 779 al. 5 AP 1999).

Le contrat d'apport doit être conclu entre la société qui est en cours de fondation et la personne qui effectue l'apport. Cette personne n'est pas nécessairement le souscripteur¹⁴⁵². En effet, l'apport ne doit pas obligatoirement être exécuté par le souscripteur¹⁴⁵³. Toutefois, si la personne qui exécute l'apport n'est pas le souscripteur, le contrat doit expressément mentionner le souscripteur en faveur duquel l'apport est exécuté¹⁴⁵⁴. Le contrat d'apport doit en outre contenir la désignation précise de l'objet de l'apport et la contre-prestation de la société (prix d'acceptation, nombre, valeur nominale, prix d'émission et catégorie des parts sociales).

3.3.2-4.3. Rapport de fondation

Selon l'AVANT-PROJET, un rapport de fondation doit être établi par les fondateurs (art. 779 al. 5 AP 1999 qui renvoie à l'art. 635 ch. 1 CO) et annexé à l'acte constitutif (art. 779 al. 4/2 AP 1999). Par ces exigences, les auteurs de l'AVANT-PROJET veulent assurer une meilleure garantie de la constitution effective du

¹⁴⁴⁹ 3.3.2-3.1.5. Exécution partielle des apports en nature?, p. 162 ss.

¹⁴⁵⁰ 3.3.2-2.5.6. Appréciation et choix du système, p. 298 ss.

¹⁴⁵¹ Actuellement la question est controversée (voir 3.3.2-3.1.2. Convention d'apport, p. 160 ss). Cette précision doit être saluée.

¹⁴⁵² Trop restrictif, SCHENKER (BaK, ad art. 634 CO, N 4) selon lequel le souscripteur est partie au contrat d'apport.

¹⁴⁵³ Voir à ce sujet WIDMER, CHRISTOPH K., p. 333 ainsi que les auteurs cités.

¹⁴⁵⁴ WIDMER, CHRISTOPH K., p. 336.

capital social (fortune sociale) en transposant à la société à responsabilité limitée les règles applicables à la société anonyme¹⁴⁵⁵.

En vertu de l'article 635 ch. 1 CO (applicable par renvoi, art. 779 al. 5 AP 1999), le rapport de fondation doit être établi par les fondateurs¹⁴⁵⁶ et rendre compte de la nature et de l'état des apports en nature et de leur évaluation¹⁴⁵⁷. Le rapport de fondation ne doit pas seulement informer sur la manière dont procèdent les fondateurs mais il doit également la justifier.

Par «nature» de l'apport en nature, le législateur entend la désignation de l'objet de l'apport. Par «état» de l'apport en nature, le législateur vise une description de l'état dans lequel se trouve l'objet de l'apport. Le rapport de fondation doit être très précis en ce qui concerne ces deux éléments. Il ne suffit pas de mentionner notamment que l'objet de l'apport est usagé ou peu utilisé, puisque ces indications sont elles-mêmes sujettes à interprétation. Le rapport de fondation doit renseigner les destinataires (associés, créanciers, etc.) sur les bases précises sur lesquelles les fondateurs ont fait leur jugement de valeur¹⁴⁵⁸. Le rapport de fondation doit d'ailleurs lui-même contenir les indications relatives à l'état et à la nature de l'apport en nature. Un renvoi au contrat d'apport n'est admissible que dans la mesure où il s'agit d'informations purement complémentaires¹⁴⁵⁹. Enfin, le rapport de fondation doit se prononcer sur le bien-fondé de l'évaluation de l'objet de l'apport. Les fondateurs ne peuvent pas se contenter de mentionner la valeur d'estimation de l'apport mais ils doivent également exposer la méthode d'évaluation et justifier le choix de celle-ci¹⁴⁶⁰.

3.3.2-4.4. *Attestation de vérification*

Selon l'AVANT-PROJET, un réviseur doit vérifier le rapport de fondation (art. 779 al. 5 AP 1999 qui renvoie à l'art. 635a CO). La mission du réviseur¹⁴⁶¹ consiste,

¹⁴⁵⁵ RAPPORT D'EXPERTS, ch. 225. (p. 17 ss) ainsi que RAPPORT EXPLICATIF, p. 102 ss.

¹⁴⁵⁶ S'il est possible de déléguer l'établissement du rapport de fondation à certains fondateurs seulement ou de mandater un tiers, le rapport de fondation doit être établi au nom de tous les fondateurs, qui portent également la responsabilité de son contenu (dans ce sens WIDMER, CHRISTOPH K., p. 342).

¹⁴⁵⁷ Le rapport de fondation doit en outre mentionner le souscripteur (et le cas échéant la personne qui effectue l'apport) ainsi que la contre-prestation de la société (dans le même sens: WIDMER, CHRISTOPH K., p. 345).

¹⁴⁵⁸ Dans ce sens, par exemple, KAPS, p. 52 et 53; RUEDIN, *fondation*, p. 262.

¹⁴⁵⁹ WIDMER, CHRISTOPH K., p. 343 ainsi que les auteurs qu'il cite à la note de bas de page 2020.

¹⁴⁶⁰ Voir à ce sujet: BÖCKLI, *Aktienrecht*, N 80a; RUEDIN, *fondation*, p. 264; RUEDIN, *FJS 390*, p. 15; SCHENKER, BaK, ad art. 635 CO, N 3; WIDMER, CHRISTOPH K., p. 344 et 345; Selon le Conseil fédéral: «Les vérificateurs de la fondation, mais aussi les coactionnaires et les créanciers, doivent pouvoir réexaminer l'évaluation, afin qu'aucun apport en nature ni aucune reprise de biens ne soient effectués lorsque leur valeur est incertaine ou non vérifiable» (MESSAGE 1983 [ch. 313.4, tiré à part, p. 124]).

¹⁴⁶¹ En vertu de l'article 819 al. 2 AP 1999, les dispositions du droit des sociétés anonymes sont applicables à l'organe de révision. Le réviseur doit par conséquent avoir les qualifications

d'une part, à vérifier l'état complet du rapport de fondation et, d'autre part, à vérifier son exactitude¹⁴⁶².

En ce qui concerne l'état complet du rapport de fondation, le réviseur doit s'assurer que le rapport de fondation contient tous les éléments exigés par la loi (contrôle formel). Le réviseur doit également vérifier s'il n'existe pas d'autres faits qui pourraient être soumis à un rapport de fondation (contrôle partiellement matériel)¹⁴⁶³.

En ce qui concerne l'exactitude du rapport de fondation, le réviseur doit vérifier si les renseignements sur la nature, l'état et le bien-fondé des évaluations sont exacts. Le cas échéant, il doit lui-même procéder à un examen de l'objet de l'apport¹⁴⁶⁴. En ce qui concerne plus particulièrement son bien-fondé, l'évaluation ne doit être vérifiée que par rapport à son caractère plausible et raisonnable¹⁴⁶⁵. Il s'agit essentiellement d'éviter des surévaluations.

L'attestation de vérification se limite à une déclaration écrite du réviseur, certifiant le caractère complet et exact du rapport de fondation^{1466, 1467}. L'attestation de vérification ne doit pas contenir des adjonctions, remarques et réserves¹⁴⁶⁸. Elle doit toutefois mentionner les personnes qui ont procédé à la vérification, celles-ci devant de surcroît signer l'attestation de vérification¹⁴⁶⁹.

nécessaires à l'accomplissement de sa tâche auprès de la société (art. 727a CO) et satisfaire aux critères d'indépendance (art. 727c CO). Excepté dans les cas figurant à l'article 727b al. 1 ch. 3 CO, il ne doit toutefois pas s'agir d'un réviseur particulièrement qualifié.

¹⁴⁶² Pour faire la vérification du rapport de fondation, le réviseur ne peut pas se contenter de prendre connaissance du rapport de fondation. Il doit recourir à d'autres documents, tels que le projet de statuts, le contrat d'apport, des extraits du registre foncier, des rapports d'expertise concernant la valeur de l'objet, etc. (par exemple: CHAMBRE FIDUCIAIRE, MSA, t. 4, p. 11 et 12 [7.15112]; KAPS, p. 45, 54 et 55; WIDMER, CHRISTOPH K., p. 361).

¹⁴⁶³ RUEDIN, *fondation*, p. 268; WIDMER, CHRISTOPH K., p. 362.

¹⁴⁶⁴ RUEDIN, *fondation*, p. 269.

¹⁴⁶⁵ MESSAGE 1983 (ch. 314.4, tiré à part, p. 125); Voir également RUEDIN, *modifications*, EC 1991 (65), p. 579 ss, not. p. 582 et FJS 390, p. 16; WIDMER, CHRISTOPH K., p. 364 et 365 (ainsi que les autres auteurs cités à la note de bas de page 2150).

¹⁴⁶⁶ L'attestation de vérification peut toutefois aussi être négative.

¹⁴⁶⁷ Pour un exemple d'une attestation de vérification, voir KOCH, JULES, p. 43 (3.4.6) ainsi que CHAMBRE FIDUCIAIRE, MSA, t. 4, p. 18 (7.1515). Voir également MONTAVON, *Droit suisse de la SA*, tome II, p. 96. A notre avis, l'attestation de vérification proposée par MONTAVON ne satisfait pas entièrement aux exigences légales puisqu'elle ne mentionne pas expressément que le rapport de fondation est complet et exact.

¹⁴⁶⁸ WIDMER, CHRISTOPH K., p. 347 et 348 ainsi que les auteurs cités à la note de bas de page 2048.

¹⁴⁶⁹ WIDMER, CHRISTOPH K., p. 348.

3.3.2-4.5. *Clause statutaire*

En vertu de l'article 778 AP 1999 qui renvoie à l'article 628 al. 1 CO, si la part sociale est libérée par un apport en nature, les statuts doivent indiquer l'objet et l'estimation de cet apport, le nom de l'apporteur et les parts sociales qui lui reviennent. Par rapport au droit en vigueur, quelques précisions s'imposent.

