



Pascal Montavon

Dr en droit, Directeur
AMC Alpha Conseils SA,
Lausanne

Le nouveau droit de la société à responsabilité limitée

Grandes lignes et droit transitoire

Le nouveau droit de la Sàrl a été adopté par les Chambres fédérales le 16 décembre 2005. La loi modifie également en quelques points le droit de la SA et de la Scoop. Parallèlement ont été adoptés le nouveau droit de la révision et la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (voir Feuille fédérale 2005 p. 6809 ss et 6867 ss). L'entrée en vigueur de ces lois est prévue pour le second semestre 2007. Le présent article expose le nouveau droit de la Sàrl et le droit transitoire, lequel règle l'adaptation des statuts des Sàrl existantes. Le délai d'adaptation fixé par la loi est de deux ans à compter de l'entrée en vigueur du nouveau droit. Quelque 85 000 – 90 000 Sàrl seront concernées en 2007 par le droit transitoire. Mais toutes ne devront pas forcément modifier leurs statuts.

I. Généralités

1. Définition et fondement de la société à responsabilité limitée (Sàrl)

Selon le nouveau droit de la Sàrl et dans sa forme la plus simple, c'est-à-dire sans obligations accessoires des associés, la société à respon-

sabilité limitée est une société de capitaux à caractère personnel que forment une ou plusieurs personnes ou sociétés commerciales, au capital social fixé dans les statuts, lequel ne peut être inférieur à Fr. 20 000.–, et dont les dettes ne sont garanties que par l'actif social (art. 772 et 773 nouveaux CO = nCO).

→ Les éléments clés de la définition de la Sàrl sont

- une société de capitaux à caractère personnel en ce sens que les apports des associés ne sont pas les seuls éléments déterminant les droits et obligations des associés contrairement en principe au droit de la SA,
- formée par une ou plusieurs personnes (physiques ou morales) ou sociétés commerciales (SNC, SC),
- un capital minimum de Frs 20 000.– spécifié dans les statuts,
- des dettes uniquement garanties par l'actif social de la société.

La Sàrl a son fondement dans un contrat de société, c'est-à-dire un contrat par lequel deux

ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts en vue d'atteindre un but commun (art. 530 CO). Le nouveau droit de la Sàrl s'écarte cependant de ce fondement en permettant la constitution d'une Sàrl par une seule personne. La nécessité de pouvoir fonder une société unipersonnelle s'est également fait ressentir pour la SA, ce que le droit révisé de la SA permettra de même (art. 625 et 772 nCO). Cette innovation majeure sur le plan dogmatique s'inscrit dans l'évolution du droit des sociétés des pays qui nous entourent et est conforme aux directives de l'Union européenne¹.

Apparemment le nouveau droit de la Sàrl se présente avec des caractéristiques proches de la SA. Constituée sous sa forme la plus épurée, la nouvelle Sàrl est en effet très apparentée à la SA. Le législateur l'a voulu ainsi. Deux caractéristiques fondamentales de cette forme de société distinguent cependant la Sàrl de la SA. Ce sont l'obligation additionnelle éventuelle de tout ou partie des associés de faire des versements supplémentaires et/ou l'obligation éventuelle d'effectuer des prestations accessoires, dans les deux cas si les statuts le prévoient (art. 795–797 nCO). Le droit de la SA, vu l'art. 680 CO, ne permet pas l'introduction de clauses statutaires analogues dans les statuts de SA.

Succinctement, la Sàrl, ou plus justement «Sàral», est une société à responsabilité additionnelle limitée éventuelle (cas échéant si les statuts le prévoient) des associés.

→ Sàrl ou Sàral

Ainsi la définition de la Sàrl eut pu être «la société de capitaux à caractère personnel que forment une ou plusieurs personnes ou sociétés commerciales, lesquelles peuvent si les statuts le prévoient être obligées à des versements supplémentaires et à des prestations accessoires spécifiées et limitées, dont le capital social, qui ne peut être inférieur à Fr. 20 000.–, doit être fixé dans les statuts et dont les dettes ne sont garanties que par l'actif social».

2. Fondateurs, associés, parts sociales

Selon le nouveau droit, la Sàrl est formée par une ou plusieurs personnes ou sociétés commerciales (art. 772 al. 1 et 775 nCO). Par personnes sont visées tant les personnes physiques, qu'elles aient ou non la capacité civile active, sous réserve cas échéant de l'accord de leur représentant légal ou de l'autorité tutélaire², que morales. Par sociétés commerciales, il faut entendre les SNC et SC qui par leur quasi personnalité peuvent en tant que telles (art. 562, 602 CO) être membres fondateurs ou associées d'une Sàrl. Les sociétés simples ne peuvent comme telles être membres d'une Sàrl³ car elles ne sont pas des sociétés commerciales (le droit de la société simple ne contient pas de dispositions analogues aux art. 562 et 602 CO). Seuls leurs membres peuvent acquérir en commun, s'ils le désirent ainsi, une ou des parts sociales et désigner un représentant commun (art. 792 nCO).

Selon le nouveau droit chaque fondateur et associé participe au capital social par une quote-part de Fr. 100.– au moins, qui peut être réduite à Fr. 1.– lors d'un assainissement de la société. Les parts sociales doivent être émises à leur valeur nominale au moins (art. 774 nCO). Ce qui implique la libération complète du capital social. Un associé peut avoir plus d'une part, laquelle ne constitue qu'un titre de preuve de son sociétariat, qui peut être émis en la forme d'un papier-valeur nominatif (art. 784 nCO) au sens de l'art. 974 CO. Ce titre ne peut en conséquence être transféré que par la voie de la cession (art. 165 CO et 785 nCO). La part sociale en tant que quote-part du capital social détermine l'étendue des droits et obligations patrimoniaux et sociaux de l'associé, sauf disposition statutaire contraire (cf. l'art. 776a al. 1

ch. 5 et 6 nCO). Le transfert de parts sociales nécessite une forme écrite qualifiée, en ce sens que le contrat de cession, comme d'ailleurs la part sociale, doit contenir les mêmes renvois aux droits et obligations statutaires que l'acte de souscription des parts sociales (art. 785 nCO). Un acte en la forme authentique, comme exigé en droit actuel, n'est ainsi pas requis.

