

Groupe de réflexion "Gesellschaftsrecht"

Schlussbericht

24. September 1993

Inhaltsverzeichnis

1. Einsetzung und Aufgaben der Groupe de réflexion "Gesellschaftsrecht"	5
2. Anpassung des schweizerischen Gesellschaftsrechts an die Richtlinien der EG	7
2.1 Die Relevanz des EG-Rechts für das schweizerische Gesellschaftsrecht	7
2.2 Rechnungslegungsrecht (4. und 7. EG-Richtlinie)	8
2.2.1 Die Hauptunterschiede zwischen dem schweizerischen Recht und den Vorschriften der EG	8
2.2.2 Die Frage einer erneuten Revision des Rechnungslegungsrechts	9
2.2.3 Detailregelung des Rechnungslegungsrechts auf Verordnungsstufe?	11
2.2.4 Ergebnis	11
2.3 Anforderungen an die Rechnungsrevisoren (8. EG-Richtlinie)	12
2.3.1 Anpassungsbedarf	12
2.3.2 Schwierigkeiten der heutigen Konzeption ohne Zulassungsverfahren	13
2.3.3 Ergebnis	14
2.4 Offenlegung, Vertretungsmacht der Organe und Nichtigkeit der Gesellschaft (1. und 11. EG-Richtlinie)	14
2.4.1 Anpassungsbedarf	14
2.4.2 Ergebnis	15
2.5 Gründung, Kapital und Kapitalerhaltung (2. EG-Richtlinie)	15
2.5.1 Anpassungsbedarf	15
2.5.2 Ergebnis	16
2.6 Fusion und Spaltung von Gesellschaften (3. und 6. EG-Richtlinie)	16
2.6.1 Handlungsbedarf	16
2.6.2 Ergebnis	16
2.7 Einpersonengesellschaften (12. EG-Richtlinie)	17
2.7.1 Anpassungsbedarf	17
2.7.2 Ergebnis	17
2.8 Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV)	17

Herausgeber: Bundesamt für Justiz
3003 Bern

Vertrieb: Eidgenössische Drucksachen- und Materialzentrale
3000 Bern

Art.-Nr.: 407.020.d

2.9	Vorschläge zu weiteren EG-Richtlinien und -Verordnungen im Bereich des Gesellschaftsrechts	18	3.6	Revision der Kommanditaktiengesellschaft (KAG)	45
2.9.1	Überblick	18	3.6.1	Die geringe Verbreitung und deren Ursachen	45
2.9.2	Ergebnis	19	3.6.2	Die hauptsächlichsten Mängel der gesetzlichen Regelung	46
2.10	Folgerungen	19	3.6.3	Ergebnis	52
3.	Rechtsformen und Vorschriften für kleine und mittlere Unternehmen	21	3.7	Ermöglichung der Bildung einer Personengesellschaft mit beschränkter Haftung	53
3.1	Parlamentarische Vorstöße	21	3.8	Folgerungen	54
3.1.1	Unterschiedliche Formen von Aktiengesellschaften und Einführung von Sonderbestimmungen	21	4.	Ungereimtheiten im revidierten Aktienrecht; Frage einer Anschlussrevision	56
3.1.2	Schaffung einer besonderen Gesellschaftsform für kleine und mittlere Unternehmen	21	4.1	Parlamentarischer Vorstoss	56
3.1.3	Aufgabenstellung	22	4.2	Stellungnahme	56
3.2	Besondere Rechtsform für kleine und mittlere Unternehmen	23	4.3	Folgerungen	57
3.3	Zweiteilung des Aktienrechts	25	5.	Revision des Genossenschaftsrechts	59
3.3.1	Die AG als Rechtsform für kleine und grosse Unternehmen; Problematik und Lösungsansatz im revidierten Aktienrecht	25	5.1	Parlamentarischer Vorstoss	59
3.3.2	Formelle Zweiteilung des Aktienrechts	26	5.2	Ausgangslage	59
3.3.3	Materielle Differenzierungen im Rahmen eines formell als Einheit ausgestalteten Aktienrechts	27	5.3	Revisionsbedarf	60
3.3.4	Ergebnis	27	5.4	Folgerungen	62
3.4	Sondervorschriften im Aktienrecht	27	6.	Fusion, Spaltung und Umwandlung von Gesellschaften	63
3.4.1	Differenzierungen im revidierten Aktienrecht, Ausgangslage	27	6.1	Regelungsbedarf	63
3.4.2	Bereiche möglicher Sondervorschriften für kleine und mittlere Unternehmungen	28	6.2	Elemente einer Neuregelung	64
3.4.3	Ergebnis	40	6.2.1	Fusion	64
3.5	Revision der GmbH	41	6.2.2	Spaltung	64
3.5.1	Parlamentarische Vorstöße	41	6.2.3	Vermögensübertragung	65
3.5.2	Nachteile der GmbH	41	6.2.4	Umwandlung	65
3.5.3	Möglichkeiten einer Attraktivierung der GmbH	42	6.2.5	Schutz von Minderheiten und Gläubigern; Verantwortlichkeit	66
3.5.4	Grundsätzliche Schranken einer Revision	44	6.3	Regelungsstandort	66
3.5.5	Ergebnis	45	6.4	Steuerrechtliche Fragen	67
			6.5	Folgerungen	67
			7.	Konzernrecht	69
			7.1	Parlamentarische Vorstöße	69
			7.2	Inhalt eines Konzernrechts	70
			7.3	Konzernrechtlich relevante Bestimmungen im revidierten Aktienrecht	71

7.4 Konzernrechtlich relevante Bestimmungen im Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel	73
7.5 Weiterer Handlungsbedarf	73
7.5.1 Konzerneingang	73
7.5.2 Konzernpublizität	74
7.5.3 Konzernleitung	74
7.5.4 Konzern-Organverantwortlichkeit und Konzern-Insolvenz	75
7.5.5 Konzernsteuerrecht	75
7.6 Anwendung des geltenden Rechts auf Konzerne	75
7.7 Bedenken gegen die Schaffung eines formellen Konzernrechts	77
7.7.1 Nachteile eines besonderen Konzernrechts	77
7.7.2 Grenzüberschreitende Ordnungsbereiche	77
7.7.3 Die Gefahr von Standortnachteilen	78
7.8 Folgerungen	78
8. Stiftungsrecht	79
9. Wertpapierrecht	79
10. Diverses	79
11. Ergebnisse und Anträge	80
11.1 Grundsätzliches	80
11.2 Europarechtliche Ausrichtung	80
11.3 Landesrechtliche Gesichtspunkte	80
11.4 Anträge zum weiteren Vorgehen	81

1. Einsetzung und Aufgaben der Groupe de réflexion "Gesellschaftsrecht"

Nach einer langen und bewegten Revisionsgeschichte ist am 1. Juli 1992 das revidierte Aktienrecht in Kraft getreten. Dabei handelte es sich nur um eine Teilrevision. Verschiedene wichtige Fragen wurden bewusst ausklammert und deren Ueberprüfung einer späteren Revision vorbehalten (s. Botschaft, Sonderdruck, S. 28 und 39). Während der langen Dauer der Revision sind zudem neue Fragestellungen und Revisionsbegehren aufgetaucht.

Bei einem Beitritt der Schweiz zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) hätte das schweizerische Gesellschaftsrecht innert einer Frist von drei Jahren erneut revidiert und den massgebenden Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft (EG) angepasst werden müssen. Nach dem knappen Nein zum EWR ist diese Verpflichtung zwar entfallen. Dennoch bleibt die Frage der Angleichung des schweizerischen Gesellschaftsrechts an das EG-Recht aktuell, nachdem der Bundesrat entschieden hat, an der Integrationspolitik der Schweiz grundsätzlich festzuhalten (s. Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens, BBl 1993 I • 805 ff, insbes. 815 ff).

Im übrigen verlangen mehrere (zum Teil ältere) parlamentarische Vorstösse verschiedene Ergänzungen und Korrekturen des geltenden Gesellschaftsrechts, so

- die Schaffung eines Konzernrechts,
- die Verbesserung der Informationspflichten beim Erwerb von Aktien,
- die Schaffung unterschiedlicher Formen von Aktiengesellschaften bzw. weitergehende Differenzierungen im Aktienrecht,
- die Revision des Genossenschaftsrechts.

Von der Kommission des Nationalrates zur Revision des Aktienrechts wurde ausserdem eine Motion eingebracht, die ein Börsengesetz auf Bundesebene und eine Regelung des öffentlichen Übernahmeangebots fordert; ein entsprechender Entwurf des Bundesrates liegt inzwischen vor (vgl. BBl 1993 I 1369 ff).

Schliesslich sind als Reaktion auf die Inkraftsetzung des revidierten Aktienrechts verschiedene neue Vorstösse eingereicht worden, die eine besondere Rechtsform für kleine und mittlere Unternehmen verlangen. Auch eine Revision des Rechts der GmbH wird angeregt. Verlangt wird ferner eine Anschlussrevision des Aktienrechts.

Angesichts dieser Vielfalt an Reformpostulaten hat Herr Bundesrat Arnold Koller, Vorsteher des EPPD, Mitte Januar 1993 eine Groupe de réflexion eingesetzt, um die Revisionsanliegen und den Handlungsbedarf im Bereich des Gesellschaftsrechts einer ersten Prüfung unterziehen zu lassen.

Die Groupe de réflexion wurde beauftragt, bis zum Sommer 1993:

1. den Reformbedarf in den einzelnen Gebieten des schweizerischen Gesellschaftsrechts zu klären;
2. die Stossrichtung möglicher Reformen in den einzelnen Bereichen aufzuzeigen;
3. Vorschläge zu unterbreiten über die Prioritätenordnung und das Vorgehen bei der Erarbeitung eines zeitgemässen und europafähigen schweizerischen Gesellschaftsrechts.

Der Groupe de réflexion "Gesellschaftsrecht" gehörten als Mitglieder an:

- Dr. iur. et lic. oec. Heinrich Koller, Direktor des Bundesamts für Justiz, Präsident;
- Prof. Dr. iur. Peter Böckli, Advokat, Basel;
- Prof. Dr. iur. Peter Forstmoser, Rechtsanwalt, Zürich;
- lic. sc. pol. Beat Kappeler, Herrenschwand;
- Prof. Dr. iur. Anne Pettipierre-Sauvain, avocate, Genève;
- Prof. Dr. iur. Roland Ruedin, avocat, Neuchâtel;
- Prof. Dr. iur. Walter Schluep, Fürsprecher, Lengnau.

Zur Frage der Fusion, Spaltung und Umwandlung von Gesellschaften wurde Herr Prof. Dr. iur. Dr. iur. h.c. Frank Vischer, Basel, angehört, der als Experte des EIPD an einem entsprechenden Gesetzesentwurf arbeitet.

Herr Dr. iur. Christoph Reinhard, Rechtsanwalt, Zürich, erstattete der Groupe de réflexion ein Gutachten zur Frage der Revisionsbedürftigkeit der gesetzlichen Bestimmungen über die Kommanditaktiengesellschaft.

Das Protokoll wurde von den Herren Dr. iur. Pierre-André Jungo, Rechtsanwalt, und Philippe Gobet, Avocat, Mitarbeiter des Bundesamts für Justiz, verfasst.

An den Sitzungen nahm ferner Herr Fürsprecher Hanspeter Kläy, verantwortlicher Projektleiter im Bundesamt für Justiz, teil. Er hat den Schlussbericht redigiert. Dabei wurden Arbeitspapiere der Kommissionsmitglieder, der beigezogenen Experten und des Bundesamts für Justiz verwendet.

2. Anpassung des schweizerischen Gesellschaftsrechts an die Richtlinien der EG

2.1 Die Relevanz des EG-Rechts für das schweizerische Gesellschaftsrecht

Die EG hat bisher auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts neun Richtlinien sowie eine Verordnung erlassen. Gegenstand von Regelungen sind die folgenden Sachfragen:

- | | |
|----------------|--|
| 1. Richtlinie | Offenlegung (Handelsregister), Vertretungsmacht der Organe, Nichtigkeit der Gesellschaft |
| 2. Richtlinie | Gründung, Gesellschaftskapital und Kapitalerhaltung |
| 3. Richtlinie | Fusion von Gesellschaften |
| 4. Richtlinie | Jahresabschluss |
| 6. Richtlinie | Spaltung von Gesellschaften |
| 7. Richtlinie | Konsolidierter Jahresabschluss |
| 8. Richtlinie | Anforderungen an die Rechnungsprüfer (Revisoren) |
| 11. Richtlinie | Offenlegung von Zweigniederlassungen |
| 12. Richtlinie | Eiersonengesellschaften |

Verordnung EWIV Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (besondere Rechtsform des internationalen Rechts)

Die EG-Richtlinien enthalten im allgemeinen nur Rahmenvorschriften als Anweisungen an die Gesetzgeber der Mitgliedstaaten. Angestrebt wird keine Rechtsvereinheitlichung, sondern lediglich eine Harmonisierung der Rechtsordnungen in wichtigen Punkten und das Festlegen von bestimmten Minimalstandards; teilweise stehen den Mitgliedstaaten Optionen offen. Dem nationalen Gesetzgeber bleibt damit eine gewisse Ausgestaltungsfreiheit gewahrt.

Am 6. Dezember 1992 haben Volk und Stände den Beitritt der Schweiz zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) abgelehnt (s. BBl 1993 I 167). Bei einer Ratifikation des EWR-Abkommens wäre die Schweiz u.a. verpflichtet gewesen, ihr Landesrecht innert drei Jahren sämtlichen zur Zeit in Kraft stehenden EG-Richtlinien und Verordnungen auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts anzupassen (Art. 77 EWR-Vertrag; BBl 1992 IV 406 ff., 697, 1492 ff.).

Es stellt sich nun die Grundsatzfrage, ob nach dem negativen Entscheid zum EWR-Abkommen eine freiwillige Angleichung des schweizerischen Gesellschaftsrechts an die Rahmenvorschriften der EG dennoch sinnvoll erscheint oder ob eine grundsätzlich andere Marschrichtung einzuschlagen ist.

Der Bundesrat will am Integrationskurs der Schweiz grundsätzlich festhalten (s. oben 1.). Sollte erneut ein Integrationsvertrag mit der EG ausgearbeitet werden, dürfte auch die Übernahme der EG-Richtlinien im Gesellschaftsrecht wiederum zum Vertragsinhalt gehören.

schaften kleinere Unternehmen seien, ist nicht stichhaltig. Die Vorschriften der 4. Richtlinie gelten nämlich auch für Kleingesellschaften, der Anwendungsbereich umfasst ebenfalls die GmbH und die Kommandit-AG. Während das schweizerische Obligationenrecht aber für alle Aktiengesellschaften ungeachtet ihrer Grösse die gleichen Mindestanforderungen an den Jahresabschluss stellt, erlaubt das EG-Recht eine sachgerechte Differenzierung der Vorschriften für kleine, mittlere und grosse Unternehmen.

2.2.2 Die Frage einer erneuten Revision des Rechnungslegungsrechts

Die Verbesserung der Transparenz gehörte zu den Hauptzielen der Aktienrechtsrevision (Botschaft, Sonderdruck, S. 23 f.); dennoch wurde im Bereich der Rechnungslegung noch nicht das Niveau der EG-Richtlinien erreicht. Es ist deshalb zu prüfen, ob mit einer erneuten Reform eine europafähige Regelung geschaffen werden soll, die für kleine, mittlere und grosse Gesellschaften unterschiedliche Anforderungen vorstelt.

Bei der Aktienrechtsrevision blieben Vorschläge für eine aussagekräftigere Jahresrechnung im Parlament noch weitgehend erfolglos (Amtl. Bull. NR 1985 S. 1693 ff. und 1990 S. 1360 ff.). In der Zwischenzeit scheint sich jedoch in der Rechtspraxis ein Umdenken abzuzeichnen. Die Fachkommission für Empfehlungen zur Rechnungslegung (FER) überarbeitet gegenwärtig ihre Empfehlungen mit dem Ziel, sie weitgehend EG-konform auszugestalten, und die Schweizerische Zulassungsstelle beabsichtigt, die Einhaltung der revidierten Empfehlungen der FER zukünftig als Bedingung der Zulassung von Wertpapieren zum Handel an der Börse vorzuschreiben.

Dagegen weisen verschiedene neuere parlamentarische Vorstösse betreffend Sonderregelungen für Klein- und Mittelbetriebe (s. unten 3.1) in eine andere Richtung; so wird etwa für das Rechnungswesen und die Revision eine Regelung verlangt, die nur einen minimalen organisatorischen Apparat erforderlich macht.

Das revidierte Aktienrecht schreibt im Bereich der Rechnungslegung nur ein Minimum vor, stellt aber ein ausgewogenes Ganzes dar. Weitere Erleichterungen für kleine und mittlere Betriebe sind daher sachlich nicht zu rechtfertigen (vgl. unten 3.4.2 lit. g). Insbesondere muss der zwischen der Haftungsbeschränkung, dem Einsatz von Risikokapital und der Rechnungslegung bestehende Zusammenhang gewahrt bleiben. Dieser Zusammenhang ist in kleinen Gesellschaften nicht weniger bedeutsam als in grösseren. Die Gruppe de réflexion lehnt ferner eine Rechtsentwicklung entschieden ab, die unsere Rechtsordnung noch weiter von den Anforderungen der EG-Richtlinien entfernen würde, als dies heute der Fall ist (s. oben 2.1).

Die neuen schweizerischen Rechnungslegungsvorschriften entsprechen weitgehend den Anforderungen der EG für kleinere Gesellschaften (vgl. Art. 663 ff. OR mit Art. 11, 27 und 44 Abs. 1 der 4. EG-RL). Grössere Gesellschaften legen immer häufiger weit aussagekräftigere Jahresrechnungen vor, als dies das Gesetz verlangt. Die Jahresabschlüsse der Publikumsgesellschaften genügen zum Teil heute schon den EG-Richtlinien. Mit Ausnahme der Frage der stillen Reserven und der Einzelbewertung dürften daher die Unterschiede zwischen der schweizerischen

Die schweizerische Wirtschaft ist stark international ausgerichtet. Die Gesetzgebung hat der grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Verflechtung Rechnung zu tragen. Eine gänzlich autonome Rechtsfortbildung im Bereich des Gesellschaftsrechts, insbesondere eine Rechtsentwicklung ohne Rücksicht auf jene unserer Nachbarländer, müsste der Schweiz langfristig zum Schaden gereichen.

Die Groupe de réflexion lehnt eine völlig eigenständige Rechtsentwicklung in diesem Bereich ab. Bei zukünftigen Gesetzesrevisionen sind grundsätzlich europataugliche Regelungen zu wählen; insbesondere ist darauf zu achten, dass das schweizerische Gesellschaftsrecht nicht in eine Richtung fortgebildet wird, die zu einer weiteren Entfernung vom EG-Recht und den Rechtsordnungen unserer Nachbarländer führt. Die gesellschaftsrechtlichen Richtlinien der EG beruhen auf weite Strecken auf der gleichen Grundkonzeption wie das Schweizer Recht. Wo dies sinnvoll erscheint, sind die Rahmenvorschriften der EG zu übernehmen. Bei einer schrittweisen Anpassung an die EG-Richtlinien kann allenfalls nach der Unternehmensgrösse differenziert werden.

Nachfolgend soll im einzelnen untersucht werden, in welchen Bereichen eine Annäherung an das EG-Recht unabhängig von weiteren Integrationsritten sinnvoll erscheint.

2.2 Rechnungslegungsrecht (4. und 7. EG-Richtlinie)

2.2.1 Die Hauptunterschiede zwischen dem schweizerischen Recht und den Vorschriften der EG

Die gewichtigsten Unterschiede zwischen dem schweizerischen Gesellschaftsrecht und den bis heute verabschiedeten Richtlinien der EG finden sich im Rechnungslegungsrecht:

- Auch nach dem revidierten Aktienrecht bleibt die Bildung von gewillkürten stillen Reserven weitgehend zulässig (vgl. Art. 669 Abs. 3 OR). Demgegenüber sind die Vorschriften der EG zur Rechnungslegung dem Prinzip der True and fair view verpflichtet.
- Der im schweizerischen Recht vorgeschriebene Detaillierungsgrad für die Bilanz und die Erfolgsrechnung genügt den Anforderungen der EG für mittlere und grössere Unternehmen nicht.
- Nach den schweizerischen Vorschriften zur konsolidierten Jahresrechnung können die Gesellschaften die Konsolidierungs- und Bewertungsregeln selbst festlegen (vgl. Art. 663g Abs. 2 OR); gemäss der 7. EG-Richtlinie müssten diese jedoch im Gesetz vorgeschrieben werden.

Der oft vorgebrachte Einwand, dass das Rechnungslegungsrecht der EG auf Grossgesellschaften zugeschnitten sei, während der weit überwiegende Teil der schweizerischen Aktiengesell-

Praxis und den Bestimmungen der EG im Ergebnis kleiner sein, als dies aufgrund der bestehenden rechtlichen Differenzen oft angenommen wird.

Dennoch gibt es eine ganze Reihe von Gründen für die Schaffung von EG-rechtskonformen Rechnungslegungsvorschriften:

- Die im Aktienrecht im Bereich der Rechnungslegung vorgesehene einheitliche Behandlung von Klein-, Mittel- und Grossunternehmen ist sachlich nicht angemessen; eine Differenzierung wird langfristig nicht unterbleiben können. Auch die Ergänzung der gesetzlichen Vorschriften durch verschiedene schweizerische und internationale Empfehlungen vermag auf die Dauer nicht voll zu befriedigen.
- Sobald die Schweizerische Zulassungsstelle für Publikumsgesellschaften die Beachtung der Empfehlungen der FER vorschreibt, ergibt sich in der Rechnungslegung eine Diskrepanz zwischen den Anforderungen an Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien und volkswirtschaftlich bedeutenden Privatgesellschaften. Eine derartige Unterscheidung ist materiell nicht gerechtfertigt, da die Bestimmungen zur Rechnungslegung nicht nur im Interesse eines funktionierenden Finanzmarktes liegen, sondern auch Minderheitsaktionäre und Gläubiger schützen und eine hinreichende Kontrolle der Geschäftsführung gewährleisten wollen; sie dienen damit letztlich den Interessen des Unternehmens selbst und auch öffentlichen Interessen. Die Rechnungslegungsvorschriften der EG sind sowohl auf Publikums- wie Privatgesellschaften anwendbar.
- Die EG-Richtlinien zum Rechnungslegungsrecht beinhalten eine Fülle von Wahlmöglichkeiten und Optionen; eine genaue Kenntnis der Konsequenzen einer Angleichung ans EG-Recht ist daher nur aufgrund eines konkreten Vorschlages zur Umsetzung ins schweizerische Recht möglich. Insbesondere für die weitere Diskussion über die wirtschaftliche Integration der Schweiz ist es von Bedeutung, die konkrete Umsetzung zu kennen.
- Bei einem möglichen zukünftigen Integrationschritt der Schweiz dürfte die Uebernahme der gesellschaftsrechtlichen Rahmenvorschriften der EG erneut Vertragsinhalt sein (s. oben 2.1). Damit eine befriedigende fachliche und politische Diskussion der schwierigen Fragen im Bereich der Rechnungslegung unabhängig von einer vermutlich kurzen Anpassungsfrist gewährleistet werden kann, empfiehlt es sich, die Arbeiten frühzeitig aufzunehmen (Anpassungsfrist im EWR-Abkommen: drei Jahre).
- Unabhängig von einem Integrationsvertrag besteht in der Wirtschaft ein legitimes Bedürfnis, die voraussichtliche Umsetzung der nicht direkt anwendbaren Richtlinien ins Landesrecht zu kennen; den Gesellschaften, die einen EG-rechtskonformen Jahresabschluss vorlegen wollen, soll dies ermöglicht werden.

Bei einer Angleichung der Bestimmungen über die Rechnungslegung an die Richtlinien der EG ist zu untersuchen, welche Möglichkeiten für Unternehmen eröffnet werden können, die ihren Jahresabschluss, wie dies heute schon häufig der Fall ist, nach den strengeren IASC-Normen (International Accounting Standards) gestalten wollen.

2.2.3 Detailregelung des Rechnungslegungsrechts auf Verordnungsstufe?

Sollte das schweizerische Recht an die Rechnungslegungsrichtlinien der EG angepasst werden, würde dies eine erhebliche Erweiterung der heute bestehenden Vorschriften mit sich bringen. Für kleine, mittlere und grosse Unternehmen müssten neu verschiedene Gliederungen für Bilanz, Erfolgsrechnung und konsolidierte Jahresrechnung vorgesehen werden. Ferner wären zusätzliche Bewertungsvorschriften ins schweizerische Recht aufzunehmen.

Das erweiterte Rechnungslegungsrecht würde das OR stark belasten. Es ist daher zu prüfen, ob im Obligationenrecht nur noch die Grundsätze der Rechnungslegung auf Gesetzesstufe festgehalten und namentlich Gliederungs- und Bewertungsvorschriften auf Verordnungsstufe geregelt werden könnten. Im Gesetz wären insbesondere die folgenden Punkte vorzusehen: die Verpflichtung zur Buchführung, die Prinzipien einer ordnungsmässigen Rechnungslegung, die Regelung der Frage der stillen Reserven sowie eine detaillierte Delegationsnorm, die eine Differenzierung der Anforderungen nach der Grösse der Gesellschaften erlaubt.

Zwar ist das Rechnungslegungsrecht für das gute Funktionieren jeder Kapitalgesellschaft von grundlegender Bedeutung, und jeder Verwaltungsrat hat diese Vorschriften zu kennen; da es sich aber teilweise um eine eher technische Materie handelt, ist eine Ausgliederung aus dem Obligationenrecht dennoch grundsätzlich denkbar.

Die Erfüllung der Anforderungen des EG-Rechts belässt dem Gesetzgeber im Bereich des Rechnungslegungsrechts nur mehr eine beschränkte politische Gestaltungsfreiheit. Sofern die noch offenen Hauptfragen auf Gesetzesstufe entschieden werden, erscheint eine Delegation der Einzelheiten an den Bundesrat politisch vertretbar. Den betroffenen Verbänden und Interessenvereinigungen wäre es auch bei der Normsetzung in einer Verordnung möglich, ihr Fachwissen einzubringen.

Anstelle der Verlegung in eine Verordnung wäre aber auch die Schaffung eines Rechnungslegungs- und Publizitätsgesetzes möglich. Die materielle Bedeutung der Rechnungslegungsvorschriften könnte eine Normsetzung auf Gesetzesstufe rechtfertigen. Auch die Gefahr häufiger Revisionen, die sich aus der leichteren Abänderbarkeit einer Verordnung ergibt, würde für die Regelung in einem Gesetz sprechen. Es soll daher hier offengelassen werden, ob die Verlegung des Rechnungslegungsrechts in eine Verordnung oder in ein besonderes Rechnungslegungs- und Publizitätsgesetz vorzuziehen ist.

2.2.4 Ergebnis

Die Groupe de réflexion erachtet es als sinnvoll, das schweizerische Rechnungslegungsrecht an die Rahmenregelung der EG anzupassen. Für kleine, mittlere und grosse Gesellschaften sind entsprechend dem Konzept der EG unterschiedliche Anforderungen vorzusehen, dabei sind jedoch Erleichterungen für Kleingellschaften gegenüber dem geltenden Recht sachlich nicht

auch für kleine Gesellschaften vor, brauchen die Revisoren die Anforderungen der 8. Richtlinie nicht zu erfüllen.

In der neuen Verordnung über die fachlichen Anforderungen an besonders befähigte Revisoren (SR 221.302) wurden die Anforderungen bereits weitgehend entsprechend der 8. Richtlinie festgelegt. Die vorgesehenen Bedingungen bewegen sich jedoch am untersten Rand der Minimalanforderungen der EG.

Zur vollständigen Umsetzung der 8. Richtlinie wären in der Schweiz sodann die Schranken herabzusetzen, bei deren Überschreiten eine AG einen besonders befähigten Revisor beizuziehen hat (Art. 727b OR). Von den drei Grenzwerten des EG-Rechts (Bilanzsumme ca. 3,5 Mio. SFr; Nettoumsatzerlös ca. 7 Mio. SFr.; durchschnittlich 50 Arbeitnehmer) darf einer überschritten werden. Weiter müssten die gesetzlichen Vorschriften über die Unabhängigkeit der Revisionsstelle und die Anforderungen an Prüfungsgesellschaften ergänzt werden. Zudem wäre ein formelles Zulassungsverfahren für besonders befähigte Revisoren vorzusehen. Dazu müsste eine Zulassungs- und Aufsichtsbehörde geschaffen werden, wobei nach EG-Recht die Beilegung eines Berufsverbandes möglich ist.

2.3.2 Schwierigkeiten der heutigen Konzeption ohne Zulassungsverfahren

Der Gesetzgeber von 1991 wollte bewusst von einem Zulassungsverfahren mit einer formellen Anerkennung besonders befähigter Revisoren absehen. Er hat dafür aber den Aktionären und Gläubigern ein Recht eingeräumt, beim Richter die Abberufung des Revisors zu verlangen, wenn dieser die Voraussetzungen für sein Amt nicht erfüllt.

Diese Konzeption gefällt auf den ersten Blick als liberale Lösung, sie ist aber problematisch, weil sie die Durchsetzung der Vorschriften nicht zu gewährleisten vermag und für die Betroffenen eine unzumutbare Rechtsunsicherheit darstellt:

Voraussetzung für die Zulassung ist richtigerweise auch eine gewisse praktische Erfahrung, die hauptsächlich im Bereich der Rechnungsführung und -prüfung erworben sein muss. Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, kann eigentlich nur von einer Fachzulassungsbehörde kompetent entschieden werden. Mit der heutigen, auf ein Zulassungsverfahren verzichtenden Konzeption bleiben in der Praxis oft Zweifel bestehen, ob Revisoren konkret die Voraussetzungen der Verordnung erfüllen oder nicht. Für die Betroffenen ist diese Rechtsunsicherheit schwer belastend und kaum zumutbar. Werden Aufgaben übernommen, obwohl die rechtlichen Voraussetzungen nicht erfüllt sind, können daraus Verantwortlichkeitsfolgen entstehen. Ob die rechtlichen Anforderungen erfüllt sind, kann jedoch nur der Richter auf Klage hin rechtsgültig feststellen.

Im Rahmen der Aktienrechtsrevision wurden diese Schwierigkeiten übersehen. Das vom Gesetz vorgesehene Klageverfahren ist für die Durchsetzung der Anforderungen an besonders befähigte Revisoren ungeeignet und muss unabhängig von der Frage der europäischen Integration möglichst rasch durch ein Zulassungssystem ersetzt werden.

gerechtfertigt. Für alle Unternehmen mit wirtschaftlicher Tätigkeit ist unabhängig von den verschiedenen Rechtsformen eine einheitliche Ordnung zu erarbeiten (zumindest für alle Körperschaften). Die Anforderungen sind nicht wie bisher nach der Rechtsform, sondern nach der wirtschaftlichen Bedeutung der Unternehmen festzulegen und unterschiedlich auszugestalten.

Sodann sollte näher geprüft werden, ob das Obligationenrecht durch die Verlagerung der Detailregelung in eine Verordnung entlastet werden kann oder ob ein besonderes Rechnungslegungs- und Publizitätsgesetz zu schaffen ist. Abweichungen von den EG-Richtlinien wären in jedem Fall auf Gesetzesstufe vorzusehen. Die Regelung in einer Verordnung würde eine klar gefasste Delegationsnorm voraussetzen.

Die Vorarbeiten für eine entsprechende Regelung sollten rasch an die Hand genommen werden.

2.3 Anforderungen an die Rechnungsrevisoren (8. EG-Richtlinie)

2.3.1 Anpassungsbedarf

Die Jahresrechnung eines Unternehmens gewinnt an Verlässlichkeit und Aussagekraft, wenn sie von Fachleuten geprüft worden ist. Die 8. EG-Richtlinie umschreibt daher ergänzend zur 4. und 7. Richtlinie die Anforderungen an die Ausbildung und Erfahrung der mit der Pflichtprüfung der Jahresrechnung betrauten Personen (Rechnungsrevisoren).

Für Revisoren gelten grundsätzlich drei Voraussetzungen:

1. Hochschulreife,
2. eine theoretische und praktische Ausbildung und
3. eine berufliche Eignungsprüfung auf dem Niveau eines Hochschulabschlusses.

Diese drei Voraussetzungen scheinen auf den ersten Blick nicht auf die schweizerischen Verhältnisse zugeschnitten und nur schwer erreichbar zu sein. Nach EG-Recht sind jedoch verschiedene Erleichterungen möglich. So anerkennt die EG neben der Matura auch die sogenannte Promotion sociale; danach wird eine abgeschlossene erste Berufsausbildung als der Maturität gleichwertig erachtet. Es wird weiter kein Hochschulabschluss im engeren Sinn verlangt; Voraussetzung ist lediglich, dass das Niveau der Revisorenausbildung dem Ausbildungsstandard an einer Hochschule entspricht. Verschiedene Ausnahmeregelungen in der 8. Richtlinie erlauben ferner, gewisse Mängel im Ausbildungsweg durch eine zusätzliche praktische Erfahrung zu kompensieren.

Die Anforderungen der 8. EG-Richtlinie gelten nur für Gesellschaften, die nach EG-Recht überhaupt verpflichtet sind, ihre Jahresrechnung durch einen Rechnungsprüfer prüfen zu lassen. Gemäss Artikel 51 der 4. Richtlinie können die Mitgliedstaaten, kleine Gesellschaften von dieser Pflicht befreien (dazu s. unten 3.4.2 lit. h). Schreibt das Landesrecht eine Revisionsstelle

Als Aufsichtsbehörde wird eine Kommission oder Zulassungsstelle einzusetzen sein, in der die einschlägigen Berufsverbände angemessen vertreten sein müssen. Von einer staatlichen Stelle oder der Beilehung eines einzelnen Verbandes ist abzusehen.

2.3.3 Ergebnis

Nach Ansicht der Groupe de réflexion sollten die Bestimmungen der 8. EG-Richtlinie ins Landesrecht umgesetzt werden, soweit dies mit der geltenden Verordnung noch nicht geschehen ist. Für die Durchsetzung der fachlichen Anforderungen an besonders befähigte Revisoren sollte ein Zulassungssystem eingeführt werden. Die Grundsätze der Regelung müssen im Gesetz festgehalten werden, und die bestehende Delegationsnorm ist zu erweitern (Art. 727b Abs. 2 OR); die Detailregelung kann auf Verordnungsstufe erfolgen (durch eine Ergänzung der Verordnung über die fachlichen Anforderungen an besonders befähigte Revisoren, SR 221.302).

2.4 Offenlegung, Vertretungsmacht der Organe und Nichtigkeit der Gesellschaft (1. und 11. EG-Richtlinie)

2.4.1 Anpassungsbedarf

Die 1. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts enthält eine Reihe von Vorschriften zu drei verschiedenen Sachbereichen. Es handelt sich um die folgenden Gegenstände:

- die Offenlegung von Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Inhalt, Art und Ort der Offenlegung; Handelsregister / Handelsamtsblatt);
- das Handeln für die Gesellschaft, bevor diese die Rechtsfähigkeit erlangt, sowie die Vertretungsmacht der Organe;
- die Nichtigkeit von Gesellschaften (AG, Kommandit-AG, GmbH).

Ergänzend zur 1. EG-Richtlinie sieht die 11. Richtlinie Bestimmungen über die Offenlegung von Zweigniederlassungen von Gesellschaften vor.

Das schweizerische Recht entspricht in diesen Sachgebieten zu einem grossen Teil den Anforderungen der EG. In verschiedenen Detailfragen würden bei einer Uebernahme des EG-Rechts Anpassungen vorzunehmen sein.

In einem Punkt bestehen Unterschiede von grundsätzlicher Bedeutung: Nach EG-Recht müssen die Bilanz, die Erfolgsrechnung, der Anhang, der Jahresbericht und der Revisionsbericht

offengelegt werden. Die erste Richtlinie bestimmt lediglich den Grundsatz der Offenlegung. Was genau offenzulegen ist, wird in den Richtlinien zur Jahresrechnung umschrieben. Die 4. Richtlinie sieht für Kleingellschaften auch bei der Offenlegung Erleichterungen vor. Sie brauchen nur eine verkürzte Bilanz sowie einen verkürzten Anhang zu veröffentlichen; die Erfolgsrechnung, der Jahresbericht und der Revisionsbericht müssen nicht offengelegt werden.

Sachlich lässt sich nicht bestreiten, dass beispielsweise Arbeitnehmer und potentielle Vertragspartner, d.h. zukünftige Gläubiger, ein legitimes Interesse an einer rechtzeitigen Kenntnis der Jahresrechnung haben können; ein nachträgliches Einsichtsrecht der Gläubiger aufgrund eines Interessenmachweises - wie im schweizerischen Recht vorgesehen - kommt hier zu spät. Eine allgemeine Verpflichtung zur Offenlegung der Jahresrechnung dürfte jedoch in der schweizerischen Wirtschaftspraxis auf Widerstand stossen.

2.4.2 Ergebnis

Die Groupe de réflexion begrüsst die Angleichung an die 1. und 11. Richtlinie der EG. Die Frage der Offenlegung des Jahresabschlusses wird bei der Ueberprüfung des Rechnungsrechts miteinzubeziehen sein, da die Publizität ein Element eines in sich geschlossenen Systems der Rechnungslegung darstellt (s. oben 2.2).

2.5 Gründung, Kapital und Kapitalerhaltung (2. EG-Richtlinie)

2.5.1 Anpassungsbedarf

Die zweite EG-Richtlinie enthält Regeln zur Gründung, zur Liberierung, Erhöhung und Herabsetzung des Aktienkapitals sowie zur Kapitalerhaltung.

In den Grundzügen entspricht das schweizerische Aktienrecht den Rahmenvorschriften der EG. Dennoch müsste das Obligationenrecht in einer Reihe von Punkten unterschiedlicher Bedeutung angepasst werden. So fehlt etwa im schweizerischen Aktienrecht das Erfordernis eines Sachverständigenberichts bei Sacheinlagen. Bei den Kapitalerhöhungsbeschlüssen müsste für die verschiedenen Aktienkategorien eine gesonderte Beschlussfassung vorgesehen werden. Der Erwerb eigener Aktien bedarf im Grundsatz der (zeitlich begrenzten) Genehmigung der Generalversammlung und wäre auch bei Rückkäufen im Zusammenhang mit der Vinkulierung auf 10% zu beschränken (heute 20%). Nicht EG-rechtskonform ist ferner die heutige Begrenzung der Befugnis des Verwaltungsrates zur Durchführung einer genehmigten Kapitalerhöhung auf zwei Jahre (statt fünf Jahre wie in den EG-Ländern).

2.5.2 Ergebnis

Mit der abgeschlossenen Revision des Aktienrechts wurde ein grosser Teil der von der 2. EG-Richtlinie geregelten Sachfragen gesetzlich neu und weitgehend unter Beachtung der europäischen rechtlichen Vorgaben geordnet; bedauerlich ist, dass dabei die Rahmenvorschriften der EG nicht durchgehend und konsequent beachtet wurden. Eine Angleichung an das EG-Recht erscheint im Sinne einer internationalen Harmonisierung des Aktienrechts grundsätzlich wünschenswert.

2.6 Fusion und Spaltung von Gesellschaften (3. und 6. EG-Richtlinie)

2.6.1 Handlungsbedarf

Während im EG-Recht der Fusion eine ganze Richtlinie gewidmet ist, ist die schweizerische Regelung eher fragmentarisch.

Wissenschaft und Praxis haben deutlich gemacht, dass in der Schweiz in Sachen Fusion und Spaltung von Gesellschaften unabhängig von einer Angleichung an das EG-Recht ein gewisser Handlungsbedarf besteht. So ist die Rechtslage bei der rechtsformenübergreifenden Fusion unsicher, und auch der grenzüberschreitende Zusammenschluss von Unternehmen ist gesetzlich nicht geregelt.

Die 6. EG-Richtlinie behandelt die Spaltung von Gesellschaften. Sie braucht von den Mitgliedsländern der EG und des EWR nur umgesetzt zu werden, sofern das Landesrecht das Institut der Spaltung vorsieht. Somit bestünde für die Schweiz auch bei einem nachträglichen EWR-Beitritt kein Zwang zur Umsetzung ins nationale Recht. Das Rechtsinstitut der Spaltung von Gesellschaften könnte den Privatrechtssubjekten jedoch sinnvolle zusätzliche Umstrukturierungsmöglichkeiten eröffnen (dazu unten 6.2.2).

Die Regelungsbereiche der Fusion und Spaltung wurden von der abgeschlossenen Aktienrechtsrevision ausgeklammert. Aufgrund des in diesen Fragen bestehenden Regelungsbedarfs hat das EJPD im Herbst 1992 Herrn Prof. Dr. Frank Vischer, Basel, einen Expertenauftrag zur Ausarbeitung eines Entwurfs für eine Neuregelung erteilt.

2.6.2 Ergebnis

Die Groupe de réflexion begrüsst ein entsprechendes Gesetzgebungsprojekt (s. dazu unten 6.). Im Rahmen dieser Neuordnung werden die 3. und 6. EG-Richtlinie ins schweizerische Recht umzusetzen sein.

2.7 Einpersonengesellschaften

2.7.1 Anpassungsbedarf

Die 12. Richtlinie schreibt vor, dass das Landesrecht die Einpersonengesellschaft in der Rechtsform der GmbH zulassen muss (auch bei der Gründung der Gesellschaft). Dabei muss die Tatsache, dass es sich um eine Einpersonengesellschaft handelt, sowie die Identität des Eigentümers im Handelsregister offengelegt werden. Wenn das Landesrecht die Einpersonengesellschaft auch in der Rechtsform der AG zulässt, gelten die entsprechenden Offenlegungsvorschriften ebenfalls.

Die Einpersonen-AG ist in der Schweiz weit verbreitet und wird von der Rechtsordnung nach der Gründung zumindest toleriert (vgl. Art. 625 Abs. 2 OR: theoretisch kann der Richter zwar eine Einpersonengesellschaft auf Klage hin auflösen, er muss dies aber nicht). Die Vorschriften der 12. EG-Richtlinie wären demnach auf die Aktiengesellschaft ebenfalls anzuwenden.

Durch die Zulassung der Gründung von Einpersonengesellschaften könnte das Gründungsverfahren vereinfacht werden. Durch die Offenlegung des Umstandes, dass es sich um eine Einpersonengesellschaft handelt, würde die Transparenz verbessert. Der Hauptnachteil wäre, dass das Haftungssubstrat bei Verantwortlichkeitsansprüchen aus der Gründerhaftung beschränkt würde; dies dürfte in der Praxis im allgemeinen aber von geringer Relevanz sein.

2.7.2 Ergebnis

Die Groupe de réflexion erachtet es als sinnvoll, die Gründung einer AG oder einer GmbH als Einpersonengesellschaft zu ermöglichen (s. auch unten 3.4.2 lit. j. und 3.8). Dadurch würden an sich lediglich die faktischen Zustände normiert. Im Gegenzug müsste jedoch auch die von der EG vorgeschriebene besondere Publizität verlangt werden.

2.8 Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV)

Die EWIV stellt eine Gesellschaftsform des internationalen Rechts dar, sie dient als Rechtssträger für bestimmte Arten der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit verschiedener Unternehmen. Geregelt ist sie in einer EG-Verordnung. Diese bedarf als unmittelbar anwendbare Rechtsvorschrift keiner Umsetzung ins Landesrecht, kann von der Schweiz aber auch nicht ohne Integrationsvertrag übernommen werden. Schweizerische Unternehmen, die aus irgendwelchen Gründen an dieser Rechtsform interessiert sind, können sich jedoch durch Tochtergesellschaften in EG-Ländern an einer EWIV beteiligen.

Bei einer allfälligen Übernahme dieser Verordnung durch die Schweiz im Rahmen eines Integrationsvertrages wäre zu klären, ob Artikel 59 Absatz 2 ZGB zu ergänzen und im OR auf diese Rechtsform hinzuweisen ist (numerus clausus der Gesellschaftsformen).

zentralen Frage der "Pflicht zum Angebot") im Ministerrat blockiert. Möglicherweise wird eine gekürzte Fassung ausgearbeitet.

2.9.2 Ergebnis

Da praktisch sämtliche Richtlinien- und Verordnungsvorschläge der EG-Kommission im Bereich des Gesellschaftsrechts blockiert sind, ist hier nicht weiter darauf einzutreten. Ob, wann und in welcher Form die Vorschläge dereinst in Kraft gesetzt werden, ist zur Zeit ungewiss. Es erscheint daher angezeigt, sich bei einer schrittweisen Angleichung des schweizerischen Rechts an die Vorschriften der EG auf die heute in Kraft stehenden EG-Richtlinien zu beschränken.

2.10 Folgerungen

Eine gründliche Kenntnis der Richtlinien der EG und die Vertrautheit mit den zu ihrer Umsetzung in den Nachbarländern erlassenen Gesetzen wird für jede zukünftige Revision des Gesellschaftsrechts von grosser Bedeutung sein; die begonnenen rechtsvergleichenden Arbeiten des Bundesamts für Justiz sind daher fortzusetzen.

Aus sachlichen, wirtschaftlichen und rechtlichen Gründen erscheint es der Gruppe de réflexion angezeigt, eine Harmonisierung des schweizerischen Gesellschaftsrechts mit den Rahmenvorschriften der EG unabhängig von der Frage eines Integrationsvertrages voranzutreiben. Folgende Bereiche bedürfen der Angleichung:

- Es ist ein Entwurf eines neuen *Rechtungslegungsrechts* auszuarbeiten, welches für Wirtschaftssubjekte eine von der gewählten Rechtsform unabhängige Ordnung vorsieht. Für kleine, mittlere und grosse Gesellschaften sind differenzierte Lösungen zu schaffen. Dabei dürfen die Anforderungen für Kleingesellschaften jedoch gegenüber dem geltenden Recht nicht herabgesetzt werden. Der Problembereich der Offenlegung muss in die Neuregelung miteinbezogen werden. Die Vorschriften haben den Anforderungen der EG-Richtlinien zu entsprechen. Es ist zu prüfen, ob die Normierung teilweise auf Verordnungsebene erfolgen kann oder ob ein Rechnungslegungs- und Publizitätsgesetz geschaffen werden soll.

- Zur Durchsetzung der fachlichen *Anforderungen an besonders befähigte Revisoren* ist möglichst rasch ein Zulassungssystem einzuführen. Als Aufsichtsbehörde ist eine Kommissions- oder Zulassungsstelle vorzusehen, in der die verschiedenen Berufsverbände von gesamtschweizerischer Bedeutung angemessen vertreten sind. Soweit die schweizerische Regelung noch nicht der 8. EG-Richtlinie entspricht, ist sie zu modifizieren und zu ergänzen (Vorschriften über die Unabhängigkeit und für Revisionsgesellschaften). Die entsprechenden Arbeiten sind zusammen mit der Ueberprüfung des Rechnungslegungsrechts anzugehen.

2.9 Vorschläge zu weiteren EG-Richtlinien und -Verordnungen im Bereich des Gesellschaftsrechts

2.9.1 Ueberblick

Der Vorschlag zu einer Verordnung über die Rechtsform einer Europäischen Aktiengesellschaft (*Societas Europaea*, SE) ist zur Zeit im Ministerrat in Diskussion. Dabei handelt es sich um Vorschriften, die ins landesrechtliche Aktienrecht eingreifen, sondern um eine Gesellschaftsform des internationalen Rechts, die zur Gründung einer transnationalen Holding- oder Tochtergesellschaft und zur Verwirklichung einer grenzüberschreitenden Fusion dienen soll. Wegen Meinungsverschiedenheiten insbesondere über die Frage der Mitarbeitermitbestimmung in der SE ist der Verordnungsvorschlag seit geraumer Zeit blockiert. Da es sich um eine zusätzliche Rechtsform des internationalen Rechts handelt, bleiben die bestehenden Gesellschaftsformen in jedem Fall von der entsprechenden EG-Verordnung unberührt.

Die neuen Vorschläge zum Europäischen Verein, zur Europäischen Genossenschaft und zur Europäischen Gegenseitigkeitsgesellschaft werden gegenwärtig im europäischen Parlament beraten. Das weitere Schicksal dieser Vorlagen hängt zum Teil von demjenigen der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) ab. Die bestehenden Vorschläge werden noch Abänderungen erfahren; die besten Verwirklichungschancen werden der Europäischen Genossenschaft eingeräumt. Da es sich auch bei diesen Rechtsformen um besondere Gesellschaftstypen des internationalen Rechts handelt, bleibt das Landesrecht davon unberührt.

Der Vorschlag für eine 5. EG-Richtlinie will die Struktur der AG (namentlich ihrer Organe) regeln; er enthält aber auch Vorschriften über die Mitbestimmung der Mitarbeiter. Er ist deshalb seit längerer Zeit im Ministerrat blockiert. Es bleibt offen, ob allenfalls eine Teilung der Richtlinie in mehrere Pakete erfolgen wird.

Mit der 9. EG-Richtlinie hätte eine Ordnung des Konzernrechts geschaffen werden sollen. Es wurde zwar ein Entwurf ausgearbeitet, ein offizieller Vorschlag der Kommission ist jedoch nie vorgelegt worden. Das Regelungsprojekt wird zumindest zur Zeit nicht weiter verfolgt (s. auch unten 7).

Der Vorschlag für eine 10. Richtlinie enthält Bestimmungen zur grenzüberschreitenden Fusion. Wegen Vorschriften über die Mitarbeitermitbestimmung hängt der Entwurf mit der 5. Richtlinie, aber auch mit dem Vorschlag zur Europäischen Aktiengesellschaft (SE) zusammen und ist daher ebenfalls blockiert. Sollte dereinst die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft als Mittel für eine grenzüberschreitende Fusion zur Verfügung stehen, wird der Vorschlag zur 10. Richtlinie möglicherweise als überflüssig entfallen.

Der Vorschlag für eine 13. EG-Richtlinie sieht die Regelung des öffentlichen Uebernahmearbets vor. Auch dieses Normierungsprojekt ist aus verschiedenen Gründen (u.a. wegen der

- Eine Neuregelung der Fusion und die Einführung der Möglichkeit einer Spaltung von Gesellschaften ist zu begrüssen; dabei sind die Vorschriften der 3. und 6. EG-Richtlinie zu beachten (s. auch unten 6.).

- Die Gründung von Einpersonengesellschaften ist in den Rechtsformen der AG und der GmbH zu ermöglichen; dabei sind die diesbezüglichen Offenlegungsvorschriften der 12. EG-Richtlinie einzuhalten. Eine entsprechende Anpassung der Rechtsordnung kann im Zusammenhang mit einem Revisionsprojekt für kleine und mittlere Unternehmen vorgenommen werden (s. unten 3.).

Generell ist bei zukünftigen Gesetzesrevisionen im Bereich des Gesellschaftsrechts auch deshalb die Kompatibilität mit dem EG-Recht anzustreben, weil bei einem allfälligen späteren Beitritt der Schweiz zum EWR oder zur EG wohl nur knapp bemessene Anpassungsfristen gewährt werden.

Die Groupe de réflexion hält abschliessend fest, dass bei künftigen Rechtssetzungsprojekten, solange keine wichtigen Gründe dagegen sprechen, grundsätzlich die Rahmenvorschriften der EG-Richtlinien zu beachten und soweit wie möglich europataugliche Regelungen zu wählen sind. Eine "eigenständige" Rechtsentwicklung im Gesellschaftsrecht, die dem Recht unserer Nachbarstaaten und den Anforderungen der EG widerspräche, wird abgelehnt. Insbesondere sind nach einhelliger Meinung der Groupe de réflexion Rückschritte im Rechnungslegungsrecht auch für kleine Unternehmen undenkbar.