Actuellement, l'article 778 al. 1 CO exige l'indication du nom de l'associé dont la part est libérée par un apport en nature, alors que, selon l'AVANT-PROJET, les statuts doivent indiquer le nom de l'apporteur (art. 778 AP 1999 en relation avec art. 628 al. 1 CO¹⁴⁷⁰). A notre avis, le texte de l'article 628 al. 1 CO est trop restrictif. Nous estimons que les statuts ne doivent pas seulement mentionner la personne qui effectue l'apport mais également, comme dans le droit en vigueur, le nom du souscripteur dont la part sociale est libérée par l'apport en question. Certes, en régie générale le souscripteur libère personnellement l'apport en nature, de sorte qu'il est également apporteur. Il se peut toutefois que l'apport soit effectué par une tierce personne, et, dans ces circonstances, le nom du souscripteur doit figurer de manière expresse dans les statuts¹⁴⁷¹. Cette exigence découle d'ailleurs implicitement de l'article 628 al. 1 CO. En effet, selon cette disposition, il faut indiquer les actions qui reviennent à l'apporteur. Or, les actions ne reviennent pas à l'apporteur (sauf s'il est en même temps souscripteur), mais uniquement au souscripteur. Le souscripteur concerné doit par conséquent être mentionné dans les statuts. A notre avis, il serait toutefois souhaitable de modifier l'article 628 al. 1 CO, afin que l'obligation d'indiquer l'apporteur et le souscripteur ressorte clairement de la loi.

Contrairement au droit en vigueur (art. 778 al. 1 CO), l'AVANT-PROJET n'exige plus l'indication du prix d'acceptation dans les statuts (art. 778 AP 1999 en relation avec art. 628 al. 1 CO). Faut-il en déduire une volonté des auteurs de l'AVANT-PROJET d'interdire la possibilité d'accorder au souscripteur un prix d'acceptation supérieur au prix d'émission de sa part sociale? Ce n'est certainement pas le cas. Si les fondateurs veulent accorder un prix d'acceptation supérieur au prix d'émission, ils pourront toujours le faire¹⁴⁷², mais, à l'instar de ce qui vaut pour le droit en vigueur, ils devront alors respecter les règles sur la reprise de biens¹⁴⁷³. Les statuts doivent notamment indiquer l'objet de la reprise,

¹⁴⁷⁰ Article 628 al. 1 CO: «Si un actionnaire fait un apport en nature, les statuts doivent indiquer l'objet et l'estimation de cet apport, le nom de l'apporteur et les actions qui lui reviennent».

¹⁴⁷¹ Dans le même sens: SCHOOP, p. 34 et SIEGWART, ZK, ad art. 628 CO, N 33 (ancien droit de la société anonyme) et WIDMER, CHRISTOPH K., p. 353 (nouveau droit de la société anonyme). En revanche, SCHENKER (BaK, ad art. 628 CO, N 5) n'exige que l'indication du nom de celui qui fait l'apport. SCHENKER ne se prononce toutefois pas expressément sur l'hypothèse où le souscripteur et celui qui fait l'apport sont des personnes différentes.

¹⁴⁷² Pour autant que la valeur de l'apport atteigne le prix d'acceptation.

¹⁴⁷³ Il s'agit d'une combinaison entre apport en nature et reprise de biens. A ce sujet, en ce qui concerne le droit de la société anonyme, voir KÜNG, *Sacheinlagen*, ARC 1992, p. 13 ss, not. p. 14 et 15; RUF, *Gründung*, NB 1992, p. 351 ss, not. p. 363; SCHENKER, BaK, ad art. 628

le nom de l'aliénateur et la contre-prestation de la société (art. 778 AP 1999 en relation avec art. 628 al. 2 CO)¹⁴⁷⁴.

Enfin, en ce qui concerne l'exigence, par rapport à la désignation de l'objet de l'apport, du nom du souscripteur (et de l'apporteur) ainsi que des parts sociales qui lui reviennent, nous renvoyons à la doctrine traitant de la société anonyme¹⁴⁷⁵. Il faut toutefois noter qu'en vertu de l'article 628 al. 4 CO, les dispositions statutaires sur les apports en nature pourront être abrogées par décision de l'assemblée des associés après dix ans¹⁴⁷⁶.

3.3.2-4.6. Contrôle par l'officier public

L'officier public doit procéder à un contrôle formel des statuts, du contrat d'apport, du rapport de fondation et de l'attestation de vérification¹⁴⁷⁷. Il doit notamment refuser d'instrumenter l'acte constitutif lorsque le rapport de fondation et l'attestation de vérification ne contiennent pas les indications obligatoires¹⁴⁷⁸ ou lorsqu'un document nécessaire fait entièrement défaut¹⁴⁷⁹. En revanche, l'officier public ne doit pas procéder à un contrôle matériel du contrat d'apport, du rapport de fondation et de l'attestation de vérification¹⁴⁸⁰. Ceci vaut tout particulièrement pour l'estimation de l'apport: lorsqu'une attestation de vérification établie par un réviseur indépendant confirme le caractère complet et exact du rapport de fondation, l'évaluation de l'apport ne saurait être revue par l'officier public¹⁴⁸¹. Par conséquent, si une surévaluation échappe au réviseur chargé d'établir l'attestation de vérification, le contrôle effectué par l'officier public ne permettra pas de la découvrir et de la sanctionner par un refus d'instrumenter. Cette règle souffre toutefois une exception. En effet, lorsque l'officier public sait sans aucun doute possible que le rapport de fondation ou l'attestation de vérification ne correspondent pas (plus) à la vérité, il doit refuser son concours. Ceci

CO, N 12 ainsi que WIDMER, CHRISTOPH K., p. 326 ss. En ce qui concerne la reprise de biens en général, voir par exemple: BÖCKLI, *Aktienrecht*, N 70 ss; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 15 N 18 ss; SCHENKER, BaK, ad art. 628 CO, N 8 ss.

¹⁴⁷⁴ La contre-prestation de la société consiste en une créance en faveur du souscripteur d'un montant qui correspond à la différence de valeur entre le prix d'acceptation de l'apport en nature et le prix d'émission de la part sociale concernée.

¹⁴⁷⁵ Voir notamment RUEDIN, *FJS* 390, p. 14; WIDMER, CHRISTOPH K., p. 351 ss.

¹⁴⁷⁶ RAPPORT D'EXPERTS, ch. 225.3 (p. 18).

¹⁴⁷⁷ Voir par exemple RUEDIN, *fondation*, p. 266 et WIDMER, CHRISTOPH K., p. 366 ss.

¹⁴⁷⁸ Nous pensons par exemple à un rapport de fondation qui ne mentionne pas la méthode d'évaluation.

¹⁴⁷⁹ Nous pensons au cas où les fondateurs ont établi un rapport de fondation mais que l'attestation de vérification du réviseur fait défaut.

¹⁴⁸⁰ Dans ce sens expressément WIDMER, CHRISTOPH K., p. 367.

¹⁴⁸¹ PERRIN, p. 134 (pour la société anonyme). Actuellement l'officier public doit, lorsqu'il a des doutes quant à l'évaluation de l'apport en nature, demander des explications supplémentaires aux fondateurs (voir 3.3.2-3.2.2. Contrôle par l'officier public, p. 165 ss, not. p. 167). Cette obligation tombe en raison de l'établissement d'une attestation de fondation positive par un réviseur.

vaut notamment lorsque l'officier public sait que l'attestation de vérification a été obtenue grâce à une tromperie de la part des fondateurs ou lorsque, en raison d'une longue attente entre l'établissement de l'attestation de vérification et l'établissement de l'acte constitutif, l'apport est manifestement surévalué¹⁴⁸².

3.3.2-4.7. Contrôle par le préposé au registre du commerce

A l'instar de l'officier public, le préposé au registre du commerce doit procéder à un contrôle formel des statuts, du contrat d'apport, du rapport de fondation et de l'attestation de vérification. Il doit notamment refuser l'inscription de la société au registre du commerce lorsque le rapport de fondation et l'attestation de vérification ne contiennent pas les indications obligatoires¹⁴⁸³ ou lorsqu'un document nécessaire fait entièrement défaut¹⁴⁸⁴. Il doit également refuser l'inscription lorsque le réviseur qui a établi le rapport de fondation ne satisfait pas aux exigences de compétence et d'indépendance¹⁴⁸⁵. Pour le surplus, le préposé au registre du commerce ne doit procéder à aucun contrôle matériel¹⁴⁸⁶. A l'instar de ce qui vaut pour l'officier public, il ne doit notamment pas contrôler l'évaluation faite par les fondateurs et dont le bien-fondé est attesté par le réviseur¹⁴⁸⁷. Même lorsqu'il estime que l'évaluation n'est pas raisonnable, il ne pourra, sauf exception¹⁴⁸⁸, pas refuser l'inscription de la société au registre du commerce¹⁴⁸⁹. Par conséquent, si une surévaluation a échappé au réviseur, le contrôle du rapport de fondation et de l'attestation de vérification par le préposé au registre du commerce n'empêchera pas l'inscription de la société au registre du commerce.

¹⁴⁸² Nous pensons par exemple à une chute spectaculaire et manifeste de la valeur des immeubles faisant l'objet de l'apport entre le moment où l'attestation de vérification a été établie et le moment où l'officier public est requis d'instrumenter l'acte constitutif.

¹⁴⁸³ Par exemple lorsque le rapport de fondation n'est pas signé par tous les fondateurs ou par leurs représentants (exemple donné par MEISTERHANS, *Prüfungspflicht*, p. 237).

¹⁴⁸⁴ Dans ce sens, par exemple, RUEDIN, *fondation*, p. 266.

¹⁴⁸⁵ Par exemple: BÖCKLI, *Aktienrecht*, N 89; KAPS, p. 147; WIDMER, CHRISTOPH K., p. 368. Voir également MESSAGE 1983 (ch. 313.3, tiré à part, p. 125).

¹⁴⁸⁶ Dans ce sens, pour le rapport de fondation, WIDMER, CHRISTOPH K., p. 368.

¹⁴⁸⁷ En ce qui concerne la situation actuelle, voir 3.3.2-3.2.3. Contrôle par le préposé au registre du commerce, p. 168 ss.

¹⁴⁸⁸ Nous pensons au cas d'une chute spectaculaire et manifeste de la valeur de titres cotés en bourse entre le moment de l'établissement de l'attestation de vérification et la réquisition d'inscription au registre du commerce.

¹⁴⁸⁹ Selon WATTER (*Bemerkungen*, PJA 1994, p. 147 ss, not. p. 151), il arrive que les autorités du registre du commerce tiennent pour suspect les critères d'évaluation approuvés par le réviseur. Comme le législateur n'a pas expressément fixé les critères d'évaluation, le préposé au registre du commerce ne saurait à notre avis toutefois pas refuser l'inscription de la société dans ces circonstances. Il s'agit d'un contrôle matériel inadmissible. En revanche, les autorités du registre du commerce peuvent refuser l'inscription lorsque le rapport de fondation ne mentionne pas la méthode d'évaluation ou lorsqu'il ne justifie pas le choix de la méthode (contrôle formel).

