



Berne, le 8 décembre 2023

---

# **Pour un droit de la société coopérative moderne et durable**

Rapport du Conseil fédéral  
en réponse au postulat 21.3783  
Guggisberg du 17 juin 2021

---

## Table des matières

<b>1</b>	<b>Introduction.....</b>	<b>3</b>
1.1	Contexte et mandat.....	3
1.2	Méthodologie.....	4
<b>2</b>	<b>Résultats de l'examen .....</b>	<b>4</b>
2.1	Examen de l'opportunité d'une révision totale du droit de la société coopérative .....	4
2.1.1	Contexte.....	4
2.1.2	Commentaire.....	4
2.1.3	Résultat de l'examen .....	6
2.2	Autres points à examiner selon le postulat .....	6
2.2.1	Contexte.....	6
2.2.2	Égalité de traitement entre formes juridiques .....	6
2.2.3	Nécessité de modifier la définition légale de la coopérative .....	7
2.2.4	Devoir de loyauté des membres de la société coopérative .....	9
2.2.5	Obligation de compter au moins sept membres fondateurs .....	10
2.2.6	Droits et obligations différents pour les très grandes sociétés coopératives.....	12
2.2.7	Droits d'information et de participation des membres de la coopérative.....	14
2.2.8	Création de nouveaux instruments pour le financement par apport de fonds propres.....	15
2.2.9	Maintien des renvois au droit de la société anonyme ou création d'une solution propre .....	17
<b>3</b>	<b>Conclusion .....</b>	<b>18</b>

# 1 Introduction

## 1.1 Contexte et mandat

Le postulat 21.3783 Guggisberg « Pour un droit de la société coopérative moderne et durable » charge le Conseil fédéral d'examiner l'opportunité d'une révision totale du droit de la société coopérative et de rendre compte de ses conclusions. Il lui demande d'indiquer plus particulièrement « quels sont les éléments qui doivent impérativement faire l'objet d'une réforme pour moderniser et pérenniser le droit de la société coopérative, étant entendu que cette révision, loin de se limiter à des améliorations ponctuelles, devra s'inscrire dans une réflexion globale. » Il ajoute : « Le droit de la société coopérative se caractérise par une grande souplesse qu'il conviendra autant que possible de conserver, en évitant notamment de créer des obstacles administratifs supplémentaires. Le Conseil fédéral est invité en outre à examiner notamment :

1. si, à l'encontre du principe qui veut que des faits économiques identiques soient traités de la même manière en droit, les coopératives ne sont pas désavantagées par rapport aux autres formes juridiques ;
2. s'il y a lieu de modifier la définition juridique de la coopérative – mais en conservant notamment son caractère personnel – et si le critère de l'« entraide » est toujours d'actualité ;
3. si le devoir de loyauté qui incombe aux membres de la société coopérative est toujours d'actualité ;
4. si l'obligation de compter au moins sept membres fondateurs est toujours d'actualité ou, pour le dire autrement, s'il ne serait pas possible de réduire ce nombre minimal ;
5. si les différences de taille des coopératives, rapportées au nombre de leurs membres, ne rendraient pas nécessaire une réglementation différenciée (droits à l'information, droits de contrôle, droit de porter un objet à l'ordre du jour, etc.) ;
6. s'il ne serait pas possible, et si oui, comment, de rendre équivalents les droits de participation des membres de la coopérative, et comment renforcer le droit à l'information des membres ;
7. s'il ne serait pas nécessaire de créer de nouveaux instruments pour le financement des coopératives par apport de fonds propres (par ex. un titre de participation sans droits de sociétariat ni droits de vote) ;
8. s'il est encore nécessaire de faire référence au droit de la société anonyme ou si les obligations qui découlent du droit de la société anonyme ne pourraient pas être transposées dans le droit de la société coopérative. »

Dans son développement, l'auteur du postulat affirme que « le droit de la société coopérative remonte pour l'essentiel à 1936 et que depuis, la réalité entrepreneuriale a évolué, avec pour résultat un décalage entre dispositions applicables d'une part et vie quotidienne de cette forme d'entreprise participative et démocratique d'autre part. Alors que le cadre juridique des autres formes de sociétés (SA, Sàrl) a été révisé, le droit de la société coopérative n'a connu pour sa part aucune réforme de fond, son développement se limitant à la jurisprudence des tribunaux fédéraux, avec ce que ce processus a nécessairement de fragmentaire. Réviser le droit de la société coopérative de manière ponctuelle et au coup par coup ne permettra pas de constituer un corpus moderne et durable et qu'il faut aujourd'hui procéder à un état des lieux afin d'identifier les éléments qui doivent impérativement être revus et refondus. Plutôt que de traiter séparément les interventions parlementaires 20.3563, 20.478, 21.3418 et 21.3652, le Conseil fédéral est invité à rendre compte globalement des mesures de réforme qu'il y aurait éventuellement lieu d'appliquer au droit de la société coopérative dans son ensemble. »

Le Conseil fédéral a proposé d'accepter le postulat le 18 août 2021. Le Conseil national, après avoir reporté la discussion le 1<sup>er</sup> octobre 2021, a adopté le postulat le 2 mars 2022.

Pour un droit de la société coopérative moderne et durable

## 1.2 Méthodologie

Le mandat d'examen du postulat 21.3783 Guggisberg a été exécuté par l'Office fédéral de la justice, dont les analyses et les travaux ont ensuite été vérifiés par la Commission fédérale d'experts en matière de registre de commerce dans laquelle siègent des spécialistes du droit des sociétés et du droit du registre du commerce. Le présent rapport présente les résultats de ces travaux.

## 2 Résultats de l'examen

### 2.1 Examen de l'opportunité d'une révision totale du droit de la société coopérative

#### 2.1.1 Contexte

Le postulat prie le Conseil fédéral d'examiner l'opportunité d'une révision totale du droit de la société coopérative.

#### 2.1.2 Commentaire

La Suisse compte plus de 8000 sociétés coopératives<sup>1</sup>, qui forment un groupe très hétérogène. Présentes dans toutes les régions, tant à la campagne qu'en ville<sup>2</sup>, elles revêtent un large éventail de formes depuis les coopératives rurales d'entraide dans le domaine agricole jusqu'aux très grandes coopératives du commerce de détail et du secteur financier, en passant par les coopératives d'habitation en ville, les coopératives sociopolitiques (magasins coopératifs de quartier, par ex.) ou encore les syndicats publics (stations d'épuration ou usines d'incinération des ordures ménagères, par ex.)<sup>3</sup>, et représentent autant d'intérêts différents<sup>4</sup>.

Cette diversité se reflète aussi, notamment, dans les publications juridiques<sup>5</sup>, dans un rapport de 1993 du groupe de réflexion « Droit des sociétés »<sup>6</sup>, dans des articles de la presse quotidienne<sup>7</sup> et dans les

<sup>1</sup> État le 1<sup>er</sup> janvier 2023 : 8248 selon les statistiques de l'Office fédéral du registre du commerce (<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/wirtschaft/handelsregister/statistik/statistik-handelsregister-2022.pdf.download.pdf/statistik-handelsregister-2022.pdf>).

<sup>2</sup> IDÉE COOPÉRATIVE, *Moniteur des coopératives 2020*, p. 12 s. (<https://genossenschaftsmonitor.ch/wp-content/uploads/2020/02/Genossenschaften-in-der-Schweiz-ein-Erfolgsmodell-der-Gegenwart-und-Zukunft-Genossenschaftsmonitor-2020.pdf>).

<sup>3</sup> Selon les calculs du moniteur des coopératives 2020, les dix sociétés coopératives les plus importantes de Suisse (Coop, groupe Migros [FCM], Fenaco, Mobilière Suisse, Raiffeisen Suisse, Fondation de Prévoyance Energie, Pax Holding, Caisse suisse de voyage [Reka], Swisslos et organisation d'achat ESA) ont généré en 2018 plus de 11 % du produit intérieur brut (voir la publication *Moniteur des coopératives 2020* d'idée coopérative, p. 10 ; <https://genossenschaftsmonitor.ch/wp-content/uploads/2020/02/Genossenschaften-in-der-Schweiz-ein-Erfolgsmodell-der-Gegenwart-und-Zukunft-Genossenschaftsmonitor-2020.pdf>).

<sup>4</sup> Voir ROBERT PURTSCHERT, *Bestandesaufnahme und Perspektiven der Genossenschaften in der Schweiz*, in : *Das Genossenschaftswesen in der Schweiz*, Berne 2005, p. 24 ss.

<sup>5</sup> Parmi les plus récentes, citons, par ex. : *Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Die Genossenschaft, Systematische Darstellung und Kommentierung der Art. 828-838 OR*, éditrices Sabine Kilgus/Nadja Fabrizio, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2021 ; MARTINA JOHANNA HERZOG, *Lenkung, Führung und Kontrolle in Genossenschaften, Unter Berücksichtigung der Rechtslage und Praxis in grossen Genossenschaften*, thèse Zurich/St.-Gall 2021 (cit. HERZOG, Lenkung, Führung und Kontrolle) ; PETER FORSTMOSER, *Plädoyer für eine Reform des Genossenschaftsrechts*, in : *Theorie und Praxis des Unternehmensrechts, Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin*, éditeurs Peter Jung/Frédéric Krauskopf/Conradin Cramer, Zurich 2020, p. 205 ss (cit. FORSTMOSER, Plädoyer) ; HERBERT WOHLMANN, *Die Revision des Genossenschaftsrechts für Grossgenossenschaften ist überfällig*, Jusletter du 15 septembre 2014, p. 1 ss (cit. WOHLMANN, Revision) ; PETER FORSTMOSER/FRANCO TAISSCH/TIZIAN TROXLER, *Unzulässigkeit von Beteiligungsscheinen bei Genossenschaften*, in : Jusletter du 14 juillet 2014, p. 1 ss ; SARAH BRUNNER-DOBLER, *Fusion und Umwandlung von Genossenschaften*, thèse Zurich 2008 ; ROLAND VON BÜREN, *Genossenschaftskonzerne – Gesetz und Wirklichkeit*, in : *Festschrift Prof. Peter Forstmoser*, Zurich 2003, p. 99 ss (cit. VON BÜREN, Genossenschaftskonzerne) ; REGINA NATSCH, *Die Genossenschaft im Konzern*, thèse Berne 2002 ; WALTER GERBER, *Die Genossenschaft als Organisationsform von Mittel- und Grossunternehmen*, thèse Berne 2003 (cit. GERBER, Organisationsform).

<sup>6</sup> GROUPE DE RÉFLEXION « DROIT DES SOCIÉTÉS », rapport final, 24 septembre 1993, p. 60 ss.