3. Rechtsformen und Vorschriften für kleine und mittlere Unternehmen

3.1 Parlamentarische Vorstösse

3.1.1 Unterschiedliche Formen von Aktiengesellschaften und Einführung von Sonderbestimmungen

Schon im Rahmen der kürzlich abgeschlossenen Aktienrechtsrevision wurde mit einem Postulat angeregt, für die unterschiedlichen Arten von Aktiengesellschaften verschiedene Rechtsformen vorzusehen oder entsprechende Sondervorschriften einzuführen.

*Postulat Baumberger vom 2. Oktober 1975
Revision des Aktienrechts:*

Das geltende Aktienrecht, das letztmals 1936 revidiert wurde, kennt lediglich eine Form der Aktiengesellschaft. Es bestehen indessen wesentliche Unterschiede struktureller Art zwischen zahlreichen von der Praxis ausgestalteten Typen der Aktiengesellschaft, insbesondere zwischen grossen und kleinen Gesellschaften und solchen mit breit gestreutem oder konzentriertem Aktienbesitz. Die bedeutende Abweichung der Rechtswirklichkeit vom gesetzlichen Leitbild, aber auch die Notwendigkeit einer Anpassung an die veränderten Verhältnisse erfordern eine umfassende Revision unseres Aktienrechts.

Dabei müsste insbesondere untersucht werden, ob verschiedene Formen von Aktiengesellschaften für unterschiedliche Unternehmensgrössen oder Beteiligungssituationen geschaffen werden sollten oder ob eine Verbesserung durch die Einführung einzelner Organe und ihr gegenseitiges Verhältnis müssten unter den heutigen veränderten Gegebenheiten geprüft werden.

Der Bundesrat wird beauftragt, im Sinne dieser Erwägungen eine Anpassung des Aktienrechts vorzunehmen.

Diesem Anliegen konnte bei der abgeschlossenen Aktienrechtsrevision nicht mehr voll Rechnung getragen werden; das Postulat ist demnach noch nicht abgeschrieben worden (s. Botenschaft zur Aktienrechtsrevision, Sonderdruck, S. 39).

3.1.2 Schaffung einer besonderen Gesellschaftsform für kleine und mittlere Unternehmen

Im Anschluss an die Aktienrechtsrevision wurden im Parlament zwei Vorstösse eingereicht, mit welchen Erleichterungen für kleine und mittlere Unternehmen durch eine besonders ausgestaltete Gesellschaftsform verlangt werden:

Postulat der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 15. 4. 1992
Gesellschaftsform für Klein- und Mittelbetriebe:

Der Bundesrat wird eingeladen, spätestens im Zusammenhang mit der Anpassung des Aktienrechts an das Recht der europäischen Gemeinschaft die Schaffung einer Gesellschaftsform für Klein- und Mittelbetriebe zu prüfen und dem Parlament darüber Bericht zu erstatten.

Das Postulat der Kommission für Rechtsfragen wurde vom Ständerat am 10. 12. 1992 überwie-
sen.

Antrag zu einer Motion von Nationalrat Früh vom 10. 12. 1992
Gesellschaftsform für Klein- und Mittelbetriebe:

Der Bundesrat wird beauftragt, den eidgenössischen Räten einen Entwurf zur
Aenderung des Obligationenrechts zu unterbreiten mit dem Ziel, eine Gesell-
schaftsform zu schaffen, die den besonderen Eigenschaften und Strukturen von
Klein- und Mittelbetrieben gerecht wird. Diese Gesellschaftsform muss nament-
lich folgende Eckpunkte aufweisen:

- gleiche Flexibilität der Anteilsübertragung wie bei der AG;
- vereinfachte Sicherungsform der Unternehmer-Nachfolge;
- minimaler organisatorischer Apparat insbesondere bezüglich des Rechnungs-
wesens und der Revision;
- Stärkung der Struktur als Betriebsform anstelle des Schutzes des Anlegers bei
der AG;
- bessere Trennung der Kapital- gegenüber den Geschäftsführungsverhältnissen
als bei der GmbH;
- Gewährleistung einer einfachen Umwandlung in eine AG bei Expansion des
Betriebes;
- Erstellen von Übergangsbestimmungen, die ein vereinfachtes Verfahren beim
Wechsel von der AG in eine Kleingesellschaft vorsehen, ohne öffentliche Ab-
gaben, mit Ausnahme der Eintragungskosten.

Der Antrag von Nationalrat Früh wurde im Parlament bis zur Redaktion dieses Berichts noch
nicht behandelt.

3.1.3 Aufgabenstellung

Alle drei parlamentarischen Vorstösse fordern die Schaffung geeigneter Rechtsformen für klei-
ne und mittlere Betriebe oder verstärkte Differenzierungen im Aktienrecht. Ein weiterer Antrag
verlangt die Überarbeitung des Rechts der GmbH (s. unten 3.5.1); diese Rechtsform hätte

nach der Absicht des Gesetzgebers für kleinere Unternehmen als Alternative zur AG dienen
sollen, vermochte sich jedoch in der Praxis nicht durchzusetzen.

Die Groupe de réflexion hatte den Handlungsbedarf in diesem Bereich zu klären und zu unter-
suchen, auf welche Weise den Besonderheiten von kleinen und mittleren Unternehmen im
Rahmen des Gesellschaftsrechts Rechnung getragen werden könnte.

Dabei waren insbesondere die folgenden Fragen zu beantworten:

- Soll eine zusätzliche Rechtsform für kleine und mittlere Unternehmen geschaffen werden?
(s. 3.2)
- Ist das Aktienrecht formell zweizuteilen, oder sind den Besonderheiten von kleineren und
grösseren Gesellschaften durch materielle Differenzierungen im Rahmen eines formell als
Einheit konzipierten Aktienrechts Rechnung zu tragen? (s. 3.3)
- Welche Sondervorschriften für kleinere und mittlere Betriebe sind im Aktienrecht möglich
und wünschbar? (s. 3.4)
- Kann die Rechtsform der GmbH durch eine Überarbeitung für kleine und mittlere Betriebe
als attraktive Alternative zur AG ausgestaltet werden? (s. 3.5)
- Kann die Rechtsform der Kommanditaktiengesellschaft durch eine Überarbeitung für klei-
ne und mittlere Betriebe als attraktive Alternative zur AG ausgestaltet werden? (s. 3.6)
- Sollen bei der Kommanditgesellschaft juristische Personen als unbeschränkt haftende Ge-
sellschafter zugelassen werden, so dass die Bildung einer Personengesellschaft mit be-
schränkter Haftung (GmbH & Co. KG) möglich wird? (s. 3.7)
- Welche dieser Möglichkeiten erscheinen zur Erfüllung der Anliegen kleinerer und mittlerer
Unternehmen am besten geeignet? (s. 3.8)

3.2 Besondere Rechtsform für kleine und mittlere Unternehmen

Das Anliegen, den Klein- und Mittelbetrieben Gesellschaftsformen zur Verfügung zu stellen,
die ihren Bedürfnissen möglichst gut entsprechen, ist legitim und unterstützenswert. Die abge-
schlossene Revision des Aktienrechts ist zwar nicht mehr von einem einheitlichen Leitbild der
AG ausgegangen, hat sich aber in bestimmten Fragen eher an den Verhältnissen einer Grosse-
sellschaft orientiert (s. dazu unten 3.3.1 und 3.4.1). Es ist daher zu prüfen, inwieweit für klei-
nere Gesellschaften besondere Lösungen angezeigt sind und wie sich solche in geeigneter
Weise gesetzestechnisch verwirklichen lassen.

Heute stehen für Klein- und Mittelbetriebe bereits die Formen der einfachen Gesellschaft, der Kollektivgesellschaft, der Kommanditgesellschaft, der Kommanditaktiengesellschaft, der GmbH und der Genossenschaft zur Verfügung.

Zudem hat sich in der Praxis die Aktiengesellschaft für Kleinunternehmen ebenfalls gut bewährt; das zeigt sich u.a. darin, dass es heute in der Schweiz über 170'000 kleinere und mittlere Aktiengesellschaften gibt. Die Rechtsform der AG bleibt auch nach der Revision flexibel und kann mit einer geeigneten Ausgestaltung der Statuten sowie ergänzenden Aktionärsbindungsverträgen den Bedürfnissen von Kleinunternehmen angepasst werden. Wo eine adäquate Regelung dies verlangte, wurde bei der abgeschlossenen Revision die materielle Einheit des Aktienrechts sachbezogen aufgegeben. Das revidierte Aktienrecht sieht bereits in einer ganzen Reihe von Punkten für Klein- und Grossgesellschaften differenzierte Anforderungen und Lösungen vor (s. unten 3.3.1). Der Einwand, das revidierte Aktienrecht sei für Kleingesellschaften nicht mehr tauglich, hält einer näheren Prüfung nicht stand. Es bleibt abzuwarten und zu untersuchen, wie sich die Neuerungen des auf den 1. Juli 1992 in Kraft gesetzten Aktienrechts in der Praxis bewähren werden.

Eine neue Rechtsform hätte die Leitgedanken und Grundprinzipien des Gesellschaftsrechts zu beachten; dabei müsste der Gesetzgeber auch hier einen vertretbaren Ausgleich zwischen den verschiedenen sich teilweise entgegenstehenden Interessen treffen und zum Schutz von Minoritätsgesellschaftern und Gläubigern entsprechende Vorschriften vorsehen. Der Handlungsspielraum des Gesetzgebers ist daher beschränkt. Die Gruppe de réflexion sieht keine Möglichkeit zur Schaffung einer sinnvollen, grundsätzlich neu strukturierten Rechtsform, die im heutigen System des Gesellschaftsrechts nicht vorgegeben wäre. Eine befriedigende und wirklich praktikable Alternative zu den bestehenden Gesellschaftsformen könnte kaum geschaffen werden. Es dürfte auch nicht sinnvoll sein, den nur schwach verbreiteten Formen der GmbH und der Kommanditaktiengesellschaft eine weitere wenig lebensfähige neue Gesellschaftsform zur Seite zu stellen.

Die Einführung einer neuen, in unseren Nachbarländern nicht existierenden Gesellschaftsform würde zudem zusätzliche Probleme und Rechtsunsicherheiten bewirken und dürfte langfristig kaum im Interesse der schweizerischen Wirtschaft liegen. Auch im Hinblick auf die Rechts- und Verkehrssicherheit sollten nicht zu viele verschiedene Gesellschaftsformen vorgesehen werden. Eine zusätzliche Gesellschaftsform wäre nur dann zu rechtfertigen, wenn dazu ein dringendes Bedürfnis gegeben wäre und die angestrebten Ziele nicht im Rahmen einer Revision der heutigen Rechtsformen erreicht werden könnten.

Die Ziele der parlamentarischen Vorstösse dürften mit Modifikationen an den bestehenden Gesellschaftsformen besser und bedeutend einfacher zu verwirklichen sein als mit einer neuen Rechtsform:

- Die Regelung der GmbH vermochte sich in der Schweiz bisher nicht durchzusetzen. Seit der Inkraftsetzung des revidierten Aktienrechts wurde allerdings eine Zunahme der Gründungen von Gesellschaften mit beschränkter Haftung festgestellt, es ist jedoch noch ver-

führt, daraus klare Schlüsse zu ziehen. Die gesetzliche Ordnung der GmbH lässt sich punktuell verbessern (s. unten 3.5).

- Die Kommanditaktiengesellschaft kann durch eine klarere gesetzliche Regelung attraktiver ausgestaltet werden; obwohl sie heute wenig verbreitet ist, stellt sie gerade für Kleingesellschaften eine geeignete Alternative zur AG dar (s. unten 3.6).
- Durch die Zulassung von juristischen Personen als unbeschränkt haftende Gesellschafter (Komplementäre) einer Kommanditgesellschaft kann die Bildung einer Personengesellschaft mit beschränkter Haftung ermöglicht werden (s. unten 3.7).

- Ferner ist es möglich, die Umwandlung eines Unternehmens in eine andere Gesellschaftsform zu erleichtern; dabei sind insbesondere auch steuerliche Probleme mit zu berücksichtigen und Hindernisse zu beseitigen (s. unten 6.).

Die Schaffung einer neuen Gesellschaftsform, wie sie von den parlamentarischen Vorstössen vorgeschlagen wird, erscheint für das Erreichen der verfolgten Ziele als der falsche Weg. Die Groupe de réflexion lehnt nach dem Gesagten die Schaffung einer neuen Gesellschaftsform ab.

3.3 Zweiteilung des Aktienrechts

3.3.1 Die AG als Rechtsform für kleine und grosse Unternehmen; Problematik und Lösungsansatz im revidierten Aktienrecht

Schon während der abgeschlossenen Aktienrechtsrevision, aber auch im Nachgang dazu, wurde verschiedentlich eine Zweiteilung des Aktienrechts mit gesonderten Bestimmungen für Klein- und Grossgesellschaften gefordert (s. oben 3.1.1).

Eigentlich erscheint offensichtlich, dass für Grosskonzerne, Familienbetriebe und Einmanngesellschaften nicht in allen Fragen die gleiche Regelung vorgesehen werden kann. Dennoch ging die Aktienrechtsrevision vom Leitsatz der Einheit des Aktienrechts aus. Ohne dass dies explizit festgehalten worden wäre, hat der Gesetzgeber im Laufe der Revisionsarbeiten diese Prämissen jedoch in wichtigen Fragen durchbrochen. Ausdrückliche oder faktische Sondervorschriften finden sich insbesondere bei der Prospektpflicht, der Konsolidierung, der Vinkulierung, der Stimmrechtsvertretung, der Sonderprüfung, der Offenlegung, der Revision sowie bei der Abfindung aus Gesellschaftsmitteln nach Art. 736 Ziff. 4 OR (s. dazu Peter Böckli, Das neue Aktienrecht, Zürich 1992, N 11 ff.). Damit wurde die materielle Einheit des Aktienrechts aufgegeben (darin könnte eines der Verdienste der Revision gesehen werden).

Bevor eine erneute Revision des Aktienrechts an die Hand genommen wird, muss die Grundsatze über die zukünftige rechtliche Systematik beantwortet werden, und zwar unabhängig davon, ob eine neuerliche Reform die Einführung von Sondervorschriften für Kleingesellschaften oder eine Angleichung an die EG-Richtlinien bezweckt. Es gilt zu entscheiden, ob das Ak-

tierecht durch eine systematische Gliederung zweigeteilt werden soll (formelle Zweiteilung) oder ob im Rahmen eines formell als Einheit konzipierten Aktienrechts problembezogen zu differenzieren ist, wo sachliche Gründe dies gebieten (materielle Differenzierung).

Trotz der ursprünglichen Vorgabe der Einheit des Aktienrechts entspricht das revidierte Gesetz im Ergebnis bereits dem Modell einer materiellen Differenzierung.

3.3.2 Formelle Zweiteilung des Aktienrechts

Durch die formelle Zweiteilung könnte eine besondere Rechtsform für Kleinaktiengesellschaften geschaffen werden (s. 3.1). Bei einer gründlichen Untersuchung stellt sich jedoch heraus, dass bei einer Klein-AG nur in beschränktem Umfang Sondervorschriften möglich sind (s. unten ausführlich 3.4).

Eine formelle Zweiteilung des Aktienrechts hätte zudem diverse Nachteile:

- Es wäre schwierig, allgemeingültige Abgrenzungskriterien zwischen Klein- und Grossgesellschaften festzulegen (mögliche, eventuell zu kombinierende Bezugsgrössen: Bilanzsumme und Nettoumsatzerlös / Aktien- oder Eigenkapital / Arbeitnehmerzahl / Anzahl Aktionäre / Börsenkotierung).
- Der Gesetzestext müsste zwangsläufig Wiederholungen aufweisen, es sei denn, man würde mit Verweisungen arbeiten, was die Allgemeinverständlichkeit beeinträchtigen könnte.
- Das Problem der Umwandlung einer Klein- in eine Gross-AG (und umgekehrt) bedürfte der Regelung; es wären Vorschriften vorzusehen für den Fall, dass die massgebenden Kriterien einer Gesellschaft die gesetzlich festgelegten Grenzwerte über- oder unterschreiten (automatische Geltung der entsprechenden gesetzlichen Regelung, Anpassung der Statuten, Kennzeichnung der besonderen Gesellschaftsform im Handelsregister, Anpassungsrufen).
- Innerhalb der beiden Konzepte für kleinere und grössere Aktiengesellschaften wäre aus Gründen der Rechtsklarheit und -sicherheit auf eine weitere Abstufung der Anforderungen nach Möglichkeit zu verzichten; dies hätte aber letztlich eine starre Rechtsordnung zur Folge als ein formell einheitliches Aktienrecht mit sachbezogenen materiellen Differenzierungen.
- Aus rechtsvergleichender Sicht ist eine formelle Zweiteilung des Aktienrechts als neuer schweizerischer Spezialfall abzulehnen. Auch das EG-Recht sieht grundsätzlich keine Zweiteilung vor, lässt aber umgekehrt im Rechnungslegungsrecht weitergehende Differenzierungen zu (unterschiedliche Anforderungen für kleine, mittlere und grosse Gesellschaften; s. oben 2.2).

3.3.3 Materielle Differenzierungen im Rahmen eines formell als Einheit ausgestalteten Aktienrechts

Im Unterschied zur formellen Zweiteilung ermöglicht das Konzept der materiellen Differenzierung bei einzelnen Problembereichen die spezifische Verwendung sachgerechter Abgrenzungskriterien. Je nach der zu regelnden Frage kann dabei auf Grössen des Geschäftsvolumens oder auf den Charakter eines Unternehmens als Publikums- oder Privatgesellschaft abgestellt werden oder auf beides zugleich. Mit dem Konzept einer materiellen Differenzierung entstehen beim Wachstum einer Gesellschaft oder beim Rückgang des Geschäftsvolumens keine Umwandlungsprobleme. Falls man sich dazu entschliessen sollte, die Detailbestimmungen des Rechnungslegungsrechts (Gliederungsvorschriften u.ä.) in einer Verordnung oder in einem Sondergesetz zu regeln (s. oben 2.2), könnte damit dieser wichtige Bereich, in dem eine Differenzierung der Anforderungen dringend geboten ist, aus dem Aktienrecht herausgelöst werden.

3.3.4 Ergebnis

Die Gruppe der reflexion erachtet nach dem Gesagten das Konzept einer sachbezogenen Differenzierung im Rahmen eines formell einheitlichen Aktienrechts als vorteilhaft. Demgegenüber wäre eine formelle Zweiteilung in verschiebener Hinsicht problematisch. Bei zukünftigen Reformprojekten ist deshalb der von der abgeschlossenen Aktienrechtsrevision eingeschlagene Weg weiterzuverfolgen und an der Systematik des revidierten Rechts festzuhalten. Aus Gründen der Rechtsklarheit und Uebersichtlichkeit sind Differenzierungen nur dort vorzusehen, wo eine einheitliche Regelung nicht zu befriedigen vermag. Dabei ist darauf zu achten, dass kohärente Lösungen geschaffen und Widersprüche vermieden werden.

3.4 Sondervorschriften im Aktienrecht

3.4.1 Differenzierungen im revidierten Aktienrecht; Ausgangslage

Wie bereits dargelegt wurde, hat der Gesetzgeber bei der abgeschlossenen Revision entgegen den ursprünglichen Absichten die materielle Einheit des Aktienrechts aufgegeben und in einer ganzen Reihe von wichtigen Fragen Sonderregelungen für Klein- oder Grossgesellschaften geschaffen (s. oben 3.3.1).

Dem revidierten Recht liegt damit nicht mehr ein einheitliches Leitbild zu Grunde. Verschiedene Normen richten sich eher an Grossgesellschaften, andere Bestimmungen orientieren sich mehr an den Verhältnissen in Kleinunternehmen. Im Ergebnis entspricht das revidierte Recht dem Konzept der materiellen Differenzierung im Rahmen einer formell einheitlichen Regelung.

Im folgenden ist zu untersuchen, ob den Bedürfnissen von kleinen und mittleren Unternehmen im Rahmen des Aktienrechts besser Rechnung getragen werden kann. Dabei ist die Schaffung weiterer rechtlicher Differenzierungen zu prüfen (formelle Sondervorschriften). Möglich wären

aber auch allgemein gültige Regelungen, die für kleinere Gesellschaften von besonderer Wichtigkeit sind (materielle Sondervorschriften). Insbesondere Vorhand- und Vorkaufsrechte, Aktionärsbindungsverträge sowie Supplementen und Stellvertreter im Verwaltungsrat können grundsätzlich sowohl für Klein- als auch für Grossunternehmen von Bedeutung sein. Wie das in den parlamentarischen Vorstössen verlangt wird, sollen die fraglichen Punkte jedoch in erster Linie in ihrer Relevanz für kleine und mittlere Unternehmen betrachtet werden.

3.4.2 Bereiche möglicher Sondervorschriften für kleine und mittlere Unternehmungen

a. Statutarische Vorhand- und Vorkaufsrechte

Nach Artikel 685b Absatz 7 OR dürfen die Statuten die Voraussetzungen der Übertragbarkeit nicht über eine Vinkulierung im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen hinaus erschweren.

Es ist umstritten, ob damit statutarische Vorkaufsrechte noch zulässig sind; zumindest der Wortlaut des Gesetzes spricht dagegen. Wie Peter Böckli aufzeigt (Aktionärsbindungsverträge, Vinkulierung und statutarische Vorkaufsrechte unter neuem Aktienrecht, ZBJV 129 (1993) S. 475 ff.), schöpfen die altrechtlichen statutarischen Vorkaufsrechte ihre Geltungskraft aus der Einbindung in die Vinkulierung, und sie wurden in der Praxis auch über den Vinkulierungsmechanismus durchgesetzt (der Verwaltungsrat konnte Aktienerwerber ablehnen, sofern die statutarischen Vorkaufsrechte nicht beachtet worden waren). Eine Durchsetzung im Rahmen der Vinkulierung ist nach dem neuen Recht mit Artikel 685b Absatz 7 OR unvereinbar. Unbestritten ist, dass die in der Praxis häufigen statutarischen Vorkaufsrechte mit einem Uebernahmepreis unter dem wirklichen Wert nicht mehr zulässig sind. Der Groupe de réflexion erscheinen statutarische Vorkaufsrechte als solche gegen das Verbot einer über die Vinkulierung im gesetzlichen Rahmen hinausgehenden Übertragbarkeitsbeschränkung zu verstossen. Durch entsprechende Vorkaufsrechte wird dem verkaufswilligen Aktionär eine Vertragspartei aufgezungen, die er nicht ausgesucht hat und die möglicherweise nicht zahlungswillig ist oder Verrechnung geltend macht. Statutarische Vorkaufsrechte bringen zudem bei der Uebernahme eine relevante verfahrensmässige Belastung mit sich und sind mit der Gefahr einer entwerrenden Zerstückelung von Aktienpaketen verbunden. Sie würden auch zu einer Doppelspurigkeit mit der gesetzlichen Escape-clause (Art. 685b Abs. 1 OR) führen (vgl. ausführlich Peter Böckli, a.a.O.; die Gegenmeinung von Christian J. Meier-Schatz, in: SZW 1992, S. 224 ff., vermag nicht zu überzeugen).

Es wurde nun verschiedentlich geltend gemacht, dass statutarische Vorkaufsrechte zumindest für kleine und mittlere Unternehmen wieder eingeführt werden müssten, sofern sie nach dem neuen Recht nicht mehr zulässig sein sollten.

Der Gesetzgeber hat in einem acht Jahre dauernden bewegten politischen Kampf die Vinkulierung von Grund auf neu konzipiert und die Ablehnungsmöglichkeiten erheblich eingeschränkt. Dies verlangt nun auch von der Praxis ein bewusstes Ueberdenken und eine Neuordnung der Vinkulierungsvorschriften in den Statuten. Ein blosses "Anpassen" an das neue Recht ist in die-

sem Bereich nicht möglich. Die Gesellschaften müssen das Neukonzept übernehmen und dabei häufig bisherige Lösungen durch neue ersetzen.

Eine der Leitlinien der neuen Vinkulierungsordnung ist das Verbot weitergehender Uebertragbarkeitsbeschränkungen. Wie dargelegt, erscheinen die bisher verbreiteten statutarischen Vorkaufsrechte (nach einer Uebergangsfrist von fünf Jahren, Art. 2 Abs. 1 SchlBest. OR) als nicht mehr zulässig. Dafür sieht nun das Gesetz mit der Escape-clause einen Ankaufsmechanismus vor, der als Ersatz dienen kann.

Nach Artikel 685b Abs. 1 OR darf die Gesellschaft das Gesuch um Zustimmung zur Uebertragung vinkulierter Aktien ablehnen, wenn sie einen wichtigen, in den Statuten genannten Grund angibt oder wenn sie dem Veräusserer der Aktien deren Uebernahme zum wirklichen Wert anbietet. Die Gesellschaft kann die Aktien für eigene Rechnung, für Rechnung anderer Aktionäre oder für Rechnung Dritter erwerben.

Die Escape-clause stellt kein eigentliches Vorkaufsrecht dar. Die Gesellschaft kann die Uebernahme der Aktien nur anbieten, den Ankauf aber nicht erzwingen. Wenn es der Veräusserer vorzieht, seine Aktien zu behalten oder einen andern Käufer zu suchen, dann kann er dies. Die- ser Unterschied zu den statutarischen Vorkaufsrechten sollte im allgemeinen nicht zu Problemen führen. In der Regel wird ein verkaufswilliger Aktionär das Angebot der Gesellschaft annehmen (allenfalls aber um den wirklichen Wert streiten, s. Art. 685b Abs. 5 OR).

Die Einräumung statutarischer Vorhandrechte, bei welchen der Uebernahmemechanismus bereits durch den blossen Entschluss zur Veräusserung ausgelöst wurde, ist im Rahmen der gesetzlichen Escape-clause nicht mehr möglich. Diese dürfte in der Praxis aber auch hier weitgehend als Ersatz zu dienen vermögen.

Der gesetzliche Ankaufsmechanismus kann insgesamt die Funktion der bisherigen statutarischen Erwerbsrechte weitgehend übernehmen, doch sind dabei bestimmte Schranken zu beachten. Die Escape-clause greift nur, sofern die Aktien überhaupt vinkuliert sind. Der Verwaltungsrat darf sodann bei der Handhabung nicht willkürlich vorgehen und hat das Gebot einer relativen Gleichbehandlung zu beachten (s. Böckli, a.a.O.). Daraus dürfte sich aber keine wesentliche Beeinträchtigung der Tauglichkeit des gesetzlichen Ankaufsmechanismus ergeben. Mit Blick auf die Willkürschranke und das Gleichbehandlungsgebot kann die Verwendung der Escape-clause und die rechtsgleiche Zuteilung der erworbenen Aktien auf die bisherigen Aktionäre in den Statuten eingehend geregelt werden.

Wo der gesetzliche Ankaufsmechanismus die bisherigen statutarischen Vorkaufs- und Vorhandrechte in der Praxis nicht zu ersetzen vermag, können in Aktionärsbindungsverträgen ergänzende vertragliche Erwerbsrechte vorgesehen werden. Für zusätzliche statutarische Vorkaufsrechte besteht darüber hinaus kaum noch ein echtes Bedürfnis. Die Wiederaufnahme von statutarischen Vorkaufsrechten für kleine und mittlere Gesellschaften wäre eine überschüssende Lösung und würde zu einem unübersichtlichen Nebeneinander von gesetzlichen, statutarischen und vertraglichen Erwerbsmechanismen führen.

Nach Auffassung der Groupe de réflexion ist deshalb auf die Aufnahme einer gesetzlichen Regelung statutarischer Erwerbsrechte zu verzichten.

b. Aktionärbindungsverträge

Aktionärbindungsverträge sind weit verbreitet und ihre rechtliche Zulässigkeit ist unbestritten (s. Art. 663c Abs. 2 OR). In der Regel sind sie als einfache Gesellschaften zu qualifizieren. Werden sie auf unbestimmte Dauer oder auf Lebenszeit eines Gesellschafters abgeschlossen, kann jeder Gesellschafter den Vertrag nach Art. 546 OR auf sechs Monate kündigen. Nach der Praxis des Bundesgerichts ist dieses Kündigungsrecht jedoch nicht zwingender Natur (BGE 106 II 226). Dagegen kann das Recht der Gesellschafter, beim Richter aus wichtigen Gründen die Auflösung des Vertrages zu verlangen (Art. 545 Abs. 2 OR), nicht wegbedungen werden. Gewisse Schranken für den Inhalt von Aktionärbindungsverträgen ergeben sich zudem aus dem Persönlichkeitsschutz (Art. 27 ZGB).

Verschiedentlich wurde bedauert, dass es der Gesetzgeber bei der Aktienrechtsrevision unterlassen hat, die Aktionärbindungsverträge zu regeln. So wird etwa darauf hingewiesen, dass über die zulässige Höchstdauer Rechtsunsicherheit bestehe, und angeregt, Verträge über die Ausübung von Aktionärsrechten auf die Dauer der Gesellschaft zuzulassen (vorbehaltlich der Kündigung aus wichtigen Gründen).

Das Parlament hat die Frage einer Regelung der Aktionärbindungsverträge im Rahmen der Aktienrechtsrevision mehrfach diskutiert und auf entsprechende Normen bewusst verzichtet.

Der Gesetzgeber lehnte es ab, Aktionärbindungsverträge auf die Dauer der Gesellschaft explizit zuzulassen, weil derartige Vereinbarungen "ewige Verträge" darstellen würden (Amd. Bull. NR 1985 S. 1763 ff.). Die zulässige Höchstdauer von Aktionärbindungsverträgen könne nicht abstrakt festgelegt werden, weil die Bedeutung dieser Verträge sehr stark von deren Inhalt, aber auch von weiteren Umständen abhängig sei.

In der Tat sprechen wichtige Gründe gegen eine gesetzliche Regelung der Aktionärbindungsverträge:

- Der Inhalt von Aktionärbindungsverträgen kann ausserordentlich vielseitig sein. Die generelle Zulassung auf die Dauer der Gesellschaft ist daher problematisch.

Bei blossen Vorkaufsrechten zum wirklichen Wert erscheinen Verträge von sehr langer Dauer unbedenklich, und sie vermögen ihren Zweck auch nur bei langer Dauer zu erfüllen. Demgegenüber sind Aktionärbindungsverträge, die umfangreiche vertragliche Nebenleistungspflichten enthalten (z.B. Verpflichtungen zur Arbeitsleistung, zu Unterlassungen oder zur Überlassung von Sachen oder Grundstücken), fragwürdig, wenn sie auf zu lange Dauer eingegangen werden.

Auch die Relevanz von Aktionärbindungsverträgen über die Ausübung des Stimmrechtes in der Generalversammlung (Stimmbindungsverträge) ist unterschiedlich. Es kann sich um eine Vereinbarung über die Koordinierung der Stimmabgabe handeln (wobei die betreffenden Aktionäre ihr Verhalten in einer Vorversammlung festlegen), es ist aber auch eine bedingungslose Verpflichtung zur Unterstützung der Anträge anderer Aktionäre oder des Verwaltungsrates denkbar, ferner kann die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates vorgesehene werden. Die Bedeutung von Stimmbindungsverträgen hängt weiter davon ab, ob die Beteiligten sich nur mit einem kleinen Teil ihres Vermögens binden oder ihre gesamte wirtschaftliche Substanz "einbringen".

Die Zulassung von Aktionärbindungsverträgen (einschliesslich der Stimmbindungsverträge) auf die Dauer der Gesellschaft wird den konkreten Einzelfällen nicht immer gerecht. Die Möglichkeit einer richterlichen Überprüfung, die den spezifischen Umständen im Rahmen von Art. 27 ZGB Rechnung trägt, ist durchaus sinnvoll.

- Der Gesetzgeber lehnte es insbesondere ab, für Aktionärbindungsverträge Ausnahmen von den Regeln des allgemeinen Vertragsrechts vorzusehen. Die gerügte Rechtsunsicherheit ist der Preis für die Gewährung eines möglichst grossen Gestaltungsspielraums im Rahmen der Vertragsfreiheit.

- Es dürfte wegen des sehr unterschiedlichen Inhalts der Aktionärbindungsverträge schwierig sein, eine einfache gesetzliche Regelung vorzusehen. Es handelt sich beim Aktionärbindungsvertrag nicht um einen eigentlichen Vertragstypus, weil die Vertragspflichten in völlig unterschiedlichen Leistungen bestehen können. Selbst im Rahmen von reinen Stimmbindungsverträgen sind sehr unterschiedliche Ausgestaltungen möglich. Eine gesetzliche Normierung müsste diese Vielgestaltigkeit Rechnung tragen.

- Wollte man Vorschriften über die zulässige Höchstdauer von Aktionärbindungsverträgen ins Gesetz aufnehmen, müsste nach deren Gegenstand und eventuell auch nach weiteren Umständen differenziert werden. Man käme nicht darum herum, auch Bestimmungen über den Vertragsinhalt zu erlassen. Damit müsste eine relativ komplexe Regelung geschaffen werden, die wohl im Ergebnis die heute bestehende Ausgestaltungsfreiheit einschränken würde. Der allgemein angestrebten Deregulierung würde dies diametral widersprechen. Eine zusätzliche Normierung sollte nur dann ins Gesetz aufgenommen werden, wenn sich diese als unbedingt erforderlich darstellt.

- Würden Bestimmungen zu Aktionärbindungsverträgen ins Aktienrecht aufgenommen, könnte ferner daraus abgeleitet werden, diesen Verträgen komme auch körperschaftliche Wirkung zu. Aktionärbindungsverträge entfalten ihrer Vertragsnatur entsprechend nur obligatorische Wirkungen zwischen den gebundenen Parteien. Eine Stimmabgabe in der Generalversammlung entgegen einem Stimmbindungsvertrag ist nicht ungültig, sondern löst lediglich Schadenersatzpflicht aus. Eine direkte körperschaftsrechtliche Wirkung dieser Verträge würde einen schwer verständlichen und nicht gerechtfertigten Sonderfall im Vertragsrecht schaffen und bei der Generalversammlung zu Abwicklungsschwierigkeiten und Rechtsunsicherheiten führen. Eine entsprechende Wirkung von Aktionärbindungsverträgen

ist abzulehnen. Durch Vertragsstrafen, Stimmrechtsvertretung und Hinterlegung der Aktien können die Vertragspartner die Durchsetzung von Aktionärsbindungsverträgen hinreichend sichern.

- Bei einer gesetzlichen Regelung der Aktionärsbindungsverträge wäre zu entscheiden, ob die Vorschriften obligatorisch für alle derartigen Verträge Geltung haben sollen oder ob eine fakultative Ordnung zu schaffen ist, wobei im Rahmen der Vertragsfreiheit andere Ausgestaltungen möglich wären. Im Rahmen einer obligatorischen Lösung müsste klargestellt werden, ob die gesetzlichen Bestimmungen nur auf zukünftig abzuschliessende oder auch auf bei der Inkraftsetzung bereits bestehende Verträge anwendbar sein soll. Bei einer zwingenden Regelung würde die heutige Ausgestaltungsfreiheit eingeschränkt, während sich mit einer fakultativen Konzeption ein Nebeneinander ergeben würde von gesetzlich geordneten Aktionärsbindungsverträgen und solchen, auf welche die entsprechenden Bestimmungen keine Anwendung finden.

- Die umliegenden Länder kennen keine besondere gesetzliche Regelung der Aktionärsbindungsverträge; mit einer entsprechenden Normierung würde ein neuer Helvetismus geschaffen.

Die Nützlichkeit (Rechtssicherheit) oder Schädlichkeit (Einschränkung der Vertragsfreiheit) gesetzlicher Vorschriften liesse sich in abschliessender Weise nur anhand konkreter Vorschläge beurteilen. Aufgrund der unbestrittenen Zulässigkeit von Aktionärsbindungsverträgen im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit und unter Berücksichtigung des expliziten Verzicht des Gesetzgebers auf eine Regelung im Rahmen der Aktienrechtsrevision erscheint eine gesetzliche Normierung jedenfalls nicht vordringlich. Eine Regelung wäre nur dann sinnvoll, wenn es gelänge, eine relativ einfache Ordnung zu schaffen, ohne die allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechts zu durchbrechen.

Obwohl die Nachteile der geltenden Praxis (z.B. die Unsicherheit bezüglich der zulässigen Dauer von Aktionärsbindungsverträgen) nicht übersehen werden dürfen, ist die Gruppe der reflexion mehrheitlich der Auffassung, dass auf eine Regelung der Aktionärsbindungsverträge auch in Zukunft verzichtet werden sollte.

c. Suppleanten und Stellvertreter im Verwaltungsrat

Das Gesetz sieht die Möglichkeit der Vertretung im Verwaltungsrat nicht vor, dabei dürfte es sich um ein qualifiziertes Schweigen handeln. Möglich sind Zirkularbeschlüsse, wobei aber jedes Mitglied die mündliche Beratung eines Antrages verlangen kann (Art. 713 Abs. 2 OR).

Das Amt des Verwaltungsrates ist höchstpersönlich. Die Generalversammlung wählt die Mitglieder des Verwaltungsrates nach deren persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten. Diese haften für eine sorgfältige Erledigung der ihnen nach Gesetz und Statuten übertragenen Pflichten. Der Verwaltungsrat entscheidet als Organ, wobei die Willensbildung durch Diskussion der zu entscheidenden Frage während seiner Sitzung erfolgt; hier müssen alle Mitglieder ihre

Sichtweise, ihre Fragen und Bedenken einbringen können. Es versteht sich von selbst, dass der Verwaltungsrat als Organ in der von der Generalversammlung gewählten Zusammensetzung beraten und entscheiden sollte. Eine Stellvertretung erscheint grundsätzlich problematisch. Es wäre beispielsweise fragwürdig, wenn sich Verwaltungsräte für wichtige Sitzungen durch ihre Rechtsanwältinnen vertreten liessen. Eine Vertretung im Verwaltungsrat stellte auch schwierige Fragen betreffend die Verantwortlichkeit.

An sich ist eine Gesetzesvorschrift denkbar, die ermöglicht, dass die Statuten die Vertretung vorsehen; dabei müsste das Gesetz aber eine Rahmenregelung enthalten (Sind die Stellvertreter ebenfalls durch die Generalversammlung zu wählen? Kann ein Verwaltungsrat gleichzeitig Vertreter eines anderen sein und gegebenenfalls zwei Stimmen abgeben? Wieviele Vertreter dürfen höchstens an einer Sitzung teilnehmen?). Insbesondere wäre das Problem der Verantwortlichkeit zu lösen. Es erscheint fraglich, ob ein hinreichendes Interesse an einer entsprechenden gesetzlichen Regelung gegeben ist und ob sich die bestehenden Schwierigkeiten nicht einfacher durch organisatorische Vorkehrungen der betroffenen Gesellschaften beheben lassen.

d. Austrittsrecht

Die Rechtsstellung von Minderheitsaktionären ist auch nach dem revidierten Aktienrecht, dem Mehrrechtssystem in der Generalversammlung entsprechend, oft prekär, dies insbesondere bei kleinen und mittleren Gesellschaften. Die Aktien sind oft nahezu unveräusserlich (zumindest zum wirklichen Wert; teilweise kann die Unveräusserlichkeit auf einer Vinkulierung beruhen, grösstenteils dürfen die Anteile aber auch rein faktisch nur schwer veräusserbar sein). Zudem fehlt auch eine gewisse Kontrolle der Geschäftspolitik durch den Kapitalmarkt, wie sie bei Gesellschaften mit börslich gehandelten Anteilen gegeben ist. Ein gesetzliches Austrittsrecht würde in der Praxis wohl viele Schwierigkeiten beseitigen helfen und "gefangene" Minderheitsaktionäre freigegeben. Von grosser Bedeutung wäre ein Austrittsrecht auch in Konzernuntergesellschaften (dazu 7.5.1).

Ein Austrittsrecht ist aber ausserordentlich problematisch. Der Austritt von Aktionären ist mit dem heutigen Grundkonzept der AG, das auf Kapitalerhaltung abzielt und auf der Handelbarkeit der Anteile beruht, schwer vereinbar. Das Prinzip des festen Grundkapitals hat zur Folge, dass die Zahl der Mitgliedschaftsteile konstant bleiben muss. Ein Ausscheiden von Gesellschaftern ist nur dann ohne Schwierigkeiten möglich, wenn andere Aktionäre sich bereit erklären, deren Anteile zu übernehmen. Ist dies nicht der Fall, führt ein Austrittsrecht zu Schwierigkeiten. Der Austritt von Minderheitsaktionären unter Abfindung aus Gesellschaftsmitteln ist eine Defmanierung; diese dürfte nicht selten die wirtschaftliche Basis und Existenz eines Unternehmens gefährden. Die Erzwungung einer Kapitalrückzahlung durch eine Minderheit gegen den Willen der Organe der Gesellschaft kann dem Unternehmen in einer kritischen Situation einen entscheidenden Stoss versetzen. In diesem Fall kann den Interessen der Minderheitsaktionäre kaum der Vorrang gegenüber denjenigen der Mehrheit, der Arbeitnehmer, der Gläubiger und der Öffentlichkeit zukommen.

Allenfalls wäre zu prüfen, ob die Beschränkung der Auflösungsklage auf Aktionärsinderheiten mit einer Beteiligung von mindestens 10 Prozent gestrichen werden könnte. Gerade bei solchen kleinen Minderheiten dürfte es in der Regel erheblich einfacher sein, eine Lösung zu finden. Es ist wenig befriedigend, dass ein wichtiger Grund nur bei grösseren Minderheitsaktionären von Relevanz sein soll. Einer Ausgestaltung der Auflösungsklage als allgemeines Aktionärsrecht steht jedoch die Gefahr des Missbrauchs entgegen.

Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass ein Austrittsrecht in der Praxis nur dann sinnvoll wäre, wenn die Auskaufleistung für den Ausstretenden nicht steuerbar ist. Auf der Abfindungszahlung der Gesellschaft fällt, soweit diese den Nennwert überschreitet, eine Verrechnungssteuer von 35 Prozent an, dies ergibt sich zwingend aus dem System dieser Steuer.

e. Ausschlussrecht

Der Entwurf des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel sieht im Rahmen der Regelung des öffentlichen Kaufangebots eine Art Ausschlussrecht vor. Wenn der Uebernehmer einer Gesellschaft nach dem Ablauf der Angebotsfrist über mehr als 98 Prozent der Stimmrechte verfügt, kann er die restlichen Beteiligungspapiere gegen Entschädigung ihrer Eigentümer durch den Richter kraftlos erklären lassen (Art. 31 BEHG). Auch in diesem Fall wird die Verrechnungssteuer von 35 Prozent anfallen.

Es könnte geprüft werden, ob sich diese Lösung verallgemeinern lässt. Ein Ausschluss dürfte allerdings nur zugelassen werden, sofern die übrigen Aktionäre die Anteile des Auszuschliessenden übernehmen. Dabei wäre das Ausschlussrecht auf den Auskauf von kleinen Minderheiten zu beschränken und / oder ein sachlicher Grund zu verlangen. Der Weg über den Richter wäre zwingend vorzusehen (Ausschlussklage).

Bei personenbezogenen Gesellschaften können bei Minderheiten allerdings auch nicht vermögensmäßige Interessen für den Verbleib in einem Unternehmen vorliegen; ob ein Ausschlussrecht den Bedürfnissen der Beteiligten an kleinen und mittleren Betrieben wirklich überwiegend entspricht, erscheint daher fraglich. Demgegenüber erscheint ein Ausschlussrecht insbesondere in Konzernuntergesellschaften als sinnvoll (s. 7.5.1).

f. Differenzierung in den Quorumsvorschriften für die Generalversammlung

Eine Wiedereinführung der eben erst abgeschafften gesetzlichen Anwesenheitsquoten ist nicht angezeigt, da entsprechende qualifizierte Mehrheiten durch die Statuten vorgesehen werden können.

Der Austritt von Minderheitsaktionären beinhaltet weiter die Gefahr einer Privilegierung derjenigen Aktionäre, die zuerst auf Austritt klagen. Bei mehreren Austrittsbegehren würden die Eigenmittel der Gesellschaft vorab an die zuerst auf Austritt klagenden Aktionäre ausgerichtet; durch die Schmälerung der Substanz hätten nicht nur die Gläubiger, sondern auch die verbleibenden Aktionäre zudem ein vergrössertes Risiko zu tragen. Für die Abfindung von später auf Austritt klagenden Aktionären wären u. U. nicht mehr genügend frei verfügbare Mittel vorhanden. Dies könnte bewirken, dass Minderheitsaktionäre möglichst frühzeitig auf Austritt klagen müssten.

Die Einführung eines Austrittsrechts ist grundsätzlich der falsche Ansatzpunkt. Trägt man der Struktur der AG Rechnung, so sind die Probleme der Minderheitsaktionäre durch einen verstärkten materiellen Minderheitenschutz und die Einschränkung der Vandalierungsmöglichkeiten zu lösen. Die Verbesserungen des Minderheitenschutzes durch die Aktienrechtsrevision stützen bisher eher auf wenig Verständnis. Gerade für kleine und mittlere Unternehmen lässt sich ein erneuter Abbau des Erreichten (wie er z. T. von parlamentarischen Vorstössen verlangt wird) insbesondere auch im Hinblick auf die fehlende Austrittsmöglichkeit in der Aktiengesellschaft nicht verantworten.

Auch wenn gegenüber dem Austrittsrecht wichtige Bedenken bestehen, lässt sich ein entsprechendes Bedürfnis nicht bestreiten. Sollte man sich dennoch für die Einführung eines solchen Rechts entschliessen, wäre es als Austrittsklage zu konzipieren, wobei der Richter den Austritt nur gewähren dürfte, sofern wichtige Gründe vorliegen und die Interessenabwägung (Aktionäre, Arbeitnehmer, Gläubiger) keine andere Lösung nahelegt. Der Austritt wäre so zu gestalten, dass er nach Möglichkeit nicht zu einem dauernden Substanzverlust führt (Erwerb der Aktien durch die Gesellschaft mit der Verpflichtung, sie innert bestimmter Frist weiterzuveräussern), andernfalls ist eine Kapitalherabsetzung durchzuführen.

Die Frage eines Austrittsrechts wurde bereits im Rahmen der abgeschlossenen Aktienrechtsrevision eingehend diskutiert. Auf die Einführung eines eigentlichen Austrittsrechts wurde bewusst verzichtet. Um dem sachlich begründeten Begehren nach einer Austrittsmöglichkeit dennoch (zumindest teilweise) Rechnung zu tragen, hat der Gesetzgeber im Rahmen der Auflösungsklage ein Ausscheiden von Aktionärsminderheiten unter bestimmten Bedingungen ermöglicht. Nach Art. 736 Ziff. 4 OR können Aktionäre, die zusammen mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals vertreten, aus wichtigen Gründen die Auflösung der Gesellschaft verlangen; dabei hat der Richter die Wahl, statt die Gesellschaft aufzulösen, auf eine andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung zu erkennen. Eine solche Lösung könnte insbesondere das Ausscheiden von Aktionären unter Fortbestand der Gesellschaft darstellen. In der Literatur wurde zu recht darauf hingewiesen, dass die Anwendung dieser Regelung in der Praxis zu grossen Schwierigkeiten führen wird.

Es erscheint fraglich, ob das oben skizzierte Austrittsrecht mehr zu leisten vermöchte als die neu konzipierte Auflösungsklage. Jedemfalls gilt es vorerst, die Umsetzung in die Praxis und die Ergebnisse der neuen richterlichen Handlungsalternativen abzuwarten.

g. Erleichterungen im Rechnungslegungsrecht

Das schweizerische Rechnungslegungsrecht steht in der Regelungsweite hinter dem EG-Recht nach wie vor deutlich zurück. Bei der Revision des Aktienrechts hat sich der Gesetzgeber in diesem Bereich klarerweise an den Bedürfnissen von Kleingesellschaften orientiert. Es lässt sich sachlich nicht rechtfertigen, wenn in parlamentarischen Vorstössen nun Erleichterungen für Kleingesellschaften gefordert werden (s. oben 3.1). Insbesondere im Hinblick auf die internationale Rechtsentwicklung und die Integrationsbemühungen der Schweiz besteht hier kein Spielraum für Erleichterungen (im Gegenteil: mittelfristig werden die Vorschriften betreffend stille Reserven wohl den EG-Richtlinien angepasst werden müssen).

h. Verzicht auf die Revisionsstelle

Nach den EG-Richtlinien (Art. 1 lit. a der 8. RL i.V.m. Art. 51 und 11 der 4. RL) sind die Mitgliedstaaten zwar nicht verpflichtet, die Prüfung der Jahresrechnung für Kleingesellschaften zwingend vorzuschreiben (eine Gesellschaft gilt in diesem Sinne als klein, wenn zwei der drei folgenden Grössen nicht überschritten werden: Bilanzsumme 3,5 Mio SFr., Nettoumsatzerlös 7 Mio. SFr., durchschnittlich 50 Beschäftigte). Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass die EG für die mittleren und grösseren Gesellschaften die Prüfung durch einen gut ausgebildeten Fachmann verlangt (besonders befähigter Revisor). Für Kleingesellschaften werden im EG-Recht einzig deshalb keine Anforderungen an eine Revisionsstelle vorgesehen, weil diese Unternehmen im grenzüberschreitenden Bereich nicht von Interesse sind.

Einerseits wäre es falsch, von kleineren Unternehmen den Beizug eines besonders befähigten Revisors zu verlangen, und das EG-Recht verlangt dies auch nicht. Es wäre aber andererseits sachlich auch nicht angezeigt, bei Kleingesellschaften auf eine Revisionsstelle gänzlich zu verzichten (auch wenn dies nach den EG-Richtlinien an sich möglich wäre). Die Gläubiger und die Minderheitsaktionäre von Kleingesellschaften sind nicht weniger schützenswert als diejenigen von Grossgesellschaften. Die Missbrauchsgefahren und die Wahrscheinlichkeit eines Konkurses sind erfahrungsgemäss gerade bei kleineren Gesellschaften bedeutend grösser.

Nach einhelliger Ansicht der Gruppe de réflexion wäre der Verzicht auf eine Revisionsstelle bei Kleingesellschaften sachwidrig und abzulehnen.

Das Erfordernis einer Revisionsstelle ist wie das Rechnungslegungsrecht und die Vorschriften zur Kapitalerhaltung letztlich ein Korrelat zur Haftungsbeschränkung. Wer das Privileg der Haftungsbeschränkung beansprucht, muss auch zu entsprechendem Sicherheitsvorkehren Hand bieten. Eine Revisionsstelle ist ferner für die operative Führung des Unternehmens und für den Minderheitenschutz von unbestreitbarem Wert und liegt daher letztlich im Interesse der Gesellschaft selbst. Da kleinere und mittlere Gesellschaften nach dem revidierten Aktienrecht über keine besonders befähigten Revisoren verfügen müssen, werden in aller Regel auch die Kosten vertretbar sein.

i. Treuepflicht der Aktionäre

Die Einführung einer statutarischen Treuepflicht der Aktionäre widerspräche dem Grundkonzept der AG (Verbot von Nebenleistungspflichten, Art. 680 Abs. 1 OR) und dürfte wenig opportun sein. Wo eine Treuepflicht in stark persönlichkeitsbezogenen Gesellschaften wirklich sinnvoll ist, kann sie durch Aktionärbündungsverträge vorgesehen werden.

j. Einmangengesellschaften

Es ist möglich, die Gründung einer AG als Einpersonengesellschaft zuzulassen. Dabei müsste allerdings die Identität des Eigentümers im Handelsregister offengelegt werden. Die Zulassung der Gründung einer Einperson-AG dürfte an den tatsächlichen Verhältnissen wenig ändern, jedoch eine Vereinfachung des Verfahrens sowie eine freiwillige Angleichung an die 12. EG-Richtlinie erlauben (im weiteren s. dazu oben 2.7).

k. Einschränkung der Paritätstheorie

Der Gesetzgeber sprach sich mit der Aktienrechtsrevision klar für die Paritätstheorie aus, indem er die wichtigsten Aufgaben des Verwaltungsrates als unübertragbar (nicht delegierbar) und unentziehbar (durch die Generalversammlung) bezeichnete (das Parlament hat den bundesrätlichen Vorschlag - s. Botschaft, Sonderdruck, S. 177 - durch eine Ergänzung von Artikel 716a entsprechend verdeutlicht).