3.3.2-4.8. *Appréciation*

Les exigences supplémentaires en matière de libération de l'apport en nature renforcent la constitution effective de la fortune sociale et améliorent par conséquent la situation des personnes intéressées (créanciers sociaux, associés, société). Toutefois, à l'instar de ce qui vaut pour les apports en espèces¹⁴⁹⁰, la protection des personnes susmentionnées n'est pas absolue.

Premièrement, malgré les exigences supplémentaires, il se peut qu'un apport en nature soit surévalué.

Deuxièmement, malgré les exigences supplémentaires, il se peut que la société ne puisse pas librement disposer de l'objet au moment de son inscription au registre du commerce.

Troisièmement, malgré les exigences supplémentaires, la procédure de fondation ne permet pas d'exclure une restitution des apports en nature après l'inscription de la société au registre du commerce.

Au vu des lacunes susmentionnées, il se pose dès lors la question de l'opportunité d'introduire des exigences supplémentaires telles que l'établissement d'un rapport de fondation et d'une attestation de vérification. Cette question est d'autant plus justifiée qu'en raison des exigences supplémentaires, la procédure de fondation deviendra plus coûteuse. S'il est vrai que, malgré l'augmentation des coûts de la procédure de fondation, l'accès à la société à responsabilité limitée ne devrait devenir que très rarement impossible pour des fondateurs potentiels, il n'en reste pas moins qu'une augmentation des coûts de fondation se traduit automatiquement par une réduction correspondante de la fortune sociale, dont on a justement voulu assurer la constitution!

Malgré les lacunes de la réglementation proposée, nous estimons qu'une harmonisation avec le droit de la société anonyme s'impose¹⁴⁹¹.

Premièrement, les risques spécifiques liés aux apports en nature sont les mêmes pour la société anonyme et la société à responsabilité limitée. Ceci vaut d'autant plus que, selon l'AVANT-PROJET, les associés ne sont plus personnel-

¹⁴⁹⁰ Voir 3.3.2-3.4. *Appréciation*, p. 304 ss.

¹⁴⁹¹ Du même avis: FURRER, NZZ du 29.7.1997, no 173, p. 21 (par rapport au PROJET 1996) et GERSTER, NZZ du 21.10.1999, no 245, p. 25 (par rapport à l'AVANT-PROJET). Contra: FAVALLI, NZZ du 29.12.1998, no 301, p. 24 et OTTIKER, p. 71 - 73 (par rapport au PROJET 1996) ainsi que HANDSCHIN, *Start*, NZZ du 24.9.1999, no 222, p. 27 (par rapport à l'AVANT-PROJET). Selon HANDSCHIN, plutôt que d'augmenter les exigences et contrôles liés à la libération des apports, le législateur devrait maintenir la responsabilité des associés au sens des articles 772 al. 2/2 et 802 CO. Il faut noter que HANDSCHIN a manifestement tort lorsqu'il affirme qu'actuellement la libération des apports n'est soumise à aucun contrôle préventif (voir notamment 3.3.2-3. Libération en nature, p. 159 ss).

lement responsables au sens des articles 772 al. 2/2 et 802 CO¹⁴⁹², ¹⁴⁹³, et le capital social maximum est supprimé¹⁴⁹⁴.

Deuxièmement, malgré leurs imperfections, le rapport de fondation et l'attestation de vérification permettront de limiter sensiblement les cas de surévaluation et les cas où la société ne peut pas librement disposer des apports promis. La protection des créanciers sociaux, mais également de la société et des autres associés, s'en trouve donc renforcée.

Troisièmement, si les exigences en matière d'apports en nature ne sont pas alignées sur celles de la société anonyme, la forme de la société à responsabilité limitée risque d'être choisie par des fondateurs non pas en raison de son caractère plus personnaliste mais uniquement dans le but d'éluider les règles plus strictes de la société anonyme¹⁴⁹⁵. Nous déplorons toutefois l'imprécision de l'article 628 al. 1 CO qui s'applique par renvoi (art. 778 AP 1999), dans la mesure où cette disposition n'exige pas de manière expresse l'indication non seulement de celui qui fait l'apport, mais également du souscripteur concerné.

Enfin, l'obligation d'établir un rapport de fondation et une attestation de vérification est parfaitement compatible avec les directives européennes applicables à la société à responsabilité limitée, qui ne régissent pas ce domaine¹⁴⁹⁶. Nous insistons en outre sur le fait que la législation de plusieurs des pays étudiés exige également le contrôle par un expert indépendant des apports en nature¹⁴⁹⁷. Sur ce point, l'AVANT-PROJET n'est donc aucunement «exotique».

¹⁴⁹² Voir RAPPORT D'EXPERTS, ch. 225.4 (p. 18 et 19).

¹⁴⁹³ L'existence d'une responsabilité personnelle des associés au sens des articles 772 al. 2/2 et 802 CO semble être la raison principale pour laquelle le législateur de 1936 a renoncé, contrairement au droit de la société anonyme (voir art. 630 aCO), à exiger l'établissement d'un rapport de fondation.

¹⁴⁹⁴ Voir 2.6. Le capital social maximum, p. 260 ss.

¹⁴⁹⁵ C'est déjà le cas actuellement (voir 6.3.1. Augmentation du nombre des sociétés à responsabilité limitée, p. 33 ss).

¹⁴⁹⁶ En revanche, selon l'article 10 al. 1 à 3 de la 2^e directive et sauf exception (art. 10 al. 4 2^e directive), les apports autres qu'en numéraire doivent faire l'objet d'un rapport établi préalablement à la constitution de la société anonyme ou à l'obtention de l'autorisation de commencer ses activités par un ou plusieurs experts indépendants.

¹⁴⁹⁷ Belgique: article 120bis en relation avec l'article 29bis L.C.S.; France: article 40 al. 1 loi No 66-537 (voir toutefois article 40 al. 2 et 3 loi No 66-537 pour les exceptions); Italie: article 2476 al. 1 en relation avec l'article 2343 al. 1 CCI. En Allemagne, le recours à un expert indépendant n'est pas obligatoire mais les fondateurs doivent établir un rapport de fondation (§ 5 al. 4/2 GmbHG [D]). En Autriche, le recours à un expert n'est obligatoire que lorsque la valeur nominale des parts sociales à libérer par des apports en nature dépasse la valeur nominale des parts sociales à libérer par des apports en espèces (§ 6a al. 1 et 4 GmbHG [A] qui renvoie au droit de la société anonyme [not. §§ 20, 24 - 27 AktG [A], § 29 al. 2 et 4 AktG [A]]). En Allemagne et en Autriche, l'absence d'une expertise indépendante est toutefois partiellement compensée par la *Differenzhaftung* (§ 9 al. 1 GmbHG [D] et § 10a al. 1 GmbHG [A]). En France, la solution est semblable si les fondateurs choisissent, lorsqu'ils

3.3.2-5. Particularités de la libération par compensation

3.3.2-5.1. Introduction

Il découle expressément de l'article 774 al. 4 AP 1999 que le souscripteur peut libérer sa part sociale par un apport consistant en une créance qu'il possède à l'encontre de la société (libération par compensation). Dans la mesure où cette disposition met un terme à une situation peu claire¹⁴⁹⁸, nous saluons la proposition des auteurs de l'AVANT-PROJET.

3.3.2-5.2. Rapport de fondation

En vertu de l'article 635 ch. 2 CO (applicable par renvoi, voir art. 779 al. 5 AP 1999), les fondateurs doivent établir un rapport de fondation où ils rendent compte de l'existence de la dette et de la réalisation des conditions nécessaires à sa compensation^{1499, 1500}.

Le rapport de fondation doit mentionner le montant et le genre de créance qui sert à la compensation. Il doit stipuler explicitement que cette créance existe et désigner de manière claire le document (*Verrechnungsausweis*) sur lequel se fonde cette stipulation¹⁵⁰¹.

3.3.2-5.3. Attestation de vérification

Selon l'article 635a CO (applicable par renvoi, voir art. 779 al. 5 AP 1999), un réviseur doit vérifier le rapport de fondation et attester par écrit qu'il est complet et exact¹⁵⁰². En ce qui concerne la vérification du rapport de fondation et le contenu de l'attestation de vérification, nous renvoyons aux développements relatifs aux apports en nature¹⁵⁰³. Il faut relever que, pour vérifier le caractère complet et exact du rapport de fondation, le réviseur doit nécessairement disposer des documents qui prouvent l'existence de la créance (*Verrechnungs-*

peuvent le faire (art. 40 al. 2 et 3 loi No 66-537), de ne pas faire établir un rapport par un commissaire aux apports ou lorsque la valeur retenue est différente de celle proposée par le commissaire aux apports (art. 40 al. 4 loi No 66-537).

¹⁴⁹⁸ Actuellement la possibilité d'une libération par compensation ne figure pas expressément dans la loi (voir 3.3.2-4.1.1. Admissibilité, p. 171 ss).

¹⁴⁹⁹ Voir par exemple BIBER/WATTER, PJA 1992, p. 701 ss, not. p. 704; RUEDIN, FJS 390, p. 13; RUF, *Gründung*, NB 1992, p. 351 ss, not. p. 361; SCHAUB, *acte constitutif*, RNRF 1992 (73), p. 265 ss, not. p. 273; WATTER, *Gründung*, p. 55 ss, not. p. 58; WIDMER, CHRISTOPH K., p. 390.

¹⁵⁰⁰ En ce qui concerne les conditions de la compensation, voir 3.3.2-4.1. Introduction, p. 171 ss.

¹⁵⁰¹ WIDMER, CHRISTOPH K., p. 395.

¹⁵⁰² Voir les auteurs cités à la note 1499.

¹⁵⁰³ Voir 3.3.2-4.4. Attestation de vérification, p. 308 ss.

ausweis). Il ne peut pas se contenter des indications fournies par le rapport de fondation. Le cas échéant, il doit même exiger des documents et explications supplémentaires de la part des fondateurs. Ceci vaut notamment lorsque le document prouvant l'existence de la créance ne permet pas d'exclure qu'elle ait été créée expressément en vue de la fondation de la société¹⁵⁰⁴.

