



12 avril 2018

Capital de participation sociale des banques coopératives

Notice à l'attention de la CER-N sur la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (LEFin) (Divergences)

1 Mandat

La Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (CER-N) a examiné le projet 15.073 de loi sur les services financiers (LSFin) et de loi sur les établissements financiers (LEFin) lors de sa séance du 26 mars 2018. Selon l'extrait du procès-verbal, la CER-N demande à l'OFJ de réaliser une analyse juridique de la „Lex Raiffeisen“ au regard du droit de la société anonyme, particulièrement en ce qui concerne le financement, la responsabilité et les implications des articles de lois concernés.

2 Participation au capital pour les sociétés coopératives selon le droit actuel

2.1 Capital social des sociétés coopératives constitué par l'émission de parts sociales

Une société coopérative peut créer un capital social, mais elle n'a pas l'obligation de le faire. La création d'un capital social requiert l'émission de parts sociales et une mention dans les statuts. Ainsi, il n'existe pour la société coopérative aucune prescription relative au montant minimum du capital social, à la valeur minimale des parts sociales et au taux de libération minimum, et la publicité au registre du commerce fait aussi défaut. Le capital de la société coopérative ne peut pas être fixé à un montant déterminé, parce que le droit de la société coopérative est régit par le « *principe de la porte ouverte* ». Or, la fixation du capital social à un montant donné déterminerait également le nombre des associés. L'entrée de nouveaux membres pourrait donc devenir impossible, car ces personnes ne pourraient pas acquérir de titres de part sociale.¹

Contrairement aux actions, les parts sociales n'ont pas le caractère de papiers-valeurs et ne constituent que des preuves (art. 853 al. 3 CO). Seuls les associés peuvent être détenteurs de parts sociales ; les tiers sont exclus. Chaque associé doit acquérir au moins un titre de part social (art. 853 al. 1 CO). Les statuts peuvent prévoir que le nombre de titre de part sociales par associé est limité (art. 853 al. 2 CO). La qualité d'associé est toujours déterminée par l'enregistrement sur la liste des associés et non pas par le fait d'être détenteur d'un titre de part sociale. En conséquence, les titres de part sociale ne peuvent pas être cotés ou négociés.² Lors de la sortie d'une société coopérative et au cas où cela est prévu dans les statuts, il est possible, selon l'art. 864 al. 2 CO, de prévoir un remboursement des titres de part sociale. Dans ce cas, le montant se calcule sur l'actif net constaté par le bilan à la date de la sortie.³ Sauf disposition contraire des statuts, la fortune sociale répond seule des engagements de la société (art. 868 CO).

Les dividendes afférents aux éventuels titres de part sociale ne peuvent excéder le taux de l'intérêt usuel pour des prêts à longue échéance accordés sans garanties spéciales (art. 859 al. 3 CO). Ainsi, le législateur a voulu que le titre de part sociale ne soit pas intéressant à des fins d'investissement.⁴

¹ Arthur MEIER-HAYOZ/Peter FORSTMOSER, Droit suisse des sociétés, éd. française, Berne 2015, § 19 n 30 ss 30 (cit. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER).

² Cf. Hans NIGG, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR inkl. Schlussbestimmungen, 5^e éd., Bâle, art. 852/853 n 3 ss.

³ Cf. [ATF 127 III 415](#) ss.

⁴ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 19 n 55.

2.2 L'inadmissibilité du capital de participation sociale pour les sociétés coopératives sous le droit actuel

2.2.1 Absence de base légale

Selon le droit actuel, les sociétés coopératives n'ont pas la possibilité de créer un capital-participation. Le tribunal fédéral⁵ et le groupe de réflexion "*Droit des sociétés*" dans son rapport du 24 septembre 1993⁶ exprimaient déjà un avis similaire.

