

**Art. 879\***

A. Assemblée  
générale

I. Ses pouvoirs

<sup>1</sup> L'assemblée générale des associés est le pouvoir suprême de la société.

<sup>2</sup> Elle a le droit intransmissible :

1. d'adopter et de modifier les statuts ;
2. de nommer l'administration et l'organe de révision ;
3. d'approuver le rapport annuel et les comptes consolidés
4. de donner décharge aux administrateurs ;
5. de prendre toutes les décisions qui lui sont réservées par la loi ou les statuts.

**[Deutsche Fassung]**

A.  
Generalversammlung

I. Befugnisse

<sup>1</sup> Oberstes Organ der Genossenschaft ist die Generalversammlung der Genossenschafter.

<sup>2</sup> Ihr stehen folgende unübertragbare Befugnisse zu :

1. die Festsetzung und Änderung der Statuten ;
2. Wahl der Verwaltung und der Revisionsstelle ;
3. die Genehmigung des Lageberichts und der Konzernrechnung ;
4. die Entlastung der Verwaltung ;
5. die Beschlussfassung über die Gegenstände, die der Generalversammlung durch das Gesetz oder die Statuten vorbehalten sind.

**[versione italiana]**

[1992] A.  
Assemblea  
generale

I. Poteri

<sup>1</sup> L'assemblea generale dei soci costituisce l'organo supremo della società cooperativa.

<sup>2</sup> L'assemblea generale ha i poteri intrasmissibili seguenti :

1. l'approvazione e la modificazione dello statuto ;
2. la nomina dell'amministrazione e dell'ufficio di revisione ;
3. l'approvazione della relazione annuale e del conto di gruppo ;
4. il discarico all'amministrazione ;

5. le deliberazioni sopra le materie ad essa riservate dalla legge o dallo statuto.

## BIBLIOGRAPHIE

BELSER, Versicherungsgenossenschaften: eine Studie ihrer rechtlichen Besonderheiten, th. Zurich, 1975; BIANCHI, Die Traktandenliste der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, th. Zurich, 1982; BLICKENSTORFER, Die Genossenschaftliche Verantwortlichkeit, th. Zurich, 1987; VON BÜREN, Genossenschaftskonzerne – Gesetz und Wirklichkeit, *in* Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser, 2003, 99 ss; CAPITAINÉ, La participation et le droit de vote aux assemblées des délégués de la Société coopérative suisse, RDS 1961 293 ss (cité: Participation); CAPITAINÉ, La société coopérative, Genève 1955 (cité: Société coopérative); CAPITAINÉ, Genossenschaft VI, Die Organe der Genossenschaft, FJS n° 1159, 1955 (cité: FJS); DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11<sup>e</sup> éd., 2015; FORSTMOSER, Grossgenossenschaften, th. Berne, 1970 (cité: Grossgenossenschaften); GERBER, Die Genossenschaft als Organisationsform von Mittel- und Grossunternehmen, th. Berne, 2003; GERWIG, Schweizerisches Genossenschaftsrecht, 1957; GLOOR, Recht und Berechtigung der Delegiertenversammlung in der Genossenschaft, th. Bâle, 1949; HENGGELER, Berechtigte und unberechtigte Differenzen des Genossenschaftsrechtes gegenüber dem Aktienrecht: eine Problemauswahl im Hinblick auf eine Reform des Genossenschaftsrechts, th. Zurich, 1976; HENSEL, Das Generalversammlungsrecht der Genossenschaft nach dem neuen Schweizerischen Obligationenrecht, th. Zurich, 1942; JUD, Die Überwachung der Unternehmen durch deren Organe: unter Berücksichtigung der Verhältnisse in den USA und in Deutschland, th. Zurich, 1996; KÜNG, Urabstimmung und öffentliche Beurkundung, Notaire bernois 1997 1 ss; MONTAVON, SCOOP: société coopérative, 1999; MÜLLER, Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Genossenschaft, *in* Festschrift Nobel, 2005, 205 ss; PATRY, La qualité d'associé dans la société coopérative, *in* Patry/L'Huillier/Duperrex, Cinquième journée juridique, 1966; PESTALOZZI, Mehrstimmrecht in Generalversammlung und Urabstimmung der Genossenschaft: ein Beitrag zur Reform des schweizerischen Genossenschaftsrechts, th. Zurich, 1977; PICENONI, Der Entlastungsbeschluss (Décharge) im Rechte der Handelsgesellschaften und der Korporationen auf Grund des deutschen, französischen, italienischen und besonders des schweizerischen Rechts, th. Zurich, 1945; SIGG, Das oberste Organ in der Genossenschaft: eine Studie über die Vielfalt der genossenschaftlichen Willensbildung, th. Zurich, 1953; VON STEIGER, Formulaire de statuts: société anonyme, société à responsabilité limitée, société coopérative avec annotations, 2<sup>e</sup> éd., 1957 (cité: Formulaire); VON STEIGER, Précis de droit coopératif suisse (adaptation française par Pierre SUBILIA), 1968 (cité: Précis); TANNER, Die Auswirkungen des neuen Aktienrechts auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaften und Bankaktiengesellschaften, *in* Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht: zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, 1993, 34 ss; WEBER-DÜRLER, Gesellschafterversammlung, Urabstimmung und Delegiertenversammlung als Beschlussformen im schweizerischen Gesellschaftsrecht, th. Zurich, 1973; WENNINGER, Das Stimmrecht des Genossenschafters nach dem revidierten schweizerischen Obligationenrecht, th. Zurich, 1943.

CO 879 ss traitent de l'organisation de la SCoop. Ils énumèrent et décrivent les trois organes principaux de la SCoop (I). Après avoir qualifié l'assemblée générale de « pouvoir suprême de la société » (II), CO 879 traite des droits intransmissibles de cet organe (III)

1

### I. Généralités sur les organes de la SCoop

La SCoop, comme toutes les personnes morales, ne peut exister sans les **organes** que la loi et les statuts exigent à cet effet (cf. CC 54 s.). **2**

Au sens **strict**, un organe est la personne ou le groupe de personnes à qui la loi confère cette qualité. Le chapitre V du titre vingt-neuvième, consacré à l'organisation de la SCoop, prévoit trois organes **ordinaires**: l'assemblée générale (CO 879-893), organe de formation de la volonté, l'administration (CO 894-905), organe de direction, et l'organe de révision (CO 906-907). Seule l'administration est obligatoire dans toutes les SCoop. Les SCoop de plus de trois [1993] cents membres et les fédérations peuvent remplacer (au moins en partie) l'assemblée générale par une assemblée des délégués (CO 892) et les SCoop d'assurance concessionnaires de plus de mille membres peuvent, sous réserve des exceptions figurant à CO 893 II, transférer tout ou partie des attributions de l'assemblée générale à l'administration (CO 893). Quant aux micro-SCoop, elles peuvent renoncer à l'organe de révision (CO 906 et 727a II-V). Les liquidateurs (CO 913 et 740 s.) sont un organe **extraordinaire** qui n'existe qu'en cas de liquidation de la SCoop (CO 698 N 1). Lorsque l'un des organes prescrits fait défaut ou qu'il n'est pas constitué conformément au droit applicable, CO 908 indique comment procéder. **3**

Au sens **large**, un organe est une personne ou un groupe de personnes qui, par la situation qu'elles occupent et par les pouvoirs que les statuts ou les règles régissant l'organisation interne des affaires leur confèrent, participent effectivement et de manière décisive à la formation de la volonté de la société<sup>1</sup>. **4**

Le CO ne contient donc pas une énumération exhaustive des organes (au sens large) de la SCoop. Les statuts peuvent prévoir tous les organes nécessaires pour assurer le bon fonctionnement de la société et compléter son organisation<sup>2</sup>: une direction, un secrétariat central ou des comités spéciaux pouvant seconder avantageusement le conseil d'administration dans le traitement des affaires courantes<sup>3</sup>. **5**

Avant l'entrée en vigueur du nouveau droit de la révision (modification du CO du 16 décembre 2005; cf. CO 906 N 1), la terminologie de aCO 879 ss correspondait à celle du droit de la SA de 1936: on parlait ainsi d'« administration », respectivement d'« organe de contrôle ». Entre-temps, le législateur a remplacé ces expressions par « conseil d'administration » (CO 707 ss), respectivement « organe de révision » (CO 727 ss) dans le droit de la SA. La modification du CO du 16 décembre 2005 harmonise partiellement la terminologie entre les deux droits et n'utilise plus que les concepts d'« administration » et d'« organe de révision ». **6**

A côté de ces renvois au droit de la SA, le chapitre V (CO 879 ss) contient plusieurs dispositions singularisant la SCoop<sup>4</sup>. L'assemblée générale se distingue ainsi par le système de votation par correspondance (CO 880), par la possibilité d'instituer une assemblée des délégués (CO 892), par le régime exceptionnel s'appliquant aux sociétés d'assurance concessionnaires (CO 893) et par les dispositions impératives concernant le droit de vote et la représentation d'un associé (CO 885 et 886). L'administration se singularise par son caractère collégial puisqu'elle se compose de trois personnes au minimum (CO 894 I). Au contraire de l'ancien droit, l'organe de révision ne présente plus de spécificités (cf. CO 906 N 7). **7**

## II. L'assemblée générale, organe suprême de la SCoop

L'assemblée générale, régie par CO 879-893, est l'organe suprême de la SCoop. On commencera par présenter la notion (A), puis on procédera à des distinctions (B) et à des délimitations (C). 8

#### A. La notion

L'**assemblée générale** est le premier des trois organes ordinaires de la SCoop. CO 879 I précise que l'assemblée générale réunit tous les associés et constitue le pouvoir suprême de la SCoop, par lequel les sociétaires exercent leurs droits individuels et collectifs. L'assemblée générale assume diverses fonctions, tant au niveau de l'établissement des normes (CO 879 II [1]), que de la surveillance (CO 879 II [2-4]) et de l'administration (CO 879 II [3-5]). L'assemblée générale réunit l'ensemble des associés. Le code n'exige pas de quorum de présence pour la validité de ses décisions; si les fondateurs ou les sociétaires veulent en introduire un, celui-ci doit impérativement figurer dans les statuts (CO 833 [6]). 9

[1994] La loi ne contient pas de réglementation détaillée sur le **déroulement** d'une assemblée générale. Elle comprend habituellement les étapes suivantes<sup>5</sup>: ouverture, délibérations, décisions et élections conformément aux points de l'ordre du jour, *varia*, clôture. 10

L'assemblée générale des associés de la SCoop présente les **caractéristiques** suivantes: 11

1° C'est le **pouvoir suprême** de la société (CO 879 I). Sa qualité d'organe suprême lui confère toutes les compétences non attribuées à un autre organe par la loi ou par les statuts<sup>6</sup>. Si les statuts accordent expressément des compétences à l'assemblée générale, il ne s'agit pas d'une attribution à proprement dit, mais plutôt de l'exclusion de la compétence des autres organes<sup>7</sup>. 12

2° C'est la **réunion personnelle** de tous les associés (CO 879). Le droit de la SCoop n'autorise la représentation que de façon très restrictive (CO 886)<sup>8</sup>. Ce choix du législateur contraste avec le droit de la SA où un tiers peut librement remplacer un actionnaire (CO 689 II). Plus libéral, en revanche, que le droit de la SA, CO 880 autorise, à certaines conditions, le vote par correspondance. De même, l'organisation d'une assemblée virtuelle est envisageable (CO 893 N 13). 13

3° C'est le **lieu privilégié de l'exercice des droits sociaux** (CO 855). On pense tout d'abord au droit de vote, chaque associé détenant une voix au sein de l'assemblée générale (CO 885). Les associés ont ensuite le droit de convoquer l'assemblée générale (CO 881 II), d'y participer (CO 879) et d'y faire des propositions (CO 883 II s.). Enfin, ils peuvent exiger d'être informés sur les sujets relatifs à la SCoop (CO 857). 14

#### B. Les distinctions

Il faut distinguer: 15

1° L'**assemblée générale ordinaire**, l'**assemblée générale extraordinaire** et l'**assemblée universelle**. 16

Au contraire de CO 699 II pour la SA, le droit de la SCoop ne distingue pas expressément les assemblées générales ordinaire et extraordinaire. Seul aCO 908 IV mentionnait expressément l'assemblée générale ordinaire<sup>9</sup>. Elle se tient annuellement (cf. CO 881 N 11) et a notamment pour tâche d'approuver le rapport annuel et les comptes annuels (N 33) ainsi que de donner décharge à l'administration. L'assemblée générale extraordinaire (CO 881 I *i.f.* à III) a lieu lorsque les personnes

habilités en font la demande. Lorsque tous les associés sont réunis en assemblée universelle (CO 884), ils peuvent exercer les attributions de l'assemblée générale, à moins qu'un sociétaire ou un représentant ne s'y oppose. En principe, les mêmes règles sont valables pour les trois types d'assemblée, excepté celles d'ordre formel concernant la convocation qui ne s'appliquent pas à l'assemblée universelle.

## 2° L'assemblée générale, l'assemblée des délégués et l'administration. 17

L'assemblée générale classique réunit les associés de la SCoop, qui ont le droit d'y participer personnellement (CO 879). Deux variantes peuvent s'y substituer totalement ou partiellement: il s'agit, d'une part, de l'assemblée des délégués (CO 892) et, d'autre part, de l'administration (CO 893) qui peuvent exercer, à certaines conditions, toutes ou partie des attributions de l'assemblée générale.

### [1995] C. Les délimitations

CO 879 I décrit l'assemblée générale comme le **pouvoir suprême** de la société (N 12), en accordant seulement en apparence une position subordonnée à l'administration (CO 894 ss) et à l'organe de révision (CO 906 s.). L'assemblée générale prime sur les deux autres organes uniquement dans la mesure où elle prend les décisions fondamentales de la SCoop<sup>10</sup> et où c'est elle qui nomme les autres organes<sup>11</sup>. 18

En réalité, la relation entre les organes de la SCoop se caractérise par le **principe de spécialité**, chacun ayant des pouvoirs particuliers, et par celui d'**indépendance**, chacun étant autonome dans l'accomplissement de ses tâches<sup>12</sup>. 19

## III. Les droits intransmissibles de l'assemblée générale

### A. En général

CO 879 II énumère les **attributions intransmissibles** de l'assemblée générale<sup>13</sup>. La liste de CO 879 II n'est pas exhaustive<sup>14</sup>. Les compétences attribuées à l'assemblée générale ne lui confèrent pas seulement un droit, mais aussi une obligation de les exercer<sup>15</sup>. CO 879 II est une **règle impérative**: l'assemblée générale ne peut ni déléguer ses attributions à un autre organe ou à un tiers, ni leur accorder un droit de participation ou d'opposition, que ce soit par une modification statutaire ou par une décision de l'assemblée elle-même<sup>16</sup>. 20

### B. L'adoption et la modification des statuts (CO 879 II [1])

Les **statuts** doivent être rédigés par écrit et présentés à une assemblée convoquée par les fondateurs de la société en vue de leur **adoption** (CO 834 I)<sup>17</sup>. CO 880 ss précisent à quelles conditions (convocation, communication de l'ordre du jour, application du droit de vote en bonne et due forme, respect de la majorité absolue) une décision de l'assemblée générale concernant les statuts est valable. 21

Tout changement formel ou matériel, tout ajout, correction ou suppression d'une disposition statutaire constitue une **modification** des statuts<sup>18</sup>. Celle-ci requiert obligatoirement une décision qualifiée de l'assemblée générale (CO 888 II)<sup>19</sup>. On ne cédera toutefois pas au formalisme excessif<sup>20</sup>. 22

23

Contrairement au droit de la SA (CO 647 I), la décision adoptant ou modifiant des statuts ne doit pas (encore, cf. CO 838 N 9) revêtir la **forme** authentique<sup>21</sup>. Toutefois, un changement statutaire ne devient valide qu'une fois inscrit et publié au registre du commerce (CO 835 ss)<sup>22</sup>. Cette **publication** a valeur constitutive: d'un point de vue interne, l'inscription produit ses effets dès la mention faite sur le journal (CO 932 I; nCO 936a). A l'égard des tiers, elle ne produit ses effets que dès le jour ouvrable qui suit la publication dans la FO SC (CO 932 II; nCO 936a)<sup>23</sup>. L'assemblée générale peut toutefois prendre des décisions ou procéder à des élections sur la base de statuts modifiés mais non encore inscrits au registre du commerce. Dans ce cas, la validité des décisions et des élections dépend de l'inscription postérieure de la modification au registre du commerce<sup>24</sup>.

*C. La nomination et la révocation des autres organes (CO 879 II [2])*

Conformément à CO 879 II (2) et CO 890 I, l'assemblée générale a le pouvoir de **nommer et révoquer** les administrateurs (CO 894 ss) ainsi que l'organe de révision (CO 906 s.). La nomination ou la révocation sont des décisions requérant une majorité absolue des voix émises (CO 888 I). Elles doivent impérativement figurer à l'ordre du jour de l'assemblée générale (CO 883 I)<sup>25</sup>. Si une révocation se révèle nécessaire au cours d'une assemblée, celle-ci ne pourra que suspendre provisoirement l'organe en question en attendant la tenue d'une nouvelle assemblée convoquée selon les formes prescrites pour prendre une décision définitive<sup>26</sup>. 24

L'assemblée générale **nomme** les organes suivants: 25

**1° L'administration** (CO 879 II [2]). Elle se compose d'au moins trois personnes physiques, en majorité des associés (CO 894)<sup>27</sup>. Si les statuts prévoient, en plus de l'administration, une direction (CO 898), l'assemblée générale doit obligatoirement élire l'administration<sup>28</sup>. 26

L'assemblée générale est en principe libre de choisir les administrateurs. Les candidats peuvent devoir remplir des critères objectifs tels que le domicile, la profession ou l'appartenance religieuse ou politique<sup>29</sup>. Toutefois, les statuts ne peuvent pas prévoir qu'un associé ou un tiers puisse imposer son candidat<sup>30</sup>. Le législateur a toutefois prévu une exception à CO 926 en accordant aux corporations de droit public (Confédération, cantons, districts ou communes) le droit de déléguer des représentants dans l'administration et l'organe de révision, si les statuts le prévoient. L'assemblée générale ne fait alors qu'entériner le choix de la corporation de droit public<sup>31</sup>. 27

**2° L'organe de révision** (CO 879 II [2]). Conformément à CO 906 I, les dispositions du droit de la SA concernant l'organe de révision s'appliquent par analogie à la SCoop. 28

**3° D'autres organes.** Il s'agit premièrement des liquidateurs de la SCoop si l'administration ne procède pas elle-même à la liquidation ou si le juge ne nomme pas lui-même les liquidateurs (CO 913 I et 740 IV). L'assemblée générale élit deuxièmement les représentants juridiques de la SCoop au cas où celle-ci se trouve en litige avec son administration<sup>32</sup>. En tant qu'organe suprême de la SCoop, l'assemblée générale désigne troisièmement tous les organes dont le mode de nomination n'est précisé ni dans la loi, ni dans les statuts. 29

[1997] *D. L'approbation du rapport annuel et des comptes consolidés (CO 879 II [3])*

L'assemblée générale doit approuver le **rapport annuel et les comptes consolidés**<sup>33</sup>. Le texte de CO 879 II (3) reprend désormais mot pour mot le texte de CO 698 II (3), au 30

commentaire duquel il est renvoyé. Les seules différences par rapport au droit de la SA concernent:

**1° Le délai de consultation de dix jours.** Le rapport annuel, les comptes annuels et les comptes consolidés ainsi que le rapport de révision doivent être déposés, au plus tard dix jours avant l'assemblée générale, au siège de la société, afin que les associés puissent les consulter (CO 856 I). Le droit de la SA prévoit un délai de vingt jours (CO 696 I). 31

**2° Un vote par correspondance** est possible lorsque les statuts le prévoient valablement (CO 880). 32

Le projet de révision du droit comptable prévoyait l'introduction d'un nouveau chiffre 4 dont la teneur aurait repris celle de CO 698 (4), à savoir: « d'approuver les comptes annuels et de statuer le cas échéant sur l'utilisation du bénéfice résultant du bilan »<sup>34</sup>. Or, seul le nouveau chiffre 3 est entré en vigueur, abrogeant l'ancien chiffre 3 qui prévoyait la compétence de l'assemblée générale d'approuver les comptes et de statuer sur la répartition de l'excédent actif. Selon le texte légal actuel, la compétence de l'assemblée générale d'approuver les **comptes annuels** et de statuer sur **l'utilisation du bénéfice** n'est plus intransmissible. Il s'agit très clairement d'une erreur, comme le démontre le texte de CO 856 I. Le projet de révision 2016 du droit de la SA prévoit de la corriger (CO 879 N 49). 33

[supprimés] 34-37

*E. L'octroi de la décharge (CO 879 II [4])*

La **décharge** est une déclaration de volonté de l'assemblée générale envers l'organe destinataire de celle-ci<sup>35</sup>. Son étendue et sa portée sont déterminées par le contenu concret de la décision de décharge prise par l'assemblée générale. Compte tenu des circonstances concrètes, il est envisageable qu'une décision d'approbation des comptes (N 30 ss) emporte également décharge de l'administration<sup>36</sup>. 38

Du point de vue **matériel**, la décharge ne concerne que les faits (i) dont l'assemblée générale est informée ou (ii) qui sont reconnaissables sans autre et qui auraient pu être révélés dans le cadre du droit d'information des sociétaires<sup>37</sup>. 39

En donnant décharge, l'assemblée générale renonce à faire valoir des prétentions en responsabilité vis-à-vis de l'administration eu égard à son activité durant une période écoulée<sup>38</sup>. La décharge n'a d'effet que dans les rapports internes: la responsabilité pour les dommages fautifs affectant les créanciers subsiste<sup>39</sup>. Dans les sociétés de crédit et les sociétés d'assurance (CO 920), l'associé qui n'a pas adhéré à la décharge conserve, comme l'actionnaire dans la SA (CO 756 s.), le droit d'intenter une action pour des dommages causés à la SCoop par l'activité de l'administration. Pour les autres formes de SCoop, le sociétaire ne peut intenter une action que s'il est immédiatement lésé par le comportement dommageable de l'administration (CO 916 N 21)<sup>40</sup>. 40

Du point de vue **personnel**, l'assemblée générale peut accorder la décharge aux administrateurs individuellement ou en bloc. Dans le deuxième cas, elle exprime ainsi qu'elle décharge [1998] tous les membres de l'administration de leur responsabilité personnelle individuelle et solidaire<sup>41</sup>. Si l'assemblée générale veut refuser décharge à certains administrateurs, elle doit le préciser<sup>42</sup>. 41

42

CO 879 II (4) prévoit uniquement la décharge des administrateurs. La décharge vaut cependant également pour les personnes subordonnées à l'organe déchargé – dans la mesure où elles doivent rendre des comptes à l'assemblée générale. Un refus de donner décharge à ces personnes doit faire l'objet d'une mention expresse dans la décision concernant l'organe supérieur. Le fait de donner décharge aux administrateurs vaut ainsi pour la direction qui leur est subordonnée (CO 887 et 916)<sup>43</sup>. Cependant, si l'administration effective de la SCoop incombe à la direction, la décharge doit lui être accordée séparément<sup>44</sup>.