3.3.2-5.4. Absence d'une clause statutaire

L'AVANT-PROJET n'impose ni de mentionner la libération par compensation dans les statuts, ni de la faire figurer au registre du commerce, ni de la publier dans la FOSC, puisqu'il se contente de renvoyer au droit de la société anonyme (art. 778 AP 1999). Or, à notre avis, il serait souhaitable d'exiger que la libération par compensation figure dans les statuts, qu'elle soit inscrite au registre du commerce et publiée dans la FOSC afin d'éviter que les fondateurs optent pour une libération par compensation dans le but de contourner les exigences de publicité applicables aux apports en nature et aux reprises de biens. Cet avis est d'ailleurs partagé par la doctrine traitant de la société anonyme¹⁵⁰⁵.

3.3.2-5.5. Contrôle par l'officier public et par le préposé au registre du commerce

En ce qui concerne le contrôle du rapport de fondation et de l'attestation de vérification par l'officier public et par le préposé au registre du commerce, nous pouvons renvoyer aux développements relatifs aux apports en nature¹⁵⁰⁶. Abstraction faite de l'indépendance et des compétences du réviseur, l'officier public et le préposé au registre du commerce ne doivent pas procéder à un contrôle matériel du rapport de fondation et de l'attestation de vérification. L'officier public et le préposé au registre du commerce ne devront pas refuser leur concours, sauf dans les cas où ils ont connaissance de la fausseté des informations fournies par le rapport de fondation et par l'attestation de vérification¹⁵⁰⁷.

¹⁵⁰⁴ WIDMER, CHRISTOPH K, p. 391.

¹⁵⁰⁵ WIDMER, CHRISTOPH K, p. 398 ss ainsi que les auteurs cités aux notes de bas de page 2348 et 2350 (p. 398 et 399). Probablement dans le même sens LUKAS GLANZMANN, *Schranken*, RDS 1999 (118) I, p. 221 ss, not. p. 230 et *Verrechnung*, NZZ du 12.7.1999, no 158, p. 15.

¹⁵⁰⁶ Voir 3.3.2-4.6. Contrôle par l'officier public, p. 311 ss ainsi que 3.3.2-4.7. Contrôle par le préposé au registre du commerce, p. 312.

¹⁵⁰⁷ Nous pensons au cas où l'officier public ou le préposé au registre du commerce savent sans aucun doute possible que la créance, dont la compensation est invoquée, est inexistante.

3.3.2-5.6. Appréciation

A l'instar de ce qui vaut pour la libération par des apports en nature¹⁵⁰⁸, nous estimons qu'une harmonisation avec le droit de la société anonyme est souhaitable afin de garantir au mieux la constitution effective de la fortune sociale.

En effet, les risques inhérents à une libération par compensation sont les mêmes dans les deux formes de société. De plus, pour éviter que les fondateurs choisissent la société à responsabilité limitée dans le seul but d'éluider les règles plus strictes de la société anonyme, l'établissement obligatoire d'un rapport de fondation et d'une attestation de vérification nous paraît indispensable. Nous déplorons toutefois l'absence d'une obligation légale de mentionner l'apport par compensation dans les statuts, au registre du commerce et dans la FOSC. Sur ce point, une modification du droit de la société anonyme, qui s'applique par renvoi (art. 778 et 779 al. 5 AP 1999) ainsi que de l'article 781 AP 1999 devrait être envisagée.

Enfin, l'obligation d'établir un rapport de fondation et une attestation de vérification est parfaitement compatible avec les directives européennes applicables à la société à responsabilité limitée, qui ne régissent pas ce domaine.

3.3.2-6. Libération par des fonds propres librement disponibles?

Lors de la fondation d'une société à responsabilité limitée, la libération par la conversion de fonds propres librement disponibles de la nouvelle société à responsabilité limitée n'entre pas en ligne de compte.

Cela vaut aussi lorsque la société à responsabilité limitée résulte de la transformation en vertu de la future loi sur la fusion d'une société anonyme dont les actions ne sont que partiellement libérées. En effet, pour que l'exigence de la libération intégrale des parts sociales soit respectée (art. 774 al. 4 AP 1999), la libération intégrale des actions doit avoir été effectuée, en application des règles sur la société anonyme, avant la transformation. Lors d'une transformation en une société à responsabilité limitée, une éventuelle libération complémentaire ne s'effectue par conséquent pas selon les règles applicables à la société à responsabilité limitée, mais - de manière préalable - selon les règles applicables à la société anonyme¹⁵⁰⁹.

¹⁵⁰⁸ Voir 3.3.2-4.8. Appréciation, p. 313 ss.

¹⁵⁰⁹ Nous rappelons toutefois que selon la doctrine majoritaire, une libération complémentaire des actions peut s'effectuer par des fonds propres librement disponibles (voir les auteurs cités à la note 812).

3.3.2-7. Effets des défauts après la naissance de la société

3.3.2-7.1. Défauts formels

3.3.2-7.1.1. Apports en espèces

Lorsque la libération par des apports en espèces est entachée de défauts formels, telle que l'absence des confirmations au sens de l'article 779 al. 2 ch. 2 et 3 AP 1999, l'obligation de faire un apport en espèces reste intacte. Autrement dit, le souscripteur doit toujours faire un apport en espèces qui correspond au prix d'émission des parts qu'il a souscrites.

3.3.2-7.1.2. Apports en nature

A l'instar du droit en vigueur et en raison de l'effet réparateur de l'inscription au registre du commerce, l'absence des indications relatives à l'apport en nature dans les statuts ne remet pas en cause l'acquisition de la personnalité¹⁵¹⁰. En revanche, l'inscription au registre du commerce ne remédie pas aux défauts en tant que tels. Autrement dit, les défauts ne sont pas réparés du fait de l'inscription de la société au registre du commerce.

Selon la jurisprudence¹⁵¹¹ et la doctrine dominante¹⁵¹² en matière de société anonyme, en cas d'absence d'une disposition statutaire relative aux apports en nature, l'obligation d'apport en nature est nulle et le souscripteur doit faire un apport en espèces. Plus récemment, BÖCKLI a critiqué cette sanction comme étant trop absolue. Selon cet auteur, lorsque seule l'obligation de transparence a été violée, c'est-à-dire lorsqu'une mention au sens de l'article 628 al. 1 CO fait défaut mais que pour le surplus les obligations en matière d'apports en nature ont été respectées, la nullité ne se justifie pas¹⁵¹³. Bien que la proposition de BÖCKLI soit séduisante, puisqu'elle permet de limiter les cas de nullité s'agissant des apports en nature, nous ne pouvons pas nous y rallier. En effet, à notre avis, l'article 628 al. 1 CO (qui s'applique par renvoi, voir art. 778 AP 1999) ne constitue pas une simple norme de transparence mais elle est, dans l'esprit du législateur, une véritable condition de validité de l'apport en nature. Autrement dit, l'engagement de faire un apport en nature résultant du contrat d'apport n'est valable que lorsqu'il figure également dans les statuts. A

¹⁵¹⁰ Voir 3.3.2-5.2. Défauts formels, p. 178 ss.

¹⁵¹¹ Voir ZR 1991 (90), p. 217 ss, not. p. 222 (no 66) (se trouve également au RNRF 1994 [75], p. 144 ss). Voir également 83 II p. 284 ss, not. p. 290 / JdT 1958 I, p. 305 ss, not. p. 311 et 312.

¹⁵¹² Dans ce sens, par exemple, pour la société anonyme: FORSTMOSER, *Aktienrecht*, § 10 N 142; MEISTERHANS, *Prüfungspflicht*, p. 408; SCHENKER, BaK, ad art. 628 CO, N 7; SIEGWART, ZK, ad art. 628 CO, N 34; WIDMER, CHRISTOPH K., p. 371 et 372.

¹⁵¹³ BÖCKLI, *Aktienrecht*, N 103a.

défaut, le souscripteur doit libérer sa part sociale en espèces. La situation reste donc inchangée par rapport au droit en vigueur.

De même, l'absence d'un contrat en la forme écrite ou authentique et/ou l'absence d'un rapport de fondation accompagné de l'attestation de vérification constituent un défaut formel¹⁵¹⁴. En raison des intérêts en présence (société, associés, tiers), il a pour conséquence la nullité de l'obligation d'apport en nature et engendre une obligation pour le souscripteur de libérer la part sociale concernée par un apport en espèces¹⁵¹⁵. Autrement dit, même si la disposition statutaire (art. 628 al. 1 CO qui s'applique par renvoi, voir art. 778 AP 1999) et l'inscription au registre du commerce (art. 781 ch. 7 AP 1999) font état d'un apport en nature et même si l'apport en nature tel qu'il figure dans les statuts et dans l'inscription au registre du commerce a été effectué, la part sociale n'a - sauf exception - pas été libérée valablement et le souscripteur de l'apport devra effectuer un apport en espèces correspondant au prix d'émission de la part sociale concernée. Cette sanction va très loin. Il nous semble toutefois qu'en raison de l'importance des exigences formelles susmentionnées (notamment le rapport de fondation et l'attestation de vérification), elle est parfaitement justifiée.

3.3.2-7.1.3. Libération par compensation

A l'instar de qui vaut pour l'apport en nature et au vu des intérêts en présence nous estimons que, en l'absence d'un rapport de fondation et d'une attestation de vérification, le débiteur de l'apport devra effectuer - sauf exception - un apport en espèces qui correspond au prix d'émission de la part sociale concernée.

¹⁵¹⁴ S'agissant d'un bien dont le transfert est subordonné au respect de la forme authentique, le non-respect de la forme authentique constitue toujours aussi un défaut matériel puisque la société ne pourra pas disposer du bien en question comme propriétaire ou avoir le droit inconditionnel d'en requérir l'inscription au registre foncier au sens de l'article 634 ch. 2 CO (qui s'applique par renvoi, art. 779 al. 5 AP 1999).

¹⁵¹⁵ A notre avis, les effets d'un défaut formel sur l'obligation d'apport après l'inscription de la société au registre du commerce dépendent uniquement d'une pesée des intérêts en présence et ne sauraient découler de l'article 634 CO (qui s'applique par renvoi, art. 779 al. 5 AP 1999). En effet, l'article 634 CO mentionne simplement les cas dans lesquels les apports en nature ne valent pas comme couverture, mais il ne se prononce pas sur les conséquences des défauts formels sur l'obligation d'apport après l'inscription de la société au registre du commerce.

3.3.2-7.2. Défauts matériels

3.3.2-7.2.1. Apports en espèces

Lorsque l'apport en espèces dû n'a pas été effectué conformément aux exigences légales et statutaires, le souscripteur reste tenu par son obligation d'apport dans la mesure de son inexécution. La situation est inchangée par rapport au droit en vigueur¹⁵¹⁶.