<sup>7</sup> Voir notamment : SERGIO AIOLFI, *Das Migros-Gebäude hat einen Konstruktionsfehler*, NZZ du 15 novembre 2019, p. 12 ; HERBERT WOHLMANN, *Agieren im rechts- und kontrollfreien Raum, Grossgenossenschaften*, NZZ du 4 mai 2018, p. 10 ; URSULA ARNOLD, *Auch Genossenschaften brauchen Corporate Governance*, NZZ du 3 avril 2014, p. 21 ; TIZIAN TROXLER, *Das Genossenschaftsrecht muss entstaubt werden*, NZZ du 12 juillet 2013, p. 27.

## Pour un droit de la société coopérative moderne et durable

interventions parlementaires des dernières décennies relatives au droit des coopératives<sup>8</sup>. Un examen plus approfondi de ces publications révèle cependant que leurs objectifs et leurs attentes à l'égard d'une éventuelle réforme divergent largement, et même qu'elles se contredisent en partie. Quand certaines n'appellent qu'à des modifications spécifiques du droit des coopératives<sup>9</sup>, d'autres prônent une refonte totale des dispositions<sup>10</sup> et d'autres encore jugent inopportune une révision complète<sup>11</sup>.

Il faut relativiser l'argument avancé dans le postulat, selon lequel le droit de la société coopérative n'aurait jamais connu de réforme de fond et que son développement se limiterait à la jurisprudence des tribunaux fédéraux. Certes, il n'a pas fait l'objet de révisions poussées, comme celles du droit de la société anonyme (SA) en 1991 et en 2023. Cependant, le législateur a donné suite à de nombreuses demandes de modification de ce droit, prenant même en main les adaptations<sup>12</sup>. En plus des modifications dues à des amendements, tels que la révision du droit de la société à responsabilité limitée (Sàrl) et du droit de la SA<sup>13</sup>, rappelons que la création de la loi du 3 octobre 2003 sur la fusion<sup>14</sup> a rendu obsolètes les conditions de restructuration prévues par le droit de la société coopérative<sup>15</sup>, que le nouveau droit de la révision, unifié, englobe désormais les sociétés coopératives<sup>16</sup>, que les dispositions relatives à la comptabilité commerciale s'appliquent aussi aux sociétés coopératives<sup>17</sup>, que les règles du Groupe d'action financière (GAFI) et de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) s'appliquent à la liste des associés<sup>18</sup>, que la définition juridique de la société coopérative a été élargie le 1<sup>er</sup> janvier 2021 à la possibilité de poursuivre exclusivement un but d'utilité publique<sup>19</sup> et que la révision du droit de la SA a instauré au 1<sup>er</sup> janvier 2023 l'obligation de constituer les sociétés coopératives par un acte passé en la forme authentique<sup>20</sup>. Il apparaît donc que le droit de la société coopérative a été régulièrement adapté aux nouvelles situations, aux nouveaux besoins et aux nouvelles attentes<sup>21</sup>.

<sup>8</sup> Le droit des sociétés coopératives a fait l'objet de plusieurs interventions parlementaires ces dernières années. La [motion Reynard 21.3418](#), l'[initiative parlementaire 20.478 Molina](#), la [motion 20.3563 Molina](#) et la [motion 21.3652 Vogt](#) ont été retirées. Le sujet avait déjà suscité le postulat 81.345 du groupe de l'Union démocratique du centre « Société coopérative. Nouvelle définition » du 16 mars 1981 (voir description succincte à la note suivante).

<sup>9</sup> Certaines demandent un *assouplissement et une libéralisation des dispositions légales existantes*, certaines règles du droit en vigueur étant jugées potentiellement trop doctrinaires (par ex., le principe obligatoire d'une voix par tête peut empêcher l'atteinte de buts typiques de la coopérative, d'où la nécessité de l'alléger ; le principe de sept sociétaires au minimum peut aussi rendre plus difficile la réalisation des buts coopératifs ; voir le GROUPE DE RÉFLEXION « DROIT DES SOCIÉTÉS », p. 62). D'autres appellent à un *durcissement de la réglementation*. Les partisans de cette ligne ont notamment jugé inopportun de modifier la structure financière de la société coopérative étant donné que celle-ci n'a pas pour but d'offrir une solution de substitution à la forme de la société anonyme (JACQUES REYMOND/RITA TRIGO TRINIDADE, *Genossenschaft*, in : *Schweizerisches Privatrecht VIII/5*, Berne 1998, p. 17 et 70 [cit. REYMOND/TRIGO TRINIDADE]). Ils considèrent qu'il faut prévoir une adaptation aux dispositions plus sévères du droit de la SA afin de créer des principes légaux identiques pour les activités économiques des sociétés (voir le GROUPE DE RÉFLEXION « DROIT DES SOCIÉTÉS », p. 61). Ils estiment en outre qu'il faut remettre à l'avant-plan le principe de l'entraide et réserver la forme juridique de la société coopérative aux buts visés par la doctrine coopérative traditionnelle (postulat 81.345 du groupe de l'Union démocratique du centre « Société coopérative. Nouvelle définition » du 16 mars 1981). On trouve aussi des publications appelant à une *différenciation juridique selon le type de coopérative et selon le secteur*. Certaines demandent une législation spéciale pour les très grandes sociétés coopératives (WOHLMANN, *Revision*, p. 1 ss), voire le transfert obligatoire de toute société coopérative dans une société anonyme coopérative (voir BRIGITTA KATZ, *Die genossenschaftliche Aktiengesellschaft, Möglichkeiten und Grenzen einer atypischen Ausgestaltung der Aktiengesellschaft*, thèse Zurich 1996). Une partie de la doctrine souhaite par ailleurs que l'on maintienne la structure de base de la coopérative et que l'on rattache les conséquences juridiques non pas à la forme spécifique de chaque société mais à sa taille (PETER FORSTMOSER, *Grossgenossenschaften*, thèse Zurich 1970, p. 294 [cit. FORSTMOSER, *Grossgenossenschaften*]).

<sup>10</sup> Une partie de la doctrine est d'avis qu'une refonte complète des dispositions légales s'impose, comme celle dont ont bénéficié, au cours des quinze dernières années, la SA et la Sàrl (voir PETER FORSTMOSER, *Plädoyer*, p. 218 qui ne demandait antérieurement qu'une révision partielle [voir PETER FORSTMOSER, *Die Genossenschaft - Anachronismus oder Rechtsform der Zukunft*, in : SAG 1974, p. 136 ss]).

<sup>11</sup> Selon une partie de la doctrine, les dispositions légales, globalement simples et claires, se sont révélées suffisamment souples pour permettre, plusieurs décennies après leur entrée en vigueur, de régler tous les aspects importants en abandonnant le reste à l'autonomie privée ; il n'y a donc aucune urgence à réformer en profondeur le droit de la société coopérative (REGINA NATSCH, *Schweizer Genossenschaftsrecht: Stand und Revisionspostulate*, in : *Das Genossenschaftswesen in der Schweiz*, Berne 2005, p. 122 [cit. NATSCH, *Stand und Revision des Genossenschaftsrechts*]).

<sup>12</sup> Voir FORSTMOSER, *Plädoyer*, p. 212 ss. Les arrêts du Tribunal fédéral qui portent notamment sur le droit de la société coopérative sont les suivants : ATF 93 II 30 c. 4, ATF 138 III 407 c. 2.1 et 2.5.2, et ATF 140 III 206 c. 3.

<sup>13</sup> Exemples de modifications législatives concernant toutes les codes des obligations (CO) : art. 831, al. 2 (un nombre de membres inférieur à sept crée une carence dans l'organisation), art. 835 s. (abrogation de dispositions relatives à l'inscription au registre du commerce), art. 874, al. 2 (réduction et suppression des parts sociales selon les dispositions du droit de la SA), art. 893a (lieu de réunion de l'assemblée générale et recours aux médias électroniques), art. 895 (abrogé du fait de la suppression des exigences concernant la nationalité et le domicile), art. 896, al. 2 (durée des fonctions de l'administration dans les sociétés d'assurance concessionnaires), art. 898 (délégation de la gestion et de la représentation, et domicile suisse obligatoire pour au moins une personne dotée de pouvoirs de représentation), art. 899a (règle du « contrat avec soi-même » lorsqu'un contrat est conclu entre la coopérative et son représentant), art. 902a (restitution des prestations selon les dispositions du droit de la SA), art. 903 (menace d'insolvabilité, perte de capital et surendettement), art. 906, al. 1 (dispositions concernant l'organe de révision identiques à celles du droit de la SA), art. 907 (contrôle de la liste des associés par l'organe de révision ou par un réviseur agréé), art. 908 (renvoi au droit de la SA s'agissant des carences dans l'organisation de la société) et art. 919 (prescription).

<sup>14</sup> LFus ; RS 221.301.

<sup>15</sup> RO 2004 2655 et FF 2000 4147.

<sup>16</sup> RO 2007 4830 s. ; FF 2004 3816 ss.

<sup>17</sup> RO 2012 6679 ; FF 2008 1407.

<sup>18</sup> RO 2015 1389 ; FF 2014 585.

<sup>19</sup> RO 2020 957 ; FF 2015 3255.

<sup>20</sup> RO 2020 4005 ; RO 2022 109 ; FF 2017 353.

<sup>21</sup> FORSTMOSER, *Plädoyer*, p. 217.

### 2.1.3 Résultat de l'examen

Les explications qui précèdent montrent qu'une révision totale du droit de la société coopérative serait peu utile vu les disparités entre coopératives, la multiplicité des formes de coopératives en pratique et les attentes en partie contradictoires en matière de modifications législatives. Il serait extrêmement difficile d'élaborer un projet susceptible de rallier une majorité en conciliant des intérêts et des besoins aussi variés tout en préservant, comme le souhaite le postulat, la souplesse actuelle du droit de la société coopérative et en évitant les obstacles administratifs. Une révision complète de ce droit augmenterait probablement sa densité normative et lui ferait perdre ses traits libéraux caractéristiques.

Une révision totale s'impose d'autant moins au niveau matériel que le droit de la société coopérative a été continuellement adapté à l'évolution de la législation depuis 1936. Le droit en vigueur a fait ses preuves puisqu'il n'a connu qu'un petit nombre d'interventions du législateur majeures par le passé et que le Tribunal fédéral n'a que rarement rendu des arrêts à visée correctrice. Au reste, ce n'est pas parce que des points précis méritent éventuellement d'être adaptés (voir le ch. 2.2) qu'une révision totale du système est pertinente.

Pour les raisons que nous venons d'exposer, le droit de la société coopérative n'a pas besoin d'être refondu.