Der Hauptzweck dieser Regelung war die klare Umschreibung der Pflichten, für deren Erfüllung der Verwaltungsrat verantwortlich ist. Es sollte deshalb auch nicht möglich sein, dass die Generalversammlung dem Verwaltungsrat einzelne Aufgaben entzieht (u.U. auf dessen eigenes Begehren).

Ausnahmen für Kleingesellschaften im Rahmen der Umschreibung der unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates würden zu einem unterschiedlichen Verantwortlichkeitsbereich für die Mitglieder von grossen und kleinen Aktiengesellschaften führen; dies wäre sachlich schwer begründbar.

Es könnte allenfalls zugelassen werden, dass die Generalversammlung einzelne in Artikel 716a OR aufgeführte Aufgaben des Verwaltungsrates an sich ziehen darf, wenn dafür die Organhaftung auf die Teilnehmer der Generalversammlung ausgedehnt würde; dies wäre aber systemfremd und mit bedeutenden Schwierigkeiten verbunden. Ein anderer Lösungsansatz könnte darin bestehen, dass einzelne vom Gesetz dem Verwaltungsrat zugewiesene Aufgaben statutarisch der Generalversammlung vorbehalten werden dürften, wobei die Mitglieder des Verwaltungsrates den nicht zustimmenden Aktionären und den Gesellschaftsgläubigern gegenüber verantwortlich blieben.

und für Gesellschaften ohne börsennotierte Aktien die Vinkulierung (Art. 685b Abs. 4 OR). Künftig wird zusätzlich die Möglichkeit einer Spaltung von Gesellschaften offenstehen (s. unten 6).

Beim Problemkreis der Nachfolgeregelung dürften sich relevante Schranken eher aus dem erbrechtlichen Pflichtteilsrecht und dem Ebehgüterrecht als aus dem Gesellschaftsrecht ergeben.

o. Rückkehr zu den alten Vinkulierungsvorschriften

Die neuen gesetzlichen Vinkulierungsvorschriften für nicht börslich gehandelte Aktien erlauben noch die folgenden statutarischen Vinkulierungsklauseln (dazu s. Carlo Schmid, recht 1992, S. 83 ff.):

- den Ausschluss von Konkurrenten;
- den Ausschluss von Aktienerwerbem, die nicht der Unternehmerfamilie angehören;
- persönlichkeitsbezogene Vinkulierungsgründe, die im Hinblick auf den Gesellschaftszweck von Relevanz sind;
- prozentmäßige Beschränkungen der Aktien pro Aktionär und
- den Ausschluss von Ausländern im Hinblick auf bundesrechtliche Regelungen über die schweizerische Beherrschung von Gesellschaften.

Sofern ein Aktienerwerber nicht aufgrund dieser statistischen Gründe zurückgewiesen werden kann, steht der Gesellschaft zusätzlich die Möglichkeit offen, von der gesetzlichen Escape clause Gebrauch zu machen (s. dazu oben lit. a) und den Käufer ohne Angabe von Gründen unter Anbietung der Übernahme der Aktien (auf eigene oder fremde Rechnung) abzuleihen.

Damit bestehen auch für Kleingesellschaften genügende Ablehnungsmöglichkeiten.

Die Gruppe de reflexion lehnt eine Rückkehr zum alten Vinkulierungsrecht mit der generellen Möglichkeit einer Ablehnung ohne Angabe von Gründen entschieden ab. Der Gesetzgeber hat gerade im Bereich der Vinkulierung eine Lösung getroffen, die zwischen Publikums- und Privatgesellschaften in sachgerechter Weise differenziert. Es erscheint nach Auffassung der Gruppe de reflexion wenig opportun, die politische Diskussion über die Umschreibung der zulässigen Vinkulierungsgründe ein Jahr nach Inkrafttreten des neuen Rechts wieder aufzunehmen.

p. Stärkung der Geschäftsführung gegenüber dem Anlegerschutz

Der Antrag von Nationalrat Früh zur Schaffung einer besonderen Gesellschaftsform für Klein- und Mittelbetriebe verlangt, dass die Rechtsform auf eine "Stärkung der Struktur als Betriebsform" auszurichten sei und die Transparenz sowie der Anlegerschutz gegenüber den Bedürfnissen der Betriebsführung zurückzutreten haben (s. oben 3.1).

Ein blosser Zustimmungsvorbehalt in dem Sinne, dass Entscheide im Aufgabenbereich von Artikel 716a OR zwar durch den Verwaltungsrat zu treffen sind, dieser aber in bestimmten Fragen die Zustimmung der Generalversammlung einholen muss, erscheint nach dem Aktienrecht von 1991 als unzulässig.

1. Stimmrechtsaktien

Nach dem revidierten Aktienrecht darf die Stimmkraft von Stimmrechtsaktien das Zehnfache derjenigen der Stammaktien nicht mehr überschreiten (Art. 693 Abs. 2 u. 3 OR); daneben können freilich noch stimmrechtslose Partizipationsscheine bis zum Doppelten des Aktienkapitals ausgegeben werden (Art. 656b Abs. 1 OR). Für wichtige Beschlüsse der Generalversammlung (Art. 704 OR) wird die Bedeutung der Stimmrechtsaktien relativiert: es ist ein Mehr von 2/3 der vertretenen Stimmen und die absolute Mehrheit der vertretenen Aktienennwerte erforderlich. Ferner entfällt das Stimmkraftprivileg für bestimmte Beschlüsse als Ganzes (Art. 693 Abs. 3 OR).

Die Vorschriften des revidierten Aktienrechts wollen krasse Missbräuche verhindern und den "Stimmrechtsminderheitsaktionären" (die eine Kapitalmehrheit vertreten können) in wichtigen Fragen einen gewissen Schutz bieten. Ein Rückgängigmachen dieses Fortschritts der Aktienrechtsrevision kann auch für Kleingesellschaften nicht in Frage kommen. Wer die Geschichte einer Aktiengesellschaft bestimmen will, soll dies nicht ohne den Einsatz eines gewissen risikotragenden Kapitals vermögen. Auch das revidierte Aktienrecht erlaubt noch in bedeutendem Mass ein Abweichen von der aktienrechtlichen Idealvorstellung der Proportionalität von Kapitaleinsatz und Mitwirkung.

m. Mindestaktienkapital

Die Aktienrechtsrevision hat das Mindestaktienkapital von 50'000 auf 100'000 Franken erhöht. Hätte man die Inflation seit 1936 ausgleichen wollen, müssten weit über 300'000 Franken vorgeschrieben werden. Bei der Revision wurde zudem eine grosszügige Übergangsregelung gewährt. Nur Gesellschaften, die nach 1985 gegründet wurden, müssen ihr Aktienkapital anpassen, dazu steht ihnen eine Frist von 5 Jahren zur Verfügung. Berücksichtigt man, dass die Mindestliberierung lediglich von 20'000 auf 50'000 Franken erhöht wurde, sollte die Anpassung eigentlich ohne Schwierigkeiten möglich sein (Reinvestition von 6'000 Franken pro Jahr).

Die Haftungsbeschränkung bei der Rechtsform der AG hat ihr Korrelat im Mindestkapital; ein erneutes Absenken des minimalen Aktienkapitals liesse sich deshalb kaum rechtfertigen.

n. Nachfolgeregelung

Für die Regelung der Unternehmensnachfolge stehen verschiedene rechtliche Vorkehren zur Verfügung: insbesondere Aktionärsbindungsverträge, Stimmrechtsaktien, Partizipationsscheine

3.5 Revision der GmbH

3.5.1 Parlamentarische Vorstösse

Mit einem kürzlich eingereichten parlamentarischen Vorstoss wird eine Revision der Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung verlangt:

*Antrag zu einer Motion von Nationalrat Dettling vom 18.12.1992
Revision der Bestimmungen über die GmbH:*

Der Bundesrat wird ersucht, den eidgenössischen Räten eine Änderung des Obligationenrechtes zu unterbreiten mit dem Ziel, die Bestimmungen über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH, Art. 772 ff. OR) für Klein- und Mittelbetriebe attraktiver zu machen, namentlich durch:

- *Flexibilisierung der Übertragung von Stammanteilen (Art. 789 ff. OR)*
- *Milderung der strengen Solidarhaftung (Art. 802 OR) und der Haftung der Rechtsvorgänger für ausgeschlossene Gesellschafter (Art. 801 ff. OR)*
- *Einführung des Gesellschaftsstatus eines "Kommanditärs"*
- *klare Trennung der Kapital- gegenüber den Geschäftsführungsverhältnissen*
- *Erläss von Übergangsbestimmungen, die ein vereinfachtes Verfahren beim Wechsel von der AG zur GmbH vorsehen, ohne öffentliche Abgaben, ausgenommen der Eintragungsgebühr.*

Der Antrag von Nationalrat Dettling wurde im Parlament bis zur Redaktion dieses Berichts noch nicht behandelt.

Neben dem Antrag von Nationalrat Dettling sind für eine Revision der GmbH auch das Postulat der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates und der Antrag von Nationalrat Früh zur Schaffung einer Gesellschaftsform für Klein- und Mittelbetriebe mitzubrückichtigen (s. oben 3.1).

3.5.2 Nachteile der GmbH

Die Rechtsform der GmbH vermochte sich in der Schweiz nicht durchzusetzen. Den etwa 170'000 Aktiengesellschaften stehen nur rund 2'700 Gesellschaften mit beschränkter Haftung gegenüber. Zwar ist die Zahl der GmbH seit der Inkraftsetzung des revidierten Aktienrechtes leicht angestiegen, doch ist noch nicht abzusehen, ob es sich dabei um eine andauernde Entwicklung handelt. Ein Hauptgrund der geringen Verbreitung der GmbH dürfte in der sehr flexiblen Ausgestaltung der Rechtsform der AG liegen. Die GmbH weist aber auch eine ganze Reihe von Nachteilen auf, die ihre Attraktivität verringern. Als Mängel werden insbesondere die folgenden Punkte geltend gemacht:

Eine Hauptbedingung zur Sicherstellung der vermögenswerten Rechte von Minderheitsgesellschaftern dürfte jedoch gerade eine aussagekräftige, transparente und von Fachleuten geprüfte Jahresrechnung sein. Der Verzicht auf einen wirksamen Anlegerschutz widerspricht dem Grundgedanken des Gesellschaftsrechtes und würde zu Rechtsmissbräuchen führen.

Ein rechtlich geordnetes Nebeneinander von geschäftsführenden Gesellschaftern und blossen Anlageaktionären ist in der Rechtsform der Kommanditaktiengesellschaft vorgegeben (s. 3.6); die persönliche Haftung der geschäftsführenden Gesellschafter und eine Aufsichtsstelle dienen hier dem Rechtsschutz der nicht geschäftsführenden Aktionäre.

3.4.3 Ergebnis

Die Überprüfung weiterer möglicher Anpassungen des Aktienrechtes an die Bedürfnisse von kleineren und mittleren Unternehmungen zeigt, dass neben den im revidierten Aktienrecht bereits vorgesehenen Differenzierungen nurmehr beschränkt Raum für Sonderregelungen besteht.

Eines der Hauptziele der abgeschlossenen Aktienrechtsrevision war die Verbesserung des Rechtsschutzes der Minderheitsaktionäre (s. Botschaft, Sonderdruck, S. 21 und 24). Demgegenüber werden mit den politischen Vorstössen, die als Reaktion auf die Inkraftsetzung des revidierten Rechts vorgebracht worden sind, schwergewichtig die Interessen der Mehrheitsaktionäre in den Vordergrund gestellt. Es gibt jedoch keinen Anlass, die Verbesserung der Rechtsstellung der Minderheitsaktionäre wieder rückgängig zu machen. Auch Kleingeschäftler können von den Minderheitenschutzvorschriften des Aktienrechtes nicht freigestellt werden. Ebensovornig sind Erleichterungen bei Vorschriften möglich, die ein Korrelat zur Haftungsbeschränkung darstellen (Mindestaktienkapital, Kapitalschutzvorschriften, Buchführungsvorschriften, Rechnungsprüfung durch eine Revisionsstelle, Offenlegung der Jahresrechnung). Glaubiger und Minderheitsaktionäre von Kleingeschäften sind in besonderem Mass auf den Schutz der Rechtsordnung angewiesen, da nach der praktischen Erfahrung Missbrauchssituationen und Solvenzprobleme tendenziell gerade hier von besonderer Bedeutung sind. Mehreren grundsätzlichen Forderungen der interessierten Kreise kann daher aus sachlichen Gründen nicht entgegengekommen werden.

Das revidierte Aktienrecht ist mit den bestehenden rechtlichen Differenzierungen und aufgrund seiner Flexibilität (mit der Möglichkeit zur stärker personenbezogenen Ausgestaltung in den Statuten) nach wie vor auch für kleine Gesellschaften geeignet. Dabei kann persönlichen Verhältnissen durch Aktionärsbindungsverträge zusätzlich Rechnung getragen werden. Das Instrument der Aktionärsbindungsverträge erlaubt eine klare Trennung von körperschaftsrechtlicher Unternehmensstruktur (Statuten) und vertragsrechtlichen Beziehungen der Gesellschafter (ABV).

- Die Geschäftsanteile können nicht als Wertpapiere ausgestaltet werden. Ihre Übertragung ist aufwendig und schwerfällig: Nach zwingender Vorschrift sind die Zustimmung von drei Vierteln aller Gesellschafter, die öffentliche Beurkundung der Abtretung (Notariatsgebühren!), die Eintragung des Erwerbers im Handelsregister und seine Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt erforderlich.
- Die Gesellschafter können nicht anonym bleiben. Zu Beginn jedes Kalenderjahres muss dem Handelsregisteramt eine Liste der Namen der Gesellschafter, der Stammeinlagen und der darauf erfolgten Leistungen eingereicht werden.
- Die Gesellschafter haften solidarisch bis zur Höhe des eingetragenen Stammkapitals, d.h. sie haften solidarisch für nicht einbezahlte oder unerlaubterweise zurückbezahlte Teile des Stammkapitals. Dies kann für die Beteiligten ein recht grosses Risiko bedeuten. Die Haftungsbestimmungen sind oft auch nicht hinreichend verständlich.
- Jeder austretende Gesellschafter haftet in diesem Rahmen noch während fünf Jahren für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft.
- Das Gesetz geht von der Einheit von Unternehmensbesitz und -leitung aus. Die gesetzliche Vermutung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis der Gründungsgesellschafter (Selbstorganschaft der Kapitalinvestoren) ist oft nicht sachgerecht.
- Wegen der Begrenzung des Kapitals auf 2 Mio. Fr. sind die Entwicklungsmöglichkeiten in der Rechtsform der GmbH von vornherein beschränkt (dabei ist die Inflation seit 1936 zu beachten).
- Die Umwandlung einer GmbH in eine AG ist schwerfällig, da sie gesellschaftsrechtlich nur durch Liquidation und nachfolgende Neugründung möglich ist.
- Der geschäftsführende Gesellschafter einer GmbH unterliegt persönlich der Konkursbetreuung.
- Der Konkurs eines Gesellschafters kann die Liquidation der Gesellschaft nach sich ziehen.
- Jeder Gesellschafter kann die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen verlangen.
- Für die GmbH werden die Gründungs-, Gläubigerschutz- und Buchführungsvorschriften der AG übernommen, ohne dass sie deren Vorteile aufweisen würde.

3.5.3 Möglichkeiten einer Attraktivierung der GmbH

Damit die Rechtsform der GmbH für kleine und mittlere Unternehmen zu einer attraktiven Alternative zur AG werden kann, müssen wenigstens einige der aufgezählten Nachteile beseitigt werden. Es ist zu untersuchen, in welchen Punkten sich Verbesserungen realisieren lassen:

- Die Solidarhaftung des einzelnen Gesellschafters bis zur Höhe des eingetragenen Stammkapitals könnte durch die blosser Haftung jedes Gesellschafters nur für die Zahlung seiner eigenen Stammeinlage ersetzt werden. Insoweit würde eine Gleichstellung mit der AG erreicht.
- Durch die Einführung der Drittorganschaft liesse sich auch bei der GmbH eine Trennung der Geschäftsführung vom Kapitaleinsatz herbeiführen.
- Die Vereinfachung der Umwandlung der GmbH in eine AG und umgekehrt ist im Rahmen eines Gesetzes über die Fusion, die Spaltung und die Umwandlung von Gesellschaften zu regeln (s. unten 6).
- Die Regelung der Übertragbarkeit der Anteile liesse sich grundsätzlich vereinfachen; auch könnte es den Gesellschaftern ermöglicht werden, anonym zu bleiben. Allerdings widersprechen die erleichterte Übertragbarkeit der Anteile und die verstärkte Anonymität der Gesellschafter der verschiedentlich geäusserten Forderung nach weitergehenden Übertragbarkeitsbeschränkungen für die Anteile an Kleingesellschaften. Daraus ergibt sich ein gewisser Zielkonflikt.
- Von Erleichterungen im Bereich der Gründungs-, Gläubigerschutz- und Buchführungsvorschriften ist abzusehen; insbesondere können die Forderungen nach einem minimalen organisatorischen Apparat bezüglich des Rechnungswesens und der Revision nicht erfüllt werden. Erleichterungen wären hier sachlich in keiner Weise zu rechtfertigen, umso weniger, als eine gegenüber heute weitergehende Haftungsbeschränkung vorgesehen werden soll (s. oben). In diesen Punkten ist ein Entgegenkommen zudem auch mit Blick auf das EG-Recht ausgeschlossen; die EG-Richtlinien zur Rechnungslegung gelten ebenfalls für die GmbH. Ein Absenken der Anforderungen läge schief im Umfeld der internationalen Rechtsentwicklung.
- Während heute eine Revisionsstelle nur dann zwingend vorgeschrieben ist, wenn den Gesellschaftern keine direkte Kontrollbefugnis zusteht (Art. 819 OR), müsste bei einer Gesetzesreform - ganz im Gegensatz zur Zielrichtung der parlamentarischen Vorstösse - eine Revisionsstelle allgemein für obligatorisch erklärt werden. Die geltende Regelung erscheint insofern problematisch, als die Prüfung durch eine Kontrollstelle nicht nur im Interesse der Gesellschafter, sondern auch in demjenigen der Gläubiger und der Allgemeinheit liegt (s. Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 14 N 73). Wird die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung verstärkt, bedingt dies insbesondere auch eine dem Aktienrecht entsprechende Revisionsstelle.
- Grundsätzlich ist anzustreben, die Anforderungen an die Rechnungslegung und -prüfung für wirtschaftlich tätige Körperschaften nach der Unternehmensgrösse zu differenzieren, aber unabhängig von der Rechtsform festzulegen (s. oben 2.2.4 und 2.10); für besondere rechtsformenbezogene Erleichterungen im Rahmen der GmbH besteht kein Raum.

Wenn verlangt wird, bei kleinen und mittleren Unternehmen sei anstelle des Schutzes des Anlegers die Struktur als Betriebsform zu stärken, widerspricht dies dem Ausbau des Min-

derheitenschutzes im Rahmen der abgeschlossenen Aktienrechtsrevision. Es wäre sachlich und rechtspolitisch nicht vertretbar, die erzielten Fortschritte wieder rückgängig zu machen.

- Bei der Forderung nach einer vereinfachten Sicherungsform der Unternehmensnachfolge handelt es sich kaum um ein gesellschaftsrechtliches Problem; vielmehr dürften die Schranken relevant sein, die sich aus erbrechtlichen Pflichtteilsansprüchen und dem Ehegüterrecht ergeben. Hier wäre ein Entgegenkommen kaum sinnvoll.

3.5.4 Grundsätzliche Schranken einer Revision

Das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung stellt weitgehend ein in sich geschlossenes System dar. Die schweizerische Regelung entspricht im wesentlichen derjenigen unserer Nachbarstaaten.

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung sollte durch eine Revision nicht in eine völlig andere Richtung weiterentwickelt werden als in den umliegenden Ländern; ein schweizerischer Partikularismus im Bereich der Gesellschaftsformen läge kaum im langfristigen Interesse der betroffenen Unternehmen.

Ein grundlegender Umbau der GmbH erscheint aber auch aus anderen Gründen wenig sinnvoll. Wohl könnte durch eine Annäherung an die AG eine Art Kleinaktiengesellschaft geschaffen werden; dabei wären jedoch wichtige Vorschriften des Aktienrechts zu übernehmen, weil eine abweichende Regelung oft nicht sachgerecht wäre und zu einer zusätzlichen Inkonsistenz im Gesellschaftsrecht führen würde. Eine entsprechende Neuordnung der GmbH vermöchte daher gegenüber dem Aktienrecht kaum Vorteile zu bieten. Es dürfte auch kein echtes Bedürfnis nach einer der Aktiengesellschaft angenäherten GmbH bestehen. Aufgrund der Flexibilität des Aktienrechts kann die AG durch eine geeignete Ausgestaltung der Statuten und mit ergänzenden Aktionärsbindungsverträgen recht gut den Verhältnissen in Kleinunternehmen angepasst werden (s. oben 3.4.3). Wenn die GmbH wirklich eine Alternative zur AG darstellen soll, macht es wenig Sinn, die gesetzliche Regelung allzu stark derjenigen der AG anzunähern. Der Charakter der GmbH sollte deshalb grundsätzlich gewahrt werden.

Durch eine Revision darf die bestehende Kohärenz der gesetzlichen Ordnung nicht gefährdet werden. Wenn der Charakter der GmbH beizubehalten ist und sich nicht Unstimmigkeiten ergeben sollen, dann sind Änderungen nur innerhalb der vorgezeichneten Strukturen möglich und sinnvoll.

Die 1., 4., 7., 8. und 12. Richtlinie sind auch auf die GmbH anwendbar (s. oben 2.). Mit einer einer in die Zukunft weisenden Gesetzesrevision werden die Vorschriften der EG-Richtlinien soweit wie möglich zu berücksichtigen sein.

3.5.5 Ergebnis

Ein Vorschlag, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (und die Kommanditaktiengesellschaft) aufgrund ihrer geringen Verbreitung abzuschaffen, findet in der Groupe de réflexion keine Mehrheit. Sie befürwortet jedoch eine Revision der gesetzlichen Regelung, die sich innerhalb der Bandbreite des französischen und des deutschen Rechts bewegt; eine weitergehende Umgestaltung der Rechtsform wird abgelehnt.

Beachtet man die aufgezeigten Schranken einer Revision, wird deutlich, dass den politischen Forderungen interessierter Kreise mit einer Neuregelung der GmbH nicht in allen Punkten entgegengekommen werden kann. Das Problem der Haftungsbeschränkung etwa - eines der Kernelemente des GmbH-Rechts - lässt sich im Rahmen des geltenden Grundkonzepts der GmbH nur mildern, nicht aber beseitigen.

3.6 Revision der Kommanditaktiengesellschaft (KAG)

3.6.1 Die geringe Verbreitung und deren Ursachen

Die Kommanditaktiengesellschaft stellt nach der schweizerischen Konzeption eine Abart der AG mit personalistischem Einschlag dar. Sie vereinigt Elemente der AG mit solchen der Kommanditgesellschaft. Wesenszüge der Kommanditgesellschaft finden sich namentlich in der Stellung und der persönlichen Haftung der Mitglieder der Verwaltung.

In der Schweiz gibt es derzeit lediglich zehn Kommanditaktiengesellschaften, darunter allerdings zwei bekannte Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien (Compagnie Financière Michelin, Bank Sarasin & Cie.).

Entgegen dieser geringen Verbreitung besteht in der Doktrin weitgehend Einigkeit darüber, dass die KAG sich als Gesellschaftsform für Familienunternehmen durchaus eignen würde und gegenüber der "gewöhnlichen" Aktiengesellschaft massgebliche Vorzüge aufweist. So dürfte etwa die in der Kommanditaktiengesellschaft vorgesehene Unterscheidung von geschäftsführenden Aktionären und nicht zur Geschäftsführung berechtigten Anlage-Aktionären den Bedürfnissen von kleinen und mittleren Unternehmen häufig entsprechen. Dabei schafft das Gesetz durch die Verknüpfung unterschiedlicher Rechte mit entsprechenden Pflichten (Befugnis zur Geschäftsführung, beschränktes Vetorecht gegenüber Generalversammlungsbeschlüssen verbunden mit einer persönlichen Haftung) und durch eine die Geschäftsführung überprüfende interne Aufsichtsstelle einen Interessenausgleich zwischen den beiden Gesellschafterkategorien, der auch unter dem Aspekt des Rechtsschutzes der nicht geschäftsführenden, minderberechtigten Aktionäre zu befriedigen vermag.

Anstelle der Kommanditaktiengesellschaft wird in der Praxis jedoch meistens eine stark atypische, personalistisch ausgestaltete AG verwendet.

Die Kommanditaktiengesellschaft ist im schweizerischen Obligationenrecht nur äusserst summarisch geordnet (in der amtlichen Ausgabe des OR sind der KAG ganze zwei Seiten gewidmet). Das Gesetz enthält umfangreiche Verweisungen auf die Bestimmungen über die AG und die Kollektivgesellschaft. Die gesetzliche Ordnung hat sich in der Praxis als unübersichtlich, unvollständig und unbefriedigend erwiesen; wesentliche Punkte werden im Gesetz nicht klar geregelt. Auch die Literatur und Judikatur zur KAG ist spärlich. Damit blieben wichtige Rechtsfragen kontrovers.

Neben der Grundfrage der persönlichen Haftung dürften die fragmentarische und ungenügende gesetzliche Regelung und die sich daraus ergebende Rechtsunsicherheit die Hauptursachen sein, weshalb die Rechtsform der Kommanditaktiengesellschaft kaum verwendet wurde; demgegenüber konnte sie aufgrund der gegebenen Gestaltungsfreiheit für grosse Gesellschaften, welche sich den erforderlichen anwaltlichen Aufwand zu leisten vermochten, in gewissen Situationen interessant sein.

Die abgeschlossene Aktienrechtsrevision hat die Kommanditaktiengesellschaft nicht miteinbezogen. Im Rahmen der gesetzlichen Verweisungen auf das Recht der AG kommen jedoch die revidierten Vorschriften über die Aktiengesellschaft auch für die KAG zur Anwendung (s. Brigitte Tanner, Die Auswirkungen des neuen Aktienrechts auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaften und Bankaktiengesellschaften, in Festschrift Forstmoser, S. 31 ff.). Die Neuregelungen im Aktienrecht nehmen aber auf die Besonderheiten der KAG keine Rücksicht. Dadurch wurde die Problematik der gesetzlichen Verweisungen im Recht der Kommanditaktiengesellschaft noch verschärft; eine Revision ist daher erforderlich.

3.6.2 Die hauptsächlichsten Mängel der gesetzlichen Regelung

a. Ausführlichere Regelung; Gesetzestechnik

Wie dargestellt dürfte in der mangelhaften gesetzlichen Regelung einer der Hauptgründe dafür liegen, dass die Rechtsform der Kommanditaktiengesellschaft bisher in der Praxis kaum verwendet worden ist.

Soll die Verwendung dieser Gesellschaftsform für kleine und mittlere Unternehmen erleichtert und gefördert werden, stellt eine Ergänzung und Ueberarbeitung der gesetzlichen Regelung eine Grundvoraussetzung dar. Die Ordnung durch den Gesetzgeber müsste erheblich detaillierter und übersichtlicher gestaltet werden; dabei wären Verweisungen auf das Recht der AG oder der Kollektivgesellschaft auf Bereiche zu beschränken, in welchen die entsprechenden Vorschriften klar und ohne Probleme auf die Kommanditaktiengesellschaft angewendet werden können.

b. Gründung der Kommanditaktiengesellschaft

Rechtliche Probleme bei der Gründung bestehen an sich nicht; für die Rechtsanwendung dürfte es aber von grossem Nutzen sein, eine gesetzliche Bestimmung zu schaffen, die den notwendigen und den fakultativen Statuteninhalt analog der Artikel 626 und 627 OR auflistet. Ferner könnten beispielsweise von Notariatsverbänden ausgearbeitete Musterstatuten einer Verbriefung der Rechtsform förderlich sein.

c. Nennung der unbeschränkt haftenden Gesellschafter in den Statuten

Nach dem geltenden Recht sind die jeweiligen unbeschränkt haftenden Gesellschafter in den Statuten zu nennen (Art. 765 OR). Bei Wechseln im Bestand der unbeschränkt haftenden Gesellschafter ist eine Statutenänderung erforderlich. Diese Regelung entspricht zwar dem Grundkonzept der KAG, wonach die persönlich haftenden und zur Geschäftsführung berechtigten Gesellschafter ihre Stellung nicht aus einem Wahlakt der Generalversammlung, sondern direkt aus den Statuten ableiten; sie ist jedoch höchst unpraktikabel und mit erheblichem Aufwand verbunden.

Die Pflicht zur Nennung der unbeschränkt haftenden Gesellschafter in den Statuten kann ohne Schaden gestrichen werden. Es wäre vorzusehen, dass die Aufnahme neuer unbeschränkt haftender Gesellschafter der Zustimmung der Generalversammlung und der bisherigen unbeschränkt haftenden Gesellschafter bedarf. Ferner ist die Regelung betreffend Handelsregistereintrag beizubehalten.

d. Regelung der Geschäftsführung

Das Gesetz sieht lediglich vor, dass die unbeschränkt haftenden Gesellschafter die Verwaltung bilden und dass ihnen die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft zusteht (Art. 765 Abs. 1 OR).

Die Ausgestaltung des Organs der Verwaltung ist mit dieser Vorschrift nicht hinreichend geklärt; so ist kontrovers, ob die Verwaltung entsprechend dem aktienrechtlichen Verwaltungsrat als Kollektivorgan zu gelten hat oder ob den Mitgliedern analog zur Kollektivgesellschaft eine Einzelgeschäftsführungsbefugnis zusteht. Auch bleibt unklar, ob einzelne unbeschränkt haftende Gesellschafter mit ihrer Zustimmung von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden können und ob die Geschäftsführung an Dritte delegierbar ist.

Die Vorschriften über die Geschäftsführung bedürfen der Präzisierung. So könnte vorgesehen werden, dass den Mitgliedern der Verwaltung das Recht zur Einzelgeschäftsführung und -vertretung zukommt, soweit die Statuten und Beschlüsse der Verwaltung keine abweichende Regelung treffen. Abweichende Ordnungen wären im Handelsregister einzutragen. Ferner ist die Delegierbarkeit der Geschäftsführung klarzustellen.

Die Regelung der Geschäftsführung und Vertretung sollte der Mischnatur der Kommanditaktiengesellschaft entsprechend möglichst flexibel gestaltet werden. Damit könnte auch ein wichtiges Anliegen der parlamentarischen Vorstösse für eine Gesellschaftsform für Klein- und Mittelbetriebe (s. oben 3.1) verwirklicht werden.

e. Kompetenzen der Verwaltung

Die Stellung der Verwaltung ist im Vergleich zum Aktienrecht wesentlich stärker. Die unbeschränkt haftenden Gesellschafter sind von Gesetzes wegen Mitglieder der Verwaltung und bedürfen, wie bereits gesagt, keiner Wahl durch die Generalversammlung (Art. 765 Abs. 1 OR). Die Befugnis zur Geschäftsführung und Vertretung kann ihnen nicht ohne wichtigen Grund entzogen werden (Art. 767 i. V. m. 565 OR). Bestimmte wichtige Beschlüsse der Generalversammlung bedürfen der Zustimmung der Mitglieder der Verwaltung (Art. 766 OR).

Die bestehende Kompetenzverteilung zwischen Verwaltung und Generalversammlung, die eine flexible Ausgestaltung erlaubt, ist grundsätzlich beizubehalten.

Die unbeschränkte Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft und das Obligatorium einer Aufsichtsstelle bilden die Korrelate zu den Vorrechten der geschäftsführenden Gesellschafter, oder umgekehrt: diese Vorrechte stellen einen Ausgleich für die unbeschränkte Haftung dar.

Bei vielen kleinen und mittleren Unternehmen, welche in der Rechtsform der AG organisiert sind, zeigt sich das Bedürfnis, die Stellung der im Betrieb mitarbeitenden Aktionäre zu stärken. Dabei wird häufig zu wenig sinnvollen Ausgestaltungen der Eigenkapitalstruktur ge-griffen, um eine der Kapitalbeteiligung nicht entsprechende Stellung eines bestimmten Teils der Gesellschafter zu erreichen. Hier würde an sich die KAG die geeignete Gesellschaftsform darstellen. Diese könnte demnach einem praktischen Bedürfnis entsprechen und auch verschiedene in den parlamentarischen Vorstössen für eine Rechtsform für Klein- und Mittelbetriebe enthaltene Forderungen erfüllen.

f. Nationalität der Mitglieder der Verwaltung

Die analoge Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften über die Nationalität der Mitglieder des Verwaltungsrates (Art. 708 OR) ist unklar. Die herrschende Lehre und die Handelsgesichterpraxis wenden diese Bestimmung nicht auf die Zusammensetzung der Verwaltung an, sondern auf diejenige der Aufsichtsstelle.

Diese Rechtslage müsste klargestellt werden. Dabei wird zu prüfen sein, ob auf entsprechende diskriminierende Nationalitätsfordernisse nicht überhaupt zu verzichten ist. (Das gilt übrigens auch im Aktienrecht; bei einem Integrationsvertrag mit der EG müssten gesetzliche Nationalitätensklauseln aller Voraussicht nach gesftrichen werden. Hingegen könnten Wohnsitzerfordernisse allenfalls beibehalten werden.)

g. Persönliche Haftung der Verwaltung

Nach geltendem Recht haften die unbeschränkt haftenden Gesellschafter subsidiär persönlich, solidarisch, unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft (es gilt das Recht der Kollektivgesellschaft). Die persönliche Haftung erstreckt sich auch auf Schulden, die vor dem Eintritt eines Gesellschafters in die Verwaltung begründet worden sind. Sie ist unabhängig von der internen Regelung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse. Mit dem Ausscheiden aus der Verwaltung endet die Haftung für neu begründete Verbindlichkeiten, dauert aber für die bestehenden Verpflichtungen an (Art. 591 OR).

Nach Ansicht der Groupe de réflexion dürften diese strengen Haftungsregeln - zusammen mit der mangelhaften gesetzlichen Ordnung (s. oben 3.6.1) - den Hauptgrund dafür darstellen, dass Kleinbetriebe häufig die Rechtsform der AG statt der (an sich besser geeigneten) KAG wählen. Soll die Kommanditaktengesellschaft für kleine und mittlere Unternehmen eine brauchbare Alternative darstellen, werden die Haftungsvorschriften für die geschäftsführenden Gesellschafter geändert werden müssen. Denkbar erscheint beispielsweise eine ziffermässige Beschränkung der Haftung der einzelnen Gesellschafter auf einen bestimmten, im Handelsregister publizierten Betrag (Haftungssumme) oder eine quotenmässige Haftungsbegrenzung (anteilmässige Haftung nach Köpfen unter Ausschluss der Solidarität). Ferner hätte die Haftung für Verpflichtungen, die vor dem Eintritt in die Verwaltung begründet wurden, zu entfallen. Ob und unter welchen Bedingungen ein gänzlicher Verzicht auf eine persönliche Haftung denkbar ist, bliebe zu untersuchen; dabei würde allerdings der Grundcharakter der Kommanditaktengesellschaft verändert. Rechtsvergleichende Ueberlegungen müssten miteinbezogen werden.

Allenfalls wäre auch die Zulassung von juristischen Personen als unbeschränkt haftende Aktionäre möglich (s. unten 3.7).

h. Aufsichts- und Revisionsstelle

Als Gegengewicht zur starken Rechtsstellung der geschäftsführenden Aktionäre sieht das Gesetz eine Aufsichtsstelle vor, der neben der Kontrolle der Rechnungslegung auch die dauernde Ueberwachung der Geschäftsführung übertragen ist (Art. 768 OR). Die Aufsichtsstelle dient dem Schutz der nicht zur Geschäftsführung berechtigten Aktionäre.

Ueber Aufgaben und Kompetenzen der Aufsichtsstelle herrscht Ungewissheit. Unklar bleibt, was unter einer dauernden Ueberwachung der Geschäftsführung zu verstehen ist. Wenn der Aufsichtsstelle vom Gesetz die Kontrolle der Jahresrechnung und zugleich die Ueberwachung der Geschäftsführung zugewiesen wird, führt dies zu Schwierigkeiten, weil die beiden Aufgaben in personeller und fachlicher Hinsicht verschiedene Anforderungen stellen; mit der Einführung von strengeren Voraussetzungen für besonders befähigte Revisoren durch die Aktienrechtsrevision entstehen zusätzliche Probleme. Mit einer Gesetzesrevision müssten die Aufga-

ben von Aufsichts- und Revisionsstelle entflochten und näher definiert werden. Doppelspurigkeiten sind zu vermeiden und die Kompetenzen gesetzlich klar zu umschreiben.

Sicherlich trägt das Erfordernis einer Aufsichtsstelle zur mangelnden Verbreitung der Kommanditaktiengesellschaft bei. Der Groupe de réflexion erscheint es jedoch nicht angezeigt, auf dieses Gesellschaftsorgan gänzlich zu verzichten. Wenn in der Rechtsform der KAG zwei Kategorien von Gesellschaftern miteinander verbunden werden, wovon die Angehörigen der einen von Gesetzes wegen zur Geschäftsführung berechtigt sind, während den Gesellschaftern, welche der anderen Kategorie zugehören, die Stellung von blossen Risikokapitalgebern mit beschränkten Befugnissen in wichtigen Gesellschaftsangelegenheiten zukommt, müssen die nicht zur Geschäftsführung berechtigten Anlage-Aktionäre in geeigneter Weise vor dem Aushungern und vor Misbräuchen durch die geschäftsführenden Teilhaber geschützt werden. Dazu kann eine gesellschaftsinterne oder bei grösseren Gesellschaften eine externe Aufsichtsstelle dienen. Die Möglichkeiten für eine einfachere, rechtlich befriedigende und ausgewogene Lösung, die den sich gegenüberstehenden Interessen Rechnung trägt, sind noch weiter zu untersuchen.

Würde eine Aufsichtsstelle mit gesetzlich klar definierten Aufgaben als obligatorisches Organ vorgeschrieben, könnte allenfalls das Recht auf Sonderprüfung entfallen. Umgekehrt wäre auch denkbar, das Institut der Sonderprüfung für Kommanditaktiengesellschaften auszubauen und dafür eine Aufsichtsstelle zu verzichten; dies dürfte aber zu häufigen Rechtsstreitigkeiten führen. Eine sinnvoll ausgestaltete Aufsichtsstelle erscheint daher von Vorteil.

Die Groupe de réflexion kann sich wesentliche Erleichterungen eher im Bereich der persönlichen Haftung vorstellen als im Verzicht auf eine hinreichende Kontrolle der Geschäftsführung.

i. Auflösung und Umwandlung in eine AG

Durch das Ausschneiden sämtlicher unbeschränkt haftender Gesellschafter wird eine Kommanditaktiengesellschaft automatisch aufgelöst (Art. 770 OR).

Dies kann in der Praxis zu erheblichen Problemen führen. Sachgemässer wäre eine Umwandlung in eine AG von Gesetzes wegen, sofern das Verwaltungsorgan nicht innert bestimmter Frist gesetzes- und statutengemäss bestellt wird.

Weiter ist eine gesetzliche Regelung der Möglichkeit der Umwandlung einer KAG in eine AG und umgekehrt vorzusehen (dazu s. unten 6).

j. Firmenrecht

Die Vorschrift, wonach die Firma einer Kommanditaktiengesellschaft den Familiennamen wenigstens eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters zu enthalten hat (Art. 947 OR), ist sachwidrig und zwingt Unternehmen bei einem Wechsel im Bestand der Mitglieder der Verwaltung gegebenenfalls die Firma abzuändern.

Die entsprechende Bestimmung müsste gestrichen werden. Die Frage eines Firmenzusatzes, der auf die Rechtsform des Unternehmens hinweist, bedarf der Prüfung.

k. Aktienkapital

Es ist denkbar, im Hinblick auf das Element der persönlichen Haftung das Mindestaktienkapital tiefer anzusetzen als im Aktienrecht (Fr. 50'000.-; das EG-Recht enthält für die Kommanditaktiengesellschaft keine Bestimmungen zum Mindestkapital). Es ist aber zu beachten, dass nur der Einsatz eines bestimmten Risikokapitals überhaupt eine Haftungsbeschränkung der Teuerfertigen vermag. Im Hinblick auf den Gläubigerschutz und unter Berücksichtigung der Teuerung und des tatsächlich auch in Gewerbebetrieben üblicherweise investierten Kapitals erscheinen die im Aktienrecht vorgesehenen Fr. 100'000.- (wovon nur die Hälfte einbezahlt werden muss) eigentlich nicht als zu hoch.

l. Vinkulierung

Die Groupe de réflexion lehnt eine Rückkehr zu den altrechtlichen Vinkulierungsvorschriften mit einer Ablehnungsmöglichkeit ohne Angabe von Gründen entschieden ab (s. dazu oben 4.3.2 lit. o).

Die Rechtsstellung der Aktionäre ohne Geschäftsführungsbefugnis ist schwach, es ist nicht angezeigt, die Uebertragung der Anteile stärker zu erschweren als bei der Aktiengesellschaft.

Für die Aufnahme neuer geschäftsführender Gesellschafter ist zudem die Zustimmung der bisherigen Mitglieder der Verwaltung erforderlich; damit bietet die Kommanditaktiengesellschaft einen ausgezeichneten Schutz vor Uebernahmen, ohne dass die Uebertragung der Aktien durch eine Vinkulierung stark erschwert werden müsste.

m. Rechnungslegung

Eine Erleichterung der Rechnungslegungsvorschriften gegenüber dem Aktienrecht erscheint ausgeschlossen. Wie dargelegt, orientieren sich die Bestimmungen zur Rechnung in der AG an den Verhältnissen in Kleingesellschaften (s. oben 4.3.2. lit. g).

Gerade in der Kommanditaktiengesellschaft mit zwei unterschiedlichen Kategorien von Gesellschaftern, ist zum Schutz der nicht zur Geschäftsführung berechtigten Aktionäre eine aussagekräftige Rechnungslegung unabdingbar.

Es sei ferner darauf hingewiesen, dass die Richtlinien der EG zur Rechnungslegung auch auf die Kommanditaktiengesellschaft anwendbar sind (vgl. oben 2.2). Auch hier wären die Anfor-

derungen an die Rechnungslegung nach der Unternehmensgrösse, nicht aber nach der Rechtsform zu differenzieren.

3.6.3 Ergebnis

Die Groupe de réflexion sieht in der Kommanditaktiengesellschaft eine geeignete Alternative zur AG für kleine und mittlere Unternehmen. Der grosse Vorteil der KAG als Rechtsform besteht darin, dass hier zwei Kategorien von Gesellschaftern unterschieden werden. Wie bei kleineren und mittleren Betrieben häufig üblich, werden geschäftsführende und nicht geschäftsführende Gesellschafter vorgesehen, wobei das Gesetz einen rechtlich befriedigenden Interessenausgleich zwischen den beiden einander gegenüberstehenden Arten von Gesellschaftern sicherstellt. Die Kommanditaktiengesellschaft kann jedoch nur da als Unternehmensform dienen, wo die geschäftsführende Haftungsgesellschaft bereit sind, eine persönliche Haftung zu übernehmen, ist eine vollumfängliche Haftungsbeschränkung aller Gesellschafter erwünscht, muss als Rechtsstruktur eine AG oder GmbH gewählt werden.

Soweit die Anliegen der parlamentarischen Vorstösse für eine Rechtsform für kleine und mittlere Unternehmen (s. oben 3.1) materiell gerechtfertigt sind, lassen sie sich nach Auffassung der Groupe de réflexion am besten in der Gesellschaftsform der KAG verwirklichen.

Wenn die Kommanditaktiengesellschaft heute kaum verwendet wird, dürfte dies in erster Linie auf eine völlig ungenügende gesetzliche Regelung zurückzuführen sein. Soll die KAG in der Praxis als Alternative zur AG und zur GmbH dienen können, muss das Gesetz revidiert werden. Die bestehenden Rechtsunsicherheiten sind durch eine ausführender Regelung zu beseitigen. Die gesetzlichen Verweisungen auf die AG und die Kollektivgesellschaft werden auf Bereiche zu beschränken sein, in welchen eine analoge Anwendung sachgerecht und dem besonderen Charakter der KAG angemessen ist.

Wenn die Rechtsform der Kommanditaktiengesellschaft attraktiviert werden soll, müssen insbesondere die Bestimmungen über die subsidiäre persönliche Haftung und die Aufsichtsstelle überprüft werden. Nach Meinung der Groupe de réflexion kann die unbeschränkte solidarische persönliche Haftung in bestimmtem Umfang eingeschränkt werden. Es bleibt zu untersuchen, wie die Aufgaben der Aufsichtsstelle zu umschreiben sind und unter welchen Umständen auf eine Aufsichtsstelle verzichtet werden darf. Dabei ist dem Rechtsschutz der nicht zur Geschäftsführung berechtigten Anlage-Aktionäre gegenüber den geschäftsführenden Gesellschaftern Rechnung zu tragen. Die Groupe de réflexion lehnt eine Ausgestaltung der Kommanditaktiengesellschaft ab, die dem im revidierten Aktienrecht verankerten Minderheitenschutz zuwiderlaufen würde. Der Minderheitenschutz ist gerade bei kleinen und mittleren Unternehmen von besonderer Relevanz.

Ferner sind auch bei einer Revision der Vorschriften über die Kommanditaktiengesellschaft rechtsvergleichende Aspekte und die Anforderungen des EG-Rechts miteinzubeziehen (die 1., 4., 7. und 8. EG-Richtlinie sind auch auf Kommanditaktiengesellschaften anwendbar).

3.7 Ermöglichung der Bildung einer Personengesellschaft mit beschränkter Haftung

Die Groupe de réflexion regt an, als zusätzliche Organisationsform für kleine und mittlere Betriebe die Bildung einer Personengesellschaft mit beschränkter Haftung zu ermöglichen (GmbH & Co. KG), wie sie in anderen Ländern zur Verfügung steht.

Dabei handelt es sich um eine Kommanditgesellschaft (KG), deren einziger persönlich haftender Gesellschafter (Komplementär) eine GmbH, also eine juristische Person mit ihrerseits beschränkter Haftung ist. In dieser Verbindung kommt der GmbH die Funktion der die Geschäfte führenden Gesellschaft zu, und sie garantiert als juristische Person den Bestand des Unternehmens. Dabei stehen die Anteile an der GmbH den beschränkt haftenden Gesellschaftern (Kommanditären) der Kommanditgesellschaft zu oder auch der Kommanditgesellschaft zu Gesamteigentum.

Die Bildung einer Personengesellschaft mit beschränkter Haftung ist unter dem geltenden Recht in der Schweiz nicht zulässig, weil nur natürliche Personen unbeschränkt haftende Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft sein können (Art. 594 Abs. 2 OR).

Die Vorzüge einer Personengesellschaft mit beschränkter Haftung liegen darin, dass sie erlaubt, die Haftungsbeschränkung der GmbH mit der Flexibilität einer Personengesellschaft (KG) zu kombinieren. Die Möglichkeit, die Haftung auf die Einlagen der Kommanditären und das Vermögen der GmbH zu beschränken, dürfte ein wesentlicher Grund für die Verbreitung dieser Organisationsform in Deutschland sein.

Aus der Verbindung der Haftungsbeschränkung mit der Struktur einer Personengesellschaft ergeben sich jedoch für die Gläubiger und die Kapitalinvestoren gewisse Gefahren. In Deutschland geht die neuere Gesetzgebung und Rechtsprechung deswegen dahin, die Schutzvorschriften des GmbH-Gesetzes auch auf die GmbH & Co. KG anzuwenden (s. Klaus J. Hopt, Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, in: Einführung in das deutsche Recht, 3. Auflage, München 1990, S. 115 f.; Wolfgang Hefermehl, Einführung, in: Aktiengesetz, GmbH-Gesetz, 25. Auflage, München 1993, S. XXXVI f.). Zur Verhinderung von Missbräuchen ist ein Minimum an Regeln zu beachten. So ist bereits durch die Bildung der Firma klarzustellen, dass keine natürliche Person unbeschränkt haftet. Weiter haben Einlagen der Kommanditären, die einzig in ihren Anteilen an der GmbH bestehen, gegenüber den Gläubigern als nicht geleistet zu gelten.

Es sei darauf hingewiesen, dass die EG-Richtlinien zum Rechnungslegungsrecht (4., 7. und 8. Richtlinie) Personengesellschaften mit beschränkter Haftung bereits erfassen: Sie kommen auch auf Kommanditgesellschaften zur Anwendung, sofern alle unbeschränkt haftenden Gesellschafter ihrerseits Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH, AG oder KAG) sind (Richtlinie 90/605/EWG sowie Art. 1 lit. a der 8. Richtlinie). Es müsste sachgerechterweise auch in der Schweiz eine dem Aktienrecht entsprechende Rechnungslegung und -prüfung vorgeschrieben werden.

Durch die Zulassung von juristischen Personen als unbeschränkt haftende Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft (Komplementäre) kann die Bildung einer *Personengesellschaft mit beschränkter Haftung* ermöglicht werden (GmbH & Co. KG). Dabei sind die Gesellschafter und Gläubiger in geeigneter Weise zu schützen. Verschiedene, in den parlamentarischen Vorstößen geäußerte Wünsche werden durch die Personengesellschaft mit beschränkter Haftung erfüllt.

3.8 Folgerungen

Ausgehend von den parlamentarischen Vorstößen für eine besondere Rechtsform für kleine und mittlere Betriebe (s. oben 3.1) hat die Groupe de réflexion die verschiedenen Handlungsmöglichkeiten geprüft und ist zu den folgenden Ergebnissen gelangt:

- Die Schaffung einer *zusätzlichen Gesellschaftsform* ist abzulehnen.
- Sinnvolle Möglichkeiten für *Erleichterungen für kleine und mittlere Gesellschaften* bestehen im *Aktienrecht* nur sehr beschränkt. Die materiell bedeutsamen Postulate sind zum Teil mit schwerwiegenden Problemen und Nachteilen verbunden (z.B. ein Austrittsrecht). Andere Vorschläge, wie Erleichterungen bei den Minderheiten- und Gläubigerschutzbestimmungen des revidierten Aktienrechts, müssen aus sachlichen Gründen abgelehnt werden. Den mit den parlamentarischen Vorstößen verfolgten Anliegen könnte im Aktienrecht deshalb kaum Rechnung getragen werden. Die Option von Sondervorschriften im Aktienrecht ist daher nicht weiterzuverfolgen.
- Die gesetzliche Ordnung der *GmbH* bedarf der Überarbeitung; dabei ist der Charakter dieser Rechtsform grundsätzlich zu wahren. Da im vorgegebenen rechtlichen Konzept der GmbH eine tiefgreifende Umgestaltung nicht möglich ist und sich insbesondere das Problem der Haftung nicht gänzlich beseitigen lässt, kann den Vorschlägen der parlamentarischen Vorstöße mit einer Revision der Bestimmungen zur GmbH nur beschränkt Rechnung getragen werden.
- Die Gründung von *Einpersonengesellschaften* soll bei den Rechtsformen der AG und der GmbH ermöglicht werden; dabei sind jedoch entsprechende Publizitätsvorschriften vorzusehen (s. 2.7).
- Die *Kommanditaktiengesellschaft* sollte durch eine gründliche Überarbeitung attraktiver gestaltet werden; sie kann gerade für kleine und mittlere Unternehmen, in welchen nur ein Teil der Gesellschafter im Betrieb mitarbeitet, eine geeignete Rechtsform darstellen. Die gesetzliche Regelung muss ergänzt werden, und die Verweise auf das Aktienrecht und das Recht der Kollektivgesellschaft sind zu klären. Die persönliche Haftung der unbeschränkt haftenden Gesellschafter soll erleichtert werden. Die Aufgaben der Aufsichtsstelle und die Möglichkeit eines Verzichts auf eine Aufsichtsstelle sind zu überprüfen; dabei muss jedoch ein hinreichender Rechtsschutz der nicht geschäftsführenden Gesellschafter gewährleistet werden. Die Gläubiger- und Minderheitenschutzvorschriften des revidierten Aktienrechts sind zu beachten.