La décharge accordée à l'administration ne libère pas l'**organe de révision** (CO 906 s.), qui demeure indépendant et soumis à des devoirs et obligations spécifiques. Seule une décharge octroyée séparément par l'assemblée générale produira l'effet protecteur et libérateur escompté pour les réviseurs<sup>45</sup>. 43

Du point de vue **temporel**, la décharge concerne en principe toute la période pour laquelle elle est demandée<sup>46</sup>. Si l'assemblée générale accorde une décharge pour des affaires particulières ou pour certains mandats, celle-ci est valable pour la durée de ces travaux, sauf si la décision prévoit expressément le contraire<sup>47</sup>. Sauf disposition contraire des statuts, CO 758 II, qui prévoit que le droit d'intenter action s'éteint six mois après la décharge, ne s'applique pas par analogie à la SCoop<sup>48</sup>. 44

Du point de vue du **droit de vote**, les personnes ayant coopéré d'une manière quelconque à la gestion des affaires sociales ne peuvent prendre part aux décisions qui donnent ou refusent décharge à l'administration (CO 887). Ces personnes ne peuvent ni exercer leur propre droit de vote, ni voter comme représentant d'un autre sociétaire (CO 886)<sup>49</sup>. Cette interdiction vaut également lorsque, conformément aux statuts d'une SCoop d'assurance, tout ou partie des attributions de l'assemblée générale est confiée à l'administration (CO 893)<sup>50</sup>. 45

#### *F. Les pouvoirs réservés par la loi ou les statuts (CO 879 II [5])*

Selon CO 879 II (5), l'assemblée générale a le droit de prendre **toutes les décisions** qui lui sont **réservées par la loi ou les statuts**. Cette disposition n'a pas de portée propre dans la mesure où, comme déjà indiqué plus haut (N 12), l'assemblée générale, en tant qu'organe suprême de la SCoop, se voit attribuer toutes les compétences non confiées à un autre organe par la loi ou les statuts. Contrairement aux pouvoirs mentionnés à CO 879 II (1-4), certaines compétences attribuées par CO 879 II (5) à l'assemblée générale peuvent être conférées à d'autres organes si les statuts le prévoient. 46

Les pouvoirs réservés à l'assemblée générale par des **dispositions légales** concernent notamment les objets suivants<sup>51</sup> : l'augmentation du capital social par l'émission de parts sociales de même valeur nominale que les parts existantes (CO 833 [1] par analogie), la division et la réunion de parts sociales (CO 833 [1] par analogie), la discussion sur le rapport des fondateurs et la constitution d'organes statutaires nécessaires au fonctionnement de la société par l'assemblée [1999] des fondateurs (CO 834 II-III), le droit de se prononcer sur l'admission de nouveaux sociétaires si les statuts réservent cette compétence à l'assemblée générale plutôt qu'à l'administration (CO 840 III), l'exclusion d'un sociétaire et l'éventuel recours contre cette décision (CO 846 III), la décision de conférer à l'acquéreur d'un titre la qualité d'associé (CO 849 I), la désignation des sociétaires autorisés à consulter les livres et la correspondance (CO 857 II), la constitution de réserves prévues ni par la loi, ni par les statuts (CO 863 II), la révision des statuts relative à la modification des dispositions sur la 47

responsabilité (CO 874 I), la réduction et la suppression de parts sociales (CO 874 I), la révocation de l'administration et de l'organe de révision ainsi que des fondés de procuration et des mandataires (CO 890 I), la confirmation ou l'invalidation de la suspension d'un fondé de procuration ou d'un mandataire désignés par l'assemblée générale prononcée par l'administration (CO 905 II), la prise de dispositions donnant à l'organe de révision (CO 906 I, qui renvoie à CO 731a) une organisation plus complète, la vérification de tout ou partie de la gestion par des experts spéciaux (CO 906 I, qui renvoie à CO 731a III), la dissolution de la société (CO 911 [2]), la désignation des liquidateurs (CO 913 I qui renvoie à CO 740 I), l'affectation de la fortune de la société une fois celle-ci dissoute si les statuts n'en disposent pas autrement (CO 913 V), l'approbation du contrat de fusion (LFus 18), l'exclusion conventionnelle de la liquidation (CO 915 I) et la constitution d'une fédération de sociétés (CO 921 ss).

Parmi les pouvoirs réservés à l'assemblée générale par les **statuts**, on peut mentionner l'établissement des conditions d'entrée pour les nouveaux sociétaires (CO 840 III) ou la décision d'attribuer la qualité d'associé en cas de transfert d'un titre (CO 849 I)<sup>52</sup>.

48

#### IV. La révision en cours

Le projet de révision du droit de la SA du 23 novembre 2016 prévoit d'ajouter un CO 879 II (2<sup>bis</sup>), selon lequel l'assemblée générale a le droit intransmissible: « d'approuver les comptes annuels et de statuer le cas échéant sur l'utilisation du bénéfice résultant du bilan ». Cette compétence avait été abrogée par erreur lors de l'entrée en vigueur du nouveau droit comptable (cf. N 33) et il s'agit de corriger cela<sup>53</sup>. A noter que les termes « bénéfice annuel » seraient plus appropriés (CO 859 N 2 et 833 N 36). De plus CO 879 II (3<sup>bis</sup>) indiquera qu'il appartient à l'assemblée générale de décider du remboursement des réserves issues du capital, en conformité avec le droit de la SA<sup>54</sup>. Le droit de la SCoop ne prévoit pas l'obligation de verser un éventuel agio à la réserve légale (CO 860 N 4) et il n'est donc pas cohérent de légiférer sur son remboursement. Au surplus, seul l'associé sortant peut statutairement avoir un droit à l'avoir social (CO 864 I), voire à un remboursement de ses parts (sans l'agio, CO 864 II). Par conséquent, une application du droit de la SA sur ce point est contraire au système de la SCoop.

49

#### Fussnoten:

\* Le Prof. BLAISE CARRON a rédigé la 1<sup>re</sup> édition du commentaire des art. 879 à 910, alors que la Prof. ISABELLE CHABLOZ s'est chargée de la 2<sup>e</sup> édition.

1 Cf. BSK OR II-MOLL, N 2; ZK-GUTZWILLER, N 7.

2 Cf. CAPITAINE, Société coopérative, 33; BSK OR II-MOLL, N 2.

3 Cf. CAPITAINE, Société coopérative, 33; BSK OR II-MOLL, N 2; ZK-GUTZWILLER, N 5.

4 Cf. REYMOND, 214; REYMOND, SPR, 169 s.

5 Cf. BSK OR II-MOLL, N 7.

6 D'un autre avis, REYMOND, 267. Pour une solution variant au cas par cas, MEIER-HAYOZ /FORTMOSER, 2015, § 19 N 76.

7 Cf. VON STEIGER, Formulaire, 57; BSK OR II-MOLL, N 5 et 9; HENSEL, 103.

8 Cf. BSK OR II-MOLL, N 3; HENGELER, 168.

9 A ce sujet, cf. REYMOND, 218; REYMOND, SPR, 172 et les réf. cit.

10 Cf. BSK OR II-MOLL, N 6; HENGELER, 93; ZK-GUTZWILLER, N 10.

11 Cf. REYMOND, 217; BSK OR II-MOLL, N 5; HENGELER, 93; REYMOND, SPR, 172.

- 12 Cf. MONTAVON, 99, qui parle de principe de parité; REYMOND, 217; **BSK OR II-MOLL**, N 5 ; HENGGELER, 92 s.; REYMOND, SPR, 172.
- 13 Lors de l'entrée en vigueur du nouveau droit comptable (RO 2007 4791), le terme inaliénable a été remplacé par le terme intransmissible, inaliénable étant une mauvaise traduction de « *unübertragbar* ».
- 14 Cf. HENSEL, 102.
- 15 Cf. HENSEL, 102 s.
- 16 Dans ce sens, pour une SA, ATF 51 II 330, c. 2, JdT 1926 118; pour une association, **ATF 97 II 108**, c. 3, JdT 1972 I 648.
- 17 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 14; HENSEL, 104.
- 18 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 15; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 6; HENSEL, 105.
- 19 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 15; HENSEL, 105.
- 20 Selon ZK-GUTZWILLER, N 21, tel serait le cas pour une faute d'orthographe à corriger. Cf. ég. CO **888** N 21.
- 21 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 16; HENSEL, 107.
- 22 Cf. REYMOND, 227; VON STEIGER, Précis, 109 s.; **BSK OR II-MOLL**, N 16; HENSEL, 107 s.; REYMOND, SPR, 179.
- 23 Selon nCO 936a (pas encore en vigueur), les inscriptions au registre déploient leurs effets internes et externes dès le jour de la publication dans la FOSC.
- 24 ATF 60 I 380, c. 3; **ATF 84 II 34**, c. 3, JdT 1958 I 361; cf. ég. **BSK OR II-MOLL**, N 16.
- 25 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 18; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 7.
- 26 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 18; HENSEL, 120, qui mentionne également des opinions divergentes.
- 27 Cette règle diffère de celle de CO **707** I, selon laquelle les administrateurs de la SA n'ont plus besoin d'être actionnaires: cette divergence entre les deux types de sociétés peut s'expliquer par la structure plus personnelle de la SCoop.
- 28 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 19; HENSEL, 117.
- 29 Cf. MONTAVON, 100.
- 30 Cf. CHK-MÜLLER/FORNITO, N 9; REYMOND, 227; **BSK OR II-MOLL**, N 20; REYMOND, SPR, 179.
- 31 Cf. CAPITAINE, Société coopérative, 34; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 8.
- 32 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 22; HENSEL, 118.
- 33 Concernant l'obligation de la SCoop de tenir une comptabilité, cf. *supra* CO **856** N 3 ss.
- 34 P-CO (2007) 689 (4), Message 2007, 1624.
- 35 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 29; PICENONI, 37.
- 36 Cf. TF, SJ 2003 233, c. 2.1.
- 37 Cf. CHK\_MÜLLER/FORNITO, N 16; REYMOND, 229; **BSK OR II-MOLL**, N 30; HENSEL, 126.
- 38 Cf. REYMOND, 326; HENSEL, 125 s.; REYMOND, SPR, 257.
- 39 Cf. CHK-MÜLLER/FORNITO, N 14.
- 40 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 25; HENSEL, 127.
- 41 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 26; PICENONI, 35.
- 42 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 26; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 15.
- 43 Cf. REYMOND, 229; PICENONI, 36 s.; REYMOND, SPR, 180.
- 44 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 28; PICENONI, 36 s.

- 45 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 28; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 15.
- 46 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 31; PICENONI, 52 ss.
- 47 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 31.
- 48 Cf. CHK-MÜLLER/FORNITO, N 17.
- 49 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 32; PICENONI, 71 s.
- 50 Cf. REYMOND, 253 et les réf. cit. (parfois opposées); REYMOND, SPR, 199.
- 51 Cf. CAPITAINE, Société coopérative, 34; **BSK OR II-MOLL**, N 33; REYMOND, SPR, 134.
- 52 Cf. REYMOND, 230, pour CO 840 III; **BSK OR II-MOLL**, N 34.
- 53 Message 2016, 557.
- 54 *Ibid.*

## Art. 880

### II. Votation par correspondance

Les sociétés de plus de trois cents membres, de même que celles où la majorité des membres est formée de sociétés coopératives, peuvent disposer, dans leurs statuts, que les associés exercent tout ou partie des attributions de l'assemblée générale en votant par correspondance.

#### [Deutsche Fassung]

### II. Urabstimmung

Bei Genossenschaften, die mehr als 300 Mitglieder zählen oder bei denen die Mehrheit der Mitglieder aus Genossenschaften besteht, können die Statuten bestimmen, dass die Befugnisse der Generalversammlung ganz oder zum Teil durch schriftliche Stimmabgabe (Urabstimmung) der Genosschafter ausgeübt werden.

#### [versione italiana]

### II. Voto per corrispondenza

Nelle società cooperative che hanno più di trecento soci o nelle quali la maggioranza dei soci è formata di società cooperative, lo statuto può stabilire che le deliberazioni di competenza dell'assemblea generale siano, in tutto o in parte, prese dai soci mediante voto per corrispondenza.

#### [2000] BIBLIOGRAPHIE

Cf. bibliographie CO 879.

Contrairement au droit de la SA qui prévoit impérativement le principe de l'immédiateté (CO 689 N 13 ss), CO 880 prévoit la possibilité d'instaurer statutairement une votation par correspondance. On abordera successivement la notion de votation par correspondance (I), son but et ses limites (II), les conditions de sa tenue (III) et le régime applicable (IV).

1

### I. La notion

La **votation par correspondance** est une prise de décision des sociétaires sous la forme d'un vote écrit qui remplace une assemblée générale<sup>1</sup>. La votation par correspondance se distingue de la votation écrite ayant lieu au cours d'une assemblée générale dans la mesure où les associés ne se constituent pas auparavant en assemblée.

2

Dans l'esprit du législateur historique, la votation par correspondance ne pouvait que remplacer un vote de l'assemblée générale et pas celui de l'**assemblée des délégués** (CO 892). Il partait de l'idée qu'une assemblée des délégués devait en principe compter moins de trois cents membres. Aujourd'hui, le vote par correspondance de l'assemblée des délégués est fréquent et le Tribunal fédéral l'a jugé admissible (CO 892 N 27 et 42)<sup>2</sup>.

3

### II. Le but et les limites

La votation par correspondance a pour **but** de faciliter la prise de décisions représentatives sous forme de vote écrit<sup>3</sup>. Elle répond au souci (justifié) du législateur qu'une assemblée

4

générale devienne incapable d'accomplir sa tâche en raison du nombre important de sociétaires<sup>4</sup>. Les possibilités restreintes de représentation d'un associé lors de l'assemblée générale (CO 886 I-II) renforcent également la légitimité du régime prévu par CO 880<sup>5</sup>.

Toutefois, le vote par correspondance révèle aussi certaines **limites** en raison de l'absence de réunion physique des associés<sup>6</sup>. D'abord, les sociétaires ne peuvent se concerter ou débattre avant le vote et doivent former leur opinion individuellement. Ensuite, l'organe chargé d'organiser la consultation par correspondance détient un pouvoir considérable, notamment par le biais des propositions formulées qui ne peuvent pas faire l'objet de contestations directes<sup>7</sup>. Enfin, certains auteurs vont jusqu'à avancer que la votation par correspondance empêche une prise de décision au sens propre<sup>8</sup>.

En définitive, la votation par correspondance répond au besoin légitime de pallier les faiblesses de l'assemblée générale ordinaire d'une grande SCoop et la difficulté d'y prendre des décisions représentatives. Cependant, vu les dangers mentionnés (N 5), il conviendrait de réserver statutairement certaines attributions importantes – telles que les élections, la modification des dispositions sur la responsabilité ainsi que les décisions de fusion ou de dissolution – à l'**assemblée générale ordinaire** et de renoncer au vote par correspondance dans ces cas-là (*infra* N 11)<sup>9</sup>.

### [2001] III. Les conditions

La votation par correspondance n'est possible que si **deux conditions** sont remplies cumulativement:

**1° Matériellement**, la société doit comprendre plus de trois cents membres ou la majorité des associés doivent être eux-mêmes des SCoop;

**2° Formellement**, une base statutaire doit expressément prévoir la possibilité de mener une telle procédure (cf. ég. CO 833 [6]).

Les votations par correspondance ne respectant pas une de ces conditions sont **nulles** si l'on se réfère à la jurisprudence développée en matière de SA<sup>10</sup>. Toutefois, certains auteurs sont d'avis qu'une décision est simplement **annulable** si le sociétariat d'une SCoop compte temporairement moins de trois cent une personnes<sup>11</sup>.

### IV. Le régime

En ce qui concerne l'**objet** d'une votation par correspondance, CO 880 prévoit que les associés peuvent exercer de cette manière « tout ou partie des attributions de l'assemblée générale »<sup>12</sup>. Les statuts doivent préciser les décisions soumises au vote par correspondance<sup>13</sup>. Plusieurs cas de figure sont envisageables: la votation par correspondance peut supplanter totalement l'assemblée générale, s'appliquer en concurrence avec celle-ci ou être uniquement d'actualité si certaines conditions sont remplies (p.ex. un nombre de coopérateurs défini plus élevé que trois cents)<sup>14</sup>. En théorie, les statuts pourraient prévoir que certains objets puissent uniquement faire l'objet d'un vote par correspondance. A notre avis, on devrait tout de même prévoir statutairement une consultation de l'assemblée générale si un dixième des associés le requiert durant le délai de vote par correspondance (CO 881 II par analogie)<sup>15</sup>.

Si les statuts prévoient qu'un objet est soumis au vote par correspondance, ils doivent également déterminer la **compétence pour initier** une telle procédure. En principe, c'est une tâche de l'administration (CO 894 ss). Une telle compétence doit également être reconnue à une minorité formée par le dixième au moins des associés qui en fait la demande ou, en cas de besoin, aux réviseurs, voire aux liquidateurs et aux représentants des obligataires (CO 881 I-II)<sup>16</sup>. Pratiquement, ces derniers devront requérir l'administration d'organiser le vote par correspondance car elle seule détient les informations nécessaires (adresses, etc.) pour mener à bien le processus.

Le **déroulement** d'un vote par correspondance doit également faire l'objet d'une description dans les statuts<sup>17</sup>, un vote par courriel est envisageable<sup>18</sup>. Si de telles indications font défaut, les personnes devant convoquer l'assemblée générale (CO 881) sont chargées d'organiser le vote par correspondance selon les principes applicables à celle-ci<sup>19</sup>. Un vote par correspondance se déroule habituellement selon les étapes suivantes: 13

1° La procédure débute par l'**envoi du matériel de vote** à chaque sociétaire, sachant qu'une décision par voie de circulation où un seul dossier fait le tour des associés est également possible<sup>20</sup>. Le matériel de vote devra indiquer la date de clôture de la consultation par correspon [2002] dance. Il tiendra compte du délai fixé dans les statuts, de cinq jours (dix jours si l'on tient compte du délai de CO 856 I<sup>21</sup>) au minimum (CO 882 par analogie)<sup>22</sup>. 14

Le matériel de vote doit contenir une **formulation exacte** des propositions soumises au vote pour éviter tout quiproquo: l'indication, selon CO 883, de l'objet porté à l'ordre du jour ainsi que de la teneur essentielle d'une révision statutaire ne suffit pas (CO 883 N 3 ss)<sup>23</sup>. On veillera ainsi à joindre les documents permettant aux associés de se forger une opinion. S'il s'agit d'approuver le rapport annuel, les comptes annuels (CO 879 N 33) et les comptes consolidés, chaque sociétaire doit recevoir non seulement copie de ces pièces comptables, mais également du rapport de révision (CO 856 I). Idéalement, l'administration (ou tout autre organe initiant la procédure) devrait brièvement motiver sa proposition en veillant cependant à ne pas fournir une vision partisane et à présenter d'éventuels avis divergents<sup>24</sup>. 15

2° L'associé doit faire **parvenir son vote** dans le délai fixé par les statuts ou, à défaut, par l'organe chargé d'organiser la votation. Le vote n'est valable qu'à la réception de la déclaration écrite. Par analogie avec CO 9, le sociétaire peut modifier son vote s'il communique le changement à l'administration ou à tout autre organe compétent avant que celle-ci ou celui-ci ne réceptionne sa première déclaration de volonté<sup>25</sup>. 16

3° Conformément à CO 888 I, les prises de décisions et les élections au moyen d'une votation par correspondance ont lieu à la **majorité absolue des voix émises**, sauf disposition contraire de la loi ou des statuts. 17

4° Il convient de tenir un **procès-verbal** contenant les résultats de la votation par correspondance. L'organe dirigeant la procédure doit veiller à porter le procès-verbal à la connaissance des associés pour que, d'une part, la votation par correspondance bénéficie de la même transparence qu'un vote de l'assemblée générale<sup>26</sup> et, d'autre part, que l'administration ou un associé puisse attaquer en justice la décision prise si elle viole la loi ou les statuts (CO 891)<sup>27</sup>. 18

**Fussnoten:**

1 Cf. BSK OR II-MOLL, N 1; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 1; WEBER-DÜRLER, 100.

- 2 Cf. TF, Pra. 1941 281. Cf. ég. CAPITAINE, Société coopérative, 34. Critiques pertinentes, REYMOND, 250; SIGG, 87.
- 3 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 2. Dans ce sens, GERBER, 43.
- 4 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 2; WEBER-DÜRLER, 124.
- 5 Cf. GERBER, 44 n. 81; WEBER-DÜRLER, 124 s.
- 6 Cf. ATF 67 I 342, c. 3, JdT 1942 I 591, en relation avec le droit de la SA. Cf. ég. REYMOND, 242; WEBER- DÜRLER, 101 et les réf. cit.
- 7 Cf. MONTAVON, 112; REYMOND, SPR, 190. Si une proposition viciée est acceptée en votation, elle peut faire indirectement l'objet d'une action en annulation (cf. CO 891).
- 8 Cf. ZK-GUTZWILLER, N 5 et les réf. cit.
- 9 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 9; REYMOND, 243. Dans ce sens, HENSEL, 189.
- 10 Cf. ATF 67 I 342, c. 3, JdT 1942 I 591.
- 11 Cf. REYMOND, 241; REYMOND, SPR, 189 s.
- 12 Pour un commentaire des attributions de l'assemblée générale, cf. CO 879 N 20 ss.
- 13 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 3.
- 14 Cf. ZK-GUTZWILLER, CO 888 N 17.
- 15 Cf. MONTAVON, 112; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 4.
- 16 Dans ce sens, REYMOND, 242; cf. ég. **BSK OR II-MOLL**, N 4; HENSEL, 184.
- 17 Cf. REYMOND, 243 et REYMOND, SPR, 191, pour qui un règlement interne suffit.
- 18 Cf. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 19 N 34.
- 19 Cf. MONTAVON, 111.
- 20 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 5; HENGELER, 114 s.; HENSEL, 183 s.; WEBER-DÜRLER, 100.
- 21 *Supra* CO 856 N 8 et *infra* CO 882 N 8.
- 22 Cf. CHK-MÜLLER/FORNITO, N 6; REYMOND, 242; **BSK OR II-MOLL**, N 5; HENSEL, 184 s.
- 23 Dans ce sens, REYMOND, 242; REYMOND, SPR, 190 s.
- 24 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 7; HENSEL, 186 s.
- 25 Cf. HENSEL, 184.
- 26 Cf. HENSEL, 187.
- 27 Cf. REYMOND, 243; REYMOND, SPR, 191.

## Art. 881

### III. Convocation

#### 1. Droit et obligation de convoquer

<sup>1</sup> L'assemblée générale est convoquée par l'administration ou par tout autre organe auquel les statuts confèrent ce droit et, au besoin, par l'organe de révision. Les liquidateurs et les représentants des obligataires ont également le droit de la convoquer.

<sup>2</sup> Elle doit être convoquée lorsque la demande en est faite par le dixième au moins des associés ou, si le nombre de ces derniers est inférieur à trente, par au moins trois d'entre eux.

<sup>3</sup> Si l'administration ne donne pas suite à cette requête dans un délai convenable, la convocation est ordonnée par le juge, à la demande des requérants.

### [Deutsche Fassung]

#### III. Einberufung

#### 1. Recht und Pflicht

<sup>1</sup> Die Generalversammlung wird durch die Verwaltung oder ein anderes nach den Statuten dazu befugtes Organ, nötigenfalls durch die Revisionsstelle einberufen. Das Einberufungsrecht steht auch den Liquidatoren und den Vertretern der Anleihegläubiger zu.