## 2.2 Autres points à examiner selon le postulat

### 2.2.1 Contexte

Outre l'opportunité d'une révision totale du droit de la société coopérative, le postulat invite le Conseil fédéral à examiner huit points spécifiques que nous passons en revue ci-après.

### 2.2.2 Égalité de traitement entre formes juridiques

#### 2.2.2.1 Contexte

Le postulat invite le Conseil fédéral à examiner si, à l'encontre du principe qui veut que des faits économiques identiques soient traités de la même manière en droit, les coopératives ne sont pas désavantagées par rapport aux autres formes juridiques.

#### 2.2.2.2 Commentaire

Au cours des dernières décennies, au lieu de créer des réglementations individuelles pour chaque forme de société, le législateur a opté pour des règles applicables à toutes chaque fois qu'il était confronté à une situation identique ou comparable sur le plan économique (selon le principe « même activité, mêmes risques, mêmes règles »)<sup>22</sup>.

Cette manière de procéder trouve toutefois ses limites dans le *numerus clausus* des formes de société admissibles<sup>23</sup>. Le législateur doit par conséquent prendre en considération les particularités de

<sup>22</sup> Voir FORSTMOSER, Plädoyer, p. 212 ; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, *Gesellschaftsrecht*, 12<sup>e</sup> éd., Berne 2018, n. 181 ad § 10 ss (cit. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE) ; NICHOLAS TURIN/FLORIAN ZIHLER, *25 Jahre Schlussbericht der Gruppe de réflexion «Gesellschaftsrecht»: Wo stehen wir heute?*, GesKR 2018, p. 111 (cit. TURIN/ZIHLER, Schlussbericht) et TIZIAN TROXLER, *Die Entwicklung des schweizerischen Genossenschaftsrechts*, in : *Theorie und Praxis des Unternehmensrechts, Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin*, éditeurs Peter Jung/Frédéric Krauskopf/Conradin Cramer, Zurich 2020, p. 691 ss (cit. TROXLER, Entwicklung).

<sup>23</sup> Ce que MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, n. 2 ad § 11, appellent la « contrainte de forme », qui implique une « fixation de la forme » (limitation de la structure interne).

## Pour un droit de la société coopérative moderne et durable

la forme juridique de la société coopérative : il n'est pas obligé de traiter tous les faits selon les règles applicables, par exemple, aux sociétés de capitaux au sens strict (comme les SA)<sup>24</sup>.

Au cours des dernières décennies, le droit de la société coopérative a été largement soumis au principe selon lequel des faits économiques identiques doivent être traités de la même manière en droit par des réglementations applicables à l'ensemble des formes juridiques (création de la LFus, droit de la révision et dispositions relatives à la comptabilité commerciale, par ex.)<sup>25</sup>. Par ailleurs, nombre de ses dispositions renvoient d'ores et déjà au droit de la SA<sup>26</sup>. Le législateur a précisément prévu ces renvois afin de créer des règles uniformes pour les différentes formes juridiques.

Le droit de la société coopérative n'en conserve pas moins quelques règles que l'on pourrait modifier pour les mettre en conformité avec le principe selon lequel des faits économiques identiques doivent être traités de la même manière en droit, au regard notamment du droit de la SA<sup>27</sup>.

- S'agissant de la convocation à l'assemblée générale, on pourrait porter le délai minimum de cinq jours en vigueur actuellement pour les sociétés coopératives (art. 882, al. 1, CO) à vingt jours, comme le prévoit le droit de la SA (art. 700, al. 1, CO), du moins pour les grandes coopératives (de plus de 300 membres)<sup>28</sup> ou pour les très grandes coopératives (de 2000 membres au moins)<sup>29</sup>, afin de permettre aux associés de mieux s'organiser et de rassembler des voix. Le délai de cinq jours pourrait être maintenu pour les petites coopératives.
- Le délai minimum de communication du bilan et des autres documents rendant compte des états financiers est actuellement de dix jours pour la société coopérative (art. 856, al. 1, CO) et de vingt jours pour la SA (art. 699a, al. 1, CO). On pourrait ici aussi uniformiser les délais pour les grandes ou les très grandes coopératives afin de laisser à leurs nombreux membres le temps de s'organiser.

### 2.2.2.3 Résultat de l'examen

Le droit de la société coopérative contient déjà, outre des renvois au droit de la SA, de nombreuses règles applicables à toutes les formes juridiques, en application du principe qui veut que des faits économiques identiques soient traités de la même manière en droit. La doctrine le reconnaît et s'en félicite<sup>30</sup>. Il conserve quelques dispositions isolées que l'on pourrait adapter au droit de la SA en application du même principe.

## 2.2.3 Nécessité de modifier la définition légale de la coopérative

### 2.2.3.1 Contexte

Le postulat invite le Conseil fédéral à examiner s'il y a lieu de modifier la définition légale de la coopérative – mais en conservant notamment son caractère personnel – et si le critère de l'« entraide » est toujours d'actualité.

<sup>24</sup> Bien qu'il s'agisse dans les deux cas de l'organe exécutif de la forme juridique concernée, l'administration d'une coopérative n'équivaut justement pas au conseil d'administration d'une SA, il n'y donc pas lieu d'uniformiser pour toutes les formes juridiques la terminologie, la durée maximale des fonctions, ni les cahiers des charges (d'un autre avis : FORSTMOSER, Plädoyer, p. 235 s.).

<sup>25</sup> Voir à ce propos le ch. 2.1.2.

<sup>26</sup> À titre d'exemple, voir les renvois des art. 893a, 902a, 903 et 920 CO, voir aussi le ch. 2.2.8.2.

<sup>27</sup> Voir le RAPPORT FINAL DU GROUPE DE RÉFLEXION « DROIT DES SOCIÉTÉS », p. 61 et FORSTMOSER, Plädoyer, p. 233. S'agissant du caractère personnel de la société coopérative comme forme juridique, on pourrait aussi s'inspirer du droit de la Sàrl ou du droit des associations.

<sup>28</sup> Voir à ce propos l'art. 880 CO.

<sup>29</sup> Voir à ce propos l'art. 962, al. 1, ch. 2, CO.

<sup>30</sup> Voir FORSTMOSER, Plädoyer, p. 233.

Pour un droit de la société coopérative moderne et durable

### 2.2.3.2 Commentaire

L'art. 828 CO définit à l'al. 1 la société coopérative comme « celle que forment des personnes ou sociétés commerciales d'un nombre variable, organisées corporativement, et qui poursuit principalement le but de favoriser ou de garantir, par une action commune, des intérêts économiques de ses membres ou qui poursuit un but d'utilité publique ». Il précise à l'al. 2 que « La constitution de sociétés coopératives à capital déterminé d'avance est prohibée ». Cette définition a largement fait ses preuves au fil du temps. Le Parlement l'a confirmée le 17 mars 2017 à l'occasion de la dernière modification de l'art. 828 CO, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2021, se contentant d'ajouter à l'al. 1 l'utilité publique comme but possible de la société coopérative<sup>31</sup>. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et la doctrine, cette définition établit non seulement les caractéristiques de la société coopérative, mais elle fixe aussi les limites contraignantes dans lesquelles cette entité juridique peut évoluer, arrêtant du même coup le schéma directeur légal<sup>32</sup>. Elle est donc déterminante pour définir la typologie des sociétés coopératives et pour délimiter celles-ci par rapport aux autres formes de société.

Une partie de la doctrine estime cependant qu'il faut retirer de la définition le critère de l'« action commune » (*Selbsthilfe* dans la version allemande, littéralement « entraide »)<sup>33</sup> au motif que dans la réalité juridique, sa signification se serait affaiblie au fil du temps, voire éteinte<sup>34</sup>, et que le Tribunal fédéral a admis dans un arrêt de 1967 que l'on pouvait être membre d'une coopérative sans faire un apport<sup>35</sup>. Une autre partie de la doctrine considère à l'inverse que l'« action commune » est un élément essentiel non seulement du principe coopératif, mais aussi de la définition juridique elle-même<sup>36</sup>. À ce propos, le Tribunal fédéral a lui aussi estimé dans un arrêt plus récent, de 2012, que les membres de la coopérative doivent contribuer personnellement à l'atteinte du but corporatif<sup>37</sup>.

Ajoutons que l'« action commune » souligne le caractère personnel de la coopérative comme particularité de cette forme juridique par rapport aux sociétés de capitaux au sens strict, telles que la société anonyme<sup>38</sup>.

Nonobstant cette querelle de juristes, il est clair que l'« action commune » inscrite dans la définition légale comme moyen de poursuivre un but revêt toujours une importance capitale pour les coopératives « typiques » telles que les coopératives d'entraide dans le domaine agricole ou les coopératives d'habitation. Elle n'a perdu son sens que pour les coopératives « atypiques », c'est-à-dire essentiellement les grandes coopératives des secteurs du commerce de détail, de la banque ou

<sup>31</sup> Loi fédérale du 17 mars 2017 (droit du registre du commerce), en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2021 (RO 2020 957 ; FF 2015 3255). Ce but était déjà autorisé par l'art. 86, al. b, ch. 2, de l'ancienne ordonnance sur le registre du commerce (ORC), et l'art. 92, al. 2, de l'ORC en vigueur avant 2008 disposait que : « Par contre, les sociétés coopératives qui ont un but d'utilité publique peuvent être inscrites ». Voir à ce propos CARL BAUDENBACHER, in : *Basler Kommentar*, Obligationenrecht II, éditeurs Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter, 5<sup>e</sup> éd., Bâle 2016, n. 16 ad art. 828 (cit. BAUDENBACHER, BSK-OR II) ; PETER FORSTMOSER, *Berner Kommentar zum Genossenschaftsrecht, Systematischer Teil und Kommentierung von OR 828–838*, Berne 1972, n. 125 ss ad art. 828 (cit. FORSTMOSER, BK-Genossenschaft) ; MATTHIAS COURVOISIER, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere (Art. 772–1186 OR) inkl. Bucheffektengesetz*, Zurich 2016, n. 6 ad art. 828 (cit. COURVOISIER, CHK-OR) et REGINA NATSCH, *Schweizerisches Genossenschaftsrecht: Stand und Revisionspostulate*, in : Purtschert, Robert (éditeur) : *Das Genossenschaftswesen in der Schweiz*, Berne/Stuttgart/Vienne, p. 91 s. (cit. NATSCH, Stand und Revision des Genossenschaftsrechts).

