

**Lassen Aktionäre oder nahestehende Personen einem Unternehmen in der Krise neue Mittel in Form eines Darlehens zufließen, so laufen sie Gefahr, dass dieses Darlehen im Konkurs der Unternehmung von der Konkursverwaltung als sogenanntes kapitaleretzendes Darlehen qualifiziert wird. Das hat zur Folge, dass der Darlehensgeber vom Liquidationserlös erst etwas erhält, wenn alle übrigen Gläubiger befriedigt worden sind.**

URS STÖCKLI

# DAS KAPITALERSETZENDE DARLEHEN IM KONKURS EINER AKTIENGESELLSCHAFT

## Umqualifikation als Risiko

### 1. FINANZIERUNG UND HAFTUNG

Die Beteiligten bei der Aktiengesellschaft müssen nach Leistung ihrer Kapitaleinlagen keine weitere Haftung übernehmen. Im Interesse der Gläubiger muss deshalb die Erhaltung dieses Kapitals durch besondere gesetzliche Vorschriften gesichert werden. «Die zahlreichen Vorschriften über den Kapitalschutz sind daher als Kernbestimmungen des Aktienrechtes zu betrachten» [1]. Über die Höhe des notwendigen Eigenkapitals äussert sich das schweizerische Handelsrecht – abgesehen vom Mindestgrundkapital – dagegen nicht. Nirgends wird verlangt, dass die Gesellschaft über das zur Erreichung des Geschäftszweckes notwendige Eigenkapital verfügen muss. Es wird auch kein Verhältnis zwischen Eigenkapital und Fremdkapital gefordert.

Es ist somit den Gesellschaftseigentümern überlassen, in welchem Umfang sie ihre Geschäftstätigkeit mit Eigenmitteln finanzieren wollen. Im Bestreben, die Rentabilität des Gesellschaftskapitals zu erhöhen und auch aus steuerlichen Überlegungen (auf die hier nicht näher eingegangen werden soll), wird der Finanzierung mit Fremdkapital, u. a. auch in Form von Gesellschafterdarlehen, oft der Vorzug gegeben.

Aktionärsdarlehen sind in der Schweizer Wirtschaft eine relativ häufige Erscheinung. Dagegen ist im Normalfall auch nichts einzuwenden. Werden solche Aktionärsdarlehen oder Darlehen von nahestehenden Personen hingegen in Krisensituationen gewährt (oder fällige Darlehen bewusst stehen gelassen), um den Konkurs der Gesellschaft zu verhindern, erhöht sich das Verlustrisiko für die aussenstehenden Drittgläubiger. Denn solche Sanierungsdarlehen gewährleisten einzig die Zahlungsfähigkeit. Sie lösen die Probleme der Un-

ternehmung in der Regel nicht, sondern überdecken nur die echten Sanierungsbedürfnisse.

Zudem kann es zu grotesken Situationen kommen: «Grundsätzlich beitragswillige Aktionäre und ihnen nahestehende Personen schiessen, je schlechter es der Gesellschaft geht und je mehr diese auf eine Verbesserung ihrer Eigenkapitalbasis angewiesen ist, die Gelder nur noch in der Form von Darlehen ein. Kommt es zur Insolvenz, so sichern sie sich damit die Nachlass- oder Konkursdividende, und für den Fall, dass die Gesellschaft sich erholt, sichern sie sich die Rückzahlung. Und wenn es der Gesellschaft rasch besser geht, können sie das Darlehen hurtig in Eigenkapital umwandeln. Dieses Vorgehen verbessert in der finanziellen Krise nicht nur nicht die «debt/equity ratio», sondern erhöht noch den Verschuldungsgrad der geschwächten Gesellschaft» [2]. Zudem führt die Gewährung des Sanierungsdarlehens oft dazu, dass die Konkursöffnung nur verschleppt wird und dass in dieser Zeit neue Schulden gemacht werden.