<sup>2</sup> Die Generalversammlung muss einberufen werden, wenn wenigstens der zehnte Teil der Genossenschafter oder, bei Genossenschaften von weniger als 30 Mitgliedern, mindestens drei Genossenschafter die Einberufung verlangen.

<sup>3</sup> Entspricht die Verwaltung diesem Begehren nicht binnen angemessener Frist, so hat der Richter auf Antrag der Gesuchsteller die Einberufung anzuordnen.

### [versione italiana]

#### [2003] III.

#### Convocazione

#### 1. Diritto e obbligo

<sup>1</sup> L'assemblea generale è convocata dall'amministrazione o da ogni altro organo al quale lo statuto ne dia il diritto e, quando occorra, dall'ufficio di revisione. Il diritto di convocarla spetta anche ai liquidatori ed ai rappresentanti degli obbligazionisti.

<sup>2</sup> L'assemblea generale dev'essere convocata quando ne sia fatta richiesta da un decimo almeno dei soci o, se il numero di questi è minore di trenta, da almeno tre soci.

<sup>3</sup> Qualora l'amministrazione non dia corso entro un congruo termine a siffatta domanda, la convocazione sarà ordinata dal giudice, ad istanza dei richiedenti.

### BIBLIOGRAPHIE

Cf. bibliographie CO 879.

CO 881-884 traitent de la convocation de l'assemblée générale. CO 881 précise, d'une part, les organes compétents pour la faire et, d'autre part, la manière dont les associés peuvent l'exiger. Il s'agit d'une norme de **droit impératif**. CO 882 et CO 883 décrivent la forme et le contenu obligatoire d'une convocation. Enfin, CO 884 prévoit un régime spécial en cas d'assemblée universelle. 1

Alors que CO 881 I énumère les auteurs d'une convocation de l'assemblée générale, CO 881 II précise à quelles conditions les associés peuvent exiger eux-mêmes la convocation d'une assemblée générale et CO 881 III, celles auxquelles le juge doit l'ordonner. 2

Conformément à la structure de CO 881, on traitera successivement des auteurs de la convocation de l'assemblée générale (I), des personnes pouvant requérir une convocation (II) et des conséquences de la passivité de l'organe devant convoquer l'assemblée générale (III). 3

### I. Les auteurs de la convocation

Comme le précise la note marginale de CO 881 («Droit et obligation de convoquer»), il faut distinguer les personnes obligées de convoquer une assemblée générale (A) de celles qui y sont autorisées (B) et de celles qui n'y sont pas autorisées (C). 4

#### A. Les personnes obligées de convoquer une assemblée générale

L'obligation de convoquer une assemblée générale n'existe que si la loi ou les statuts le prévoient. Selon les circonstances, il peut s'agir de l'administration (1), de l'organe de révision (2), des liquidateurs (3) ou d'autres organes statutaires (4). 5

##### 1. L'administration

L'administration **doit convoquer** une assemblée si une des situations suivantes se présente<sup>1</sup> : 6

1° Le dixième au moins des associés ou, si le nombre de ces derniers est inférieur à trente, au moins trois d'entre eux le demandent (CO 881 II; N 30 ss). 7

2° Une décision d'une assemblée générale antérieure ou les statuts prescrivent qu'une assemblée générale doit avoir lieu à une date définie ou dans un délai déterminé<sup>2</sup>. 8

3° La SCoop a émis des parts sociales et le dernier bilan annuel indique que la moitié de son capital n'est plus couverte (CO 903 III). Dans ce cas, la convocation doit avoir lieu « immédiatement »<sup>3</sup>. 9

[2004] 4° L'assemblée générale doit prendre une décision sans tarder. On peut citer notamment les cas où (i) le nombre d'administrateurs est inférieur au minimum légal de trois (CO 894), (ii) un autre organe nommé par l'assemblée générale démissionne ou son mandat vient à expirer, (iii) l'administration décide de suspendre dans l'exercice de leurs fonctions les fondés de procuration et mandataires désignés par l'assemblée générale (CO 905 II). 10

5° L'assemblée générale doit prendre une décision légalement ou statutairement de sa compétence, en particulier approuver le rapport annuel, les comptes annuels (CO 879 N 33) et les comptes consolidés et accorder la décharge à l'administration. Soulignons que, au contraire du droit de la SA (CO 699 II), le principe d'une assemblée annuelle n'est pas ancré 11

expressément dans le code. Selon le Tribunal fédéral, l'assemblée générale de la SCoop doit toutefois approuver le rapport annuel, les comptes annuels et les comptes consolidés (CO 879 II [3], *supra* CO 879 N 33) ainsi que donner décharge à l'administration (CO 879 II [4])<sup>4</sup>.

Si la SCoop compte plus de trois cents membres ou si elle se compose en majorité à son tour de sociétés coopératives, l'administration n'est pas obligée de convoquer une assemblée générale annuelle : si les statuts le prévoient, une **votation par correspondance** suffit pour approuver les comptes et les autres affaires ne souffrant aucun retard (CO 880)<sup>5</sup>.

## 2. L'organe de révision

L'organe de révision **doit convoquer** l'assemblée générale « au besoin ». En effet, la compétence de base est du ressort de l'administration (N 6 ss). L'organe de révision est notamment tenu d'agir dans les situations suivantes<sup>6</sup> :

1° L'administration viole son devoir légal ou statutaire de convoquer l'assemblée générale (N 6 ss)<sup>7</sup>.

2° L'organe de révision découvre, lors d'un contrôle ordinaire, des irrégularités ou des violations de prescriptions légales ou statutaires qui sont si graves que l'assemblée générale doit en être immédiatement informée ou, lorsque l'administration ne prend pas les mesures adaptées après un avertissement écrit de l'organe de révision (CO 728c II). Cette démarche doit rester exceptionnelle, le résumé des résultats de la révision étant en principe communiqué dans le rapport annuel de l'organe de révision (CO 728b et 729b).

3° L'administration n'est plus en mesure de convoquer une assemblée générale, soit parce qu'elle est démissionnaire, soit parce que l'assemblée générale a annulé sa nomination (CO 891), soit parce qu'elle est empêchée de le faire pour cause de mort ou de maladie<sup>8</sup>.

4° L'organe de révision démissionne et veut exceptionnellement (CO 730a III par renvoi de CO 906) faire directement part à l'assemblée générale des raisons qui l'y poussent.

5° Le dixième au moins des associés ou, si le nombre de ces derniers est inférieur à trente, au moins trois d'entre eux le demandent directement à l'organe de révision (CO 881 II ; N 38).

## 3. Les liquidateurs

CO 881 I *i.f.* parle du « droit » des liquidateurs de convoquer une assemblée générale. Cependant, en cas de dissolution de la société, les liquidateurs exercent les compétences de l'administration (CO 913 I en relation avec CO 743). Ils ont par conséquent les mêmes obligations que celle-ci, notamment le **devoir de convoquer** l'assemblée générale (N 6 ss). Dans cette mesure, il ne s'agit pas d'une compétence discrétionnaire<sup>9</sup>.

## [2005] 4. D'autres organes prévus par les statuts

Du moment que les statuts le prévoient, d'autres organes sociaux peuvent se voir imposer le devoir de convoquer l'assemblée générale.

### B. Les personnes autorisées à convoquer une assemblée générale

Les personnes autorisées à convoquer une assemblée générale sont l'organe de révision (1), les liquidateurs et les représentants des obligataires (2) ainsi que d'autres organes (3).

### 1. L'organe de révision

Selon CO 881 I, les réviseurs doivent convoquer une assemblée générale « au besoin ». Une partie de la doctrine et de la jurisprudence interprète cette clause du besoin dans le sens où l'organe de révision peut convoquer une assemblée générale lorsque cela lui paraît objectivement nécessaire<sup>10</sup>. A notre avis, dans la mesure où il n'a pas d'obligation de le faire (N 13 ss), l'organe de révision doit exercer cette compétence avec retenue et limiter son activité à des cas exceptionnels<sup>11</sup>. Il doit notamment s'abstenir aussi longtemps que l'organe chargé de le faire (N 6-20) n'est pas en demeure selon la loi ou les statuts. 22

### 2. Les liquidateurs et les représentants des obligataires

Selon CO 881, le droit de convoquer appartient également aux liquidateurs et aux représentants des obligataires. Comme indiqué ci-dessus (N 19), le « droit » des **liquidateurs** constitue en fait une obligation. 23

Quant aux **représentants des obligataires**, ils ont un droit – et non un devoir – de convoquer une assemblée générale et d'y participer dans la mesure où les objets traités touchent les intérêts des créanciers (CO 1160 II s.), à savoir lorsque la SCoop a émis un emprunt par obligations et, condition nécessaire, qu'elle se trouve en demeure<sup>12</sup>. Les conditions de l'emprunt peuvent élargir ce droit. 24

### 3. D'autres organes

Selon CO 881 I, les statuts peuvent conférer le droit de convoquer l'assemblée générale à un autre organe social. On peut penser notamment à un conseil de surveillance<sup>13</sup>. 25

#### C. Les personnes non autorisées à convoquer une assemblée générale

Selon la jurisprudence établie du Tribunal fédéral, si des personnes non autorisées convoquent une assemblée générale, les décisions prises lors de celle-ci par les associés présents sont **nulles**<sup>14</sup>. 26

## II. Les personnes pouvant requérir une convocation

Selon les circonstances, les personnes suivantes peuvent exiger de l'organe compétent qu'il convoque l'assemblée générale: l'assemblée générale elle-même (A), un seul associé (B), une minorité d'associés (C) ou une fédération de SCoop (D). 27

#### [2006] A. L'assemblée générale

L'assemblée générale d'une SCoop peut décider à la majorité absolue des voix émises de convoquer ultérieurement une assemblée et charger l'administration de prendre les mesures appropriées. Cette décision n'a pas besoin de figurer à l'ordre du jour pour être valable (CO 883 II i.f.). 28

#### B. Un seul associé

Un seul associé peut exiger la convocation d'une assemblée générale lorsque les statuts ou la loi exigent la tenue d'une telle assemblée. A cette fin, il doit s'adresser au juge (N 37 ss) en lui demandant d'ordonner à l'administration de prendre les mesures nécessaires<sup>15</sup>. 29

*C. Une minorité d'associés*

**CO 881 II** prévoit qu'une minorité d'associés représentant au moins un dixième du total des sociétaires ou, pour des SCoop de moins de trente membres, au moins trois associés peut exiger la convocation d'une assemblée générale. Cette faculté fait partie des droits fondamentaux d'un coopérateur: même si celui-ci s'est rendu coupable auparavant d'une violation de ses obligations, notamment de son devoir de fidélité, cela ne supprime pas son droit de faire convoquer une assemblée générale<sup>16</sup>. **30**

Cette disposition vise à protéger les droits d'une minorité d'associés<sup>17</sup>. Ce quorum de dix pour cent est difficilement atteignable dans les grandes SCoop. C'est pourquoi les **statuts** peuvent prévoir un **régime plus souple**, dans la mesure où le critère retenu, par exemple un pourcentage plus faible d'associés, respecte l'égalité de traitement (CO 854)<sup>18</sup>. **31**

Au contraire du droit de la SA (CO 699 III), la requête d'une minorité de coopérateurs de convoquer l'assemblée générale n'est soumise à **aucune exigence formelle**<sup>19</sup>. **32**

Elle doit, en revanche, contenir des **précisions matérielles** relatives à l'objet soumis aux délibérations et au vote de l'assemblée générale. En effet, l'indication des motifs de la requête est nécessaire pour formuler correctement les objets portés à l'ordre du jour dans l'avis de convocation (CO 883 I)<sup>20</sup>. En outre, l'organe chargé de convoquer l'assemblée doit pouvoir déterminer si l'objet en question relève ou non des compétences de l'assemblée générale<sup>21</sup>. En principe, l'organe destinataire ne doit pas examiner la requête de convocation plus en détail d'un point de vue matériel<sup>22</sup>. Si la requête est illicite ou manifestement abusive, il peut exceptionnellement refuser de convoquer l'assemblée générale<sup>23</sup>. Il doit toutefois faire preuve de retenue et fonder sa décision uniquement sur la compétence de l'assemblée générale à connaître ou non de l'objet proposé par la minorité de sociétaires<sup>24</sup>. **33**

CO 881 II ne précise pas le **délai** dans lequel la convocation doit avoir lieu. Il faut prévoir un délai convenable, déterminé sur la base des circonstances concrètes<sup>25</sup>. L'organe destinataire de la requête doit notamment avoir suffisamment de temps pour préparer correctement le déroulement de l'assemblée générale<sup>26</sup>. **34**

[2007] *D. Une fédération de SCoop?*

Dans la mesure où une SCoop est membre d'une fédération (CO 921 ss), celle-ci peut, si les statuts de celle-là le permettent, requérir l'administration de la SCoop membre de convoquer son assemblée générale<sup>27</sup>. On peut raisonner à partir de CO 924 II qui autorise une fédération à prévoir statutairement le droit pour son administration d'attaquer devant le juge les décisions prises isolément par les sociétés fédérées. Or, la requête visant à organiser une assemblée générale est une atteinte moins grave que la remise en cause d'une décision de cette même assemblée. Par conséquent, l'administration de la société faîtière doit **pouvoir requérir la convocation** d'une assemblée générale d'une des sociétés fédérées. **35**

**III. La passivité de l'organe chargé de la convocation**

En cas de passivité de l'organe compétent, le juge peut ordonner une convocation de l'assemblée générale (A), nonobstant le fait que l'organe inactif réponde civilement de sa passivité (B). **36**

*A. La convocation ordonnée par le juge*

Si l'organe chargé de convoquer l'assemblée générale ne donne pas suite à une demande en ce sens, le requérant peut **demander au juge** d'ordonner à cet organe de procéder à la convocation (**CO 881 III**). 37

Le requérant doit attendre qu'un délai convenable se soit écoulé. Avant l'écoulement de ce délai, le requérant peut toujours s'adresser à un autre organe autorisé ou obligé à convoquer une assemblée, par exemple l'organe de révision<sup>28</sup>. Le caractère convenable du délai est une question d'appréciation. Le Tribunal fédéral fait preuve de retenue, mais a jugé qu'une attente de quatre à six mois jusqu'à la prochaine assemblée générale n'est pas convenable<sup>29</sup>. 38

Si le juge est saisi de l'affaire, le Code de procédure civile prévoit d'appliquer la procédure sommaire en raison du caractère urgent de l'affaire (CPC 250 [c] [9]). Le juge se contente donc de vérifier si les **conditions** suivantes sont remplies<sup>30</sup>: (i) les demandeurs sont sociétaires de la SCoop ou une fédération de SCoop (N 35), (ii) les conditions formelles de CO 881 II sont remplies, (iii) une demande a effectivement été adressée à l'organe compétent chargé de convoquer l'assemblée et (iv) ce dernier n'a pas donné suite dans un délai convenable. 39

Dans la mesure où les demandeurs rendent vraisemblable l'existence de ces quatre conditions, le **juge ordonne** à l'organe compétent de convoquer l'assemblée générale et, le cas échéant, détermine le contenu de l'ordre du jour, sans que l'organe chargé de la convocation puisse apprécier la pertinence des points y figurant<sup>31</sup>. Dans un arrêt concernant la convocation d'une société anonyme, le Tribunal fédéral a indiqué qu'en cas de risque de blocage, le juge est habilité à convoquer lui-même l'assemblée générale<sup>32</sup>. Si une telle situation devait se présenter dans une SCoop, cette jurisprudence devrait, à notre avis, également s'appliquer. 40

#### *B. La responsabilité civile de l'organe chargé de la convocation*

L'organe compétent **répond civilement** envers la société du préjudice qu'il lui cause en manquant intentionnellement ou par négligence à son devoir de convoquer l'assemblée générale dans un délai convenable (CO 916)<sup>33</sup>. 41

#### **Fussnoten:**

- 1 Cf. HENSEL, 72 s.
- 2 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 4; MONTAVON, 106.
- 3 Cf. CO 903 N 6.
- 4 Cf. TF, Pra. 1941 281. Cf. ég. CAPITAINE, Société coopérative, 35; GERBER, 44; HENGgeler, 101 s.
- 5 Cf. TF, Pra. 1941 281 s. Cf. ég. les commentaires de CO 880 et 892.
- 6 Cf. BELSER, 129 s.; HENSEL, 74 s.
- 7 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 5; ZK-GUTZWILLER, N 4.
- 8 Cf., pour la dernière raison, BELSER, 130.
- 9 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 7; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 4; HENSEL, 75.
- 10 Cf. ZivGer BS, RSJ 1951 277, c. 1, en relation avec la SA. *Contra*: SCHUCANY, SAG 1951 /52, 68, dans son commentaire de cet arrêt bâlois. Cf. ég. **BSK OR II-MOLL**, N 6.
- 11 Du même avis, **BSK OR II-MOLL**, N 6.
- 12 Cf. MONTAVON, 105.

- 13 Cf. VON STEIGER, Formulaire, 56. Cf. ég. CO **833** (6).
- 14 ATF 71 I 383, c. 2.a, JdT 1946 I 135, en parlant des corporations en général. Cf. ég. REYMOND, 218 s.; REYMOND, SPR, 173.
- 15 Cf. HENSEL, 75 s. et les réf. cit.
- 16 Cf. OGer ZH, ZR 78/1979 56, c. 4, qui précise que la SCoop peut exclure son membre selon CO **846**.
- 17 Cf. CAPITAINE, Société coopérative, 32 s.; **BSK OR II-MOLL**, N **9**; SIGG, 15.
- 18 Cf. REYMOND, 219; REYMOND, SPR, 173; SIGG, 17, qui propose un exemple.
- 19 Cf. REYMOND, 219; **BSK OR II-MOLL**, N **11**; HENGGELER, 167; HENSEL, 77.
- 20 Cf. REYMOND, 219; HENGGELER, 167; HENSEL, 77.
- 21 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N **11**; HENSEL, 77 s.
- 22 Cf. OGer ZH, ZR 78/1979 56, c. 4.
- 23 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N **12**; HENSEL, 78.
- 24 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N **12**.
- 25 TF, **4C.272/2001**, c. 5.1.1 et 5.1.2, c. non publiés à l'**ATF 128 III 375**, selon lequel un délai de quatre à six mois peut être qualifié de trop long.
- 26 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N **13**; HENSEL, 78.
- 27 Cf. VON BÜREN, 109 et les réf. cit.
- 28 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N **14**; HENSEL, 79.
- 29 Cf. TF, **4C.272/2001**, c. 5.1.1 et 5.1.2, c. non publiés à l'**ATF 128 III 375**.
- 30 Concernant le pouvoir d'examen du juge (dans le droit de la SA), cf. **ATF 142 III 16**, c. 3.1.
- 31 Cf. TF, **4C.272/2001**, c. 5.2, c. non publié à l'**ATF 128 III 375**. Cf. ég. CO **699** N 16 ss.
- 32 Cf. **ATF 132 III 555**, c. 3.4.3, JdT 2008 I 334.
- 33 TF, **4C.272/2001**, c. 1 et 5.3, dont seul le c. 1 est publié à l'**ATF 128 III 375**, JdT 2004 I 359.

**[2008] Art. 882**2. Mode de  
convocation

<sup>1</sup> L'assemblée générale est convoquée suivant le mode établi par les statuts, mais cinq jours au moins avant la date de sa réunion.

<sup>2</sup> Dans les sociétés qui comptent plus de trente membres, l'assemblée générale est valablement convoquée dès qu'elle l'a été par avis public.

**[Deutsche Fassung]**

## 2. Form

<sup>1</sup> Die Generalversammlung ist in der durch die Statuten vorgesehenen Form, jedoch mindestens fünf Tage vor dem Versammlungstag einzuberufen.

<sup>2</sup> Bei Genossenschaften von über 30 Mitgliedern ist die Einberufung wirksam, sobald sie durch öffentliche Auskündigung erfolgt.

**[versione italiana]**

## 2. Forma

<sup>1</sup> La convocazione dell'assemblea generale deve farsi nella forma prescritta dallo statuto, ma cinque giorni almeno prima di quello fissato per l'adunanza.

<sup>2</sup> Nelle società di più di trenta soci, è sufficiente la convocazione mediante pubblico avviso.

**BIBLIOGRAPHIE**

Cf. bibliographie CO [879](#).

CO [882](#) s. traitent de la convocation de l'assemblée générale, CO [882](#) précisant sa forme et CO [883](#) son contenu. Après avoir explicité le but et la nature de la convocation (I), on traitera du mode de convocation ordinaire (II) et de celui par avis public (III). **1**

**I. Le but et la nature de la convocation**

La convocation à l'assemblée générale a pour **but** de permettre au coopérateur d'exercer effectivement son droit de participation (CO [855](#) et CO [885](#)). Il peut, dans un premier temps, se déterminer sur la nécessité d'une participation à l'assemblée générale et, dans un second, se préparer individuellement ainsi que s'organiser collectivement en prévision de celle-ci<sup>1</sup>. Les exigences formelles relatives à la convocation garantissent un exercice effectif des droits du sociétaire, à savoir le droit de vote (CO [885](#)), le droit de contrôle (CO [856](#)), le droit de participation (CO [855](#) et CO [879](#) s.) et le droit d'obtenir des renseignements (CO [857](#)). **2**

La convocation est une **déclaration de volonté** de l'organe compétent indiquant qu'une assemblée générale aura lieu à un moment précis dans un lieu donné pour se déterminer sur des objets portés à l'ordre du jour et relatifs aux affaires de la SCoop<sup>2</sup>. La convocation se compose matériellement de deux déclarations: (i) l'appel à participer à l'assemblée générale ayant lieu à un moment donné dans un lieu déterminé et (ii) la communication des objets **3**

portés à l'ordre du jour (CO 883). Ces deux informations peuvent faire l'objet de communications séparées<sup>3</sup>.

Si une convocation **enfreint les exigences de forme légales**, la rencontre des associés ne constitue pas une assemblée générale au sens de CO 879 ss et les décisions prises à cette occasion sont viciées, à moins qu'elles ne soient le fait d'une « réunion de tous les associés » au sens de CO 884<sup>4</sup>. En principe, une **décision viciée** est annulable sur la base de CO 891<sup>5</sup>, de telle sorte que l'écoulement d'un délai de deux mois guérit le vice. Exceptionnellement, une décision est nulle si elle va à l'encontre de la structure fondamentale de la SCoop ou si elle est incompatible avec les règles protégeant les créanciers sociaux ou servant l'intérêt public (cf. CO 891 N 32 ss). Bien que, de façon difficilement compréhensible, certains arrêts du Tribunal fédéral considèrent les règles de forme concernant la convocation d'une assemblée générale [2009] comme ne protégeant que les intérêts privés des coopérateurs<sup>6</sup>, on peut quand même envisager la nullité d'une convocation viciée si le non-respect des règles de forme a empêché certains associés de participer à l'assemblée, portant ainsi atteinte au bon fonctionnement de la société<sup>7</sup>.

Le CO reste muet sur le **moment** et le **lieu** où doit se dérouler une assemblée générale. On se réfère habituellement aux statuts. Si ceux-ci ne prévoient rien, l'organe chargé de convoquer l'assemblée générale détermine librement le moment et le lieu de celle-ci, en veillant à ne pas rendre illusoire la participation des associés<sup>8</sup>.