<sup>32</sup> Voir ATF 74 I 518 c 1 : « Die gesetzliche Definition ist eindeutig, bedarf daher keiner näheren Kommentierung. Und sie ist zwingend; denn das Gesetz, und es allein, bestimmt, unter welchen Voraussetzungen eine Genossenschaft Bestand haben kann. » Cette jurisprudence a été confirmée dans l'ATF 92 I 400 c. 4 ; voir aussi à ce propos FORSTMOSER, BK-Genossenschaft, n. 4 et 7 ad art. 828 et les références citées ; NADIA FABRIZIO, *Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Die Genossenschaft, Systematische Darstellung und Kommentierung der Art. 828–838 OR*, éditrices Sabine Kilgus/Nadja Fabrizio, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2021, n. 1 ad art. 828 (cit. FABRIZIO, BK-Genossenschaft) ; REGINA NATSCH, in : *OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht*, éditeurs Jolanta Kren Kostkiewicz/Marc Amstutz/Stephan Wolf/Roland Fankhauser, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2022, n. 1 ad art. 828 (cit. NATSCH, OFK-OR) ; ARNOLD KOLLER, *Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht*, thèse Fribourg 1967, p. 128 ; ARNOLD GYSIN, *Ergebnisse und Erfordernisse der Revision des Genossenschaftsrechts*, in : ZSR 50 (1931), p. 334 et BAUDENBACHER, BSK-OR II, n. 1 ad art. 828.

<sup>33</sup> FORSTMOSER, Plädoyer, p. 221 et 223 s., qui propose une nouvelle définition juridique.

<sup>34</sup> Voir FORSTMOSER, Plädoyer, p. 220 et, approuvant celui-ci, FABRIZIO, BK-Genossenschaft, n. 10 et 80 ad art. 828.

<sup>35</sup> Voir ATF 93 II 30 c. 4 ; FABRIZIO, BK-Genossenschaft, n. 10 et 80 ad art. 828 et FORSTMOSER, Plädoyer, p. 220 ; ATF 97 II 30 c. 4.

<sup>36</sup> REYMOND/TRIGO TRINDADE, p. 15 et NATSCH, OFK-OR, n. 11 ad art. 828. ISABELLE CHABLOZ, in : *Code des obligations II – Commentaire romand, Art. 530–1186 CO*, art. 20 à 33 LB, avec des introductions à la LFus, à l'ORab, à la LTI et à la loi sur la mise en œuvre des recommandations du GAFI, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2017, n. 25 ad art. 828 (cit. CHABLOZ, CR CO II). Elle décrit l'exigence d'une « action commune » comme le « cœur du concept coopératif ».

<sup>37</sup> ATF 138 III 407 c. 2.5.1.

<sup>38</sup> Voir FORSTMOSER, BK-Genossenschaft, n. 94 ad art. 828 : « L'élément de l'action commune souligne la structure personnelle de la coopérative... ». Il n'est donc pas nécessaire de mentionner expressément cette caractéristique dans la définition juridique, comme l'exige FORSTMOSER, Plädoyer, p. 222.



## Pour un droit de la société coopérative moderne et durable

des assurances, puisque leurs produits et services sont aussi accessibles à prix réduit aux non-membres<sup>39</sup>. Cela ne signifie pas pour autant que ces activités avec des non-membres sont incompatibles avec la teneur de l'art. 828, al. 1, CO et donc avec le critère de l'« action commune ». L'adverbe « principalement » qui figure dans la disposition veut bien dire que les non-membres peuvent également profiter des avantages de la coopérative si c'est à titre complémentaire (il n'est pas obligatoire d'être membre d'une coopérative commerciale pour pouvoir y acheter des produits à prix réduit)<sup>40</sup>. Par ailleurs, la possibilité prévue par cette même disposition de poursuivre exclusivement un but d'utilité publique (de bienfaisance) permet même la constitution de coopératives sans aucun membre<sup>41</sup>.

### 2.2.3.3 Résultat de l'examen

La formulation de l'art. 828 CO permet à une société coopérative d'étendre son activité à des non-membres ; il n'est donc pas nécessaire de supprimer le critère de l'« action commune ». La doctrine l'admet, et la réalité juridique s'en félicite<sup>42</sup>. L'« action commune » est l'une des caractéristiques clés de la société coopérative, qui reste d'actualité comme on l'a vu plus haut, et qui souligne parfois son caractère personnel. Par ailleurs, lorsqu'il a complété la définition de la société coopérative en 2017, le législateur n'en a pas profité pour envisager ou pour réaliser des modifications supplémentaires. Le Conseil fédéral estime par conséquent qu'il n'y a pas lieu de modifier la définition légale de la société coopérative, car elle a prouvé au fil du temps qu'elle était capable de s'adapter aux multiples formes de sociétés coopératives existantes, qu'elle laissait aux autorités tenues d'appliquer le droit une marge de manœuvre suffisante et qu'elle répond donc aux besoins actuels.

## 2.2.4 Devoir de loyauté des membres de la société coopérative

### 2.2.4.1 Contexte

Le postulat invite le Conseil fédéral à examiner si le devoir de loyauté (ou de bonne foi, pour reprendre le terme de l'art. 866 CO) qui incombe aux membres de la société coopérative est toujours d'actualité.

### 2.2.4.2 Commentaire

Le droit de la société coopérative dispose à l'art. 866 CO que les associés sont tenus de veiller de bonne foi à la défense des intérêts sociaux. Ce devoir de loyauté est une obligation non patrimoniale de l'associé et s'explique par la structure personnelle de la société coopérative<sup>43</sup>. Sa transposition dans la norme trouve sa justification dans la nature et le but de la coopérative comme organisme d'entraide dans lequel la participation personnelle des membres joue souvent un rôle déterminant<sup>44</sup>. Le devoir de loyauté découle avant tout du but poursuivi par la société coopérative et des moyens

<sup>39</sup> RAPPORT FINAL DU GROUPE DE RÉFLEXION « DROIT DES SOCIÉTÉS », p. 62 s. ; FABRIZIO, BK-Genossenschaft, n. 10 *ad* art. 828 et BAUDENBACHER, BSK-OR II, n. 24 *ad* art. 828. Selon FORSTMOSER, Plädoyer, p. 220, il faut renoncer à restreindre les buts à atteindre dans l'art. 828 CO, et l'interdiction de toute activité illicite ou contraire aux mœurs doit être le seul obstacle au choix de la forme juridique de la société coopérative.

<sup>40</sup> Voir BAUDENBACHER, BSK-OR II, n. 20 et 24 *ad* art. 828 ; FRANCO TAISCH, *Genossenschaftsgruppen und deren Steuerung*, Zurich/St. Gallen 2009, n. 172 ss ; NATSCH, Stand und Revision des Genossenschaftsrechts, p. 94 ; FORSTMOSER, BK-Genossenschaft, n. 72 ss *ad* art. 828 ; FORSTMOSER, Grossgenossenschaften, p. 214 ; FABRIZIO, BK-Genossenschaft, n. 55 ss *ad* art. 828 et COURVOISIER, CHK-OR, n. 6 *ad* art. 828. À propos des activités avec des non-membres : FORSTMOSER, Grossgenossenschaften, p. 221 et FORSTMOSER, BK-Genossenschaften, n. 20 *ad* art. 828, et à propos de l'étendue de ces activités : FABRIZIO, BK-Genossenschaft, n. 55 *ad* art. 828 n° 101 avec une vue d'ensemble.

<sup>41</sup> Voir NATSCH, Stand und Revision des Genossenschaftsrechts, p. 94 ; REGINA NATSCH, *Die Genossenschaft im Konzern*, thèse Berne 2002, p. 72 ss (cit. NATSCH, Konzern) et NATSCH, OFK-OR, n. 8 *ad* art. 828. Voir aussi FABRIZIO, BK-Genossenschaften, n. 110 *ad* art. 828 et PETER FORSTMOSER/FRANCO TAISCH/TIZIAN TROXLER/INGRID D'INCÀ-KELLER, *Der Genossenschaftszweck – gestern und heute*, in : Reprax 2/12, p. 32 n° 200 (cit. FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER/D'INCÀ-KELLER, Genossenschaftszweck).

<sup>42</sup> Voir NATSCH, OFK-OR, n. 13 *ad* art. 828 ; GERBER, Organisationsform, p. 212 ss et 253 ss ; NATSCH, Konzern, p. 72 s. et les références citées et NATSCH, Stand und Revision des Genossenschaftsrechts, p. 94 ss.

<sup>43</sup> FABRIZIO, BK-Genossenschaft, n. 116 à 118 *ad* § 3.

<sup>44</sup> HANS NIGG, in : *Basler Kommentar*, Obligationenrecht II, éditeurs Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter, 5<sup>e</sup> éd., Bâle 2016, n. 1 *ad* art. 866 (cit. NIGG, BSK II-OR) ; HERBERT WOHLMANN, *Die Treuepflicht des Aktionärs*, Diss Zurich 1968, p. 33 et les références citées et FORSTMOSER, Grossgenossenschaften, p. 183.

## Pour un droit de la société coopérative moderne et durable

prévus à cet effet dans les statuts<sup>45</sup>. Le contenu des statuts est déterminant à cet égard, car il définit les obligations spéciales des associés<sup>46</sup>. Les statuts constituent donc d'une part le fondement, d'autre part la limite de l'obligation de loyauté de l'associé. Ils doivent exposer clairement toutes les obligations incombant aux associés du fait de leur qualité de membre<sup>47</sup>. Par conséquent, l'existence d'un simple intérêt prépondérant de la société coopérative ou des associés ne suffit pas à établir le devoir de loyauté<sup>48</sup>.

Certains juristes considèrent que dans les grandes sociétés coopératives, en raison notamment de la possibilité d'être membre d'une coopérative sans verser de contribution, le devoir de loyauté a été vidé de sa substance, rendant sans objet l'art. 866 CO<sup>49</sup>.

Il faut toutefois relativiser cette doctrine dans la mesure où, s'agissant de la portée (de l'ampleur et du contenu) du devoir de loyauté visé à l'art. 866 CO, il faut opérer une distinction selon le type de coopérative et selon le type de relations entre la coopérative et ses associés<sup>50</sup> : la coopérative a-t-elle ou non précisé le devoir de loyauté dans ses statuts ? A-t-elle conservé des liens étroits avec ses membres, comme c'est notamment le cas des coopératives « typiques », ou s'est-elle éloignée d'eux en raison de sa taille, comme on le voit chez les coopératives « atypiques »<sup>51</sup> ? Cette question est décisive. Dans le second cas, le Tribunal fédéral a jugé que les membres n'ont pour ainsi dire aucun devoir de loyauté envers leur coopérative<sup>52</sup>.