2.2.2 La création d'un capital de participation sociale par les sociétés coopératives est étrangère à notre système juridique et a été niée par le tribunal fédéral

Le droit des sociétés n'offre qu'un choix limité de formes (= *numerus clauses des formes de sociétés, Formenzwang*), la liberté d'agencement de leur contenu étant restreinte (= *immutabilité des formes de sociétés, Formfixierung*). Dans le cadre des différentes formes de sociétés, la loi laisse une latitude importante à l'agencement individuel. Le législateur s'est en effet gardé d'attacher strictement ces formes à un modèle légal, à un type, par des dispositions impératives. Il est en revanche interdit de choisir une forme de société inconnue du droit suisse (comme par exemple de créer une entité correspondant à l'entreprise fiduciaire du droit liechtensteinois) ou de créer une forme hybride mélangeant deux formes de société, comme par exemple la société anonyme et la société coopérative.⁷

Dans l'« *arrêt-Raiffeisen concernant la création d'un capital de participation sociale* » le tribunal fédéral a constaté que la société coopérative n'était pas libre de créer des instruments de capital propre *sui generis* dans le cadre de l'autonomie privée et de la liberté contractuelle, sans avoir une base légale explicite sur les droits des participants. Ceci notamment parce que l'analyse par le tribunal fédéral de la réglementation applicable aux sociétés coopératives met en évidence les profondes différences entre ces dernières et les sociétés anonymes en matière de droits patrimoniaux et sociaux. Les dispositions du droit des sociétés anonymes servent à protéger des détenteurs de bons de participation. De telles règles légales n'existent pas pour d'autres formes de sociétés (Sàrl, sociétés coopératives).⁸

2.2.3 La réglementation actuelle prévoit déjà des solutions alternatives pour le financement des banques

La législation concernant les banques trop grandes pour être mises en faillite (too-big-to-fail) fixe non seulement des prescriptions en matière d'accroissement des fonds propres, mais prévoit également à cette fin des moyens particuliers de financement. L'article 11 alinéa 2 de la loi sur les banques⁹ prévoit, notamment pour les banques coopératives qui ne peuvent augmenter leur base de fonds propres au moyen d'un capital-participation, un instrument destiné à la constitution de fonds de tiers substitutifs de fonds propres, sous la forme d'emprunts dits assortis d'un abandon de créance.

⁵ Cf. [ATF 140 III 206](#) ss.

⁶ [Groupe de réflexion "Gesellschaftsrecht". Schlussbericht vom 24. September 1993](#), p. 61 s.

⁷ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 11 n 2 et 4.

⁸ Cf. ATF 140 III 206 consid. 3.6.4.

⁹ [Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne \(Loi sur les banques, LB ; RS 952\)](#).

2.2.4 Possibilité de transformation d'une société coopérative en une société anonyme

Le Conseil fédéral a déjà affirmé que lorsqu'il est prévu de créer une participation sans droit de vote au capital-risque de la société, il convient de choisir la forme juridique de la société anonyme. Les coopératives peuvent, en vertu de la loi sur la fusion, se transformer en sociétés anonymes par un simple changement de forme juridique.¹⁰

3 Examen détaillé des dispositions sur le capital de participation sociale des banques coopératives prévues dans l'annexe du P-LEFin au regard des règles du droit des sociétés anonymes sur le capital-participation

3.1 Considérations générales

Même si la réglementation prévue dans le P-LEFin relève du droit public, elle a un rapport étroit avec le droit privé. En effet, la proposition d'introduire un capital de participation sociale des banques coopératives¹¹ est basée sur le capital-participation de la société anonyme. Cette proposition doit donc être examinée au regard des dispositions correspondantes du droit des sociétés anonymes:

*"C'est pourquoi le présent projet crée économiquement un capital de participation sociale pour les banques coopératives calqué sur le capital-participation de la société anonyme (cf. art. 656a à 656g CO). Juridiquement, il s'agit en l'occurrence d'un capital propre sui generis, et les règles du capital-participation ne sont applicables que si la loi le prévoit expressément. Dans la mesure où le présent projet n'en dispose pas autrement, les dispositions du droit des obligations sur la société coopérative sont applicables aux banques coopératives."*¹²