3. Caractéristique de la nature hybride de la Sàrl

Selon l'art. 772 al. 1 nCO, les dettes de la Sàrl ne sont garanties, comme dans une société de capitaux, que par l'actif social de la société. Contrairement au droit actuel, les associés ne seront donc plus solidairement responsables jusqu'à concurrence du capital social qui n'a pas été versé (cf. l'art. 802 CO). Ils ne seront individuellement tenus que de la libération effective des parts souscrites et des versements supplémentaires et prestations accessoires éventuellement prévus par les statuts qui peuvent leur être individuellement demandés (art. 795–797 nCO).

L'élément caractéristique de la nature hybride de la Sàrl, soit une société de capitaux à caractère personnel, est constitué par les versements supplémentaires et les prestations accessoires statutaires qui ne sont dans le droit des sociétés de type capitaliste possibles que pour la Sàrl. En effet, selon les art. 772 al. 2 et 776a ch. 1 nCO, les associés (tous ou certains d'entre eux) peuvent être tenus statutairement à des «prestations accessoires» ou à des «versements supplémentaires» au-delà de leurs parts sociales dans les limites définies par la loi (art. 795 ss nCO). La Scoop prévoit aussi des prestations accessoires, mais cette société n'est pas de type capitaliste. Rentre également dans la nature personnelle de la société la prohibition éventuelle pour les associés de faire concurrence à l'entité si cela est prévu par les statuts (cf. l'art. 776a al. 1 ch. 3 nCO).

Les «prestations accessoires» peuvent constituer dans une obligation (matérielle ou personnelle) de faire ou de ne pas faire, et doivent servir le but de la société, ou viser à assurer le maintien de l'indépendance de cette dernière ou le maintien de la composition du cercle des associés (art. 796 nCO).

Les «versements supplémentaires» ne peuvent être exigés que lorsque la somme du capital social et des réserves légales n'est plus couverte, ou lorsque la société ne peut plus continuer à gérer ses affaires de manière diligente sans ces moyens additionnels, ou si la société a besoin de fonds propres pour des motifs prévus par les statuts (art. 795a nCO). En outre, le montant exigible ne peut pas dépasser le

double de la valeur nominale de la part sociale (art. 795 al. 2 nCO). On l'a dit il n'y a pas de responsabilité solidaire des associés pour l'exécution des versements supplémentaires (art. 795 al. 3 nCO).

4. Choix de la SARL en regard de la SA

La motivation prépondérante au choix de la Sàrl par rapport à la SA devrait être la volonté des fondateurs de créer une société de capitaux de caractère personnel, c'est-à-dire une société créée certes par l'apport initial de capitaux mais aussi caractérisée par des obligations personnelles statutaires des associés d'effectuer des prestations accessoires et des versements supplémentaires avec des engagements de non concurrence et la possibilité pour les associés de sortir de la société mais aussi, cas échéant, d'en être exclus. L'intérêt de la forme juridique est ainsi d'instituer un véritable contrat entre les associés au sein même des statuts⁴. Le choix de la Sàrl dans cette optique juridique est manifeste et fondé. Cependant, comme dès 1992 avec l'entrée en vigueur du droit révisé de la SA, dans le 95% des cas, la Sàrl sera choisie également sous le nouveau droit non pour ses particularités juridiques mais par choix économique, sans recours à ses institutions particulières. En effet, l'attrait de la constitution d'une entité juridique par un apport de Fr. 20 000.– dont les statuts peuvent se limiter à reprendre les éléments constitutifs d'une société de capitaux (cf. l'art. 776 nCO) sera essentiel, notamment pour les sociétés unipersonnelles, sensées le rester, qui à l'évidence ne comprendront pas dans leurs statuts l'obligation de prestations accessoires et de versements supplémentaires.

5. Conformité du nouveau droit avec les directives de l'UE

Le nouveau droit de la Sàrl est dans son ensemble conforme aux standards des directives sur les sociétés de l'UE, soit les 1^{re} (Publicité, pouvoirs de représentation des organes, nullité de la société), 4^e (comptes annuels), 7^e (comptes de groupe), 8^e (exigences relatives aux réviseurs, directive actuellement en révision), 11^e (publicité des succursales) et 12^e directive (sociétés unipersonnelles). La loi s'en distancie cependant sur quelques points⁵.

On notera:

- l'exigence selon laquelle une des personnes autorisées à représenter la société doit être domiciliée en Suisse,

- le RC ne doit pas énoncer expressément le caractère unipersonnel éventuel de la société (bien que cela résultera de l'inscription d'un unique associé),
- les pouvoirs de représentation des gérants, limités au but social de la société, sont plus restreints en droit suisse,
- les exigences en matière d'établissement des comptes, calquées sur celles de la SA, sont moins contraignantes que celles des directives de l'UE (admissibilité des réserves latentes arbitraires, structure minimale du bilan plus simple, pas de règles de consolidation et d'évaluation pour les comptes de groupe, pas de publicité en principe des comptes annuels).

II. L'essentiel de la révision en quelques points

Le nouveau droit de la Sàrl et les modifications liées concernant les autres formes de sociétés, les raisons de commerce et le registre du commerce, ainsi que le nouveau droit de la révision avec la loi sur l'agrément des réviseurs ont été adoptés ensemble par les Chambres fédérales le 16 décembre 2005.