## II. Le mode de convocation ordinaire (CO 882 I)

Conformément à CO 832 (5), les statuts doivent impérativement déterminer la **forme de la convocation**. Différents modes sont envisageables : une communication orale, une convocation écrite, une circulaire, une publication, etc. Dans tous les cas, la forme prévue par les statuts doit permettre aux associés de prendre effectivement connaissance de la convocation<sup>9</sup>.

Le **délai de convocation** légal est d'au moins cinq jours avant la tenue d'une assemblée générale, ordinaire ou extraordinaire. A moins que les statuts n'en disposent autrement, ce délai débute lors de l'expédition de la convocation, respectivement de sa publication, tout en sachant que, conformément aux règles de la partie générale du Code des obligations (CO 77 I), le jour de l'envoi ou de la publication et celui où se tient l'assemblée ne comptent pas<sup>10</sup>. Très souvent, les statuts prévoient un délai de convocation plus long<sup>11</sup>.

Au contraire de CO 700 I, qui prévoit un délai de convocation de vingt jours, le législateur a considéré qu'un délai minimum de cinq jours protégeait suffisamment les intérêts des associés<sup>12</sup>. Cette **différence avec le droit de la SA** contraste avec la volonté du législateur historique de prévoir des modes de convocation identiques pour les deux sociétés<sup>13</sup>. Ce choix de maintenir un délai aussi court est d'autant plus incompréhensible que CO 856 I impose le dépôt du rapport annuel, des comptes consolidés et des comptes annuels ainsi que le rapport de révision dix jours avant l'assemblée générale au siège de la SCoop (CO 856 N 3)<sup>14</sup>. Sans justification objective, la consultation de ces documents est possible alors que l'information aux membres de la tenue d'une assemblée générale peut n'avoir lieu que cinq jours plus tard. Certains auteurs proposent avec raison la suppression de cette incohérence et exigent que les statuts prévoient une convocation des associés au moins dix jours avant l'assemblée générale ordinaire<sup>15</sup>.

Le CO ne réglemente pas la **révocation** d'une convocation. En tant que déclaration de volonté unilatérale (N 3), la convocation est révocable aussi longtemps qu'elle n'a pas entraîné d'effet juridique chez ses destinataires. La révocation peut donc avoir lieu jusqu'au jour de l'assemblée. Elle doit respecter le principe du parallélisme des formes<sup>16</sup>, c'est-à-dire provenir de l'organe convocateur et avoir lieu selon le mode utilisé pour la convocation. Il convient en outre d'indiquer les raisons ayant conduit à la révocation<sup>17</sup>.

### [2010] III. Le mode de convocation par avis public (CO 882 II)

L'organe compétent peut toujours convoquer une assemblée générale par avis public si les **conditions cumulatives** suivantes sont satisfaites: (i) la SCoop compte plus de trente membres, (ii) conformément à CO 832 (5), les statuts autorisent un tel mode de publication, et (iii) l'avis public permet effectivement de porter la convocation à la connaissance de tous les associés<sup>18</sup>.

L'avis public se distingue des convocations individuelles. Il peut prendre diverses formes, telles que l'affichage dans un ou plusieurs lieux d'accès facile ouverts à tout le monde ou la publication dans un organe de presse<sup>19</sup>.

Le choix du législateur historique s'explique par les difficultés à faire parvenir à l'époque un nombre important de convocations individuelles<sup>20</sup>. Aujourd'hui, les moyens de communication modernes, respectivement la dispersion géographique des membres remettent en doute l'utilité et la pertinence du mode de convocation par avis public, *a fortiori* si la convocation par des moyens électroniques devait, comme prévu, être formellement introduite (CO 893 N 13). Sans compter que les SCoop ont maintenant l'obligation de tenir une liste de leurs associés (CO 837).

#### Fussnoten:

- 1 Cf. KGer GR, SJZ 1961 124, c. 3.
- 2 Cf. MONTAVON, 106; BSK OR II-MOLL, N 1; HENSEL, 65.
- 3 Cf. HENSEL, 82.
- 4 Cf. BSK OR II-MOLL, N 1; SIGG, 15 et les réf. cit. Cf. ég. CO 884 N 3.
- 5 ATF 116 II 713, c. 3.
- 6 Cf. ATF 80 II 271, c. 1a, JdT 1955 I 333, qui qualifie ainsi CO 883. Pour une discussion critique, cf. CO 891 N 37 s.
- 7 Dans ce sens, ATF 78 III 33, c. 11, JdT 1952 I 403; OGer ZH, SAG 1969 212, 213. Dans le même sens, pour la SA, ATF 137 III 460, c. 3.3, JdT 2012 II 178; ATF 115 II 468, c. 3.b, JdT 1990 I 374. Cf. ég. REYMOND, 220; BSK OR II-MOLL, N 1; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 7; HENSEL, 89.
- 8 Cf. BSK OR II-MOLL, N 3; HENSEL, 89.
- 9 Cf. BSK OR II-MOLL, N 2; HENSEL, 82.
- 10 Cf. TF, SJ 1981 39, 40.
- 11 Cf. les exemples mentionnés par ZK-GUTZWILLER, N 2.
- 12 Cf. BSK OR II-MOLL, N 5; HENGELER, 96 s., montrant que le législateur a voulu cette différence. *Contra*: REYMOND, 220, et REYMOND, SPR, 173 s., qui exigent un délai de dix jours pour l'assemblée générale ordinaire.
- 13 Cf. ZK-GUTZWILLER, CO 883 N 1, qui cite Eugen Huber et le rapporteur francophone du Conseil national Aeby.

- 14 TC VS, RVJ 1975 114, c. 1 et les réf. cit. Cf. ég. HENGgeler, 97.
- 15 Cf. REYMOND, 220; REYMOND, SPR, 174. Cf. ég. TC VS, RVJ 1975 114, c. 1, qui cite GUHL.
- 16 Cf. BSK OR II-MOLL, N 6; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 5; HENSEL, 87.
- 17 Cf. HENSEL, 87.
- 18 Cf. BSK OR II-MOLL, N 7; HENSEL, 82.
- 19 Cf. REYMOND, SPR, 174.
- 20 Cf. REYMOND, 220; REYMOND, SPR, 174.

### Art. 883

#### 3. Ordre du jour

<sup>1</sup> L'avis de convocation indique les objets portés à l'ordre du jour et, dans le cas d'une révision des statuts, la teneur essentielle des modifications proposées.

<sup>2</sup> Aucune décision ne peut être prise sur des objets qui n'ont pas été ainsi portés à l'ordre du jour, sauf sur la proposition de convoquer une nouvelle assemblée générale.

<sup>3</sup> Il n'est pas nécessaire d'annoncer à l'avance les propositions et les délibérations qui ne doivent pas être suivies d'un vote.

#### [Deutsche Fassung]

#### 3. Verhandlungsgegenstände

<sup>1</sup> Bei der Einberufung sind die Verhandlungsgegenstände, bei Abänderung der Statuten der wesentliche Inhalt der vorgeschlagenen Änderungen bekanntzugeben.

<sup>2</sup> Über Gegenstände, die nicht in dieser Weise angekündigt worden sind, können Beschlüsse nicht gefasst werden, ausser über einen Antrag auf Einberufung einer weiteren Generalversammlung.

<sup>3</sup> Zur Stellung von Anträgen und zu Verhandlungen ohne Beschlussfassung bedarf es der vorgängigen Ankündigung nicht.

#### [versione italiana]

#### 3. Ordine del giorno

<sup>1</sup> L'avviso di convocazione indicherà gli argomenti che saranno trattati ed il contenuto essenziale delle modificazioni statutarie che fossero proposte.

<sup>2</sup> Non possono prendersi deliberazioni sopra argomenti di cui non sia stata in siffatto modo annunciata la trattazione, tranne che sulla proposta di convocare un'altra assemblea generale.

<sup>3</sup> Possono essere formulate proposte e discussi argomenti anche senza precedente avviso, purché non siano prese deliberazioni.

#### BIBLIOGRAPHIE

Cf. bibliographie CO [879](#).

Comme la disposition précédente (CO [882](#)), CO [883](#) doit permettre aux associés d'exercer efficacement leurs droits en réglementant de façon impérative l'information minimale dont ils disposent avant une assemblée générale. Le contenu de CO [883](#) est proche de celui de aCO [2011] 700 dans l'ancien droit de la SA<sup>1</sup>. CO [883](#) I précise le contenu de la convocation

relatif à l'ordre du jour (I). CO 883 II décrit les conséquences d'une mise à l'ordre du jour viciée (II). Quant à CO 883 III, il prévoit un régime exceptionnel pour les propositions et les délibérations ne devant pas faire obligatoirement l'objet d'un vote (III).

## I. Le contenu de la convocation (CO 883 I)

L'avis de convocation doit avoir un contenu différent selon que l'objet porté à l'ordre du jour concerne une modification des statuts (B) ou non (A). 2

### A. L'indication des objets portés à l'ordre du jour

#### 1. Le contenu de l'indication

Selon la lettre de CO 883, l'avis de convocation doit contenir, outre le lieu et la date de l'assemblée générale<sup>2</sup>, l'indication des **objets portés à l'ordre du jour**. Il s'agit des affaires soumises au vote lors de l'assemblée générale. Un point à l'ordre du jour se distingue des propositions et des délibérations qui ne nécessitent pas de vote formel (N 20)<sup>3</sup>. 3

La convocation doit **décrire de manière univoque** les points à l'ordre du jour, de telle sorte que les destinataires puissent saisir clairement leur nature et leur portée<sup>4</sup>. La formulation retenue doit permettre aux associés de comprendre sur quoi porteront la délibération et l'éventuelle décision, de pouvoir s'y préparer et de déterminer si leur participation est indispensable<sup>5</sup>. Par exemple, un objet porté à l'ordre du jour et intitulé « élections » est insuffisant: il est en effet impossible de prendre connaissance des candidats et du poste à repourvoir<sup>6</sup>. De même, les objets traités sous le point *varia* ne peuvent faire l'objet d'aucune décision au sens formel (N 20)<sup>7</sup>. 4

La formulation des points à l'ordre du jour n'a **pas besoin d'être absolument identique** à celle qui sera soumise à la délibération et au vote de l'assemblée générale. En particulier, il n'y a pas d'obligation de formuler une proposition sous forme de décision (comp. CO 880 N 15). Par conséquent, même au cours de l'assemblée générale, on peut apporter des modifications à l'objet traité ou formuler des contre-propositions dans la mesure où elles entretiennent un rapport suffisamment étroit avec les indications figurant dans la convocation<sup>8</sup>. Cette règle diffère du droit de la SA (CO 700). Cette divergence est regrettable et porte atteinte à l'uniformité voulue par le législateur historique<sup>9</sup>. 5

#### 2. La nature et les modalités de l'indication

CO 883 I n'est pas une simple prescription d'ordre mais revêt un caractère **impératif**<sup>10</sup>. L'indication des points de l'ordre du jour s'impose pour chaque assemblée générale: il n'est pas possible de renvoyer à un document transmis en prévision d'une assemblée antérieure. 6

La convocation à l'assemblée générale et la liste des objets portés à l'ordre du jour ne doivent pas parvenir simultanément à leurs destinataires (CO 882 N 3). Toutefois, ceux-ci doivent en disposer **au minimum cinq jours** avant l'assemblée générale, les statuts pouvant prévoir un délai plus long (CO 882 N 7 s.). Ces cinq jours sont nécessaires pour que, d'une part, le coopérateur puisse se préparer individuellement et déterminer si sa participation à l'assemblée est in [2012] dispensable et, d'autre part, qu'il ait le temps de prendre contact avec d'autres associés en vue d'une éventuelle démarche commune<sup>11</sup>. 7

L'**ajout** ou la **modification** des objets portés à l'ordre du jour doit respecter les délais de convocation légaux (CO 882) ou statutaires. Par contre, la **suppression** d'un objet ou la révocation de l'assemblée générale est possible, en tant que déclaration de volonté unilatérale, aussi longtemps que la convocation n'a pas entraîné d'effets juridiques chez les destinataires, c'est-à-dire jusqu'au jour de l'assemblée (CO 882 N 9)<sup>12</sup>.

### 3. L'auteur de l'indication

L'indication des points de l'ordre du jour relève principalement de l'**organe chargé de convoquer** l'assemblée générale (CO 881). 9

Toutefois, les **autres organes** compétents pour requérir la convocation d'une assemblée générale peuvent aussi exiger l'inscription de points supplémentaires à l'ordre du jour. La systématique de la loi conduit à accepter ce droit notamment pour la minorité d'associés prévue à CO 881 II (CO 881 N 30 ss) conformément au principe « qui peut le plus peut le moins »<sup>13</sup>. En effet, si on refusait cette possibilité, les actionnaires en question pourraient convoquer une nouvelle assemblée générale ayant pour objet le point en question. Une telle situation ne ferait qu'alourdir le mécanisme de formation de la volonté de la SCoop et serait contraire à ses intérêts<sup>14</sup>. Le même raisonnement s'applique également à l'administration commune d'une fédération de SCoop (CO 921 ss) qui désire faire porter un objet à l'ordre du jour de l'assemblée d'une de ses sociétés fédérées (CO 881 N 35)<sup>15</sup>. 10

Par contre, la loi ne confère **pas à un coopérateur isolé** (comp. CO 881 N 29) le droit de proposer un point à l'ordre du jour. Si les statuts ne prévoient pas non plus cette possibilité, il ne peut que formuler une proposition lors de l'assemblée générale, celle-ci pouvant ensuite décider d'inscrire cette proposition à l'ordre du jour d'une assemblée ultérieure (N 19)<sup>16</sup>. 11

### B. Le cas particulier d'une révision des statuts

Si l'objet porté à l'ordre du jour concerne une révision des statuts, l'avis de convocation doit indiquer la **teneur essentielle** des modifications proposées. Cette disposition est impérative<sup>17</sup>. 12

La formulation retenue par le législateur est malheureuse en raison du **caractère imprécis** de l'expression « teneur essentielle »<sup>18</sup>. En effet, une indication maladroite ou équivoque peut, selon les circonstances, tromper le coopérateur sur la nature et la portée de la modification envisagée<sup>19</sup>. 13

Par ailleurs, si la formulation de l'avis de convocation **diffère trop** de la modification effectivement envisagée, la décision de l'assemblée générale risque d'être annulée pour violation de CO 883<sup>20</sup>. Pour cela, il suffit d'établir qu'une autre décision aurait pu être prise en cas de formulation correcte de la teneur essentielle de la modification, sans nécessairement devoir établir qu'un rapport de causalité existe effectivement entre l'indication déficiente et la décision prise<sup>21</sup>. 14

### [2013] II. La mise à l'ordre du jour viciée (CO 883 II)

En principe, une mise à l'ordre du jour viciée empêche une prise de décision formelle déployant des effets juridiques. L'indication des objets à l'ordre du jour est une **condition de validité** de la décision d'une assemblée générale<sup>22</sup>. Les décisions prises en violation de ces règles font en principe l'objet d'une action en annulation<sup>23</sup>, voire exceptionnellement d'une 15

action en nullité pour les décisions les plus importantes, par exemple lors de l'introduction d'une responsabilité personnelle des associés (cf. CO 891 N 32 ss)<sup>24</sup>.

Dans ce contexte, le Tribunal fédéral a jugé, de manière difficilement compréhensible, que CO 883 ne servait qu'à protéger les intérêts privés des coopérateurs<sup>25</sup>. Une décision violant CO 883 n'allait donc pas à l'encontre de la structure fondamentale de la SCoop et n'était pas incompatible avec les règles protégeant les créanciers sociaux ou servant l'intérêt public (CO 891 N 38)<sup>26</sup>. Par conséquent, il n'y avait pas lieu de constater la nullité de la décision et celle-ci pouvait uniquement faire l'objet d'une **action en annulation** (CO 891). A notre avis, on peut tout de même envisager la nullité d'un ordre du jour vicié si le non-respect de CO 883 a conduit certains associés à ne pas participer à l'assemblée, portant ainsi atteinte au bon fonctionnement de la société.

Cette règle connaît toutefois **deux exceptions** :

**1° La réunion de tous les associés** (CO 884) : Lors d'une telle réunion, si aucun associé ne s'oppose sur le principe à la tenue du vote, les décisions prises sont valables, même si les formes prévues pour la convocation de l'assemblée générale n'ont pas été observées, notamment si les objets ne figurent pas à l'ordre du jour conformément à CO 883<sup>27</sup>.

**2° La convocation d'une nouvelle assemblée générale** (CO 883 II) : Une proposition visant à convoquer une nouvelle assemblée générale peut faire l'objet d'une décision formelle sans figurer comme point à l'ordre du jour<sup>28</sup>. La convocation de la nouvelle assemblée générale doit respecter les règles formelles applicables à toute convocation, en particulier le délai de convocation légal ou statutaire (CO 882) et l'indication des objets portés à l'ordre de jour (N 3 ss). Cela signifie qu'il n'est pas possible de tenir la nouvelle assemblée générale immédiatement après celle ayant entrepris de la convoquer<sup>29</sup>.

### III. Les propositions et débats non suivis d'un vote (CO 883 III)

L'interdiction de CO 883 ne s'applique qu'aux points de l'ordre du jour devant faire l'objet d'une décision formelle de l'assemblée générale<sup>30</sup>. Les participants restent libres de délibérer et de faire des propositions sur des thèmes qui ne nécessitent pas une telle décision ou sur ceux qui ne peuvent pas être suivis d'un vote en raison d'une mise à l'ordre du jour viciée. De telles discussions ont habituellement lieu sous la rubrique *varia* ou « divers » qui n'est pas, du point de vue juridique, un point de l'ordre du jour<sup>31</sup>.

#### Fussnoten:

- 1 Cf., pour un commentaire de aCO 700, BIANCHI, *passim*.
- 2 Cf. CO 882 N 3. Cf. ég. BSK OR II-MOLL, N 2.
- 3 Cf. MONTAVON, 106. Dans ce sens, REYMOND, 221.
- 4 Cf. BSK OR II-MOLL, N 3; HENSEL, 83; REYMOND, SPR, 174. Dans ce sens, ZivGer BS, BJM 1966 188, c. 1.
- 5 Cf. ATF 103 II 141, 142 s., JdT 1978 I 562. Cf. ég. TC VS, RVJ 1988 172, c. 6.
- 6 Cf. ZK-GUTZWILLER, N 5.
- 7 Cf. REYMOND, 221 et les réf. cit.; REYMOND, SPR, 174.
- 8 BSK OR II-MOLL, N 10; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 9.
- 9 Cf. ZK-GUTZWILLER, N 1, qui rapporte les avis d'Eugen Huber et du rapporteur du Conseil national Aeby. Cf. ég. BSK OR II-MOLL, N 4, qui mentionne d'autres différences existant avant la révision.

- 10 C. app. BE, SJZ 1956 179 s. Cf. ég. REYMOND, 221; CAPITAINE, Société coopérative, 35.  
11 Cf. TC VS, RVJ 1988 172, c. 6. Cf. ég. **BSK OR II-MOLL**, N 2; HENSEL, 82 s.  
12 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 9 et les réf. cit.  
13 Cf. CHK-MÜLLER/FORNITO, N 5; VON BÜREN, 109.  
14 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 5; HENSEL, 86.  
15 Cf. VON BÜREN, 109.  
16 TAF B-6104/2012, c. 5.2; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 6.  
17 Cf. CAPITAINE, Société coopérative, 35; **BSK OR II-MOLL**, N 6; ZK-GUTZWILLER, N 6.  
18 Cp. avec aCO 700 I et surtout avec CO 700 II qui exige que l'avis de convocation contienne l'indication des modifications dans leur teneur complète.  
19 Cf. HENGGELER, 101.  
20 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 6.  
21 TC VS, RVJ 1988 172, c. 6; C. app. BE, SJZ 1956 179, 180.  
22 Cf. CAPITAINE, Société coopérative, 35; **BSK OR II-MOLL**, N 7; HENGGELER, 97.  
23 **ATF 80 II 271**, c. 1, JdT 1955 I 333; TAF B-6104/2012, c. 5.3 ss; TC VS, RVJ 1988 172, c. 3. b.  
24 Cf. MONTAVON, 106; REYMOND, 221; REYMOND, SPR, 175.  
25 Cf. **ATF 80 II 271**, c. 1a, JdT 1955 I 333. *Contra*: ATF 78 III 33, c. 11, JdT 1952 I 403.  
26 Cf., dans ce sens, **ATF 86 II 78**, c. 6b, JdT 1961 I 7.  
27 C. app. BE, RJB 1961 281, c. V. Cf. ég. REYMOND, 221.  
28 Cf. TC VS, RVJ 1988 172, c. 6. Cf. ég. **BSK OR II-MOLL**, N 8; ZK-GUTZWILLER, N 11.  
29 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 8; ZK-GUTZWILLER, N 12.  
30 Cf. MONTAVON, 106. Dans ce sens, REYMOND, 221.  
31 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 3; ZK-GUTZWILLER, N 3 s.

[2014] Art. 884

4. Réunion de tous les associés

Lorsque tous les associés sont présents à l'assemblée, ils peuvent, s'il n'y a pas d'opposition, prendre des décisions sans observer les formes prévues pour la convocation de l'assemblée générale.

[Deutsche Fassung]

4. Universalversammlung

Wenn und solange alle Genossenschafter in einer Versammlung anwesend sind, können sie, falls kein Widerspruch erhoben wird, Beschlüsse fassen, auch wenn die Vorschriften über die Einberufung nicht eingehalten wurden.

[versione italiana]

4. Riunione di tutti i soci

Quando e finché tutti i soci siano adunati, essi possono, se nessuno vi si opponga, prendere deliberazioni, anche se non furono osservate le disposizioni sulla convocazione dell'assemblea generale.

BIBLIOGRAPHIE

Cf. bibliographie CO 879.