### 2.2.4.3 Résultat de l'examen

Du fait de son caractère personnel, la société coopérative impose à ses membres certaines obligations, dont le devoir de loyauté, qui est un élément fondamental de cette forme de société<sup>53</sup>. Ce devoir de loyauté, visé à l'art. 866 CO, revêt toujours une grande importance pour les coopératives « typiques », mais la souplesse du droit de la société coopérative a conduit le Tribunal fédéral à considérer que ce devoir ne devait plus être pris au pied de la lettre, notamment pour les « coopératives atypiques ». Le Conseil fédéral estime par conséquent qu'il n'y a pas lieu de modifier l'art. 866 CO et que le devoir de loyauté qui incombe aux membres de la société coopérative est toujours d'actualité, ne serait-ce que parce qu'il découle du principe de l'entraide, lequel mérite d'être maintenu comme élément fondateur de la société coopérative.<sup>54</sup>

## 2.2.5 Obligation de compter au moins sept membres fondateurs

### 2.2.5.1 Contexte

Le postulat invite le Conseil fédéral à examiner si l'obligation de compter au moins sept membres fondateurs est toujours d'actualité.

<sup>45</sup> ATF 101 II 125 c. 3a ; 72 II 91 c. 8 et MAX GUTWILLER, *Zürcher Kommentar, Art. 879-926 OR, Die Genossenschaft, Organisation der Genossenschaft, Verantwortlichkeit, Genossenschaftsverbände, Beteiligung von Körperschaften des öffentlichen Rechts*, vol. V/6/2 OR, Zurich 1974, n. 9 *ad* art. 866 (cit. GUTZWILLER, ZK-Genossenschaft).

<sup>46</sup> Voir ATF 101 II 125 c. 3a et 35 II 595 c. 2, p. 598.

<sup>47</sup> BGE 101 II 125 c. 3a renvoyant à l'ATF 46 II 313 c. 2, p. 319 et NATSCH, OFK-OR, n. 2 *ad* art. 866.

<sup>48</sup> COURVOISIER, CHK-OR, n. 2 *ad* art. 866.

<sup>49</sup> HERZOG, Lenkung, Führung und Kontrolle, p. 300; FORSTMOSER, Plädoyer, p. 215 et TIZIAN TROXLER, *Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Die Genossenschaft, Systematische Darstellung und Kommentierung der Art. 828-838 OR*, éditrices Sabine Kilgus/Nadja Fabrizio, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2021, n. 174 *ad* n. 174 renvoyant à l'ATF 93 II 30 c. 2 (cit. TROXLER, BK-Genossenschaft) et FORSTMOSER, Grossgenossenschaften, p. 68 et 180.

<sup>50</sup> CHABLOZ, CR-CO II, n. 11 *ad* art. 866 ; FORSTMOSER, Grossgenossenschaften, p. 186 et NIGG, BSK-OR, n. 5 *ad* art. 866.

<sup>51</sup> NIGG, BSK-OR, n. 6 *ad* art. 866. À propos de la définition, voir le ch. 2.2.2.2.

<sup>52</sup> ATF 69 II 41 c. 3, p. 46 ; GUTZWILLER, ZK-Genossenschaft, n. 111 *ad* art. 866 ; NIGG, BSK-OR, n. 6 *ad* art. 866 et CHABLOZ, CR-CO II, n. 7 *ad* art. 866.

<sup>53</sup> Voir IDÉE COOPÉRATIVE, *Die «DNA» der Genossenschaft aus rechtlicher Sicht – Fit für die Zukunft*, Berne 2022, p. 6.

<sup>54</sup> Voir à ce propos le ch. 2.2.2.3.

Pour un droit de la société coopérative moderne et durable

## 2.2.5.2 Commentaire

L'art. 831 CO impose à la société coopérative un minimum de sept membres, non seulement au moment de sa constitution, mais aussi pour le reste de son existence<sup>55</sup>. Un nombre inférieur entraîne une carence dans l'organisation de la personne morale, qui peut, en dernier ressort, aboutir à la dissolution de la société prononcée par le tribunal (voir l'art. 831, al. 2, en relation avec l'art. 731b CO)<sup>56</sup>. Le Tribunal fédéral a confirmé cette exigence dans des arrêts récents, reconnaissant le nombre minimum de sept coopérateurs comme un trait essentiel de la société coopérative et jugeant que lorsque ce chiffre n'est plus atteint, cet élément constitutif de la société disparaît<sup>57</sup>.

La doctrine a cependant établi que le nombre minimum de sept membres imposé par la loi avait été fixé arbitrairement<sup>58</sup>. On suppose en effet que le législateur suisse s'est inspiré des premiers mouvements coopératifs apparus au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle en Grande-Bretagne, en Allemagne et en France<sup>59</sup>. Le chiffre minimum de sept membres fixé à l'art. 679 de la première version du code des obligations de 1881<sup>60</sup> proviendrait des sept principes de la coopérative de Rochdale<sup>61</sup>. On suppose aussi que le législateur l'a choisi en pensant au statut particulier du chiffre sept dans la culture occidentale<sup>62</sup>. Certains auteurs considèrent que le nombre minimum de sept membres ne doit pas nécessairement reposer sur des motifs objectifs, étant donné que ni les organes imposés par la loi ni la fonction traditionnelle de la société coopérative comme institution d'entraide ne supposent un tel nombre, ce qui rend selon eux cette exigence discutable<sup>63</sup>.

Dans le cadre de la récente révision du droit de la Sàrl, qui a mené à l'adaptation de nombreuses dispositions concernant les coopératives, le législateur a étudié en détail la question d'une réduction du nombre minimum de membres de la coopérative. Il a rejeté à dessein la fondation de sociétés coopératives unipersonnelles, contrairement à ce qui est permis depuis 2008 pour les Sàrl et les SA (voir les art. 625 et 772, al. 1, CO)<sup>64</sup>. Cette décision n'a pas été remise en cause dans la jurisprudence ni dans la doctrine, parce qu'une institution fondée sur une action commune implique une pluralité de personnes et qu'il est inenvisageable de créer une corporation à caractère personnel avec un seul membre<sup>65</sup>.

Certains auteurs de doctrine avancent toutefois des arguments en faveur d'une réduction du nombre minimal de sept membres fondateurs :

- D'aucuns avancent que deux membres suffisent pour exercer une action commune<sup>66</sup>. D'ailleurs, en droit liechtensteinois<sup>67</sup>, autrichien<sup>68</sup> et français<sup>69</sup>, il suffit de deux membres pour créer et faire exister une société coopérative<sup>70</sup>. D'autres estiment cependant que réduire à deux associés le nombre minimum de membres serait contraire au principe inhérent à

<sup>55</sup> Selon le principe de la porte ouverte, le nombre de membres n'est pas limité et ne peut pas l'être non plus dans les statuts. Mais les statuts ne peuvent pas non plus prévoir un nombre minimum de membres inférieur (voir FABRIZIO, BK-Kommentar, n. 3 s. ad art. 831).

<sup>56</sup> Voir à ce propos FABRIZIO, BK-Genossenschaft, n. 29 ss ad art. 831.

<sup>57</sup> ATF 138 III 407 c. 2.5.2. Le Tribunal a confirmé ce point de vue dans un arrêt ultérieur, TF 4A\_370/2015 du 16 décembre 2015 c. 2.8.

<sup>58</sup> Il ne provient certainement pas de la constitution, souvent indiquée comme référence, d'une coopérative à Rochdale (Angleterre) en 1844 (la *Rochdale Equitable Pioneers Society*), car l'événement avait mobilisé une trentaine de personnes, voir HANS HANDSCHIN, *Die Rochdale Grundsätze und das Genossenschaftsprogramm*, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 1938, p. 6 s. et FORSTMOSER, Plädoyer, p. 223.

<sup>59</sup> REYMOND/TRIGO TRINIDADE, p. 1 et GERBER, Organisationsform, p. 1.

<sup>60</sup> Code fédéral des obligations du 14 juin 1881, FF n° 26, XXXIII<sup>e</sup> année (volume III), 18 juin 1881.

<sup>61</sup> HANS CASPAR VON DER CRONE/MERENS CAHANNES, *Unterschreiten der Mindestmitgliederzahl bei Genossenschaften, Bundesgerichtsursprung 4A\_370/2015 vom 16. Dezember 2015*, in : SZW/RSDA 3/2016, p. 343 (cit. VON DER CRONE/CAHANNES, Mindestmitgliederzahl) et FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER/D'INCA-KELLER, Genossenschaftszweck, p. 21.

<sup>62</sup> VON DER CRONE/CAHANNES, Mindestmitgliederzahl, p. 343.

<sup>63</sup> FABRIZIO, BK-Genossenschaft, n. 8 ad art. 831 ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, n. 54 ss ad § 19 ; FORSTMOSER, Plädoyer, p. 216, 223 s. ; PETER FORSTMOSER/FRANCO TAISCH/TIZIAN TROXLER, *Verpasste Chancen und unabsehbare Folgen für Genossenschaften*, in : NZZ 23.10.2012, n° 247, p. 33 ; FRANCO TAISCH/TIZIAN TROXLER, *Mindestmitgliederzahl bei Genossenschaften, Besprechung von BGE 138 III 407*, in : AJP 11, p. 1652 (cit. TAISCH/TROXLER, Mindestmitgliederzahl) et VON DER CRONE/CAHANNES, Mindestmitgliederzahl, p. 343.

<sup>64</sup> Message du Conseil fédéral du 19 décembre 2001 concernant la réforme du droit de la Sàrl, FF 2002 2949 3031.

<sup>65</sup> Des références supplémentaires se trouvent dans ATF 138 III 407 c. 2.5.1 ; FORSTMOSER, Plädoyer, p. 223.

<sup>66</sup> Voir FABRIZIO, BK-Genossenschaft, n. 7 ad art. 831 ; NATSCH, OFK-OR, n. 1 ad art. 908 ; TAISCH/TROXLER, Mindestmitgliederzahl, p. 1652 et GERBER, Organisationsform, p. 44.

<sup>67</sup> Voir *Amt für Justiz, Fürstentum Liechtenstein, Handelsregister, Merkblatt zur Genossenschaft (Art. 428 – 495 PGR), Merkblattdatum: 08/2022, Merkblattnummer: AJU/h70.006.07*, p. 1.

<sup>68</sup> La loi autrichienne sur la société coopérative ne prévoyant pas de nombre minimum de membres fondateurs, deux suffisent (voir aussi FABRIZIO, BK-Genossenschaft, n. 7 ad art. 831).

<sup>69</sup> Voir le [rapport Cooperatives Europe, Legal Framework Analysis, National Report: France, ICA-EU Partnership](#), août 2021, p. 10.

<sup>70</sup> Voir aussi Fabrizio, BK-Genossenschaft, n. 7 ad art. 831.