4. Ungereimtheiten im revidierten Aktienrecht; Frage einer Anschlussrevision

4.1 Parlamentarischer Vorstoss

*Antrag zu einer Motion von Nationalrat Gerold Bührer vom 17.6.1993
Anschlussrevision Aktienrecht*

Der Bundesrat wird ersucht, den eidgenössischen Räten Bericht und Antrag über eine Änderung des Obligationenrechts zu unterbreiten. Dabei sind die nach knapp einjähriger Praxis gewonnenen Erkenntnisse im Zusammenhang mit dem neuen Aktienrecht gebührend zu berücksichtigen. Es sind insbesondere folgende Punkte anzupassen, bzw. klarer zu regeln:

- *Administrativ praktikable Regelung der Festübernahme bei Kapitalerhöhungen und der Handhabung der Vorratsaktien.*
- *Erweiterte Möglichkeiten zur Wegbedingung des Vorwegzeichnungsrechtes der Aktionäre bei der Ausgabe von Wandel- und Optionsanleihen sowie Klarifizierung des wichtigen Grundes bezüglich des Bezugsrechtsausschlusses im Zusammenhang mit der Finanzierung von Übernahmen.*
- *Stillstand der 3-Monatsfrist bei der Durchführung von Kapitalerhöhungen im Falle von Anfechtungen.*
- *Traktandenrecht im Rahmen der Generalversammlung ohne weitergehende Einschränkung des Minderheitenschutzes; Kompetenzregelung betreffend die Wahl des Prüfers der Konzernrechnung.*
- *Kostenregelung bei Verantwortlichkeitsprozessen.*
- *Umfang und Form des Zwischenabschlusses bezüglich Kapitalerhöhungen und der Ausgabe von Obligationenanleihen.*
- *Regelung bezüglich Treuhänder und Behandlung der Dispoaktien bei vinkulierten Namenaktien.*
- *Abgrenzung zwischen börsenkotierten und privaten Aktiengesellschaften bezüglich der Vinkulierung.*

Der Antrag von Nationalrat Bührer wurde im Parlament bis zur Redaktion dieses Berichts noch nicht behandelt.

4.2 Stellungnahme

In Wissenschaft und Praxis ist verschiedentlich gerügt worden, das neu revidierte Aktienrecht weise eine ganze Reihe von Mängeln auf (s. dazu insbesondere Peter Forstmoser, Ungereimtheiten und Unklarheiten im neuen Aktienrecht, SZW 1992, S. 58 ff.).

Es soll hier nicht auf die einzelnen Fragen und Streitpunkte eingetreten werden; es gilt aber folgendes festzuhalten:

Formulierungsfehler, Unvollständigkeiten, (scheinbare) Widersprüche und umstrittene Meinungen sind mit jedem grösseren Gesetzgebungsprojekt verbunden. Im Aktienrecht ergeben sich aus Unklarheiten und Ungereimtheiten allerdings besondere Probleme, da die Normen sich vorab an Privatrechtssubjekte richten, die bei der Anpassung ihrer Statuten als erste damit konfrontiert sind, während Behörden und Richter sich erst später zur Rechtsanwendung auszusprechen haben. Die offenen Formulierungen des Privatrechts führen bei der Anwendung auf konkrete Sachverhalte häufig zu Auslegungsproblemen. Dieser Charakter verleiht dem Privatrecht jedoch den unbestreitbaren Vorteil der Anpassungsfähigkeit und Flexibilität. Eine gewisse Rechtsunsicherheit ist unvermeidbar, solange die zentralen Fragen des neuen Rechts nicht durch eine ausreichende Literatur und Judikatur untersucht und entschieden worden sind.

Die Groupe de réflexion ist sich darüber einig, dass die umstrittenen Probleme des revidierten Aktienrechts mehrheitlich politischer Natur sind. So stellen etwa das umstrittene Vorwegzeichnungsrecht bei der bedingten Kapitalerhöhung und das Erfordernis wichtiger Gründe beim Ausschluss des Bezugsrechts politische Entscheide des Gesetzgebers dar, die nicht objektiv als materielle Unrichtigkeiten bezeichnet werden können. Eine erneute politische Auseinandersetzung mit Fragen, über welche im Parlament im Rahmen der Aktienrechtsrevision während acht Jahren diskutiert worden ist, erscheint nicht opportun.

Die meisten Ungereimtheiten und Auslegungsprobleme des revidierten Aktienrechts werden sich in Lehre und Praxis in befriedigender Weise lösen lassen. In mehreren anfänglich umstrittenen Fragen hat sich seit der Inkraftsetzung bereits eine herrschende Lehrmeinung gebildet. Ein erneutes Aufgreifen dieser Probleme würde neue Rechtsunsicherheiten schaffen.

4.3 Folgerungen

Bei verschiedenen als Mängel gerügten Neuerungen des revidierten Aktienrechts handelt es sich um bewusste politische Entscheide des Gesetzgebers. Hinter der Forderung nach einer erneuten Revision stehen hier die im Gesetzgebungsverfahren unterlegenen Meinungen.

Bei einer zweiten Kategorie von Mängeln handelt es sich um Ungereimtheiten des Gesetzes, die durch Auslegung geklärt und bereinigt werden können.

Schliesslich sind jene wenigen Mängel zu nennen, die tatsächlich der Kohärenz des Aktienrechts schaden. Sie sind u.a. auf die Einfügung neuer Regelungen in einer späten Phase der parlamentarischen Beratungen zurückzuführen. Hier wäre an sich eine Überarbeitung erwünscht; indessen dürfte es sich kaum lohnen, die oft mühsam errungenen Kompromisse wieder in Frage zu stellen, um womöglich den Weg zu neuen Widersprüchen und Unklarheiten zu öffnen.

Alles in allem erscheint es der Groupe de réflexion grundsätzlich angezeigt, auf Korrekturen am revidierten Aktienrecht derzeit zu verzichten. Dringend zu behebende Unrichtigkeiten, die eine Anschlussrevision zu rechtfertigen vermöchten, liegen nicht vor. Bei Gelegenheit sind jedoch einige unbestrittene technische Mängel durch punktuelle Änderungen der entsprechenden Vorschriften zu eliminieren. So sollte für eine ordentliche oder genehmigte Kapitalerhöhung ein Zwischenabschluss in Übereinstimmung mit den EG-Vorschriften nur erforderlich sein, sofern der Jahresabschluss mehr als 9 (statt 6) Monate zurückliegt (Art. 652a Abs. 1 Ziff. 5); ferner wäre die Zuständigkeit der Generalversammlung für die Wahl der Konzernprüfer klarzustellen.

5. Revision des Genossenschaftsrechts

5.1 Parlamentarischer Vorstoss

Bereits 1981 wurde ein parlamentarischer Vorstoss eingereicht, der eine Revision des Genossenschaftsrechts verlangte:

Postulat der Fraktion der Schweizerischen Volkspartei vom 16.3.1981: Genossenschaft, Neumschreibung:

Der Bundesrat wird ersucht, Abklärungen vorzunehmen sowie Bericht und allenfalls Antrag zu einer Teilrevision des Obligationenrechts (Art. 828 ff.) vorzulegen. Dabei ist namentlich zu prüfen, ob die Kriterien zur Führung eines Unternehmens in der Rechtsform der Genossenschaft in dem Sinne neu zu umschreiben wären, dass der Charakter der Selbsthilfe als entscheidendes Kriterium im Vordergrund steht.

5.2 Ausgangslage

Ein Hauptverdienst der Revision des Gesellschaftsrechts 1919/1936 lag darin, die wesentlichen Unterschiede von Genossenschaften und AG herauszuarbeiten und ihnen in der gesetzlichen Ordnung Rechnung zu tragen. Noch immer treffend ist diesbezüglich die Aussage in der bundesträchtlichen Botschaft von 1928 (Sonderdruck S. 81 f):

"Aktiengesellschaft und Genossenschaft sind wirtschaftliche Gegensätze. Die Aktiengesellschaft ist Kapitalgesellschaft, die Genossenschaft Personenvereinigung. ... Auch dort, wo sie auf gemeinsamen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, liegt der Hauptzweck in der ökonomischen Förderung ihrer Mitglieder."

Die AG und die Genossenschaft weisen jedoch auch Gemeinsamkeiten auf.

- Beide Körperschaften sind zumindest primär für die Verfolgung wirtschaftlicher Ziele geschaffen.
- Beide Rechtsformen sind auch für wirtschaftlich bedeutende Unternehmen mit einer grossen Mitgliederzahl geeignet.

Die Vorschriften des Genossenschaftsrechts orientieren sich jedoch teilweise an den Verhältnissen in kleineren Betrieben; dadurch entsteht eine bei grossen Genossenschaften sachlich nicht gerechtfertigte Privilegierung gegenüber der AG.

Die vom Gesetzgeber beabsichtigte starke Typenbindung des Genossenschaftsrechts hat so dann nicht verhindert, dass in der Praxis atypische Genossenschaften auch unter dem revidierten Recht erhalten blieben oder sich gar erst unter diesem entwickelten. Zu denken ist insbe-

Die drei ersten der aufgezählten Punkte lassen sich durch eine rechtsformenunabhängige Regelung der Rechnungslegung verwirklichen (s. oben 2.2 und 2.10).

Auch im Genossenschaftsrecht ist sodann der Partizipationsschein zu regeln, wobei zu klären sein wird, inwieweit und mit welchen Beschränkungen er zulässig sein soll. (Die Genossenschaft soll ja nicht gewinnbezogen arbeiten; für Ausschüttungen auf Genossenschaftsanteilen besteht zudem eine obere gesetzliche Limite.)

Sodann wird zu prüfen sein, ob auch in Genossenschaftskonzernen (trotz ihrer unterschiedlichen Struktur) eine konsolidierte Rechnung verlangt werden kann.

Zu eliminieren sind sodann sachlich nicht oder nicht mehr gerechtfertigte Differenzen zwischen dem Aktien- und dem Genossenschaftsrecht, die bereits vor der Revision des Aktienrechts bestanden haben. Zu denken ist etwa an die folgenden Unterschiede:

- geringere Anforderungen an die Gründung im Genossenschaftsrecht (Verzicht auf die öffentliche Beurkundung, was in der Praxis keineswegs eine Erleichterung darstellt, da zahlreiche Gründungen fehlerhaft sind);
- abweichende Einladungsfristen für die Generalversammlung (bei der Genossenschaft nur fünf Tage im voraus statt wie bisher 10 und neu 20 Tage im Aktienrecht, OR 882).

Neben dieser Angleichung an das Aktienrecht ist auch in Zukunft den Eigenarten der eigentlichen Selbsthilfegenossenschaften, wie sie etwa in der Landwirtschaft, im Wohnbau sowie im Gewerbe noch immer häufig sind, ausreichend Rechnung zu tragen. Die personalistische Struktur der Genossenschaft ist daher beizubehalten. Immerhin fragt sich auch hier, ob nicht gewisse Regeln des geltenden Rechts allzu doktrinär ausgefallen sind. So kann das zwingende Prinzip der einen Stimme pro Kopf echt genossenschaftliche Anliegen behindern; wünschenswert wäre nicht eine vollständige Beseitigung, aber eine Lockerung (jedensfalls ist nicht das Kapitalstimmprinzip vorzusehen). Auch die Mindestmitgliederzahl von sieben Genossenschaftlern kann echt genossenschaftliche Ziele erschweren (etwa im Bereich der Landwirtschaft).

Als Grundsatzfrage ist in diesem Zusammenhang zu diskutieren, inwieweit am genossenschaftlichen Selbsthilfepinzip festzuhalten ist. Im geltenden Recht ist dieses Prinzip in der Legaldefinition zwingend verankert. Bei den "typischen" Genossenschaften ist es noch immer von zentraler Bedeutung. Bei Grossgenossenschaften, etwa des Konsum- und Versicherungssektors, ist dieses Prinzip dagegen zur Farce verkommen.

Nach Ansicht der Groupe de réflexion kann - anders als im Postulat der SVP von 1981 vorgehen - die Lösung nicht darin bestehen, das Selbsthilfepinzip zwingend bei allen Genossenschaften mit materiellem Gehalt zu füllen und damit die grossen Konsum- und Versicherungsgenossenschaften aus dieser Rechtsform zu verdrängen. Ebensowenig darf aber auf das Selbsthilfepinzip gänzlich verzichtet werden. Es ist eine Zwischenlösung zu suchen, wobei nach Genossenschaftsarten oder nach Wirtschaftsbereichen differenziert werden könnte. Die Frage bedarf noch einer vertieften Prüfung. Dabei wird sich die Betrachtung nicht auf das Pri-

sondere an die Grossgenossenschaften des Konsumsektors, an Versicherungsgenossenschaften (für welche die atypische Ausgestaltung jedoch bereits im Gesetz vorgegeben ist) und an einzelne Genossenschaften des Bankensektors (auch bei ihnen ergibt sich der Ansatz für eine atypische, kapitalbezogene Ausgestaltung zum Teil schon aus dem Gesetz).

Zumindest bei atypischen Grossgenossenschaften haben sich in den letzten Jahrzehnten die wesensmäßigen Unterschiede zur Aktiengesellschaft verringert. Im Widerspruch zu dieser Annäherung in der Rechtswirklichkeit hat die abgeschlossene Reform des Aktienrechts die Unterschiede in der rechtlichen Ordnung noch vergrössert, weil analoge Anpassungen im Genossenschaftsrecht unterblieben.

S.3 Revisionsbedarf

Nach Auffassung der Groupe de réflexion kann es nicht darum gehen, das Rad der Geschichte zurückzudrehen und den Organisationen, die sich als Genossenschaften konstituiert haben, diese Rechtsform künftig zu versagen. Auch bei atypischen Gesellschaften erfüllt die Rechtsform der Genossenschaft legitime Bedürfnisse, denen die übrigen Gesellschaftsformen nicht gerecht werden. Doch ist der Entwicklung in der Praxis durch eine Revision des Genossenschaftsrechts und allenfalls besondere Bestimmungen für atypische Genossenschaften Rechnung zu tragen. Darüber hinaus und ganz allgemein geht es nach Auffassung der Groupe de réflexion vor allem darum, dort gleiche gesetzliche Grundlagen zu schaffen, wo sich die tatsächlichen Verhältnisse bei der AG und der Genossenschaft nicht wesentlich unterscheiden. Eine übereinstimmende Ordnung ist vorzusehen, wo es um eine angemessene Regelung wirtschaftlicher Betätigung geht und wo besondere Vorkehrungen im Hinblick auf Grossgesellschaften zu treffen sind. Die Vorschriften der Genossenschaft müssen dem revidierten Aktienrecht angepasst werden; darüber hinaus sind aber auch Differenzierungen zwischen den beiden Rechtsformen abzubauen, welche schon vor der Aktienrechtsrevision bestanden haben.

Die strengeren Bestimmungen des revidierten Aktienrechts, die im Hinblick auf die wirtschaftliche Bedeutung der AG oder im Interesse der Gläubiger, der Minderheitsaktionäre und der Allgemeinheit eingeführt wurden, sind ins Genossenschaftsrecht zu übernehmen. Zu denken ist insbesondere an die folgenden Regelungsbereiche:

- erhöhte Anforderungen an die Rechnungslegung (Gliederungsvorschriften, Bilanzanhang, einschränkende Regelung und Publizität hinsichtlich der stillen Reserven);
- besondere Publizitätsvorschriften für volkswirtschaftlich bedeutsame Gesellschaften;
- Qualifikation und Unabhängigkeit der Revisoren;
- Institut der Sonderprüfung;
- Übernahme der Kostenregelung für Anfechtungs- und Verantwortlichkeitsklagen.

vatrecht beschränken dürfen, sondern es ist insbesondere auch das Steuerrecht miteinzubeziehen.

Schliesslich wird zu untersuchen sein, ob weitere Zielsetzungen der Aktienrechtsreform auch im Genossenschaftsrecht übernommen, jedoch mit anderen Mitteln realisiert werden sollen:

- So stellt die Möglichkeit der Eigenfinanzierung viele Genossenschaften vor Probleme. Die Eigenart des variablen und überdies dispositiven Grundkapitals verbietet aber eine Übernahme der neuen aktienrechtlichen Ordnung. Vielmehr sind eigene Wege zu diskutieren.
- Ein wünschbares Ziel ist die Verstärkung der mitgliederschaftlichen Demokratie insbesondere bei Grossgesellschaften. Wiederum erscheint aber die Übernahme der aktienrechtlichen Ordnung weder sinnvoll noch machbar. Vielmehr stellt sich die Frage, wie die spezifisch für Grossgenossenschaften vorgesehenen Instrumente der Urabstimmung und der Delegiertenversammlung effektiver ausgestaltet werden können.
- Auch die Regeln des Gesellschafterwechsels - bei der Genossenschaft nach dem Prinzip des Ein- und Austritts und nicht der Uebertragung der Mitgliedschaft konzipiert - sind neu zu überdenken.

5.4 Folgerungen

Die Groupe de réflexion hält eine Revision des Genossenschaftsrechts für geboten.

6. Fusion, Spaltung und Umwandlung von Gesellschaften

6.1 Regelungsbedarf

Das schweizerische Recht regelt die Fusion und die Aenderung der Rechtsform nur unvollständig und zeichnet sich im Bereich der Umstrukturierung der Unternehmensträger durch mangelnde Flexibilität aus.

Bei der GmbH sowie bei Vereinen und Stiftungen ist die *Fusion* im Gesetz nicht geordnet. Ebensovienig ist die Fusion zwischen Gesellschaften verschiedener Rechtsform (rechtsformüberschreitende Fusion) und die Fusion zwischen Gesellschaften unterschiedlicher Nationalität (grenzüberschreitende Fusion) vorgesehen. Die fehlende gesetzliche Regelung führt zu erheblichen Rechtsunsicherheiten. Die Frage der Zulässigkeit der im Gesetz nicht vorgesehenen Fusionen und die Frage einer analogen Anwendung der Normen des Aktienrechts bleiben zumindest zum Teil unbeantwortet (vgl. dazu Frank Vischer, Drei Fragen aus dem Fusionsrecht, SZW 1993, S. 1 ff.).

Die Vorschriften zur Fusion entsprechen auch der Rahmenregelung der EG nicht. Der Sachbereich der Fusion wurde bei der abgeschlossenen Revision des Aktienrechts nicht miteinbezogen.

Die Bestimmungen zur Fusion im Aktien- und Genossenschaftsrecht beschränken sich vorwiegend auf den Schutz der Gläubiger des untergehenden Rechtsträgers (Art. 748 ff. und 914 OR). So hat das Verwaltungsorgan der übernehmenden Körperschaft einen Schuldeneruf zu erlassen und das Vermögen der aufgelösten AG oder Genossenschaft solange getrennt zu verwalten, bis deren Gläubiger befriedigt oder sichergestellt worden sind. Dieses Erfordernis der getrennten Vermögensverwaltung ist wenig praktikabel und geht weiter als die Gläubigerschutzvorkehrungen in ausländischen Gesetzen.

Die *Umwandlung* der Rechtsform eines Unternehmens ist im schweizerischen Recht nur für den Fall der Umwandlung einer AG in eine GmbH geregelt (Art. 824 ff. OR). Die Möglichkeit einer *Spaltung* von Gesellschaften ist rechtlich überhaupt nicht vorgesehen.

Die lückenhafte gesetzliche Regelung und die unsichere Rechtslage haben das Bundesamt für Justiz im Oktober 1992 veranlasst, Herrn Prof. Dr. Frank Vischer, Basel, zu beauftragen, einen Vorentwurf für eine Neuregelung der Fusion, Spaltung und Umwandlung auszuarbeiten.

Mit der Neuordnung soll eine grössere Beweglichkeit im Gesellschaftsrecht ermöglicht werden. Die Durchlässigkeit zwischen den verschiedenen Rechtsformen ist durch die Erweiterung der Möglichkeit einer Rechtsnachfolge nach dem Prinzip der Universalsukzession zu verbessern. Auch nach der Gründung eines Unternehmens soll dessen juristische Struktur veränderten Bedürfnissen angepasst werden können. Die Notwendigkeit einer Flexibilisierung des Gesellschaftsrechts wird allgemein auch in ausländischen Rechtsordnungen anerkannt; eine entsprechende Liberalisierung findet sich z.B. in der BRD, in Italien, Frankreich und Grossbritannien.

Die Neuordnung wird nicht zu einer Einschränkung der privatrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten führen, sondern den Rechtssubjekten des Gesellschaftsrechts neue Optionen eröffnen.

6.2 Elemente einer Neuregelung

6.2.1 Fusion

Die Fusion zwischen Rechtsträgern gleicher Rechtsform bedarf der Neuordnung. Zusätzlich können die Fusionsmöglichkeiten ausgedehnt werden auf die Fusion zwischen Rechtsträgern verschiedener Rechtsformen und die grenzüberschreitende Fusion. Beim rechtsformüberschreitenden Zusammenschluss ist insbesondere festzulegen, zwischen welchen Rechtsformen und unter welchen Bedingungen eine Fusion zulässig sein soll.

6.2.2 Spaltung

Durch die Einführung des Rechtsinstituts der Spaltung von Gesellschaften wird die Aufteilung und Neustrukturierung von Unternehmen erleichtert. Das Gesetz wird zu bestimmen haben, bei welchen Rechtsformen und unter welchen Bedingungen eine Spaltung möglich ist.

Unter einer *Spaltung* ist die vollumfängliche oder teilweise Uebertragung des Vermögens (Aktiven und Passiven) eines Rechtsträgers auf neue oder bestehende Rechtsträger gegen die Einräumung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten zu verstehen, wobei die Vermögensübertragung auf dem Wege der Universalsukzession erfolgt. Eine Spaltung kann auf *drei Arten* vorgenommen werden:

- Bei der sogenannten *Aufspaltung* geht der bisherige Rechtsträger unter, den Mitgliedern werden Mitgliedschaftsrechte an den Rechtsträgern eingeräumt, auf welche das Vermögen übertragen wird.
- Bei der *Abspaltung* bleibt der bisherige Rechtsträger bestehen; den Mitgliedern des übertragenden (bisherigen) Rechtsträgers werden zusätzliche Mitgliedschaftsrechte an denjenigen Rechtsträgern eingeräumt, auf welche Vermögensteile übertragen wurden.
- Auch bei der *Ausgliederung von Vermögensteilen* bleibt der übertragende Rechtsträger bestehen. Anders als bei der Abspaltung erhält hier der übertragende Rechtsträger *selbst* Mitgliedschaftsrechte an den Rechtsträgern eingeräumt, auf welche Vermögensteile übertragen wurden (z.B. Umwandlung in eine Holding-Gesellschaft).

Bei der Auf- und Abspaltung sind zudem, je nach der Zuteilung der neuen Mitgliedschaftsrechte, zwei verschiedene Ausgestaltungen möglich:

- Bei der *symmetrischen Spaltung* werden alle Mitglieder des übertragenden Rechtsträgers im Verhältnis ihrer bisherigen Beteiligung an den Rechtsträgern, auf welche Vermögensanteile übertragen wurden, beteiligt.

- Demgegenüber werden bei der *asymmetrischen Spaltung* die Mitglieder des übertragenden Rechtsträgers nicht proportional an allen begünstigten Rechtsträgern beteiligt; sie erhalten gruppenweise Mitgliedschaftsrechte verschiedener Rechtsträger zugewiesen. Unter den Mitgliedern des bisherigen Rechtsträgers wird damit eine Aufteilung vorgenommen. Dieser Anwendungsfall der Spaltung kann beispielsweise die Teilung einer Familien-AG ermöglichen.

6.2.3 Vermögensübertragung

Für die Vermögens- oder Geschäftsübernahme sieht Artikel 181 OR keine Universalsukzession vor; lediglich die Passiven gehen von Gesetzes wegen über, während die Aktiven unter Beachtung aller jeweils geltenden Formvorschriften einzeln übertragen werden müssen. Ergänzend zur Ausgliederung kann neu die Uebertragung eines Geschäftsvermögens als Ganzes oder als Vermögensteil (im Sinne einer Geschäftseinheit) auf dem Wege der Universalsukzession ermöglicht werden, wobei die Gegenleistung an den übertragenden Rechtsträger nicht in Anteilen des übernehmenden Rechtsträgers besteht (sonst liegt eine Ausgliederung vor).

6.2.4 Umwandlung

Die Möglichkeit einer liquidationslosen Umwandlung eines Unternehmens von einer Rechtsform in eine andere stellt eine Grundvoraussetzung für die Flexibilisierung unter den verschiedenen Rechtsformen des Gesellschaftsrechts dar und dürfte in der Praxis einem verbreiteten Bedürfnis entsprechen. Erweist sich im Verlaufe der Zeit, dass eine andere Rechtsform besser geeignet wäre, als die bei der Gründung gewählte, soll durch eine Umwandlung die Anpassung an veränderte Verhältnisse und eine optimale rechtliche Strukturierung des Unternehmens erfolgen können.

Die Umwandlung steht im Zusammenhang mit der Neuregelung der Fusion. Wird eine rechtsformenübergreifende Fusion zugelassen, ist konsequenterweise auch die liquidationslose Umwandlung zu ermöglichen. Es wäre systematisch inkonsistent, beispielsweise einerseits die Absorption einer GmbH durch eine AG zu gestatten, andererseits aber die Umwandlung einer GmbH in eine AG zu verwehren.

Das Gesetz hat festzulegen, unter welchen Voraussetzungen und in welche Rechtsformen ein Rechtsträger umgewandelt werden darf. Eine juristische Person sollte grundsätzlich nicht in eine Rechtsform ohne juristische Persönlichkeit umgewandelt werden können, wohl aber wäre die Umwandlung einer Einzelfirma oder Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft vorzuziehen. Den Besonderheiten der Vereine, Stiftungen und Genossenschaften muss durch eine Begrenzung der Gestaltungsmöglichkeiten Rechnung getragen werden.

Sollte später im OR ein allgemeiner Teil des Gesellschaftsrechts oder ein Titel mit gemeinsamen Bestimmungen für alle Unternehmensträger geschaffen werden, können die hier besprochenen Regelungsbereiche miteinbezogen werden.

Die Bestimmungen zur grenzüberschreitenden Fusion werden ins Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) eingefügt.

6.4 Steuerrechtliche Fragen

Die vorgeschlagenen Instrumente zur Rechtsgestaltung dienen dem Zweck, eine grössere Beweglichkeit innerhalb der Gesellschaftsformen zu schaffen und eine optimale rechtliche Strukturierung der Unternehmensträger zu ermöglichen. Dies setzt voraus, dass die neuen vom Privatrecht angebotenen Möglichkeiten nicht durch steuerrechtliche Vorschriften behindert werden. Zivilrechtliches Grundprinzip bei allen vorgesehenen Rechtsgestaltungen ist die Anwendung der Regeln über die Universalzession. Wenn die Neuerungen nicht leerlaufen sollen, dann müssen sie steuerrechtlich neutral sein.

Inbesondere bei der Spaltung stellt sich die Frage, ob der steuerrechtliche Tatbestand der Liquidation oder Teilliquidation gegeben ist. Solange jedoch keine Vermögenswerte aus dem Unternehmen herausfliessen oder nur bei einer Aufgliederung eines Unternehmens auf einen neuen Unternehmensträger verlagert werden und solange die Beteiligungsverhältnisse mehrheitlich (zu mindestens 51 %) unverändert bleiben, darf keine steuerpflichtige Liquidation angenommen werden. Steuerrechtliche Überlegungen dürfen die privatrechtliche Ausgestaltungsfreiheit nicht unterlaufen. Die Erschwerung von Umstrukturierungen liegt weder im Interesse der Wirtschaft noch der Öffentlichkeit.

Auch bei Fusionen können die heutigen Steuergesetze und -praxen, obgleich der Grundsatz der Steuerneutralität gilt, überraschende Steuerfolgen bewirken.

Es ist deshalb entscheidend, dass gleichzeitig mit der angestrebten Neuregelung im Zivilrecht den steuerrechtlichen Aspekten durch die erforderlichen Modifikationen der massgeblichen Abgabengesetze des Bundes (und konsequenterweise auch im Steuerharmonisierungsgesetz) -Rechnung getragen wird.

6.5 Folgerungen

Die Gruppe de réflexion betont den Handlungsbedarf in diesem Bereich und begründet die Schaffung eines Gesetzes über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Gesellschaften, Genossenschaften, Vereinen und Stiftungen. Die Neuregelung der Fusion und der Spaltung wird im Sinne einer freiwilligen Angleichung an das EG-Recht die Vorschriften der 3. und 6. EG-Richtlinie zu beachten haben (s. oben 2.6). Ferner müssen zwingend auf der Ebene des Steuer-

Mit dem neuen Rechtsinstitut der Umwandlung kann ein berechtigtes Anliegen verschiedener parlamentarischer Vorstösse erfüllt werden (s. oben 3.1.2 und 3.5.1).

6.2.5 Schutz von Minderheiten und Gläubigern; Verantwortlichkeit

Bei allen aufgeführten Instrumenten einer rechtlichen Umstrukturierung sind die Mitglieder der betroffenen Rechtsträger sowie die Gläubiger angemessen zu schützen.

Das Gesetz muss sicherstellen, dass den Mitgliedern von Rechtsträgern, die in eine Umstrukturierung miteinbezogen werden, alle für ihre Entscheide notwendigen Informationen zur Verfügung stehen.

Ergibt sich für die Mitglieder durch eine Umwandlung oder eine rechtsformen- oder grenzüberschreitende Fusion eine verschärfte Haftung, muss den nicht zustimmenden Anteilsinhabern die Übernahme ihrer Anteile angeboten werden.

Werden die bisherigen Mitglieder bei einer Spaltung nicht proportional an allen neuen Rechtsträgern beteiligt (asymmetrische Spaltung; s. oben), lassen sich Minderheiten nur durch das Erfordernis der Einstimmigkeit vor einer Überverteilung schützen.

Die Gläubiger erscheinen insbesondere da als schutzbedürftig, wo ihnen durch eine rechtliche Umgestaltung ein Teil des Haftungssubstrats entzogen oder dieses verändert wird. Es stellt sich die Frage, ob allenfalls bei der Fusion und Umwandlung auf entsprechende Vorkehrungen verzichtet werden kann, sofern Gläubiger nicht zumindest eine Gefährdung ihrer Ansprüche glaubhaft machen. Es bleibt zu entscheiden, ob Massnahmen zum Schutz der Gläubiger vor oder nach dem Vollzug der Rechtsänderung anzusetzen sind.

Ferner sind Verantwortlichkeitsbestimmungen für alle an den Rechtsgestaltungsvorgängen mitwirkenden Personen vorzusehen.

6.3 Regelungsstandort

Es ist eine Frage der Rechtstechnik, ob die neuen Vorschriften ins Obligationenrecht (allenfalls ins Zivilgesetzbuch) integriert werden oder in einem Sondergesetz Platz finden sollen.

Die Gruppe de réflexion spricht sich für ein Sondergesetz aus, weil sowohl die im OR als auch die im ZGB vorgesehenen Rechtsformen erfasst werden. Ein Sondergesetz erscheint auch für eine rasche Realisierung des Gesetzgebungsprojekts vorteilhaft und entspricht dem Umfang und dem geschlossenen inneren Zusammenhang der Regelung.

rechts die Voraussetzungen für die angestrebte Flexibilisierung unter den Rechtsformen geschaffen werden; die Steuerneutralität der entsprechenden Umstrukturierungsmassnahmen ist unabdingbar.

7. Konzernrecht

7.1 Parlamentarische Vorstösse

Im Parlament wurde schon vor geraumer Zeit die Schaffung eines Konzernrechts verlangt:

Postulat Arnold Koller vom 26.6.1973:

*Konzerne spielen in der schweizerischen Wirtschaft eine dominierende Rolle. Ihre Zahl nimmt infolge der Unternehmenskonzentration ständig zu. Das schweizerische Recht kennt keine gesetzliche Regelung der Konzerne. Das geltende Gesellschaftsrecht, auf das sich die modernen Unternehmensverbindungen stützen, vermag in verschiedener Hinsicht (Publizität, Schutz der Gläubiger, der Minderheitsaktionäre, der Öffentlichkeit) nicht mehr zu genügen.
Der Bundesrat wird daher ersucht, den eidgenössischen Räten beförderlich den Entwurf eines Bundesgesetzes über Konzerne vorzulegen.*

Postulat Muheim vom 11.12.1978:

(...) Der Bundesrat wird ferner eingeladen, eine weitere Teilrevision des Aktienrechts in die Wege zu leiten, die sich namentlich auf folgende Punkte bezieht:
- *Konzerne.
(der Rest des Postulates wurde im Rahmen der Aktienrechtsrevision abgeschrieben, s. Botschaft, Sonderdruck S. 38 f.)*

Weiter visiert ein zusätzlicher Vorstoss u.a. eine Regelung der Probleme konzernrechtlicher Mitteilungspflichten und die Offenlegung von Beteiligungen an, welche gemäss der Botschaft des Bundesrates zur abgeschlossenen Aktienrechtsrevision im Zusammenhang mit einem Konzernrecht vorzusehen sind (Botschaft, Sonderdruck S. 39):

Postulat Oehler vom 25.6.1973:

Die geltende Rechtsordnung kennt keine umfassenden Grundsätze oder Vorschriften über die Publikationspflichten der juristischen Personen. Aus diesem Grunde können u.a. Aktientransaktionen vorgenommen werden, die weder im Sinne unserer Wirtschaft, noch im Sinne der Allgemeinheit sind.

Der Bundesrat wird eingeladen, den eidgenössischen Räten Bericht und Antrag für ein Publizitätsgesetz vorzulegen. Dabei soll bestimmt werden, dass Aktientransaktionen, die gesamthaft einen bestimmten Umfang übersteigen, veröffentlicht oder mindestens gemeldet werden.

7.2 Inhalt eines Konzernrechts

Konzerne sind in der schweizerischen Wirtschaft immer häufiger anzutreffen. Dessen ungeachtet geht das Gesellschaftsrecht in der Regel (vgl. aber unten 7.3 und 7.4) vom Leitbild einer rechtlich, wirtschaftlich und organisatorisch selbständigen Gesellschaft aus.

Wollte man den wirtschaftlichen Tatbestand der Unternehmensgruppe rechtlich umfassend normieren, müsste ein Konzernrecht geschaffen werden, das namentlich die folgenden Hauptfragen regelt:

- Konzerndefinition
Es ist zu umschreiben, auf welche Gruppen von Unternehmen die Konzernrechtsregeln zur Anwendung gelangen (Vertragskonzern / faktischer Konzern).
- Konzernmeinung
Die Regelung des Konzerngangs bestimmt die Voraussetzungen und Folgen der Einbindung einer bisher eigenständigen Gesellschaft in einen Konzern. Dabei sind insbesondere die Fragen einer Auskaufspflicht und eines Auskaufsrechts der Obergesellschaft gegenüber den Minderheitsaktionären der neuen Untergesellschaft zu entscheiden.
- Konzernpublizität
Vorzusehen ist eine Pflicht zur Offenlegung der erfolgten Konzernierung.
- Konzern-Rechnungslegung
In Unternehmensgruppen vermag nur eine konsolidierte Jahresrechnung Aufschluss über den Geschäftsgang zu geben.
- Konzernleitung
Das Leitungsrecht und die Leitungspflicht der Obergesellschaft müssen bestimmt werden. Dabei ist das zulässige Mass einer Instrumentalisierung der Untergesellschaften zu umschreiben, und es sind die Folgen zu bestimmen, die sich für die Organe der Ober- und Untergesellschaft aus der Konzernleitung durch die Obergesellschaft ergeben.
- Konzernminderheitenschutz
Bestimmungen zum Konzernminderheitenschutz dienen der Wahrung der Rechtsstellung von aussenstehenden Minderheitsaktionären in Untergesellschaften gegenüber der Interessenverfolgung durch die Obergesellschaft nach einer Eingliederung eines Unternehmens in einen Konzern (beim Vorgang der Konzernierung steht das Konzerngangsrecht Vorschriften zum Schutz der Minderheiten vor).
- Konzern-Organverantwortlichkeit
Es bedarf der Klarstellung, ob die Obergesellschaft selbst sowie die Mitglieder der Konzernleitung als faktische Organe einer Untergesellschaft gegenüber deren Minderheitsaktionären haftbar sind (ausserhalb der Insolvenz der Untergesellschaft).

- Konzern-Insolvenz
Fällt eine Untergesellschaft in Konkurs, stellt sich die Frage, inwiefern ein Durchgriff zugunsten ihrer Gläubiger auf das Substrat der Obergesellschaft oder einer anderen Untergesellschaft möglich ist; dabei entsteht das Problem der Konkurrenz der verschiedenen Gläubigerkreise. Weiter wären die Organverantwortlichkeiten im Insolvenzfall einer Unter- oder Obergesellschaft zu umschreiben.

- Konzernvertragsrecht
Das Konzernvertragsrecht regelt die Frage einer Einheitsbehandlung von Konzernen gegenüber den Vertragspartnern einzelner Konzerngesellschaften.

- Konzern-Steuerrecht
Auch das Steuerrecht müsste dem Konzernverhältnis Rechnung tragen. Dabei geht es namentlich um die Frage einer konsolidierten Steuererklärung sowie um die Voraussetzungen und Steuerfolgen des Eintritts in den Konsolidierungskreis bzw. des späteren Austritts.

7.3 Konzernrechtlich relevante Bestimmungen im revidierten Aktienrecht

In der Schweiz fehlt bis heute ein eigentliches Konzernrecht, dennoch trägt das revidierte Aktienrecht den spezifischen Verhältnissen in Konzernen in bestimmten Punkten Rechnung. In weiteren Fragen kommt den allgemeinen aktienrechtlichen Vorschriften im Konzernverhältnis eine besondere Bedeutung zu (es soll hier nur auf einige wichtige Bereiche hingewiesen werden):

- Konzerndefinition
Einleitend zu den Bestimmungen über die Konzernrechnung gibt das Gesetz eine Definition des Konzerns. Danach liegt ein Konzern vor, wenn eine Gesellschaft durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise eine oder mehrere weitere Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammenfasst (Leitungsprinzip; Art. 663e Abs. 1 OR). Dieser Konzerndefinition kommt jedoch im Aktienrecht keine allgemeine Bedeutung zu; sie ist ausserhalb der Bestimmungen zur Konzernrechnung nicht anwendbar.
- Konzerneingang
Führt die Eingliederung eines bisher selbständigen Unternehmens in einen Konzern zu einer weitgehenden Instrumentalisierung der neuen Untergesellschaft, erscheint es erforderlich, in den Statuten den Gesellschaftszweck zu modifizieren. Für einen entsprechenden Generalversammlungsbeschluss wird eine qualifizierte Mehrheit benötigt (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR) allenfalls bei Aufgabe der Gewinnstrebigkeit sogar die Zustimmung sämtlicher Aktionäre (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR).
Der daraus resultierende Minderheitenschutz bei der Konzernierung ist allerdings von beschränkter Tragweite, da er nur bei einer effektiven Instrumentalisierung greifen kann. Solange nicht die Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft aufgegeben wird, müssen die konzernfremden Aktionäre zudem über eine Sperrminorität für wichtige Beschlüsse (Art. 704 OR)

verfügen, um sich einer Änderung des Gesellschaftszweckes widersetzen zu können (zu einem weitergehenden Minderheitenschutz bei der Konzernierung s. 7.5.1). Bei der Eingliederung in einen Konzern ergibt sich für Minderheitsaktionäre ferner ein gewisser Schutz aus dem Gleichbehandlungsgebot (Art. 717 OR).

- Konzern-Publizität

Nach dem revidierten Aktienrecht müssen Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien ihre bedeutendsten Aktionäre (ab Beteiligungen von mehr als 5 Prozent der Stimmrechte) im Anhang zur Jahresrechnung bekanntgeben (Art. 663c OR; s. dazu auch die ergänzenden Bestimmungen des Entwurfs zu einem Börsengesetz, unten 7.4). Dies bewirkt die Offenlegung von Konzernverhältnissen bei Konzernuntergesellschaften, die Publikumsgesellschaften sind. Auch Gesellschaften ohne börsenkotierte Aktien haben im Anhang zur Jahresrechnung alle Beteiligungen aufzuführen, die für die Beurteilung der Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft wesentlich sind (Art. 663b Ziff. 7 OR).

- Konzern-Rechnungslegung

Neu wird eine konsolidierte Jahresrechnung vorgeschrieben, wobei Kleinkonzerne von der Konsolidierung befreit sind (Art. 663e ff., 663h, 697h und 731a OR). Damit wird einer der zentralen Punkte eines Konzernrechts geregelt.

- Konzernleitung

Aus der Konzerndefinition des Rechnungslegungsrechts (Art. 663e Abs. 1 OR) lässt sich schliessen, dass der Gesetzgeber eine einheitliche Leitung einer Unternehmensgruppe grundsätzlich anerkennt. Verschiedene Bestimmungen des Aktienrechts erweisen sich jedoch als Schranken für eine einheitliche Leitung (vgl. Art. 716a und 717 und unten 7.5.3).

- Konzernminderheitenschutz

Aus einer Reihe von Vorschriften ergibt sich ein gewisser Schutz für konzernfremde Minderheitsaktionäre einer Untergesellschaft, so insbesondere aus der Verpflichtung des Verwaltungsrates, die Interessen der Gesellschaft zu wahren und die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln (Art. 717 OR), aber auch aus der Konsolidierungspflicht (Art. 663e OR), dem Verbot verdeckter Gewinnausschüttungen (Art. 678 OR), der Unwirksamkeit des Stimmkraftprivilegs von Stimmrechtsaktien und dem Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit bei bestimmten Generalversammlungsbeschlüssen (Art. 693 Abs. 3 bzw. Art. 704 OR), dem Auskunftsrecht (Art. 697 OR), der Sonderprüfung (Art. 679a ff. OR) sowie dem bedingten Erfordernis einer konzernunabhängigen Revisionsstelle (Art. 727c Abs. 2 OR).

- Berücksichtigung von Konzernverhältnissen in anderen Fragen

Bei der gesetzlichen Regelung des Erwerbs eigener Aktien wird der Erwerb von Aktien durch eine mehrheitlich beherrschte Tochtergesellschaft dem Erwerb durch die Muttergesellschaft gleichgestellt (Art. 659b und 663b Ziff. 10 OR). Die Konzerndefinition des Konzernrechnungslegungsrechts (Art. 663e Abs. 1 OR) kommt hier nicht zur Anwendung; erfasst werden nur Mehrheitsbeteiligungen (s. dazu Anne Petitpierre-Sauvain, L'acquisition indirecte par la société de ses propres actions, SZW 1992, S. 220 ff.).

- Erleichterungen für Obergesellschaften (Holding-Privilegien)
Konzernobergesellschaften, die unter den Begriff der Holdinggesellschaft fallen, geniessen gewisse Privilegien betreffend die Bildung gesetzlicher Reserven (Art. 671 Abs. 4 OR) sowie betreffend die Nationalitätsvorschriften für die Zusammensetzung des Verwaltungsrates (Art. 708 Abs. 1 OR).

7.4 Konzernrechtlich relevante Bestimmungen im Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel

Auch der Entwurf des Bundesrates für ein Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG; Botschaft in BB I 1993 I 1369 ff.) enthält Bestimmungen von konzernrechtlicher Relevanz.

- Konzern-Publizität

Eine Meldepflicht betreffend den Erwerb und die Veräusserung von wesentlichen Beteiligungen ergänzt die Vorschriften des Aktienrechts; die Gesellschaften müssen die ihnen mitgeteilten Informationen veröffentlichten (Art. 20, 21, 39 und 50 BEHG). Das Anliegen des Postulats Oehler (oben 7.1) dürfte damit erfüllt sein.

- Konzernleitung

Die im Entwurf zum Börsengesetz vorgesehenen Bestimmungen zum öffentlichen Kaufangebot (Art. 22 ff. BEHG) enthalten Regeln für den Konzernierungsvorgang, welche von erheblicher Bedeutung sind; allerdings sollen die entsprechenden Vorschriften nur Anwendungen finden, soweit Gesellschaften mit börsenkotierten Beteiligungspapieren sich ihnen freiwillig unterstellen.

Wer beim Erwerb von Aktien einen Beteiligungsanteil von 33 1/3 Prozent der Stimmrechte einer Gesellschaft überschreitet, wird verpflichtet, ein Angebot auf alle an der Börse zum Handel zugelassenen Beteiligungspapiere dieses Unternehmens zu veröffentlichen; konzernfremden Minderheitsaktionären einer neuen Untergesellschaft muss also der Austritt angeboten werden (Art. 30 BEHG; Uebergangsregelung betreffend die im Zeitpunkt des Inkrafttretens bestehenden Untergesellschaften in Art. 51 BEHG).

Nach einem öffentlichen Kaufangebot kann eine verbleibende Minderheit von weniger als 2 Prozent ausgekauft werden (Art. 31 BEHG).

7.5 Weiterer Handlungsbedarf

7.5.1 Konzernleitung

Bei der Eingliederung einer bisher selbständigen Gesellschaft in einen Konzern sind die Minderheitsaktionäre der neuen Untergesellschaft (oft wohl ohne ironische Absicht als "freie Aktionäre" bezeichnet) häufig in einer prekären Rechtslage; dabei ist die Gefährdung ihrer Interessen spezifischer und akuter als bei Minderheitsaktionären in einer unabhängigen Gesellschaft:

716a des revidierten Aktienrechts eine Reihe von unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates auf. Verletzt ein Verwaltungsrat diese Pflichten wird er gegenüber den Minderheitsaktionären und Gläubigern einer Untergesellschaft persönlich haftbar, auch wenn er auf Anweisung der Geschäftsleitung der Obergesellschaft gehandelt hat. Eine Missachtung der Interessen der Untergesellschaft kann zudem für deren Verwaltungsräte auch von strafrechtlicher Relevanz sein (ungetreue Geschäftsführung, Art. 159 StGB).

7.5.4 Konzern-Organverantwortlichkeit und Konzern-Insolvenz

Wird der Konzernleitung gesetzlich das Recht eingeräumt, den Verwaltungsräten Weisungen zu erteilen, dürfen dadurch jedoch die Ansprüche der Minderheitsaktionäre nicht beschnitten werden, und auch die Gläubiger der Untergesellschaften sind vor Benachteiligungen zu schützen. Wird also ein formelles Konzernleitungsrecht geschaffen, muss ebenfalls die Konzernverantwortlichkeit und die Konzern-Insolvenz geordnet werden (s. oben 7.2).

7.5.5 Konzernsteuerrecht

Ausserhalb des Gesellschaftsrechts käme einer Berücksichtigung des Konzerns im Steuerrecht vorrangige Bedeutung zu (in der Schweiz ist heute noch keine konsolidierte Steuererklärung möglich).

7.6 Anwendung des geltenden Rechts auf Konzerne

Wie bereits erläutert wurde, enthält das revidierte Aktienrecht eine Reihe von Bestimmungen mit konzernrechtlicher Relevanz (oben 7.3). Das geltende Recht gibt aber auch gewisse Antworten auf andere Fragen, die sich aus Handlungsabläufen im Konzern ergeben. Dabei muss man sich jedoch der Schwierigkeiten bewusst sein, die bei der Anwendung der geltenden Vorschriften auf Konzerne entstehen (dazu s. Roland von Büren, Der Konzern im neuen Aktienrecht, in: Grundfragen des neuen Aktienrechts, Bern 1993, S. 47ff.). Es darf auch nicht übersehen werden, dass die von der Praxis entwickelten Lösungen von den Gerichten noch nicht in schlüssiger Weise beurteilt worden sind.

- Konzernleitung

Artikel 716a OR legt die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates fest. Bei der Beurteilung der Frage, ob die Führungsstruktur im Konzern mit dieser Bestimmung vereinbar ist, muss davon ausgegangen werden, dass diese Vorschrift keine absolute Unabhängigkeit der Mitglieder des Verwaltungsrates verlangt. Eine völlige Unabhängigkeit ist auch bei selbständigen Gesellschaften oft nicht gegeben (man denke an das Verhältnis zu Grossaktionären). Artikel 716a OR verbietet Weisungen der Obergesellschaft an die Verwaltungsräte von Untergesellschaften nicht, solange diese eine Aufforderung zur Ausrichtung der eigenverantwortlichen Entscheide auf konvergente Interessen darstellen und nicht einen Befehl zur Verletzung von divergierenden Interessen der Untergesellschaft.

Namentlich ist es einer Obergesellschaft möglich, die finanziellen Ressourcen einer Untergesellschaft für sich zu nutzen; sie kann im Interesse des Gesamtkonzerns auch den sachlichen und räumlichen Geschäftskreis einer Untergesellschaft einschränken oder wichtige Teile des Produktportfolios förmlich oder formlos übernehmen. Umgekehrt kann der Untergesellschaft auch der Konzernrückhalt zugutekommen. Der für Minderheitsaktionäre per Saldo entstehende Schaden kann beträchtlich, aber schwierig nachzuweisen sein. Einen befriedigenden Schutz für Minderheitsaktionäre wird daher oft nur ein Austrittsrecht bei der Eingliederung einer Gesellschaft in einen Konzern darstellen können. In die gleiche Richtung weist die im Börsengesetz vorgesehene Angebotspflicht (s. oben 7.4).

Würde der Austritt von Minderheitsaktionären bei einer Konzernierung vorgesehen, wäre auch der Auskauf von verbleibenden kleinen Minderheiten zu ermöglichen.

7.5.2 Konzernpublizität

Für Gesellschaften, deren Beteiligungspapiere nicht börsenkotiert sind (vgl. Art. 663c OR und Art. 20 f. BEHG), fehlen Vorschriften über die Konzernpublizität. Es müsste eine allgemeine Offenlegung des Konzernatbestandes vorgesehen werden.

7.5.3 Konzernleitung

Auch mit dem neuen Aktienrecht und dem zukünftigen Börsengesetz bleiben die Konzernleitung durch die Organe der Obergesellschaft und die sich daraus ergebenden Folgen (Schutz der Minderheitsaktionäre und der Gläubiger einer Untergesellschaft) ungerührt. Da das Gesellschaftsrecht mit Ausnahme der besprochenen Punkte grundsätzlich von selbständigen Einzelgesellschaften ausgeht, führt dies gerade betreffend die Konzernleitung zu verschiedenen Problemen.

Obschon ein Konzern formell aus verschiedenen juristischen Einheiten besteht, wird er in der Regel durch die Organe der Obergesellschaft als Ganzes geführt, wobei die Interessen der einzelnen Gesellschaften den Interessen des Gesamtkonzerns untergeordnet werden. Vielfach amten Verwaltungsräte und Mitglieder der Geschäftsleitung der Obergesellschaft zugleich als Organe von Untergesellschaften, oder deren Verwaltungsräte werden durch die Konzernleitung bestimmt. Zur Verfolgung der Konzerninteressen erhalten die Verwaltungsräte von Untergesellschaften Weisungen; solche Eingriffe können jedoch dem Interesse der untergeordneten Gesellschaft zuwiderlaufen. Es stellt sich damit die Frage, ob, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang die Obergesellschaft in die Geschicke der Untergesellschaften eingreifen darf.