Le texte de loi issu de cette révision est très satisfaisant et devrait correspondre aux attentes du monde de l'économie. Il offre, s'agissant de la Sàrl, une entité attrayante aux structures relativement simples, pour qui recherche effectivement la simplicité, et le choix d'une structure complexe si nécessaire. Dans les années 1992–2005 la Sàrl était l'entité par défaut des petits acteurs de l'économie, elle le restera, mais sera dorénavant également l'entité d'acteurs éclairés qui y trouveront une structure malléable dans la réflexion de leurs synergies et objectifs. Même si économiquement et juridiquement le choix de la SA s'impose a priori si les capitaux disponibles le permettent, la Sàrl pourra être adoptée pour ses avantages structurels, ce qui sous le droit actuel est particulièrement rare. Rares sont en effet les Sàrl fondées aujourd'hui en raison de leurs avantages juridiques.

1. La Sàrl, une société de capitaux à caractère personnel

La révision a donné à la Sàrl une véritable structure de société de capitaux, tout en lui conservant un caractère personnel. La Sàrl est conçue pour les besoins d'une entreprise dont le cercle des associés est plutôt restreint.

En droit actuel la Sàrl comporte une responsabilité personnelle subsidiaire des associés pour les dettes de la société à concurrence du total

du capital social qui n'a pas été versé (art. 802 CO). Le nouveau droit de la Sàrl, en supprimant cette responsabilité solidaire des associés, fera de cette entité une forme juridique de société plus attrayante pour les petites et moyennes entreprises. De plus, la nouvelle loi sur les fusions qui prévoit le passage de la forme juridique de la Sàrl à la forme juridique de la SA permet une adaptation de la société à son évolution lorsque le cercle des associés s'accroît fortement ou que l'entreprise vise le marché public des capitaux⁶.

2. Admissibilité de la fondation de sociétés unipersonnelles

Le droit actuel de la Sàrl exige un nombre minimal de deux membres fondateurs pour la Sàrl. Dans les faits, il est souvent recouru à un «associé de paille» pour une part de Fr. 1000.–, lequel peut encourir une responsabilité importante si l'ensemble du capital social n'est pas libéré ou si l'associé actif s'est indûment remboursé tout ou partie de sa part sociale (cf. l'art. 802 CO). De plus le rachat ultérieur de l'ensemble des parts sociales par un seul associé n'est que toléré. La nouvelle loi s'adapte donc à la pratique actuelle, et permet la fondation de Sàrl unipersonnelles (art. 772 nCO). Parallèlement à la révision de la Sàrl, le droit de la SA a également été révisé dans ce sens, permettant ainsi la constitution de SA unipersonnelles (art. 625 nCO).

3. Montant du capital social

Le droit actuel fixe un montant minimal du capital social à Fr. 20 000.– et un montant maximal à Fr. 2 000 000.–. Le nouveau droit conserve le montant minimal de Fr. 20 000.– (art. 773 nCO), mais supprime la limite supérieure.

L'avant-projet de loi proposait de doubler le montant minimal, vu le renchérissement intervenu depuis l'introduction de la Sàrl en 1936, avec obligation de le libérer entièrement. La proposition d'un montant minimal de Fr. 40 000.– a été abandonnée, car cela risquait de restreindre l'attrait de la Sàrl par rapport à la SA, particulièrement du point de vue des petites entreprises de service, dont les besoins en fonds propres peuvent être peu élevés. Le montant minimal de Fr. 20 000.– est donc conservé, avec toutefois l'obligation de le libérer entièrement à la fondation de la Sàrl (art. 773 et 777c al. 1 nCO).

On notera que les pères de l'avant-projet de la révision avaient mis l'accent sur le fait qu'un montant de Fr. 40 000.– était un minimum

absolu du fait qu'il était manifeste qu'une petite entité au capital social de Fr. 20 000.– après une année d'exploitation a généralement utilisé ce capital et que même avec un capital initial de Fr. 40 000.– l'entité se trouve assez souvent selon l'expérience sous le coup de l'art. 725 al. 1 CO, soit en situation de perte de capital qualifiée⁷. Il appartiendra dès lors aux fiduciaires et notaires de rendre attentifs les fondateurs de Sàrl, avant même la constitution de la société (!), du leurre que présente une structure juridique au capital social de Fr. 20 000.– si celle-ci ne s'inscrit pas dans un contexte de charges moindres. Par contre, il est vrai qu'une entité aux structures légères sans charges de loyers (ou peu élevées) et de salaires, dont les fondateurs ne désirent que retirer les bénéfices réels, peut très bien s'ériger et se développer sur la base d'un capital social de Fr. 20 000.–.

4. Libération des apports

Contrairement à l'art. 774 al. 2 CO, le nouveau droit exige que la totalité du capital social inscrit au RC soit libéré à la fondation de la société, par apports en espèces ou en nature (art. 777c al. 1 nCO). Cette libération totale est rendue nécessaire au nom de la sécurité des affaires, du fait que les dettes de la société ne sont plus garanties que par l'actif social de la Sàrl (art. 772 al. 1 nCO).

La suppression de la responsabilité solidaire et subsidiaire des associés pour la libération du capital social, qui est pratiquement d'une efficacité toute relative⁸, du fait souvent de la solvabilité personnelle limitée des associés, a rendu également nécessaire de prévoir une réglementation concernant les apports en nature ou par compensation, ainsi que les reprises de biens. Le nouveau droit renvoie donc pour cela aux dispositions déjà existantes du droit de la SA (art. 777c nCO). Les formalités contraignantes du droit de la SA applicables aux apports en nature, reprises de biens, etc. seront donc également applicables aux Sàrl.