3.2 Tableau de comparaison entre le capital-participation des sociétés anonymes et le capital de participation sociale des banques coopératives

	Capital-participation des sociétés anonymes (CO)	Capital de participation sociale des banques coopératives (P-LEFin)	Compatibilité
1) Modalité			
- Base statutaire	- Oui (656 ¹)	- Oui (11 ^{2bis})	✓
- Limitation du montant du capital	- Pas plus que le double du capital-actions (656b ¹)	- Pas de limite supérieure	<u>Divergence</u> ¹³

¹⁰ Cf. les dispositions sur la transformation prévues dans la [loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine \(Loi sur la fusion, LFus ; RS 221.301\)](#) et [Message concernant la révision du code des obligations \(Droit de la société à responsabilité limitée; adaptation des droits de la société anonyme, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce\) du 19 décembre 2001, FF 2001 3045](#) : " S'il s'agit d'établir une participation au capital risque de la société sans accorder le droit de vote, il convient alors de choisir la forme idoine de la société anonyme (la future loi sur la fusion autorise une transformation par simple changement de la forme juridique)".

¹¹ Cf. [Annexe 15, Modification de la loi sur les banques, art. 11 à 14b](#).

¹² [Message du 4 novembre 2015 concernant la loi sur les services financiers \(LSFin\) et la loi sur les établissements financiers \(LEFin\), FF 2015 8255](#).

¹³ Contrairement à ce que prévoient les dispositions du P-LEFin, l'art. 656b, al. 1, CO exige que le montant du capital-participation ne dépasse pas le double du capital-actions. A ce sujet, le message du Conseil fédéral relève que « le capital-participation ne peut en aucun cas dépasser le capital-actions, sous peine de causer un déséquilibre entre le capital de garantie doté du droit de vote et celui qui en est dépourvu. On ne peut admettre que des personnes contrôlent la société en raison

	Capital-participation des sociétés anonymes (CO)	Capital de participation sociale des banques coopératives (P-LEFin)	Compatibilité
- Division en parts, obligation de désignation, fixation de la valeur nominale	– Oui (656a ¹)	– Oui (14 ¹)	✓
2) Qualité d'associé			
	– Oui, les bons de participation sont également appelés "actions sans droit de vote"	– Non (14 ¹)	<u>Divergence</u>
3) Droits sociaux			
- Communications relatives à la convocation de l'AG (y compris les objets portés à l'ordre du jour et les propositions)	– Oui (656d ¹)	– Oui (14 ²)	✓
- Droit de proposer l'institution d'un contrôle spécial	– Oui (656c ³)	– Oui (14 ⁶)	✓
- Communication des décisions de l'AG, du rapport de gestion et du rapport de révision	– Oui (656d ²)	– Oui (14 ²)	✓
- Droit d'attaquer les décisions de l'AG	– Oui (656a ² et 706)	– Oui (14 ⁵)	✓
- Droit de vote	– Non (656a ¹ et 656c ¹) – Le droit de vote des participants lors de l'assemblée spéciale (<i>assemblée des participants</i>) qui doit être convoquée pour que les privilèges et les droits sociaux accordés aux participants par les statuts puissent être supprimés	– Non (14 ¹) – Pas d'assemblée des détenteurs de bons de participation sociales	✓ <u>Divergence</u>

de leur droit de vote sans participer de manière sensible au capital soumis aux risques. » ([Message concernant la révision du droit des sociétés anonymes du 23 février 1983, FF 1983 II 820](#)).