Trotz einer einheitlichen Konzernleitung tragen die Verwaltungsräte der Untergesellschaften rechtlich die volle Verantwortung für die Erfüllung ihrer gesetzlichen Pflichten. Nach Artikel 717 OR haben die Mitglieder des Verwaltungsrates sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren. Ferner führt Artikel

Artikel 716a OR umschreibt aber den Verantwortlichkeitsbereich des Verwaltungsrates und verbietet nach Schweizer Recht, jedenfalls bei Existenz von "freier" Aktionären, die völlige Instrumentalisierung.

Schwieriger ist es, die Vereinbarkeit der Organisation der Konzernleitung mit der Sorgfaltspflicht nach Artikel 717 OR zu beurteilen, wonach die Mitglieder des Verwaltungsrates die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren haben.

Konzern-Organverantwortlichkeit und Konzern-Insolvenz

Die Mitglieder des Verwaltungsrates einer Unternehmung, die ihre von Artikel 716a OR festgelegten Aufgaben nicht im Interesse der Gesellschaft ausüben, sind persönlich für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich; dies gilt auch dann, wenn sie auf Weisung der Obergesellschaft gehandelt haben. Aus diesem Grund erhalten die Mitglieder des Verwaltungsrates von Unternehmungen oft die vertragliche Zusage der Obergesellschaft, dass diese für die Folgen, die sich aus Weisungen der Konzernleitung ergeben, aufkommen wird (die Mitglieder des Verwaltungsrates von Unternehmungen können sich mangels vertraglicher Abrede auch auf Art. 402 Abs. 2 OR berufen, solange es sich nicht um rechtswidrige Weisungen handelt). Es ist auch denkbar, die Obergesellschaft wie ein faktisches Organ der Unternehmung zu behandeln. Diese Lösung wurde jedoch noch nie gerichtlich beurteilt und beseitigt jedenfalls den Charakter des Verhaltens der Mitglieder des Verwaltungsrates als unerlaubte Handlung nicht, weder auf der vertraglichen noch auf der deliktischen noch auf der strafrechtlichen Ebene.

Minderheitenschutz

Die neuen aktienrechtlichen Vorschriften zum Minderheitenschutz, insbesondere das neuerdings gesetzlich verankerte Gleichbehandlungsgebot (Art. 717 Abs. 2 OR), das Institut der Sonderprüfung (Art. 697a ff. OR) und die vorgesehene Möglichkeit der Verteilung der Prozesskosten bei der Verantwortlichkeitsklage ausser Konkurs (Art. 756 Abs. 2 OR) verbessern ebenfalls den Rechtsschutz von Minderheitsaktionären in Unternehmungen (s. auch oben 7.3). Das tut auch die neukonzipierte Auflösungsklage, welche bei Vorliegen wichtiger Gründe ein Ausscheiden von Minderheiten ermöglicht (Art. 736 Ziff. 4 OR, s. auch oben 3.4.2 lit. d).

Was die Eingliederung einer Gesellschaft in einen Konzern betrifft, enthält das geltende Recht demgegenüber keine Vorschriften. Entsprechende Bestimmungen sind im Rahmen der fakultativen Regelung des öffentlichen Kaufangebots im Entwurf zu einem Börsengesetz vorgesehen, so eine Pflicht zum Auskauf der Minderheitsaktionäre bei einer Kontrollübernahme (s. oben 7.4); diese Vorschriften sind jedoch umstritten und von vorneherein auf Publikumsgesellschaften beschränkt.

Die Gruppe de réflexion erachtet es insgesamt als sinnvoll, bei der Frage einer gesetzlichen Ordnung der Konzerne die ersten Erfahrungen bei der Anwendung des revidierten Aktienrechts auszuwerten.

7.7 Bedenken gegen die Schaffung eines formellen Konzernrechts

7.7.1 Nachteile eines besonderen Konzernrechts

Für die rechtliche Ordnung der Konzernverhältnisse stehen zwei grundsätzlich verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung: die Schaffung eines formellen, in sich geschlossenen Konzernrechts einerseits, die punktuelle Regelung konzernspezifischer Fragen (Sondervorschriften) im Rahmen des übrigen Gesellschaftsrechts andererseits.

Bis heute wurden in keiner Rechtsordnung alle konzernrelevanten Regelungsbereiche in einem geschlossenen Konzernrecht zusammengefasst. Am weitesten in diese Richtung ist bisher Deutschland gegangen. Das deutsche Modell eines formellen Konzernrechts erwies sich jedoch nicht als wegleitend, da vom international weitgehend unbekanntem Vertragskonzern mit einer vollständigen Instrumentalisierung der Unternehmung ausgegangen wird. Bei den schweizerischen Konzernen handelt es sich demgegenüber fast ausschliesslich um faktische Konzerne, welche auf einer Kapitalbeteiligung beruhen und schon aus steuerlichen Gründen als relativ eigenständige Wirtschaftseinheiten konzipiert sind.

In anderen Ländern begünstigte man sich mit einer punktuellen Regelung, die jedoch teilweise etwas weitergeht als das schweizerische Recht. Ein auf dem deutschen Modell aufgebautes Projekt der EG wurde abgebrochen; die EG-Kommission verzichtete auf die Vorlage eines Richtlinienvorschlages (ein verwaltungsinterner Entwurf ist publiziert in: Marcus Lutter, Europäisches Unternehmensrecht, 3. Auflage, Berlin/New York 1991).

7.7.2 Grenzüberschreitende Ordnungsbereiche

Praktisch alle wichtigen schweizerischen Konzerne sind transnational. Mit einem über die heutigen Vorschriften hinausgehenden Konzernrecht entstünden Schwierigkeiten bei grenzüberschreitenden Konzernen, da sich jeweils nur die schweizerischen Unter- oder Obergesellschaften erfassen liessen. So erscheint es für Schweizer Kläger wenig aussichtsreich, eine Obergesellschaft mit Sitz im Ausland aufgrund schweizerischer Vorschriften zur Konzern-Organverantwortlichkeit oder zur Konzerninsolvenz zu belangen. Umgekehrt wäre es für ausländische Kläger attraktiv, aufgrund strenger Konzernrechtsnormen eine in der Schweiz domizillierte Obergesellschaft zu belangen. Konzernrechtliche Vorschriften sind jedoch nur dann sinnvoll, wenn die Rechtsfolgen grundsätzlich auf den ganzen Konzern, d.h. auf Ober- und Untergesellschaft, Anwendung finden. Wohl wäre denkbar, auch ausländischen Obergesellschaften ein formelles Eingriffsrecht in die Geschäftsführung schweizerischer Unternehmungen einzuräumen; dies würde aber als Korrelat Vorschriften zur Konzern-Organverantwortlichkeit und zur Konzern-Insolvenz bedingen, die international durchsetzbar wären. Konzernrechtsnormen verlieren weitgehend ihren Sinn, wenn sie nur auf ein Teilglied eines Konzerns anwendbar sind.

Da internationale Strukturen in der Regel zu den Wesensmerkmalen zumindest von grösseren Konzernen gehören und eine autonome Ordnung die Gefahr von Standortnachteilen in sich birgt (s. unten 7.7.3), stellt sich das Konzernrecht als Materie dar, die nur internationalrechtlich

8. Stiftungsrecht

Angesichts der Tatsache, dass der Bundesrat den Entwurf zu einer Revision des Stiftungsrechts bereits in Vernehmlassung gegeben hat, verzichtete die Gruppe de réflexion auf weitere Erörterungen.

9. Wertpapierrecht

Das Wertpapierrecht müsste den realen Verhältnissen angepasst werden (papierloses Wertpapier). Viele offene Fragen wären gesetzlich zu regeln, so namentlich die nichtmaterialisierten Wertrechte (s. dazu Dieter Zobl /Claude Lambert, Zur Enmaterialisierung der Wertpapiere, SZW 1991 S. 177 ff.).

Die Groupe de réflexion hält eine Regelung der nicht materialisierten Wertrechte grundsätzlich für wünschenswert, erachtet sie aber unter Berücksichtigung des übrigen Revisionsbedarfs nicht für vordringlich; auf eine weiterführende materielle Diskussion wurde daher verzichtet.

10. Diverses

Artikel 962 OR regelt die Pflicht zur Aufbewahrung der Geschäftsbücher. Die Betriebsrechnung und die Bilanz sind im Original aufzubewahren; die übrigen Geschäftsbücher können ebenfalls als Aufzeichnungen auf Bildträgern aufbewahrt werden. Nur für die Geschäftskorrespondenz und die Buchungsbelege ist die Aufbewahrung wahlweise auch auf Datenträgern möglich.

Von verschiedener Seite wird gewünscht, die Aufbewahrung weitergehend auf Datenträgern zuzulassen.

Es erscheint sinnvoll, einer Expertenkommission zum Rechnungslegungsrecht auch die Frage einer Revision von Art. 962 Abs. 2 OR zur Prüfung zuzuweisen. Dabei werden beweistechnische Fragen mizubersichtigen sein.

befriedigend geregelt werden kann. Ein rein schweizerisches Konzernrecht würde deshalb möglicherweise mehr Probleme schaffen, als es zu lösen vermöchte. Werden jedoch in einem internationalen Rahmen entsprechende Vorschriften geschaffen, wäre eine Beteiligung der Schweiz sicherlich wünschenswert.

7.7.3 Die Gefahr von Standortnachteilen

Sollte die Schweiz im Alleingang konzernrechtliche Vorschriften erlassen, die in ihren haftungsbegründenden oder einengenden Wirkungen weiter gehen als jene unserer Nachbarstaaten, könnten sich daraus erhebliche Standortnachteile ergeben. Mehrheitlich würde es sich eben um belastende Rechtsregeln handeln; die Attraktivität der Schweiz als Unternehmensstandort würde damit im Ergebnis (insbesondere für in der Schweiz domizilierte Obergesellschaften) geschnitten.

7.8 Folgerungen

Die Schaffung eines *umfassenden (formellen) Konzernrechts* wird in der Groupe de réflexion mehrheitlich abgelehnt, weil die Schweiz sonst über den Stand der Regelungen in anderen Ländern hinausgehen müsste.

Eine *punktuell* Regelung konzernrechtlicher Problembereiche erscheint prüfenswert, so namentlich in den Bereichen der Konzernpublizität, der Konzernleitung (Weisungsrecht, Leitungspflicht), der Konzern-Organverantwortlichkeit und der Konzern-Insolvenz.

Mehrere Mitglieder der Groupe de réflexion betrachten zusätzliche konzernrechtliche Vorschriften insgesamt *als entbehrlich* und befürchten, dass eine Regelung wegen der unzureichenden Erfassung internationaler Konzerne und wegen den entstehenden Standortnachteilen per saldo schädlich wäre.

Die gesetzgeberischen Möglichkeiten und die Auswirkungen müssten jedenfalls noch näher analysiert werden. Gemessen am übrigen Handlungsbedarf im Bereich des Gesellschaftsrechts und in Anbetracht der autonom kaum sinnvoll zu bewältigenden Probleme erscheint eine entsprechende Regelung nach Auffassung einer Mehrheit der Groupe de réflexion insgesamt *nicht vordringlich*.

11. Ergebnisse und Anträge

11.1 Grundsätzliches

Der Revisionsbedarf im schweizerischen Gesellschafts- und Wertpapierrecht ist erheblich. Angesichts der an sich dringenden Fragen fällt es schwer, Prioritäten zu setzen.

Bedenkt man, dass die 1992 abgeschlossene Teilrevision des Aktienrechts 27 Jahre gedauert hat, erscheint es angezeigt, Ziele und Umfang zukünftiger Revisionsprojekte nicht zu weit zu umschreiben. Ganz allgemein dürften themenbezogene und bereichsweise Revisionen mehr Erfolg versprechen und rascher realisierbar sein als Gesamtrevisionen.

11.2 Europarechtliche Ausrichtung

Eine besondere Schwierigkeit bei der Diskussion des weiteren Vorgehens stellt die Ungewissheit über die zukünftige europäische Integration der Schweiz dar. Zu beachten ist, dass der Bundesrat nach dem relativ knappen negativen Ausgang der Volksabstimmung über den Beitritt zum EWR beschlossen hat, die Integrationspolitik fortzusetzen (s. oben 1).

Sodann ist davon auszugehen, dass die Übernahme der gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen der EG erneut Gegenstand eines Integrationsvertrages sein werden, wie auch immer dieser aussehen mag. Im Hinblick auf die vermutlich kurz bemessene Anpassungsfrist und das langwierige Gesetzgebungsverfahren, erscheint es sinnvoll, zeitlich diejenigen Reformprojekte vorzuziehen, die zumindest teilweise eine Annäherung an die gesellschaftsrechtliche Rahmenordnung der EG erlauben.

Die Rahmenvorschriften der EG im Gesellschaftsrecht stellen letztlich eine sachgerechte Ordnung dar und stimmen inhaltlich weitgehend mit den Zielen des Bundesrates bei der abgeschlossenen Aktienrechtsrevision überein. Die Gruppe de réflexion wurde bei ihren Arbeiten in dieser Ueberzeugung noch bestärkt. Massgebend ist weiter die internationale Verflechtung der Wirtschaft, die eine gewisse Harmonisierung der rechtlichen Vorschriften in wichtigen Punkten dringend erfordert. Damit erscheint eine Annäherung an die EG-Richtlinien im Bereich des Gesellschaftsrechts selbst bei einem Nichtbeitritt der Schweiz zum EWR oder zur EG als sinnvoll.

11.3 Landesrechtliche Gesichtspunkte

Daneben dürfen aber auch die landesrechtlichen Probleme und die innenpolitischen Anliegen nicht missachtet werden. Die Gruppe de réflexion erachtet insbesondere eine bessere Anpassung unserer Gesellschaftsformen (GmbH, KAG, Personengesellschaft mit beschränkter Haftung) an die Bedürfnisse der kleinen und mittleren Unternehmen und eine Ueberarbeitung des Genossenschaftsrechts als vordringlich. Durch die entsprechenden Revisionen darf jedoch das Ziel der Ausrichtung des schweizerischen Gesellschaftsrechts auf die europäische Ordnung nicht vereitelt werden.

11.4 Anträge zum weiteren Vorgehen

Die Gruppe de réflexion hat versucht, die verschiedenen Reformpostulate nach ihrer relativen Dringlichkeit zu ordnen und ist zu folgenden Ergebnissen gelangt:

1. *Priorität* *Angleichung an die EG-Richtlinien auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts*

- a. Die vom Bundesamt für Justiz begonnenen rechtsvergleichenden Arbeiten zu den EG-Richtlinien sind fortzuführen; insbesondere sind Revisionsvorschläge zu formulieren zu Anpassung des schweizerischen Rechts an die 1., die 2. und die 11. EG-Richtlinie (Offenlegung, Vertretungsmacht, Nichtigkeit, Gründung, Kapital, Kapitalerhaltung; Zweigniederlassungen; s. oben 2.4, 2.5 und 2.10).
- b. Das Bundesamt für Justiz hat Herrn Prof. Dr. Frank Vischer mit der Ausarbeitung eines Gesetzesentwurfs über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Gesellschaften, Genossenschaften, Vereinen und Stiftungen beauftragt; dieses Gesetzgebungsprojekt erscheint bedeutsam und sollte möglichst rasch realisiert werden. Dabei sind die 3. und 6. EG-Richtlinie zu erfüllen und auch die steuerrechtlichen Gesichtspunkte miteinzubeziehen (s. oben 2.6 und 6.).
- c. Unter Beizug aussenstehender Fachleute ist ein EG-konformes Rechnungslegungsrecht zu erarbeiten. Dabei muss die Frage der Offenlegung miteinbezogen und die Möglichkeit einer Normierung auf Verordnungsebene oder die Schaffung eines Rechnungslegungsgesetzes untersucht werden. Für kleine, mittlere und grosse Gesellschaften sind differenzierte Lösungen vorzusehen (s. oben 2.2, 2.4 und 2.10); hingegen sollen für wirtschaftlich tätige Körperschaften unabhängig von ihrer Rechtsform grundsätzlich die gleichen Vorschriften gelten (für die AG, KAG, GmbH, Genossenschaften und auch für Stiftungen).
- d. Zur Durchsetzung der fachlichen Anforderungen an besonders befähigte Revisoren ist ein Zulassungssystem einzuführen. Bei dieser Gelegenheit soll die schweizerische Regelung modifiziert und ergänzt werden, soweit sie noch nicht den Anforderungen der 8. EG-Richtlinie entspricht (s. oben 2.3 und 2.10). Diese Arbeiten dürfen wegen des bestehenden Sachzusammenhangs nicht losgelöst von der Ueberprüfung des Rechnungslegungsrechts erfolgen.

2. Priorität

*Geeignete Rechtsformen und Vorschriften für kleine und mittlere Unternehmen;
Revision des Genossenschaftsrechts*

- a. Die Groupe de réflexion empfiehlt, einen Vorentwurf zur Revision des Rechts der GmbH und der Kommanditaktiengesellschaft ausarbeiten zu lassen (s. oben 3.5, 3.6 und 3.8). In diesem Zusammenhang kann die Bildung einer Personengesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH & Co. KG) ermöglicht (s. oben 3.7 und 3.8) und die Gründung von Einpersonengesellschaften zugelassen werden (unter Beachtung der Offenlegungspflichten der 12. EG-Richtlinie, s. oben 2.7 und 2.10).
- b. Es erscheint zudem angezeigt, unter Beizug von Experten baldmöglichst die Revision des Genossenschaftsrechts an die Hand zu nehmen (s. oben 5).

3. Priorität

*Schaffung zusätzlicher Sondervorschriften für Konzerne;
Regelung nicht materialisierter Wertrechte*

- a. In einer späteren Phase ist sodann die Erforderlichkeit zusätzlicher Sondervorschriften für Konzerne zu überprüfen, und es sind entsprechende Regelungsvorschläge vorzulegen (s. oben 7).
- b. Schliesslich wird auch eine umfassende Regelung der nicht materialisierten Wertrechte anzugehen sein (oben 9).

Groupe de réflexion "Droit des sociétés"

Rapport final

24 septembre 1993

Table des matières

1. Constitution et tâches du Groupe de réflexion "Droit des sociétés"	5
2. Adaptation du droit suisse des sociétés aux directives de la CE	7
2.1 Importance du droit de la CE pour le droit suisse des sociétés	7
2.2 Droit concernant l'établissement des comptes (4ème et 7ème directives de la CE)	8
2.2.1 Différences essentielles entre le droit suisse et les dispositions de la CE	8
2.2.2 Nouvelle révision du droit relatif à l'établissement des comptes?	9
2.2.3 Réglementation détaillée du droit relatif à l'établissement des comptes dans une ordonnance?	11
2.2.4 Conclusions	12
2.3 Exigences relatives aux vérificateurs des comptes (8ème directive de la CE)	12
2.3.1 Adaptation	12
2.3.2 Problèmes liés au système actuel exempt de procédure d'autorisation	13
2.3.3 Conclusions	14
2.4 Publicité, pouvoir de représentation des organes et nullité de sociétés (1ère. et 11ème directives de la CE)	14
2.4.1 Adaptation	14
2.4.2 Conclusions	15
2.5 Constitution, capital et maintien du capital (2ème directive de la CE)	15
2.5.1 Adaptation	15
2.5.2 Conclusions	16
2.6 Fusion et scission de sociétés (3ème et 6ème directives de la CE)	16
2.6.1 Adaptation	16
2.6.2 Conclusions	17

Publication: Office fédéral de la justice
3003 Berne

Vente: Office central fédéral des
imprimés et du matériel
3000 Berne

Article: 407.020.f

2.7 Sociétés à un seul actionnaire	17	3.5 Révision de la S.à.r.l.	42
2.7.1 Adaptation	17	3.5.1 Interventions parlementaires	42
2.7.2 Conclusions	17	3.5.2 Désavantages de la S.à.r.l.	42
2.8 Institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE)	17	3.5.3 Possibilités de rendre la S.à.r.l. plus attractive	43
2.9 Propositions relatives à d'autres directives et règlements de la CE dans le domaine du droit des sociétés	18	3.5.4 Principales limites d'une révision	45
2.9.1 Aperçu	18	3.5.5 Conclusions	46
2.9.2 Conclusions	19	3.6 Révision de la société en commandite par actions	46
2.10 Conséquences	19	3.6.1 Expansion minimale et ses causes	46
3. Formes juridiques et dispositions spéciales pour petites et moyennes entreprises	21	3.6.2 Principales lacunes de la réglementation	47
3.1 Interventions parlementaires	21	3.6.3 Conclusions	53
3.1.1 Formes différenciées de sociétés anonymes et introduction de dispositions spéciales	21	3.7 Possibilité de constituer une société de personnes à responsabilité limitée	54
3.1.2 Création d'une forme de société spécifique pour les petites et moyennes entreprises	22	3.8 Conséquences	55
3.1.3 Etat des questions ouvertes	23	4. Incohérences du nouveau droit des sociétés anonymes; éventualité d'une nouvelle révision	57
3.2 Forme juridique spécifique pour les petites et moyennes entreprises	24	4.1 Intervention parlementaire	57
3.3 Séparation du droit des sociétés anonymes en deux parties distinctes	25	4.2 Avis	58
3.3.1 La SA comme forme juridique pour les petites et les grandes entreprises; problématique et ébauche de solution dans le droit révisé des sociétés anonymes	25	4.3 Conséquences	58
3.3.2 Séparation formelle du droit des sociétés anonymes	26	5. Révision du droit des sociétés coopératives	60
3.3.3 Différenciation matérielle dans le cadre d'un droit des sociétés anonymes formellement unique	27	5.1 Intervention parlementaire	60
3.3.4 Conclusions	27	5.2 Genèse	60
3.4 Dispositions spéciales en droit des sociétés anonymes	28	5.3 Révision	61
3.4.1 Différenciation dans le droit révisé des sociétés anonymes; situation initiale	28	5.4 Conséquences	63
3.4.2 Questions pouvant faire l'objet de dispositions spéciales pour les petites et moyennes entreprises	28	6. Fusion, scission et transformation de sociétés	64
3.4.3 Conclusions	41	6.1 Nécessité d'une réglementation	64
		6.2 Eléments d'une nouvelle réglementation	65
		6.2.1 Fusion	65
		6.2.2 Scission	65
		6.2.3 Transfert de patrimoine	66
		6.2.4 Transformation de sociétés	66
		6.2.5 Protection des minorités et des créanciers; responsabilité	67
		6.3 Intégration des nouvelles normes en droit suisse	67

6.4 Aspects fiscaux	68
6.5 Conséquences	68
7. Droit des groupes de sociétés	70
7.1 Interventions parlementaires	70
7.2 Contenu d'un droit des groupes	71
7.3 Dispositions relevant du droit des groupes dans le droit révisé des sociétés anonymes	72
7.4 Dispositions relevant du droit des groupes dans le projet de loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières	74
7.5 Autres questions nécessitant une réglementation	75
7.5.1 Affiliation	75
7.5.2 Publicité de groupe	76
7.5.3 Direction de groupe	76
7.5.4 Responsabilité des organes et insolvabilité de groupe	77
7.5.5 Droit fiscal des groupes	77
7.6 Application du droit actuel aux groupes	77
7.7 Réserves quant à la création d'un droit formel des groupes	78
7.7.1 Inconvénients d'un droit spécifique des groupes	78
7.7.2 Nécessité d'une réglementation internationale en la matière	79
7.7.3 Dangers d'une réglementation défavorable à la place économique suisse	79
7.8 Conséquences	80
8. Droit des fondations	81
9. Droit des papiers-valeurs	81
10. Divers	81
11. Conclusions et propositions	82
11.1 Principes	82
11.2 Orientation juridique européenne	82
11.3 Aspects de droit national	82
11.4 Propositions relatives à la poursuite des travaux	83

1. Constitution et tâches du groupe de réflexion "Droit des sociétés"

La révision du droit des sociétés anonymes est entrée en vigueur le 1er juillet 1992, après des délibérations longues et difficiles. Il ne s'agit toutefois que d'une révision partielle, l'examen de plusieurs questions importantes ayant été renvoyé à une révision ultérieure (cf. message, tiré à part, p. 31 et 43). Déjà durant les travaux de révision, de nouveaux problèmes ont été soulevés et de nouvelles demandes de révision furent déposées.

Si la Suisse avait adhéré à l'Espace Economique Européen (EEE), le droit suisse des sociétés aurait dû être adapté aux directives de la Communauté dans un délai de trois ans. Le Conseil fédéral ayant décidé de maintenir en principe la politique d'adhésion de la Suisse (cf. message sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE, FF 1993 I 757 ss, en particulier 767 ss), la question de l'adaptation du droit suisse des sociétés au droit actuel de la Communauté européenne reste posée.

En outre, plusieurs interventions parlementaires (en partie des anciennes) demandent déjà de réviser le nouveau droit des sociétés dans le but de:

- créer un droit des groupes de sociétés,
- améliorer le devoir d'information lors de l'acquisition d'actions,
- créer des formes différentes de sociétés anonymes ou de prévoir des règles plus différenciées dans le droit des sociétés anonymes,
- réviser le droit des sociétés coopératives.

La commission du Conseil national pour la révision du droit des sociétés anonymes a aussi déposé une motion demandant la création d'une loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières; un projet a été élaboré par le Conseil fédéral (FF 1993 I 1269 ss).

Suite à l'entrée en vigueur du nouveau droit des sociétés anonymes, plusieurs nouvelles interventions parlementaires demandant une forme juridique spéciale pour les petites et moyennes entreprises ont été déposées. Une révision du droit des sociétés à responsabilité limitée a également été proposée.

Au vu de cette situation, le Conseiller fédéral Arnold Koller, chef du Département fédéral de justice et police, a constitué en janvier 1993 un "groupe de réflexion", le chargeant de se prononcer sur les propositions de révision du droit des sociétés et la nécessité de ces révisions.

Jusqu'à l'été 1993, le groupe de réflexion a:

1. examiné la nécessité de réviser tout le droit suisse des sociétés;
2. indiqué les grandes lignes des révisions possibles dans chaque domaine;

3. proposé des priorités et la marche à suivre pour l'élaboration d'un droit suisse des sociétés moderne et eurocompatible.

Le groupe de réflexion était composé des personnes suivantes:

- Heinrich Koller, dr en droit et lic. oec., directeur de l'Office fédéral de la justice, Berne, président;
- Peter Böckli, prof., dr en droit, avocat, Bâle;
- Peter Forstmoser, prof., dr en droit, avocat, Zurich;
- Beat Kappeler, lic. sc. pol, Herrenschwandten;
- Anne Petitpierre-Sauvain, prof., dr en droit, avocate, Genève;
- Roland Ruedin, prof., dr en droit, avocat, Neuchâtel;
- Walter Schluemp, prof., dr en droit, avocat, Lengnau.

Monsieur Frank Vischer, prof., dr en droit, dr en droit h.c., Bâle, chargé par le Département fédéral de justice et police d'élaborer un projet de loi relatif à la fusion, la scission et la transformation de sociétés, a donné des informations sur ces questions.

Monsieur Christoph Reinhardt, dr en droit, avocat, Zurich, a fourni au groupe de réflexion un avis de droit sur la question de la nécessité de réviser les dispositions sur la société en commandite.

Monsieur Hanspeter Kläy, avocat, collaborateur à l'Office fédéral de la justice et responsable du projet, a également participé aux séances. Il a rédigé le rapport final en s'aidant des rapports élaborés par les membres de la commission, les experts et l'Office fédéral de la justice.

Les procès-verbaux ont été tenus par Messieurs Pierre-André Jungo, dr en droit, avocat, et Philippe Gobet, avocat, collaborateurs à l'Office fédéral de la justice.

2. Adaptation du droit suisse des sociétés aux directives de la Communauté européenne (CE)

2.1 Importance du droit de la Communauté européenne pour le droit suisse des sociétés

La CE a édicté jusqu'à présent neuf directives et un règlement dans le domaine du droit des sociétés. Les matières traitées sont les suivantes:

1ère directive	Publicité (registre du commerce), pouvoir de représentation des organes, nullité de sociétés
2ème directive	Constitution, capital de la société et son maintien
3ème directive	Fusion de sociétés
4ème directive	Comptes annuels
6ème directive	Scission des sociétés
7ème directive	Comptes annuels consolidés
8ème directive	Exigences relatives aux vérificateurs des comptes (réviseurs)
11ème directive	Publicité des filiales
12ème directive	Sociétés à un actionnaire
Règlement (GEIE)	Institution d'un groupement européen d'intérêt économique (forme spéciale du droit international)

Les directives de la CE ne contiennent en général que des dispositions-cadres, qui sont des recommandations, à l'intention des législateurs des Etats membres. Elles ne préconisent pas une unification du droit, mais seulement une harmonisation des dispositions portant sur des points essentiels; elles fixent en outre quelques standards minima; sur certaines questions, les Etats membres peuvent choisir entre plusieurs options. Le législateur national conserve ainsi une certaine liberté.

Le peuple et les cantons ont refusé le 6 décembre 1992 (cf. FF 1993 I 147) l'adhésion de la Suisse à l'Espace économique européenne (EEE). Si l'Accord sur l'EEE avait été ratifié, la Suisse aurait été obligée d'adapter, dans un délai de trois ans, son droit aux directives et règlements de la CE en vigueur dans le domaine du droit des sociétés (art. 77 de l'Accord sur l'EEE; FF 1992 IV 398 ss, 684, 1479 ss).

La question se pose maintenant de savoir si, après le vote négatif sur l'Accord sur l'EEE, il convient de procéder à une adaptation volontaire du droit suisse des sociétés aux dispositions-cadres de la CE ou s'il faut adopter une toute autre démarche.

Le Conseil fédéral veut en principe maintenir le processus d'adhésion de la Suisse (cf. message sur le programme consécutive au rejet de l'Accord EEE (FF 1993 I 757 ss, en particu-

lier 767 ss). Si un accord d'adhésion devait être passé avec la CE, ses directives relatives au droit des sociétés feraient partie de cet accord.

Au surplus, l'économie suisse est largement orientée vers les autres pays. C'est pourquoi le législateur doit tenir compte de l'interdépendance économique des pays. Un droit des sociétés totalement indépendant constituerait avec le temps un préjudice pour la Suisse.

Pour cette raison, le groupe de réflexion a rejeté l'idée d'un droit indépendant dans ce domaine. Une révision du droit suisse des sociétés doit donc adopter des règles eurocompatibles afin que le droit suisse des sociétés ne se développe pas d'une manière qui l'éloigne du droit de la CE et des droits de nos voisins. Il faut relever que le concept de base des directives de la CE relatives au droit des sociétés correspond largement au concept du droit suisse. Il s'impose dès lors de reprendre les dispositions-cadres de la CE dans la mesure où cela se justifie. Une adaptation progressive aux directives de la CE peut se faire en fonction de l'importance des entreprises.

Par la suite, il conviendra d'examiner en détail dans quel domaine un rapprochement du droit de la CE, indépendamment d'une démarche d'intégration, est justifié.

2.2 Droit concernant l'établissement des comptes (4ème et 7ème directives de la CE)

2.2.1 Différences essentielles entre le droit suisse et les dispositions de la CE

Les différences les plus importantes entre le droit suisse des sociétés et les directives édictées jusqu'à ce jour par la CE concernent le droit relatif à l'établissement des comptes:

- Le nouveau droit des sociétés anonymes, comme l'ancien, permet la constitution de réserves latentes supplémentaires (cf. art. 669, al. 3, CO). Par contre, les dispositions de la CE sur l'établissement des comptes obéissent au principe de la "True and fair view".
- S'agissant des moyennes et grandes entreprises, le droit suisse exige pour l'établissement du bilan et le calcul des pertes et profits moins de précision que les dispositions de la CE.
- En ce qui concerne les comptes annuels consolidés, le droit suisse permet aux sociétés d'établir elles-mêmes les règles de consolidation et d'évaluation (cf. art. 663g, al. 2, CO); selon la 7ème directive, ces règles doivent être fixées par la loi.

L'objection souvent soulevée, selon laquelle les règles sur l'établissement des comptes prévues par la CE sont faites pour les grandes sociétés, alors que la plupart des sociétés anonymes suisses sont de petites entreprises, n'est pas valable. Les dispositions de la 4ème

directive s'appliquent également aux petites sociétés; son champ d'application s'étend en effet aux sociétés à responsabilité limitée et aux sociétés en commandite. Les exigences minimales prévues par le droit suisse des obligations pour l'établissement des comptes annuels s'appliquent à toutes les sociétés anonymes, indépendamment de leur importance; par contre, le droit de la CE permet de prévoir des dispositions différentes selon qu'il s'agit d'une petite, moyenne ou grande entreprise.

2.2.2 Nouvelle révision du droit relatif à l'établissement des comptes ?

L'amélioration de la transparence constituait l'un des buts principaux de la révision du droit des sociétés anonymes (message, tiré à part, p. 25), mais elle n'atteint pas encore le niveau de la directive de la CE dans le domaine de l'établissement des comptes. C'est pourquoi il faut examiner s'il convient de créer une réglementation eurocompatible qui prévoit des conditions différentes pour les petites, moyennes et grandes entreprises.

Lors de la révision du droit des sociétés anonymes, des propositions demandant que les comptes annuels soient plus détaillés sont restées en grande partie sans suite devant le Parlement (Bull. off. CN 1985 p. 1693 ss et 1990 p. 1360 ss). Mais depuis, un changement de pratique semble se dessiner. La fondation pour les recommandations relatives à la présentation des comptes ("FER") réexamine actuellement ses recommandations, dans le but de les rendre le plus possible eurocompatibles; l'organe suisse appelé à délivrer les autorisations envisage, quant à lui, de reprendre les recommandations modifiées de la "FER" comme conditions de l'autorisation du commerce des papiers-valeurs en bourse.

De nouvelles interventions parlementaires vont dans l'autre direction: elles proposent de prévoir une réglementation spéciale pour les petites et moyennes entreprises (cf. ci-après 3.1) et demandent, par exemple, d'adopter une réglementation de la comptabilité et la révision qui puisse être appliquée avec une organisation minimale.

Le nouveau droit des sociétés anonymes ne prévoit qu'une réglementation minimale dans le domaine de l'établissement des comptes; elle constitue toutefois un ensemble cohérent. Il ne se justifie pas de prévoir sur le plan matériel de nouveaux allègements pour les petites et moyennes entreprises (cf. ci-après 3.4.2 lit. g). Il faut notamment conserver le rapport existant entre la limitation de la responsabilité d'une part et le placement du capital à risque et l'établissement des comptes d'autre part. Ce rapport a autant d'importance dans les petites sociétés que dans les grandes. Le groupe de réflexion rejette en outre une solution juridique qui nous éloignerait encore plus des directives de la CE (cf. ci-après 2.1).

Les nouvelles prescriptions concernant l'établissement des comptes correspondent largement aux dispositions des directives sur les petites entreprises (cf. art. 663 ss CO et art. 11, 27 et 44, al. 1 de la 4ème directive). La tendance des grandes sociétés est de présenter des comptes annuels plus détaillés que ne l'exige la loi. Le bilan annuel des sociétés mixtes répondent souvent déjà aux exigences des directives de la CE. A l'exception de la question des réserves latentes et de l'estimation unique, les différences entre la pratique suisse et les

dispositions de la CE sont en fait moins importantes que ce qui est souvent prétendu sur la base des différences juridiques existantes.

Il existe cependant des motifs justifiant la création d'une réglementation eurocompatible concernant l'établissement des comptes:

- La solution prévue par le droit des sociétés anonymes en ce qui concerne l'établissement des comptes et qui consiste à traiter de la même manière les petites, moyennes et grandes entreprises n'est, matériellement, pas opportune; elle devra être modifiée avec le temps. La modification des dispositions légales sur la base des différentes recommandations suisses et internationales ne se révélera pas non plus satisfaisante sur la durée.
- La prescription faite aux sociétés publiques par l'organe suisse appelé à délivrer les autorisations d'observer les recommandations de la "FER" crée, en matière de comptabilité, une différence entre les exigences prévues pour les sociétés dont les actions sont cotées en bourse et celles fixées pour les grandes sociétés privées qui revêtent de l'importance pour l'économie. Or, cette différence ne se justifie pas matériellement, car les dispositions relatives à l'établissement des comptes n'ont pas seulement pour but d'assurer l'efficacité du marché financier, mais aussi de protéger les actionnaires minoritaires et les créanciers ainsi que de garantir un contrôle suffisant de la direction; ces dispositions protègent ainsi les intérêts de l'entreprise elle-même et les intérêts publics. Les prescriptions relatives à l'établissement des comptes prévues par la CE sont applicables, elles, tant aux sociétés mixtes qu'aux sociétés privées.
- Les directives de la CE concernant la réglementation sur l'établissement des comptes contiennent une multitude de choix et d'options; les conséquences exactes d'une adaptation au droit de la CE ne peuvent par conséquent être déterminées que sur la base d'une proposition concrète de transposition en droit suisse, laquelle s'avère aussi nécessaire à la poursuite de la discussion sur l'intégration économique de la Suisse.
- En cas d'intégration de la Suisse, la reprise des dispositions-cadres du droit des sociétés de la CE pourraient à nouveau faire partie de l'accord (cf. ci-devant 2.1). Pour garantir, matériellement et politiquement, une discussion constructive sur les questions difficiles touchant à la comptabilité, et pour ne pas être soumis à la pression d'un bref délai d'adaptation, les travaux doivent être entrepris à temps (délai d'adaptation prévu par l'Accord EEE: trois ans).
- Indépendamment d'un accord d'intégration, l'économie a un besoin légitime à connaître de quelle manière seront probablement transposées dans le droit national les directives qui ne sont pas directement applicables; les sociétés qui veulent présenter un bilan annuel conforme au droit de la CE devraient en tout cas y être autorisées.

En cas d'adaptation de la réglementation sur l'établissement des comptes aux directives de la CE, il convient d'examiner quelles sont les facilités pouvant être accordées aux entreprises qui entendent établir leur bilan annuel conformément aux normes plus sévères de l'IASC (International Accounting Standards), comme c'est déjà souvent le cas actuellement.

2.2.3 Réglementation détaillée du droit relatif à l'établissement des comptes dans une ordonnance?

Si le droit suisse devait être adapté aux directives de la CE sur la comptabilité, les dispositions actuelles devraient être considérablement modifiées. Aussi, faudrait-il prévoir pour les petites, moyennes et grandes entreprises de nouvelles règles pour le bilan, le calcul des pertes et profits et les comptes annuels consolidés. De plus, il faudrait adopter des dispositions complémentaires sur l'évaluation.

Le droit sur la comptabilité ainsi complété alourdirait considérablement le code des obligations. Il faut dès lors se poser la question de savoir si le code des obligations ne devrait pas contenir uniquement les principes de la comptabilité, les prescriptions sur la structure et l'évaluation étant réglées dans une ordonnance. Ainsi, le code des obligations réglerait l'obligation de tenir une comptabilité, les principes de l'établissement des comptes, la question des réserves latentes et prévoirait une norme de délégation détaillée, qui permettrait de mettre des exigences différentes selon l'importance de la société.

Les dispositions relatives à l'établissement des comptes sont importantes pour le fonctionnement de chaque société de capitaux; mais comme il s'agit en partie d'une matière technique, il est possible en principe de la retirer du code des obligations.

La réalisation des conditions posées par le droit de la CE dans le domaine de l'établissement des comptes ne laisse au législateur qu'une liberté politique limitée. Si les questions encore ouvertes sont résolues au niveau de la loi, il paraît justifié, d'un point de vue politique, de déléguer au Conseil fédéral les détails techniques. Les associations intéressées auront l'occasion de se prononcer également sur l'ordonnance.

L'importance matérielle des prescriptions sur l'établissement des comptes pourrait justifier que l'on crée une loi spéciale sur l'établissement des comptes et la publicité. Le danger de procéder plus souvent à des révisions parce qu'il est plus facile de modifier une ordonnance constitue un élément en faveur d'une loi. De ce fait, on peut laisser ouverte la question de savoir si l'établissement des comptes et la publicité doivent être réglés dans une loi spéciale ou dans une ordonnance.

2.2.4 Conclusions

Le groupe de réflexion juge opportun d'adapter le droit suisse sur l'établissement des comptes à la réglementation-cadre de la CE. Les petites, moyennes et grandes entreprises doivent faire l'objet d'une réglementation différente, conformément au concept de la CE. Cependant, des allègements pour les petites sociétés ne sont pas justifiés par rapport au droit actuel. Il faut élaborer un règlement détaillé pour toutes les entreprises ayant une activité économique, indépendamment de la forme juridique (du moins pour les corporations). Les conditions ne doivent plus être fixées, comme jusqu'à présent, en fonction de la forme juridique, mais en fonction de l'importance économique de l'entreprise.

Il conviendrait d'examiner assez rapidement la question de savoir s'il faut régler les questions techniques dans une ordonnance, en allégeant ainsi le CO, ou s'il faut créer une loi spéciale sur l'établissement des comptes et la publicité. Toute dérogation aux directives de la CE devrait être prévue dans une loi. La réglementation dans une ordonnance devrait contenir une norme de délégation qui soit claire.

Les travaux préparatoires en vue d'élaborer une réglementation devraient être entrepris sans tarder.

2.3 Exigences relatives aux vérificateurs des comptes (8ème directive de la CE)

2.3.1 Adaptation

La comptabilité annuelle d'une entreprise gagne en sûreté et en force probante lorsqu'elle est supervisée par des spécialistes. La 8ème directive de la CE, en complément des 4ème et 7ème directives, fixe les exigences concernant la formation et l'expérience des personnes chargées de l'examen de la comptabilité annuelle (réviseurs de la comptabilité).

Les réviseurs doivent remplir en principe trois conditions:

1. une maturité,
2. une formation théorique et pratique et
3. une aptitude professionnelle du niveau d'une école supérieure.

A priori, ces trois conditions ne paraissent pas adaptées au système suisse et semblent difficilement réalisables. Cependant, le droit de la CE autorise quelques facilités. Aussi, la CE admet-elle comme équivalent à la maturité la promotion sociale, c'est-à-dire une première formation professionnelle achevée. La fréquentation d'une école supérieure au sens étroit du terme n'est alors plus exigée; la seule exigence demandée est que le niveau de formation des réviseurs corresponde à la formation standard d'une haute école. La 8ème directive prévoit en outre plusieurs exceptions permettant de combler certains manques dans la formation par une expérience pratique complémentaire.

Les exigences de la 8ème directive de la CE ne valent que pour les sociétés obligées par le droit de la CE de faire examiner leur comptabilité annuelle par un réviseur. Selon l'article 51 de la 4ème directive, les Etats membres peuvent dispenser les petites entreprises de cette obligation (à ce sujet, voir ci-après 3.4.2 litt. h). Si le droit national impose un organe de contrôle également aux petites sociétés, les réviseurs ne sont pas soumis aux exigences de la 8ème directive.

La nouvelle ordonnance sur les qualifications professionnelles des réviseurs particulièrement qualifiés (RS 221.302) reprend déjà largement les exigences posées par la 8ème directive. Toutefois, ses conditions correspondent aux exigences *minimales* prévues par la CE.

L'adaptation à la 8ème directive impliquerait un abaissement des limites. En effet, selon l'article 727b CO, une société anonyme doit recourir à un réviseur particulièrement qualifié notamment lorsque deux des grandeurs suivantes sont dépassées: le total du bilan, le chiffre d'affaires et la moyenne annuelle des travailleurs. Par contre, selon le droit de la CE il suffit de dépasser une seule des trois grandeurs qu'il prévoit: le total du bilan de 3,5 millions de francs suisses environ; le montant net du chiffre d'affaires de 7 millions de francs suisses environ; la moyenne de 50 travailleurs. En outre, les dispositions légales sur l'indépendance de l'organe de contrôle et les qualités exigées des sociétés de contrôle devront être complétées. Il serait encore impératif de prévoir une procédure d'autorisation pour les réviseurs particulièrement qualifiés. A cet effet, il faudrait créer une autorité chargée de l'octroi de l'autorisation et de la surveillance; selon le droit de la CE, ces tâches peuvent être dévolues à une association professionnelle.

2.3.2 Problèmes liés au système actuel exempt de procédure d'autorisation

Le législateur de 1991 a renoncé volontairement à une procédure d'autorisation assortie d'une reconnaissance formelle des réviseurs particulièrement qualifiés. Il a, par contre, accordé aux actionnaires et aux créanciers le droit de demander au juge la révocation du réviseur qui ne remplit pas les conditions de sa fonction.

Ce système apparaît au premier abord comme une solution libérale; il pose toutefois des problèmes, car il ne garantit pas le respect des dispositions et constitue ainsi pour les intéressés une insécurité juridique.

L'octroi d'une autorisation exige une certaine expérience pratique, qui doit être acquise essentiellement dans le domaine de la comptabilité et de la vérification des comptes. Seule une autorité spéciale a la compétence de juger si ces conditions sont réalisées ou pas. Le système actuel, qui ne prévoit pas de procédure d'autorisation, engendre des doutes au sein de la pratique; celle-ci se demande en effet si les réviseurs remplissent effectivement les conditions fixées par l'ordonnance. Cette insécurité juridique est lourde, voire insupportable, pour les intéressés; en effet, ils peuvent encourir une responsabilité alors que les

conditions juridiques ne sont pas réalisées. Mais il appartient au juge seul de dire, sur la base d'une plainte, si les conditions juridiques sont remplies.

Ces problèmes ont été examinés dans le cadre de la révision du droit des sociétés anonymes. La procédure de la plainte prévue par la loi n'assure pas l'observation des conditions relatives aux qualifications professionnelles des réviseurs particulièrement qualifiés et doit être remplacée rapidement par un système d'autorisation, ceci, indépendamment de la question de l'intégration à l'Europe.

Il faudra constituer une commission ou un office octroyant l'autorisation comme autorité de surveillance; les associations professionnelles concernées devront y être équitablement représentées. Cette tâche ne devra pas être confiée à un organe étatique ou à une association unique.

2.3.3 Conclusions

Le groupe de réflexion est d'avis qu'il faut reprendre dans notre droit les dispositions de la 8ème directive de la CE, pour autant que l'ordonnance actuelle ne prévoit pas déjà ces principes. En outre, pour assurer le respect des conditions relatives aux qualifications professionnelles des réviseurs particulièrement qualifiés, il convient d'adopter un système d'autorisation. Les principes de la réglementation doivent être fixés par la loi et la norme actuelle de délégation doit être complétée (art. 727b, al. 2, CO); les détails peuvent être réglés par une ordonnance (par exemple, en complétant l'ordonnance sur les qualifications professionnelles des réviseurs particulièrement qualifiés, RS 221.302).

2.4 Publicité, pouvoir de représentation des organes et nullité de sociétés (1ère et 11ème directives de la CE)

2.4.1 Adaptation

La 1ère directive de la CE relative au droit des sociétés contient une série de prescriptions touchant trois domaines différents, qui sont:

- la publicité des sociétés anonymes, des sociétés en commandite par actions et des sociétés à responsabilité limitée (Contenu, genre et lieu de la publicité; registre du commerce/feuille officielle du commerce);
- le pouvoir d'agir de la société, avant qu'elle n'acquiert la capacité juridique, et le pouvoir de représentation des organes;
- la nullité de sociétés (société anonyme, société en commandite par actions, société à responsabilité limitée).

En complément à la 1ère directive, la 11ème directive de la CE prévoit des dispositions sur la publicité des filiales.

Dans ces domaines, le droit suisse répond en grande partie aux exigences de la CE. Le transfert du droit de la CE ne nécessiterait une adaptation que sur quelques questions de détail.

Toutefois, un point fait l'objet d'une importante différence. Selon le droit de la CE, le bilan, le calcul des profits et pertes, l'annexe, le rapport annuel et le rapport de révision doivent être publiés. A ce sujet, la 1ère directive ne prévoit que le principe de la publicité. La signification exacte du terme "publié" est donnée dans les directives relatives à la comptabilité annuelle. La 4ème directive prévoit des facilités pour les petites entreprises. Elles sont dispensées de l'obligation de publier un bilan et une annexe dans leur intégralité; les profits et pertes, le rapport annuel et le rapport de révision ne doivent pas être publiés.

Il n'est pas contesté sur le fond que, par exemple, les travailleurs et d'éventuels partenaires à un contrat, c'est-à-dire de futurs créanciers, peuvent avoir un intérêt légitime à consulter à temps la comptabilité annuelle; un droit de consultation ultérieur des créanciers qui auront prouvé leur intérêt - tel qu'il est prévu par le droit suisse - n'interviendrait que trop tard. Une obligation générale de publier la comptabilité annuelle pourrait cependant être contestée par l'économie suisse.

2.4.2 Conclusions

Le groupe de réflexion est favorable à une adaptation du droit suisse aux 1ère et 11ème directives de la CE. La question de la publicité du bilan annuel sera étudiée lors de la modification du droit relatif à l'établissement des comptes, la publicité constituant un élément d'un système cohérent d'établissement des comptes (cf. ci-après 2.2).

2.5 Constitution, capital et maintien du capital (2ème directive de la CE)

2.5.1 Adaptation

La 2ème directive de la CE réglemente la constitution de la société, la libération, l'augmentation et la diminution du capital-actions ainsi que son maintien.

Le droit suisse des sociétés anonymes correspond dans les grandes lignes aux dispositions-cadres de la CE. Cependant, le code des obligations devrait être adapté sur une série de points d'importance différente. Aussi, manque-t-il dans le droit des sociétés anonymes l'exigence d'un rapport d'experts en cas d'apports en nature. Les décisions d'augmentation de capital devraient faire l'objet d'une décision différente pour chaque type de société ano-

nymes. L'acquisition des propres actions requiert en principe le consentement (limité dans le temps) de l'assemblée générale et devrait être limitée à 10%, même dans les cas d'acquisition des propres actions suite au refus de la société d'accepter un acquéreur d'actions liées comme actionnaire (cf. art. 665b, al. 1, CO); actuellement, dans ce dernier cas, l'acquisition est limitée à 20%. De plus, le pouvoir du conseil d'administration de décider une augmentation conditionnelle de son capital dans les deux ans n'est pas conforme au droit de la CE, qui prévoit cinq ans.

2.5.2. Conclusions

La révision du droit des sociétés anonymes a repris une grande partie des dispositions de la 2ème directive de la CE; il est toutefois regrettable que les dispositions-cadres de la CE n'aient pas été respectées d'une manière générale et de façon cohérente. Une adaptation au droit de la CE est en principe souhaitable en vue d'une harmonisation du droit des sociétés anonymes au niveau international.

2.6 Fusion et scission de sociétés (3ème et 6ème directives de la CE)

2.6.1 Adaptation

Alors que le droit de la CE consacre une directive entière à la question de la fusion, le droit suisse, lui, est plutôt succinct.

La doctrine et la pratique ont largement contribué à prouver qu'il existe un besoin de régler la fusion et la scission de sociétés indépendamment d'une adaptation au droit de la CE. En effet, la situation n'est pas claire dans les cas de fusion de sociétés de nature juridique différente et de fusion internationale d'entreprises n'est pas régie par la loi.

La 6ème directive de la CE traite la scission de sociétés. Les Etats membres de la CE et de l'EEE peuvent la transposer sans autre si leur droit national connaît le principe de la scission. Ainsi, même si la Suisse devait adhérer à l'EEE, elle ne serait pas obligée de transférer cette directive dans son droit. Le principe de la scission de sociétés pourrait toutefois offrir aux sujets de droit privé des possibilités de changements de structure intéressantes (cf. ci-après 6.2.2).