3.3.2-7.2.2. Apports en nature

a) Introduction

Il se peut que, malgré l'établissement d'un rapport de vérification et malgré les contrôles de l'officier public et du préposé au registre du commerce, la société ne puisse pas disposer comme propriétaire des apports promis ou avoir le droit inconditionnel d'en requérir l'inscription au registre foncier (art. 779 ch. 5 AP qui renvoie à l'art. 634 ch. 2 CO). Dans ces circonstances, et contrairement à ce que nous admettons pour les défauts formels¹⁵¹⁷, les intérêts en présence (société, associés, tiers) ne justifient à notre avis pas la nullité de l'obligation d'apport en nature et son remplacement par une obligation d'apport en espèces. Autrement dit, pour autant que l'exécution de l'apport en nature soit encore possible objectivement, le débiteur reste tenu de l'effectuer. La situation reste par conséquent inchangée par rapport au droit en vigueur¹⁵¹⁸.

b) Cas particulier: surévaluation de l'apport en nature

Contrairement à la doctrine qui s'est exprimée jusqu'à ce jour sur cette question, nous estimons qu'en cas de surévaluation, le débiteur de l'apport en nature reste tenu de libérer en espèces la différence entre la valeur effective de l'apport et son prix d'acceptation¹⁵¹⁹.

A notre avis, l'obligation du débiteur de l'apport¹⁵²⁰ de libérer en espèces la différence de valeur restera valable sous l'AVANT-PROJET. D'autant plus que la responsabilité des associés au sens des articles 772 al. 2/2 et 802 CO a été

¹⁵¹⁶ Voir 3.3.2-5.3.1. Introduction, p. 179 ss.

¹⁵¹⁷ Voir 3.3.2-7.1.2. Apports en nature, p. 318 ss.

¹⁵¹⁸ Voir 3.3.2-5.3.1. Introduction, p. 179 ss.

¹⁵¹⁹ Voir 3.3.2-5.3.2. Cas particulier: surévaluation de l'apport en nature, p. 181 ss.

¹⁵²⁰ Si l'apport en nature a été effectué par un tiers et non pas par le souscripteur de la part sociale, c'est le souscripteur qui a une obligation de libérer la différence de valeur.

supprimée¹⁵²¹. La situation des créanciers sociaux en cas de surévaluation des apports en nature sera donc la même qu'en droit de la société anonyme, pour lequel les auteurs qui se sont exprimés récemment admettent l'existence d'une obligation de libérer la différence de valeur en espèces¹⁵²², bien que, depuis la révision du droit de la société anonyme, l'évaluation de l'apport en nature soit soumise au contrôle d'un réviseur indépendant (art. 635a CO)¹⁵²³.

3.3.2-7.2.3. Libération par compensation

Lorsqu'une libération par compensation n'a pas été effectuée¹⁵²⁴ ou n'a été effectuée qu'imparfaitement¹⁵²⁵, le débiteur de l'apport doit libérer (la différence) par un apport en espèces¹⁵²⁶.

3.3.2-7.3. *Appréciation*

La sanction des défauts dont est entachée la libération des apports est suffisante puisque, parallèlement à une éventuelle responsabilité des personnes participant à la fondation (art. 827 AP 1999 qui renvoie aux art. 752 ss CO), l'obligation de libérer subsiste. En revanche, à l'instar de ce qui vaut pour le droit en vigueur, L'AVANT-PROJET manque de précision en ce qui concerne les effets d'une surévaluation d'un apport en nature. Afin de clarifier la situation, nous proposons dès lors de modifier le droit de la société anonyme, qui s'applique par renvoi (art. 779 al. 5 AP 1999), en y précisant qu'en cas de surévaluation d'un apport en nature, le débiteur de l'apport continue à devoir libérer la différence de valeur.

¹⁵²¹ Voir RAPPORT D'EXPERTS, ch. 225.4 (p. 18 et 19). Voir également 2.2. La définition du capital social, p. 210 ss.

¹⁵²² Dans ce sens: BÖCKLI, *Aktienrecht*, N 103; WIDMER, CHRISTOPH K., p. 372.

¹⁵²³ Les auteurs mentionnés à la note 1522 n'ont pas expressément étudié l'éventuelle influence de l'introduction, par le nouveau droit de la société anonyme, du contrôle par un réviseur sur l'obligation de libérer en espèces une différence de valeur entre le prix d'acceptation et valeur réelle de l'apport. Implicitement, ils admettent toutefois que ce contrôle supplémentaire ne modifie pas la situation du débiteur de l'apport. Nous partageons ce point de vue. En effet, l'existence ou non d'un contrôle indépendant de la valeur de l'apport en nature ne change rien au fait que, lorsque la valeur effective de l'apport en nature n'atteint pas le prix d'acceptation, la libération n'a eu lieu qu'imparfaitement. Il ne se justifie pas de faire une différence entre les apports en espèces et les apports en nature dans ce domaine.

¹⁵²⁴ Par exemple lorsque la créance du souscripteur à l'égard de la société dont la compensation est invoquée ne remplit pas les conditions de la compensation.

¹⁵²⁵ Par exemple lorsque la créance du souscripteur à l'égard de la société dont la compensation est invoquée n'atteint pas la valeur pour laquelle elle a été admise.

¹⁵²⁶ Dans ce sens. WIDMER, CHRISTOPH K., p. 399.

3.3.2-8. Action en exécution et procédure de déchéance

3.3.2-8.1. Action en exécution

Lorsque la libération n'a pas eu lieu conformément aux exigences légales et statutaires mais que la société a été inscrite au registre du commerce, les gérants doivent (pouvoir) continuer à demander la libération (en espèces ou en nature) au débiteur de l'apport. Pour plus de détails, notamment sur la problématique en matière de prescription, nous pouvons renvoyer à notre analyse du droit en vigueur¹⁵²⁷. Comme le droit actuel, l'AVANT-PROJET ne fixe pas expressément le dies a quo de la prescription de l'obligation d'apport. Sur ce point, une précision serait toutefois souhaitable.

3.3.2-8.2. Procédure de déchéance

Contrairement au droit en vigueur (art. 799 à 801 CO)¹⁵²⁸, l'AVANT-PROJET ne prévoit pas de procédure de déchéance particulière pour les associés en demeure. Se pose toutefois la question de savoir si les articles 681 et 682 CO¹⁵²⁹ s'appliquent à la société à responsabilité limitée en raison du renvoi contenu à l'article 779 al. 5 AP 1999? Pour répondre à cette question, il faut déterminer la portée de ce renvoi.

De par sa position dans l'AVANT-PROJET¹⁵³⁰, l'article 779 al. 5 AP 1999 ne vise que la libération des apports lors de la fondation de la société¹⁵³¹. De plus, l'article 779 al. 5 AP 1999 ne parle que de la libération des apports et ne se réfère pas aux conséquences d'un éventuel défaut de libération, voire à la possibilité d'entamer une procédure de déchéance. Au vu de ce qui précède, nous estimons dès lors que le renvoi de l'article 779 al. 5 AP 1999 au droit de la société anonyme ne vaut pas pour la procédure de déchéance au sens des articles 681 et 682 CO. Cet avis est d'ailleurs conforté par les auteurs de l'AVANT-PROJET. Bien qu'ils ne se soient jamais expressément prononcés sur la possibilité d'appliquer les articles 681 et 682 CO, ils considèrent qu'en raison de l'obligation de libérer intégralement les parts sociales (art. 774 al. 4 AP 1999) «Les nombreuses réglas sur la libération partielle, dont l'application ne va pas sans

¹⁵²⁷ Voir 3.3.4. Action en exécution, p. 188 ss.

¹⁵²⁸ Voir 3.3.5. Procédure de déchéance, p. 190 ss.

¹⁵²⁹ Bien que le législateur ait surtout pensé aux cas où un actionnaire se trouve en demeure par rapport à une libération ultérieure, les articles 681 et 682 CO s'appliquent également aux cas où, après l'inscription de la société au registre du commerce, il s'avère qu'une libération initiale n'a pas eu lieu (dans ce sens, en ce qui concerne le nouveau droit de la société anonyme, WIDMER, CHRISTOPH K., p. 184 et 185).

¹⁵³⁰ Selon la note marginale, l'article 779 AP 1999 concerne expressément la fondation de la société.

¹⁵³¹ Nous pensons notamment à l'exigence d'établir un rapport de fondation et une attestation de vérification (art. 635 et 635a CO).

poser de problèmes, peuvent dès lors être abandonnées sans autre»¹⁵³². Implicitement au moins, les auteurs de l'AVANT-PROJET excluent donc toute procédure de déchéance à l'encontre d'un associé en demeure¹⁵³³.

3.3.2-8.3. *Appréciation*

La suppression de la procédure de déchéance au sens des articles 799 à 801 CO doit être saluée, dans la mesure où elle supprime la réglementation assez compliquée et trop contraignante de la responsabilité des prédécesseurs de l'associé exclu. Nous ne sommes toutefois pas convaincu qu'il faille renoncer à prévoir une procédure de déchéance particulière lorsque, après l'inscription de la société au registre du commerce, un débiteur d'apport se trouve en demeure. A notre avis, il serait souhaitable soit de renvoyer expressément aux articles 681 et 681 CO applicables à la société anonyme, soit de prévoir une réglementation particulière pour la société à responsabilité limitée s'inspirant de ces articles. Certes, selon l'AVANT-PROJET, la société peut toujours demander au juge d'exclure un associé pour de justes motifs (art. 822b al. 2 AP 1999)¹⁵³⁴. Si l'impossibilité d'obtenir la libération d'un apport peut probablement être considérée comme un juste motif au sens de cette disposition, l'exclusion pour justes motifs ne nous semble toutefois pas un remède adéquat s'agissant d'un associé en demeure de libérer. En effet, d'une part, l'exclusion pour justes motifs doit être prononcée par le juge, ce qui complique et allonge inutilement la procédure (art. 822b al. 2 AP 1999). D'autre part, en vertu de l'article 822c al. 1 AP 1999, l'associé exclu dispose d'une prétention en indemnisation de sa part sociale à la valeur réelle. Bien que cette indemnisation ne lui soit pas nécessairement versée au moment de son exclusion (art. 822c al. 2 et 3 AP 1999), il nous semble que ce régime serait trop favorable à l'associé exclu, puisque ce dernier pourrait, le cas échéant, participer aux réserves librement disponibles alors qu'il n'a lui-même effectué aucun apport ou un apport insuffisant.