## Pour un droit de la société coopérative moderne et durable

l'entraide<sup>71</sup>. Par ailleurs, le principe fixé à l'art. 885 CO selon lequel chaque associé a droit à une voix est incompatible avec un nombre minimum de deux membres, car une assemblée générale à deux ne pourra pas prendre de décision à la majorité des voix et risquera de rendre la coopérative incapable d'agir<sup>72</sup>.

- D'autres encore demandent trois membres au minimum en s'appuyant sur le droit comparé, étant donné que le législateur allemand a abaissé ce nombre de sept à trois lors de la réforme de 2006 et que l'ordre juridique allemand serait à la source du droit suisse<sup>73</sup>. Le droit suisse en vigueur présente lui aussi des éléments favorables à la réduction du nombre minimum de sept membres : selon l'art. 894, al. 1, CO, l'administration de la société se compose de trois personnes au moins, dont la majorité seulement, soit deux personnes, doivent être des associés<sup>74</sup>.

### 2.2.5.3 Résultat de l'examen

Ni le droit en vigueur ni la doctrine ne fournissent de raisons impératives de maintenir le nombre minimum de sept associés pour une société coopérative. La plupart des pays voisins de la Suisse se contentent d'un nombre inférieur. Compte tenu notamment des art. 885 et 921 CO, l'abaissement du nombre minimum à trois associés serait envisageable à la faveur d'une prochaine modification du droit de la société coopérative.

## 2.2.6 Droits et obligations différents pour les très grandes sociétés coopératives

### 2.2.6.1 Contexte

Le postulat invite le Conseil fédéral à examiner si les différences de taille des coopératives, rapportées au nombre de leurs membres, ne rendraient pas nécessaire une réglementation différenciée (droits à l'information, droits de contrôle, droit de porter un objet à l'ordre du jour, etc.).

### 2.2.6.2 Commentaire

Une partie de la doctrine souhaite que le droit de la société coopérative conserve son unité tout en adoptant plus de nuances selon les structures et selon l'importance économique de la coopérative<sup>75</sup>. Certains juristes estiment qu'une partie des prescriptions du droit de la société coopérative a été élaborée en fonction de la situation des petites coopératives, ce qui conférerait aux grandes des privilèges objectivement injustifiés par rapport aux sociétés anonymes. Un rapport de 1993 demande par conséquent, s'agissant des très grandes coopératives, le durcissement 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), des prescriptions spéciales pour la publicité des sociétés économiques importantes, le durcissement des exigences en ce qui concerne la qualité et l'indépendance des réviseurs et l'introduction d'un examen spécial<sup>76</sup>.

<sup>71</sup> FABRIZIO, BK-Genossenschaft, n. 7 ad art. 831.

<sup>72</sup> FABRIZIO, BK-Genossenschaft, n. 7 ad art. 831.

<sup>73</sup> Voir FABRIZIO, BK-Genossenschaft, n. 7 ad art. 831 et [§ 4 de la loi allemande sur les sociétés coopératives](#) ; à l'époque, cette modification avait été justifiée en ces termes : « Le nombre minimum de membres est abaissé de sept à trois afin de faciliter la création de nouvelles sociétés coopératives. Cela confèrera en outre à la coopérative allemande un avantage de compétitivité par rapport à la coopérative européenne, dont la fondation ne nécessite que cinq membres. » (notre traduction), in : [Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Ausarbeitung, Novellen im Genossenschaftsrecht von 1990 bis heute, Die Fortentwicklung des Genossenschaftsgesetzes im wiedervereinigten Deutschland, WD 7 – 3000 – 092/13](#), p. 9 s. ; voir aussi ATF 138 III 407 c. 2.5.1 et VON DER CRONE/CAHANNES, Mindestmitgliederzahl, p. 343 et FABRIZIO, BK-Genossenschaft, n. 7 ad art. 831.

<sup>74</sup> FORSTMOSER, Plädoyer, p. 216 et 223 et VON DER CRONE/CAHANNES, Mindestmitgliederzahl, p. 343.

<sup>75</sup> Voir FORSTMOSER, Plädoyer, p. 219, 226 et 228, lequel fait remarquer que ce principe a prévalu lors de la dernière révision du droit de la SA. Il considère par conséquent qu'il faut évoluer vers un modèle de différenciation matérielle dans les cas où des réglementations différentes se justifient objectivement, en citant le message du Conseil fédéral du 21 décembre 2007 concernant la révision du droit de la SA, FF 2008 1424.

<sup>76</sup> RAPPORT FINAL DU GROUPE DE RÉFLEXION « DROIT DES SOCIÉTÉS », p. 61 ss.

## Pour un droit de la société coopérative moderne et durable

La loi contient d'ores et déjà des règles variables selon la taille et la structure de la société coopérative afin notamment de faciliter la formation d'une opinion démocratique dans les coopératives comptant de nombreux membres. Elle prévoit ainsi, pour les sociétés de plus de 300 membres, la possibilité de voter par correspondance (art. 880 CO) et celle de compléter ou de remplacer l'assemblée générale par une assemblée des délégués (art. 892 CO)<sup>77</sup>. Par ailleurs, le législateur a déjà introduit, lors de la révision du droit comptable et du droit de la révision, des exigences accrues, mentionnées plus haut, en matière d'établissement des comptes et de prescriptions spéciales pour la publicité des sociétés économiques importantes et en ce qui concerne la qualité et l'indépendance des réviseurs ; ces questions n'appellent donc pas de révision supplémentaire<sup>78</sup>. Ajoutons que le droit en vigueur est suffisamment souple pour recouvrir des structures différentes et pour permettre aux très grandes coopératives de donner à leur organisation la flexibilité dont elles ont besoin. À titre d'exemple, les très grandes coopératives peuvent d'ores et déjà prévoir des règles plus nuancées ou plus strictes dans leurs statuts (création de droits supplémentaires en matière d'information, de contrôle ou d'inscription d'objets à l'ordre du jour, par ex.)<sup>79</sup>. L'administration d'une coopérative peut aussi se voir attribuer des compétences variables selon la structure de la société. Dans les très grandes coopératives, comme dans les grandes entreprises ayant la forme juridique de la SA, la gestion est souvent déléguée à une direction générale ou à un comité directeur. La coopérative peut en outre prévoir des organes supplémentaires (c'est ce qui rend cette forme d'organisation particulièrement souple)<sup>80</sup>.

Le droit de la société coopérative présente néanmoins des aspects que l'on pourrait modifier afin de renforcer les droits des associés dans les sociétés comptant de nombreux membres, faute de dispositions statutaires dans ce sens<sup>81</sup>.

- On pourrait rendre obligatoire la votation par correspondance (art. 880 CO) et le recours à une assemblée des délégués (art. 892 CO) dans les grandes coopératives.
- On pourrait étendre les règles relatives aux possibilités de représentation<sup>82</sup>. Selon le droit en vigueur, aucun membre ne peut représenter plus d'un associé (art. 886, al. 1, CO), mais dans les sociétés de plus de mille membres, un associé a le droit de représenter « jusqu'à neuf membres » si les statuts le prévoient (art. 886, al. 2, CO). On pourrait faciliter la votation en permettant aux grandes ou aux très grandes coopératives, sur le modèle du droit de la SA, de désigner un représentant indépendant (art. 689c CO) auquel les associés pourraient octroyer un pouvoir de représentation.
- On pourrait contraindre les très grandes sociétés coopératives de communiquer à l'ensemble des membres les propositions des associés assorties d'une motivation succincte, comme le prévoit par exemple le droit de la SA (art. 699b, al. 3, CO). Dans certaines circonstances, les propositions des actionnaires doivent non seulement être inscrites à l'ordre du jour, mais elles doivent aussi être retranscrites dans la convocation à l'assemblée générale avec une motivation succincte.
- Les associés ont le droit de demander la convocation d'une assemblée générale. Selon le droit en vigueur, cette demande doit être faite par le dixième au moins des associés, et si le nombre de ces derniers est inférieur à trente, par au moins trois d'entre eux (art. 881, al. 2, CO). Certains considèrent que pour les très grandes coopératives, ce seuil est trop élevé et pourrait être abaissé<sup>83</sup>.

<sup>77</sup> Dans les très grandes coopératives, par exemple, les compétences fondamentales des membres sont exercées lors d'une votation par correspondance ; la plupart des autres décisions sont prises par l'assemblée des délégués (voir PETER PAUL, *Die Genossenschaft als Rechtsform für Grossunternehmen*, ZBJV 1980, p. 567 ss et 575 [cit. PAUL, *Grossunternehmen*]).

<sup>78</sup> DANIEL LENGAUER, *Mögliche Kriterien für Gesetzgebungselemente, wie zwischen grossen bzw. mittelgrossen sowie kleinen Genossenschaften differenziert werden könnte*, idée coopérative, Berne 2023, p. 8 s.

<sup>79</sup> BEAT BRECHBÜHL/DANIEL LENGAUER/THOMAS NÖSBERGER, *Leitfaden Cooperative Governance*, Idée Coopérative, Berne 2021, p. 11 ss (cit. BRECHBÜHL/LENGAUER/NÖSBERGER, *Leitfaden Cooperative Governance*).

<sup>80</sup> Voir PAUL, *Grossunternehmen*, p. 575.

<sup>81</sup> FORSTMOSER, *Plädoyer*, p. 231 ss et WOHLMANN, *Revision*, p. 7 ss.

<sup>82</sup> Voir VON BÜREN, *Genossenschaftskonzerne*, p. 113.

<sup>83</sup> FORSTMOSER, *Plädoyer*, p. 231.

## Pour un droit de la société coopérative moderne et durable

- La doctrine suggère en outre que l'on rediscute de l'instauration de la publicité des indemnités dans le droit de la société coopérative. Dans l'avant-projet de révision du droit de la SA de 2014, le Conseil fédéral avait proposé, pour les coopératives comptant plus de 2000 associés, la publicité des indemnités conformément aux dispositions du droit de la SA pour les sociétés ouvertes au public, mais les Chambres avaient rejeté cette proposition après en avoir débattu<sup>84</sup>.

### 2.2.6.3 Résultat de l'examen

Le droit de la société coopérative en vigueur comporte déjà des règles différenciées pour les grandes et les très grandes sociétés. Une grande partie des modifications demandées par la doctrine a déjà été prise en compte par le législateur ou peut être réalisée dans les statuts. Il est cependant possible de modifier dans la loi des points isolés afin d'étendre les moyens de participation des associés dans les coopératives comptant de nombreux membres, sans qu'il soit nécessaire d'engager une révision totale du droit de la société coopérative.