Les questions de la fusion et de la scission n'ont pas été traitées dans le cadre de la révision du droit des sociétés anonymes. L'Office fédéral de la justice a chargé, en automne 1992, le prof. Frank Vischer de Bâle d'élaborer un projet de réglementation sur ces questions.

2.6.2 Conclusions

Le groupe de réflexion se déclare favorable à un projet de législation sur la fusion et la scission (cf. ci-après 6). Cette législation devra reprendre les 3ème et 6ème directives de la CE.

2.7 Sociétés à un seul actionnaire

2.7.1 Adaptation

La 12ème directive de la CE prescrit que le droit national doit autoriser la société à un seul actionnaire sous la forme d'une société à responsabilité limitée (également lors de la constitution de la société). Le registre du commerce devra faire état qu'il s'agit d'une société à responsabilité limitée et devra mentionner l'identité du propriétaire. Si le droit national autorise la société à un seul actionnaire sous la forme d'une société anonyme, les prescriptions relatives à la publicité devront également lui être appliquées.

La société anonyme à un seul actionnaire est largement répandue en Suisse et elle est tolérée par l'ordre juridique après la constitution de la société (cf. art. 625, al. 2, CO: théoriquement, le juge peut, sur plainte, dissoudre une société à un seul actionnaire, mais il ne le doit pas). En conséquence, les prescriptions de la 12ème directive de la CE devraient également s'appliquer à la société anonyme.

La procédure de constitution pourrait être simplifiée par l'autorisation de la constitution de sociétés à un seul actionnaire. Le fait de publier qu'il s'agit d'une telle société améliorerait la transparence. Le désavantage principal serait que la responsabilité en cas de prétentions en dommages-intérêts se limiterait à la responsabilité des fondateurs; ceci pourrait avoir une importance, quoique limitée, dans la pratique.

2.7.2 Conclusions

Le groupe de réflexion juge judiciaires d'autoriser la constitution d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée à un seul actionnaire (cf. ci-après 3.4.2, lit. j et 3.8). De cette manière, la loi ne ferait que régler ce qui se fait déjà dans la pratique. En même temps, la publicité prescrite par le droit de la CE devrait être exigée.

2.8 Institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE)

Le GEIE constitue une forme de société relevant du droit international; elle est utilisée par des entreprises qui collaborent au niveau international. Elle fait l'objet d'un règlement de la

CEE, qui, étant directement applicable, ne nécessite pas de transfert dans le droit national, mais il ne peut pour autant être repris par la Suisse en-dehors d'un accord d'intégration. Les entreprises suisses, qui, quels que soient les motifs, ont un intérêt à cette forme de société peuvent cependant participer à un GEIE par l'intermédiaire de filiales constituées dans les Etats de la CE.

Si la Suisse reprenait ce règlement dans le cadre d'un accord d'intégration, il faudrait examiner si l'article 59, alinéa 2, CC doit être complété et si le code des obligations doit mentionner cette forme de société (numerus clausus des formes de sociétés).

2.9 Propositions relatives à d'autres directives et règlements de la CE dans le domaine du droit des sociétés

2.9.1 Aperçu

La proposition d'édicter un règlement sur la forme juridique d'une société anonyme européenne (Societas Europea, SE) est discutée actuellement au Conseil des ministres. Il ne s'agirait pas de prescriptions émanant du droit national des sociétés anonymes, mais d'une forme de société de droit international, qui devrait permettre la constitution d'une holding ou d'une filiale internationale et la réalisation d'une fusion transfrontalière. En raison d'opinions divergentes, notamment sur la question du droit de cogestion des travailleurs dans la SE, la proposition de réglementation est bloquée depuis longtemps. Comme il s'agirait d'une nouvelle forme juridique du droit international, les formes actuelles de sociétés ne seraient pas touchées par l'éventuelle adoption de ce règlement.

Les récentes propositions concernant la constitution d'une association européenne, d'une coopérative européenne et d'une société de mutualité sont-examinées actuellement au Parlement européen. L'avenir de ces propositions dépend en partie de celui de la société anonyme européenne (SE). Elles seront encore modifiées; c'est la proposition relative à la coopérative européenne qui a le plus de chances d'aboutir. Dans la mesure où les propositions visent des formes juridiques relevant du droit international, le droit national n'est pas touché.

Le projet d'une 5ème directive de la CE a trait à la réglementation de la structure de la SA (notamment ses organes); il contient aussi des prescriptions sur la cogestion des travailleurs. C'est la raison pour laquelle ce projet est bloqué depuis relativement longtemps au Conseil des ministres. La question de diviser la directive en plusieurs parties reste ouverte.

La 9ème directive de la CE aurait dû organiser un droit des groupes de sociétés. Un projet a été élaboré, mais la commission n'a jamais présenté de proposition officielle. Le projet de réglementation n'est pour l'instant pas poursuivi (cf. ci-après 7.).

Le projet d'une 10ème directive règle la fusion internationale. En raison de sa connexité avec les questions de la cogestion des travailleurs (5ème directive) et de la société anonyme européenne (SE), il est également bloqué. Si la création d'une société anonyme européenne devait constituer un moyen de parvenir à la fusion internationale, le projet de la 10ème directive pourrait devenir caduc.

Le projet d'une 13ème directive de la CEE prévoit la réglementation de l'offre publique de rachat. Ce projet, pour diverses raisons (notamment pour la question essentielle de l'"obligation d'offre"), est également bloqué au Conseil des ministres. Il est possible que soit élaborée une version réduite.

2.9.2 Conclusions

Dans la mesure où tous les projets de directives ou de règlements de la commission de la CE sont bloqués, il n'y a pas lieu de les examiner plus avant. On ne sait pas pour l'instant quand et sous quelle forme ils seront adoptés. C'est pourquoi il apparaît justifié de procéder à une adaptation progressive du droit suisse aux directives de la CE actuellement en vigueur.

2.10 Conséquences

La connaissance approfondie des directives de la CE et l'expérience des pays voisins en matière de transposition dans leurs lois sont d'une grande importance pour chaque projet de révision touchant au domaine du droit des sociétés; c'est pourquoi les travaux de droit comparatif entrepris par l'Office fédéral de la justice doivent être poursuivis.

Pour des raisons pratiques, économiques et juridiques, le groupe de réflexion est d'avis qu'une harmonisation du droit suisse des sociétés et des dispositions-cadres de la CE doit être indépendante de la question de l'intégration politique. Une adaptation doit être envisagée dans les domaines suivants:

- Un nouveau droit sur l'établissement des comptes doit être élaboré; il doit prévoir une réglementation indépendante de la forme juridique choisie. Les petites, moyennes et grandes sociétés doivent faire l'objet de solutions différentes. Les exigences pour les petites sociétés ne peuvent toutefois pas être diminuées par rapport au droit actuel. Le problème de la publicité doit être examiné dans ce cadre. Le nouveau droit doit encore correspondre aux directives de la CE. Il faut aussi examiner les possibilités de régler cette matière au niveau d'une ordonnance ou d'une loi spéciale sur l'établissement des comptes et la publicité.

- Afin d'assurer les qualifications professionnelles des réviseurs particulièrement qualifiés on doit mettre sur pied rapidement un système d'autorisation. Il faut prévoir comme autorité de surveillance une commission ou l'organe chargé de délivrer les

autorisations, les associations professionnelles dont l'activité couvre toute la Suisse devront y être équitablement représentées. La réglementation suisse devra être modifiée et complétée (prescriptions sur l'indépendance et le sociétés de révision) dans la mesure où elle ne correspond pas déjà à la 8ème directive de la CE. Les travaux devront être menés de concert avec l'examen du droit relatif à l'établissement des comptes.

- Une *réglementation sur la fusion et l'adoption de la possibilité de scission de sociétés* sont jugées favorablement; c'est pourquoi les 3ème et 6ème directives de la CE doivent être prises en considération (cf. ci-après 6.).

- La constitution de sociétés à un seul actionnaire en la forme d'une SA ou d'une société à responsabilité limitée doit être autorisée; ce faisant, il faudrait tenir compte des dispositions sur la publicité prévues par la 12ème directive de la CE. Une telle adaptation du droit suisse peut se faire dans le cadre d'une révision concernant les petites et moyennes entreprises (cf. ci-après 3).

Les futures révisions opérées dans le domaine du droit des sociétés doivent déjà tenir compte du droit de la CE; en effet, si la Suisse devait adhérer à l'EEE ou à la CE, les délais d'adaptation seraient courts.

Enfin, le groupe de réflexion est d'avis que les futures révisions, pour autant qu'il n'y ait pas des motifs importants qui s'y opposent, doivent en principe prendre en considération les dispositions-cadres des directives de la CE et, dans la mesure du possible, édicter des *réglementations eurocompatibles*. L'idée d'une législation "indépendante" en droit des sociétés, qui ne serait pas en accord avec le droit de nos voisins et les exigences de la CE, doit être rejetée. Le groupe de réflexion, à l'unanimité, pense que revenir en arrière, notamment dans le droit sur l'établissement des comptes, est impensable, en particulier pour les petites entreprises.

3. Formes juridiques et dispositions spéciales pour petites et moyennes entreprises

3.1 Interventions parlementaires

3.1.1 Formes différenciées de sociétés anonymes et introduction de dispositions spéciales

L'élaboration de formes différenciées de SA ou, du moins, l'adoption de dispositions spéciales a déjà été demandée dans le cadre de la révision du droit des sociétés anonymes récemment entrée en vigueur. Il s'agissait ainsi de mieux tenir compte des divers types de sociétés existantes.

Postulat Baumberger du 2 octobre 1975
Révision du droit de la société anonyme

Le droit des sociétés anonymes actuellement en vigueur a été révisé pour la dernière fois en 1936: une seule forme de société anonyme y est prévue. Pourtant, de nombreux types de sociétés anonymes se sont développés dans la pratique; d'importantes différences de structure existent entre nombre de ces types, notamment entre grandes et petites sociétés ou entre les sociétés où les actions sont largement réparties et celles où elles sont réunies dans les mains d'un petit nombre de propriétaires. Une révision profonde de notre droit des sociétés anonymes s'impose du fait que les réalités auxquelles il faut faire face dans la vie juridique sont loin de correspondre au régime légal et qu'il est indispensable d'adapter celui-ci à l'évolution.

A cette occasion, il faudrait surtout examiner si des formes différentes de sociétés anonymes doivent être créées selon la grandeur des sociétés ou selon le régime de répartition des actions ou s'il est préférable d'améliorer la situation par des dispositions spéciales. Il serait également nécessaire de déterminer si la position des différents organes de la société anonyme et les relations existant entre eux sont encore adaptées aux conditions présentes.

Le Conseil fédéral est prié de préparer une adaptation du droit des sociétés anonymes compte tenu de ces considérations.

Cette question n'a pu être traitée dans le cadre de la révision récemment entrée en vigueur. Ce postulat reste donc encore en suspens (cf. message concernant la révision du droit des sociétés anonymes, tiré à part, p. 43).

3.1.2 Création d'une forme de société spécifique pour les petites et moyennes entreprises

A la suite de la révision du droit des sociétés anonymes, deux interventions parlementaires ont requis l'adoption d'une forme juridique nouvelle, spécialement adaptée aux besoins des petites et moyennes entreprises:

Postulat de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 15 avril 1992

Nouvelle forme de société pour petites et moyennes entreprises

Le Conseil fédéral est invité à examiner la création d'une nouvelle forme de société pour petites et moyennes entreprises, tout au moins en relation avec l'adaptation du droit des sociétés au droit des Communautés Européennes et de présenter un rapport y relatif au Parlement.

Le postulat de la Commission des affaires juridiques a été adopté par le Conseil des Etats le 10 décembre 1992.

Motion Früh du 10 décembre 1992

Nouvelle forme de société pour petites et moyennes entreprises

Le Conseil fédéral est chargé de soumettre aux Chambres un projet de modification du code des obligations visant à créer une forme de société qui soit adaptée aux spécificités et aux structures des petites et moyennes entreprises. Cette forme de société devrait présenter les caractéristiques suivantes:

- même souplesse dans le transfert des parts que pour la SA;
- possibilité de transmission simplifiée de la succession de l'entrepreneur;
- prescriptions minimales en ce qui concerne la comptabilité et la révision;
- renforcement de la structure de l'entreprise plutôt que de la protection de l'actionnaire prévue par la SA;
- meilleure séparation entre les conditions relatives au capital et celles qui concernent la gestion (plus nette que dans la S.à.r.l.);
- transformation facilitée en une SA en cas d'agrandissement de l'entreprise;
- procédure simplifiée, fixée dans les dispositions transitoires, en cas de transformation d'une SA en une petite entreprise, procédure non imposée excepté les frais d'inscription.

A la rédaction de ce rapport, la motion du Conseiller national Früh n'avait pas encore été traitée par les Chambres.

3.1.3 Etat des questions ouvertes

Afin d'adapter le droit des sociétés aux besoins des petites et moyennes entreprises, les trois interventions parlementaires demandent la création de formes juridiques spécifiques ou une différenciation accrue des normes du droit des sociétés anonymes. Une autre motion requiert la révision du droit de la S.à.r.l. (cf. ci-après 3.5.1). Destinée à servir d'alternative à la SA pour les petites et moyennes entreprises, cette forme de société ne s'est jamais imposée en pratique.

Le Groupe de réflexion a été chargé d'évaluer les besoins de légiférer en la matière, ainsi que, le cas échéant, de déterminer de quelle manière le droit des sociétés pourrait mieux tenir compte des spécificités des petites et moyennes entreprises.

A cet égard, une réponse devait être donnée notamment aux questions suivantes:

- Une nouvelle forme juridique doit-elle être créée pour les petites et moyennes entreprises? (cf. ci-après 3.2)
- Faut-il scinder le droit des sociétés anonymes en deux parties formellement distinctes? Des normes différenciées doivent-elles au contraire instituer un traitement matériel spécifique, selon les particularités des différents types de sociétés (petites / grandes sociétés), sans toutefois sortir du cadre formel d'un droit des sociétés anonymes unique? (cf. ci-après 3.3)
- En droit des sociétés anonymes, quelles dispositions spéciales serait-il possible et souhaitable d'adopter en faveur des petites et moyennes entreprises? (cf. ci-après 3.4)
- La forme juridique de la S.à.r.l. peut-elle être révisée, de façon à constituer, pour les petites et moyennes entreprises, une véritable alternative à la SA? (cf. ci-après 3.5)
- La forme juridique de la société en commandite par actions peut-elle être réaménagée, de manière à représenter, pour les petites et moyennes entreprises, une alternative valable à la SA? (cf. ci-après 3.6)
- Dans le cadre de la société en commandite, les personnes morales doivent-elles être autorisées à être des associés indéfiniment responsables, de façon à permettre la constitution de sociétés de personnes à responsabilité limitée (à l'instar de la GmbH & Co. KG de droit allemand)? (cf. ci-après 3.7)
- Parmi les différentes alternatives envisagées, quelle serait la solution la plus appropriée pour répondre aux besoins des petites et moyennes entreprises? (cf. ci-après 3.8)

3.2 Forme juridique spécifique pour les petites et moyennes entreprises

La demande de la création de formes de sociétés adaptées aux besoins spécifiques des petites et moyennes entreprises est en soi justifiée. La révision récemment entrée en vigueur du droit des sociétés anonymes s'est elle aussi distancée du modèle unifié de la SA. Certaines normes ont ainsi été conçues en tenant compte des caractéristiques des grandes sociétés (cf. ci-après 3.3.1 et 3.4.1). Il se justifie donc de rechercher la mesure dans laquelle des solutions particulières pourraient être trouvées pour les petites sociétés. D'un point de vue de technique législative, il convient par ailleurs d'examiner la meilleure façon d'insérer ces normes dans le droit des sociétés.

Le droit actuel met déjà à disposition des petites et moyennes entreprises les formes suivantes: société simple, société en nom collectif, société en commandite, société en commandite par actions, S.à.r.l., société coopérative.

En pratique, la SA s'est de plus avérée une forme juridique appropriée pour les petites et moyennes entreprises. Cela ressort notamment du fait qu'il y a en Suisse plus de 170'000 SA de ce genre. La flexibilité de cette forme de société demeure la même après la révision du droit des sociétés anonymes. Les petites entreprises peuvent encore utiliser avantageusement la forme de la SA, en combinant une organisation statutaire adéquate à des syndicats d'actionnaires. Lorsque cela se justifiait, le nouveau droit a créé des exceptions au principe de l'unité matérielle. Toute une série de normes prévoient ainsi des conditions et des effets juridiques différenciés en fonction de la grandeur de la société (cf. ci-après 3.3.1). La critique selon laquelle le droit révisé des sociétés anonymes ne serait plus adapté aux petites entreprises ne résiste ainsi pas à l'analyse. Il reste à savoir comment ces nouvelles normes, entrées en vigueur le 1er juillet 1992, s'appliqueront en pratique.

Une nouvelle forme de société devrait respecter les principes fondamentaux du droit des sociétés. Il faudrait ainsi veiller à maintenir un juste équilibre entre divers intérêts partiellement opposés. Des normes protégeant les minorités et les créanciers devraient être adoptées. De ce fait, le législateur verrait sa latitude d'action limitée dans la création d'un nouveau type de société. Le Groupe de réflexion ne voit pas la possibilité de créer en droit des sociétés une forme encore inexistante qui représenterait une véritable alternative, vraiment satisfaisante et capable de s'imposer en pratique. L'introduction en droit des sociétés d'une forme supplémentaire peu viable et destinée de ce fait à ne pas être utilisée par les entreprises n'aurait aucun sens (cf. les cas de la S.à.r.l. ou de la société en commandite par actions).

L'existence d'une nouvelle forme de société inconnue des Etats voisins aurait en outre à long terme des effets néfastes sur l'économie suisse. Les relations internationales seraient en effet rendues plus complexes en raison du caractère inconnu de ce type de société. Il est dans l'intérêt de la sécurité du droit et des affaires de ne pas étendre davantage les catégories existantes en la matière. La création d'une nouvelle forme juridique ne se justifierait dès lors qu'en cas de réel besoin, une fois la preuve faite qu'aucune forme de société existante ne pourrait permettre d'atteindre les objectifs poursuivis.

Plus simple et plus efficace que la création d'une nouvelle forme, la révision des types actuels de société devrait apporter une réponse satisfaisante aux interventions parlementaires:

- En Suisse, la S.à.r.l. n'a pu s'imposer en pratique. On note toutefois une augmentation de fondations de telles sociétés depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit des sociétés anonymes. Des conclusions définitives à cet égard seraient cependant prématurées. Les normes concernant cette forme de société pourraient être révisées sur certains points (cf. ci-après 3.5).
- La clarification des règles sur la société en commandite par actions la rendrait plus attractive. Bien qu'elle ne soit pas répandue, cette forme représente pour les petites sociétés une véritable alternative à la SA (cf. ci-après 3.6).
- Dans le cadre de la société en commandite, l'admission des personnes morales comme associés indéfiniment responsables permettrait de créer une société de personnes à responsabilité limitée (cf. ci-après 3.7).
- Il serait également possible de faciliter la transformation de la forme juridique d'une entreprise. Outre des modifications sur le plan du droit privé, cela supposerait la révision des normes fiscales applicables en la matière (cf. ci-après 6).

La création d'une nouvelle forme de société n'est pas la voie appropriée pour atteindre les objectifs poursuivis par les interventions parlementaires. Pour les raisons exposées, le Groupe de réflexion écarte une telle solution.

3.3 Séparation du droit des sociétés anonymes en deux parties distinctes

3.3.1 La SA comme forme juridique pour les petites et les grandes entreprises; problématique et ébauche de solution dans le droit révisé des sociétés anonymes

La séparation du droit des sociétés anonymes en deux parties distinctes a déjà été demandée à plusieurs reprises, que ce soit dans le cadre de la révision récemment entrée en vigueur ou après. Le but serait de créer des normes différentes, selon la grandeur de la société (cf. ci-après 3.1.1).

Des réalités aussi diverses que les grands groupes de sociétés, les entreprises familiales ou les sociétés unipersonnelles ne peuvent à l'évidence être soumises à une réglementation uniforme sur tous les points. La révision récemment entrée en vigueur, pourtant partie du principe de l'unité du droit des sociétés anonymes, y a dérogé implicitement sur des questions importantes. Il existe dans différents domaines des dispositions spéciales, expressément

ment prévues pour un certain type de SA ou ne pouvant en fait s'appliquer qu'à des SA déterminées. De telles normes existent en matière de prospectus d'émission, de consolidation des comptes, de restriction à la transmissibilité des actions, de représentation des voix à l'assemblée générale, de publication, de révision, ainsi que de rachat des actions par la société dans le cadre de l'article 736, chiffre 4 CO (cf. à ce sujet Peter Böckli, Das neue Aktienrecht, Zurich 1992, n. 11 ss). Le législateur a donc abandonné le principe de l'unité matérielle du droit des sociétés anonymes (ce qui pourrait être considéré comme l'un des mérites de la révision).

Une nouvelle révision du droit des sociétés anonymes, dans le sens de l'adoption de normes spéciales pour les petites et moyennes entreprises ou dans celui de l'adaptation au droit européen, pose la question de systématique législative suivante: faut-il séparer formellement le droit des sociétés anonymes en deux parties distinctes ou est-il préférable de prévoir une différenciation matérielle, limitée à des domaines déterminés?

Comme on l'a vu, le législateur a, dans le cadre de la révision récemment entrée en vigueur, opté pour la deuxième solution, bien que le principe initial ait été l'unité du droit des sociétés anonymes.

3.3.2 Séparation formelle du droit des sociétés anonymes

Une séparation formelle du droit des sociétés anonymes permettrait de créer une forme de société spécifique pour les sociétés anonymes de moindre taille (cf. ci-après 3.1). A la réflexion, il ne serait toutefois guère possible d'adopter de nombreuses règles spéciales dans le cadre de la forme nouvelle que serait la petite SA (cf. ci-après 3.4).

En outre, une telle solution présenterait divers inconvénients:

- Il serait difficile de fixer des critères de délimitation généraux permettant de distinguer entre les petites et grandes sociétés (les valeurs de référence suivantes pourraient être utilisées, éventuellement de façon combinée: somme du bilan et chiffre d'affaires net / capital-actions ou fonds propres / nombre d'employés / nombre d'actionnaires / cotation en bourse).
- Le texte légal contiendrait nécessairement des répétitions, à moins de procéder par renvois, ce qui réduirait toutefois la lisibilité.
- La loi devrait régler la transformation d'une petite SA en une grande (et réciproquement), ainsi que le cas de la société dépassant ou n'atteignant pas les valeurs limites pour entrer dans la catégorie de SA envisagée (application de la forme juridique correspondant à la grandeur réelle de la société, adaptation des statuts, inscription de la forme spécifique de société au registre du commerce, délais d'adaptation).

- A l'intérieur de ces deux formes distinctes (petite / grande SA), il faudrait, pour des raisons de clarté et de sécurité juridiques, éviter de créer des normes spéciales supplémentaires fondées sur de nouveaux critères de différenciation. Une séparation formelle conduirait en définitive à une réglementation légale plus rigide que le maintien d'un droit des sociétés anonymes formellement unique, avec des dispositions différentes dans certains domaines déterminés (différenciation matérielle).

- Du point de vue du droit comparé, la séparation formelle du droit des sociétés anonymes n'est pas souhaitable. Le droit de la CE ne prévoit en principe pas de telle division, bien qu'il contienne des normes largement différenciées en matière d'établissement des comptes (exigences différentes pour les petites, moyennes et grandes sociétés; cf. ci-avant 2.2).

3.3.3 Différenciation matérielle dans le cadre d'un droit des sociétés anonymes formellement unique

Contrairement à la séparation formelle, la différenciation matérielle permet d'utiliser les critères de délimitation appropriés à des questions spécifiques. Selon le problème en cause, on peut ainsi se fonder sur le chiffre d'affaires, le caractère public ou privé de la société ou, encore, sur ces deux critères. Le problème de la transformation de la forme de société, suite à des variations du chiffre d'affaires, ne se pose en outre plus. En ce qui concerne les prescriptions en matière d'établissement des comptes, des règles différenciées pourraient être élaborées à l'occasion d'une révision dans ce domaine (où l'élaboration d'une loi ou d'une ordonnance distincte est envisagée; cf. ci-avant 2.2).

3.3.4 Conclusions

Au vu de ce qui précède, le Groupe de réflexion considère que les futures modifications en droit des sociétés anonymes devront s'inscrire dans le cadre d'un droit formellement unique, avec le cas échéant des normes différenciées pour certaines questions. On suivrait ainsi la voie tracée par le législateur lors de la révision récemment entrée en vigueur. Une séparation formelle du droit des sociétés anonymes serait problématique à différents égards. Pour des raisons de clarté, seules les questions qui l'exigent vraiment devraient être réglées de façon différenciée. En outre, il faudrait veiller à garder une certaine cohérence entre les normes spéciales.

3.4 Dispositions spéciales en droit des sociétés anonymes

3.4.1 Différenciation dans le droit révisé des sociétés anonymes; situation initiale

Comme on l'a vu, le législateur a, contrairement à ses intentions initiales, abandonné l'unité matérielle du droit des sociétés anonymes et créé des règles spéciales pour les petites ou les grandes sociétés dans toute une série de questions importantes (cf. ci-avant 3.3.1).

La loi a abandonné le modèle d'une société indifférenciée. Certaines dispositions du nouveau droit ont été créées plutôt pour les grandes sociétés, alors que d'autres visent plus spécifiquement les caractéristiques des petites entreprises. En définitive, le droit révisé des sociétés anonymes réalise une différenciation matérielle dans le cadre d'une réglementation formelle unique.

La question se pose de savoir si le droit des sociétés anonymes pourrait être mieux adapté aux besoins spécifiques des petites et moyennes entreprises. A cet égard, il faudrait déterminer les possibilités de créer de nouvelles normes différenciées (règles spéciales formelles). L'adoption de normes s'appliquant de façon générale à toutes les sociétés mais d'une importance particulière pour les petites et moyennes entreprises serait toutefois aussi envisageable (règles spéciales matérielles). Des dispositions applicables à toutes les sociétés pourraient ainsi régler les domaines suivants: droit de préemption, syndicats d'actionnaires, représentation au conseil d'administration. Comme le demandent les interventions parlementaires, les questions à examiner devront l'être en particulier sous l'angle des petites et moyennes entreprises.

3.4.2 Questions pouvant faire l'objet de dispositions spéciales pour les petites et moyennes entreprises

a. Droits de préemption statutaires

Selon l'article 685b, alinéa 7, CO, les statuts ne peuvent restreindre la transmissibilité des actions au-delà des limites fixées par la loi.

L'admissibilité des droits de préemption statutaires sous le nouveau droit est controversée. Le texte légal pour le moins incite à se prononcer contre une telle solution. Comme le montre Peter Böckli (Aktionärsbindungsverträge, Vinkulierung und statutarische Vorkaufsrechte unter dem neuen Aktienrecht, RJB 129 (1993), p. 475 ss), les droits de préemption statutaires créés sous l'ancien droit tiraient leur validité d'une construction avec la clause d'agrément ("Vinkulierung"), laquelle permettrait également de faire respecter ces droits en pratique (le conseil d'administration pouvait en effet se fonder sur cette clause pour refuser les transferts d'actions qui leur étaient contraires). L'article 685b, alinéa 7, CO interdit désormais une telle solution. Si certains admettent la validité de principe des droits de préemption statutaires sous le nouveau droit, il est en revanche incontesté que

les droits de ce genre, en pratique fréquents, qui prévoient un prix de reprise inférieur à la valeur réelle ne sont plus admissibles. De l'avis du Groupe de réflexion, les droits statutaires en tant que tels contreviennent à l'interdiction de restreindre la transmissibilité des actions au-delà des limites fixées par la loi. Ces droits limitent tout d'abord à l'excès la liberté de contracter de l'actionnaire qui désire vendre ses actions, en le contraignant à accepter un partenaire contractuel non choisi, qui pourra le cas échéant ne pas être disposé à payer ou qui excipera de la compensation. Le respect de tels droits nécessite ensuite des formalités supplémentaires lors des opérations de vente, et peut être à l'origine de pertes financières liées à d'éventuelles dissociations de paquets d'actions. Ces droits feraient enfin double emploi avec la clause d'agrément légale ("escape clause") prévue par l'article 685b, alinéa 1, CO (cf. Peter Böckli, RJB; l'opinion contraire de Christian J. Meier-Schatz, dans RSDA 1992, p. 224 ss, ne parvient pas à convaincre).

A plusieurs reprises, la réintroduction des droits de préemption statutaires, au moins pour les petites et moyennes entreprises, a été demandée dans l'hypothèse où le nouveau droit les aurait exclus.

A l'issue de vives controverses politiques d'une durée de huit ans, le législateur a complètement révisé la réglementation relative à la clause d'agrément et limité de façon importante les motifs de refus d'un nouvel acquéreur. Il appartient à la pratique d'assimiler les nouvelles règles et de procéder aux adaptations statutaires qui s'imposent.

Cette nouvelle réglementation présente notamment la caractéristique d'interdire de larges restrictions à la transmissibilité des actions. Comme on l'a vu, les droits de préemption statutaires, pourtant largement répandus, ne sont plus admis par le nouveau droit (sous réserve d'un délai transitoire de cinq ans; cf. art. 2, al. 1, Disp. fin. CO). L'article 685b, alinéa 1, CO, qui prévoit le droit pour la société de proposer la reprise des actions ("escape clause"), offre toutefois une solution de remplacement.

Selon cette disposition, le conseil d'administration peut refuser son approbation en invoquant un juste motif prévu par les statuts ou en offrant à l'aliénateur de reprendre les actions pour son propre compte, pour le compte d'autres actionnaires ou pour celui de tiers, à leur valeur réelle au moment de la requête.

Cette faculté ne correspond pas à un véritable droit de préemption. La société ne peut que proposer le rachat des actions: l'aliénateur reste libre de garder ses actions ou de chercher un autre acquéreur. En pratique, cette différence avec les droits de préemption statutaires ne devrait pas susciter de difficultés particulières. Dans la majorité des cas, l'actionnaire désireux de vendre ses actions acceptera la proposition de la société (le cas échéant, il contestera toutefois l'estimation de la valeur réelle faite par cette dernière, conformément à l'art. 685b, al. 5, CO).

Sous l'ancien droit, il existait des droits de préemption statutaires particuliers, dans la mesure où ils pouvaient être exercés dès le moment où l'actionnaire avait décidé de vendre ses actions, sans même avoir un acquéreur déterminé en vue ("statutarische Vorhand-

rechte"). Ces droits également ne sont plus conformes aux dispositions du droit révisé des sociétés anonymes. L' "escape clause" devrait toutefois largement les remplacer en pratique.

De façon générale, le droit de refuser un transfert et de proposer la reprise des actions devrait, dans une large mesure, exercer les mêmes fonctions que les droits de préemption statutaires. Ce droit n'est toutefois pas inconditionnel. Tout d'abord, il n'existe que si les actions sont liées. Ensuite, le conseil d'administration est soumis à l'interdiction de l'arbitraire, ainsi qu'au respect du principe d'égalité (relative) de traitement (cf. Böckli, RJB). Ceci ne devrait cependant pas nuire à l'efficacité de cette innovation. Dans le cadre des limites susmentionnées, les statuts peuvent librement en régler l'utilisation et prévoir une répartition égale, entre les actionnaires, des actions acquises.

Les droits de préemption conventionnels parfois prévus par les syndicats d'actionnaires peuvent en outre pallier les manques du nouveau mécanisme légal de la reprise des actions. Il n'est dès lors pas nécessaire d'admettre de nouveau les droits de préemption statutaires, y compris dans le cas des petites et moyennes entreprises. Du reste, une telle solution conduirait à obscurcir la réglementation en la matière, par la juxtaposition de droits légaux, statutaires et conventionnels qu'elle impliquerait.

Le Groupe de réflexion estime dès lors qu'une réglementation légale des droits de préemption statutaires est inutile.

b. Les syndicats d'actionnaires

Les syndicats d'actionnaires sont largement répandus en pratique et leur validité est incontestée (cf. art. 663c, al. 2, CO). Ils correspondent en général à des sociétés simples. Aux termes de l'article 546, CO, lorsqu'une société a été formée pour une durée indéterminée ou pour la vie de l'un des associés, chacune des parties peut en provoquer la dissolution, moyennant un avertissement donné six mois à l'avance. Le Tribunal fédéral a toutefois considéré que ce droit de dénonciation est de droit dispositif (ATF 106 II 226). En revanche, le droit de l'associé de demander la dissolution pour de justes motifs (art. 545, al. 2, CO) est de nature impérative. La protection de la personnalité (art. 27 CC) impose en outre certaines limites au contenu de telles conventions.

A différentes reprises, il a été regretté que le législateur n'ait pas réglé les syndicats d'actionnaires dans le cadre de la révision récemment entrée en vigueur. A cet égard, on a fait référence à la question de la durée maximale admissible de ces conventions et proposé de reconnaître dans la loi la validité des conventions conclues pour toute la durée de la société (sous réserve d'une dénonciation pour justes motifs).

Il faut toutefois souligner que les Chambres, après avoir examiné plusieurs fois la question, ont délibérément renoncé à toute réglementation dans ce domaine.

Le législateur n'a pas voulu admettre expressément les syndicats d'actionnaires conclus pour toute la durée d'une société, au motif qu'ils constitueraient des "contrats éternels" (Bull. off. du CN 1985, p. 1763 ss). Quant à la durée maximale admissible de telles conventions, elle ne pourrait être déterminée de façon abstraite, mais seulement sur la base de leur contenu ainsi que d'autres circonstances concrètes.

En réalité, plusieurs considérations s'opposent à une réglementation légale des syndicats d'actionnaires:

- Le contenu de telles conventions est extraordinairement varié. Il est dès lors difficile de déterminer de façon générale la durée maximale admissible en la matière:

Dans le cas où ces conventions se limitent à prévoir des droits de préemption sur une très grande période, leur durée ne pose pas problème. Il n'en va pas de même pour les syndicats d'actionnaires prévoyant de nombreuses obligations contractuelles annexes (par ex. devoir d'effectuer une certaine tâche, de s'abstenir de faire quelque chose, de transmettre des biens meubles ou immeubles).

Les effets des conventions de vote (partie intégrante des syndicats d'actionnaires) sur le droit de vote des actionnaires à l'assemblée générale sont également différents. Certains accords prévoient que les parties exerceront leurs droits de vote d'un commun accord, conformément aux décisions prises au sein de leur groupement avant les assemblées générales de la société. D'autres conventions stipulent à l'inverse l'engagement inconditionnel de soutenir les propositions du conseil d'administration ou de certains actionnaires. L'exercice du droit de vote en cas d'élection au conseil d'administration peut aussi être réglé par de tels contrats. L'importance des conventions de vote dépend en définitive des montants investis par les différents actionnaires qui y sont parties.

Les syndicats d'actionnaires (incluant les conventions de vote) conclus pour toute la durée de la société ne seront pas toujours conformes à l'article 27 CC. Aussi, la possibilité d'un contrôle judiciaire à ce sujet est-elle bienvenue.

- Le législateur n'a en particulier pas voulu créer de règles spécifiques pour les syndicats d'actionnaires. Les dispositions générales leur sont donc applicables. Le peu de sécurité juridique qui en résulte est la contrepartie de la grande flexibilité qu'offre la liberté contractuelle en la matière.

- Il serait difficile d'élaborer une réglementation légale simple des syndicats d'actionnaires. Vu le caractère très diversifié des obligations qu'elles prévoient, ces conventions ne se laissent en effet pas ranger sous un type de contrat déterminé. Même dans le cadre plus limité des simples conventions de vote, plusieurs variantes sont possibles. La loi devrait tenir compte de cette multiplicité.

- La détermination légale de la durée maximale admissible des syndicats d'actionnaires impliquerait une réglementation différenciée et complexe. Le législateur serait en effet amené à distinguer selon le contenu respectif des différentes conventions, ainsi que sur la base d'autres circonstances. Contrairement aux effets généraux de dérégulation, la liberté contractuelle en serait amoindrie. Dès lors, il ne faudrait adopter de nouvelles règles qu'en cas de nécessité absolue.

- L'introduction dans le droit des sociétés anonymes de dispositions sur les syndicats d'actionnaires pourrait laisser croire que de telles conventions n'obligent pas seulement les actionnaires qui y sont parties mais également la société elle-même. Cela n'est toutefois pas le cas. Conformément à leur nature contractuelle, ces conventions ne déploient d'effets obligatoires qu'entre les parties. Le vote à l'assemblée générale effectué d'une façon contraire à un accord de ce genre n'est pas nul, mais donne seulement lieu à des dommages-intérêts contractuels. Prévoir une solution différente reviendrait à attribuer à ces conventions un effet direct sur la société elle-même, ce qui créerait une exception injustifiée en droit des contrats. Par ailleurs, un tel effet entraînerait le bon déroulement des assemblées générales en laissant subsister des incertitudes sur la validité des décisions prises. Il ne faut dès lors pas accorder d'effet spécial aux syndicats d'actionnaires. Les peines contractuelles, le droit de représenter les actionnaires à l'assemblée générale conformément à la convention de vote, ainsi que le dépôt des actions prévu par la convention de blocage suffisent à garantir leur respect.

- Il faudrait par ailleurs déterminer la nature, impérative ou dispositive, d'une réglementation légale en la matière. Si ces dispositions étaient de droit impératif, la question de leur effet, immédiat ou limité aux seules conventions futures, se poserait de surcroît. Quant aux conséquences d'une telle réglementation, son caractère impératif réduirait la liberté contractuelle des parties, alors que des règles dispositives provoqueraient une juxtaposition de conventions, les unes réglées par la loi, les autres non.

- Les Etats voisins ne connaissent pas de réglementation des syndicats d'actionnaires. En adoptant de telles règles, la Suisse ferait une fois de plus preuve de particularisme.

Les effets d'une réglementation en la matière, qu'ils soient positifs (accroissement de la sécurité juridique) ou négatifs (limitation de la liberté contractuelle), ne pourraient s'apprécier que sur la base d'un projet formulé de façon concrète. En tous les cas, l'urgence de telles normes ne se fait pas ressentir, vu la validité manifeste des syndicats d'actionnaires dans le cadre de la liberté contractuelle, eu égard aussi à la renonciation expresse du législateur à adopter des dispositions à ce sujet dans le cadre de la récente révision. Pour être justifiées, des règles en la matière devraient être relativement simples et ne pas violer les principes généraux du droit des obligations.

Bien que le droit en vigueur laisse subsister en pratique des incertitudes (notamment sur la durée admissible des syndicats d'actionnaires), le Groupe de réflexion est en majorité d'avis qu'une réglementation légale de ces conventions ne s'impose pas, à l'avenir également.

c. Suppléants et représentants au conseil d'administration

La loi ne prévoit pas la représentation des membres du conseil d'administration. Il devrait s'agir là d'un silence qualifié. En revanche, les décisions peuvent être prises par correspondance, à savoir sous la forme d'une approbation donnée par écrit à une proposition, à moins qu'une discussion ne soit requise par l'un des membres du conseil d'administration (art. 713, al. 2, CO).

La fonction de membre du conseil d'administration est strictement personnelle. L'assemblée générale élit les membres du conseil d'administration selon leurs qualités et compétences spécifiques. Ceux-ci sont responsables d'une exécution diligente des devoirs qui leur sont confiés par la loi et les statuts. En tant qu'organe collectif, le conseil d'administration prend des décisions après délibération. Dans ce cadre, chaque membre a la possibilité de s'exprimer. Il va de soi que le conseil d'administration devrait fonctionner dans la composition voulue par l'assemblée générale. C'est la raison pour laquelle toute représentation pose une question de principe. Ainsi, il n'est pas certain que des membres du conseil d'administration puissent se faire représenter par leur avocat lors de séances importantes. Par ailleurs, la représentation soulève de délicats problèmes de responsabilité.

Il serait certes concevable d'admettre expressément la possibilité de prévoir dans les statuts la représentation des membres du conseil d'administration. Toutefois, la loi devrait également fixer des conditions-cadres et régler en particulier les questions suivantes: détermination de l'organe compétent pour la désignation des représentants (l'assemblée générale?), admissibilité de la représentation d'un membre du conseil d'administration par un autre (qui disposerait ainsi de deux voix), limite maximale du nombre de représentants lors d'une même séance, responsabilité des représentants. Toutefois, il n'est peut-être pas nécessaire d'édicter des dispositions législatives en la matière. Les problèmes à régler pourraient tout aussi bien l'être par des mesures d'organisation émanant des sociétés elles-mêmes.

d. Droit de sortie

Même sous le nouveau droit, les actionnaires minoritaires se trouvent dans une situation juridique souvent précaire, en raison du principe de la majorité prévalant à l'assemblée générale. Cela est particulièrement le cas dans les petites et moyennes entreprises. La revente des actions, du moins à leur valeur réelle, est par ailleurs très difficile. Cette situation s'explique avant tout par des raisons purement factuelles, mais en partie également par les restrictions juridiques à la transmissibilité des actions. Dans le cas des sociétés non cotées en bourse, le contrôle particulier de la gestion de l'entreprise qui résulte de la participation au marché des capitaux n'existe enfin pas. Pour toutes ces raisons, la création d'un droit de sortie (qu'on peut aussi qualifier de "droit de retrait"), en faveur des actionnaires minoritaires bloqués, répondrait à des besoins pratiques réels. En droit des groupes, cette immo-

vation aurait une importance particulière pour les actionnaires minoritaires des filiales (cf. ci-après 7.5.1).

La création d'un tel droit se heurte à des obstacles quasi insurmontables. Le départ d'actionnaires est incompatible avec le principe du maintien du capital social, qui suppose qu'un actionnaire désireux de sortir de la société transfère au préalable ses actions. Selon ce principe, le nombre des actions doit en effet rester constant. Un retrait ne peut se faire sans difficulté que si d'autres actionnaires sont disposés à reprendre les titres. A défaut, le départ d'actionnaires minoritaires réduit les fonds propres de la société, car celle-ci doit racheter les actions. Dans certains cas, la base économique, et, partant, l'existence de l'entreprise en serait affectée. Un droit de sortie exercé de façon inconditionnelle pourrait ainsi être fatale à une société se trouvant dans une situation financière déjà critique. C'est pourquoi les intérêts des actionnaires minoritaires devraient céder le pas à ceux, conjoints, des actionnaires majoritaires, des travailleurs, des créanciers et de la collectivité en général.

En outre le risque existerait, avec l'introduction dans la loi d'un droit de sortie, de favoriser de manière indue les actionnaires les plus rapides à l'exercer. Si plusieurs demandes de retrait étaient faites, les fonds propres de la société serviraient à racheter les actions des premiers requérants. En cas d'insuffisance de moyens financiers, cela porterait non seulement préjudice aux créanciers mais aussi aux autres actionnaires. Les actionnaires minoritaires seraient ainsi incités à exercer très tôt leur droit de sortie.

En principe, la création d'un tel droit n'est pas la solution appropriée pour protéger les intérêts des actionnaires minoritaires. Les principes du droit des sociétés anonymes (ainsi que la structure typique de la SA) sont en effet méconnus si les actionnaires peuvent exiger la reprise de leurs actions. Aussi, la protection de ces actionnaires doit-elle être assurée par des dispositions matérielles tendant spécifiquement à cette fin, ainsi que par une limitation des possibilités de restreindre la transmissibilité des actions. La récente révision du droit des sociétés anonymes est précisément allée dans ce sens. Ces nouvelles dispositions n'ont jusqu'à maintenant pas reçu un accueil très favorable. Leur abrogation (demandée par quelques interventions parlementaires) ne se justifie toutefois pas, compte tenu notamment de l'absence de tout droit de sortie en droit des sociétés anonymes. Cela est particulièrement vrai dans le cas des petites et moyennes entreprises.

Même si d'importantes réserves peuvent être faites à l'égard d'un droit de sortie, un besoin réel en la matière n'en existe pas moins. Dans le cas où l'on se prononcerait en définitive en faveur d'une telle innovation, la loi devrait prescrire que ce droit ne puisse s'exercer que dans le cadre d'une action judiciaire. Le juge n'accorderait le droit de sortir de la société qu'après avoir constaté l'existence de justes motifs et l'inadéquation de toute alternative, compte tenu des divers intérêts en présence (actionnaires, travailleurs, créanciers). Le retrait d'un actionnaire ne devrait pas provoquer de perte financière durable (obligation pour la société de revendre les actions reprises dans un délai déterminé). A défaut, une réduction du capital-actions serait nécessaire.

La création éventuelle d'un droit de sortie, largement discutée dans le cadre de la révision récemment entrée en vigueur, a été en définitive rejetée. Pour tenir compte (au moins en partie) des demandes matériellement justifiées allant dans ce sens, le législateur a toutefois prévu, dans le cadre de l'action en dissolution, la possibilité d'un retrait à certaines conditions. Selon l'article 736, chiffre 4, CO, les actionnaires représentant ensemble au moins 10 pour cent du capital-actions peuvent requérir la dissolution pour de justes motifs. En lieu et place, le juge peut adopter une autre solution adaptée aux circonstances et acceptable pour les intéressés. A ce titre, il a la possibilité de décider le rachat par la société des titres des actionnaires minoritaires, la société étant maintenue pour le surplus. La doctrine a relevé à juste titre que cette réglementation donnera en pratique lieu à de nombreux problèmes d'application.

Au vu des nouvelles compétences réservées au juge dans le cadre de l'action en dissolution, la création d'un droit de sortie n'est probablement pas nécessaire. Tout jugement définitif sur la question serait toutefois prématuré. Il convient en effet de voir quelle application recevra en pratique le nouvel article 736, chiffre 4, CO.

La loi accorde le droit de requérir la dissolution de la société aux actionnaires minoritaires, pour autant qu'ils représentent au moins 10 pour cent du capital-actions. La suppression éventuelle de cette réserve devrait être examinée. Dans le cas de petites minorités, l'adoption par le juge d'une solution acceptable pour toutes les parties, au sens de l'article 736, chiffre 4, CO, serait en général plus facile. Il n'est par ailleurs pas satisfaisant que l'existence de justes motifs ne puisse être invoquée par tout actionnaire minoritaire. Cependant, la transformation de l'action en dissolution en action ouverte à tout actionnaire laisserait la porte ouverte à des abus.

L'introduction dans la loi d'un droit de sortie serait toutefois inutile si des conditions fiscales désavantageuses rendaient son exercice réhibitivoire. C'est pourquoi la vente des actions à la société ne devrait en principe pas être impossible pour l'actionnaire exerçant un tel droit. Conformément à la loi fédérale sur l'impôt anticipé, il serait toutefois obligatoirement procédé à une retenue de 35 pour cent (sur la partie du montant versé excédant la valeur nominale de l'action).

e. Droit d'exclusion

Le projet du Conseil fédéral de loi sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières prévoit, dans le cadre de la réglementation des offres publiques d'acquisition, une sorte de droit d'exclusion. Aux termes de l'article 31 LBVM, si l'offrant détient, à l'expiration de l'offre, plus de 98 pour cent des droits de vote de la société visée, il peut, dans un délai de trois mois, demander au juge d'annuler les titres restants. La société émet à nouveau ces titres et les remet à l'offrant, contre paiement du montant de l'offre, en faveur des propriétaires des titres annulés. Une retenue de 35 pour cent sera également opérée, conformément à la loi fédérale sur l'impôt anticipé.

Le droit d'exclusion pourrait-il être généralisé? Une telle solution ne serait concevable qu'en cas de reprise des actions par d'autres actionnaires. De plus, ce droit d'exclusion ne devrait pouvoir être exercé qu'à l'encontre d'actionnaires vraiment minoritaires (petites minorités) et/ou être subordonné à l'existence de justes motifs. Enfin, il faudrait prévoir qu'un tel droit ne s'exercerait qu'au travers d'une action judiciaire (demande en exclusion).

Dans les sociétés où les relations personnelles prédominent, les actionnaires minoritaires peuvent toutefois avoir des intérêts extra-patrimoniaux à rester actionnaires. Dès lors, il n'est pas certain que le droit d'exclusion corresponde vraiment dans tous les cas aux besoins des membres des petites et moyennes entreprises. En revanche, l'utilité d'un tel droit est manifeste dans le cas des filiales (cf. ci-après 7.5.1).

f. Quorums différenciés en fonction de la grandeur des sociétés

La réintroduction d'exigences légales en matière de quorum n'est pas nécessaire, vu la possibilité de prévoir des majorités qualifiées dans les statuts.

g. Allègement des prescriptions en matière d'établissement des comptes

Les prescriptions de droit suisse sont beaucoup moins exigeantes que le droit européen. Par ailleurs, le législateur a, dans le cadre de la révision récemment entrée en vigueur, manifestement tenu compte des besoins en la matière des petites entreprises. C'est pourquoi il ne se justifie déjà pas de modifier la loi en leur faveur, comme le demandent diverses interventions parlementaires (cf. ci-avant 3.1). Le développement international du droit et les efforts d'intégration de la Suisse rendent de surcroît impossible tout allègement des exigences en matière d'établissement des comptes. L'adaptation du droit suisse aux directives européennes nécessitera au contraire la révision à moyen terme des dispositions sur les réserves latentes.

h. Suppression de l'organe de révision

Selon les directives européennes (art. 1, lit. a de la 8ème directive de la CE, en relation avec les articles 51 et 11 de la 4ème directive de la CE), les Etats-membres ne sont pas tenus de prévoir dans leur législation le contrôle des comptes annuels des petites sociétés (une société est considérée comme telle si deux des grandeurs suivantes ne sont pas dépassées: un total du bilan de 3,5 millions de francs suisses, un chiffre d'affaires net de 7 millions de francs suisses, une moyenne de 50 employés). Pour les entreprises de moyenne et grande taille, le droit européen exige toutefois des réviseurs bien formés (réviseurs particulièrement qualifiés). Si les directives européennes ne posent pas d'exigences en matière d'organe de révision de petites sociétés, c'est uniquement en raison du fait que ces dernières ne jouent pas de rôle significatif dans le domaine international.

Il serait certes excessif d'imposer aux petites sociétés le contrôle de leurs comptes par des réviseurs particulièrement qualifiés. Le droit de la Communauté ne le fait d'ailleurs pas. Cependant, une suppression de l'organe de révision ne se justifierait pas davantage (même si le droit européen la rend possible). Les intérêts des créanciers et des actionnaires minoritaires des petites sociétés ne sont en effet pas moins dignes de protection que ceux de sociétés plus grandes. La pratique démontre au contraire que les risques d'abus et la probabilité d'une faillite sont même plus élevés dans le cas des petites sociétés.

De l'opinion unanime du Groupe de réflexion, il ne se justifie pas de renoncer au contrôle des comptes annuels des petites sociétés par un organe de révision. Toute modification législative dans ce sens doit être exclue.