5. Augmentation du capital social

La suppression de la responsabilité solidaire et subsidiaire des associés pour la libération du capital social selon l'actuel art. 802 CO ne rendra plus nécessaire l'unanimité des associés pour augmenter le capital social. Une décision prise à la double majorité des deux tiers des voix représentées représentant la majorité absolue du capital social pour lequel le droit de vote peut être exercé (art. 808b al. 1 nCO) suffira. De plus, la nouvelle loi introduit une meilleure protection du droit de souscription

préférentiel des associés, par un renvoi au droit de la SA (art. 781 al. 5 ch. 2 nCO).

6. Renonciation à une réglementation des prêts des associés remplaçant du capital propre

L'avant-projet de révision proposait de reprendre le système allemand des prêts des associés à des fins de capitalisation, c'est-à-dire la postposition de ces prêts après toutes les autres créances en cas de faillite de la société⁹. Cette proposition a cependant été abandonnée déjà dans le message du CF, car les milieux économiques ont fait valoir que cette réglementation aurait rendu l'assainissement de sociétés plus difficile et que des difficultés d'application de cette réglementation (notamment sur la qualification des prêts) étaient apparues en Allemagne. Au plan fiscal, les incidences de tels prêts sont toutefois maintenues¹⁰.

7. Suppression de la responsabilité solidaire et subsidiaire des associés

Le droit actuel de la Sàrl présente un danger certain pour les associés en les rendant subsidiairement et solidairement responsables des dettes de la société à concurrence du montant du capital social inscrit (art. 802 CO). Ce système peut théoriquement amener un associé titulaire d'une part sociale de Fr. 1000.– à répondre d'un capital social fixé à Fr. 2 000 000.– si à son insu du capital social a été indûment remboursé aux autres associés ou n'a pas été libéré.

Le nouveau droit supprime donc cette responsabilité (art. 772 al. 1 nCO), mais assure la sécurité en affaires par de nouvelles obligations: libération intégrale des parts sociales dès la fondation (art. 777c al. 1 nCO), procédure de vérification de l'effectivité des apports en nature ou par compensation et des reprises de biens (art. 777c al. 2 nCO), nécessité en principe d'un organe de révision pour les Sàrl (art. 818 nCO). Les Sàrl seront soumises à un contrôle ordinaire s'agissant des grandes Sàrl répondant aux critères de l'art. 727 nCO ou plus généralement à un contrôle restreint, sous réserve de décision contraire s'agissant de petite Sàrl comptant au plus dix employés à plein temps en moyenne et dont tous les associés ont décidé de renoncer au contrôle restreint des comptes (art. 727a nCO, FF 2004 p. 3745 ss). Pour cette dernière hypothèse, on notera qu'en principe seules seront concernées effectivement les Sàrl ne recourant pas à un em-

prunt bancaire car dans la règle les établissements bancaires octroyant un prêt demanderont au moins l'établissement régulier d'un contrôle restreint.

8. Parts sociales

Afin de faciliter le transfert des parts sociales et simplifier les changements dans la répartition de la participation des associés, le nouveau droit permet aux associés de posséder plusieurs parts. En effet, sous le droit actuel, une modification des statuts est nécessaire lorsqu'un associé veut changer sa participation, car ceux-ci doivent indiquer le montant de chaque part émise. La forme de la cession de parts sociale a également été allégée par l'abandon de l'exigence de la forme authentique. Le contrat de cession devra néanmoins expressément mentionner certaines obligations statutaires, et les associés devront être inscrits au RC (art. 785 et 791 al. 1 nCO). Précisément, selon l'art. 785 al. 2 nCO, le contrat de cession devra contenir les mêmes renvois aux droits et obligations statutaires que l'acte de souscription des parts sociales.

Le nouveau droit réduit la valeur minimale des parts sociales de Fr. 1000.– à Fr. 100.– (art. 774 al. 1 nCO).

9. Restriction de la transmissibilité de parts sociales

Le nouveau droit maintient une restriction de la transmissibilité des parts sociales en raison du caractère fortement personnel de la Sàrl (art. 786 nCO). La double majorité qualifiée prévue par l'art. 808b nCO est cependant alléguée par rapport au droit actuel, ceci afin de rendre les cessions plus faciles d'application et de tenir compte des différents besoins concrets. De plus, les statuts pourront rendre toute cession impossible ou au contraire totalement libre (art. 776a al. 2 ch. 2 et art. 786 al. 2 nCO). Ils pourront également prévoir des motifs justifiant le refus d'une cession.

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

Les obligations d'effectuer des versements supplémentaires et/ou de fournir des prestations accessoires (art. 795–797 nCO) sont caractéristiques de la dimension personnelle de la Sàrl. Cependant, le droit actuel ne protège pas suffisamment les associés minoritaires

de la Sàrl contre les abus en la matière. En effet, il n'y a aucune limitation du montant des versements supplémentaires. Le nouveau droit limite ces versements au double de la valeur nominale de la part sociale à laquelle elle est rattachée. Par contre, les motifs rendant exigibles ces montants sont étendus. Quant aux prestations accessoires, elles devront être en rapport avec le but de la société ou viser à assurer son indépendance. L'introduction subéquente de versements supplémentaires ou de prestations accessoires devra recevoir l'approbation de l'ensemble des associés concernés (art. 797 nCO).

11. Devoir de fidélité et prohibition de faire concurrence

Le droit actuel ne règle la question que de façon peu précise. Le nouveau droit énonce que tous les associés, même les associés non gérants, ont un devoir de fidélité envers la société (art. 803 nCO). Alors que les associés gérants seront toujours tenus par la prohibition de concurrence (art. 812 al. 3 nCO), une telle limitation pourra également être imposée statutairement aux associés non gérants (art. 803 al. 2 nCO). Une autorisation écrite de tous les associés permettra de lever, au cas par cas, ces obligations; un autre mode d'autorisation pourra également être prévu dans les statuts, soit par exemple l'approbation de l'assemblée des associés (al. 3).