## 2.2.7 Droits d'information et de participation des membres de la coopérative

### 2.2.7.1 Contexte

Le postulat invite le Conseil fédéral à examiner s'il ne serait pas possible, et si oui, comment, d'harmoniser les droits de participation des membres de la coopérative et de renforcer leur droit à l'information.

### 2.2.7.2 Commentaire

Certains auteurs de doctrine voient une lacune dans le droit de la coopérative au niveau des droits de participation et d'information, dans la mesure où il ne prévoit pas de droit à l'institution d'un examen spécial, contrairement aux dispositions sur la société anonyme (art. 697c ss CO). Ils demandent donc d'y remédier par une modification du droit de la société coopérative<sup>85</sup>.

À l'inverse, le centre de compétence Idée Coopérative défend l'avis selon lequel la coopérative est un modèle participatif apte à résoudre des questions entrepreneuriales actuelles grâce à la flexibilité de ses statuts, qui permettent justement de développer des droits de participation et d'information en toute autonomie pour une gouvernance pérenne<sup>86</sup>. Il affirme dans son guide « Cooperative Governance » qu'il est déjà possible pour les membres de la coopérative d'adopter des droits de participation et d'information plus étendus que ceux prévus par la loi. Les statuts peuvent ainsi améliorer l'échange d'informations avant l'assemblée générale, définir les droits d'information des membres de l'administration par analogie à l'art. 715a CO, prévoir des droits de contrôle poussés (droit de proposition et droit à l'institution d'un examen spécial) similaires à ceux du droit de la société anonyme et même mettre sur pied des forums électroniques d'information pour permettre aux membres de discuter de l'ordre du jour et des propositions. Ces droits d'information des membres de l'administration découlant des statuts peuvent également être complétés par un règlement d'organisation<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> Voir l'art. 857, al. 2<sup>bis</sup> et 3, de l'avant-projet de modification du droit de la SA de 2014 et le rapport explicatif relatif à cet avant-projet, p. 42 et 160, et FORSTMOSER, Plädoyer, p. 233.

<sup>85</sup> FORSTMOSER, Plädoyer, p. 235.

<sup>86</sup> Préface de IDÉE COOPÉRATIVE, in : BRECHBÜHL/LENGAUER/NÖSBERGER, Leitfaden Cooperative Governance, p. 5.

<sup>87</sup> BRECHBÜHL/LENGAUER/NÖSBERGER, Leitfaden Cooperative Governance, p. 27 à 29, 34, 48 et 56.

Pour un droit de la société coopérative moderne et durable

### 2.2.7.3 Résultat de l'examen

Le législateur a délibérément conçu le droit de la société coopérative de manière flexible à bien des égards. Les membres de la coopérative peuvent donc au besoin créer des droits d'information et de participation plus étendus en modifiant les statuts. Il est ainsi possible d'améliorer la transparence au sein de la coopérative, de renforcer la position des membres et de l'assemblée générale, de mieux définir la compétence de l'administration et de gagner en clarté et en sécurité juridique de manière générale<sup>88</sup>. Le Conseil fédéral estime que chaque coopérative est libre de mettre en œuvre ses objectifs de gouvernance tels qu'elle l'entend dans ses statuts, aussi la création de règles supplémentaires à cet égard est-elle superflue.

## 2.2.8 Création de nouveaux instruments pour le financement par apport de fonds propres

### 2.2.8.1 Contexte

Le postulat invite le Conseil fédéral à examiner s'il ne serait pas nécessaire de créer de nouveaux instruments pour le financement des coopératives par apport de fonds propres (par ex. un titre de participation sans droits sociaux ni droits de vote).

### 2.2.8.2 Commentaire

Les milieux bancaires en particulier ont émis le souhait ces dernières années que le financement par apport de fonds propres soit facilité pour les coopératives par la création d'une forme de bons de participation<sup>89</sup>. Ceux-ci constitueraient uniquement un placement de capital et ne donneraient pas à leurs détenteurs le statut de membres de la coopérative ni de droits sociaux, mais leur donneraient droit à des intérêts et à une éventuelle part de liquidation<sup>90</sup>. Depuis 1991, le droit de la société anonyme règle en détail cette forme de participation aux art. 656a ss CO<sup>91</sup>. Le bon de participation est dans ce contexte un titre de participation sans droit de vote. Le droit de la société coopérative ne contient aucune disposition comparable pour la constitution de fonds propres. La doctrine est donc divisée sur la possibilité offerte par le droit en vigueur de créer et d'émettre des bons de participation<sup>92</sup>.

Il y a quelques années, une banque coopérative a néanmoins tenté d'émettre des bons de participation qui, par analogie à ceux du droit de la société anonyme, donnaient droit à une participation aux bénéfices, mais aucun droit de vote. Amené à connaître de l'admissibilité de ces titres, le Tribunal fédéral a rendu en 2014 un arrêt qui justifie en détail l'inadmissibilité des bons de participation pour financer une banque coopérative. Il considère que l'ordre juridique s'oppose à leur émission, car le législateur a exprimé sa volonté, notamment lors de la révision du droit de la Sàrl, de ne pas admettre les bons de participation pour toutes les formes de sociétés, sans compter que de

<sup>88</sup> HERZOG, Lenkung, Führung und Kontrolle, p. 304.

<sup>89</sup> Voir PETER FORSTMOSER/FRANCO TAISCH/TIZIAN TROXLER, *Unzulässigkeit von Beteiligungsscheinen bei Genossenschaften*, in : Jusletter 14 juillet 2014, p. 10 ; NATSCH, Stand und Revision des Genossenschaftsrechts, p. 111, ainsi que GROUPE DE RÉFLEXION « DROIT DES SOCIÉTÉS », p. 61, qui n'émet pas d'avis précis sur la conception juridique possible de ces bons.

<sup>90</sup> Voir NATSCH, Stand und Revision des Genossenschaftsrechts, p. 111 ; GROUPE DE RÉFLEXION « DROIT DES SOCIÉTÉS », p. 61 ; FRANCO TAISCH, *Genossenschaftsunternehmen, Ein Leitfadens*, Zurich/Saint-Gall 2012, p. 21.

<sup>91</sup> Introduit par le ch. I de la loi fédérale du 4 octobre 1991, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juillet 1992 (RO 1992 733 ; FF 1983 II 757).

<sup>92</sup> Défavorables à l'admissibilité : GEORGES CAPITAIN, SJK, Karte 1155, 2, 1157, 2 ; GEORGES CAPITAIN, *Particularités et anomalies du droit coopératif suisse*, ZBJV 3/1953, p. 112 ; MAX GUTZWILER, in : éditeurs Wolfhart Bürgi et al., *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. V. Band: Das Obligationenrecht. 6. Teil: Genossenschaft, Handelsregister und kaufmännische Buchführung*, Zurich 1972, n. 11 ad art. 861 ; FLORIAN ZIHLER, in : éditeurs Rino Siffert/Nicholas Turin, *Stämpf's Handkommentar. Handelsregisterverordnung (HRegV)*, Berne 2013, n. 1-2 ad art. 60 ; d'un avis critique : FORSTMOSER, *Grossgenossenschaften*, p. 240 ss.

Favorables à l'admissibilité : HANS PETER FRIEDRICH, *Das Genossenschaftskapital im schweizerischen Obligationenrecht*, thèse Zurich 1943, p. 54 ; FRITZ VON STEIGER, *Fragen aus dem Genossenschaftsrecht, Kann die Genossenschaft Genusscheine ausgeben?*, in : SAG 8/1945, p. 181 ; WALTER HENSEL, *Der Genossenschaftsanteil nach schweizerischem Obligationenrecht*, thèse, Zurich 1947, p. 129 ; ERICH FLURI, *Die rechtlichen Möglichkeiten der Kapitalbeschaffung im schweizerischen Genossenschaftsrecht*, thèse Zurich 1973, p. 115 ss ; SUSY B. MOSER, *Wohnbaugenossenschaften*, thèse Zurich 1978, p. 38 s. ; PETER JÄGGI/JEAN NICOLAS DRUEY/CHRISTOPH VON GREYERZ, *Wertpapierrecht*, Basel 1985, p. 121 ; REYMOND/TRIGO TRINDADE, p. 70 s. ; GERBER, *Organisationsform*, p. 308 s. ; SARAH BRUNNER-DOBLER, p. 57 s. ; FRANCO TAISCH/THOMAS SCHWYTER, *Finanzierung von Genossenschaften, Der Partizipationsschein als Option*, in : éditrices Martina Caroni et al., *Auf der Scholle und in lichten Höhen. Verwaltungsrecht – Staatsrecht – Rechtssetzungslehre. Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag*, Zurich/Saint-Gall 2010, p. 516 ss (cit. TAISCH/SCHWYTER, *Finanzierung*) ; NIGG, BSK-OR II, n. 22 ad art. 852/853 ; FRANCO TAISCH/TIZIAN TROXLER, *Eigenkapitalbeschaffung bei Genossenschaften. Möglichkeiten und Grenzen de lege lata*, in : PJA 3/2013, p. 417 s.



## Pour un droit de la société coopérative moderne et durable

tels titres nécessiteraient des mesures de protection particulières de leurs détenteurs. Le Tribunal fédéral ajoute qu'en l'absence de base légale expresse, il n'appartient pas à la coopérative de créer des instruments *sui generis* pour le financement par apport de fonds propres<sup>93</sup>. Son analyse comparée des principes fondateurs de la coopérative et de la société anonyme montre que les deux diffèrent profondément tant en ce qui concerne les droits patrimoniaux que les droits sociaux, ce qui exclut l'instauration d'un capital-participation pour une coopérative<sup>94</sup>.

En réaction à cet arrêt du Tribunal fédéral, le conseiller national Bruno Pezzatti et son homologue des États Fabio Abate ont déposé chacun une motion, respectivement le 17 et le 19 mars 2015, dans laquelle ils demandent la création dans la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB)<sup>95</sup> d'un instrument de capital-participation pour les banques coopératives<sup>96</sup>. À l'issue des débats, le Conseil des États a adopté la motion Abate, tandis que le Conseil national l'a rejetée le 7 décembre 2015, car il était alors déjà prévu de répondre à cette demande dans la LB<sup>97</sup>. Quant à la motion Pezzatti, son examen n'a pas été achevé, mais les demandes des deux conseillers ont finalement été mises en œuvre par la modification de la LB liée aux projets de LSFIn et de LEFin<sup>98</sup>. Avec les art. 11, al. 2<sup>bis</sup>, et 14 ss LB, entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2020, le législateur a en effet créé la possibilité pour les banques coopératives d'émettre un capital de participation sociale et donc d'acquérir davantage de fonds propres<sup>99</sup>. De cette manière, la banque peut se financer plus aisément, en particulier en prévision de grands projets ou d'une procédure d'assainissement, et donc satisfaire aux exigences en matière de fonds propres. La création d'un capital de participation sociale demeure interdite à toutes les coopératives qui ne sont pas des banques<sup>100</sup>.