Tout comme les prescriptions en matière de comptabilité commerciale et les dispositions sur le maintien du capital-actions, l'exigence d'un organe de révision est en corrélation directe avec la limitation de responsabilité dans le cadre de la SA. L'entrepreneur entendant bénéficier d'un tel privilège doit aussi offrir les garanties exigées. Par ailleurs, l'organe de révision contribue non seulement à une gestion efficace de la société, mais aussi à la protection des actionnaires minoritaires. Le contrôle des comptes annuels existe ainsi dans l'intérêt même de la société. Comme le droit révisé des sociétés anonymes n'exige enfin pas des petites et moyennes entreprises qu'elles mandatent des réviseurs particulièrement qualifiés, les charges financières dues à l'existence d'un organe de révision ne peuvent être qualifiées d'excessives.

i. Devoir de fidélité des actionnaires

Outre le fait qu'elle violerait un des principes de base du droit des sociétés anonymes (interdiction d'exiger des actionnaires d'autres prestations que le versement du montant nécessaire à l'acquisition de leurs titres, art. 680, al. 1, CO), la possibilité de prévoir dans les statuts un devoir de fidélité des actionnaires ne serait pas d'une grande utilité. Dans les sociétés où les relations personnelles caractérisées rendraient nécessaires l'existence d'un devoir de fidélité des actionnaires, il est en effet possible d'atteindre un tel objectif par le biais des syndicats d'actionnaires.

j. Sociétés unipersonnelles

Pour autant que son identité soit inscrite au registre du commerce, la fondation d'une SA par un seul actionnaire ne pose pas de problème. En pratique, cette innovation n'aurait pas de grandes répercussions mais permettrait une simplification de la procédure de fondation. Par ailleurs, le droit suisse serait ainsi rendu conforme à la 12ème directive de la CE (cf. ci-avant 2.7).

k. Limitation de la théorie de la répartition des compétences

Le nouveau droit des sociétés anonymes établit une liste d'attributions du conseil d'administration intransmissibles et inaliénables. Ce faisant, le législateur s'est nettement prononcé en faveur de la théorie de la répartition des compétences. Ces devoirs sont intransmissibles dans la mesure où le conseil d'administration ne peut les déléguer, et inaliénables car l'assemblée générale ne peut les lui retirer. Les Chambres ont rendu l'article 716a du projet du Conseil fédéral plus clair sur ce point, cf. message, tiré à part, p. 177.

Par cette réglementation, le législateur a entendu définir clairement les tâches pour l'exécution desquelles le conseil d'administration est responsable. C'est pourquoi il fallait aussi préciser que l'assemblée générale ne peut soustraire au conseil d'administration les attributions lui revenant de par la loi, y compris sur requête de ce dernier.

La création, dans le cadre de la liste des attributions intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration, d'exceptions en faveur des petites sociétés reviendrait à établir des champs de responsabilité différents selon la taille de l'entreprise. Sur le plan matériel, une telle différence ne se justifie guère.

Il serait certes concevable d'autoriser l'assemblée générale à retirer au conseil d'administration certaines compétences qui lui reviendraient légalement. La responsabilité devrait alors également être transférée à l'assemblée générale et ses membres. Cela serait toutefois contraire aux principes habituels et se heurterait à de réelles difficultés pratiques. La solution pourrait peut-être consister dans une répartition statutaire des attributions différente de celle prévue par la loi (octroi à l'assemblée générale de tâches spécifiques qui reviendraient au conseil d'administration). Les membres du conseil d'administration resteraient cependant légalement responsables, tant envers les actionnaires n'ayant pas consenti au transfert de compétences qu'à l'égard des créanciers de la société.

Quant à la pratique qui consisterait à réserver l'accord de l'assemblée générale pour des décisions incombant au conseil d'administration selon l'article 716a CO, elle serait contraire au droit révisé des sociétés anonymes.

l. Actions à droit de vote privilégié

Selon le nouveau droit des sociétés anonymes, la valeur nominale des actions ordinaires ne doit pas être de plus de dix fois supérieure à celle des actions à droit de vote privilégié (art. 693, al. 2 et 3, CO). En d'autres termes, le poids d'une voix rattachée à une action privilégiée ne doit pas être supérieur du décuple à celui de la voix d'une action ordinaire. Pour certaines décisions de l'assemblée générale, l'importance des actions à droit de vote privilégié est relativisée: l'article 704 CO requiert la majorité de 2/3 des voix attribuées aux actions représentées et la majorité absolue des valeurs nominales représentées. Dans quelques cas déterminés, le privilège rattaché à ce type d'actions n'a même plus aucun effet (art. 693, al. 3, CO). Signalons incidemment qu'il existe des titres auxquels aucun droit de

vote n'est rattaché. Il s'agit des bons de participation, dont le capital ne doit pas dépasser de plus du double le capital-actions (art. 656b, al. 1, CO).

Les dispositions du nouveau droit des sociétés anonymes visent à éviter les abus et à protéger, dans une certaine mesure et pour des décisions importantes, les actionnaires titulaires d'actions ordinaires minorisés sur le plan du droit de vote (quand bien même ils représenteraient la majorité du capital social). Il est exclu d'abroger ces nouvelles règles pour deux raisons. Elles représentent tout d'abord un progrès dans le domaine de la protection des actionnaires minorisés sur le plan du droit de vote. Elles permettent ensuite de tenir partiellement compte du principe selon lequel les risques encourus doivent être proportionnels au poids du vote, et l'influence exercée dans la société proportionnelle à l'apport au capital. A cet égard, le nouveau droit déroge déjà suffisamment à ce principe.

m. Capital-actions minimum

La révision du droit des sociétés anonymes a augmenté le montant minimal du capital-actions de 50'000 à 100'000 francs suisses. Si l'on avait voulu compenser l'inflation intervenue depuis 1936, le montant minimal aurait largement dû dépasser 300'000 francs suisses. Le régime transitoire prévu par le nouveau droit est en outre plutôt large. Seules les sociétés anonymes fondées après 1985 doivent augmenter leur capital-actions et elles disposent pour cela d'un délai de 5 ans. Si l'on tient compte enfin du fait que la libération minimale du capital-actions n'a été élevée que de 20'000 à 50'000 francs suisses, l'application des nouvelles dispositions ne devrait entraîner aucun problème. Ainsi, un réinvestissement annuel limité à 6000 francs suisses permettra aux sociétés concernées de satisfaire aux nouvelles exigences en la matière.

L'exigence d'un capital-actions minimum est une conséquence de la limitation de responsabilité dans le cadre de la société anonyme. Aussi, une réduction du montant minimal exigé ne se justifie-t-elle pas.

n. Réglementation de la succession

Il existe déjà divers instruments juridiques permettant de régler la succession d'un entrepreneur. On peut citer en particulier les syndicats d'actionnaires, les actions à droit de vote privilégié, les bons de participation et, pour les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourses, les restrictions à la transmissibilité des actions (art. 685b, al. 4, CO). A l'avenir, la loi devrait en outre prévoir la scission (cf. ci-après 6).

Si l'on voulait néanmoins créer des règles limitatives, il faudrait le faire en droit successoral (réserves des héritiers légaux) ou matrimonial (régimes matrimoniaux), et non en droit des sociétés.

o. Retour à l'ancienne réglementation en matière de restrictions à la transmissibilité des actions

Pour les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse, les nouvelles dispositions législatives admettent les restrictions statutaires suivantes à la transmissibilité des actions (cf. à ce sujet Carlo Schmid, recht 1992, p. 83 ss):

- exclusion des concurrents;
- exclusion des acquéreurs qui ne sont pas membres de la famille dans le cas d'une entreprise familiale;
- exclusion d'un acquéreur pour des motifs liés à sa personne et qui sont relevant au regard du but de la société;
- pourcentage limité du nombre d'actions par actionnaire;
- exclusion des étrangers au vu des réglementations de droit fédéral exigeant le caractère suisse d'une société pour bénéficier de certains avantages (maintien du caractère suisse).

S'il n'est pas possible de refuser un acquéreur déterminé sur la base de telles clauses statutaires, la société peut encore l'écartier sans indication de motifs, mais en lui proposant de reprendre, pour son propre compte ou pour celui d'autrui, les actions à leur valeur réelle ("escape clause", cf. ci-avant a).

Dans le cas des petites sociétés aussi, il existe donc suffisamment de possibilités d'écartier les acquéreurs indésirables.

Le Groupe de réflexion exclut le retour au régime de l'ancien droit (possibilité générale de refuser le transfert des actions pour toute société, même sans indication de motifs). La distinction entre les actions cotées et non cotées en bourse (sociétés publiques et privées) est en effet parfaitement justifiée. Sur le plan politique, il ne serait en outre pas souhaitable de revenir sur la question une année après l'entrée en vigueur du nouveau droit.

P. Renforcement de l'efficacité de la gestion par rapport à la protection des investisseurs

La proposition du Conseiller national Früh, qui tend à la création d'une forme de société spécifique pour les petites et moyennes entreprises, demande que la structure de l'entreprise soit renforcée. Quant à la transparence et la protection des investisseurs, elles devraient céder le pas aux besoins imposés par la gestion de l'entreprise (cf. ci-avant 3.1).

La garantie des droits patrimoniaux des actionnaires minoritaires exige pourtant la tenue de comptes annuels clairs, explicites et soumis au contrôle de réviseurs professionnels. Il serait du reste contraire aux principes fondamentaux du droit des sociétés de renoncer à une protection efficace de l'actionnaire et de laisser ainsi la porte ouverte à des abus.

Du reste, le code des obligations prévoit déjà une forme juridique où les associés participent à la société à des titres différents. Il s'agit de la société en commandites par actions, dans laquelle certains associés administrent la société, alors que d'autres sont de purs actionnaires (cf. ci-après 3.6). La responsabilité personnelle des associés dirigeants et l'existence d'un organe de contrôle servent à protéger les intérêts des simples actionnaires.

3.4.3 Conclusion

Au vu des développements qui précèdent, la création, au-delà des normes déjà existantes, de nouvelles règles spéciales en faveur des petites et moyennes entreprises n'apparaît guère possible en droit des sociétés anonymes.

Un des objectifs fondamentaux de la révision récemment entrée en vigueur était d'améliorer la protection des actionnaires minoritaires (cf. message, tiré à part, p. 23 et 26). Les interventions parlementaires faites en réaction au nouveau droit placent en revanche au premier plan les intérêts des actionnaires majoritaires. Il n'existe toutefois aucun motif de revenir sur les progrès accomplis en la matière. Les petites sociétés elles aussi ne peuvent être dispensées du respect des nouvelles dispositions. De même, les exigences posées par la loi en raison de la limitation de responsabilité dans le cadre de la société anonyme ne peuvent être réduites, qu'il s'agisse du capital-actions minimum, de la protection du capital, des prescriptions relatives à l'établissement des comptes, de la révision, ou de la publication des comptes annuels. La pratique démontre que les créanciers et les actionnaires minoritaires des petites sociétés dépendent tout spécialement des normes visant à les protéger. C'est en effet dans ce type d'entreprises que surviennent souvent des situations propices aux abus et aux problèmes d'insolvabilité. Pour des raisons matérielles, il n'est ainsi pas possible d'entreprendre les modifications législatives demandées par les milieux intéressés.

Au vu de ses règles spéciales et de sa flexibilité (qui permet de donner à une SA un caractère de société de personnes par l'adoption de clauses statutaires), le nouveau droit des sociétés anonymes offre une forme juridique appropriée aux besoins des petites sociétés. Parallèlement, la possibilité de constituer des syndicats d'actionnaires dans le cadre d'une SA permet aussi de tenir compte des relations personnelles existantes. Grâce à ce type de conventions, il est possible de séparer clairement la structure de l'entreprise (qui résulte des statuts) des relations de nature contractuelle existant entre les associés (régées par les syndicats d'actionnaires).

3.5 Révision de la société à responsabilité limitée (S.à.r.l.)

3.5.1 Interventions parlementaires

Il y a peu de temps, une intervention parlementaire a demandé une révision de la forme juridique de la société à responsabilité limitée:

Motion Dettling du 18 décembre 1992

Révision des dispositions concernant les S.à.r.l.

Le Conseil fédéral est chargé de soumettre aux Chambres un projet de modification des dispositions portant sur la société à responsabilité limitée (art. 772 ss CO). Il s'agit d'inciter les petites et moyennes entreprises à adopter cette forme de société, notamment:

- *en facilitant le transfert des parts (art. 789 ss CO);*
- *en rendant la responsabilité solidaire (art. 802 CO) moins contraignante, de même que la responsabilité de ceux qui précèdent un associé exclu (art. 801 ss CO);*
- *en créant un statut de commanditaire pour les associés;*
- *en séparant clairement les conditions relatives au capital et celles qui concernent la gestion;*
- *en prévoyant, dans des dispositions transitoires, une procédure simplifiée de transformation d'une SA en S.à.r.l., procédure qui ne serait pas imposée à l'exception des frais d'inscription.*

Lors de la rédaction du présent rapport, la motion de Monsieur le Conseiller national Dettling n'avait pas encore été traitée par le Parlement.

En plus de la motion Dettling, il faut mentionner le postulat de la commission du Conseil des Etats pour les affaires juridiques, demandant aussi une révision du droit des sociétés à responsabilité limitée, et la motion de Monsieur le Conseiller national Früh, demandant, elle, la création d'une forme de société pour les petites et moyennes entreprises (cf. ci-avant 3.1).

3.5.2 Désavantages de la société à responsabilité limitée

La forme juridique de la S.à.r.l. n'a pas réussi à s'imposer en Suisse. Sur environ 170'000 sociétés anonymes, on ne compte que quelque 2'700 sociétés à responsabilité limitée. Il est vrai que le nombre des S.à.r.l. a légèrement augmenté depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit de la société anonyme; on peut toutefois se poser la question de savoir s'il s'agit d'une augmentation durable. Une explication importante au petit nombre de S.à.r.l. est sa structure peu flexible, comparée à celle de la SA. La S.à.r.l. présente encore toute une série de désavantages qui la rendent peu attractive:

- Les actions de la société ne peuvent pas être incorporées dans des papiers-valeurs. Leur transfert est coûteux et difficile. En effet, il nécessite la majorité des trois quarts de tous les associés, un acte authentique (frais de notaire), l'inscription de l'acquéreur dans le registre du commerce et la publication dans la Feuille officielle suisse du commerce.
- Les associés ne peuvent pas rester anonymes. Au début de chaque année civile, l'Office du registre du commerce doit déposer une liste des noms des associés, des apports sociaux et de leurs produits.
- Les associés répondent solidairement à concurrence du montant du capital social inscrit, c'est-à-dire qu'ils répondent solidairement pour la partie du capital social non restituée ou remboursée indûment. Les personnes concernées peuvent ainsi encourir un grand risque. Au surplus, les dispositions sur la responsabilité ne sont souvent pas très compréhensibles.
- Chaque associé sortant répond pendant cinq ans des obligations de la société.
- La loi repose sur le principe de l'unité de possession, et de direction. La présomption légale selon laquelle les associés fondateurs ont la gestion des affaires et les pouvoirs de représentation (organisation pourvue par voie interne) n'est souvent pas justifiée.
- Les possibilités de développement en la forme juridique de la S.à.r.l. sont de prime abord réduites en raison de la limite du capital à 2 millions de francs (il faut prendre en considération l'inflation depuis 1936).
- La transformation d'une S.à.r.l. en SA est difficile, dans la mesure où cela demande une liquidation et une nouvelle constitution.
- L'associé chargé de la gestion des affaires d'une S.à.r.l. est soumis à l'Office des poursuites.
- La faillite d'un associé peut entraîner la liquidation de la société.
- Chaque associé peut demander la dissolution de la société pour de justes motifs.
- L'application à la S.à.r.l. des prescriptions de la SA pour la constitution, la protection des créanciers et la comptabilité ne constitue pas un avantage.

3.5.3 Possibilités de rendre la S.à.r.l. plus attractive

Si l'on veut que la forme juridique de la S.à.r.l. devienne pour les petites et moyennes entreprises une alternative attractive par rapport à la SA, il faut éliminer quelques-uns de

ses désavantages. Pour ce faire, il convient d'examiner les points qui peuvent être améliorés:

- La responsabilité solidaire de chaque associé à concurrence du montant du capital social inscrit pourrait être remplacée par la responsabilité simple de chaque associé à concurrence seulement du montant de son apport social. La solution serait ainsi identique à celle de la SA.
- L'adoption d'une organisation pourvue par voie interne dans la S.à.r.l. entraîne la séparation de la gestion des affaires de l'investissement du capital.
- La simplification de la procédure de transformation de la S.à.r.l. en SA et vice-versa doit être traitée dans l'éventuelle loi sur la fusion, la scission et la transformation de sociétés (cf. ci-après 6).
- La réglementation sur le transfert des actions peut en principe être simplifiée; on peut en principe permettre aux associés de garder l'anonymat. Toutefois, le transfert simplifié des actions et l'anonymat des associés vont à l'encontre des demandes tendant à limiter le transfert des actions des petites entreprises. Il y a là un conflit.
- Des simplifications dans les domaines de la constitution de la société, de la protection des créanciers et de la comptabilité doivent être prévues; il ne peut toutefois pas être donné suite aux demandes d'une organisation minimale en ce qui concerne la comparabilité et la révision. Cela ne serait pas justifié, d'autant moins qu'il est prévu de limiter la responsabilité (cf. ci-avant). Il est exclu de trouver une meilleure solution, même en regard du droit de la CE; en effet, les directives de la CE concernant l'établissement des comptes s'appliquent aussi aux S.à.r.l. Une diminution des exigences irait à l'encontre du développement du droit international.
- Alors qu'actuellement, un organe de contrôle n'est obligatoire que dans le cas où les associés n'ont pas un pouvoir direct de gérer (art. 819 CO), une révision de la loi devrait - contrairement à ce que demandent les interventions parlementaires - prévoir qu'un organe de contrôle est en principe obligatoire. L'actuelle réglementation pose des problèmes, dans la mesure où l'examen auquel procède l'organe de contrôle n'est pas fait seulement dans l'intérêt des associés, mais aussi dans celui des créanciers et de la communauté (voir Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, 14 n. 73). Une limitation de la responsabilité impliquerait également une limitation de la responsabilité de l'organe de contrôle en droit des sociétés anonymes.
- En principe, pour les sociétés ayant une activité économique, les exigences en matière d'établissement et de contrôle des comptes devraient être différenciées en fonction de l'importance de l'entreprise, et non en fonction de la forme juridique (cf. ci-avant 2.2.4 et 2.10); il n'est pas possible de procéder à des simplifications spéciales des formes juridiques dans le cadre de la S.à.r.l.

- Le renforcement, pour les petites et moyennes entreprises, de la structure de l'entreprise plutôt que le renforcement de la protection de l'actionnaire serait contraire à la

protection des minorités prévue par le nouveau droit des sociétés anonymes. Il ne serait pas justifié de faire marche arrière, ni sur le plan matériel ni sur le plan politique.

- Prévoir une forme de garantie simplifiée en cas de reprise d'entreprise n'est pas un problème du droit des sociétés; les limites provenant du droit des successions et des régimes matrimoniaux peuvent être bien plus importantes. Une modification ne se justifie pas.

3.5.4 Principales limites d'une révision

Le droit des sociétés à responsabilité limitée constitue un système très fermé. La réglementation suisse correspond pour l'essentiel à celle de nos pays voisins.

Une révision de la société à responsabilité limitée ne devrait pas créer trop de différences avec les réglementations des autres pays; en effet, créer une particularité suisse dans le domaine des formes de sociétés irait, à long terme, à l'encontre des intérêts des entreprises concernées.

D'autres raisons encore font qu'une transformation fondamentale de la S.à.r.l. n'est pas justifiée. Par contre, il serait adéquat de créer une sorte de petite société anonyme se rapprochant des SA; les dispositions importantes du droit des sociétés anonymes devraient être reprises, car une réglementation divergente ne serait souvent pas justifiée matériellement et aurait pour conséquence de créer une incohérence supplémentaire dans le droit des sociétés. Une telle réglementation de la S.à.r.l. ne présenterait ainsi pas vraiment des avantages par rapport au droit des sociétés anonymes. Il n'y aurait dès lors pas de raison valable d'avoir une S.à.r.l. proche de la société anonyme. La flexibilité du droit des sociétés anonymes permet à une petite SA de bien s'adapter aux circonstances en prévoyant des statuts appropriés et en passant des contrats complémentaires avec les actionnaires (cf. ci-devant 3.4.3). Si la S.à.r.l. doit vraiment représenter une alternative à la SA, il ne faut pas prévoir une réglementation qui soit trop proche de celle de la SA. Le caractère de la S.à.r.l. devrait en principe être préservé.

Une révision ne devrait pas porter atteinte à la cohérence de la réglementation existante. Si l'on veut conserver le caractère de la S.à.r.l. et éviter des contradictions, il faut se limiter aux modifications indiquées.

Les 1ère, 4ème, 7ème, 8ème et 12ème directives s'appliquent également à la S.à.r.l. (cf. ci-devant 2.). Une éventuelle révision devra autant que possible prendre en considération les prescriptions des directives de la CE.

3.5.5 Conclusions

L'idée de supprimer la société à responsabilité limitée (et la société en commandite) parce qu'elle est peu utilisée n'a pas été retenue par le groupe de réflexion. Le groupe est toutefois favorable à une révision de la réglementation, qui s'inspirerait des droits français et allemand; par contre, il refuse une transformation fondamentale de la S.à.r.l.

S'il est procédé à une révision dans les limites indiquées, il est clair que la nouvelle réglementation ne pourra pas répondre sur tous les points aux demandes des milieux intéressés. Ainsi, le problème de la limitation de la responsabilité - un élément clé du droit de la S.à.r.l. - ne peut être que partiellement résolu dans le cadre du concept de base actuel de la S.à.r.l.

3.6 Révision de la société en commandite par actions

3.6.1 Expansion minimale et ses causes

La société en commandite par actions est, selon la conception suisse, une forme de SA; elle a la personnalité juridique. Elle réunit des éléments de la SA et de la société en commandite. Les caractéristiques de cette société sont représentées notamment par la position et la responsabilité personnelle des membres de l'administration.

A ce jour, il n'y a en Suisse que dix sociétés en commandite par actions; deux sont des grandes sociétés, dont les actions sont cotées en bourse (Compagnie Financière Michelin, Banque Sarasin & Cie).

Malgré l'expansion réduite de la société en commandite par actions, la doctrine reconnaît à une grande majorité qu'elle est une forme de société appropriée aux entreprises familiales et qu'elle présente des avantages importants par rapport aux sociétés anonymes "habituelles". Ainsi, la différence faite par la société en commandite par actions entre les associés gérants et les actionnaires qui n'ont pas un droit de gestion répond souvent aux besoins des petites et moyennes entreprises. La loi établit une compensation des intérêts entre les deux formes de société, en prévoyant des droits différents, auxquels correspondent des obligations (pouvoir de gérer, droit de veto limité à l'encontre des décisions de l'assemblée générale, lié à une responsabilité personnelle) et en instituant un organe de contrôle interne chargé d'examiner la gestion des affaires; ceci satisfait également sous l'angle de la protection juridique des actionnaires non gérants et minoritaires.

Dans la pratique, on recourt le plus souvent à une société anonyme très atypique, en ce sens qu'elle est personnalisée (société qui met en évidence la personne des actionnaires).

La société en commandite par actions n'est régiee que d'une manière sommaire dans le code des obligations (elle ne fait l'objet que de deux pages dans le recueil officiel du code

des obligations). La loi renvoie très souvent aux dispositions sur la SA et la société en nom collectif. Dans la pratique, cette réglementation s'est révélée comme étant compliquée, incomplète et insatisfaisante; en outre, elle ne résoud pas clairement un certain nombre de questions importantes. La bibliographie et la jurisprudence ne sont pas abondantes. Aussi, des questions fondamentales restent-elles controversées.

En plus de la question essentielle de la responsabilité personnelle, la réglementation fragmentaire et insuffisante ainsi que l'insécurité juridique qui en résulte sont probablement les causes principales du désintérêt pour la société en commandite par actions; par contre, cette forme de société peut présenter un intérêt dans certaines situations, en raison de la liberté de constitution qu'elle permet aux grandes sociétés, qui peuvent se permettre de recourir à un avocat.

La révision du droit des sociétés anonymes ne s'est pas étendue à la société en commandite par actions. Du fait du renvoi au droit des SA, les dispositions révisées des sociétés anonymes s'appliquent cependant également aux sociétés en commandite par actions (cf. Brigitte Tanner, Die Auswirkungen des neuen Aktienrechts auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaften und Bankaktiengesellschaften, in Mélanges Forstmoser, p. 31 ss). Le nouveau droit des sociétés anonymes ne prend toutefois pas en considération les particularités de la société en commandite par actions, ce qui aggrave le problème des renvois au droit des sociétés anonymes; c'est pourquoi il est urgent de réviser la société en commandite par actions.

3.6.2 Principales lacunes de la réglementation

a. Réglementation détaillée; technique législative

Comme cela a déjà été dit, la réglementation lacunaire de la société en commandite par actions constitue probablement l'un des motifs principaux du désintérêt observé jusqu'à maintenant dans la pratique pour cette forme de société.

Si l'on veut en faciliter l'utilisation pour les petites et moyennes entreprises, il est nécessaire de compléter et de modifier la réglementation actuelle. La nouvelle loi devra être claire et très détaillée; les renvois au droit des sociétés anonymes ou des sociétés en nom collectif devront être limités aux domaines qui peuvent s'appliquer sans problème à la société en commandite par actions.

b. Constitution de la société en commandite par actions

La constitution de la société en commandite par actions ne pose en principe pas de problème juridique; il serait toutefois d'un grand intérêt pour l'application du droit de créer une norme qui, à l'instar des articles 626 et 627 CO, fixe le contenu nécessaire et facultatif

des statuts. En outre, il pourrait être utile, par exemple, que l'association des notaires établisse un modèle de statuts en vue d'une expansion de cette forme de société.

c. Inscription dans les statuts du nom des associés indéfiniment responsables

Selon le droit actuel, le nom des associés indéfiniment responsables doit être indiqué dans les statuts (art. 765 CO). Une mutation parmi les associés indéfiniment responsables nécessite une modification des statuts. Cette réglementation correspond au concept fondamental de la société en commandite par actions, en vertu duquel les associés gérants et personnellement responsables ne sont pas désignés par l'assemblée générale, mais directement par les statuts; elle est cependant difficilement applicable et entraîne des frais considérables.

L'obligation d'indiquer dans les statuts le nom des associés indéfiniment responsables peut être supprimée sans dommage. Il faudrait prévoir que l'admission de nouveaux associés indéfiniment responsables soit soumise à la condition de l'acceptation par l'assemblée générale et par les actuels associés indéfiniment responsables. Par contre, la réglementation relative à l'inscription sur le registre du commerce doit être maintenue.

d. Réglementation relative à l'administration

La loi prévoit uniquement que les associés indéfiniment responsables forment l'administration de la société et qu'ils ont le pouvoir de l'administrer et de la représenter (art. 765, al. 1, CO).

Cette disposition n'explique pas suffisamment la forme de l'administration; aussi, y a-t-il controverse sur le fait de savoir si l'administration équivaut au conseil d'administration de la société anonyme en tant qu'organe collectif ou si le pouvoir d'administrer appartient à chaque associé, comme dans la société en nom collectif. Il n'y a pas non plus de réponse aux questions de savoir si un associé indéfiniment responsable peut être exclu de l'administration avec l'accord des autres associés indéfiniment responsables et si l'administration peut être confiée à un tiers.

Les dispositions sur l'administration doivent être précisées. Ainsi, le pouvoir d'administrer et de représenter pourrait être accordé à chaque membre du conseil d'administration, pour autant que les statuts et les décisions de l'administration ne prévoient pas une réglementation différente. Des prescriptions dérogatoires devraient être inscrites sur le registre du commerce. En outre, il faut clarifier la capacité de déléguer de l'administration.

La réglementation relative à l'administration et à la représentation devrait être souple afin de respecter la nature mixte de la société en commandite par actions. Il faudrait également à cette occasion donner suite aux interventions parlementaires qui demandent de créer une forme de société spéciale pour les petites et moyennes entreprises (cf. ci-avant 3.1).

e. Compétences de l'administration

La position de l'administration de la société en commandite par actions est plus forte que celle de la société anonyme. D'une part, les associés indéfiniment responsables sont membres de l'administration de par la loi et non de par le vote de l'assemblée générale (art. 765, al. 1, CO). D'autre part, le pouvoir d'administrer et de représenter ne peut leur être retiré que pour de justes motifs (767 CO en rapport avec 565 CO). Enfin, certaines décisions importantes de l'assemblée générale ne sont valables qu'avec le consentement de tous les actionnaires (art. 766 CO).

La répartition des compétences entre l'administration et l'assemblée générale, qui permet une organisation souple, doit en principe être maintenue.

La responsabilité illimitée pour les engagements pris par la société et l'obligation d'avoir un organe de contrôle sont les corollaires des privilèges des associés gérants, ou l'inverse: ces privilèges sont une compensation à la responsabilité illimitée.

Dans beaucoup de petites et moyennes entreprises qui ont pris la forme de la SA, le besoin se fait sentir de renforcer la position des actionnaires qui travaillent dans l'entreprise. A cet effet, on recourt à une structure du capital propre qui est souvent peu justifiée, mais qui permet une participation au capital ne correspondant pas à la part des associés. Sur ce point, la société en commandite par actions représente la forme de société appropriée. Elle pourrait en conséquence répondre à une nécessité et représenter une forme juridique pour les petites et moyennes entreprises, comme le demandent différentes interventions parlementaires.

f. Nationalité des membres de l'administration

L'application analogique des dispositions du droit des sociétés anonymes sur la nationalité des membres du conseil d'administration (art. 708 CO) n'est pas claire. La doctrine majoritaire et la pratique en matière du registre du commerce n'appliquent pas ces dispositions à la formation de l'administration, mais à celle de l'organe de contrôle.

Ce problème doit être résolu. A ce propos, il faudra également examiner la question de savoir s'il ne conviendrait pas de renoncer aux exigences en matière de nationalité, qui sont discriminatoires. (Cela vaut également en droit des sociétés anonymes; si un accord d'intégration devait être conclu avec la CE, il est fort probable que les clauses de nationalité devraient être supprimées. Par contre, les exigences par rapport au domicile pourraient être maintenues.)

e. Responsabilité personnelle des administrateurs

Selon le droit actuel, les associés indéfiniment responsables répondent personnellement, subsidiairement, solidairement et de manière illimitée pour les obligations de la société (c'est le droit de la société en nom collectif qui s'applique). La responsabilité personnelle s'étend aux dettes contractées avant l'entrée de l'associé dans l'administration. Elle est indépendante de la réglementation interne relative aux pouvoirs d'administrer et de représenter. Si un associé quitte l'administration, il ne répond plus des nouvelles obligations, mais il reste tenu pour les obligations existantes (art. 591 CO).

Le groupe de réflexion est d'avis que la sévérité des règles sur la responsabilité - aliée aux lacunes que présente la réglementation (cf. ci-avant 3.6.1) - explique le fait que les petites entreprises choisissent plus souvent la forme de la SA que celle de la société en commandite par actions (qui serait en soi mieux adaptée). Mais si la société en commandite par actions doit représenter une alternative valable pour les petites et moyennes entreprises, il faudra modifier les dispositions sur la responsabilité des associés gérants. On pourrait envisager, par exemple, de limiter la responsabilité de chaque associé à un certain montant (responsabilité à concurrence d'un montant), publié dans le registre du commerce, ou à une quote-part (responsabilité proportionnelle de chaque associé et exclusion de la solidarité). En outre, la responsabilité pour les obligations contractées avant l'entrée dans l'administration devrait être supprimée. La question de savoir s'il faut renoncer totalement à une responsabilité personnelle, et à quelles conditions, doit aussi être examinée; mais ce faisant, on modifie le caractère fondamental de la société en commandite par actions. Il convient encore de procéder à une étude de droit comparé.

Au besoin, il devrait être possible d'admettre des personnes juridiques comme actionnaires indéfiniment responsables (cf. ci-après 3.7).

h. Organes de contrôle et de révision

En contrepois au pouvoir des actionnaires gérants, la loi prévoit un organe de contrôle chargé de la surveillance de l'établissement des comptes et de la surveillance permanente de la gestion (art. 768 CO). L'organe de contrôle constitue une protection pour les actionnaires non gérants.

Les devoirs et les compétences de l'organe de contrôle ne sont pas clairement définis. On ne sait pas ce qu'il faut entendre exactement par une surveillance permanente de la gestion. Le fait que la loi charge l'organe de contrôle du contrôle des comptes annuels et en même temps de la surveillance de la gestion pose des problèmes, car les deux tâches exigent des qualités différentes sur les plans personnel et professionnel; l'adoption de dispositions plus sévères pour les réviseurs particulièrement qualifiés, suite à la révision du droit des sociétés anonymes, a entraîné des problèmes supplémentaires. Une révision de la loi devrait séparer les tâches de contrôle et de révision et les définir plus précisément. Afin d'éviter des

conflits de compétence, il convient de fixer clairement les attributions de chaque organe dans la loi.

L'exigence d'un organe de contrôle contribue certainement au peu de succès de la société en commandite par actions. Le groupe de réflexion n'y voit toutefois pas une raison de renoncer complètement à cet organe de contrôle. La société en commandite prévoit deux sortes d'associés liés entre eux; la première catégorie est formée d'associés chargés de la gestion de par la loi, la deuxième se compose d'associés qui sont considérés comme de simples fournisseurs de capital à risque; les actionnaires qui ont fait des placements de manière appropriée et qui ne sont pas gérants doivent être protégés contre les éventuels abus qui pourraient être commis par les associés gérants. Cette tâche de protection peut être confiée à un organe de contrôle interne ou externe pour les grandes sociétés. La réflexion en vue de trouver une solution plus simple, satisfaisante juridiquement, équitable et prenant en considération les intérêts divergents, doit être poursuivie.

Si la loi rend obligatoire un organe de contrôle et fixe clairement ses devoirs, on peut renoncer au contrôle spécial. A l'inverse, il est possible de renoncer à un organe de contrôle si un contrôle spécial est prévu pour les sociétés en commandite; des conflits juridiques pourraient toutefois en découler. C'est pourquoi la solution d'un organe de contrôle apparaît comme un avantage.

Le groupe de réflexion est d'avis qu'il est préférable de procéder à des simplifications essentielles dans le domaine de la responsabilité personnelle plutôt que de renoncer à un vaste contrôle de la gestion.

i. Dissolution et transformation en SA

Une société en commandite par actions prend fin automatiquement par la sortie de tous les associés indéfiniment responsables (art. 770 CO).

Cela pose des problèmes considérables dans la pratique. La solution appropriée serait que la loi prévienne une transformation en SA, si l'administration n'est pas convoquée dans le délai fixé par la loi ou les statuts.

Au surplus, il faut prévoir une réglementation sur la possibilité de transformer une société en commandite par actions en SA et l'inverse (cf. ci-après 6).

j. Raisons sociales

La disposition selon laquelle la raison de commerce d'une société en commandite par actions doit contenir au moins le nom de famille de l'un des associés indéfiniment responsables (art. 947 CO) est matériellement incorrecte et force les entreprises à changer de raison sociale en cas de changement dans la situation des membres de l'administration.

En conséquence, cette disposition devrait être supprimée. La question d'une adjonction à la raison sociale qui renvoie la forme juridique de l'entreprise doit encore être examinée.

k. Capital-actions

Etant donné le principe de la responsabilité personnelle, il est possible de fixer le montant minimum du capital-actions plus bas qu'en droit des sociétés anonymes (Fr. 50'000.-; le droit de la CE ne prévoit pas de disposition sur le montant minimum du capital-actions de la société en commandite par actions). Mais il faut tenir compte du fait que seule la formation d'un capital à risque justifie une limitation de la responsabilité. Si l'on prend en considération la protection des créanciers, l'augmentation du coût de la vie et les montants des capitaux investis habituellement dans les entreprises, la somme de Fr. 100'000 (dont seule la moitié doit être versée) prévue par le droit des sociétés anonymes ne paraît pas trop élevée.

l. Clause d'agrément

Le groupe de réflexion rejette l'idée de réintroduire l'ancienne clause d'agrément avec la possibilité de refuser sans indiquer les motifs décisifs (ci-avant 4.3.2, litt. o).

La position juridique des actionnaires sans pouvoir de gestion est faible; il n'est donc pas indiqué de rendre le transfert des actions plus difficile que dans la société anonyme.

L'admission de nouveaux associés indéfiniment responsables nécessite le consentement des membres de l'administration; la société en commandite par actions est ainsi suffisamment protégée d'une mainmise, sans que l'on doive encore alourdir le transfert des actions par une clause d'agrément.

m. Etablissement des comptes

Une simplification des dispositions sur l'établissement des comptes par rapport au droit des sociétés anonymes emble exclue. Comme cela a été dit, les règles sur la comptabilité en droit des sociétés anonymes s'adaptent aux conditions des petites sociétés (cf. ci-avant 4.3.2, litt. f).

La société en commandite par actions avec ses deux catégories d'associés représente le type même de société qui nécessite un établissement des comptes de nature à pouvoir protéger les associés non gérants.

Il faut en outre souligner que les directives de la CE concernant l'établissement des comptes s'appliquent à la société en commandite par actions (cf. ci-avant 2.2). Dans ce cas

également, les exigences pour l'établissement des comptes doivent être différenciées selon l'importance de l'entreprise et non selon la forme juridique.

3.6.3 Conclusions

Le groupe de réflexion voit dans la société en commandite par actions une alternative appropriée à la SA pour les petites et moyennes entreprises. La société en commandite par actions présente le grand avantage d'avoir deux sortes d'associés. Il est usuel pour les petites et moyennes entreprises d'avoir des associés gérants et non gérants; dans ce cas, la loi assure une compensation des intérêts satisfaisante sur le plan juridique entre les deux catégories d'associés. Toutefois, la société en commandite par actions ne constitue une forme d'entreprise intéressante que si les associés gérants sont prêts à assumer une responsabilité personnelle; si l'on veut une responsabilité limitée de tous les associés, il faut choisir une SA ou une S.à.r.l.

Dans la mesure où les interventions parlementaires demandant une forme juridique pour les petites et moyennes entreprises sont justifiées, le groupe de réflexion est d'avis que la forme de société qui leur est le mieux appropriée est la société en commandite par actions.

Une des raisons principales du peu de succès de la société en commandite par actions est l'insuffisance de sa réglementation. Si l'on veut qu'elle soit, dans la pratique, une alternative à la SA et à la S.à.r.l., il faut réviser la loi. Les insécurités juridiques doivent être éliminées par une réglementation détaillée. Les renvois à la SA et à la société en nom collectif doivent être limités aux domaines où une application analogique se justifie en raison de la matière et du caractère particulier de la société en commandite par actions.

Pour rendre plus attractive la société en commandite par actions, il faut réviser notamment les dispositions sur la responsabilité subsidiaire et personnelle et celles sur l'organe de contrôle. Le groupe de réflexion est d'avis que la responsabilité illimitée, solidaire et personnelle peut être limitée dans certains cas. Il reste à examiner comment définir les devoirs de l'organe de contrôle et à quelles conditions il est possible de renoncer à un tel organe. Il faut assurer la protection juridique des actionnaires qui font des placements et qui ne sont pas gérants contre les associés gérants. Le groupe de réflexion rejette une réglementation de la société en commandite par actions dans un sens qui irait à l'encontre de la protection des actionnaires minoritaires prévue dans le droit des sociétés anonymes. En effet, cette protection est particulièrement importante pour les petites et moyennes entreprises.

Au surplus, une révision des dispositions sur la société en commandite par actions doit également prendre en considération les droits étrangers et le droit de la CE (les 1ère, 4ème, 7ème et 8ème directives de la CE s'appliquent aussi aux sociétés en commandite par actions).

3.7 Possibilité de constituer une société de personnes à responsabilité limitée

Le groupe de réflexion suggère de permettre la constitution d'une société de personnes à responsabilité limitée pour les petites et moyennes entreprises (en Allemagne: GmbH & Co. KG), comme c'est le cas dans d'autres pays.

Il s'agit d'une société en commandite, dont le seul associé indéfiniment responsable est une S.à.r.l., soit une personne morale à responsabilité limitée. Dans ce cas, la S.à.r.l. a la fonction de gérer et, comme personne morale, elle garantit l'existence de l'entreprise. Les parts de la S.à.r.l. appartiennent aux associés à responsabilité limitée (commanditaires) de la société en commandite ou aussi à la société en commandite sous forme de propriété commune.

Le droit suisse actuel n'autorise pas la constitution d'une société de personnes à responsabilité limitée, car seuls des personnes physiques peuvent être des associés indéfiniment responsables d'une société en commandite (art. 594, al. 2, CO).

Les avantages d'une société de personnes à responsabilité limitée résident dans le fait qu'elle permet de combiner la limitation de la responsabilité de la S.à.r.l. avec la flexibilité d'une société de personnes (société en commandite). La possibilité de limiter la responsabilité aux apports des commanditaires et à la fortune de la S.à.r.l. est certainement une raison importante du succès de cette forme de société en Allemagne.

Toutefois, combiner la responsabilité limitée et la structure d'une société de personnes présente certains risques pour les créanciers et les investisseurs. C'est pourquoi, en Allemagne, la tendance de la législation et de la jurisprudence récentes est d'appliquer les dispositions de protection de la loi sur la S.à.r.l. également à la GmbH & Co. KG. (cf. plus spécialement Klaus J. Hopt, Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, in: Einführung in das deutsche Recht, 3ème éd., Munich 1990, p. 115 s; Wolfgang Hefermehl, Einführung, in: Aktiengesetz, GmbH-Gesetz, 25 éd., Munich 1993, p. XXXVI s.). Un minimum de règles doivent être prévues pour éviter des abus. Ainsi, c'est déjà lors de la constitution de la société qu'il doit être vérifié qu'aucune personne physique n'est indéfiniment responsable. De plus, si les apports des commanditaires consistent en leurs parts souscrites dans la S.à.r.l., celles-ci ne doivent pas être réputées souscrites à l'égard des créanciers

Il faut noter que les directives de la CE concernant l'établissement des comptes (4ème, 7ème et 8ème directives) s'appliquent déjà aux sociétés de personnes à la responsabilité limitée; elles s'appliquent aussi aux sociétés en commandite dans la mesure où tous les associés indéfiniment responsables sont des sociétés à responsabilité limitée (S.à.r.l., SA ou société en commandite par actions, directive 90/605/CE ainsi que art. 1, lit. a, de la 8ème directive). C'est pourquoi la Suisse devrait également prévoir en matière d'établissement et de contrôle des comptes une réglementation matérielle correspondante à celle de la SA.

3.8 Conclusions

Sur la base des interventions parlementaires demandant une forme juridique pour les petites et moyennes entreprises (cf. ci-avant 3.1), le groupe de réflexion a examiné les solutions possibles et est arrivé aux conclusions suivantes:

- Il faut renoncer à créer une *nouvelle forme de société*.
- Le droit des sociétés anonymes offre peu de possibilités de prévoir une *réglementation plus souple pour les petites et moyennes entreprises*. Les demandes présentant un intérêt sur le plan matériel engendrent d'importants problèmes et désavantages (par exemple, un droit de sortie). D'autres propositions, comme l'allègement des dispositions sur la protection des minorités et des créanciers dans le nouveau droit des sociétés anonymes, doivent être rejetées pour des raisons matérielles. Il n'est dès lors guère possible de modifier le droit des sociétés anonymes pour réaliser les buts proposés par les interventions parlementaires. L'alternative consistant à prévoir des dispositions spéciales dans le droit des sociétés anonymes doit ainsi être abandonnée.
- La réglementation de la *S.à.r.l.* doit être révisée; toutefois, le caractère de cette forme de société doit en principe être conservé. Comme il n'est pas possible de réviser fondamentalement le concept de la S.à.r.l. et que le problème de la responsabilité notamment ne peut être que partiellement résolu, les propositions des interventions parlementaires demandant une révision des dispositions de la S.à.r.l. ne peuvent être prises en considération que d'une façon limitée.
- Il faut autoriser la constitution d'une société anonyme ou d'une *société à responsabilité limitée à un seul actionnaire*; cependant, des prescriptions sur la publicité doivent être prévues (cf. ci-avant 2.7).
- La *société en commandite par actions* doit être révisée fondamentalement afin de la rendre plus attractive; elle peut constituer une forme de société appropriée pour les petites et moyennes entreprises, dans lesquelles seule une partie des associés travaille. La réglementation doit être complétée et les renvois au droit des sociétés anonymes et au droit des sociétés en nom collectif doivent être clarifiés. La responsabilité personnelle des associés indéfiniment responsables doit être allégée. Les questions des devoirs de l'organe de contrôle et la possibilité de renoncer à un tel organe doivent être examinées; toutefois, il faut prévoir une protection suffisante des associés non gérants. Il faut prendre en considération les prescriptions du nouveau droit des sociétés anonymes concernant la protection des créanciers et des actionnaires minoritaires.
- Si l'on autorise des personnes morales à être des associés indéfiniment responsables d'une société en commandite, la constitution d'une *société de personnes à responsabilité limitée* peut être permise (en Allemagne: GmbH & Co KG). Les associés et les

créanciers doivent être protégés de manière appropriée. Plusieurs souhaits émis dans les interventions parlementaires seront réalisés par la constitution de la société de personnes à responsabilité limitée.

4. Incohérences du nouveau droit des sociétés anonymes; éventualité d'une nouvelle révision

4.1 Intervention parlementaire

*Motion Gerold Bühler du 17.6.1993
Nouvelle révision du droit des sociétés anonymes*

Le Conseil fédéral est chargé de soumettre aux Chambres un rapport et une proposition concernant une nouvelle révision du code des obligations. Les enseignements que l'on a pu tirer depuis un an de l'application du nouveau droit des sociétés anonymes doivent être dûment pris en compte. Il convient notamment de procéder aux adaptations ou aux clarifications suivantes:

- régler sans complications administratives la prise ferme lors d'augmentations de capital et le traitement des actions de réserve;
- améliorer les possibilités de supprimer le droit de souscription préférentiel de l'actionnaire lors de l'émission d'emprunts convertibles et d'emprunts portant droit d'option; définir plus clairement les justes motifs concernant la suppression du droit de souscription préférentiel, en relation avec le financement des acquisitions d'entreprises;
- geler le délai de trois mois dans lequel doit être exécuté l'augmentation de capital, en cas de litige;
- accorder le droit d'inscription d'un objet à l'ordre du jour de l'assemblée générale sans limiter encore plus la protection des actionnaires minoritaires; régler la compétence en ce qui concerne le choix de la personne chargée de réviser le compte de groupe;
- régler les frais en matière d'action en responsabilité;
- déterminer le contenu et la forme des rapports intermédiaires en ce qui concerne les augmentations de capital et des émissions d'emprunts obligataires;
- édicter des dispositions relatives aux fiduciaires et au traitement des actions dispo dans le cas des actions nominatives liées;
- faire une distinction entre les sociétés anonymes cotées en bourse et privées en ce qui concerne les restrictions dans le transfert des actions.

Lors de la rédaction du présent rapport, la motion Bühler n'avait pas encore été traitée.

4.2 Avis

La doctrine et la pratique ont critiqué à plusieurs reprises le fait que le nouveau droit des sociétés anonymes présente toute une série de lacunes (cf. en particulier Peter Forstmoser, *Ungereimtheiten und Unklarheiten im neuen Aktienrecht*, RSDA 1992, p. 58 ss).

Il ne convient pas d'examiner ici chaque question et chaque point litigieux; il faut toutefois relever ce qui suit.

Des erreurs de formulation, des lacunes, des contradictions (apparentes) et des opinions divergentes sont le lot de chaque projet de législation d'une certaine envergure. En droit des sociétés anonymes, les inexacitudes et les incohérences posent des problèmes particuliers, en ce sens que ce sont des sujets de droit privé qui, lors de l'adaptation des statuts de leur société aux nouvelles normes, sont les premiers confrontés à ces difficultés, alors que les autorités et les juges ne le seront que plus tard, lors de l'application du droit. La formulation peu précise du droit privé conduit souvent à des problèmes d'interprétation lors de l'application à des états de faits concrets. Cette caractéristique confère cependant au droit privé l'avantage incontestable d'être adaptable et flexible. Une certaine insécurité juridique est inévitable aussi longtemps que les questions essentielles posées par le nouveau droit n'ont pas été résolues par une doctrine majoritaire et la jurisprudence.

Les membres du groupe de réflexion sont unanimes pour dire que les points litigieux du nouveau droit des sociétés anonymes sont essentiellement de nature politique. Ainsi, le droit préférentiel de souscription lors de l'augmentation conditionnelle du capital et la nécessité de motifs importants pour l'exclusion du droit de souscription constituent des décisions politiques du législateur, qui ne peuvent pas être considérées objectivement comme des erreurs matérielles. Il ne paraît pas opportun de procéder à une nouvelle analyse politique des questions qui ont été discutées pendant huit ans au Parlement lors de la révision du droit des sociétés anonymes.

La doctrine et la pratique apporteront une solution satisfaisante à la plupart des incohérences et des problèmes d'interprétation du nouveau droit des sociétés anonymes. Plusieurs questions litigieuses ont déjà été tranchées par une doctrine dominante. Une rediscussion de ces problèmes ne pourrait que créer de nouvelles insécurités juridiques.

4.3 Conséquences

Certains prétendus défauts du nouveau droit des sociétés anonymes sont en fait consciemment voulus par le législateur. Quant aux demandes de révision, elles proviennent des personnes dont les propositions ont été minorisées pendant la procédure de législation.

D'autres défauts consistent en des incohérences de la loi, qui peuvent être corrigées par l'interprétation.

Enfin, un petit nombre de défauts touchent à la cohérence du droit des sociétés anonymes. Ils sont dus au fait que les dispositions concernées ont été adoptées vers la fin des débats parlementaires. Un réexamen de ces questions serait en soi souhaitable; cependant, il ne serait guère utile de remettre en question les compromis souvent péniblement obtenus et de créer éventuellement de nouvelles contradictions et confusions.

Compte tenu de toutes ces circonstances, le groupe de réflexion est d'avis qu'il faut renoncer pour l'instant à des modifications du nouveau droit des sociétés anonymes. Celui-ci ne présente en effet aucune inexacitude justifiant une révision urgente. Cependant, certains défauts techniques pourront être éliminés par une modification ponctuelle des dispositions concernées, lorsque l'occasion se présentera. Ce devrait être le cas de la norme (art. 652a, al. 1, ch. 5, CO) qui stipule qu'en cas d'augmentation du capital ordinaire ou conditionnelle, des comptes intermédiaires ne doivent être établis que si les comptes annuels remontent à plus de 6 mois; elle devrait en effet prévoir un délai de 9 mois, conformément au droit de la CE. De même, pourrait être clarifiée la question de la compétence de l'assemblée générale d'élire le réviseur des groupes de sociétés.

5. Révision du droit des sociétés coopératives

5.1 Intervention parlementaire

En 1981 déjà, une intervention a été déposée, demandant une révision du droit des sociétés coopératives.

Postulat du Groupe de l'Union démocratique du centre du 16.3.1981. Société coopérative, nouvelle définition.

Le Conseil fédéral est invité à faire entreprendre des études et recherches ainsi qu'à présenter un rapport et, le cas échéant, une proposition tendant à réviser partiellement le code des obligations (art. 828 s.). Il y aura notamment lieu d'examiner, en l'occurrence, s'il ne conviendrait pas de redéfinir les critères applicables à la conduite d'une entreprise en la forme juridique d'une société coopérative, de telle manière que l'action commune passe au premier plan parmi les critères déterminants.

5.2 Genèse

L'un des buts essentiels de la révision du droit des sociétés de 1919/1936 consistait à établir les principales différences existant entre les sociétés coopératives et les sociétés anonymes et à élaborer une législation tenant compte de ces différences. Les observations faites à ce propos dans le message du Conseil fédéral de 1928 sont toujours pertinentes (FF 1928 I 318):

"Mais il y a, entre ces deux sociétés, des différences fondamentales. Tandis, en effet, que la société anonyme est une association de capitaux, la société coopérative est une association de personnes. ... La société coopérative est presque toujours intéressée, d'une manière ou de l'autre, à l'activité individuelle et à la prospérité matérielle de ses membres. La société anonyme est un groupement nettement commercial. La société coopérative n'est rien de pareil."