12. Suppression de l'obligation annuelle du dépôt de la liste des associés au RC

En droit actuel, les gérants de Sàrl doivent déposer à l'office du RC une liste des noms de tous les associés, ainsi que les apports et les prestations qu'ils ont déjà effectués (art. 790 al. 2 CO). Cette liste sera inutile puisque les apports devront être entièrement libérés à la fondation et à chaque augmentation de capital. On notera qu'en droit actuel cette liste est considérée comme inutile par les bureaux du Registre du commerce, à laquelle personne ne s'intéresse¹¹.

13. Etablissement des comptes annuels

Le droit actuel ne comporte un renvoi au droit de la SA en matière de droit comptable que pour l'établissement du bilan et les fonds de réserves. La question s'était alors posée de savoir si les nouvelles dispositions du droit de

la SA révisé en 1991 s'appliquaient à l'établissement des comptes de la Sàrl. En effet, le renvoi actuel ne fait pas allusion au rapport annuel au sens du nouveau droit de la SA. Le droit révisé de la Sàrl renvoie de manière générale aux dispositions en vigueur de la SA s'agissant du rapport de gestion, des réserves ainsi que de la publication des comptes annuels et des comptes de groupe (art. 801 nCO). L'assimilation au droit de la SA est ainsi clairement établie.

14. Organisation de la société; gestion et représentation

Contrairement aux dispositions peu précises du droit actuel, le nouveau droit énonce clairement les attributions intransmissibles de l'assemblée des associés (art. 804 al. 2 nCO), celles des gérants (art. 810 al. 2 nCO) et, cas échéant, de l'organe de révision (art. 818 al. 1 nCO qui renvoie aux art. 728a et 729a nCO). Pour le reste, les associés seront libres de régler leur organisation, sous réserve des limites légales.

En matière de gestion et représentation de la Sàrl, les nouvelles dispositions, de droit dispositif, posent pour principe une gestion collective, avec droit de représentation de la société pour chaque associé (art. 809 al. 1 et 814 al. 1 nCO).

15. Vérification des comptes annuels

Le droit actuel n'impose pas aux Sàrl de faire vérifier leurs comptes par un réviseur indépendant, les sociétaires sont libres de désigner ou non un organe de révision. Selon le nouveau droit les dettes de la Sàrl ne seront garanties que par l'actif social (art. 772 al. 1 nCO), il était donc important, afin de protéger tant les créanciers que les associés minoritaires, d'imposer par principe une révision des comptes, soit – rarement – un contrôle ordinaire s'agissant de grandes Sàrl répondant aux critères de l'art. 727 CO ou un contrôle restreint s'agissant des autres Sàrl à moins que les associés renoncent à un tel contrôle pour autant que l'entité compte au plus 10 emplois à plein temps (art. 727a CO).

Notons que selon l'art. 818 al. 2 nCO un associé soumis à l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires pourra toujours requérir un contrôle ordinaire des comptes annuels.

16. Majorités requises au sein de l'assemblée des associés

En droit actuel les décisions sont en principe prises, sauf dispositions contraires de la loi ou des statuts, à la majorité absolue des voix émises (art. 808 al. 3 CO). Le nouveau droit adopte le principe général de la SA (art. 703 CO), soit la majorité absolue des voix représentées (art. 808 nCO). La nouvelle règle a pour effet que les associés présents ou représentés s'abstenant de voter feront valoir négativement leurs voix comme en droit actuel de la SA. Pour des cas spécifiés par la loi (art. 808b al. 1 nCO) ou les statuts les décisions devront être prises à la double majorité des deux tiers des voix représentées représentant la majorité absolue du capital social pour lequel le droit de vote peut être exercé. La règle énonce ainsi un quorum. Une majorité statutaire plus contraignante ne pourra être adoptée qu'à la majorité instituée (art. 808b al. 2 nCO).

17. Sortie et exclusion

Le nouveau droit reprend du droit actuel la possibilité pour un associé de saisir un tribunal en tout temps afin de sortir de la société pour de justes motifs, de même que le droit pour la société d'exclure judiciairement un associé pour de justes motifs. En plus de cela, les statuts pourront prévoir un droit de sortie général (art. 822 nCO), ainsi que le droit pour l'assemblée des associés d'exclure un associé pour des motifs déterminés (art. 823 nCO).

III. Adaptation du droit de la SA et de la SCOOP

La révision de la Sàrl a été accompagnée d'un certain nombre de modifications ayant pour but d'harmoniser le droit des sociétés. Les principales modifications concernent la SA et la Scoop.

1. Droit de la SA

S'agissant de la SA il faut notamment relever:

- la possibilité de fonder une société unipersonnelle (art. 625 nCO),
- l'abolition des exigences de nationalité suisse et de domicile en Suisse de la majorité des administrateurs (art. 708 CO abrogé et 718 al. 3 nCO qui prévoit que la société doit pouvoir être représentée par une personne domiciliée en Suisse, un membre du conseil d'administration ou un directeur devant satisfaire à cette exigence),

- l'exigence d'un contrat en la forme écrite entre la société et son représentant si l'objet de la transaction porte sur plus de Fr. 1000.– (art. 718b nCO),
- la procédure à suivre en cas de carence dans l'organisation (art. 731b nCO),
- l'abolition des droits sociaux liés à des actions qui ont été réduites à zéro (art. 732a nCO),
- la raison de commerce doit être suivie de la forme juridique (art. 950 nCO).