Hier setzt der Tatbestand des kapitaleretzenden Darlehens an. Zu fragen ist nämlich, ob solche formell als Fremdkapital gewährte Sanierungsdarlehen nicht den Charakter von verdecktem Eigenkapital besitzen und im Konkurs wie Risikokapital zu behandeln sind (das heisst, dass erst Anrecht auf eine Konkursdividende besteht, wenn alle übrigen Gläubiger voll befriedigt wurden). Erkennt der Gesellschafter nämlich, dass die Gesellschaft ohne seine Hilfe nicht mehr lebensfähig ist, hat er ihr entweder die weitere Unterstützung zu versagen und die Liquidation herbeizuführen oder aber er hat der Gesellschaft auf eigene unternehmerische Gefahr neues Risikokapital zur Verfügung zu stellen.

Die Konkursverwaltung hat im Konkurs der Gesellschaft also zu prüfen, ob es sich um ein «normales» Aktionärsdarlehen oder eben wirtschaftlich um ein kapitaleretzendes Darlehen handelt. Nachstehend sollen die Kriterien und Konsequenzen einer Umqualifikation eines Sanierungsdarlehens in ein kapitaleretzendes Darlehen durch die Konkursverwaltung dargestellt werden.

### 2. LITERATUR UND PRAXIS

Im Gegensatz zum deutschen GmbH-Recht (vgl. *Abbildung*), ist das kapitaleretzende Darlehen in der Schweiz gesetzlich



URS STÖCKLI,  
DIPL. WIRTSCHAFTS-  
PRÜFER, PARTNER,  
TRANSLIQ AG, BERN

nicht geregelt. Der Bundesrat hat in seinem definitiven Entwurf vom 19. Dezember 2001 ausdrücklich darauf verzichtet, das kapitaleretzende Darlehen im Rahmen der GmbH-Revision gesetzlich zu regeln, u. a. mit der «fadenscheinigen» [3] Begründung, dass eine solche Regelung die Sanierung von Gesellschaften erschweren könnte. Aus diesem Verzicht auf eine gesetzliche Regelung kann nun allerdings nicht geschlossen werden, dass es das «Instrument» des kapitaleretzenden Darlehens in der Schweiz nicht gebe. Die Behandlung eigenkapitaleretzender Darlehen im Konkurs ist vielmehr im Rahmen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Vertrauenshaftung zu sehen. In seinem Urteil vom 14. September 2004 hielt das Bezirksgericht Zürich [4] fest, dass die Umqualifizierung eines Sanierungsdarlehens in Eigenkapital bzw. in rangrücktrittsbelastetes Fremdkapital einen Anwendungsfall der vom Bundesgericht viel allgemeiner formulierten Vertrauenshaftungsgrundsätze darstelle. Das heisst, das Vertrauen der Gläubiger wird darauf geschützt, dass die Tätigkeit einer juristischen Person in genügendem Mass mit Eigenkapital unterlegt sei. Wird dieses Vertrauen enttäuscht und entsteht dadurch ein Schaden, so hat der Schädiger dafür einzustehen.

Dementsprechend neigen Konkursverwaltungen immer öfter dazu, unter gewissen Bedingungen solche Sanierungsdarlehen zum Schutz der übrigen Gläubiger als kapitaleretzend einzustufen.

Obwohl sich einzelne Gerichte mit dieser Problematik auseinandergesetzt haben [5], kann daraus noch keine konstante und klare Praxis abgeleitet werden. Auch in der schweizerischen Literatur wird das kapitaleretzende Darlehen schon seit vielen Jahren zum Teil kontrovers behandelt.

Christoph von Greyerz [6] qualifiziert Sanierungsdarlehen unter bestimmten Voraussetzungen als Kapitaleinlagen. Als Abgrenzung zwischen «normalen» Darlehen und kapitaleretzenden Darlehen empfiehlt er den sog. Sanierungs- und den Drittmannstest. Beim Sanierungstest wird untersucht, ob im Zeitpunkt der Darlehensgewährung nicht vielmehr nur noch eine Kapitaleinlage sanierende Wirkung gezeitigt hätte und somit als richtig angezeigt gewesen wäre. Gemäss dem Drittmannstest sind Aktionärsdarlehen schon dann wie Kapitaleinlagen zu behandeln, wenn sie nach Umfang, Ausgestaltung oder Zeitpunkt der Gewährung von einem unabhängigen Dritten in dieser Form nicht erhältlich gewesen wären. Gemäss von Greyerz wären solche Darlehen als Eigenkapital (in Form von Reserven) zu behandeln. Dies mit der Folge, dass der Darlehensgeber von der Kollokation im Konkurs ausgeschlossen wird.