	Capital-participation des sociétés anonymes (CO)	Capital de participation sociale des banques coopératives (P-LEFin)	Compatibilité
	ou modifiés (656 ^f) est ré-servé		
- Possibilité d'aménagements dans les statuts	- La loi prévoit plusieurs possibilités d'aménagements : les statuts peuvent conférer aux participants des droits supplémentaires (par exemple le droit de convoquer l'AG, le droit d'y prendre part, le droit de faire des propositions ou encore le droit à un représentant au CA [656c ² et 656e])	- ?	<u>Incertain</u> , le message concernant la LEFin ne mentionne rien à ce sujet
4) Droits patrimoniaux			
- Dividendes	- Prélèvements sur le bénéfice résultant du bilan et sur les réserves constituées à cet effet (656a ² et 675 ²)	- Prélèvements sur le bénéfice résultant du bilan et sur les réserves constituées à cet effet (14a ³)	✓
- Egalité de traitement	- Oui, les participants ne doivent pas être défavorisés par rapport aux actionnaires lors de la répartition du bénéfice résultant du bilan et du produit de liquidation (656 ^f) ni par les décisions les concernant (656 ^g)	- Oui, les détenteurs de bons de participation sociale ne doivent pas être défavorisés par rapport aux membres de la société coopérative lors de la répartition du bénéfice résultant du bilan et du produit de liquidation (14 ⁴) ni par les décisions les concernant (14 ³)	✓
- Droits de souscription préférentiels	- Oui (656g)	- Non	<u>Divergence</u> : en cas d'augmentation du capital social ou du capital de participation sociale, les détenteurs de bons de participation sociale ne bénéficient pas de la même protection que les actionnaires (656g ² et ³). Par conséquent, il n'existe pas de « communauté de destin » comme pour les sociétés anonymes
5) Responsabilité			
	- Limitée aux apports	- Limitée aux apports	✓

	Capital-participation des sociétés anonymes (CO)	Capital de participation sociale des banques coopératives (P-LEFin)	Compatibilité
6) Constitution de réserves			
	– Oui (656b ² et 671)	– Oui (14a ¹ et ²)	✓ La mise en œuvre concrète de ces dispositions reste incertaine car le capital social des sociétés coopératives dotées de parts sociales est variable, du fait du « principe de la porte ouverte »
7) Acquisition de propres bons			
	– Oui (656b ² et. 659/659a)	– Oui (14a ⁴ et ⁵)	✓
8) Obligations d'annoncer			
	– Oui (697i-697k, 697m)	– Oui (14b ¹)	✓
9) Liste des ayants droit économiques			
	– Oui (697l)	– Oui (14b ² et ³)	✓
10) Dispositions subsidiaires			
	– Oui, les dispositions spéciales du droit de la société anonyme s'appliquent à titre subsidiaire (656a ² , 656b ³)	– Oui, selon le message, les dispositions du droit des obligations sur la société coopérative s'appliquent à titre subsidiaire aux banques coopératives	✓ Le droit de la société coopérative ne réglemente guère le capital social

4 Conclusion

La réglementation spéciale qui prévoit la création d'un capital de participation sociale pour les banques coopératives se base principalement sur le capital-participation de la société anonyme. Puisque la LEFin est une loi de droit public, le législateur est libre de ne reprendre que certains aspects des règles du droit de la société en matière de droits patrimoniaux et sociaux. Il s'agit dès lors d'une question politico-juridique de savoir dans quelle mesure les détenteurs des bons de participation sociale sans droit de vote doivent être protégés, respectivement dans quelle mesure la structure de base de la société coopérative doit être modifiée. L'adoption du capital de participation sociale aurait pour effet d'introduire dans le droit des sociétés de personnes une institution juridique créée pour les sociétés de capitaux. Puisque ces nouveautés de la LEFin ne sont censées s'appliquer qu'aux banques coopératives, l'ingérence resterait très limitée, en tout cas du point de vue du champ d'application.

Par contre, si l'on voulait permettre à toutes les sociétés coopératives de créer un capital de participation sociale, cela nécessiterait une modification du code des obligations. Cela exigerait une vue d'ensemble. Une révision en profondeur du droit des sociétés coopératives serait probablement indispensable.