De façon analogue au droit de la SA (CO 701) et de la Sàrl (CO 809 V), le législateur a voulu que, lorsque tous les associés d'une SCoop se trouvent réunis en assemblée universelle, ils puissent exercer les prérogatives d'une assemblée générale, sans devoir respecter les formes prévues pour sa convocation. 1

CO 884 décrit d'une part les conditions (II) pour qu'une réunion de tous les associés ait lieu valablement et d'autre part les effets (III) relatifs à sa tenue. Auparavant, on décrira brièvement le but (I) de cette disposition. 2

I. Le but

En principe, le respect des formes prévues pour convoquer une assemblée générale (CO 881 ss) est une condition nécessaire pour que les coopérateurs puissent se déterminer par votation. CO 884 permet toutefois à une assemblée de tous les associés (*Universalversammlung, Riunione di tutti i soci*) de prendre des décisions valables en dépit d'une convocation formellement viciée. 3

La *ratio legis* de CO 884 est triple<sup>1</sup>: (i) elle évite aux petites SCoop de devoir se plier aux exigences formelles de convocation de l'assemblée générale prévues par le CO<sup>2</sup>; (ii) elle permet un gain de temps et d'efficacité dans la mesure où une assemblée générale peut avoir valablement lieu malgré une convocation viciée<sup>3</sup>; (iii) elle autorise le vote d'une assemblée convoquée régulièrement sur des propositions absentes de l'ordre du jour<sup>4</sup>. 4

II. Les conditions

Une réunion de tous les associés peut prendre des décisions sans observer les formes prévues pour la convocation de l'assemblée générale si elle remplit les **deux conditions cumulatives** suivantes<sup>5</sup>: 5

**1° Tous les coopérateurs** (ou tous les délégués, cf. CO 892) sont **présents** lors du vote<sup>6</sup>. Si un seul membre fait défaut, il n'y a pas de « réunion de tous les associés » au sens de CO 884. En l'absence de convocation selon CO 881, une décision prise par un rassemblement (partiel) [2015] d'associés est nulle<sup>7</sup>. Cette condition tend à empêcher qu'une décision ne porte atteinte aux intérêts individuels d'un coopérateur sans que celui-ci en ait été correctement informé<sup>8</sup>. 6

La lettre de CO 884 semble exiger la **présence personnelle** de tous les associés, au contraire de CO 701 qui se contente de la présence des représentants de la totalité des actions de la SA<sup>9</sup>. Certains auteurs considèrent que cette limitation est justifiée vu la nature personnelle des intérêts représentés lors d'une réunion de tous les associés<sup>10</sup>. D'autres ne voient dans le texte de CO 884 qu'une formulation peu heureuse du législateur et sont d'avis que, lorsque la représentation est régulière, l'accord du représentant produit ses effets, y compris dans le cas de CO 884<sup>11</sup>. 7

A notre avis, le droit de la SCoop autorise certes la **représentation** d'un associé par un autre dans le cadre de l'assemblée générale (CO 886) et la réunion de tous les associés n'est rien d'autre qu'une forme particulière d'assemblée générale. Toutefois, il faut tenir compte des particularités de la réunion de tous les associés et distinguer selon sa cause: (i) Si les objets traités en assemblée universelle correspondent intégralement à l'ordre du jour ayant été adressé pour l'assemblée générale, la représentation est possible car le représenté a eu tout loisir d'instruire correctement son représentant. (ii) Si la réunion de tous les associés aborde des points ne figurant pas sur l'ordre du jour dont le représenté a eu connaissance au préalable, celui-ci n'a en principe pas pu instruire correctement son représentant: dans ce cas, la représentation à la réunion de tous les associés est inadmissible. 8

**2° Aucun coopérateur** n'est **opposé** à la tenue d'une réunion de tous les associés et au fait que des décisions soient prises à cette occasion<sup>12</sup>. Tout type d'opposition permet d'empêcher une décision<sup>13</sup>. Le coopérateur peut le faire de manière expresse ou tacite, notamment en quittant l'assemblée avant le vote ou en refusant tout simplement de voter<sup>14</sup>. 9

Le **fardeau de la preuve** relatif à ces deux conditions repose sur l'associé qui conteste la validité des décisions prises par une réunion de tous les associés au sens de CO 884. S'il participe à la réunion en question, on ne peut que lui conseiller de faire inscrire son opposition au procès-verbal<sup>15</sup>. 10

### III. Les conséquences

Dans la mesure où les **conditions de CO 884 sont remplies**, une réunion de tous les associés peut prendre des décisions et procéder à des élections sur tous les objets que la loi ou les statuts mettent dans la compétence de l'assemblée générale<sup>16</sup>. Par conséquent, il lui est interdit de s'exprimer sur des objets soustraits à sa compétence. 11

Les décisions sont prises à la **majorité absolue** des voix émises, dans la mesure où la loi ou les statuts ne prévoient pas autre chose. Un vote négatif ou une abstention d'un des associés ne constitue pas une opposition au sens de CO 884; au contraire, le fait de voter suppose l'acceptation du procédé (N 9)<sup>17</sup>. 12

Au surplus, les dispositions relatives à l'assemblée générale sont applicables à la réunion de tous les associés. Il faut notamment tenir un **procès-verbal** dans lequel on prendra soin de [2016] mentionner que tous les coopérateurs étaient présents et qu'ils ont renoncé au respect des règles formelles de convocation de l'assemblée générale. En outre, le procès-verbal devrait indiquer que tous les coopérateurs étaient présents jusqu'à la fin de l'assemblée et qu'aucun d'entre eux n'a formulé d'opposition par rapport aux objets traités<sup>18</sup>.

13

Si les **conditions de CO 884 ne sont pas remplies**, les décisions prises par le groupe de coopérateurs qui croyaient à tort former une réunion de tous les associés sont nulles ou annulables<sup>19</sup>. En fait, CO 884 n'est lui-même jamais violé: soit les conditions de cette disposition sont remplies et les irrégularités de la convocation se trouvent couvertes, soit elles ne sont pas réunies et les irrégularités commises violent CO 881, CO 882 et CO 883, ce qui entraîne, selon les cas, l'**annulabilité** ou la **nullité** des décisions prises (CO 881 N 26; CO 882 N 4; CO 883 N 15 s.; CO 891 N 3 et 32 ss)<sup>20</sup>.

14

#### Fussnoten:

- 1 Cf. HENSEL, 210 s.
- 2 Cf. ég. VON STEIGER, Formulaire, 57; ZK-GUTZWILLER, N 1.
- 3 Cf. REYMOND, 221; REYMOND, SPR, 175.
- 4 Cf. REYMOND, 221; BSK OR II-MOLL, N 1.
- 5 Cf. REYMOND, 221; HENSEL, 211 s., qui divise la première condition en deux sous-conditions; REYMOND, SPR, 175.
- 6 Cf. C. App. BE, RJB 1961 281, c. V.
- 7 Dans ce sens, BSK OR II-MOLL, N 3; ZK-GUTZWILLER, N 5. Pour les conséquences en présence d'une convocation et/ou d'un ordre du jour viciés, cf. CO 882 N 4 et CO 883 N 15 ss.
- 8 Cf. KGer GR, SJZ 1961 124, c. 1.
- 9 Cp. avec CO 701 qui exige la présence des propriétaires ou des représentants de la totalité des actions.
- 10 Cf. HENSEL, 211; WENNINGER, 77.
- 11 Cf. REYMOND, 222; BSK OR II-MOLL, N 4; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 4; REYMOND, SPR, 175. *Contra*: HENSEL, 211.
- 12 Cf. BSK OR II-MOLL, N 6; ZK-GUTZWILLER, N 7.
- 13 Cf. KGer GR, SJZ 1961 124, c. 2.
- 14 Cf. REYMOND, 221; BSK OR II-MOLL, N 6; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 5; ZK-GUTZWILLER, N 7.
- 15 Cf. BSK OR II-MOLL, N 6; HENSEL, 213.
- 16 Cf. BSK OR II-MOLL, N 9; HENSEL, 207.
- 17 Cf. HENSEL, 213. Comp. *supra* N 9.
- 18 Cf. BSK OR II-MOLL, N 8; VON STEIGER, SAG 1939/1940 195, en relation avec la SA.
- 19 Sur la distinction, cf. CO 891 N 3 et 32 ss.
- 20 Cf. REYMOND, 222; REYMOND, SPR, 175.

## Art. 885

IV. Droit de vote | Chaque associé a droit à une voix dans l'assemblée générale ou dans les votations par correspondance.

### [Deutsche Fassung]

IV. Stimmrecht | Jeder Genossenschafter hat in der Generalversammlung oder in der Urabstimmung eine Stimme.

### [versione italiana]

IV. Diritto di voto | Nell'assemblea generale o nella votazione per corrispondenza ogni socio ha un voto.

## BIBLIOGRAPHIE

Cf. bibliographie CO 879.

CO 885 concrétise le principe de Rochdale «un homme, une voix»<sup>1</sup> (I). Cette règle connaît toutefois des exceptions (II). 1

### I. Le principe

Selon CO 885, chaque coopérateur a droit à une voix dans l'assemblée générale ou dans les votes par correspondance. Cette disposition formule le principe «**un associé, un droit de vote**» prononcé par le rapporteur au Conseil national Aeby lors des débats parlementaires en vue de l'adoption de cet article<sup>2</sup>. Cette règle fait écho au principe d'égalité de traitement formulé à CO 854<sup>3</sup> et constitue un des fondements éthiques de la SCoop selon lequel chaque associé revêt la même importance<sup>4</sup>. 2

Il s'agit d'une règle **distinguant** la SCoop notamment des personnes morales suivantes<sup>5</sup>: 3

**1° La SA.** Contrairement à CO 692 I où une vision capitaliste prédomine, le principe retenu par CO 885 met en évidence l'autonomie corporative ainsi que le caractère personnel et démocratique de la SCoop<sup>6</sup>. 4

[2017] **2° L'association.** Une partie de la doctrine admet le bien-fondé de clauses statutaires octroyant des droits de participation à des non-membres de l'association<sup>1</sup>. Ce point de vue ne se justifie pas pour la SCoop qui est orientée vers la satisfaction des besoins économiques de ses membres et, partant, de leurs intérêts personnels: l'octroi du droit de vote à des tiers pourrait avoir pour conséquence néfaste que ceux-ci fassent prévaloir leurs intérêts personnels au détriment du but de la SCoop<sup>2</sup>. 5

Le coopérateur possède, parmi d'autres droits, celui de voter lors de l'assemblée générale ou d'un vote par correspondance (CO 882). L'existence de ce droit dépend directement de la qualité d'associé: il n'y a pas de membre sans droit de vote et le droit de vote ne peut pas disparaître sans que la qualité de membre disparaisse elle aussi<sup>3</sup>. Symétriquement, le droit 6

de vote n'appartient qu'aux coopérateurs : des tiers ne peuvent donc pas voter à l'assemblée générale (comp. N 5)<sup>4</sup>. CO 885 est une norme **impérative**<sup>5</sup> : seule une base légale permet d'y déroger valablement (N 15 ss)<sup>6</sup>. Contrairement à ce que pourrait laisser entendre CO 833 (7), une disposition statutaire ne peut prévoir un régime différent, sous peine de nullité<sup>7</sup>.

Le principe de CO 885 entraîne notamment les **conséquences** suivantes :

1° Un coopérateur, y compris une corporation de droit public, ne peut se voir octroyer de statut privilégié lors d'un vote, par exemple un droit de veto<sup>8</sup>. Cela reviendrait à lui accorder une voix prépondérante<sup>9</sup>. Il faut toutefois admettre que le président peut avoir voix prépondérante (N 33).

2° Le droit de vote d'un coopérateur ne peut être ni limité ni supprimé à titre de sanction<sup>10</sup>.

3° Le droit de vote d'un coopérateur ou sa pondération ne peuvent dépendre de critères hexogènes tels que nationalité, domicile, sexe ou confession<sup>11</sup>.

4° La participation au capital d'un associé n'influence pas le poids de son vote. Ainsi, le nombre de voix d'un coopérateur ne peut être proportionnel au nombre de titres de part sociale qu'il détient<sup>12</sup>.

5° L'exercice du droit de vote ne peut dépendre de la libération complète de la part sociale<sup>13</sup>. La procédure de déchéance prévue à CO 867 règle spécifiquement la situation où un coopérateur n'a pas libéré sa part sociale<sup>14</sup>.

6° Un coopérateur nouvellement membre d'une SCoop ne peut se voir imposer de délai de carence avant de pouvoir exercer son droit de vote<sup>15</sup>.

7° Une fédération de SCoop ne peut avoir de droit de vote lors de l'assemblée générale d'un de ses membres collectifs<sup>16</sup>.

## [2018] II. Les exceptions

On distingue les exceptions découlant de CO 892 (A) des autres exceptions (B).

### A. Les exceptions découlant de CO 892

Le principe d'égalité de traitement est relatif (CO 854 N 3 ss) : il impose uniquement de traiter de manière semblable ce qui est identique et de manière dissemblable ce qui est différent<sup>17</sup>.

Le législateur en a tenu compte et a prévu à CO 892 un **régime spécial** pour les SCoop de plus de trois cents membres et pour celles où la majorité des membres sont eux-mêmes des SCoop : une assemblée des délégués peut exercer les attributions de l'assemblée générale si les statuts le prévoient.

La pondération du droit de vote des délégués et le respect des exigences de CO 885 conduit à distinguer les situations suivantes : une société comptant plus de trois cents membres (1), une société dont les membres sont exclusivement des SCoop (2) et une société dont les membres sont majoritairement des SCoop (3).

#### 1. Une SCoop comptant plus de trois cents membres

Dans une **grande SCoop** de plus de trois cents membres, l'assemblée des délégués répond uniquement à la difficulté de rassembler tous les membres en assemblée générale<sup>18</sup>. Par

conséquent, le principe d'égalité de traitement doit s'appliquer strictement lors de la nomination des délégués (CO 892 N 9)<sup>19</sup>.

Chaque délégué représente en principe le même nombre de coopérateurs et le poids de son vote est identique à celui de ses pairs. Avec la majorité de la doctrine, on peut exceptionnellement envisager une pondération différenciée du droit de vote des délégués si ceux-ci ne représentent pas le même nombre de coopérateurs (CO 892 N 14)<sup>20</sup>. Tout autre critère influençant le poids du vote d'un délégué est inadmissible<sup>21</sup>. 20

## 2. Une société dont les membres sont exclusivement des SCoop

Il s'agit d'une **fédération de SCoop** au sens de CO 921, dont l'organe faïtier est une assemblée des délégués sauf disposition contraire des statuts (CO 922 et CO 892). Dans ce type de société, les délégués représentent des sociétés-membres dont la taille, les obligations et les prestations diffèrent généralement les unes des autres. 21

Par conséquent, il est admissible d'adapter le nombre de délégués aux caractéristiques de la société-membre, ou – si chaque membre délègue une seule personne – le poids du vote du représentant au sein de l'assemblée faïtière (CO 892 N 32 et 38)<sup>22</sup>. Bien entendu, une pondération du droit de vote parmi les membres n'est pas obligatoire. 22

Le **critère** permettant une représentation différenciée à l'assemblée des délégués – soit par un nombre plus important de représentants, soit par un droit de vote pondéré – doit notamment satisfaire à **trois conditions**<sup>23</sup>: (i) il doit être prévu statutairement; (ii) il doit refléter l'importance effective des membres individuels par rapport au but et aux activités des sociétés concernées (N 24 ss et CO 892 N 39)<sup>24</sup> et (iii) le principe de l'égalité de traitement entre coopérateurs (CO 854) doit être respecté (N 2). 23

[2019] Les **critères suivants** sont admissibles: l'utilisation par la fédération des installations de la société-membre car cette utilisation reflète l'importance de la société-membre pour la fédération; le nombre d'associés de la société-membre car il correspond à son importance relative; l'importance du cheptel dans une fédération de coopératives laitières, la surface boisée pour une fédération regroupant des coopératives propriétaires de forêts, la capacité d'encavage pour une fédération de coopératives viticoles, etc.<sup>25</sup>. 24

Un critère particulier mérite qu'on s'y attarde: celui de la **participation au capital social** de la fédération. Nous avons vu qu'en principe, ce critère n'est pas acceptable pour pondérer le droit de vote des coopérateurs (N 11). Toutefois, lorsque les statuts d'une fédération prévoient que la participation d'un membre au capital social repose elle-même sur un critère coopératif jugé acceptable ci-dessus (p.ex. le nombre de membres ou l'utilisation des installations, cf. N 24), il n'est pas contraire à CO 854 de pondérer le droit de vote des sociétés-membres dans l'assemblée des délégués en fonction de leur contribution financière 25

Une fois un paramètre admissible retenu, le **poids du vote** des délégués doit refléter l'importance de la société-membre sur la base de ce critère (CO 892 N 32 et 38). Une variation en faveur des plus grandes sociétés est incompatible avec le principe de CO 854. Par contre, il est possible d'avantager une SCoop-membre de moindre importance car cette démarche rapproche le vote au sein de la fédération de la règle de CO 885<sup>27</sup>. 26

## 3. Une société dont les membres sont majoritairement des SCoop

Dans une société où les membres sont majoritairement des SCoop, il convient de **distinguer** 27  
selon la nature des associés :

1° L'associé est une **SCoop-membre**. Les statuts peuvent prévoir une pondération du droit 28  
de vote d'un membre collectif, comme dans le cas d'une fédération de SCoop (N 22 et CO  
892 N 38)<sup>28</sup>. Cette différenciation se justifie notamment lorsque les membres individuels  
peuvent participer personnellement aux décisions de l'assemblée des délégués: le  
renforcement du vote des membres collectifs sur la base du critère objectif retenu (N 23 ss)  
est alors légitime (CO 892 N 32 ss)<sup>29</sup>.

2° L'associé est un **membre individuel**. Le principe de l'égalité de traitement prévu à CO 854 29  
s'applique strictement: tous les membres individuels doivent posséder le même droit de  
vote, chacun ayant une voix lors de l'assemblée des délégués<sup>30</sup>. Il n'est pas possible de  
déroger à cette règle, même si des différences objectives pourraient théoriquement justifier  
une pondération du droit de vote parmi les membres individuels<sup>31</sup>.

Si les membres individuels ne prennent pas personnellement part à l'assemblée et élisent 30  
eux aussi des délégués, chaque membre individuel a droit à une voix lors de l'élection de ces  
derniers, conformément à CO 885 (CO 892 N 35)<sup>32</sup>. Par contre, pour les votes de l'  
assemblée des délégués qui suit, il est possible de déroger au principe de CO 885 – selon  
lequel chaque associé dispose d'au moins une voix – dans la mesure où les délégués des  
membres individuels peuvent disposer d'un nombre de voix inférieur au nombre de  
personnes qu'ils représentent effectivement<sup>33</sup>.

#### [2020] B. Les autres exceptions

A côté des exceptions fondées sur CO 892, on peut mentionner celle liée à l'exclusion du 31  
droit de vote (1) et celle relative à la voix prépondérante du président (2).

##### 1. L'exclusion du droit de vote

CO 887 exige que les personnes ayant coopéré d'une manière quelconque à la gestion des 32  
affaires sociales ne participent pas aux décisions concernant la **décharge** de l'administration.  
Cette disposition est une exception justifiée à CO 885: dans ce cas, l'intérêt privé des  
coopérateurs administrateurs doit s'effacer devant celui de la SCoop à obtenir une décision  
impartiale. Notons que cette exception ne peut être étendue – en appliquant CC 68 par  
analogie – aux décisions relatives à une affaire où l'associé ou un de ses proches est partie  
en cause (CO 887 N 6).

##### 2. La voix prépondérante du président

Une application stricte de CO 885 empêcherait d'admettre une disposition statutaire 33  
prévoyant que le président de l'assemblée générale dispose d'une **voix prépondérante** en  
cas d'égalité des voix. Toutefois, une partie de la doctrine l'admet pour des raisons pratiques,  
selon nous à raison<sup>34</sup>: ce mécanisme simple et rapide permet en effet à la société de former  
sa volonté en cas d'égalité des voix émises.

#### Fussnoten:

1 Cf. CAPITAINE, Société coopérative, 27; VON BÜREN, 102, en parlant de « *one man, one vote* ». Cf. ég. concernant les principes de Rochdale, Intro CO 828-926 N 3.

- 1 Cf. SIGG, 23; WENNINGER, 51; ZK-EGGER, CC 66/67 N 10.
- 2 Cf. ZK-GUTZWILLER, N 6.
- 2 Cf. **ATF 128 III 375**, c. 3.2, JdT 2004 I 359.
- 3 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 1; PESTALOZZI, 56 s.; SIGG, 18.
- 3 Cf. CHK-MÜLLER/FORNITO, N 3; PESTALOZZI, 57; VON STEIGER, SAG 1948/49 92, 93.
- 4 **ATF 128 III 375**, c. 3.2, JdT 2004 I 359 et les réf. cit. Cf. ég. PATRY, 17 et les réf. cit.; SIGG, 20.
- 4 Cf. **ATF 128 III 375**, c. 3.1-3.2., JdT 2004 I 359 et les réf. cit. Cf. ég. REYMOND, 223; **BSK OR II-MOLL**, N 2; VON BÜREN, 110; SIGG, 23 et les réf. cit.
- 5 Dans le même sens, HEINI, 545.
- 5 Cf. **ATF 128 III 375**, c. 3.1, JdT 2004 I 359; **ATF 90 II 342**, c. 5.b; ATF 72 II 91, c. 3, JdT 1946 I 546.
- 6 Cf. **ATF 128 III 375** c. 3.2, JdT 2004 I 359. Cf. ég. REYMOND, 222 s.; PATRY, 17, citant le message du Conseil fédéral de 1928; GERBER, 52.
- 6 Cf. CO 854, dont CO 885 est un cas d'application, qui prévoit le régime de l'exception légale.
- 7 Cf. **ATF 128 III 375**, c. 3.1-3.2, JdT 2004 I 359; ATF 67 I 262, c. 2, JdT 1942 I 593. Cf. ég. l'avis du rapporteur Aeby *in* ZK-GUTZWILLER, N 6; VON BÜREN, 110.
- 8 Cf. MONTAVON, 108. Cf. ég. CO 888 N 19.
- 9 Pour un exemple concernant une corporation de droit public, cf. ATF 67 I 262, c. 2, JdT 1942 I 593.
- 10 Cf. REYMOND, 223. Dans ce sens, AppGer. BS, BJM 1987 200, c. 3 s.
- 11 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 2; GERWIG, 272; PESTALOZZI, 59. Dans ce sens, REYMOND, SPR, 179.
- 12 TF, **4C.101/2002**, c. 4.3.2.; ATF 72 II 91, c. 3, JdT 1946 I 546. Cf. ég. CAPITAINE, Société coopérative, 27; REYMOND, 223; GERWIG, 272 s.
- 13 Cf. REYMOND, 223; REYMOND, SPR, 176; VON STEIGER, SAG 1948/1949 92 s.
- 14 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 3; SIGG, 22.
- 15 Cf. REYMOND, 223; **BSK OR II-MOLL**, N 2; SIGG, 22; VON STEIGER, SAG 1948/1949 92, 93.
- 16 Cf. VON BÜREN, 110. Pour une définition du « membre collectif », cf. CO 892 N 34.
- 17 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 1; GERWIG, 320 ss.
- 18 Cf. PESTALOZZI, 88 et les réf. cit.; ZK-GUTZWILLER, CO 892 N 30.
- 19 Cf. AppGer. BS, BJM 1987 200, c. 3 s.
- 20 Cf. REYMOND, 245 s. et les réf. cit., ég. à la doctrine minoritaire; **BSK OR II-MOLL**, N 6; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 6.
- 21 Cf. GERWIG, 321; PESTALOZZI, 88 et les réf. cit.; ZK-GUTZWILLER, N 10 s. et CO 892 N 3 et 27.
- 22 Cf. REYMOND, 302; **BSK OR II-MOLL**, N 7; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 7; ZK-GUTZWILLER, N 10. Cf. ég. NATSCH, Die Genossenschaft im Konzern, th. Berne, 2002, 26.
- 23 Cf. REYMOND, 303; PESTALOZZI, 90; SIGG, 128, pour les deux dernières conditions.
- 24 Cf. REYMOND, 303; **BSK OR II-MOLL**, N 9; GERWIG, 322.
- 25 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 9; PESTALOZZI, 89 s. et les réf. cit.; SIGG, 127 s. et les exemples cités.
- 26 Cf. REYMOND, 303; **BSK OR II-MOLL**, N 11; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 7; GERWIG, 321 s. Moins libéral, PESTALOZZI, 90.