Diese von Christoph von Greyerz bevorzugte Umdeutung von Fremd- in Eigenkapital ist von verschiedenen Autoren kritisiert worden, insbesondere weil das mit der Umqualifikation in Reserven verfolgte Ziel, nämlich die Vermeidung einer Schädigung der Drittgläubiger, auch auf anderem Wege, ohne unangemessene Konsequenzen, erreichbar sei.

Vogel [7] schlug als Alternative, in Anlehnung an den im Aktienrecht geregelten freiwilligen Rangrücktritt [8], die Rechtsfigur des stillschweigenden bzw. konkludenten Rangrücktritts vor. «Ein derartiger Rangrücktritt ergibt sich aus Treu und Glauben, wenn ein Hauptaktionär der liquiditätsbedürf-

#### Abbildung: **BESTIMMUNGEN DES DEUTSCHEN GMBH-RECHTS**

#### **Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) vom 19. Dezember 1998 § 32 a Rückgewähr von Darlehen**

(1) Hat ein Gesellschafter der Gesellschaft in einem Zeitpunkt, in dem ihr die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten (Krise der Gesellschaft), statt dessen ein Darlehen gewährt, so kann er den Anspruch auf Rückgewähr des Darlehens im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft nur als nachrangiger Insolvenzgläubiger geltend machen.

(2) Hat ein Dritter der Gesellschaft in einem Zeitpunkt, in dem ihr die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten, statt dessen ein Darlehen gewährt und hat ihm ein Gesellschafter für die Rückgewähr des Darlehens eine Sicherung bestellt oder hat er sich dafür verbürgt, so kann der Dritte im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft nur für den Betrag verhältnismässige Befriedigung verlangen, mit dem er bei der Inanspruchnahme der Sicherung oder des Bürgen ausgefallen ist.

(3) Diese Vorschriften gelten sinngemäss für andere Rechtshandlungen eines Gesellschafters oder eines Dritten, die der Darlehensgewährung nach Absatz 1 oder 2 wirtschaftlich entsprechen. Die Regeln über den Eigenkapitalersatz gelten nicht für den nicht geschäftsführenden Gesellschafter, der mit zehn vom Hundert oder weniger am Stammkapital beteiligt ist. Erwirbt ein Darlehensgeber in der Krise der Gesellschaft Geschäftsanteile zum Zweck der Überwindung der Krise, führt dies für seine bestehenden oder neugewährten Kredite nicht zur Anwendung der Regeln über den Eigenkapitalersatz.

tigen und erkennbar überschuldeten Gesellschaft ein (Sanierungs-)Darlehen zuführe» [9]. Auch Böckli [10] ist der Ansicht, dass dem Lösungsansatz des konkludenten Rangrücktritts nichts entgegenstehe, da Art. 725 Abs. 2 OR (*Obligationenrecht*) die Rechtsfigur des Rangrücktritts unter dem Gesichtspunkt von Kapitalverlust und Überschuldung auch anerkennt.

#### **3. VORAUSSETZUNGEN FÜR DIE QUALIFIKATION ALS «KAPITALERSETZEND»**

Nun ist es natürlich nicht so, dass ein Aktionärsdarlehen in einem späteren Konkurs in jedem Fall als kapitaleretzend umqualifiziert werden darf. Es müssen vielmehr gewisse Kriterien erfüllt sein, damit die Konkursverwaltung diesen für den Darlehensgeber schwerwiegenden Schritt vornehmen darf.