2. Droit de la Scoop

S'agissant de la Scoop, il faut notamment relever:

- le renvoi aux dispositions de la SA en cas de carence dans l'organisation de la Scoop (art. 831 al. 2 et 908 nCO),
- le dépôt des listes au RC des membres de Scoop personnellement responsables ou tenus d'effectuer des versements supplémentaires (art. 837 nCO),
- l'abolition des exigences de nationalité suisse et de domicile en Suisse de la majorité des administrateurs (art. 895 CO abrogé et 898 al. 2 nCO qui prévoit que la société doit pouvoir être représentée par une personne domiciliée en Suisse, un administrateur, un gérant ou un directeur devant satisfaire à cette exigence),
- le principe de la possibilité de déléguer tout ou partie de la gestion et représentation à des gérants ou directeurs (art. 898 nCO),
- la nécessité d'un contrat en la forme écrite entre la Scoop et son représentant si l'objet de la transaction porte sur plus de Fr. 1000.– (art. 899a nCO),
- le renvoi aux règles de la SA s'agissant de l'organe de la révision sous réserve de la possibilité pour les coopérateurs de requérir à diverses conditions un contrôle ordinaire (art. 906 nCO),
- la raison de commerce doit être suivie de la forme juridique (art. 950 nCO).

IV. Droit transitoire et maintien de l'ancien droit

1. Généralités

Les dispositions finales de la nouvelle loi comprennent les règles de droit transitoire (art. 1 à 11) et une annexe donne les modifications d'autres lois fédérales entraînées par la révision (Code Civil, LP, etc.). Les dispositions du titre final du Code civil s'appliquent aussi, en ce qui concerne le droit transitoire, dès lors que les dispositions finales particulières de la loi du 16 décembre 2005 demandent à être complétées.

2. Adaptations au nouveau droit en général

La révision du droit de la société anonyme de 1991 prévoyait un délai d'adaptation de 5 ans dès l'entrée en vigueur de la nouvelle loi au 1^{er} juillet 1992. La pratique a montré que ce délai était beaucoup trop long, dans la mesure où bon nombre des SA ont négligé de s'y conformer, malgré la menace de sanctions (dissolution judiciaire) à l'issue du délai. Le nouveau droit de la Sàrl ne contient pas de sanction de dissolution en cas de non adaptation des statuts dans le délai imparti. La présente révision, en effet, ne prévoit aucune augmentation du capital social minimum; en outre, la plupart des règles sur la Sàrl revêtant un caractère dispositif, l'adaptation des statuts est relativement impérative. Le délai donné aux Sàrl déjà inscrites au RC lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi pour adapter, cas échéant, leurs statuts aux exigences de la nouvelle législation est de 2 ans (art. 2 al. 1 Disp. trans. de la loi du 16 décembre 2005). Rappelons-le, quelque 85 000–90 000 Sàrl seront concernées en 2007 par l'examen de la nécessité ou non d'adapter leurs statuts.

3. Adaptation au nouveau droit en particulier

L'art. 2 al. 2 Disp. trans. reporte jusqu'à leur modification mais au maximum de 2 ans l'entrée en vigueur de certaines dispositions de la nouvelle loi pour les Sàrl déjà constituées lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

3.1. Voix prépondérantes du président de l'assemblée des associés et du président des gérants

Les art. 808a et 809 al. 4 2^e phr. nCO introduisent les principes de la voix prépondérante du président de l'assemblée et de la voix prépondérante du président des gérants, qui n'existent pas en droit actuel. L'art. 2 al. 3 Disp. trans. institue un délai de deux ans pour permettre aux Sàrl dont les statuts ne règlent pas la question d'exclure, si elles le souhaitent, les principes légaux de ces voix prépondérantes.

3.2. Raisons de commerce (SA, Scoop, Sàrl)

La révision n'induit pas de nouveauté pour les raisons de commerce de Sàrl. Le nouvel art. 950 CO prévoit toutefois l'obligation d'indiquer la forme juridique dans la raison de commerce. L'art. 2 al. 4 Disp. trans. donne un délai de 2 ans aux SA et Scoop concernées par cette modification pour se conformer spontanément à la nouvelle règle. Passé ce délai, le Registre du

Commerce complètera d'office leur raison de commerce. Ceci rendra nécessaire un changement des statuts. La raison de commerce ainsi complétée par le RC sera la dénomination déterminante pour le nouvel art. 954a CO (obligation d'utiliser la raison de commerce).

On notera que selon le nouvel art. 951 al. 2 nCO, la raison de commerce de la SA, de la Sàrl et de la Scoop doit se distinguer nettement de toute autre raison d'une société revêtant l'une de ces formes déjà inscrites en Suisse. Avec le nouveau droit la raison sociale des Sàrl contenant un ou plusieurs patronymes obtient un droit d'exclusivité absolu (L'existence d'une «J.-P. Dupont Sàrl» interdira la constitution d'une autre «J.-P. Dupont Sàrl» ou «J.-P. Dupont SA» même si cette dernière société a son siège dans une autre localité très éloignée, mais rien ne s'opposera en principe à la constitution d'une «Entreprise Dupont Sàrl»). En droit actuel le droit d'exclusivité des raisons sociales de Sàrl est celui applicable aux raisons individuelles (art. 951 al. 1 CO renvoyant à l'art. 946 CO limitant l'exclusivité à la localité au sens large¹²).