¹⁵³² RAPPORT D'EXPERTS, ch. 225.5 (p. 20).

¹⁵³³ Il faut noter que, s'agissant des dispositions transitoires, l'AVANT-PROJET prévoit uniquement une responsabilité personnelle et proportionnelle à leurs parts sociales des associés lorsque, dans le délai d'adaptation de 2 ans après l'entrée en vigueur de la révision, les parts sociales n'ont pas été libérées intégralement (art. 3 al. 2 et 3 DT AP 1999, voir aussi RAPPORT D'EXPERTS, ch. 253 [p. 41 et 42]).

¹⁵³⁴ En ce qui concerne l'exclusion pour justes motifs, voir RAPPORT D'EXPERTS, ch. 226.7 (p. 24 et 25); RAPPORT EXPLICATIF, p. 119 et 120 ainsi que RAPP, *droits*, p. 199 et 200.

4. Conclusion

4.1. Introduction

Après analyse, nous estimons que, matériellement, l'AVANT-PROJET garantit de manière suffisante la constitution effective du capital social initial. Grâce à des exigences supplémentaires (dépôt auprès d'un établissement au sens de la Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne; établissement d'un rapport de fondation et d'une attestation de vérification s'agissant des apports en nature et de la libération par compensation [art. 779 al. 5 AP 1999 qui renvoie aux articles 633 ss CO]), la suppression de la responsabilité des associés au sens des articles 772 al. 2/2 et 802 CO peut être envisagée sans autre. De plus, ce qui est particulièrement important, la réglementation proposée est compatible avec les directives européennes applicables à la société à responsabilité limitée.

Toutefois, bien que la réglementation proposée garantisse de manière suffisante la constitution effective du capital social initial et qu'elle soit eurocompatible, nous déplorons qu'elle ne remédie pas à tous les défauts que nous avons soulevés lors de notre analyse du droit en vigueur¹⁵³⁵ et que certains choix risquent de limiter par trop la liberté des fondateurs.

4.2. Capital social minimum

L'AVANT-PROJET maintient l'exigence d'un capital social minimum en l'augmentant à 40 000 francs. A notre avis, cette solution n'est pas satisfaisante¹⁵³⁶. En effet, en raison de l'utilité limitée du capital social, il serait préférable d'offrir une liberté entière en la matière et d'abandonner toute limite inférieure¹⁵³⁷. Il serait en revanche envisageable de «compenser» la suppression d'un capital social minimum par l'exigence, au moment de la constitution de la société, d'un capital social suffisant par rapport aux activités envisagées¹⁵³⁸. Cette solution aurait, tout en offrant une protection supplémentaire aux créanciers sociaux, l'avantage de la souplesse.

Si, ce que nous saluons, l'AVANT-PROJET mentionne expressément l'effet réparateur de l'inscription au registre du commerce s'agissant de l'acquisition de la

¹⁵³⁵ Voir notamment 4. Conclusion, p. 205 ss.

¹⁵³⁶ Nous approuvons en revanche la suppression du capital social maximum par les auteurs de l'AVANT-PROJET (Voir 2.6. Le capital social maximum, p. 260 ss). Cette suppression éliminera notamment un frein inutile au financement par des fonds propres et permettra aux «grandes entreprises» de choisir la forme de la société à responsabilité limitée.

¹⁵³⁷ Voir 2.5. Le capital social minimum, p. 239 ss.

¹⁵³⁸ Voir 2.5.5. Excursus: La solution belge, p. 256 ss.

personnalité juridique (art. 783 al. 2 AP 1999), il serait souhaitable de préciser que cet effet ne connaît aucune d'exception¹⁵³⁹.

4.3. Souscription des parts sociales

A certains égards, la réglementation proposée manque de précision ou devrait être modifiée sur le fond. Il faudrait notamment :

- préciser l'effet de la souscription¹⁵⁴⁰;
- faire figurer expressément dans la loi l'impossibilité de faire valoir, après l'inscription de la société au registre du commerce, un vice du consentement dont serait affectée une souscription¹⁵⁴¹;
- faire figurer expressément dans la loi l'inefficacité, après l'inscription de la société au registre du commerce, d'une condition à laquelle serait soumise une souscription¹⁵⁴²;
- ne pas soumettre la validité de la souscription à l'indication dans l'acte constitutif, du nombre, de la valeur nominale, de la catégorie et du prix d'émission des parts sociales (art. 779 al. 3 ch. 1 AP 1999)¹⁵⁴³;
- préciser le dies a quo de la prescription de l'obligation d'apport¹⁵⁴⁴.

4.4. Libération des parts sociales

Premièrement, nous déplorons que l'AVANT-PROJET impose la libération intégrale des parts sociales souscrites. Une telle restriction ne se justifie pas objectivement et nous proposons de fixer le taux de libération minimum de chaque part sociale à 20 %¹⁵⁴⁵. En revanche, nous approuvons le choix des auteurs de l'AVANT-PROJET dans la mesure où ils soumettent la libération des apports à des exigences plus strictes (dépôt auprès d'un établissement au sens de la Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne des apports en espèces; établissement d'un rapport de fondation et d'une attestation de vérification s'agissant des apports en nature et de la libération par compensation)¹⁵⁴⁶. Cette harmonisation avec le droit de la société anonyme nous paraît judicieuse. En effet,

¹⁵³⁹ Voir 3.2.3-1. Inexistence de la société, p. 268 ss.

¹⁵⁴⁰ Voir 3.3.1-3. Effets de la souscription, p. 277.

¹⁵⁴¹ Voir 3.3.1-9.2. Vices du consentement, p. 281 ss.

¹⁵⁴² Voir 3.3.1-9.4. Souscription conditionnelle, p. 284.

¹⁵⁴³ Voir 3.3.1-9.5. Absence de constatation que toutes les parts sociales ont été valablement souscrites (art. 779 al. 2 ch. 1 AP 1999) et absence d'indication du nombre, de la valeur nominale, de la catégorie et du prix d'émission des parts sociales (art. 779 al. 3 ch. 1 AP 1999), p. 285.

¹⁵⁴⁴ Voir 3.3.2-8.1. Action en exécution, p. 322.

¹⁵⁴⁵ Voir notamment 3.3.2-2.5.6. Appréciation et choix du système, p. 298 ss.

¹⁵⁴⁶ Voir 3.3.2-3.4. Appréciation, p. 304 ss; 3.3.2-4.8. Appréciation, p. 313 ss ainsi que 3.3.2-5.6. Appréciation, p. 317.

les risques liés à la libération des parts sociales sont les mêmes dans les deux formes de sociétés, et une réglementation moins stricte en droit de la société à responsabilité limitée inciterait au choix de la société à responsabilité limitée dans l'unique but de contourner les exigences applicables à la société anonyme. Les exigences plus strictes en matière de libération nous semblent d'ailleurs aussi s'imposer si, comme nous le proposons, le législateur abandonne l'exigence d'un capital social minimum. En effet, aussi longtemps que le concept de capital social n'est pas entièrement abandonné, il se justifie de garantir au mieux sa constitution effective. A cet égard, il ne faut pas perdre de vue que la suppression du capital social minimum n'implique pas nécessairement que les fondateurs choisissent un capital social de quelques francs seulement. Ceci vaut d'autant plus que l'AVANT-PROJET renonce à un capital social maximum et que la société à responsabilité limitée ne sera, par conséquent, plus limitée aux petites entreprises.

Deuxièmement, s'agissant des apports en espèces, il serait souhaitable de faire figurer expressément dans la loi qu'un tel apport porte nécessairement sur des francs suisses¹⁵⁴⁷.

Troisièmement, s'agissant des apports en nature, la loi devrait préciser que, en cas de surévaluation, le débiteur de l'apport continue à devoir libérer la différence de valeur¹⁵⁴⁸. De plus, il faudrait modifier l'article 628 al. 1 CO (qui s'applique par renvoi, art. 778 AP 1999) en y faisant figurer de manière expresse l'obligation d'indiquer le nom du souscripteur dont la part sociale est libérée par un apport en nature¹⁵⁴⁹.

Quatrièmement, à l'instar de ce qui vaut pour les apports en nature, la libération par compensation devrait obligatoirement figurer dans les statuts (ce qui nécessite une modification de l'art. 628 al. 1 CO qui s'applique par renvoi [art. 778 AP 1999])¹⁵⁵⁰ et au registre du commerce (ce qui nécessite une modification de l'art. 781 AP 1999).

Cinquièmement, pour tenir compte des cas dans lesquels la société est inscrite au registre du commerce et que la libération n'a pas été effectuée conformé-

¹⁵⁴⁷ Voir 3.3.2-3.4. Appréciation, p. 304 ss.

¹⁵⁴⁸ Voir 3.3.2-7.3. Appréciation, p. 321.

¹⁵⁴⁹ Voir 3.3.2-4.8. Appréciation, p. 313 ss.

¹⁵⁵⁰ Voir 3.3.2-5.6. Appréciation, p. 317.

ment aux exigences légales et statutaires, nous proposons l'introduction d'une procédure de déchéance particulière qui pourrait s'inspirer de celle applicable à la société anonyme¹⁵⁵¹.

¹⁵⁵¹ Voir 3.3.2-8.3. Appréciation, p. 323. Actuellement, les modalités et les conséquences de la déchéance ne sont pas réglées de manière suffisamment claire (voir 3.3.5. Procédure de déchéance, p. 190 ss).