Kriterien für die Umqualifizierung sind gemäss verschiedenen Autoren [11] der bereits erwähnte Drittmanns- und Sanierungstest. Auch das *Obergericht des Kantons Zürich* hat sich in einem (nicht selber) veröffentlichten Entscheid [12] für diese Kriterien zur Umqualifizierung entschieden. Hold [13] dage-

gen ist zusammen mit anderen Autoren der Ansicht, dass das einer Aktiengesellschaft gewährte Darlehen nur dann kapitalersetzenden Charakter gewinnen kann, wenn die Gewährung des Darlehens mit den Grundsätzen der Sanierungsverantwortung unvereinbar ist. Ein Verstoss gegen diese liegt vor, wenn das Darlehen dazu beiträgt, dass die Gesellschaftsgläubiger einem Verlustrisiko ausgesetzt werden, welches über das vom Gesetzgeber erlaubte Mass hinausgeht. Dies ist

*«Der Zweck, der mit der Umqualifizierung eines Darlehens als <kapitalersetzend> verfolgt wird, ist die Schlechterstellung des Darlehensgebers gegenüber den übrigen Drittklassgläubigern im Konkurs.»*

dann der Fall, wenn das Darlehen einer Gesellschaft gewährt wird, die im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR überschuldet ist. Den Überlegungen von Hold ist zuzustimmen. Denn die Überschuldungsvoraussetzung dürfte nicht nur die Rechtssicherheit in der Praxis erhöhen, sondern in diesem Fall dürften in der Regel gleichzeitig auch die Bedingungen für den Drittmanns- und den Sanierungstest erfüllt sein.

Neben dem Erfordernis der Überschuldung sind folgende weiteren Voraussetzungen zu erwähnen, die eine Umqualifizierung eines Aktionärsdarlehens rechtfertigen [14]:

→ Der Darlehensgläubiger hat von der bestehenden Überschuldung Kenntnis oder müsste aufgrund seiner Stellung Kenntnis haben. Diese Voraussetzung soll verhindern, dass jedes Darlehen, insb. auch normale Lieferantenkredite, im Konkurs umqualifiziert werden. In der Praxis werden vor allem Darlehen von Hauptaktionären, Konzerngesellschaften, Verwaltungsräten und allenfalls Banken von dieser Voraussetzung betroffen sein. → Den Alt- und/oder Neugläubigern der Gesellschaft droht infolge der Konkursverschleppung ein Vermögensschaden. Dient das Darlehen der Fortführung der Betriebstätigkeit und kann dadurch die Überschuldung reduziert (wenn auch nicht ganz eliminiert) werden, ist eine Umqualifizierung im nachfolgenden Konkurs nicht gerechtfertigt, da die Überschuldung in diesem Fall ja abgenommen und die Deckungsquote für die Gläubiger entsprechend zugenommen hat. Diese Feststellung trifft allerdings nicht für Neugläubiger zu, die in einer solchen Situation immer geschädigt sind. → Zwischen der Darlehensgewährung einerseits und der Fortsetzung der Geschäftstätigkeit sowie der daraus entstehenden Gläubigerschädigung andererseits muss ein Zusammenhang in dem Sinne bestehen, dass die Darlehensgewährung zur Fortsetzung der Geschäftstätigkeit zumindest beigetragen hat.

Aus diesen Voraussetzungen kann umgekehrt geschlossen werden, dass es für die Umqualifizierung nicht notwendig ist, dass der Darlehensgeber an der Gesellschaft eine massge-

bende Beteiligung aufweist bzw. dass er überhaupt Aktionär der Gesellschaft ist.

Konsequenterweise muss auch ein Darlehen als kapitalersetzend im vorstehenden Sinn qualifiziert werden, wenn es zwar vor der Überschuldung der Gesellschaft gewährt wurde und der Darlehensgeber rechtlich die Möglichkeit gehabt hätte, die Rückzahlung des Darlehens zu erzwingen, auf diese Rückforderung aber bewusst verzichtet. «Mit dem bewussten Stehenlassen des Darlehens in Kenntnis der Überschuldung trägt der Darlehensgeber dazu bei, dass die übrigen Gläubiger einem Verlustrisiko ausgesetzt werden, mit welchem sie bei Einhaltung der gesetzlichen Rahmenbedingungen nicht rechnen müssten. Dies rechtfertigt es, die Darlehensforderung gegenüber den Forderungen der Drittgäubiger als nachrangiges Risikokapital zu behandeln» [15].