- 27 Cf. REYMOND, 303; **BSK OR II-MOLL**, N 10; SIGG, 128 s.
- 28 Cf. REYMOND, 299; **BSK OR II-MOLL**, N 12; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 8; SIGG, 134.
- 29 Cf. CAPITAINE, Société coopérative, 28; PESTALOZZI, 89 et les réf. cit.
- 30 Cf. REYMOND, 299 et 304 et les réf. cit. CHK-MÜLLER/FORNITO, N 8.
- 31 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 13; SIGG, 134. Critique, REYMOND, 304.
- 32 Cf. REYMOND, 304; **BSK OR II-MOLL**, N 14; SIGG, 122.
- 33 Cf. REYMOND, 300; REYMOND, SPR, 235 s.
- 34 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 18; WENNINGER, 68 s.; ZK-GUTZWILLER, CO 889 N 9. *Contra*: REYMOND, 224; HENSEL, 154; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 4; SIGG, 26 ss; SCHAUB, Encore la voix prépondérante du président, SAG 1962/63 328.

**Art. 886**

V.  
Représentation d'  
un associé

<sup>1</sup> Le droit de vote peut être exercé en assemblée générale par l'intermédiaire d'un autre associé, mais aucun membre ne peut représenter plus d'un associé.

<sup>2</sup> Les sociétés de plus de mille membres peuvent disposer, dans leurs statuts, qu'un associé a le droit de représenter jusqu'à neuf membres.

<sup>3</sup> Les statuts peuvent permettre à un associé de se faire représenter par un membre de sa famille ayant l'exercice des droits civils.

**[Deutsche Fassung]**

V. Vertretung

<sup>1</sup> Bei der Ausübung seines Stimmrechts in der Generalversammlung kann sich ein Genossenschafter durch einen andern Genossenschafter vertreten lassen, doch kann kein Bevollmächtigter mehr als einen Genossenschafter vertreten.

<sup>2</sup> Bei Genossenschaften mit über 1000 Mitgliedern können die Statuten vorsehen, dass jeder Genossenschafter mehr als einen, höchstens aber neun andere Genossenschafter vertreten darf.

<sup>3</sup> Den Statuten bleibt vorbehalten, die Vertretung durch einen handlungsfähigen Familienangehörigen zulässig zu erklären.

**[versione italiana]**

V.  
Rappresentanza

<sup>1</sup> Per l'esercizio del suo diritto di voto nell'assemblea generale ogni socio può farsi rappresentare da un altro socio; nessuno può tuttavia rappresentare più di un socio.

<sup>2</sup> Nelle società cooperative di più di mille soci, lo statuto può disporre che ciascun socio ha il diritto di rappresentarne più d'uno, ma al massimo nove.

<sup>3</sup> Lo statuto può permettere che il socio si faccia rappresentare da un membro della sua famiglia il quale abbia l'esercizio dei diritti civili.

**BIBLIOGRAPHIE**

Cf. bibliographie CO 879.

[2021] A l'initiative des compagnies d'assurance dont certains coopérateurs vivaient à l'étranger, le législateur historique a introduit CO 886, qui traite de la représentation d'un associé dans le cadre de l'assemblée générale<sup>1</sup>. On distinguera le principe de la représentation (I) des cas d'application (II).

1

**I. Le principe de la représentation**

2

Malgré la formulation large de la note marginale de CO 886, le champ d'application de la représentation d'un associé est limité et mérite concrétisation (A). On précisera également les modalités de la représentation (B).

### A. Le champ d'application

Le champ d'application de CO 886 se limite d'abord à la **représentation d'un associé** par une autre personne et ne restreint pas la participation de tiers à l'assemblée générale. La présence de certains tiers est même obligatoire, notamment les administrateurs (CO 902 II-III), les réviseurs en cas de contrôle ordinaire (CO 906 et 731 II) et les liquidateurs (CO 913 I et 740 ss). D'autres, comme les représentants de la communauté des créanciers d'un emprunt par obligations (CO 1160), ont le droit de participer à l'assemblée générale dans la mesure où la SCoop se trouve en demeure dans l'accomplissement de ses obligations. L'assemblée générale peut aussi décider de convoquer des experts ou d'admettre des représentants de la presse<sup>2</sup>.

Contrairement à ce que pourrait laisser ensuite entendre la note marginale, le champ d'application de CO 886 se limite à la représentation d'un associé dans l'**exercice du droit de vote** et ne s'étend pas à une représentation générale. Une telle interprétation résulte du système de la loi: CO 886 se trouve en effet entre l'article sur le droit de vote (CO 885) et la disposition traitant de l'exclusion de ce même droit (CO 887)<sup>3</sup>.

Enfin, CO 886 ne traite que du droit de vote du sociétaire au sein de l'**assemblée générale** (ou lors d'une votation par correspondance [CO 880]<sup>4</sup>). Les règles de la représentation selon CO 886 ne s'appliquent donc pas directement aux organes suivants:

**1° L'assemblée des délégués** d'une SCoop comptant plus de trois cents membres, ainsi qu'à celle d'une fédération de coopératives ou d'une SCoop dont la majorité des membres sont des coopératives (CO 892)<sup>5</sup>. Pour ce type d'assemblée, le CO ne limite pas le nombre d'associés que peut représenter un délégué. Par contre, un délégué empêché de participer à une assemblée peut se faire remplacer par un de ses pairs, lequel ne peut pas accepter d'autres mandats de représentation (CO 892 N 24)<sup>6</sup>.

**2° La réunion de tous les associés** (CO 884). Lors d'une réunion de tous les associés, la représentation n'est pas autorisée si le représenté n'a pas eu connaissance au préalable des objets traités; par contre, elle est admissible s'il a pu instruire correctement son représentant (cf. CO 884 N 8).

### B. Les modalités

CO 886 est une norme de **droit impératif** dans la mesure où les statuts ne peuvent ni supprimer, ni restreindre le droit de représentation prévu par CO 886 I, ni assouplir les conditions prévues par CO 886 II et III<sup>7</sup>.

[2022] Le **rapport de représentation** repose en principe sur un fondement contractuel, exceptionnellement sur une base légale expresse (CO 847 IV). Le représentant doit se conformer aux instructions du représenté (CO 689b I par analogie) et exercer le droit de vote au nom de celui-ci, même s'il est d'un avis différent<sup>8</sup>.

Au contraire de CO 689a pour la SA, le droit de la SCoop ne contient pas de prescription légale sur la **légitimation** du représentant à l'égard de la société. Les statuts de la SCoop

peuvent exiger un document spécifique<sup>9</sup>. A défaut, on requerra du représentant qu'il justifie de sa capacité par une procuration, en principe écrite<sup>10</sup>.

Le droit de la SCoop ne contient pas de règle expresse pour le cas où des **tiers non autorisés** participent à un vote. Par analogie à la solution retenue pour la SA (CO 691 III), la décision en question n'est pas nulle mais seulement **annulable** (CO 891)<sup>11</sup>. La décision ne sera pas invalidée si la SCoop prouve que la participation de l'imposteur n'a eu, au vu des circonstances concrètes, aucune influence sur la prise de décision de l'assemblée générale<sup>12</sup>.

## II. Les cas d'application

Selon les types de SCoop, un associé peut représenter un seul associé (A) ou plusieurs (B). Un coopérateur peut aussi désigner, à certaines conditions, un membre de sa famille comme représentant (C). Enfin, une représentation est autorisée dans des situations spéciales (D).

### A. La représentation d'un associé par un autre associé (CO 886 I)

Dans les SCoop ordinaires, seul un **associé** peut *ex lege* en représenter un autre. Par ailleurs, l'associé n'a le droit de ne **représenter** qu'un et un **seul coopérateur**. Par conséquent, il ne peut exercer que deux voix au maximum, la sienne et celle du représenté<sup>13</sup>. Le législateur veut ainsi éviter la formation de groupes de pression et l'abandon de voix à des membres influents<sup>14</sup>.

CO 886 I est une norme de **droit impératif** à triple titres: (i) les statuts ou tout autre décision ne peuvent empêcher un associé de se faire représenter par un autre coopérateur qui ne défend pas déjà les intérêts d'un autre membre<sup>15</sup>; (ii) les statuts ou tout autre décision ne peuvent, sauf aux conditions de CO 886 II (N 16 s.), autoriser un associé à représenter deux ou plusieurs autres coopérateurs; (iii) les statuts ou tout autre décision ne peuvent, sauf aux conditions de CO 886 III (N 18 ss), autoriser un tiers à représenter un associé.

Selon certains auteurs, les statuts peuvent exiger que le représenté fasse la **preuve d'un empêchement**<sup>16</sup>. Toutefois, l'assemblée générale elle-même ne pourra pas se prononcer sur le caractère justifié ou non des motifs d'empêchement du représenté. Seul le juge pourra le faire dans le cadre d'une action en annulation (CO 891) de la décision à laquelle le représentant d'un associé non empêché a participé<sup>17</sup>.

### B. La représentation de plusieurs associés par un autre associé (CO 886 II)

Selon CO 886 II, les sociétés de plus de **mille membres** peuvent prévoir dans leurs statuts que chaque coopérateur a le droit de représenter jusqu'à **neuf autres associés**. Par conséquent, le [2023] représentant exerce au maximum dix voix, la sienne et celles des représentés. Cette disposition n'est pas applicable à la délégation aux assemblées de délégués (CO 892) et aux assemblées de fédérations de coopératives (CO 922), dont les statuts peuvent attribuer aux délégués des droits de représentation pour plus de neuf droits de vote (N 6)<sup>18</sup>.

CO 886 II a pour **but** de simplifier les rapports de représentation dans les grandes SCoop, en particulier dans les sociétés d'assurance<sup>19</sup>. Toutefois, l'efficacité de la solution retenue par le législateur ne doit pas être surestimée<sup>20</sup>. D'une part, dans les grandes SCoop, il reste souvent impossible de réunir suffisamment de représentants pour que l'assemblée soit représentative. D'autre part, d'autres solutions, telles que celles proposées à CO 892 I

(compétences de l'assemblée générale exercées par une assemblée des délégués) ou à CO 893 (compétences de l'assemblée générale transférées à l'administration), permettent de mieux tenir compte de la réalité des grandes SCoop et sont préférées en pratique à celle de CO 886 II.

*C. La représentation d'un associé par un membre de sa famille (CO 886 III)*

Un associé peut se faire représenter par un **membre de sa famille** ayant l'exercice des droits civils, uniquement si les statuts l'y autorisent. Conformément à la règle générale de CO 886 I, auquel CO 886 III faisait directement suite avant l'introduction de CO 886 II, un membre de la famille ne peut représenter qu'un seul associé<sup>21</sup>. 18

On définit comme « **membres de [l]a famille** » les personnes faisant ménage commun avec le coopérateur ainsi que ses parents et alliés au sens de CC 20 s.<sup>22</sup>. 19

En outre, CO 886 III exige que le membre de la famille ait l'**exercice des droits civils** (CC 12 ss). Certains auteurs sont d'avis que la capacité de discernement (CC 16) suffit puisque le représenté doit en principe instruire le représentant<sup>23</sup>. 20

*D. La représentation dans des situations spéciales*

Une représentation est également possible dans les **situations spéciales** suivantes: 21

**1° Un coopérateur est décédé.** Si les statuts de la SCoop prévoient que ses héritiers sont de plein droit membres de la société (CO 847 II), la communauté des héritiers désigne un représentant pour défendre ses intérêts (CO 847 IV), notamment pour exercer son droit de vote<sup>24</sup>. 22

**2° Un coopérateur est mineur ou n'a pas l'exercice des droits civils.** Dans ce cas, le représentant légal le représente dans l'exercice du droit de vote (CC 19 ss)<sup>25</sup>. 23

**Fussnoten:**

- 1 Cf. REYMOND, 225 et la réf. cit.
- 2 Cf. BSK OR II-MOLL, N 15; HENSEL, 57.
- 3 Cf. BSK OR II-MOLL, N 1; ZK-GUTZWILLER, N 2 et 5.
- 4 Cf. REYMOND, 242 s. mentionnant des avis divergents; REYMOND, SPR, 191. *Contra*: BSK OR II-MOLL, N 2, mentionnant HENSEL, 189 et excluant, dans ce cas, toute représentation.
- 5 Cf. BSK OR II-MOLL, N 2; ZK-GUTZWILLER, N 5.
- 6 Cf. REYMOND, 304.
- 7 Cf. CH-MÜLLER/FORNITO, N 3; REYMOND, 225 s. et les réf. cit.; REYMOND, SPR, 178.
- 8 Cf. MONTAVON, 114.
- 9 Cf. BSK OR II-MOLL, N 5; HENSEL, 54.
- 10 Cf. MONTAVON, 114. Dans ce sens, ZK-GUTZWILLER, N 3. *Contra*: VON STEIGER, Formulaire, 58.
- 11 Cf. CO 691 N 30 ss. Cf. ég. MONTAVON, 107; BSK OR II-MOLL, N 16.
- 12 Dans ce sens, ATF 72 II 275, c. 5, JdT 1947 I 167. Cf. ég. BSK OR II-MOLL, N 16.
- 13 Cf. CAPITAINE, Société coopérative, 28 et 35; VON BÜREN, 102; ZK-GUTZWILLER, N 2. Dans ce sens, HENGGELER, 168.
- 14 Cf. MONTAVON, 114; VON BÜREN, 102. Dans ce sens, GERBER, 52 et 60 ss.

- 15 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 4; HENSEL, 52 s.; WENNINGER, 77 et les réf. cit. *Contra*: VON STEIGER, SAG 1944/45, 145 s., pour qui les statuts peuvent exclure la représentation.
- 16 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 4; HENSEL, 53.
- 17 Cf. ZK-GUTZWILLER, N 3.
- 18 Cf. CAPITAINE, Société coopérative, 35 s.
- 19 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 7; ZK-GUTZWILLER, N 5.
- 20 Cf. ZK-GUTZWILLER, N 5.
- 21 Cf. CAPITAINE, Société coopérative, 28; ZK-GUTZWILLER, N 4. *Contra*: MONTAVON, 114.
- 22 Cf. REYMOND, 226; REYMOND, SPR, 178 et les réf. cit. Dans ce sens, cf. ég. **BSK OR II-MOLL**, N 9; ZK-GUTZWILLER, N 4.
- 23 Cf. ZK-GUTZWILLER, N 4.
- 24 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 6; WENNINGER, 80.
- 25 Cf. REYMOND, 226; VON STEIGER, Précis, 81; **BSK OR II-MOLL**, N 6; REYMOND, SPR, 178.

## Art. 887

VI. Exclusion du droit de vote

<sup>1</sup> Les personnes qui ont coopéré d'une manière quelconque à la gestion des affaires sociales ne peuvent prendre part aux décisions qui donnent ou refusent décharge à l'administration.

<sup>2</sup> ...

### [Deutsche Fassung]

VI. Ausschliessung vom Stimmrecht

<sup>1</sup> Bei Beschlüssen über die Entlastung der Verwaltung haben Personen, die in irgendeiner Weise an der Geschäftsführung teilgenommen haben, kein Stimmrecht.

<sup>2</sup> ...

### [versione italiana]

[2024] VI. Esclusione dal diritto di voto

<sup>1</sup> Le persone che hanno in qualsiasi modo partecipato alla gestione degli affari non possono dare il voto nelle deliberazioni di discarico all'amministrazione.

<sup>2</sup> ...

## BIBLIOGRAPHIE

Cf. bibliographie CO [879](#).

CO [887](#) prévoit que toutes les personnes ayant participé d'une manière quelconque à la gestion des affaires sociales ne peuvent en principe exercer leur droit de vote lors des décisions portant sur la décharge de l'administration. **1**

L'interdiction faite aux membres de l'administration de participer aux décisions concernant la décharge repose sur une justification évidente. Si ces personnes étaient autorisées à voter, un conflit pourrait survenir entre leurs intérêts individuels et l'intérêt de la SCoop<sup>1</sup>. On distinguera ci-après l'objet (I), les sujets (II) et les conséquences de la violation (III) de cette exclusion. **2**

### I. L'objet de l'exclusion

L'exclusion du droit de vote formulée à CO [887 a](#) pour **objet** les « décisions qui donnent ou refusent décharge à l'administration ». Cette formulation fait directement référence à CO [879](#) II (4), (cf. CO [879](#) N [38](#) ss). **3**

L'interdiction de CO [887](#) est **contraignante**. Elle vaut pour toutes les décisions relatives à la décharge, indépendamment du fait que celle-ci soit accordée en bloc ou à chaque membre individuel<sup>2</sup>. C'est une norme **impérative**: une disposition statutaire ou une décision de l'assemblée générale ne peut pas autoriser les sujets de l'interdiction (N [9](#) ss) à prendre part aux décisions donnant ou refusant la décharge. **4**

L'interdiction de CO 887 est **exclusive**. Elle ne vise que les décisions concernant la décharge de l'administration (CO 879 II [4]). Cette délimitation appelle les commentaires suivants: 5

1° Les statuts ne peuvent prévoir aucune autre exclusion du droit de vote. On ne peut ainsi prononcer une interdiction de voter à titre de sanction<sup>3</sup>. Nonobstant l'interdiction générale de l'abus de droit (CC 2)<sup>4</sup>, on ne peut pas non plus raisonner par analogie avec CC 68 et exclure du vote un coopérateur lorsque celui-ci ou ses proches sont parties en cause dans l'affaire soumise au vote. De même, un coopérateur ne peut pas lui-même renoncer au droit de vote de façon générale: ce choix représenterait une violation inadmissible de ses droits inaliénables<sup>5</sup>. 6

2° L'interdiction n'a pour objet ni les décisions portant sur l'élection ou la révocation des administrateurs (CO 879 II [2]), ni celles concernant l'approbation du rapport annuel, des comptes annuels et des comptes consolidés ainsi que la répartition du bénéfice (CO 879 II [3] et CO 879 N 33), même si des intérêts privés peuvent influencer ces nominations et ces votations au détriment de l'intérêt général de la SCoop<sup>6</sup>. 7

3° L'interdiction n'affecte pas le droit de participer à l'assemblée générale<sup>7</sup>. Les sujets exclus du vote (N 9 ss) peuvent prendre part aux débats précédant la décision de décharge, formuler des propositions et tenter d'influencer ainsi la décision des coopérateurs<sup>8</sup>. 8

## [2025] II. Les sujets exclus

Selon CO 887, toutes les personnes ayant participé d'une manière quelconque à la gestion de la SCoop se voient exclues du droit de vote dans la mesure décrite ci-dessus (N 3 ss). 9

L'interdiction vaut pour tous les **associés ayant participé à la gestion** même si, en cas de décharge accordée individuellement, certaines décisions ne les concernent pas directement<sup>9</sup>. Un associé gérant ne peut se faire représenter pour le vote en question par un autre coopérateur (CO 886), même si celui-ci n'a pas administré la société<sup>9</sup>. Par contre, les héritiers d'un membre de l'administration peuvent voter la décharge du *de cuius* et des autres personnes impliquées dans la gestion de la SCoop, du moment qu'ils n'ont pas reçu d'instructions de vote<sup>10</sup>. 10

Le principal **critère** permettant d'identifier le cercle des personnes concernées par l'exclusion du droit de vote est leur **pouvoir de représenter** ou non la société **envers l'extérieur**<sup>11</sup>. Sont donc visés par l'interdiction non seulement les membres de l'administration et les directeurs mais aussi tous ceux qui gèrent au nom et pour le compte de la SCoop, de façon indépendante, les affaires courantes de celle-ci<sup>12</sup>. 11

En principe, l'interdiction ne vise **pas les simples exécutants** tels que les employés et les fondés de procuration qui se contentent de mettre en pratique les instructions reçues<sup>13</sup>. Si toutefois l'un d'entre eux bénéficie d'un pouvoir décisionnel dans un cas précis, on considère alors exceptionnellement qu'il participe à la gestion de la société<sup>14</sup>. 12

Si une **personne morale** est membre de la SCoop et un de ses représentants participe à la gestion de la SCoop (CO 894 II), l'existence du droit de vote de la personne morale lors d'une décision concernant la décharge est controversée. Hensel l'exclut<sup>15</sup>, alors que Bürgi – en parlant de la SA – autorise une exception si un autre représentant que celui faisant partie de l'administration participe au vote<sup>16</sup>. 13

**III. Les conséquences de la violation**

Si un associé visé par CO 887 vote pour donner ou refuser la décharge à l'administration, la décision en question n'est pas nulle mais peut faire l'objet d'une action en **annulation** (CO 891)<sup>17</sup>. Pour que celle-ci aboutisse, le demandeur doit notamment établir que le vote du coopérateur a été déterminant pour l'issue du vote.

**14**

[supprimés]

**15-18****Fussnoten:**

- 1 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 1; WENNINGER, 84 s.
- 2 Cf. PICENONI, 75 et les réf. cit.
- 3 Cf. MONTAVON, 108; **BSK OR II-MOLL**, N 2; ZK-GUTZWILLER, N 3. *Contra*: VON STEIGER, Précis, 131 s., autorisant des motifs statutaires d'exclusion fondés sur des considérations analogues à CO 887.
- 4 Cf., pour la SA, **ATF 83 II 57**, c. 3, JdT 1957 I 164. Cf. ég., plus nuancés, REYMOND, 224 s.; VON STEIGER, Précis, 131 s. et les réf. cit.
- 5 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 2; HENSEL, 64.
- 6 Cf. VON STEIGER, Précis, 84; HENSEL, 62; ZK-GUTZWILLER, N 4.
- 7 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 3; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 2; HENSEL, 62.
- 8 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 3; ZK-GUTZWILLER, N 4. Dans ce sens, SIGG, 24.
- 9 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 4; PICENONI, 75. D'un avis différent, cf. MONTAVON, 108.
- 9 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 7. Le contraire permettrait de contourner de façon abusive l'interdiction de CO 887 I. Du même avis pour la SA, cf. ZK-BÜRGI, CO 695 N 11.
- 10 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 7; PICENONI, 76 s. et les réf. cit.
- 11 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 4; ZK-GUTZWILLER, N 5.
- 12 Dans ce sens, REYMOND, SPR, 180.
- 13 Cf. ZK-GUTZWILLER, N 6, qui propose une liste de ces personnes.
- 14 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 5; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 3; ZK-GUTZWILLER, N 6.
- 15 Cf. HENSEL, 63, mentionnant des avis divergents.
- 16 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 6; ZK-BÜRGI, CO 695 N 12.
- 17 Dans ce sens, PICENONI, 77 et les réf. cit.; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 4.

**Art. 888\***

VII. Décisions

1. En général

<sup>1</sup> Sauf disposition contraire de la loi ou des statuts, l'assemblée générale prend ses décisions et procède aux élections à la majorité absolue des voix émises. La même règle s'applique aux votations par correspondance.

<sup>2</sup> La majorité des deux tiers des voix émises est nécessaire pour la dissolution de la société coopérative et pour la révision des statuts. Toutefois, les statuts peuvent assujettir ces décisions à des règles plus rigoureuses.

**[Deutsche Fassung]**

[2026] VII.  
Beschlussfassung

1. Im Allgemeinen

<sup>1</sup> Die Generalversammlung fasst ihre Beschlüsse und vollzieht ihre Wahlen, soweit das Gesetz oder die Statuten es nicht anders bestimmen, mit absoluter Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Dasselbe gilt für Beschlüsse und Wahlen, die auf dem Wege der Urabstimmung vorgenommen werden.

<sup>2</sup> Für die Auflösung der Genossenschaft sowie für die Abänderung der Statuten bedarf es einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen. Die Statuten können die Bedingungen für diese Beschlüsse noch erschweren.