3.3. Libération des apports

Le droit actuel de la Sàrl admet que les associés ne libèrent que la moitié de leurs apports, en contrepartie l'art. 802 CO prévoit une responsabilité solidaire et subsidiaire des associés pour les dettes de la société, à concurrence du capital social inscrit. La nouvelle loi supprime la responsabilité personnelle subsidiaire des associés. Cette suppression rend nécessaire, au nom de la sécurité des transactions avec les Sàrl, que les apports soient entièrement libérés. L'art. 3 al. 1 Disp. trans. énonce donc que les apports aux sociétés déjà inscrites au RC à l'entrée en vigueur de la loi devront être libérés à concurrence du prix d'émission de l'ensemble des parts sociales dans les deux ans.

Le non respect de l'art. 3 al. 1 Disp. trans. est sanctionné par l'al. 2, qui prévoit simplement que l'actuel art. 802 CO continuera à s'appliquer pour les sociétés réfractaires: les associés resteront ainsi solidairement et subsidiairement responsables de la libération du capital social inscrit jusqu'à cette libération intégrale.

3.4. Bons de participation et bons de jouissance

3.4.1. Bons de participation

Le droit actuel de la Sàrl ne règle pas la question des bons de participations et aucune décision judiciaire n'a jamais été prononcée à ce sujet. Les bons de participation ont cependant été utilisés par certaines Sàrl, car ils permettent de procurer des fonds propres de tiers sans aucun changement quant au droit de vote au sein de la société.

La Sàrl n'offre pourtant pas une structure adaptée à l'émission de bons de participation. En effet, pour assurer la protection des participants, une organisation particulière telle celle de la SA est nécessaire. Or la spécificité de la Sàrl est justement d'offrir une structure simple et peu coûteuse pour les petites et moyennes entreprises. Le nouveau droit de la Sàrl ne mentionne donc volontairement pas les bons de participation, ce qui constitue un silence qualifié du législateur¹³ dans le sens de leur interdiction.

En raison du fait que quelques Sàrl ont émis des bons de participation, l'art. 4 al. 1 Disp. trans. prévoit ainsi que les bons émis seront considérés comme des parts sociales normales dès la fin du délai de deux ans, à moins qu'ils n'aient été remboursés à leur valeur réelle (par opposition à la valeur nominale) ensuite d'une réduction de capital. L'al. 2 autorise une dérogation aux règles statutaires de vote afin de faciliter la mise en œuvre des nouvelles dispositions. L'assemblée des associés pourra à cette fin prendre les décisions qui s'imposent à la majorité absolue des voix représentées.

3.4.2. Bons de jouissance

L'art. 774a nCO permet explicitement la création de bons de jouissance. La disposition renvoie pour le surplus à l'art. 657 CO du droit de la SA, applicable par analogie. Cette nouveauté, mise en parallèle avec l'exclusion des bons de participation, rendait nécessaire une définition de la notion de bon de jouissance. Il appert de l'art. 4 al. 3 Disp. trans. qu'est un bon de jouissance toute part de Sàrl qui ne figure pas au passif du bilan, indépendamment de la qualification qui lui a été donnée par les associés. Les statuts de la Sàrl devront être adaptés en conséquence cas échéant dans les deux ans dès l'entrée en vigueur du nouveau droit.

3.5. Parts sociales propres acquises par la société

L'art. 807 CO ne fixe pas de limite à l'acquisition par la société de ses propres parts sociales. Les seules conditions sont que les parts soient entièrement libérées, et que l'acquisition se fasse par un prélèvement d'actifs excédant le capital social. L'art. 783 nCO limite le rachat des parts sociales à 10% du capital social (voire 35% dans certains cas particuliers en relation avec une restriction de transfert ou en relation avec la sortie ou l'exclusion d'un associé; art. 783 al. 2 nCO).

L'art. 5 Disp. trans. donne également un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur du nouveau droit pour se conformer à ces nouvelles limites, soit par l'aliénation des parts détenues en trop, soit en réduisant le capital social de manière à supprimer ces parts.

3.6. Obligation d'effectuer des versements supplémentaires

Le nouveau droit fixe un montant maximum pour les versements supplémentaires obligeant statutairement les associés (art. 795 al. 2 nCO). Ce plafond est fixé au double de la valeur nominale de la part sociale à laquelle l'obligation est attachée. L'art. 803 CO n'énonçant aucune restriction aux versements supplémentaires, la nouvelle limite pourrait mettre en péril la situation des créanciers de la Sàrl si l'on suivait strictement le principe d'applicabilité immédiate du nouveau droit. Pour cette raison, l'art. 6 Disp. trans. n'impose pas de modifier les statuts des sociétés déjà existantes prévoyant des versements supplémentaires supérieurs aux nouvelles limites. Par contre le nouveau droit propose une procédure de réduction des obligations de versements supplémentaires en application par analogie des dispositions concernant la réduction du capital social, et pour autant que le capital et les réserves légales soient entièrement couverts (art. 795c nCO). Pour le surplus le nouveau droit s'applique dès son entrée en vigueur, notamment s'agissant de l'exigibilité des versements supplémentaires.

3.7. Organe de révision

Le nouvel art. 818 CO par son renvoi au droit de la SA introduit l'obligation pour les «grandes» Sàrl répondant aux critères de l'art. 727 nCO de se soumettre à un contrôle ordinaire et pour les autres Sàrl de se soumettre à un contrôle restreint sous réserve de la possibilité pour des entités comptant au plus dix emplois à plein temps en moyenne de voter à l'unanimité des associés de ne pas soumettre les comptes de la société à un organe de révision et donc de désigner un organe de révision (art. 727a nCO, FF 2004 p. 3745 ss). Notons que l'obligation statutaire d'effectuer des versements supplémentaires permettra cependant à tout associé d'imposer un organe de révision, voire un contrôle ordinaire (art. 818 al. 2 nCO). L'art. 7 Disp. trans. fait partir cette obligation dès l'exercice commençant avec l'entrée en vigueur du nouveau droit ou le suivant.