Um zu verhindern, dass sein Darlehen im Konkursfall als «kapitalersetzend» qualifiziert wird, muss der Gläubiger im Zeitpunkt, in welchem er Kenntnis von der Überschuldung erhält, alle ihm zustehenden rechtlichen Möglichkeiten zur Rückführung seiner Darlehensforderung ergreifen (d. h., er muss die schuldnerische Unternehmung allenfalls auch betreiben).

#### 4. KOLLOKATION VON KAPITALERSETZENDEN DARLEHEN

Der Zweck, der mit der Umqualifizierung eines Darlehens als «kapitalersetzend» verfolgt wird, ist die Schlechterstellung des Darlehensgebers gegenüber den übrigen Drittklassgläubigern im Konkurs. Damit ergibt sich aber ein grundsätzliches Problem. Das schweizerische *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)* schreibt die Einteilung der ungesicherten Gläubiger in drei Kollokationsklassen abschliessend vor (einzig im Falle einer Bankeninsolvenz oder aus intertemporalen Gründen gibt es Sonderklassen). Gläubiger innerhalb der gleichen Konkursklasse sind grundsätzlich in gleichem Masse dividendenberechtigt (Art. 220 Abs. 1 SchKG), was dem Ziel der Umqualifizierung widerspricht.

Nun hat dieses Problem aber nicht allein mit dem Instrument des kapitalersetzenden Darlehens zu tun. Auch der freiwillige Rangrücktritt gem. Art. 725 Abs. 2 OR führt zur gleichen Situation. Damit wird eine neue, im Gesetz nicht genannte Unterklasse von Gläubigern neben den Gläubigerklassen des SchKG geschaffen.

Die Konkursverwaltung hat somit nur zwei Möglichkeiten:

→ Die nachrangige Forderung – im Hinblick auf die Gleichbehandlung der Drittklassgläubiger – abzuweisen, d. h. von der Kollokation auszuschliessen [16] oder → die nachrangige Forderung – mangels einer vierten Klasse – in der dritten zu kollozieren. In diesem Fall ist die Kollokationsverfügung allerdings in besonderer Art zu formulieren, damit dem Rangrücktritt Genüge getan wird.

Beide Varianten haben ihre Vor- und Nachteile. Sowohl beim freiwilligen als auch beim durch die Umqualifizierung angenommenen stillschweigenden bzw. konkludenten Rangrücktritt handelt es sich – im Gegensatz zum Vorschlag von Christoph von Greyerz – beim Darlehen immer noch um

Fremdkapital. Der Darlehensgeber behält also seinen Status als Gläubiger. Mit der Abweisung der Forderung würde er diesen Gläubigerstatus verlieren und damit auch alle entsprechenden Gläubigerrechte (wie z. B. die Möglichkeit, sich Rechtsansprüche im Sinne von Art. 260 SchKG abtreten zu lassen).

Bei der Kollokation in der dritten Klasse hat die Konkursverwaltung den Vermerk anzubringen, dass es sich um eine Forderung mit Rangrücktritt handelt und dass sie am Verwertungserlös erst teilnimmt, wenn die übrigen Forderungen vollständig befriedigt worden sind [17]. Faktisch entsteht damit allerdings eine vierte Konkursklasse, wie auch das Bezirksgericht Zürich festgestellt hat [18]. Zudem stellt sich zusätzlich noch folgendes Problem:

Der Gläubiger, der sich zwar in der 3. Klasse kolloziert sieht, aber mit der Qualifikation des Darlehens als kapitalersetzend nicht einverstanden ist, kann sich bei wörtlicher Auslegung von Art. 250 Abs. 1 SchKG im Rahmen der Kollokation nicht zur Wehr zu setzen. Die Kollokationsklage bleibt ihm verwehrt, weil er diese gemäss Art. 250 Abs. 1 SchKG nur erheben kann, wenn seine Forderung ganz oder teilweise abgewiesen oder nicht im beanspruchten Rang zugelassen worden ist. Die Beschwerde nach Art. 17 SchKG ist im Zusammenhang mit dem Kollokationsplan aufgrund ihrer Subsidiarität nur bezüglich Verfahrensfehler und formeller Fragen möglich. Somit könnte die Auseinandersetzung über die Qualifi-

kation des kapitalersetzenden Darlehens einzig noch im Zeitpunkt der Verteilung erfolgen. Bei einer Auseinandersetzung erst im Verteilungsverfahren wäre die Aufsichtsbehörde formell zuständig.