### 2.2.8.3 Résultat de l'examen

Compte tenu du fait que les bons de participation ne semblent avoir aucun intérêt concret hors du secteur bancaire<sup>101</sup> et dans la mesure où les banques coopératives bénéficient désormais de dispositions spécifiques à cet égard (art. 11, al. 2<sup>bis</sup>, et 14 ss LB), il n'est pas utile de créer de nouveaux instruments pour le financement par apport de fonds propres. Si une coopérative d'assurance ressentait le besoin d'émettre des bons de participation, une solution analogue à celle inscrite dans la LB devrait être prévue dans la loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances<sup>102</sup>. Une coopérative qui souhaiterait néanmoins émettre des bons de participation a la possibilité de se transformer en société anonyme en vertu de la LFus. Dans son message sur la révision du droit de la Sàrl, le Conseil fédéral avait déjà indiqué que s'il s'agit d'établir une participation au capital-risque de la société sans accorder le droit de vote, il convient de choisir la forme idoine de la société anonyme<sup>103</sup>.

<sup>93</sup> Voir ATF 140 III 206 c. 3.4 à 3.7. La doctrine a majoritairement reconnu la justesse de cet arrêt : HERBERT WOHLMANN, *Revision*, p. 1 ; ADRIANO R. HUBER/HANS CASPAR VON DER CRONE, *Zulässigkeit von Partizipationsscheinen bei Genossenschaften*, in : SZW/RSDA 4/2014, p. 445 ss ; THOMAS JUTZI/MARTINA HERZOG, *Das Beteiligungskapital von Genossenschaften*, ZBJV 1/2021, p. 3 s. (cit. JUTZI/HERZOG, *Beteiligungskapital*).

<sup>94</sup> Voir les avis du Conseil fédéral du 8 mai 2015 sur les motions [15.3220 Abate. Capital-participation pour les banques coopératives](#) et [15.3144 Pezzatti. Instituer un capital-participation pour les banques coopératives](#).

<sup>95</sup> RS 952.0.

<sup>96</sup> Motions [15.3220 Abate. Capital-participation pour les banques coopératives](#) et [15.3144 Pezzatti. Instituer un capital-participation pour les banques coopératives](#). Voir également BO E 2015, p. 668.

<sup>97</sup> Voir BO N 2015, p. 2066 ; BO E 2015, p. 668 et JUTZI/HERZOG, p. 8.

<sup>98</sup> Message du 4 novembre 2015 concernant la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (LEFin), FF 2015 8255 s.

<sup>99</sup> RO 2018 5247, 2019 4631 ; FF 2015 8101.

<sup>100</sup> Voir JUTZI/HERZOG, *Beteiligungskapital*, p. 3 et 9 ; GERBER, *Organisationsform*, p. 66 et TAISCH/SCHWYTER, *Finanzierung*, p. 509.

<sup>101</sup> FORSTMOSER, *Plädoyer*, p. 218 et GERBER, *Organisationsform*, p. 67.

<sup>102</sup> RS 961.01

<sup>103</sup> Message du 19 décembre 2001 concernant la révision du code des obligations, FF 2002 3045.



## 2.2.9 Maintien des renvois au droit de la société anonyme ou création d'une solution propre

### 2.2.9.1 Contexte

Le postulat invite le Conseil fédéral à examiner s'il est encore nécessaire de faire renvoi au droit de la société anonyme ou si les obligations qui découlent du droit de la société anonyme ne pourraient pas être transposées dans le droit de la société coopérative.

### 2.2.9.2 Commentaire

Par « renvoi », il faut comprendre le fait de se référer, dans un acte législatif, à une autre réglementation et de renoncer, par là même, à en créer une nouvelle<sup>104</sup>. Il est notoire que le droit des sociétés met à disposition une série de formes juridiques (par ex. la coopérative, la SA, la Sàrl, etc.) dont les structures de base répondent à des besoins spécifiques. Les mêmes questions doivent recevoir une réponse concordante dans les diverses formes juridiques, aussi longtemps qu'un traitement distinct n'est pas motivé par les différences qui découlent de ces structures de base<sup>105</sup>. Plutôt que des règles individuelles pour chaque forme de société, des normes uniformes sont rédigées pour toutes les formes juridiques<sup>106</sup>. C'est la seule manière d'éviter des divergences qui ne sont pas imposées matériellement, dans l'intérêt de la cohérence et de l'harmonie interne du droit des sociétés<sup>107</sup>. Lorsque les dispositions qui régissent une société sont révisées, les nouveautés doivent également être reprises pour les autres sociétés, sauf si leur conception juridique légitime une réglementation différente<sup>108</sup>.

Le droit des sociétés est caractérisé par un certain parallélisme entre ses différentes parties, ce qui explique que les renvois entre les parties soient dynamiques<sup>109</sup>. Autrement dit, lorsqu'une norme à laquelle à une autre disposition renvoie est modifiée, le renvoi se rapporte à cette nouvelle norme. Dans le cas contraire, il faudrait que cela soit prévu par le législateur<sup>110</sup>. Ainsi, lors de la récente réforme du droit de la société anonyme, des renvois dynamiques ont permis d'indiquer que certaines dispositions du droit de la société anonyme s'appliquent « par analogie » aux coopératives (art. 893a, 902a et 903 CO)<sup>111</sup>.

### 2.2.9.3 Résultat de l'examen

L'utilisation de renvois dans la législation suisse procède d'une longue tradition. Ils permettent de raccourcir considérablement les textes de loi, d'améliorer leur intelligibilité et de diminuer la nécessité de légiférer<sup>112</sup>. Transposer des obligations issues du droit de la société anonyme dans le droit de la société coopérative créerait des redondances. Non seulement la loi serait plus longue, mais de surcroît, en cas de révision, les adaptations nécessaires seraient plus nombreuses. Il convient donc de conserver les renvois dynamiques au droit de la société anonyme, dont l'usage en droit de la société coopérative est d'ailleurs salué par la doctrine<sup>113</sup>.

<sup>104</sup> ATF 132 III 470 consid. 4.1 et GUIDE DE LÉGISLATION, Guide pour l'élaboration de la législation fédérale, 4<sup>e</sup> édition, Office fédéral de la justice, Berne 2019, N 739 (cit. GUIDE DE LÉGISLATION).

<sup>105</sup> FF 2002 2966.

<sup>106</sup> Voir le ch. 2.2.1.2 et FORSTMOSER, Plädoyer, p. 212 ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, n. 181 ss ad § 10 ; TURIN/ZIHLER, Schlussbericht, p. 111 et TROXLER, Entwicklung, ch. II. 4.

<sup>107</sup> FF 2017 421 et 2002 2966.

<sup>108</sup> FF 2002 2966.

<sup>109</sup> Voir ATF 132 III 470 c. 4.1 ; DIETER GRAUER, *Die Verweisung im Bundesrecht, insbesondere auf technische Verbandsnormen*, thèse Basel 1979, Zurich 1980, p. 64 ss et 71 ss ; HEINRICH KOLLER/HANSPETER KLÄY, *Das Mittel der gesetzlichen Verweisung im Gesellschaftsrecht*, in : *Aktienrecht 1992–1997, Versuch einer Bilanz, Festschrift Prof. Rolf Bär*, Berne 1998, p. 193 ss ; BRIGITTE TANNER, *Die Auswirkungen des neuen Aktienrechts auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaften und Bankaktiengesellschaften*, in : *Festschrift Prof. Peter Forstmoser*, Zurich 1993, p. 39 ss.

<sup>110</sup> FF 2017 421 et 2002 2966 s., ainsi que TROXLER, BK-Genossenschaft, n. 204 ad § 1.

<sup>111</sup> Voir FORSTMOSER, Plädoyer, p. 234.

<sup>112</sup> GUIDE DE LÉGISLATION, N 741.

<sup>113</sup> Voir FORSTMOSER, Plädoyer, p. 234 ; TROXLER, BK-Genossenschaft, n. 205 ad § 1 et FABRIZIO, BK-Genossenschaft, n. 16 ad § 3.

### 3 Conclusion

La rédaction d'un projet de révision totale du droit de la société coopérative susceptible de rassembler une majorité ne semble guère possible, vu la diversité des coopératives et les intérêts et besoins divergents, voire contraires, de leurs membres. Relevons en outre qu'une réforme de cet ordre mènerait à une densité normative plus élevée, créerait des obstacles administratifs et atténuerait le caractère libéral intrinsèque à cette forme juridique.

Le droit de la société coopérative se distingue aujourd'hui par sa flexibilité et sa conception libérale. La loi règle les éléments essentiels de la coopérative tout en permettant à chacune de s'organiser en toute autonomie dans ses statuts et ses règlements. Le droit de la coopérative a fait ses preuves, puisqu'il n'a connu qu'un petit nombre d'interventions législatives majeures par le passé et que le Tribunal fédéral n'a que rarement rendu des arrêts à visée correctrice. Afin de s'assurer que le droit de la coopérative reste d'actualité, le législateur l'a non seulement adapté aux principales évolutions des différentes formes juridiques (par ex. adoption de la LFus, réforme du droit comptable et du droit de la révision), mais l'a également modifié à de nombreuses reprises par de nouvelles lois.

Le rapport met en lumière le fait qu'il n'est pas nécessaire de légiférer sur la majorité des points soulevés par le postulat. La définition légale de la coopérative est adéquate, le principe du devoir de loyauté des membres ne doit pas être supprimé et aucun nouvel instrument de financement par apport de fonds propres n'est requis. Il convient en outre de conserver les références au droit de la société anonyme. Certaines dispositions pourraient toutefois être modernisées ou adaptées pour mieux respecter le principe selon lequel des faits économiques identiques sont traités de la même manière en droit (par ex. faire passer de 7 à 3 le nombre minimum de membres fondateurs et rédiger des dispositions spécifiques pour les grandes ou les très grandes coopératives). Ces enjeux n'appellent aucune révision globale et ne relèvent pas d'un besoin impératif de légiférer, mais d'adaptations ponctuelles qui pourraient par exemple être effectuées à l'occasion de projets législatifs futurs.

Dans ce contexte, le Conseil fédéral entend renoncer à une révision totale du droit de la société anonyme et poursuivre la voie établie de la modification ponctuelle à la faveur de nouvelles situations ou de nouveaux besoins. Il tient à cœur au Conseil fédéral de s'assurer que les coopératives suisses restent modernes et parées pour l'avenir. Il continuera donc d'observer avec attention les évolutions dans ce domaine.