**[versione italiana]**

VII. Deliberazioni

1. In genere

<sup>1</sup> Salvo contraria disposizione della legge o dello statuto, l'assemblea generale prende le sue deliberazioni e fa le nomine di sua competenza a maggioranza assoluta dei voti emessi. La stessa norma si applica alle deliberazioni prese ed alle nomine fatte per corrispondenza.

<sup>2</sup> Per lo scioglimento della società cooperativa e la modificazione del suo statuto è necessario che la maggioranza favorevole sia costituita dai due terzi dei voti emessi. Lo statuto può porre, per siffatte deliberazioni, requisiti anche più rigorosi.

**BIBLIOGRAPHIE**

Cf. bibliographie CO 879.

CO 888-889 contiennent les règles applicables aux décisions prises par l'assemblée générale auxquelles on consacrerá quelques généralités (I). Selon CO 888 I, les décisions de l'assemblée générale se prennent à la majorité absolue des voix émises (II). Pour les décisions mentionnées à CO 888 II, le législateur exige une majorité qualifiée des deux tiers des voix émises (III).

1

**I. Généralités**

2

CO 888-889 fixent les exigences en matière de **quorum de voix** pour les décisions de l'assemblée générale<sup>1</sup>. Dans le projet d'Eugen Huber, ces deux articles ainsi que CO 885 formaient une seule disposition prévoyant la majorité absolue pour toutes les décisions. Ils n'ont été séparés que dans le projet Hoffmann<sup>2</sup>: le principe d'égalité entre les associés est ancré à CO 885 alors que CO 888-889 laissent aux statuts le soin de régler, dans les limites de la loi, les modalités des prises de décision par l'assemblée générale<sup>3</sup>. A cet égard, CO 888 n'a donc qu'un **rôle subsidiaire** par rapport aux statuts.

Selon CO 888 I, l'assemblée générale prend ses décisions à la **majorité absolue** des voix émises. Pour quelques décisions plus importantes (dissolution de la SCoop et révision des statuts), CO 888 II prévoit une **majorité qualifiée** de deux tiers des voix émises. Cette même majorité est également exigée en cas de fusion (LFus 18 I [d]) ou de transformation (LFus 64 I [d]). Lorsque ces décisions sont prises par une assemblée de délégués (CO 892, LFus 2 [h]), elles doivent également réunir deux tiers des voix émises par les délégués<sup>4</sup>. En pratique, ces seuils sont relativement vite atteints, puisqu'ils reposent sur les voix émises. Ils n'accordent donc qu'une faible protection à une minorité d'associés au sein de l'assemblée générale<sup>5</sup>.

En revanche, le législateur a imposé des **restrictions** plus sévères pour la prise de décisions tendant à introduire ou aggraver la responsabilité individuelle ou l'obligation d'opérer des versements supplémentaires. En effet, CO 889 prévoit une **majorité des trois quarts** de tous les associés (et non seulement des voix émises; CO 889 N 6 ss)<sup>6</sup>.

## [2027] II. L'exigence de majorité absolue (CO 888 I)

### A. La règle légale

Pour autant que la loi ou les statuts ne prévoient rien d'autre, l'assemblée générale prend ses décisions et procède aux élections à la **majorité absolue des voix émises**. La majorité absolue correspond à la moitié des voix plus une<sup>7</sup>. Les voix sont comptées non pas sur la base de tous les associés, mais sur celle des voix effectivement émises lors du vote, sans égard au nombre de coopérateurs présents<sup>8</sup>. Ainsi, les voix ne pouvant être exprimées (p.ex. lors du vote de la décharge, CO 887) de même que celles des associés absents et non représentés n'entrent pas en considération<sup>9</sup>.

En comparaison avec le droit de la SA – CO 703 exige la majorité absolue des voix attribuées aux actions représentées –, la prise de décision est plus simple dans la SCoop: les **abstentions** et les **bulletins blancs** ne sont pas considérés comme des « voix émises » et n'ont aucune influence sur le résultat du vote<sup>10</sup>. Ainsi, si sur cent associés d'une SCoop présents à l'assemblée générale, vingt associés s'abstiennent de voter et vingt autres votent blanc, la majorité absolue sera atteinte avec trente-et-une voix déjà; aux mêmes conditions, et pour autant que chaque actionnaire dispose d'une voix, il en faudrait cinquante-et-une dans une SA.

Lors d'**élections**, il peut arriver que plusieurs candidats se présentent et qu'aucun n'obtienne la majorité absolue des voix émises. Cette situation pose problème dans la mesure où elle ne débouche sur aucune élection valable. Or, contrairement aux décisions qui peuvent être abandonnées faute d'avoir été acceptées, les élections doivent aboutir à un résultat, au risque pour la société de présenter une carence dans son organisation (CO 908 et 731b). Si les statuts ne prévoient pas eux-mêmes une solution (p.ex. une élection à la majorité simple;

cf. cep. N 8), on doit procéder par élimination. Le candidat ayant obtenu le moins de voix lors du tour en question est éliminé pour le tour suivant, jusqu'à ce qu'un des prétendants obtienne la majorité absolue<sup>11</sup>.

### B. Les règles statutaires

Selon CO 888 I, la **réglementation légale** est **subsidaire** aux statuts, pour autant que ceux-ci ne violent pas le cadre impératif fixé par le législateur («[s]auf disposition contraire de la loi ou des statuts, [...]»)<sup>12</sup>. Les statuts peuvent donc **déroger au système légal** et exiger soit des majorités plus élevées, soit des majorités calculées en tenant compte de tous les associés et pas seulement des voix émises<sup>13</sup>. En revanche, les auteurs ne s'accordent pas sur la possibilité d'alléger statutairement le régime de CO 888 I. Vu les fondements démocratiques de la SCoop, un quorum permettant à une minorité de voix émises de prendre une décision au détriment de la majorité est à notre avis difficilement acceptable<sup>14</sup>.

Les statuts peuvent déroger au principe d'égalité prévu à CO 854 et 885 et prévoir la **voix prépondérante** du président de l'assemblée générale en cas d'égalité des voix lors d'un vote ou [2028] d'une élection (CO 885 N 33)<sup>15</sup>. Ce point a été longtemps controversé<sup>16</sup>. Aujourd'hui, la pratique est largement répandue et considérée comme admise autant lors des votes que lors des élections<sup>17</sup>. En cas d'abus par le président, les associés mécontents ont toujours la possibilité d'intenter une action en annulation sur la base de CO 891<sup>18</sup>.

Les statuts peuvent également **compléter la loi**, en prévoyant par exemple qu'une partie des associés présents à l'assemblée générale peut demander le vote à bulletins secrets ou le réexamen à certaines conditions d'une décision prise lors de la même assemblée générale<sup>19</sup>.

Pour **interpréter** les statuts, les règles générales de l'interprétation des contrats sont en principe applicables (CO 832 N 1)<sup>20</sup>. En cas de clauses statutaires contradictoires, on présume que la règle s'écartant de la réglementation légale correspond à la volonté réelle des associés.

CO 888 I *i.f.* prévoit que la règle de la majorité absolue s'applique de la même manière lors de **votes par correspondance** (CO 880). Les votes (favorables) se comptent donc en principe par rapport aux voix exprimées et non par rapport à l'ensemble des associés. En pratique, un grand nombre d'associés ne répond pas aux communications écrites. Dans ce cas, les statuts peuvent déroger au système légal et prévoir qu'à l'échéance d'un délai fixé, les envois restés sans réponse équivalent à un vote positif (ou négatif)<sup>21</sup>.

### C. La réserve légale

Le principe de la majorité absolue des voix émises vaut tant qu'il n'existe pas une « disposition contraire de la loi ou des statuts ». On mentionnera à cet égard les **dispositions légales impératives** suivantes :

1° CO 839 II: Les statuts ne peuvent pas rendre l'entrée dans la société onéreuse à l'excès<sup>22</sup>.

2° CO 842 III: Les statuts ne peuvent pas supprimer d'une façon durable le droit de sortie ni en rendre l'exercice onéreux à l'excès.

3° CO 888 II: Pour la dissolution de la SCoop et la révision des statuts (N 21 ss), la majorité d'au moins deux tiers des voix émises est nécessaire.

4° CO 889: Pour les décisions qui tendent à introduire ou aggraver la responsabilité individuelle ou l'obligation d'opérer des versements supplémentaires, la majorité est fixée aux trois quarts de tous les associés (CO 889 N 6 ss). 17

5° LFus 18 I (d): En cas de fusion, la majorité requise est d'au moins deux tiers des voix émises et, en cas d'introduction ou d'extension d'une obligation de faire des versements supplémentaires, d'une obligation de fournir d'autres prestations personnelles ou de la responsabilité personnelle, d'au moins trois quarts de tous les coopérateurs<sup>23</sup>. 18

### III. L'exigence de majorité qualifiée (CO 888 II)

#### A. Le principe

La loi exige une majorité des deux tiers des voix émises pour la **dissolution** de la société coopérative (CO 911 [2]) et pour la **révision des statuts** (CO 879 II [1]). Ce quorum est une exigence minimale mais il est possible d'assujettir ces décisions à des **règles statutaires plus rigoureuses** (CO 888 II *i.f.*). Ainsi, on peut par exemple exiger un quorum de voix plus élevé ou introduire des quorums de présence. En revanche, il n'est pas concevable de faire dépendre la modification des statuts de l'accord d'un associé déterminé. En effet, ce procédé donnerait à un membre de la société un pouvoir que n'ont pas les autres associés, et qui constituerait une violation du principe d'égalité (CO 854 et 885)<sup>24</sup>. 19

Avant l'entrée en vigueur de la LFus, CO 888 II prévoyait également une majorité de deux tiers des voix émises en cas de **fusion**. LFus 18 I (d) a repris la règle, en la joignant à celle de aCO 914 (11). Ainsi, le contrat de fusion est soumis à l'assemblée générale, qui doit donner son approbation à raison d'au moins deux tiers des voix émises. Si le contrat de fusion prévoit l'introduction ou l'extension d'une obligation de faire des versements supplémentaires, d'une obligation de fournir d'autres prestations personnelles ou de la responsabilité personnelle, la loi exige alors une majorité d'au moins trois quarts de tous les coopérateurs (comp. CO 889 I). 20

#### B. La révision des statuts

##### 1. Le principe

Constitue une **révision** des statuts tout changement formel ou matériel, tout ajout, correction ou suppression d'une disposition statutaire (CO 879 II [1])<sup>25</sup>. Il n'est pas toujours aisé de différencier les cas de révision des statuts de ceux où les modifications apportées sont de nature purement rédactionnelle (CO 879 N 21 ss)<sup>26</sup>. Seuls les premiers sont visés par CO 888 II et, partant, soumis à une majorité qualifiée de deux tiers des voix émises. Notons encore que, contrairement au droit de la SA (CO 647), la révision des statuts de la SCoop ne doit pas (encore, cf. CO 838 N 9) faire l'objet d'un acte authentique<sup>27</sup>. 21

##### 2. Les règles statutaires immuables: une exception ?

Existe-t-il un droit de l'associé à ce qu'on ne modifie pas le but de la société sans son accord exprès ? Le changement du but social n'étant pas expressément réglé dans le code, on appliquera la règle générale de CO 888 II relative à la révision des statuts. Une majorité de 22

deux tiers des voix émises suffit donc à provoquer la modification du but de la SCoop, sous réserve d'une règle statutaire plus sévère (N 8). Les statuts peuvent notamment prévoir l'unanimité des voix émises, voire de tous les associés<sup>28</sup>.

Ce principe vaut également pour les clauses déclarées immuables lors de leur adoption. Si le quorum requis par les statuts ou, à défaut, par CO 888 II est atteint, l'assemblée générale peut **modifier toutes les clauses statutaires**<sup>29</sup>. 23

### C. La sanction de la violation

Une modification statutaire qui ne remplit pas l'exigence de quorum fixée par CO 888 II est en principe **nulle**<sup>30</sup>. Dans un ancien arrêt, le Tribunal fédéral a exceptionnellement décidé que, dans certaines circonstances, une décision en principe frappée de nullité devait tout de même être appliquée<sup>31</sup>. Il s'agissait en l'espèce d'une modification des statuts introduisant la responsabilité individuelle des associés (CO 889 I) qui n'avait pas été prise à la majorité des trois quarts de tous les associés et qui, partant, était nulle. Elle avait pourtant été inscrite sans oppo [2030] sition au registre du commerce et avait subsisté pendant plusieurs années, jusqu'à la faillite de la société. Les juges fédéraux ont estimé que les créanciers s'étaient remis de bonne foi à l'inscription et méritaient d'être protégés dans leurs intérêts<sup>32</sup>. 24

### Fussnoten:

- \* La 1<sup>ère</sup> éd. du commentaire de cet article avait été rédigée en collaboration avec FABIEN HOHENAUER, lic. iur.
- 1 Lorsqu'une décision ne peut être prise que si un certain nombre de voix est atteint, on parle de quorum de voix. Lorsqu'il faut qu'un minimum d'associés soient présents ou représentés pour prendre la décision, on parle de quorum de présence. Cf. MONTAVON, 108.
- 2 Pour un historique de la disposition, cf. ZK-GUTZWILLER, N 1 ss.
- 3 Cf. BSK OR II-MOLL, N 1; ZK-GUTZWILLER, N 12.
- 4 Cf. GLANZMANN, Der Fusions-, Spaltungs- und Umwandlungsbeschluss im neuen Fusionsgesetz, in RSJ 101 (2005) 157 ss, 162.
- 5 Cf. BSK OR II-MOLL, N 2.
- 6 Cf. ég. LFus 18 I (d) i.f. et LFus 64 I (d) i.f.
- 7 Cf. CHK-MÜLLER/FORNITO, N 1; MONTAVON, 109.
- 8 Sauf dispositions contraires des statuts et sous réserve de CO 884, 889 et de LFus 18 I (d) i.f. et LFus 64 I (d) i.f. Cf. VON STEIGER, Précis, 80 s.
- 9 Cf. MONTAVON, 109.
- 10 Cf. BSK OR II-MOLL, N 5; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 1; ZK-GUTZWILLER, N 5. L'argument développé par ces auteurs est que les abstentions et les bulletins blancs ne correspondent pas à des manifestations de volonté et, partant, ne peuvent pas être considérés comme des « voix émises » au sens de CO 888. *Contra*: HENSEL, 155 s.
- 11 Cf. BSK OR II-MOLL, N 3; HENSEL, 165.
- 12 Cf. REYMOND, 234; BSK OR II-MOLL, N 7; ZK-GUTZWILLER, N 12.
- 13 Cf. REYMOND, 233.
- 14 Cf., dans ce sens, HENGELER, 103, et HENSEL, 156 s., pour qui CO 888 est un minimum légal en dessous duquel il n'est pas permis d'aller. Cf. ég. dans ce sens MONTAVON, 110,

pour qui « il ne peut être dérogé [à CO 888 II et 889 I] que dans le sens d'une aggravation de la majorité légale ». *Contra*: ZK-GUTZWILLER, N 8 et 12, qui estime que les statuts peuvent prévoir un quorum moins élevé que celui figurant dans la loi.

- 15 Cf. not. MONTAVON, 109. *Contra*: CHK-MÜLLER/FORNITO, N 3.
- 16 Cf. HENSEL, 154; SIGG, 27 s.
- 17 Cf. BSK OR II-MOLL, N 10; ZK-GUTZWILLER, N 8 s. *Contra*: CHK-MÜLLER/FORNITO, N 3.
- 18 Cf. BSK OR II-MOLL, N 10; ZK-GUTZWILLER, N 9, qui évoque CO 905 sans autres explications.
- 19 Comp. HENSEL, 170, pour qui un second vote n'est possible que lors d'une assemblée générale ultérieure, faute pour le réexamen d'avoir fait l'objet d'une mention dans l'ordre du jour (CO 883).
- 20 Cf. CHK-MÜLLER/FORNITO, N 3; REYMOND, 40.
- 21 Cf. BSK OR II-MOLL, N 8; HENSEL, 188 s.
- 22 Cf. le texte allemand: « *übermässig erschweren* ». Le texte vise toutes les conditions d'entrée dans la SCoop, et non uniquement des conditions d'ordre financier.
- 23 Avant l'introduction de la LFus, le code prévoyait ces quorums de voix à CO 888 II et aCO 914 (11).
- 24 Cf. ATF 67 I 262, JdT 1942 I 593. Cf. ég. BSK OR II-MOLL, N 12. Cf. ég. CO 885 N 8.
- 25 Cf. HENSEL, 105. Cf. ég. CO 879 N 22.
- 26 Cf. REYMOND, 234; cf. ég. BSK OR II-MOLL, N 14; ZK-GUTZWILLER, N 29 s.
- 27 Cf. BSK OR II-MOLL, N 14; ZK-GUTZWILLER, N 31.
- 28 Cf. MONTAVON, 110.
- 29 Cf. BSK OR II-MOLL, N 18; SIGG, 38; cf. ég. ZK-SIEGWART, CO 647 N 6.
- 30 Cf. REYMOND, 235; cf. ég. BSK OR II-MOLL, N 15 et CO 891 N 18; CHK-MÜLLER /FORNITO, N 11.
- 31 Cf. ATF 78 III 33, c. 9, JdT 1952 I 403.
- 32 Cette jurisprudence semble avoir été interprétée de façon plutôt restrictive par la suite. Le Tribunal fédéral a précisé dans un ATF 116 II 713, c. 4b, que « l'effet guérisseur de l'inscription au registre du commerce n'est pas absolu ». Cf. ég. ATF 129 I 361, c. 2.1, JdT 2004 II 47; ATF 129 III 641, c. 3.4, JdT 2004 I 99; WENNINGER, 120 ss.

**Art. 889\***

2. Extension des obligations imposées aux associés

<sup>1</sup> Pour les décisions qui tendent à introduire ou aggraver la responsabilité individuelle ou l'obligation d'opérer des versements supplémentaires, la majorité doit réunir les trois quarts de tous les associés.

<sup>2</sup> Ces décisions n'obligent pas ceux qui n'y ont point adhéré, s'ils déclarent leur sortie dans les trois mois à compter du jour où elles ont été publiées. Une telle déclaration porte effet à la date de l'entrée en vigueur de la décision.

<sup>3</sup> L'exercice du droit de sortie ne peut être subordonné, dans ce cas, au paiement d'une indemnité.

**[Deutsche Fassung]**

2. Bei Erhöhung der Leistungen der Genossenschafter

<sup>1</sup> Beschlüsse über die Einführung oder die Vermehrung der persönlichen Haftung oder der Nachschusspflicht der Genossenschafter bedürfen der Zustimmung von drei Vierteln sämtlicher Genossenschafter.

<sup>2</sup> Solche Beschlüsse sind für Genossenschafter, die nicht zugestimmt haben, nicht verbindlich, wenn sie binnen drei Monaten seit der Veröffentlichung des Beschlusses den Austritt erklären. Dieser Austritt ist wirksam auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Beschlusses.

<sup>3</sup> Der Austritt darf in diesem Falle nicht von der Leistung einer Auslösungssumme abhängig gemacht werden.

**[versione italiana]**

2. Aumento delle prestazioni dei soci

<sup>1</sup> Le deliberazioni che introducono o aggravano la responsabilità personale dei soci o il loro obbligo d'eseguire versamenti suppletivi possono essere prese solo col consenso dei tre quarti di tutti i soci.

<sup>2</sup> Siffatte deliberazioni non obbligano i soci che non vi hanno consentito, s'essi dichiarano il loro recesso nel termine di tre mesi dalla pubblicazione della deliberazione. Siffatto recesso spiega i suoi effetti al momento dell'attuazione della deliberazione.

<sup>3</sup> Il recesso non può in tal caso essere fatto dipendere dal pagamento d'una indennità.

**BIBLIOGRAPHIE**

Cf. bibliographie CO 879.

CO 889 I prévoit pour une certaine catégorie de décisions un quorum de voix plus élevé que les majorités absolues de CO 888: Les décisions tendant à introduire ou aggraver la responsabilité individuelle (CO 869 s.) ou l'obligation d'opérer des versements supplémentaires (CO 871) doivent être approuvées par les trois quarts au moins de tous les

associés. Pour ceux qui n'ont pas adhéré à une telle décision, CO 889 II prévoit qu'ils peuvent sortir de la société. Selon CO 889 III, l'exercice de ce droit n'est pas subordonné au paiement d'une indemnité.

Après quelques généralités (I), on présentera la règle de CO 889 I (II) avant de décrire les modalités du droit de sortie de CO 889 II et III (III).

## I. Généralités

Comme on l'a déjà mentionné (CO 888 N 2 ss), CO 889 et 888 constituent une unité matérielle s'expliquant historiquement. En comparaison de CO 888, CO 889 offre aux associés une [2031] **double protection** contre des charges financières non prévisibles au moment de leur entrée dans la SCoop:

1° Le législateur exige l'accord des **trois quarts de tous les associés** pour les décisions tendant à introduire ou aggraver la responsabilité individuelle ou l'obligation d'opérer des versements supplémentaires (CO 889 I).

2° Le législateur a prévu un **droit de sortie** pour les sociétaires n'ayant pas adhéré aux décisions visées par CO 889 I (CO 889 II). Les associés concernés peuvent faire valoir leur droit de sortie dans un délai de trois mois dès la publication de la décision modifiant les statuts, évitant ainsi ses conséquences<sup>1</sup>. L'exercice du droit de sortie ne peut être subordonné au paiement d'une indemnité (CO 889 III).

## II. La règle (CO 889 I)

### A. L'exigence de majorité qualifiée

Pour qu'une décision visant une hypothèse de CO 889 I soit valable, au moins **trois quarts de tous les associés** doivent l'approuver. Contrairement à la règle de CO 888 II (CO 888 N 19), la majorité qualifiée de CO 889 I se calcule par rapport à tous les coopérateurs, et non seulement par rapport aux voix émises lors du vote<sup>2</sup>. Ainsi, l'introduction ou l'aggravation de la responsabilité individuelle des associés dépend de la présence d'au moins trois quarts de tous les associés à l'assemblée générale<sup>3</sup>. Il est illicite de prendre en considération (ultérieurement ou non) les votes de membres n'ayant pas participé à l'assemblée générale<sup>4</sup>. Notons cependant que, si les conditions du vote par correspondance (CO 880) sont réunies, les statuts peuvent prévoir qu'à l'échéance d'un délai fixé, les envois restés sans réponse équivalent à un vote positif (ou négatif; CO 888 N 12)<sup>5</sup>.

Le quorum de voix prévu à CO 889 est une norme **relativement impérative**<sup>6</sup>. Une règle statutaire plus sévère est admissible<sup>7</sup>. Les décisions prises en violation de cette disposition devraient en principe être considérées comme **nulles** et le préposé au registre du commerce devrait refuser leur inscription<sup>8</sup>. Le Tribunal fédéral semble pourtant d'avis que, si une telle décision inscrite sans droit subsiste malgré tout pendant plusieurs années, à tel point que des tiers de bonne foi ont pu s'y fier, elle doit être maintenue (CO 889 N 24)<sup>9</sup>.