Da es sich aber um eine materiell-rechtliche Auseinandersetzung handelt, sollte dies der Richter und nicht die Aufsichtsbehörde überprüfen. Trotz anderslautender Meinung von Amonn/Walther [19] ist eine allfällige Auseinandersetzung zwischen Gläubiger und Konkursmasse deshalb trotzdem im Kollokationsprozess durchzuführen. Für diese Interpretation spricht u. a. auch folgendes:

→ Eine Kollokationsklage bezweckt immer die materiell-rechtliche Überprüfung des Inhalts einer im Kollokationsplan getroffenen Verfügung (vgl. BGE 114 III 113, 119 III 85). Es handelt sich zwar um eine konkursrechtliche Klage, welche aber Reflexwirkung auf das materielle Recht hat. → Ein allfälliges Urteil bestätigt oder ändert den Kollokationsplan mit Wirkung für alle Gläubiger.

Aus diesen Überlegungen ist die Kollokation von rangrücktrittsbelasteten Forderungen in der dritten Klasse gegenüber einer Abweisung zu bevorzugen.

## 5. FAZIT

Im Interesse der Gläubiger hat die Konkursverwaltung im Konkurs einer Unternehmung sorgfältig zu prüfen, ob es sich bei vorhandenen Aktionärsdarlehen oder Darlehen von nahe-

stehenden Personen (insb. Konzerngesellschaften) um echte Darlehen oder um eigentliches Risikokapital handelt. Indizien, die für ein kapitaleretzendes Darlehen sprechen sind: → Die Gesellschaft war bereits im Zeitpunkt der Darlehensgewährung im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR überschuldet oder das Darlehen wurde zwar vor der Überschuldung gewährt, die Rückzahlung ist aber trotz rechtlicher Möglichkeiten nicht erzwungen worden (das Darlehen wurde also bewusst stehen gelassen). → Der Gläubiger hatte von der bestehenden Überschuldung Kenntnis oder musste aufgrund seiner gesetzlichen Pflichten (z. B. als Verwaltungsrat) von der Überschuldung wissen. → Das Darlehen wäre von aussenste-

henden Drittpersonen in dieser Form (Sicherheiten, Zinssatz, Amortisationen) nicht gewährt worden. → Den Alt- und/oder Neugläubigern der Gesellschaft drohte infolge der Konkursverschleppung ein Vermögensschaden.

Kommt die Konkursverwaltung zum Schluss, dass es sich um ein kapitaleretzendes Darlehen handelt, hat sie es in der dritten Konkursklasse zu kollozieren, mit dem Vermerk, dass es sich um eine mit einem Rangrücktritt belastete Forderung handelt, die erst dividendenberechtigt ist, wenn alle übrigen Forderungen befriedigt wurden. ■

**Anmerkungen:** 1) Boemle M., Stolz C.: Unternehmensfinanzierung, 2002, S. 247. 2) Böckli P.: Schweizer Aktienrecht, 3. Auflage, Zürich 2004 S. 1689, N 785. 3) Böckli P.: a. a. O., S. 1689, N 783. 4) ZR 104 (2005) S. 75. 5) Z. B. BGE vom 2. März 2006, 5C.230/2005 /blb, Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 14. Sept. 2004, ZR 104 (2005) Seite 75, Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 19. Januar 1993, zusammengefasst bei Alexander Vogel, kapitaleretzende «Sanierungs»-Darlehen

im Konzern, SZW 65, S. 299ff. 6) von Greyerz Christoph: Kapitaleretzende Darlehen, in: FS F. Vischer, Zürich 1983, S. 547ff. 7) Vogel Alexander: Kapitaleretzende «Sanierungs»-Darlehen im Konzern, in: SZW 1993, S. 301f. 8) Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR. 9) Hold M.: Das kapitaleretzende Darlehen im schweizerischen Aktien- und Konkursrecht, 2000, S. 14. 10) Böckli P.: a. a. O., S. 1688, N 780. 11) So u. a. von Greyerz, Lanz, Rihm, zitiert in Hold M., a. a. o. S. 15. 12) Vgl. SZW 65 (1993) S. 299.