Les sociétés anonymes et les sociétés coopératives présentent toutefois des similitudes:

- Les deux types de société sont créés principalement à des fins économiques.
- Les deux formes juridiques conviennent à des entreprises commerciales importantes et comptant un nombre élevé de travailleurs.

Les prescriptions du droit des sociétés coopératives se réfèrent cependant en partie aux conditions des petites entreprises; de ce fait, les grandes sociétés coopératives bénéficient de privilèges matériels injustifiés par rapport aux sociétés anonymes.

Les conditions-types fixées par le législateur en droit des sociétés coopératives n'ont pas empêché dans la pratique le maintien de sociétés coopératives atypiques ou même leur développement. Il est fait référence en particulier aux grandes sociétés coopératives dans le secteur de la consommation, des assurances (pour lesquelles la forme atypique est cependant déjà prévue dans la loi) et des banques (pour celles-ci aussi la loi prévoit déjà en partie la possibilité d'une forme atypique).

Ces dernières décennies, les différences les plus importantes entre les sociétés coopératives atypiques et la société anonyme ont diminué. Cette réalité juridique se trouve en contradiction avec la révision du droit des sociétés anonymes, qui a encore accentué les différences dans l'organisation juridique, car des adaptations analogues en droit des sociétés coopératives n'ont pas été réalisées.

5.3 Révision

De l'avis du groupe de réflexion, il n'est pas possible de changer le cours de l'histoire et de nier aux organisations qui se sont constituées en sociétés coopératives cette forme juridique. S'agissant des sociétés atypiques également, la forme juridique de la société coopérative répond à des besoins légitimes que les autres formes de société du droit suisse ne sont pas susceptibles de satisfaire. Cependant, le développement dans la pratique doit être pris en considération en révisant le droit des sociétés coopératives et en adoptant des dispositions spéciales pour les sociétés atypiques. En outre, et de manière générale, il faut créer des principes légaux identiques, c'est-à-dire qu'il ne faut pas opérer des distinctions essentielles entre la société anonyme et la société coopérative lorsque les conditions ne diffèrent pas sur des points essentiels entre les deux formes de société. Il convient de prévoir une organisation concordante, qui règle d'une manière équitable l'activité économique et fixe des mesures spéciales pour les grandes sociétés. Les prescriptions relatives aux sociétés coopératives doivent être adaptées au nouveau droit des sociétés anonymes; à cette occasion, il faut également éliminer les différences entre les deux formes juridiques qui existaient déjà avant la révision du droit des sociétés anonymes.

Les dispositions plus sévères prévues par le nouveau droit des sociétés anonymes en ce qui concerne le but économique de la société anonyme ou l'intérêt des créanciers, des actionnaires minoritaires et de la communauté doivent être reprises dans le droit des sociétés coopératives. Il s'agit en particulier des domaines suivants:

- aggravation des exigences relatives à l'établissement des comptes (prescriptions sur la structure des comptes, annexe au bilan, réglementation limitative et publicité en ce qui concerne les réserves latentes);
- prescriptions spéciales pour la publicité des sociétés économiques importantes;
- exigences accrues en ce qui concerne la qualité et l'indépendance des réviseurs;

- création du réviseur spécial;

- reprise de la réglementation sur les frais pour les plaintes en contestation et en responsabilité.

Les trois premiers points peuvent être réalisés par une réglementation sur l'établissement des comptes indépendante de la forme juridique de la société (cf. ci-avant 2.2 et 2.10).

Le droit des coopératives doit régler également la question du bon de participation, en particulier les conditions de son admission. (La société coopérative ne doit pas nécessairement avoir un but lucratif, la distribution des dividendes est soumise, en outre, à une limite légale supérieure.)

Il faut encore examiner si une comptabilité consolidée doit aussi être exigée pour les groupes de coopératives (malgré leur structure différente).

Les différences entre les droits des sociétés anonymes et les coopératives, qui existaient déjà avant la révision des sociétés anonymes et qui ne sont pas ou plus justifiées, doivent être éliminées. C'est le cas des différences suivantes:

- exigences plus petites pour la constitution d'une société coopérative (renoncement à l'acte authentique), ce qui ne constitue pas une simplification dans la pratique, dans la mesure où beaucoup de constitutions de sociétés sont imparfaites);

- délais de convocation différents pour l'assemblée générale (5 jours pour les sociétés coopératives, 10 jours selon l'ancien droit et 20 jours selon le droit révisé pour les sociétés anonymes, 882 CO).

En plus de l'adaptation au droit des sociétés anonymes, il faudra largement tenir compte, à l'avenir également, des particularités des sociétés coopératives proprement dites (entraide des membres par une action commune) qui sont encore nombreuses dans les domaines de l'agriculture, de l'habitat et de l'industrie. C'est pourquoi la structure personnelle de la société coopérative doit être maintenue. Toutefois, ici aussi, la question se pose de savoir si certaines règles du droit actuel ne sont pas trop doctrinaires. Aussi, le principe obligatoire d'une voix par tête peut-il empêcher l'atteinte de buts typiques de la coopérative; il ne serait pas souhaitable de supprimer complètement le principe, mais de l'alléger (dans tous les cas, il ne faut pas prévoir le principe du droit de vote à proportion de la participation au capital. Le principe de sept sociétaires au minimum peut rendre plus difficile la réalisation des buts coopératifs (notamment dans le domaine de l'agriculture).

Dans cet ordre d'idée, il faut aussi discuter la question de base qui est de savoir dans quelle mesure le principe de l'entraide doit être maintenu. Actuellement, ce principe est ancré expressément dans la définition légale. En outre, il revêt une signification importante

pour les sociétés coopératives "typiques". Par contre, pour les grandes sociétés, comme dans les secteurs de la consommation et des assurances, il est dénué de sens.

De l'avis du groupe de réflexion - contrairement au postulat de l'UDC de 1981 - la solution ne peut pas consister à renforcer le principe de l'entraide, qui serait imposé à toutes les sociétés coopératives, obligeant ainsi les grandes sociétés coopératives de consommation et d'assurances à renoncer à cette forme juridique de société. Mais il n'est pas non plus possible de renoncer complètement au principe de l'entraide. Il faut donc trouver une solution intermédiaire permettant de distinguer selon les types de coopératives ou les domaines économiques. Cette question demande encore à être approfondie et il faudra veiller à ne pas limiter la réflexion sur le plan du droit privé, mais de l'étendre en particulier au plan du droit fiscal.

Enfin, il faudra examiner si d'autres buts de la révision du droit des sociétés anonymes doivent être repris dans le droit des sociétés coopératives, en utilisant toutefois d'autres moyens:

- La possibilité de l'autofinancement de beaucoup de sociétés coopératives pose des problèmes. La particularité du capital social variable et au surplus facultatif interdit cependant de reprendre la réglementation du nouveau droit des sociétés anonymes. Il convient plutôt de chercher des solutions spécifiques.

- Les droits démocratiques des membres doivent être renforcés, particulièrement dans les grandes sociétés coopératives. Dans ce cas également, la reprise de la réglementation du droit des sociétés anonymes ne paraît cependant ni justifiée ni faisable. La question est plutôt de savoir comment mettre en oeuvre plus efficacement les règles spécifiques prévues pour les grandes sociétés coopératives en ce qui concerne la votation par correspondance et l'assemblée des délégués.

- Les règles relatives au changement des associés - selon le principe de l'entrée et la sortie et non de la transmission de la qualité d'associé - doivent être repensées.

5.4 Conséquences

Le groupe de réflexion estime qu'une révision du droit des sociétés coopératives est nécessaire.

6. Fusion, scission et transformation de sociétés

6.1 Nécessité d'une réglementation

Le droit suisse en vigueur règle en partie seulement la fusion et la transformation d'une société. Par ailleurs, la restructuration des formes juridiques est régie de façon trop rigide.

Dans le cas de la S.à.r.l., de l'association et de la fondation, la fusion n'est pas prévue par la loi. Il en va de même de fusions entre sociétés de nature ou de nationalité différentes (en allemand, on parle dans le premier cas de "rechtsformüberschreitende Fusion", soit "fusion transformatrice"; le second type de fusion est, lui, désigné par l'expression "grenzüberschreitende Fusion", soit "fusion transfrontalière"). L'absence de réglementation en la matière est source d'insécurité juridique importante. L'admissibilité des fusions non prévues par la loi reste en partie incertaine, comme l'application par analogie des règles du droit des sociétés anonymes (cf. à ce sujet, Frank Vischer, Drei Fragen aus dem Fusionsrecht, RSDA 1993, p. 1 ss).

Les dispositions en vigueur sur la fusion ne sont pas conformes à la réglementation-cadre de la CE. La récente révision du droit des sociétés anonymes n'a en particulier pas modifié les règles existantes en la matière.

En droit des sociétés anonymes et coopératives, les normes sur la fusion se limitent à instaurer un régime de protection des créanciers de la société dissoute (art. 748 ss et 914 CO). Le conseil d'administration doit ainsi adresser un appel aux créanciers et administrer séparément l'actif de cette société jusqu'à ce qu'ils aient été payés ou aient reçu des sûretés. Cette exigence d'une gestion séparée entraîne en pratique des difficultés d'application et est plus étendue que les mesures de protection prévues par les droits étrangers.

La transformation de la forme juridique d'une entreprise n'est régie en droit suisse que dans le cas de la transformation d'une SA en une S.à.r.l. (art. 824 ss CO). La scission de sociétés n'est, quant à elle, pas du tout prévue par la loi.

Au vu de la législation incomplète et de l'insécurité juridique en la matière, l'Office fédéral de la justice a chargé en octobre 1992 le professeur Frank Vischer, de Bâle, d'élaborer un avant-projet de loi sur la fusion, scission et transformation de sociétés.

La nouvelle réglementation tendra à assurer une plus grande mobilité entre les diverses formes de sociétés. Pour ce faire, la transmission de patrimoine par voie de succession universelle devra être plus largement prévue. Il faut en effet permettre à une entreprise de changer aisément de forme juridique même après sa création, pour lui laisser la possibilité de s'adapter à l'évolution des circonstances. La nécessité d'un assouplissement du droit des sociétés est en général aussi reconnue à l'étranger. Une libéralisation à cet égard a eu lieu notamment en Allemagne, en Italie, en France et en Grande-Bretagne. Les nouvelles ré-

gles, loin de limiter les possibilités juridiques en droit des sociétés, les élargiront au contraire.

6.2 Eléments d'une nouvelle réglementation

6.2.1 Fusion

La loi devra régler la fusion entre des sociétés de même nature, de même que la fusion entre des sociétés de nature ou de nationalité distincte. Dans le cas des fusions entre sociétés de forme différente en particulier, il conviendra de déterminer les combinaisons admissibles et les conditions auxquelles seront soumises de telles opérations.

6.2.2 Scission

La scission facilitera les opérations de partage et de restructuration des entreprises. Il faudra établir légalement les formes de société pour lesquelles la scission sera possible, ainsi que les conditions auxquelles elle sera subordonnée.

La scission est l'opération par laquelle une société ("société scindée") transfère, par voie de succession universelle, tout ou partie de son patrimoine (actifs et passifs) à d'autres sociétés ("société(s) bénéficiaire(s)"), préexistantes ou spécialement créées à cette fin. Les associés de la société scindée reçoivent en échange des parts sociales de la société bénéficiaire ou en acquièrent la qualité d'associé. Il existe trois types de scission:

- la scission par laquelle la société scindée est dissoute. Les associés de cette société acquièrent en échange une participation dans la société bénéficiaire (en allemand "Aufspaltung", soit "désintégration");
- la scission qui n'implique pas la dissolution de la société scindée. Dans ce cas également, les associés de cette société acquièrent une participation dans la société bénéficiaire (en allemand "Abspaltung", soit "séparation");
- la scission qui présente les mêmes caractéristiques que le second type, à cette différence près que la participation dans la société bénéficiaire est octroyée à la société scindée elle-même et non à ses membres. Tel sera notamment le cas si une société se transforme en société holding (en allemand "Ausgliederung von Vermögensteilen", soit "détachement d'éléments du patrimoine").

Pour les deux premiers types de scission, la distinction supplémentaire suivante peut encore être faite:

- Lorsqu'il existe plusieurs sociétés bénéficiaires, les associés de la société scindée peuvent acquérir une participation dans chacune de ces sociétés, proportionnellement à leurs parts (en allemand "symmetrische Spaltung", soit "scission symétrique");

- Certains associés peuvent toutefois acquérir les parts d'une première société bénéficiaire, d'autres celles d'une seconde (en allemand "asymmetrische Spaltung", soit "scission asymétrique"). Cette forme de scission, qui permet un partage du patrimoine de la société scindée, sert notamment à régler la succession d'une SA de famille.

6.2.3 Transfert de patrimoine

La cession d'un patrimoine ou d'une entreprise, au sens de l'article 181 CO, n'est pas effectuée à titre universel. Selon cette disposition, seul le passif est transmis de façon générale et automatique. Le transfert des biens s'effectue en revanche de façon individuelle, en respectant les dispositions de forme applicables pour chaque type de biens. La transmission universelle du patrimoine d'une entreprise (ou du moins d'une partie formant une entité distincte), à l'avenir possible, viendra compléter les possibilités offertes par le troisième type de scission susmentionné ("Ausgliederung"). A la différence de cette forme de scission, la contre-prestation en faveur de la société qui aliène ses biens ne consistera pas en une participation.

6.2.4 Transformation de sociétés

La possibilité de transformer sans liquidation préalable la forme juridique d'une entreprise rendra le droit des sociétés beaucoup plus flexible et répondra à des besoins largement répandus en pratique. Les entreprises pourront ainsi s'adapter de façon optimale aux circonstances nouvelles survenues depuis leur création.

Un tel instrument juridique constitue un tout avec la fusion entre sociétés de type différent et doit dès lors être admis au même titre que celle-ci. D'un point de vue systématique, il serait incohérent de permettre l'absorption d'une S.à.r.l. par une SA et d'exclure la transformation de la première forme de société en l'autre.

La loi devra déterminer les possibilités respectives de transformation pour les différentes formes de sociétés, ainsi que les conditions auxquelles elles seront subordonnées. Une personne morale ne devrait en principe pas pouvoir être transformée en un type de société qui ne possède pas la personnalité juridique. Rien ne s'opposerait en revanche à la transformation d'une raison individuelle ou d'une société de personnes en société de capit, al., Quant aux associations, fondations et sociétés coopératives, il faudrait tenir compte de leur spécificités et limiter en conséquence les transformations admissibles dans leurs cas.

Cette innovation permettra par ailleurs de répondre à certaines attentes parfaitement légitimes, exprimées dans diverses motions (cf. ci-avant 3.1.2 et 3.1.5).

6.2.5 Protection des minorités et des créanciers; responsabilité

Les opérations de restructuration juridique au moyen des instruments susmentionnés ne peuvent s'effectuer sans protection des associés et des créanciers.

En ce qui concerne les membres des sociétés parties à de telles opérations, la loi doit garantir que l'information nécessaire leur sera fournie, de manière à leur permettre de prendre une décision conforme à leurs intérêts.

Dans l'hypothèse où la transformation d'une forme juridique, la fusion entre des sociétés de forme ou de nationalité distinctes auraient pour effet d'aggraver la responsabilité des associés, le rachat de leurs parts devrait leur être offert, de manière à leur permettre un retrait de la société en cas de désaccord avec les opérations envisagées.

Lorsque, dans le cadre d'une scission, les associés ne reçoivent pas de façon proportionnelle une participation dans chacune des sociétés bénéficiaires ("asymmetrische Spaltung", cf. ci-avant 6.2.2), les minorités ne peuvent être protégées que par l'exigence de l'unanimité.

Quant aux créanciers, leurs intérêts devraient particulièrement être pris en considération dans le cas où l'opération effectuée aurait pour effet de restreindre le substrat financier leur servant de garantie ou en changerait la nature. Lors de la fusion ou la transformation d'une société, la loi pourrait prévoir des mesures de protection systématiques ou ne les exiger que si les créanciers ont rendu au moins vraisemblable une mise en péril de leurs intérêts. Par ailleurs, il resterait encore à déterminer si de telles mesures interviendraient avant ou après la réalisation des opérations de restructuration.

Enfin, la loi devrait régler également la responsabilité des différents participants aux opérations de restructuration juridique.

6.3 Intégration des nouvelles normes en droit suisse

C'est une question de technique législative que de savoir si les nouvelles dispositions devraient être intégrées dans le code des obligations (voire le code civil) ou faire l'objet d'une nouvelle loi distincte.

Le Groupe de réflexion se prononce en faveur de la création d'une loi spéciale, car les sociétés soumises à une future réglementation seraient celles prévues aussi bien par le code des obligations que par le code civil. Une telle solution, outre qu'elle permettrait d'accélérer le processus législatif, tiendrait par ailleurs mieux compte du caractère spécifique et homogène des questions traitées.

Si une partie générale (ou du moins un ensemble de dispositions communes) du droit des sociétés venait à être intégrée ultérieurement dans le code des obligations, les normes de la loi spéciale pourraient y être transférées.

La LDIP régira quant à elle les fusions de sociétés de nationalité différente.

6.4 Aspects fiscaux

Les instruments juridiques dont il est ici question visent à donner au droit des sociétés une plus grande souplesse, de même qu'à permettre aux entreprises de choisir une structure juridique optimale. Les normes fiscales ne doivent pas entraver la réalisation de tels objectifs. Le transfert des biens par voie universelle est le dénominateur commun de toutes ces opérations de restructuration. Pour trouver un écho en pratique, elles devront rester sans incidences sur le plan fiscal.

La scission en particulier pourrait être considérée comme une liquidation totale ou partielle, fiscalement imposable. Tel ne devrait toutefois pas être le cas si aucun bien n'a été transféré hors de l'entreprise et si les participations des associés sont restées en majorité inchangées (au moins à raison de 51 %). Quant au transfert de biens à une nouvelle société dans le cadre d'une scission du troisième type ("Ausgliederung", cf. ci-avant 6.2.2), il ne devrait pas davantage être imposé. Il faudrait en effet éviter que des considérations fiscales n'interfèrent avec les possibilités nouvellement offertes par le droit privé. Aucun intérêt national, qu'il soit économique ou d'autre nature, n'impose d'entraver de cette manière les opérations de restructuration juridique qui pourront être effectuées à l'avenir en application des nouvelles règles.

En ce qui concerne la fusion, elle peut entraîner actuellement des conséquences fiscales inattendues, en dépit du principe de la neutralité des fusions sur le plan fiscal.

Au vu des observations qui précèdent, il importe que les aspects fiscaux des opérations de restructuration juridique ne soient pas négligés et que les modifications nécessaires soient opérées dans les lois fiscales fédérales (y compris la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes), en parallèle à l'élaboration de nouvelles normes de droit privé.

6.5 Conséquences

Le Groupe de réflexion souligne la nécessité d'une action législative dans ce domaine et se prononce en faveur de la création d'une loi spéciale sur la fusion, la scission et la transformation des sociétés, sociétés coopératives, associations et fondations. La réglementation

en matière de fusion et de scission sera adaptée aux 3^{ème} et 6^{ème} directives de la CE (cf. ci-avant 2.6). En outre, les conditions fiscales devront être aménagées de manière à ne pas être dissuasives. Pour que les entreprises recourent aux nouvelles possibilités offertes par un droit des sociétés plus flexible, il est indispensable que la neutralité fiscale des opérations de restructuration soit assurée.

7. Droit des groupes de sociétés

7.1 Interventions parlementaires

La création d'un droit des groupes de sociétés a déjà été exigée au Parlement il y a quelques années:

Postulat Arnold Koller du 26 juin 1973:

Dans l'économie de notre pays, les groupes de sociétés jouent un rôle prépondérant. En raison de la concentration des entreprises, leur nombre ne cesse de croître. Or le droit suisse ne connaît aucune réglementation qui leur soit applicable. Le droit des sociétés actuellement en vigueur et sur lequel se fondent les absorptions ou fusions d'entreprises n'est plus suffisant à maints égards (publications et obligation d'informer, protection des créanciers, des actionnaires minoritaires; du public).

C'est pourquoi le Conseil fédéral est invité à présenter, le plus rapidement possible, un projet de loi fédérale sur les groupes de sociétés.

Postulat Muheim du 11 décembre 1978:

Le Conseil fédéral est en outre invité à entreprendre une autre révision du droit de la société anonyme, révision portant notamment sur les points suivants:

- *groupes de sociétés.*

(Le reste du postulat a été classé dans le cadre de la révision du droit des sociétés anonymes, cf. message, tiré à part, p. 38 ss)

Par ailleurs, une autre intervention parlementaire a requis l'adoption d'une réglementation concernant entre autres les communications incombant aux groupes de sociétés et la publication de participations, questions à régler, selon le message du Conseil fédéral concernant la révision du droit des sociétés anonymes, dans le cadre d'un futur droit des groupes de sociétés (message, tiré à part, p. 38 ss):

Postulat Oehler du 25 juin 1973:

L'ordre juridique en vigueur ne connaît aucun principe, aucune prescription d'ordre général en ce qui concerne les publications qui incombent aux personnes morales. C'est pourquoi il est possible de procéder notamment à des transferts d'actions qui ne sont conformes ni à l'intérêt de notre économie, ni à celui de la collectivité.

Le Conseil fédéral est invité à présenter aux Chambres un rapport ainsi qu'un projet de loi sur les publications des personnes morales. Il conviendra, en l'occurrence, de prescrire que les transferts d'actions dont le total dépasse un certain pourcentage doivent faire l'objet de publications, ou être pour le moins déclarés.

7.2 Contenu d'un droit des groupes

Les groupes de sociétés sont de plus en plus répandus dans l'économie suisse. Cependant, le modèle de référence du législateur est en principe la société juridiquement et économiquement indépendante, organisée en tant que telle (cf. toutefois ci-après 7.3 et 7.4).

Un droit des groupes exhaustif adapté aux caractéristiques économiques de ces entités résumerait notamment les questions principales suivantes:

- Définition du groupe de sociétés

Le droit des groupes ne s'appliquerait pas indistinctement à toutes les catégories de groupes de sociétés. Il resterait à définir quels groupes seraient soumis à la nouvelle réglementation (groupes de sociétés à structure contractuelle / groupes de fait).

- Affiliation

La réglementation de l'affiliation à un groupe d'une entreprise jusque là indépendante définirait les conditions et les conséquences de l'entrée dans le groupe de cette société. Dans ce contexte, il conviendrait d'examiner la création d'une obligation et/ou d'un droit de rachat de la société mère (ou "société dominante") à l'égard des actionnaires minoritaires de la nouvelle filiale (ou "société contrôlée").

- Publicité de groupe

Il faudrait prévoir la publication des prises de participations conduisant à l'affiliation à un groupe d'une société et/ou à la constitution d'un groupe de sociétés.

- Comptes de groupe

Seuls des comptes annuels consolidés peuvent donner une information fiable sur la marche des affaires.

- Direction de groupe

Il s'agirait de déterminer le droit et le devoir de la société mère de diriger le groupe de sociétés (direction unique). A cet égard, la mesure dans laquelle la filiale peut être subordonnée aux intérêts du groupe devrait être définie, de même que les conséquences de la direction unique pour les organes de la société mère et de la filiale.

Protection des minorités de groupe

Il faudrait protéger les actionnaires minoritaires libres d'une société devenue filiale de la poursuite, par la société mère, d'intérêts propres au groupe. Cette réglementation, applicable après l'entrée dans le groupe de l'entreprise auparavant indépendante, se distinguerait des règles tendant à la protection des minorités dans le cadre même du processus d'affiliation à un groupe.

Responsabilité des organes de groupe

Il faudrait déterminer si la société mère, ainsi que les membres de la direction unique, seraient responsables comme organe de fait à l'égard des actionnaires minoritaires d'une filiale (en dehors du cas de l'insolvabilité de celle-ci).

Insolvabilité de groupe

Lorsqu'une filiale tombe en faillite, la question se pose de savoir dans quelle mesure les créanciers peuvent prétendre se désintéresser sur les biens de la société mère ou d'une autre filiale. A cet égard surgit le problème de la concurrence entre les différents cercles de créanciers. La responsabilité des organes en cas d'insolvabilité d'une filiale ou de la société mère devraient par ailleurs être réglée.

Droit contractuel de groupe

Le droit des obligations établirait le principe de l'unité du groupe dans les relations avec les cocontractants des différentes sociétés d'un groupe.

Droit fiscal des groupes

Le droit fiscal devrait aussi tenir compte des relations de groupes de société. Il pourrait ainsi prévoir notamment l'obligation pour les groupes de présenter une déclaration d'impôts consolidée, ainsi que régler les conditions et les conséquences fiscales d'une affiliation, réciproquement d'une sortie du groupe.

7.3 Dispositions relevant du droit des groupes dans le droit révisé des sociétés anonymes

Le droit suisse en vigueur ne connaît pas de véritable droit des groupes. Cependant, le droit révisé des sociétés anonymes prend en considération les caractéristiques spécifiques des groupes de société sur certains points. Par ailleurs, certaines dispositions générales du droit des sociétés anonymes acquièrent une signification particulière lorsqu'elles s'appliquent aux relations de groupes (les développements ci-après ne concernent que les problèmes les plus importants):

Définition du groupe de sociétés

La loi définit le groupe de sociétés en relation avec les dispositions sur les comptes de groupe. Selon l'article 663e, alinéa 1, CO, un groupe existe lorsqu'une société, par la détention de la majorité des voix ou d'une autre manière, réunit avec elle sous une di-

rection unique une ou plusieurs sociétés (principe de la direction unique). Cette définition n'a toutefois pas de portée générale et n'est pas applicable en dehors des dispositions relatives aux comptes de groupe.

Affiliation

Si l'affiliation à un groupe d'une société jusque là indépendante conduit à une large soumission de cette dernière aux intérêts du groupe, une modification du but statutaire est nécessaire. La décision y relative de l'assemblée générale requiert la majorité qualifiée (art. 704, al. 1, ch. 1, CO), voire l'unanimité en cas de suppression du but statutaire (art. 706, al. 1, ch. 4, CO).

La protection des actionnaires minoritaires résultant de ces exigences est toutefois limitée. Seule une soumission manifeste aux intérêts du groupe nécessiterait un changement de but statutaire conformément à ces dispositions. Abstraction faite du cas où le but lucratif de la société est supprimé, les actionnaires étrangers au groupe devraient en outre être suffisamment nombreux pour pouvoir, dans le cadre de l'article 704, alinéa 1, chiffre 1, CO, s'opposer au changement de but social en constituant une minorité de blocage (pour une plus large protection des actionnaires minoritaires lors du processus d'affiliation à un groupe, cf. ci-après 7.5.1). Une fois l'affiliation à un groupe réalisée, une certaine protection des actionnaires minoritaires résulte par ailleurs de l'article 717 CO, qui oblige le conseil d'administration à traiter les actionnaires de façon égale.

Publicité de groupe

Dans le droit révisé des sociétés anonymes, les sociétés dont les actions sont cotées en bourse (sociétés publiques) ont l'obligation d'indiquer dans l'annexe au bilan leurs actionnaires les plus importants, à savoir ceux dont la participation dépasse 5 pour cent de l'ensemble des voix (art. 663c CO; cf. également les dispositions complémentaires du projet d'une loi sur les bourses, ci-après 7.4). Si les sociétés publiques visées sont en même temps des filiales, une telle obligation a pour effet de rendre publique les relations de groupe existantes. Les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse doivent également fournir en annexe des comptes annuels des informations sur toutes les participations essentielles à l'appréciation de l'état du patrimoine et des résultats de la société (art. 663b, ch. 7, CO).

Comptes de groupe

Le devoir de présenter des comptes annuels consolidés (comptes de groupe) résulte de la révision du droit des sociétés anonymes, qui règle par là l'un des points centraux d'un droit des groupes (art. 663e ss, 663h, 697h et 731a CO). Sont toutefois exemptés de cette obligation les petits groupes de sociétés.

Direction de groupe

La définition du groupe de sociétés donnée à l'article 663e, alinéa 1, CO en matière de comptes de groupe indique que le principe de la direction unique des groupes de sociétés est en principe admise. Différentes dispositions y apportent toutefois des limitations (cf. art. 716a et 717 CO et ci-après 7.5.3).

- Protection des minorités de groupe

Plusieurs dispositions assurent une certaine protection des actionnaires minoritaires étrangers au groupe. On peut citer en particulier le devoir du conseil d'administration de veiller aux intérêts de la société et de traiter de la même manière les actionnaires qui se trouvent dans la même situation (art. 717 CO). Il faut toutefois aussi mentionner l'obligation de rendre des comptes annuels consolidés (art. 663e CO), l'interdiction de distribution occulte de bénéfices (art. 678 CO), l'inefficacité des privilèges rattachés aux actions à droit de vote privilégié et l'exigence d'une majorité qualifiée pour certaines décisions de l'assemblée générale (art. 693, al. 3 et art. 704 CO), le droit à être renseigné (art. 697 CO), le droit à l'institution d'un contrôle spécial (art. 697a CO), ainsi que l'exigence conditionnelle de réviseurs indépendants des sociétés appartenant aux groupes (art. 727c, al. 2, CO).

- Prise en considération des relations de groupes dans d'autres questions

La réglementation légale de l'acquisition par la société de ses propres actions assimile l'acquisition d'actions par une filiale détenue de façon majoritaire à celle effectuée par la société mère (art. 659b et 663b, ch. 10, CO). La définition du groupe de sociétés de l'article 663e, alinéa 1, CO en matière de comptes de groupe ne s'applique pas dans ce cas. Seules sont prises en considération les participations majoritaires (cf. à ce sujet Anne Pettipierre-Sauvain, L'acquisition indirecte par la société de ses propres actions, RSDA 1992, p. 220 ss).

- Facilités pour les sociétés mères (privilèges pour les sociétés holding)

Les sociétés mères qui sont des holdings au sens de la loi bénéficient de privilèges en matière de constitution de réserves légales (art. 671, al. 4, CO), ainsi que de nationalité des membres du conseil d'administration (art. 708, al. 1, CO).

7.4 Dispositions relevant du droit des groupes dans le projet de loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières

Le projet du Conseil fédéral de loi sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (loi sur les bourses, LBVM; message in FF 1993 I 1269 ss) contient également des dispositions relevant du droit des groupes.

- Publicité de groupe

L'obligation de déclarer les acquisitions et aliénations de participations essentielles vient compléter les dispositions du droit des sociétés anonymes; les sociétés doivent publier les informations reçues (art. 20, 21, 39 et 50 LBVM).

L'objectif poursuivi par le postulat Oehler (ci-dessus 7.1) devrait ainsi être atteint.

Affiliation

Les dispositions du projet de loi sur les bourses en matière d'offres publiques d'acquisition (art. 22 ss LBVM) contiennent des règles importantes visant le processus d'affiliation à un groupe. Cependant, elles ne s'appliquent qu'aux sociétés dont les titres sont cotés en bourse et qui ont pour le surplus décidé de s'y soumettre *volontairement*.

Celui qui, par l'acquisition de titres d'une société, dépasse le seuil de 33 1/3 pour cent des droits de vote de la société, doit présenter une offre portant sur tous les titres traités en bourse de cette société; une possibilité de retrait est donc offerte aux actionnaires minoritaires étrangers au groupe (art. 30 LBVM; disposition transitoire de l'art. 51 LBVM, relative aux filiales existant au moment de l'entrée en vigueur).

A l'expiration d'une offre publique d'acquisition, l'offrant qui détiend plus de 98 pour cent des droits de vote de la société pourra contraindre les actionnaires minoritaires (moins de 2 pour cent des droits de vote) à se faire racheter leurs actions (art. 31 LBVM).

7.5 Autres questions nécessitant une réglementation

7.5.1 Affiliation

En cas d'affiliation à un groupe d'une société jusque là indépendante, les actionnaires minoritaires de la nouvelle filiale (communément appelés "actionnaires libres") se trouveront souvent dans une situation juridique précaire. Leurs intérêts seront davantage menacés que ceux des actionnaires minoritaires d'une société indépendante. Ainsi, la société mère pourra user des ressources de la filiale à ses propres fins. Dans l'intérêt du groupe, il lui sera également possible de réduire l'étendue des activités de la filiale, tant sur le plan matériel que géographique. De même, elle pourra reprendre une partie importante de ses produits, cela de façon formelle ou informelle. En contrepartie, la filiale retirera des avantages de sa participation au groupe. Pour les actionnaires minoritaires, le dommage net résultant en définitive de ces diverses opérations pourra être considérable, bien que difficile à prouver. En cas d'affiliation à un groupe, l'existence d'un droit de sortie sera dès lors bien souvent la seule façon de protéger réellement les intérêts des actionnaires minoritaires. L'obligation de faire une offre, telle qu'elle est prévue par la loi sur les bourses, va dans le même sens (cf. ci-avant 7.4).

L'aménagement d'un droit de sortie dans le cadre d'un processus d'affiliation ne devra pas aller sans prévoir également le droit de l'offrant de contraindre la petite minorité restante à lui vendre ses actions.

7.5.2 Publicité de groupe

Il n'existe pas d'obligation de déclarer pour les sociétés dont les titres ne sont pas cotés en bourse (cf. art. 663c CO et art. 20 sv. LBVM). La publicité de groupe renseigne sur l'existence de relations de groupes et devrait être prévue de façon générale pour tous les groupes de sociétés.

7.5.3 Direction de groupe

Le nouveau droit des sociétés anonymes et la future loi sur les bourses ne règlent pas la direction unique par les organes de la société mère et ses conséquences (protection des actionnaires minoritaires et des créanciers d'une filiale). Il en résulte différents problèmes, dans la mesure où le droit des sociétés prend en principe (sauf exceptions déjà mentionnées) comme modèle la société indépendante.

Bien qu'un groupe de sociétés se compose formellement d'entités juridiques distinctes, il est en général dirigé comme un tout par les organes de la société mère. De ce fait, les intérêts des sociétés individuelles sont subordonnés à ceux du groupe dans son ensemble. Souvent les membres du conseil d'administration ou de la direction de la société mère fonctionnent en même temps comme organes des filiales, ou du moins en désignent les membres. Pour permettre la poursuite des intérêts du groupe, la direction unique donne aux conseils d'administration des filiales des instructions. Celles-ci peuvent aller à l'encontre des intérêts des filiales. La question se pose dès lors de savoir à quelles conditions et dans quelle mesure la société mère peut intervenir dans les affaires des sociétés du groupe.

Malgré l'existence d'une direction unique, les conseils d'administration des filiales sont juridiquement responsables du respect de leur devoirs légaux. Selon l'article 717 CO, les membres du conseil d'administration, de même que les tiers s'occupant de la gestion, doivent veiller fidèlement aux intérêts de la société. En outre, l'article 716a CO récemment entré en vigueur attribue au conseil d'administration certains devoirs, qu'il qualifie de surcroît d'intransmissibles et d'inaliénables. En cas de violation de ces obligations, les membres du conseil d'administration d'une filiale répondent personnellement, envers les actionnaires minoritaires et les créanciers, des dommages qui en résultent. A cet égard, il n'impose pas que le conseil d'administration ait agi sur instructions de la société-mère. Un manquement aux intérêts de la filiale peut également avoir des conséquences pénales (gestion déloyale, art. 159 CP).

7.5.4 Responsabilité des organes et insolvabilité de groupe

Le fait de reconnaître à la direction unique d'un groupe le droit de donner des instructions ne doit pas porter préjudice aux intérêts des actionnaires minoritaires ou à ceux des créanciers des filiales. Aussi, l'introduction dans la loi d'un droit formel de donner des instructions ne doit-il pas aller sans une réglementation spécifique de la responsabilité des organes et des situations d'insolvabilité dans le cas des groupes de sociétés (cf. ci-avant 7.2).

7.5.5 Droit fiscal des groupes

Il est particulièrement important que le droit fiscal prenne également en considération les relations de groupe (la déclaration fiscale consolidée n'existe pas encore en Suisse).

7.6 Application du droit actuel aux groupes

Comme on l'a déjà vu, le nouveau droit des sociétés anonymes contient plusieurs dispositions relevant du droit des groupes (cf. ci-avant 7.3). Le droit positif offre en outre certaines réponses aux questions posées par le fonctionnement des groupes. L'application aux groupes des normes en vigueur soulève cependant diverses difficultés (cf. à ce sujet, R. von Büren, *Der Konzern im neuen Aktienrecht*, dans: *Grundfragen des neuen Aktienrechts*, Berne 1993, p. 47 ss). Par ailleurs, la validité des solutions développées par la pratique n'a pas encore été tranchée de façon concluante par les tribunaux :

- La structure de direction d'un groupe est-elle compatible avec l'article 716a CO, qui définit les attributions intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration? Dans l'appréciation de cette question, il faut tenir compte du fait que cette règle n'exige pas une indépendance absolue des membres du conseil d'administration. Une telle indépendance n'existe du reste souvent pas dans le cas des sociétés non affiliées à un groupe (relations du conseil d'administration avec l'actionnaire principal). Lorsqu'elles ne vont pas à l'encontre des intérêts de la filiale, les instructions de la société-mère aux administrateurs ne sont pas contraires à l'article 716a CO. En revanche, cette norme définit le champ de responsabilité de l'administration et interdit une subordination complète des intérêts de la filiale en droit suisse, au moins s'il existe des "actionnaires libres". La question de savoir si une telle structure de direction est conforme à l'article 717 CO est, quant à elle, plus difficile. Rappelons que cette disposition impose aux administrateurs le devoir de veiller fidèlement aux intérêts de la société.

- Responsabilité des organes et insolvabilité de groupe

Les administrateurs d'une filiale qui n'exercent pas les compétences définies par l'article 716a CO dans l'intérêt de la société sont personnellement responsables du dom-

mage qui en résulte, même lorsqu'ils ont agi sur instructions de la société-mère. C'est pourquoi ils obtiennent souvent de cette dernière l'engagement contractuel de les indemniser pour les suites des actes imposés par la direction du groupe (en l'absence d'un tel accord, les membres du conseil d'administration peuvent invoquer l'article 402, alinéa 2, CO, pour autant que les instructions données n'aient pas été illicites). Il serait également concevable de traiter la société-mère comme un organe de fait de la filiale. Cette solution n'a toutefois jamais été consacrée par la jurisprudence et ne supprime pas le caractère irrégulier du comportement des administrateurs, que ce soit sur le plan contractuel, délictuel ou pénal.

- Protection des minorités de groupe

Les nouvelles dispositions du droit des sociétés anonymes qui protègent les actionnaires minoritaires, en particulier l'obligation d'égalité de traitement désormais inscrite dans la loi (art. 717, al. 2, CO), le contrôle spécial (art. 697a CO) et la possibilité de répartition des frais prévus à l'article 756, alinéa 2, CO en cas d'action en responsabilité hors-faillite, améliorent également la protection des actionnaires minoritaires des filiales (cf. aussi ci-avant 7.3). Il en va de même de l'action en dissolution, qui permet désormais aux actionnaires minoritaires de demander à sortir de la société s'ils peuvent faire valoir de justes motifs (art. 736, ch. 4, CO; cf. aussi ci-avant 3.4.2 lit. d).

Le droit en vigueur ne contient en revanche aucune règle concernant le processus même d'affiliation d'une société à un groupe. Quant au projet de loi sur les bourses, il prévoit, dans le cadre des dispositions facultatives sur l'offre publique d'achat, l'obligation de faire une offre aux actionnaires minoritaires lors d'une prise de contrôle (cf. ci-avant 7.4). Ces normes sont toutefois controversées et de prime abord destinées aux seules sociétés publiques.

En définitive, le Groupe de réflexion considère que la question d'une réglementation légale des groupes devra être examinée à la lumière des expériences qui auront été faites avec le nouveau droit des sociétés anonymes.

7.7 Réserves quant à la création d'un droit formel des groupes

7.7.1 Inconvénients d'un droit spécifique des groupes

La réglementation des groupes de sociétés peut prendre la forme d'un droit formel des groupes, en soi distinct, ou s'intégrer dans le cadre du droit général des sociétés (réglementation ponctuelle réalisée par des normes spéciales).

Jusqu'à ce jour, aucun Etat n'a élaboré de loi distincte réglementant toutes les questions relevant du droit des groupes. L'Allemagne est allée le plus loin dans ce sens. La législation allemande en la matière n'a toutefois pu servir de modèle aux autres pays. Elle vise en effet un type de groupes de sociétés méconnu sur le plan international. Il s'agit des groupes à structure contractuelle, dans le cadre desquels les filiales sont complètement subordonnées

à la société-mère. Par opposition, les groupes suisses sont pour la plupart des groupes de fait, reposant sur une participation au capital social et conçus, pour des raisons fiscales, comme des entités économiques relativement indépendantes.

Dans les autres Etats, on s'est contenté d'une réglementation ponctuelle, allant toutefois plus loin sous certains aspects que le droit suisse. La Commission de la CE a quant à elle renoncé à présenter un projet de directive en la matière, alors même qu'un texte s'inspirant du modèle allemand avait déjà été formulé (le projet interne de l'administration est publié dans: M. Lutter, *Europäisches Unternehmensrecht*, 3ème édition, Berlin/New York 1991).

7.7.2 Nécessité d'une réglementation internationale en la matière

La plupart des groupes suisses ne sont pas constitués uniquement de sociétés de cette nationalité. Dans leur cas, l'application d'un droit des groupes plus développé serait problématique: seules pourraient être soumises à ces dispositions les sociétés suisses (qu'il s'agisse de la société-mère ou de filiales). Le demandeur suisse qui, dans le cadre d'une action dirigée contre une société-mère située à l'étranger, voudrait invoquer les nouvelles règles suisses sur la responsabilité des organes et l'insolvabilité de groupe, aurait peu de chances de succès. A l'inverse, le demandeur étranger en litige avec une société-mère établie en Suisse bénéficierait de normes plus sévères qu'ailleurs. Pour être efficaces, les dispositions de droit des groupes doivent donc s'appliquer à l'ensemble du groupe, à savoir aussi bien à la société-mère qu'aux filiales. Il serait certes concevable d'attribuer à la société-mère étrangère un droit formel d'ingérence dans les affaires de la filiale suisse. Un tel droit n'irait toutefois pas sans prévoir une responsabilité correspondante de la société-mère. De plus, il faudrait adopter des normes spécifiques relatives à l'insolvabilité de groupe. Ces dispositions devraient de surcroît être exécutoires à l'étranger. Les normes de droit des groupes perdent largement leur sens si elles ne peuvent s'appliquer qu'à certaines sociétés d'un groupe.

Vu le caractère international des groupes (du moins des plus importants) et les dangers d'une réglementation suisse autonome (cf. ci-après 7.7.3), le droit des groupes ne peut être aménagé de façon satisfaisante que sur le plan international. Un droit des groupes exclusivement suisse créerait peut-être plus de problèmes qu'il n'en résoudrait. En revanche, une participation de la Suisse à des négociations internationales en la matière serait souhaitable.

7.7.3 Dangers d'une réglementation défavorable à la place économique suisse

Si la Suisse faisait cavalier seul dans l'adoption de normes de droit des groupes, la législation helvétique serait plus rigoureuse que celles des pays voisins, notamment en matière de responsabilité. Comme ces dispositions pourraient pour la plupart être invoquées à leur rencontre, les entreprises, en particulier les sociétés-mères établies en Suisse, risqueraient

de venir à considérer comme désormais beaucoup moins intéressantes les conditions-cadres de la place économique suisse.

7.8 Conséquences

Le Groupe de réflexion rejette dans sa majorité l'idée d'une *loi formelle réglant de façon détaillée le droit des groupes*, compte tenu des disparités qui seraient ainsi créées avec les législations moins développées des Etats voisins.

Il serait en revanche judicieux d'examiner les possibilités de développer une *réglementation ponctuelle* en la matière. De nouvelles normes de droit des groupes pourraient en particulier être adoptées en matière de publicité, de direction unique (droit de donner des instructions, devoir de direction), de responsabilité des organes et d'insolvabilité.

Plusieurs membres du Groupe de réflexion considèrent en définitive comme superflue de nouvelles normes de droit des groupes. Ils craignent par ailleurs les effets dommageables de telles dispositions, vu l'impossibilité de les appliquer pleinement aux groupes internationaux et compte tenu de l'atteinte qui serait ainsi portée aux conditions-cadres de la place économique suisse.

Il convient d'examiner plus amplement quelles sont les alternatives existantes en la matière, ainsi que leurs effets respectifs. Le Groupe de réflexion considère dans sa majorité comme non urgente la réglementation des problèmes relevant du droit des groupes. D'autres réformes législatives sont en effet prioritaires en droit des sociétés. De plus, il ne serait pas judicieux de régler de façon autonome les problèmes qui peuvent exister dans ce domaine.

8. Droit des fondations

Le Conseil fédéral ayant soumis en consultation un projet de révision du droit des fondations, le groupe de réflexion renonce à traiter ce sujet.

9. Droit des papiers-valeurs

Le droit des papiers-valeurs devrait être adapté à la réalité (papier-valeur non instrumenté). Beaucoup de questions encore non résolues devraient être réglées par la loi, notamment les papiers-valeurs non instrumentés (cf. Dieter Zobl/Claude Lambert, Zur Entmaterialisierung der Wertpapiere, RSDA 1991, p. 177 ss).

Le groupe de réflexion est d'avis qu'une réglementation des papiers-valeurs non instrumentés est en principe souhaitable, mais pas d'une extrême urgence en comparaison des autres révisions; c'est pourquoi il renonce à examiner matériellement ce sujet.

10. Divers

L'article 962 CO règle l'obligation de conserver les livres. Le compte d'exploitation et le bilan doivent être conservés en original; les autres livres peuvent être conservés sous forme d'enregistrement sur des supports d'images. La correspondance et les pièces comptables, elles, peuvent être conservées sur des supports de données ou d'images.

Plusieurs milieux demandent que la conservation sur des supports de données ou d'images soit autorisée plus largement.

La question d'une révision de l'article 962, alinéa 2, CO, devrait être confiée à l'éventuelle commission chargée d'élaborer le droit sur l'établissement des comptes. Les problèmes liés aux preuves techniques ne devront pas être oubliés.

11. Conclusions et propositions

11.1 Principes

Le droit suisse des sociétés et des papiers-valeurs nécessite sûrement une révision. Vu l'urgence de régler certaines questions, il s'impose de fixer des priorités.

Si l'on pense que la révision du droit des sociétés anonymes adoptée en 1992 a duré 27 ans, il paraît indiqué de limiter les buts et la portée d'une future révision. En principe, des révisions portant sur des thèmes sont plus facilement et plus rapidement réalisables que des révisions totales.

11.2 Orientation juridique européenne

La discussion sur la poursuite des travaux est rendue plus difficile par l'incertitude qui règne sur la question de l'intégration de la Suisse à l'Europe. Il faut prendre en considération le fait que le Conseil fédéral a décidé de poursuivre la politique d'intégration après le refus en votation populaire de l'entrée de la Suisse dans l'EEE (cf. ci-avant 1).

Il faut tenir compte du fait que la reprise des dispositions de la CE sur le droit des sociétés peut encore toujours faire l'objet d'un accord d'intégration. Vu que le délai d'adaptation serait probablement court et que la procédure de législation serait longue, il serait judicieux d'entreprendre le plus vite possible les révisions qui permettent, au moins en partie, de se rapprocher des réglementations-cadres de la CE concernant le droit des sociétés.

Les prescriptions de la CE concernant le droit des sociétés constituent une réglementation matérielle adéquate et elles correspondent largement aux buts qui avaient été fixés par le Conseil fédéral pour le nouveau droit des sociétés anonymes. Les travaux du groupe de réflexion ont renforcé cette conviction. L'interdépendance internationale de l'économie est également un facteur déterminant, qui exige une harmonisation urgente de certaines prescriptions. C'est pourquoi une adaptation aux directives de la CE dans le domaine du droit des sociétés est justifiée, même si la Suisse n'adhère pas à l'EEE ou à la CE.

11.3 Aspects de droit national

Les problèmes de droit national et les demandes de politique interne ne peuvent pas être oubliés. Le groupe de réflexion estime en particulier qu'il est urgent d'adapter nos formes de sociétés (société à responsabilité limitée, société en commandite par actions, société de personnes à responsabilité limitée) aux besoins des petites et moyennes entreprises et

qu'une révision du droit des sociétés coopératives s'impose. Ces révisions ne doivent cependant pas empêcher l'adaptation du droit suisse des sociétés aux réglementations européennes.

11.4 Propositions relatives à la poursuite des travaux

Le groupe de réflexion a tenté de classer les différentes demandes de révision selon leur urgence. Il arrive aux conclusions suivantes:

Première priorité

Adaptation du droit des sociétés aux directives de la CE

- a. L'Office fédéral de la justice doit poursuivre les travaux de droit comparatif par rapport aux directives de la CE; il doit, en particulier, élaborer des projets de révision en vue d'adapter le droit suisse aux 1ère, 2ème et 11ème directives de la CE (publicité, pouvoir de représentation, nullité de sociétés; constitution, capital, maintien du capital; filiales; cf. ci-avant 2.4, 2.5 et 2.10).
- b. L'Office fédéral de la justice a chargé le Prof. Frank Vischer de préparer un projet de loi sur la fusion, la scission et la transformation de sociétés, de sociétés coopératives, d'associations et de fondations; ce projet de loi est justifié et devrait être réalisé rapidement. Il doit prendre en considération les 3ème et 6ème directives de la CE ainsi que les aspects de droit fiscal (cf. ci-avant 2.6 et 6).
- c. Un droit eurocompatible sur l'établissement des comptes doit être élaboré avec le concours de spécialistes externes. A cette occasion, il faudra examiner la question de la publicité et examiner la possibilité de régler la matière dans une ordonnance ou en créant une loi spéciale sur l'établissement des comptes et la publicité. Les solutions doivent être différentes pour les petites, moyennes et grandes sociétés (cf. ci-avant 2.2, 2.4 et 2.10); par contre, les personnes juridiques ayant une activité économique devraient être soumises aux mêmes prescriptions, indépendamment de leur forme juridique (société anonyme, société en commandite par actions, société à responsabilité limitée, société coopératives et fondations).

- d. Un système d'autorisation doit être adopté en ce qui concerne les qualifications professionnelles des réviseurs particulièrement qualifiés. C'est l'occasion de modifier et de compléter la réglementation suisse, dans la mesure où elle ne répond pas déjà aux exigences de la 8ème directive de la CE (cf. ci-avant 2.3 et 2.10). Ces travaux doivent se faire en coordination avec l'élaboration d'un droit sur l'établissement des comptes, en raison de leurs liens matériels.

Deuxième priorité

Adoption de formes juridiques et de prescriptions appropriées pour les petites et moyennes entreprises. Révision du droit des sociétés coopératives

- a. Le groupe de réflexion recommande l'élaboration d'un avant-projet de révision du droit des sociétés à responsabilités limitées et du droit des sociétés en commandite par actions (cf. ci-avant 3.5, 3.6 et 3.8). Dans ce contexte, la constitution d'une société de personnes à responsabilité limitée (S.à.r.l. et société en commandite; cf. ci-avant 3.7 et 3.8) et d'une société anonyme à un seul actionnaire doit être autorisée (en prenant en considération les obligations de publicité prescrites par la 12ème directive de la CE; cf. ci-avant 2.7 et 2.10).
- b. Il est indiqué d'entreprendre dès que possible la révision du droit des sociétés coopératives, avec la collaboration d'experts (cf. ci-avant 5).

Troisième priorité

Création de prescriptions spéciales complémentaires pour les groupes de sociétés Réglementation des papiers-valeurs non instrumentés

- a. Il convient, dans une phase ultérieure, d'examiner la nécessité d'élaborer des prescriptions spéciales complémentaires pour les groupes de sociétés et de présenter des propositions de réglementation (cf. ci-avant 7).
- b. Enfin, l'élaboration d'une réglementation complète des papiers-valeurs non instrumentés doit être commencée (cf. ci-avant 9).