Table des matières

Remerciements	V
Sommaire	VII
Travaux préparatoires	IX
Bibliographie	XIII
Abréviations	XLVII

Introduction	1
I. Historique	3
1. Introduction	4
2. Les législations cantonales antérieures à 1881	5
3. Le Code fédéral des obligations de 1881	7
3.1. Introduction	7
3.2. Les projets de Munzinger	7
3.3. Les projets de 1875, 1877 et 1879	9
3.4. Conclusion	10
4. Le Code des obligations de 1911	11
4.1. Introduction	11
4.2. Les efforts de la doctrine	11
4.3. Conclusion	13
5. La révision de 1936	14
5.1. Les projets de 1915, 1917 et 1919	14
5.1.1. Elaboration et contenu	14
5.1.2. Attitude de la doctrine	15
5.1.3. Conclusion	18
5.2. Le projet de 1923	18
5.2.1. Elaboration et contenu	18
5.2.2. Les réactions de la doctrine	21
5.3. Le projet de 1928	21
5.3.1. Elaboration et contenu	21
5.3.2. Les réactions de la doctrine	22
5.4. Les débats aux Chambres fédérales	24
5.5. Adoption de la loi	26
5.6. Conclusion	27

6. Le société à responsabilité limitée en Suisse depuis le 1^{er} juillet 1937	29
6.1. Introduction	29
6.2. Du 1 ^{er} juillet 1937 au 1 ^{er} juillet 1992	29
6.3. Du 1 ^{er} juillet 1992 à 1998	33
6.3.1. Augmentation du nombre des sociétés à responsabilité limitée	33
6.3.1-1. Introduction	33
6.3.1-2. Capital-actions minimum	34
6.3.1-3. Organe de révision	35
6.3.1-4. Contrôle spécial	35
6.3.1-5. Fondation qualifiée et augmentation qualifiée du capital-actions	35
6.3.1-6. Transfert du sociétariat	35
6.3.1-7. Facteur psychologique	35
6.3.2. Révision du droit de la société à responsabilité limitée'	36
6.3.3. Augmentation des contributions scientifiques	36
6.4. Conclusion	39
II. La définition du capital social	41
1. Introduction	42
2. Définition	44
2.1. Introduction	44
2.2. Le capital social est déterminé à l'avance	46
2.3. Un nombre d'unités monétaires légales suisses (francs suisses)	48
2.4. Déterminé à l'avance	50
2.5. Augmentation et réduction du capital social selon des règles déterminées	52
2.6. Divisé en parts sociales	52
2.7. Fortune sociale nette minimum à constituer	54
2.8. Fortune sociale nette minimum à maintenir	57
2.9. Limite supérieure de la responsabilité des associés pour les obligations sociales	59
2.10. Inscription au passif du bilan	60
3. Notions proches du capital social	63
3.1. Introduction	63
3.2. Autres postes se trouvant au passif du bilan	63
3.2.1. Introduction	63
3.2.2. Les fonds propres	63
3.2.2-1. Les réserves et le bénéfice reporté	63
3.2.2-2. Le capital-participation	64
3.2.2-2.1. Introduction	64
3.2.2-2.2. Réglementation	65
3.2.2-2.3. Différences	67

3.2.3. Les fonds étrangers,	67
3.3. Postes se trouvant à l'actif du bilan	68
3.3.1. Introduction	68
3.3.2. Les participations	69
3.3.3. Le capital social non libéré	69
3.3.4. Les propres parts sociales	70
3.4. La fortune de la société	70
3.4.1. Introduction	70
3.4.2. Exemples	72
3.4.2-1. Fortune sociale nette supérieure au capital social	72
3.4.2-2. Fortune sociale nette égale au capital social	72
3.4.2-3. Fortune sociale nette inférieure au capital social mais égale ou supérieure à 0 franc (perte de capital)	73
3.4.2-4. Fortune sociale nette inférieure au capital social et inférieure à 0 franc (surendettement)	73
3.4.3. La doctrine	74
3.4.4. Conclusion	75
3.5. Les prestations accessoires	76
3.8. Les versements supplémentaires	76
3.7. Le capital-actions de la société anonyme	78
3.7.1. Introduction	78
3.7.2. Précisions terminologiques	79
3.7.3. Définition du capital-actions	80
3.7.3-1. Introduction	80
3.7.3-2. Nombre d'unité monétaires légales suisses inscrit au passif du bilan	80
3.7.3-3. Déterminé à l'avance	80
3.7.3-4. Divisé en actions	81
3.7.3-5. Augmentation et réduction selon des règles déterminées	81
3.7.3-6. Fortune sociale nette minimum (dotation et maintien)	81
3.7.3-7. Définition	82
3.7.4. Différences fondamentales par rapport au capital social de la société à responsabilité limitée	82
3.7.5. Conclusion	83
3.8. Le capital social de la société coopérative	83
3.8.1. Introduction	83
3.8.2. Précisions terminologiques	83
3.8.3. Définition du capital social de la société coopérative	84
3.8.3-1. Introduction	84
3.8.3-2. Nombre d'unités monétaires légales suisses inscrit au passif du bilan	84
3.8.3-3. Divisé en parts sociales	84
3.8.3-4. Augmentation et réduction selon des règles déterminées	85
3.8.3-5. Fortune sociale nette minimum (dotation et maintien)	85
3.8.3-6. Définition	88

3.8.4. Différences fondamentales par rapport au capital social de la société à responsabilité limitée	86
3.8.4-1. Déterminé à l'avance	86
3.8.4-2. Nombre variable	86
3.8.4-3. Responsabilité pour les dettes sociales	87
3.8.5. Conclusion	87
4. Conclusion	88
III. Les fonctions du capital social	91
1. Introduction	92
2. Financement de la société	93
2.1. Fonction	93
2.2. Moyens pour réaliser la fonction	93
2.3. Réalisation de la fonction	94
3. Base de crédit pour la société	95
3.1. Fonction	95
3.2. Moyens pour réaliser la fonction	95
3.3. Réalisation de la fonction	95
4. Base de responsabilité et base de garantie pour les créanciers	97
4.1. Fonction	97
4.2. Moyens pour réaliser la fonction	97
4.3. Réalisation de la fonction	97
5. Limitation du risque économique personnel des associés	99
5.1. Fonction	99
5.2. Moyens pour réaliser la fonction	99
5.3. Réalisation de la fonction	99
6. Conclusion	100
IV. La constitution effective du capital social initial	101
1. Introduction	102
2. Fixation du capital social	104
2.1. Définition	104
2.2. Principe	104
2.2.1. Introduction	104
2.2.2. Fondation par transformation d'une société anonyme	104
2.2.3. Appréciation	106
2.3. Règles protectrices préventives	107
2.3.1. Introduction	107
2.3.2. Contrôle par l'officier public	107

2.3.3. Contrôle par le préposé au registre du commerce et par l'Office fédéral du registre du commerce	108
2.3.3-1. Introduction	108
2.3.3-2. Pouvoir de cognition du préposé au registre du commerce	109
2.3.3-3. Office fédéral du registre du commerce	111
2.3.3-4. Opposition de tiers	112
2.3.4. Appréciation	112
2.4. Effets des défauts après la naissance de la société	113
2.4.1. Introduction	113
2.4.2. Inexistence de la société	113
2.4.3. Nullité de la disposition statutaire entachée d'un défaut	116
2.4.4. Action en dissolution en raison de défauts graves de fondation	117
2.4.5. Action en dissolution de la société et sortie pour justes motifs	118
2.5. Réparation des défauts	119
2.5.1. Introduction	119
2.5.2. Réparation des défauts par une modification statutaire décidée par les associés	119
2.5.3. Réparation des défauts par une modification statutaire décidée par le préposé au registre du commerce sur demande d'un tiers	121
2.5.4. Dissolution de la société par le juge sur requête du préposé au registre du commerce	122
2.6. Procédures de fondation	125
2.7. Conclusion	125
3. Conetitution de la fortune sociale	128
3.1. Introduction	126
3.2. Souscription des parts sociales	126
3.2.1. Introduction	126
3.2.2. Terminologie: «prendre» ou «souscrire» des parts sociales	127
3.2.3. Effets de la souscription	128
3.2.4. Contenu de la souscription	130
3.2.4-1. Introduction	130
3.2.4-2. Indication de la valeur nominale et du prix d'émission de la part sociale souscrite par chaque fondateur	130
3.2.4-3. Pièces justificatives?	132
3.2.4-4. Souscription conditionnelle?	132
3.2.5. Création d'une société à responsabilité limitée par transformation d'une société anonyme	133
3.2.6. Règles protectrices préventives	133
3.2.6-1. Introduction	133
3.2.6-2. Contrôle par l'officier public	134
3.2.6-3. Contrôle par le préposé au registre du commerce	135
3.2.6-3.1. Introduction	135

3.2.6-3.2. Transfert d'une part sociale entre la constitution de la société et la réquisition d'inscription au registre du commerce	135
3.2.6-3.3. Documents supplémentaires	137
3.2.6-3.4. Capacité civile et vices du consentement	137
3.2.7. Appréciation	138
3.2.8. Effets des défauts après la naissance de la société	138
3.2.8-1. Introduction	138
3.2.8-2. Vices du consentement	139
3.2.8-2.1. Introduction	139
3.2.8-2.2. Problématique	139
3.2.8-2.3. Solutions de la doctrine	139
3.2.8-2.4. Jurisprudence	140
3.2.8-3. Incapacité d'exercer les droits civils	141
3.2.8-3.1. Introduction	141
3.2.8-3.2. Problématique	142
3.2.8-3.3. Solutions	142
3.2.8-3.4. Dissolution de la société?	145
3.2.8-4. Souscription conditionnelle	146
3.2.8-4.1. Introduction	146
3.2.8-4.2. Société anonyme	147
3.2.8-4.3. Droit allemand	148
3.2.8-4.4. Solution	149
3.2.8-5. Absence de confirmation dans l'acte constitutif d'avoir pris toutes les parts sociales et absence de la mention de la valeur nominale et du prix d'émission de la part sociale souscrite par chaque fondateur	150
3.2.8-6. Conclusion	151
3.2.9. Appréciation globale	152
3.3. Libération des parts sociales	153
3.3.1. Introduction	153
3.3.2. Libération avant la constitution de la société	154
3.3.2-1. Introduction	154
3.3.2-2. Libération en espèces	154
3.3.2-2.1. Introduction	154
3.3.2-2.2. Contrôle préventif	156
3.3.2-2.2.1. Défauts possibles	156
3.3.2-2.2.2. Contrôle par l'officier public	156
3.3.2-2.2.3. Contrôle par le préposé au registre du commerce	158
3.3.2-2.3. Appréciation	159
3.3.2-3. Libération en nature	159
3.3.2-3.1. Introduction	159
3.3.2-3.1.1. Généralités	159
3.3.2-3.1.2. Convention d'apport	160
3.3.2-3.1.3. Clause statutaire	161