13) Hold M.: a. a. O., S. 109ff. 14) Hold M.: a. a. O., S. 120f. 15) Hold M.: a. a. O., S. 123. 16) Diese Auffassung vertreten u. a. von Greyerz, Lanz, Rihm, Glanzmann, zitiert in Hold Michael, a. a. o., S. 194, Fn. 18. 17) Basler Kommentar Hierholzer, Art. 247 SchKG, N 30. 18) ZR 104 (2005) S. 81. 19) Amonn K., Walther F.: Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 2003, RZ 83 zu § 42.

## RÉSUMÉ

### Le prêt substitutif de capital dans la faillite de la SA

Dans l'économie suisse, les prêts d'actionnaires sont relativement fréquents et dans la plupart des cas cela ne pose aucun problème. L'actionnaire ou une personne proche qui accorde un prêt à l'entreprise (ou renonce à lui réclamer le remboursement d'un prêt échu) dans une situation de crise, avec pour objectif d'empêcher la mise en faillite de la société, fait toutefois encourir un risque de perte accru aux créanciers extérieurs à l'entreprise. En effet, ces prêts font rarement plus qu'assurer la solvabilité de l'entreprise et ne résolvent pas les problèmes de fond. Ils auraient même plutôt tendance à camoufler ces derniers.

C'est ici qu'intervient la notion de «prêt substitutif de capital». On qualifie comme tel un prêt d'assainissement qui a formellement le statut de capital étranger mais qui peut être assimilé à du capital propre dissimulé. En cas de faillite, un tel prêt devrait être considéré comme du capital risque. En d'autres termes, il ne devrait donner droit à un dividende de faillite que lorsque tous les autres créanciers ont été entièrement désintéressés.

Même si quelques décisions de justice traitent de cette question, il n'est pas encore possible d'en tirer une jurisprudence claire et constante. Plus récemment, la doctrine a développé le concept de postposition tacite ou par acte concluant en s'appuyant sur la notion de postposition de créance volontaire (art. 725 al. 2 CO).

En cas de faillite d'une société, l'administration de la faillite doit vérifier s'il faut éventuellement considérer tel prêt d'actionnaire comme un prêt substitutif de capital. Si oui, celui-ci doit être postposé en tout dernier rang. Les conditions pouvant justifier une telle mesure sont les suivantes:

→ la société était déjà surendettée au sens de l'article 725 al. 2 CO lors de l'octroi du prêt ou, si le prêt a été accordé avant que la société ne soit surendettée, son remboursement n'a pas été exigé à l'échéance alors que cela aurait été juridiquement possible (le prêt a été sciemment laissé en souffrance); → vu ses obligations légales (p. ex. en qualité d'administrateur), le créancier connaissait la situation de su-

rendement de la société ou aurait dû la connaître; → un tiers externe n'aurait pas accordé ce prêt aux mêmes conditions (sûretés, taux, amortissement); → ce procédé dilatoire de la faillite a fait courir un risque de préjudice patrimonial aux anciens et/ou aux nouveaux créanciers.

La LP ne prévoyant pas de classe particulière pour les créances de rang postérieur, l'administration de la faillite a deux possibilités: écarter la créance de rang postérieur, autrement dit le prêt substitutif de capital, ou la placer dans la troisième classe de l'état de collocation en notant que celle-ci ne bénéficiera du produit de la réalisation que lorsque tous les créanciers auront été entièrement désintéressés.

Selon l'auteur, la collocation en troisième classe serait préférable dans la mesure où elle préserve le statut de créancier du prêteur, ce qui n'est pas le cas si la créance est écartée. US/PB