3.8. Détermination du droit de vote

A la réglementation très succincte de l'art. 808 al. 4 CO, la nouvelle loi substitue des règles tendant à restreindre quelque peu la liberté des associés dans la détermination du droit de vote. Selon l'art. 806 al. 1 nCO, le droit de vote de chaque associé se détermine en fonction de la valeur nominale des parts sociales qu'il détient. Chaque associé a droit à une voix au moins. Les statuts peuvent toutefois limiter le nombre de voix des titulaires de plusieurs parts sociales. Les al. 2 et 3 permettent de déroger

au principe, mais l'attribution d'une voix par part sociale est tributaire du rapport 1 à 10 entre les valeurs nominales des parts sociales. Le système est dans l'esprit du droit de la SA. L'art. 8 Disp. trans. n'impose pas aux sociétés déjà constituées de changer leurs statuts afin de les conformer à la nouvelle réglementation, car cela aurait pour conséquence de mettre fin aux rapports de force existants. L'al. 2 rend toutefois le nouveau droit applicable lors de l'émission de nouvelles parts.

3.9. Adaptation des majorités requises à l'assemblée des associés

L'art. 9 Disp. trans. permet aux sociétés qui ont adopté dans leurs statuts les dispositions légales actuelles de majorités qualifiées d'adapter leurs statuts au nouveau droit à la majorité absolue des voix représentées.

3.10. Suppression des actions (SA) et des parts sociales (Sàrl) non recapitalisées suite à un assainissement

Le nouveau droit introduit également quelques changements dans le droit de la SA applicables à la Sàrl par renvoi, dont l'art. 732a nCO. En droit actuel, les actionnaires ou associés dont les actions ou parts ont été réduites à zéro lors d'une procédure d'assainissement du bilan par réduction puis augmentation successive d'une partie du capital social conservent leurs droits sociaux sur les actions et parts non recapitalisées¹⁴. L'art. 732a nCO supprime cette faveur; les droits sociaux disparaîtront en même temps que les droits patrimoniaux liés aux actions ou parts sociales réduites à zéro. L'art. 10 Disp. trans. met en vigueur immédiatement l'art. 732a nCO pour les SA et Sàrl qui ont utilisé cette méthode d'assainissement avant l'entrée en vigueur du nouveau droit.

3.11. Droits exclusifs aux raisons de commerce inscrites

La révision du droit de la Sàrl a impliqué une révision de certaines dispositions régissant les raisons de commerce. S'agissant des SNC, SC et SCA, l'art. 951 al. 1 CO révisé énonce que les dispositions concernant le droit exclusif à la raison de commerce de l'entreprise individuelle s'appliquent à ces sociétés. Il s'agit d'un renvoi au principe d'exclusivité limité à la localité (art. 946 CO), laquelle doit être comprise au sens large d'espace économique et non de commune politique¹⁵. De plus, alors que l'actuel art. 951 CO permet à plusieurs Sàrl d'avoir la même raison sociale, mais dans des localités différentes, si celle-ci comprend un patronyme, la nouvelle législation assure l'exclusivité de la raison de commerce inscrite au RC des SA, Sàrl et Scoop (art. 951 al. 2 CO). L'art. 11 Disp. trans. énonce néanmoins que les raisons ins-

crites avant l'entrée en vigueur de la révision resteront soumises à l'ancien droit. ■

¹ Cf. Message du Conseil fédéral in FF 2002 p. 3054; 12^e directive concernant les sociétés unipersonnelles: Directive 89/667/CEE; JO n° L 395 du 30 décembre 1989 p. 40 ss; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3^e éd., Zurich 2004, § 1 n° 44.

² Honsel/Vogt/Watter, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II (OR 530-1186), 2^e éd., Bâle 2001 (cité BSK- ... suivi du nom de l'auteur de la contribution); BSK-Baudenbacher, art. 772 n° 13.

³ Contra BSK-Baudenbacher, art. 772 n° 13.

⁴ Böckli in Rochat/Ferrari, Projet de Sàrl révisée et de SA privée, Lausanne 1998, p. 92, spéc. 96 s.

⁵ FF 2002 p. 3055 s.

⁶ FF 2002 p. 2955.

⁷ Cf. Forstmoser in Rochat/Ferrari, p. 154; Böckli in op. cit., p. 84, 269; Böckli/Forstmoser/Rapp, Rapport d'experts pour un avant-projet de révision du droit de la société à responsabilité limitée, Berne 1999, p. 101; au contraire Schaub in Aspects de la future révision de la Sàrl in EC 1997, p. 779 ss, 781 ch. 3, défendait le maintien du capital initial à Fr. 20 000.- eu égard à de possibles infrastructures sans lourdes charges.

⁸ Rapp in Rochat/Ferrari, p. 186, cf. ég. Wohlmann, GmbH-Recht, Bâle 1997, p. 81.

⁹ Sur cette question, favorable mais critique, voir R. Ruedin, Prêt d'un associé remplaçant du capital propre dans la société à responsabilité limitée de lege ferenda in RSJ 2000, p. 521 ss.

¹⁰ Cf. Ryser/Rolli, Précis de droit fiscal suisse, Impôts directs, 4^e éd. Berne 2002, p. 274 ss; Oberson, Précis de droit fiscal suisse, 2^e éd. Bâle 2002, § 11 n° 6 ss.

¹¹ Rebsamen in Rochat/Ferrari, p. 253.

¹² FF 2002 p. 3038.

¹³ FF 2002 p. 3045.

¹⁴ Cf. ATF 121 III 420 ss consid. 4c.

¹⁵ ATF 131 III 572 consid. 4.4.; BSK-Altenpohl, art. 946 n° 5.

→ Links

- www.bj.admin.ch
- fr → Economie