3.3.2-3.1.4. Rapport de fondation et attestation de vérification?	162
3.3.2-3.1.5. Exécution partielle des apports en nature?	162
3.3.2-3.2. Contrôle préventif	165
3.3.2-3.2.1. Défauts possibles	165
3.3.2-3.2.2. Contrôle par l'officier public	165
3.3.2-3.2.3. Contrôle par le préposé au registre du commerce	168
3.3.2-3.3. Appréciation	170
3.3.2-4. Libération par compensation	171
3.3.2-4.1. Introduction	171
3.3.2-4.1.1. Admissibilité	171
3.3.2-4.1.2. Créances entrant en ligne de compte	172
3.3.2-4.1.3. Mention de la libération par compensation dans l'acte constitutif et au registre du commerce?	174
3.3.2-4.2. Contrôle préventif	175
3.3.2-4.2.1. Défauts possibles	175
3.3.2-4.2.2. Contrôle par l'officier public	176
3.3.2-4.2.3. Contrôle par le préposé au registre du commerce	176
3.3.2-4.3. Appréciation	177
3.3.2-5. Effets des défauts après la naissance de la société	178
3.3.2-5.1. Introduction	178
3.3.2-5.2. Défauts formels	178
3.3.2-5.3. Défauts matériels	179
3.3.2-5.3.1. Introduction	179
3.3.2-5.3.2. Cas particulier: surévaluation de l'apport en nature	181
3.3.3. Libération en cours de vie sociale	183
3.3.3-1. Introduction	183
3.3.3-2. Procédure	183
3.3.3-3. Particularités de l'apport en nature	185
3.3.3-4. Particularités de la libération par compensation	186
3.3.3-5. Particularités de la libération par des fonds propres librement disponibles	187
3.3.4. Action en exécution	188
3.3.5. Procédure de déchéance	190
3.3.5-1. Introduction	190
3.3.5-2. Procédure	191
3.3.5-3. Conséquences de la déchéance	192
3.3.5-3.1. Introduction	192
3.3.5-3.2. Responsabilité pour les versements dus	192
3.3.5-3.3. Sort de l'apport effectué par l'associé exclu	197
3.3.5-4. Réalisation de la part sociale de l'associé exclu	197
3.3.5-4.1. Introduction	197
3.3.5-4.2. Réalisation excédentaire	198
3.3.5-4.3. Découvert	200
3.3.5-5. Particularités de l'apport en nature	202

3.3.6. Appréciation	203
4. Conclusion	206
V. L'avant-projet de révision d'avril 1999	207
1. Introduction	208
2. L'exigence d'un capital social	210
2.1. Introduction	210
2.2. La définition du capital social	210
2.3. Terminologie	212
2.4. La nécessité d'un capital social	213
2.4.1. Introduction	213
2.4.2. Succédané envisageable	215
2.4.2-1. Introduction	215
2.4.2-2. Les systèmes des <i>close corporations</i> et des <i>limited liability companies</i> aux Etats-Unis	215
2.4.2-2.1. Introduction	215
2.4.2-2.2. Le R.M.B.C.A.	216
2.4.2-2.2.1. Introduction	216
2.4.2-2.2.2. La constitution affective de la fortune sociale	216
2.4.2-2.2.3. Le maintien de la fortune sociale	219
2.4.2-2.3. Le U.L.L.C.A.	220
2.4.2-2.3.1. Introduction	220
2.4.2-2.3.2. La constitution affective de la fortune sociale	221
2.4.2-2.3.3. Le maintien de la fortune sociale	222
2.4.2-2.4. Conclusion	223
2.4.2-3. Les directives européennes	224
2.4.2-3.1. Introduction	224
2.4.2-3.2. Les directives applicables à la société à responsabilité limitée	225
2.4.2-3.3. Conclusion	226
2.4.2-4. La législation de certains pays d'Europe	227
2.4.2-4.1. Introduction	227
2.4.2-4.2. Allemagne	227
2.4.2-4.3. Autriche	229
2.4.2-4.4. Belgique	231
2.4.2-4.5. France	232
2.4.2-4.6. Italie	234
2.4.2-4.7. Grande-Bretagne	235
2.4.2-4.8. Conclusion	237
2.4.3. Appréciation	238
2.5. Le capital social minimum	239
2.5.1. Introduction	239
2.5.2. Arguments avancés en faveur d'un capital social minimum	240
2.5.2-1. Protection des créanciers sociaux	240

2.5.2-2. Empêchement de la création de sociétés qui ne sont pas viables	241
2.5.2-3. Contrepartie de la responsabilité limitée	242
2.5.2-4. Limitation du champ d'application de la société à responsabilité limitée	243
2.5.2-5. Eviter la «mortalité infantile» des sociétés à responsabilité limitée	244
2.5.3. Conclusion	249
2.5.4. Excursus: Quel capital social minimum?	252
2.5.4-1. Introduction	252
2.5.4-2. Arguments avancés en faveur d'une augmentation	252
2.5.4-3. Conclusion	255
2.5.5. Excursus: La solution belge	256
2.5.5-1. Introduction	256
2.5.5-2. Appréciation	258
2.5.5-3. Transposition en droit suisse?	259
2.6. Le capital social maximum	260
2.6.1. Introduction	260
2.6.2. L'avant-projet d'avril 1999	260
2.6.3. Conclusion	263
3. La constitution effective du capital social initial	264
3.1. Introduction	264
3.2. Fixation du capital social	264
3.2.1. Introduction	264
3.2.1-1. Introduction	264
3.2.1-2. Fondation par transformation d'une société anonyme	264
3.2.1-3. Compatibilité avec le droit européen	266
3.2.1-4. Appréciation	266
3.2.2. Règles protectrices préventives	267
3.2.3. Effets des défauts après la naissance de la société	268
3.2.3-1. Inexistence de la société	268
3.2.3-2. Nullité de la disposition statutaire entachée d'un défaut	269
3.2.3-3. Action en dissolution en raison de défauts graves de fondation	269
3.2.3-4. Action en dissolution de la société et sortie pour justes motifs	270
3.2.4. Réparation des défauts	273
3.2.4-1. Réparation des défauts par une modification statutaire décidée par les associés	273
3.2.4-2. Réparation des défauts par une modification statutaire décidée par le préposé au registre du commerce sur demande d'un tiers	274
3.2.4-3. Dissolution de la société par le juge sur requête du préposé au registre du commerce	274
3.2.5. Appréciation	275

3.3. Constitution de la fortune sociale	276
3.3.1. Souscription des parts sociales	276
3.3.1-1. Introduction	276
3.3.1-2. Terminologie	276
3.3.1-3. Effets de la souscription	277
3.3.1-4. Contenu de la souscription	278
3.3.1-5. Création d'une société à responsabilité limitée par transformation d'une société anonyme	279
3.3.1-6. Compatibilité avec le droit européen	279
3.3.1-7. Appréciation	279
3.3.1-8. Règles protectrices préventives	280
3.3.1-8.1. Contrôle par l'officier public	280
3.3.1-8.2. Contrôle par le préposé au registre du commerce	280
3.3.1-9. Effets des défauts après la naissance de la société	281
3.3.1-9.1. Introduction	281
3.3.1-9.2. Vices du consentement	281
3.3.1-9.3. Incapacité d'exercer les droits civils et dissolution de la société	282
3.3.1-9.4. Souscription conditionnelle	284
3.3.1-9.5. Absence de constatation que toutes les parts sociales ont été valablement souscrites (art. 779 al. 2 ch. 1 AP 1999) et absence d'indication du nombre, de la valeur nominale, de la catégorie et du prix d'émission des parts sociales (art. 779 al. 3 ch. 1 AP 1999)	285
3.3.1-9.6. Appréciation	285
3.3.2. Libération des parts sociales	286
3.3.2-1. Introduction	286
3.3.2-2. Libération intégrale des parts sociales souscrites	286
3.3.2-2.1. Introduction	286
3.3.2-2.2. Rappel historique	287
3.3.2-2.2.1. Le processus législatif	287
3.3.2-2.2.2. Les avis de la doctrine	288
3.3.2-2.3. Les directives européennes	289
3.3.2-2.4. La législation de certains pays d'Europe	290
3.3.2-2.5. Arguments avancés en faveur d'une libération intégrale	292
3.3.2-2.5.1. Absence d'intérêt légitime	292
3.3.2-2.5.2. Réglementation plus claire et plus simple	293
3.3.2-2.5.3. Versements supplémentaires	294
3.3.2-2.5.4. Corollaire de la suppression de la responsabilité solidaire	296
3.3.2-2.5.5. Protection des créanciers sociaux (en général)	297
3.3.2-2.5.6. Appréciation et choix du système	298
3.3.2-3. Libération en espèces	301
3.3.2-3.1. Introduction	301

3.3.2-3.2. Contrôle par l'officier public	303
3.3.2-3.3. Contrôle par le préposé au registra du commerce	303
3.3.2-3.4. Appréciation	304
3.3.2-4. Particularités de la libération en nature	306
3.3.2-4.1. Introduction	306
3.3.2-4.2. Contrat d'apport (écrit ou authentique)	307
3.3.2-4.3. Rapport de fondation	307
3.3.2-4.4. Attestation de vérification	308
3.3.2-4.5. Clause statutaire	310
3.3.2-4.6. Contrôle par l'officier public	311
3.3.2-4.7. Contrôle par le préposé au registre du commerce	312
3.3.2-4.8. Appréciation	313
3.3.2-5. Particularités de la libération par compensation	315
3.3.2-5.1. Introduction	315
3.3.2-5.2. Rapport de fondation	315
3.3.2-5.3. Attestation de vérification	315
3.3.2-5.4. Absance d'une clause statutaire	316
3.3.2-5.5. Contrôle par l'officier public et par le préposé au registre du commerce	316
3.3.2-5.6. Appréciation	317
3.3.2-6. Libération par des fonds propres librement disponibles?	317
3.3.2-7. Effets des défauts après la naissance de la société	318
3.3.2-7.1. Défauts formels	318
3.3.2-7.1.1. Apports en espèces	318
3.3.2-7.1.2. Apports en nature	318
3.3.2-7.1.3. Libération par compensation	319
3.3.2-7.2. Défauts matériels	320
3.3.2-7.2.1. Apports en espèces	320
3.3.2-7.2.2. Apports en nature	320
a) Introduction	320
b) Cas particulier: surévaluation de l'apport en nature	320
3.3.2-7.2.3. Libération par compensation	321
3.3.2-7.3. Appréciation	321
3.3.2-8. Action en exécution et procédure de déchéance	322
3.3.2-8.1. Action en exécution	322
3.3.2-8.2. Procédure de déchéance	322
3.3.2-8.3. Appréciation	323
4. Conclusion	324
4.1. Introduction	324
4.2. Capital social minimum	324
4.3. Souscription des parts sociales	325
4.4. Libération des parts sociales	325
 Table des matières	 329