### B. L'objet de la décision

CO 889 requiert une majorité des trois quarts de tous les associés dans les **situations suivantes**<sup>10</sup>:

- 1° Une SCoop, qui répondait jusque-là uniquement sur la base de sa fortune, désire introduire un système de responsabilité personnelle, illimitée (CO 869) ou non (CO 870). **9**
- 2° Une SCoop, qui connaissait déjà un système de responsabilité personnelle restreinte, veut aggraver cette responsabilité à concurrence d'une somme déterminée plus élevée (CO 870) ou de manière illimitée (CO 869). **10**
- [2032] 3° Une SCoop a l'intention d'introduire une obligation des associés – illimitée ou non – de faire des versements supplémentaires pour éteindre les éventuelles pertes constatées par le bilan (CO 871). **11**
- 4° Une SCoop a l'intention d'aggraver – par un montant déterminé plus élevé ou par une obligation illimitée – l'obligation des associés de faire des versements supplémentaires pour éteindre les éventuelles pertes constatées par le bilan (CO 871). **12**
- Il est parfois **difficile de déterminer** si une décision aggrave la situation des associés ou si elle ne fait que la modifier, une seule décision pouvant avoir des conséquences différentes pour les associés. En principe, on admettra que toute décision élargissant la responsabilité individuelle ou étendant l'obligation d'opérer des versements supplémentaires pour un ou plusieurs associés est soumise au régime de CO 889, même si elle en avantage d'autres<sup>11</sup>. **13**
- Contrairement à ce que pourrait laisser croire la formulation trop large de sa note marginale, **CO 889 ne s'applique pas** aux décisions fixant le type ou l'étendue des apports en argent ou autres prestations faites à un autre titre par les associés (CO 867)<sup>12</sup>. Pour l'augmentation des prestations non visées par le texte de CO 889, seule une majorité de deux tiers des voix est requise, conformément à CO 888 II et sous réserve d'une règle statutaire plus stricte<sup>13</sup>. **14**

### C. Les conséquences de la décision

- Les décisions prises sur la base de CO 889 I constituent une **modification des statuts** (CO 832 [3]) devant être mentionnée au registre du commerce (ORC 87 I [j] et ORC 27). Elles produisent leurs effets (internes et externes) dès l'inscription au journal (CO 874 N 9)<sup>14</sup>. Lorsqu'une responsabilité personnelle et/ou une obligation d'opérer des versements supplémentaires sont introduites ou aggravées, l'administration doit en outre joindre aux statuts modifiés une liste des associés nouvellement touchés par la décision (ORC 84 [h]; CO 837 N 10 ss). **15**
- Rappelons que la révision des statuts introduisant ou aggravant la responsabilité des associés ou leur obligation d'opérer des versements supplémentaires profite à tous **les créanciers** dès l'inscription au registre du commerce (CO 874 IV). Par contre, l'atténuation de la responsabilité des associés ou de leur obligation d'opérer des versements supplémentaires ne s'applique pas aux dettes nées antérieurement à la publication des statuts révisés (CO 874 III). Pour le reste, on renvoie aux commentaires des dispositions topiques (CO 869 ss). **16**

## III. Le droit de sortie (CO 889 II et III)

### A. La déclaration de sortie (CO 889 II)

- En cas de décision prise sur la base de CO 889 I, CO 889 II permet aux associés d'exercer un **droit de sortie** de la SCoop aux **conditions suivantes**<sup>15</sup>. **17**

1° L'associé **n'a pas adhéré** à la décision en question. Est libre de sortir de la SCoop le coopérateur qui a refusé l'introduction ou l'extension de sa responsabilité personnelle. Celui qui n'était pas présent à l'assemblée générale, celui qui n'y était pas représenté ainsi que celui qui s'est abstenu de voter bénéficient au même titre du droit de sortie de CO 889 II<sup>16</sup>. Afin d'éviter des difficultés relatives à la preuve de leur non-adhésion, les associés en question devraient exiger que le procès-verbal de l'assemblée générale constate expressément leur désapprobation<sup>17</sup>. 18

[2033] 2° L'associé fait une **déclaration de sortie**. Cette manifestation de volonté ne nécessite aucune forme particulière (CO 842 N 7), pour autant que les statuts ne prévoient pas autre chose<sup>18</sup>. 19

3° L'associé doit agir **dans les trois mois** dès la date de la publication de la décision. Conformément au principe de la réception, la manifestation de volonté doit être communiquée au destinataire (CO 842 N 8) dans ce délai. 20

La sortie **prend effet rétroactivement** (*ex tunc*) dès l'entrée en vigueur de la décision sur l'introduction ou l'extension de la responsabilité personnelle des associés, soit dès le jour de l'inscription au registre du commerce (N 15)<sup>19</sup>. 21

Avant l'entrée en vigueur de la LFus, les associés n'ayant pas adhéré à la décision de fusion avaient également un droit de sortie identique, fondé sur aCO 914 (11)<sup>20</sup>. Cette disposition, aujourd'hui abrogée, ne semble pas avoir trouvé d'équivalent dans la LFus<sup>21</sup>, ce qui n'empêche pas, à notre avis, qu'un associé conserve son droit de sortie selon CO 889 si, par l'effet de la décision de fusion, naissent ou s'aggravent sa responsabilité personnelle ou l'obligation de faire des versements supplémentaires (CO 842 N 4). 22

#### B. Les conséquences de la sortie (CO 889 III)

Lorsqu'un associé se décide à sortir de la SCoop sur la base de CO 889 II, il ne doit **pas payer d'indemnité**. Dans ce sens, la loi conçoit expressément le droit de sortie de CO 889 comme une exception au principe de la réparation du préjudice causé à la société (CO 842 II)<sup>22</sup>. L'associé sortant n'est pour le reste pas lié aux conditions de sortie légales ou statutaires, ni d'ailleurs par les délais<sup>23</sup>. 23

Selon CO 889 II, la déclaration de sortie porte effet à la date d'entrée en vigueur de la décision augmentant la responsabilité individuelle des associés. Par conséquent, le délai pendant lequel l'associé sortant **continue d'être responsable** des engagements de la société (CO 876 I et II) commence à courir dès le moment de l'inscription au registre du commerce de la décision. L'associé sortant est responsable pour les engagements pris avant la décision fondée sur CO 889, et ce pendant toute la durée du délai légal ou statutaire. 24

#### Fussnoten:

\* La 1<sup>ère</sup> éd. du commentaire de cet article avait été rédigée en collaboration avec FABIEN HOHENAUER, lic. iur.

1 Cf. REYMOND, 111 et 195; BSK OR II-MOLL, N 1.

2 Cf. REYMOND, 195; BSK OR II-MOLL, N 2; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 1.

3 Cf. BSK OR II-MOLL, N 2.

4 Cf. ATF 78 III 33, c. 9, JdT 1952 I 403; BSK OR II-MOLL, N 2; HENSEL, 161.

5 Dans ce sens, HENSEL, 188 s.

- 6 Cf. ATF 78 III 33, c. 9, JdT 1952 I 403. Cf. ég. **BSK OR II-MOLL, N 3**; CHK-MÜLLER /FORNITO, N 3; ZK-GUTZWILLER, N 32.
- 7 Cf. REYMOND, 234; VON STEIGER, Précis, 111; **BSK OR II-MOLL, N 3**; CHK-MÜLLER /FORNITO, N 3.
- 8 Cf. **BSK OR II-MOLL, N 3** et la jurisprudence cantonale citée. *Contra*: **ATF 80 II 271**, c. 1, JdT 1955 I 333, dans lequel le Tribunal fédéral ne retient que l'annulabilité et non la nullité. Sur la distinction entre les deux notions, cf. **CO 891 N 3** et 32 ss; ég. **BSK OR II-MOLL, CO 891 N 17** ss.
- 9 Cf. ATF 78 III 33, c. 9, JdT 1952 I 403. Pour un résumé de la jurisprudence (inconstante) à ce sujet, cf. REYMOND, 235; cf. ég. les remarques faites à **CO 888 N 24**.
- 10 Cf. **BSK OR II-MOLL, N 4**; ZK-GUTZWILLER, N 37.
- 11 Cf. REYMOND, 204 s. et 234 s.
- 12 Cf. VON STEIGER, Précis, 114 s.; **BSK OR II-MOLL, N 5**; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 2; ZK-GUTZWILLER, N 34. Notons que les textes allemand et italien de la note marginale ne sont pas plus précis que le texte français. Cf. ég. REYMOND, 60 s. et la note 2.
- 13 Cf. VON STEIGER, Précis, 114 s.; **BSK OR II-MOLL, N 5**.
- 14 *Infra* **CO 932 N 47** s.
- 15 Cf. VON STEIGER, Précis, 114 s.; **BSK OR II-MOLL, N 8**.
- 16 Cf. **BSK OR II-MOLL, N 9**.
- 17 Cf. **BSK OR II-MOLL, N 9**.
- 18 Cf. **BSK OR II-MOLL, N 9**; ZK-GUTZWILLER, N 40.
- 19 Cf. **BSK OR II-MOLL, N 10**; ZK-GUTZWILLER, N 41.
- 20 aCO 914 (11): «[...] Les dispositions relatives à la responsabilité ou aux versements supplémentaires ne s'appliquent point aux associés qui n'ont pas adhéré à la décision de fusion et déclarent, en outre, leur sortie dans les trois mois à compter du jour où la décision a été publiée.»
- 21 Cf. cependant, pour les associations, LFus **19**.
- 22 Cf. REYMOND, 112 et **CO 842 N 25**.
- 23 Cf. **BSK OR II-MOLL, N 11**; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 10. *Contra*: ZK-GUTZWILLER, N 42, pour qui **CO 889 III** ne déroge au régime général de **CO 842** ss que sur le point de l'indemnité.

**Art. 890\***

VIII. Révocation  
de l'  
administration et  
de l'organe de  
révision

<sup>1</sup> L'assemblée générale peut révoquer les membres de l'administration et de l'organe de révision, ainsi que les fondés de procuration et mandataires nommés par elle.

<sup>2</sup> Le juge peut les révoquer pour de justes motifs, à la requête d'au moins un dixième des associés, en particulier s'ils ont négligé leurs devoirs ou sont incapables de les remplir. Il charge, au besoin, les organes compétents de la société de remplacer les personnes révoquées et prescrit toutes mesures utiles pour la période intermédiaire.

<sup>3</sup> Demeure réservée l'action en dommages-intérêts des personnes révoquées.

**[Deutsche Fassung]**

VIII. Abberufung  
der Verwaltung  
und der  
Revisionsstelle

<sup>1</sup> Die Generalversammlung ist berechtigt, die Mitglieder der Verwaltung und der Revisionsstelle sowie andere von ihr gewählte Bevollmächtigte und Beauftragte abzuwählen.

[2034] <sup>2</sup> Auf den Antrag von wenigstens einem Zehntel der Genossenschafter kann der Richter die Abberufung verfügen, wenn wichtige Gründe vorliegen, insbesondere wenn die Abberufenen die ihnen obliegenden Pflichten vernachlässigt haben oder zu erfüllen ausserstande waren. Er hat in einem solchen Falle, soweit notwendig, eine Neuwahl durch die zuständigen Genossenschaftsorgane zu verfügen und für die Zwischenzeit die geeigneten Anordnungen zu treffen.

<sup>3</sup> Entschädigungsansprüche der Abberufenen bleiben vorbehalten.

**[versione italiana]**

VII. Revoca dell'  
amministrazione  
e dell'ufficio di  
revisione

<sup>1</sup> L'assemblea generale può revocare gli amministratori, i revisori e gli altri procuratori e mandatari da essa nominati.

<sup>2</sup> Il giudice può revocarli, ad istanza di almeno un decimo dei soci, qualora esistano gravi motivi, in specie quand'essi abbiano trascurato i loro doveri o non siano in condizioni di adempierli. Egli deve in tal caso, se occorre, ordinare una nuova nomina da parte degli organi competenti della società e prendere le misure opportune per l'intervallo.

<sup>3</sup> Rimangono riservate le azioni di risarcimento che spettassero alle persone revocate.

**BIBLIOGRAPHIE**

Cf. bibliographie CO 879.

Selon la note marginale, CO 890 traite du droit de révoquer les membres de l'administration et de l'organe de révision. CO 890 I prévoit d'abord que l'assemblée générale peut révoquer les administrateurs et les réviseurs ainsi que les fondés de procuration et les mandataires nommés par elle (I). CO 890 II détermine ensuite les modalités particulières de la révocation prononcée par le juge (II). Les conséquences d'une révocation méritent un bref commentaire (III). Enfin, CO 890 III réserve l'action en dommages-intérêts des personnes révoquées (IV).

### I. La révocation par l'assemblée générale (CO 890 I)

Bien que CO 879 ne mentionne que le droit de nommer l'administration et l'organe de révision comme attribution inaliénable de l'assemblée générale elle a également le droit inaliénable, sur la base de CO 890, de les **révoquer**, au même titre que les fondés de procuration et autres mandataires nommés par elle<sup>1</sup>. Notons que l'administration peut suspendre de leurs fonctions les fondés de procuration et mandataires désignés par l'assemblée générale (CO 905 II), mais non les membres des organes nommés par elle.

En théorie, le droit de révocation de l'assemblée générale, se limite uniquement aux personnes qu'elle a **directement nommées** (« nommés par elle »). Ainsi, les gérants ou fondés de procuration désignés par l'administration de la SCoop ne peuvent pas être révoqués par l'assemblée générale<sup>2</sup>. Dans la mesure cependant où elle a le pouvoir de destituer l'administration de la SCoop, l'assemblée générale peut en pratique exercer sur elle une pression suffisante pour obtenir la révocation des personnes en question<sup>3</sup>.

L'assemblée générale peut faire usage de son droit de révocation **en tout temps** et **sans** en indiquer les **motifs**<sup>4</sup>. Il faut distinguer de la révocation le simple retrait des pouvoirs de représentation, qui n'affecte en rien la position d'organe du détenteur de ces pouvoirs<sup>5</sup>.

[2035] Comme chaque décision, la révocation ne saurait être prononcée en dehors d'une **assemblée générale** convoquée conformément aux exigences légales (CO 881 ss). Dans l'intervalle, l'administration peut suspendre la personne concernée<sup>6</sup>.

CO 890 est de **droit impératif**<sup>7</sup>. Des limitations matérielles au droit de révocation, telles que des conditions statutaires supplémentaires, ne sont pas admissibles<sup>8</sup>. En revanche, la révocation peut dépendre de conditions formelles. CO 888 I prévoit que les décisions de l'assemblée générale sont prises à la majorité absolue des voix émises, pour autant que la loi ou les statuts ne prévoient pas d'autre règle. CO 890 I étant silencieux sur ce point, CO 888 I s'applique pour autant qu'il n'existe pas de règle statutaire contraire. Les statuts peuvent donc soumettre les décisions de révocation à une **majorité qualifiée plus sévère** que la règle légale, à un quorum de présence, voire à une combinaison des deux<sup>9</sup>. Les exigences statutaires formelles supplémentaires ne sauraient cependant rendre difficile à l'excès la mise en œuvre de la révocation par l'assemblée générale: la limite admissible se détermine de cas en cas<sup>10</sup>.

### II. La révocation par le juge (CO 890 II)

Le droit de révocation par l'assemblée générale n'est pas une particularité de la SCoop, le droit de la SA le connaissant également (CO 705). En revanche, le pouvoir de révoquer conféré au juge par CO 890 II sur requête d'au moins un dixième des associés est une **particularité du droit coopératif**<sup>11</sup>.

L'**action en révocation** peut être introduite sans démarche préalable et ne requiert notamment pas la consultation préalable de l'assemblée générale sur la question de la révocation<sup>12</sup>. Les coopérateurs demandeurs sont des conjoints actifs nécessaires (CPC 70) dans la mesure où ils doivent atteindre le quorum de 10%. La SCoop – et non les personnes mises en cause – est légitimée passivement<sup>13</sup>. La demande doit conclure à la révocation d'un ou de plusieurs administrateurs ou organes en fonction. Le juge compétent *ratione loci* est celui du siège de la SCoop (CPC 10 I [b]). La procédure sommaire est applicable (CPC 250 [c] [13])<sup>14</sup>. Selon le Tribunal fédéral, l'expiration de la fonction avant le prononcé du jugement n'exclut pas que le juge tranche, bien que la révocation n'ait pas d'effet rétroactif (N 11 s.)<sup>15</sup>.

Sont considérés comme des **justes motifs** au sens de CO 890 II les faits qui démontrent que les administrateurs ne remplissent pas (ou plus) leurs fonctions d'une manière conforme à la loi ou aux statuts<sup>16</sup>. Comme pour la Sàrl, il faut admettre que les prescriptions relatives à la révocation visent à garantir la capacité fonctionnelle des organes sociaux dans la perspective de la continuation de la société<sup>17</sup>. La négligence et l'incapacité ne sont mentionnées à CO 890 II qu'à titre **exemplatif** (« en particulier »); il est donc tout à fait possible d'invoquer d'autres motifs à l'appui de la demande de révocation, qu'ils aient trait à la personnalité ou même aux capacités physiques de la personne révoquée<sup>18</sup>. Il n'est pas nécessaire que l'administrateur soit en faute<sup>19</sup>. A [2036] cet égard, le Tribunal fédéral a estimé que la révocation d'un administrateur (au contraire de celle d'un associé) était justifiée lorsqu'il avait poursuivi des intérêts personnels incompatibles avec ceux de la société en vue de s'assurer des avantages particuliers<sup>20</sup>.

Lorsque le juge fait usage de son droit de révocation, il doit, conformément à CO 890 II *i.f.*, ordonner aux organes compétents de procéder au **remplacement** des personnes révoquées et prescrire toutes les **mesures utiles** pour la période intérimaire. Parmi les « mesures utiles » que doit prendre le juge figure la nomination de l'organe ou d'un commissaire ayant pour tâche de diriger les affaires de la SCoop jusqu'à la mise en place d'une nouvelle administration (CO 731b I [2])<sup>21</sup>.

### III. Les conséquences de la révocation

D'un point de vue **interne**, il faut distinguer les conséquences de la révocation sur le statut de la personne au sein de la SCoop de celles sur sa relation contractuelle avec la SCoop. Par la révocation, le statut social de la personne concernée prend fin immédiatement. En revanche, la fin de la relation contractuelle dépend des règles applicables au contrat<sup>22</sup>.

D'un point de vue **externe**, la révocation d'un organe ne peut être invoquée contre un tiers de bonne foi qu'à compter du jour de la radiation de l'inscription au registre du commerce (CO 932 s.; nCO 936a).

### IV. L'action en dommages-intérêts (CO 890 III)

La lettre de CO 890 III correspond mot pour mot à celle de CO 705 II au commentaire duquel on renvoie (CO 705 N 17 s.).

En principe, l'**action en dommages-intérêts** est ouverte suite à une révocation prononcée aussi bien par l'assemblée générale (N 2 ss) que par le juge (N 7 ss). Il faut tenir compte des circonstances concrètes du cas<sup>23</sup>.

L'action en dommages-intérêts des personnes révoquées trouve son **fondement** dans les règles gouvernant la relation contractuelle qu'elles ont (ou avaient) avec la SCoop<sup>24</sup>. Il est généralement admis qu'il s'agit d'un contrat de travail (pour les fondés de procuration) ou d'un contrat de mandat (pour les autres)<sup>25</sup>. Les règles topiques sont donc celles de CO 336 ss et 404 II.

La révocation peut donner lieu, en plus d'une action en dommages-intérêts, à une action en **réparation du tort moral**. C'est le cas lorsque la révocation constitue une atteinte illicite aux droits de la personnalité de la personne révoquée (CC 28 ss). Contrairement aux règles du contrat de travail (CO 335 II), l'assemblée générale n'a pas besoin de justifier l'usage du droit de révocation. La personne révoquée ne peut donc pas invoquer à l'appui d'une prétention en réparation du tort moral le fait que la révocation est arbitraire ou injustifiée<sup>26</sup>.

16

### Fussnoten:

- \* La 1<sup>ère</sup> éd. du commentaire de cet article avait été rédigée en collaboration avec FABIEN HOHENAUER, lic. iur.
- 1 Le droit de révocation fait partie des attributions inaliénables de l'assemblée générale, bien que CO 879 ne mentionne que le droit de nomination. Cf. CHK-MÜLLER/FORNITO, N 1; MONTAVON, 122.
- 2 Cf. REYMOND, 263; BSK OR II-MOLL, N 1; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 1. Cf. ég. le commentaire de CO 905.
- 3 Cf. BSK OR II-MOLL, N 1; HENSEL, 120 s.
- 4 Cf. ATF 80 II 118, c. 1, JdT 1955 I 5.
- 5 Cf. BSK OR II-MOLL, N 2; HENSEL, 121.
- 6 Cf. CHK-MÜLLER/FORNITO, N 1; HENSEL, 120.
- 7 Cf. CHK-MÜLLER/FORNITO, N 3.
- 8 La clause statutaire qui exigerait un juste motif pour faire usage de la révocation est donc illicite; RSJ 1953 295.
- 9 Cf. BSK OR II-MOLL, N 4; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 3.
- 10 Cf. ATF 117 II 290, c. 7a; BSK OR II-MOLL, N 4; cf. ég. ZK-BÜRGI, CO 703 N 25 ss. Selon le TF, l'aggravation de la majorité qualifiée ne devrait jamais consacrer l'unanimité. Pour ZK-BÜRGI, CO 703 N 26, elle ne devrait pas dépasser une majorité des trois quarts.
- 11 La particularité réside donc non pas dans le droit de révoquer mais dans l'action révocatoire. Cf. REYMOND, 262. Comp. aCO 727e III qui prévoyait que le juge pouvait révoquer l'organe de révision sur requête d'un actionnaire ou d'un créancier.
- 12 Cf. ATF 72 II 91, c. 10, JdT 1946 I 546.
- 13 Cf. TF 4A\_8/2014, c. 2.3 à propos de CO 815 applicable à la Srl. Cf. ég. MONTAVON, 122; REYMOND, 263.
- 14 Cette disposition utilise encore l'ancienne terminologie et parle des « administrateurs » et des « contrôleurs ».
- 15 Cf. ATF 72 II 91, c. 10, JdT 1946 I 546. La révocation produit ses effets *ex nunc*.
- 16 Cf. REYMOND, 263.
- 17 Cf. TF 4A\_8/2014, c. 2.3 à propos de CO 815 applicable à la Srl.
- 18 Cf. BSK OR II-MOLL, N 6; ZK-GUTZWILLER, N 8.
- 19 Cf. REYMOND, 263; BSK OR II-MOLL, N 6; ZK-GUTZWILLER, N 6 ss.
- 20 Cf. ATF 72 II 91 c. 10, JdT 1946 I 546; cf. ég. BSK OR II-MOLL, N 6.

- 21 Cf. dans ce sens, **BSK OR II-MOLL**, N 8; REYMOND, 264.
- 22 Cf. **ATF 111 II 480** c. 1, JdT 1986 I 244. CHK-MÜLLER/FORNITO, N 6.
- 23 Cf. BSK OR II-MOLL, 10; ZK-GUTZWILLER, N 12.
- 24 Cf. BSK OR II-MOLL, 9.
- 25 Cf. BSK OR II-MOLL, 9; ZK-GUTZWILLER, N 14.
- 26 Cf. **ATF 80 II 118** c. 2, JdT 1955 I 5. Cf. ég. **BSK OR II-MOLL**, N 11; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 7.

**Art. 891\***

IX. Droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale

<sup>1</sup> L'administration et chaque associé peuvent attaquer en justice les décisions de l'assemblée générale ou celles qui ont été prises dans une votation par correspondance, lorsqu'elles violent la loi ou les statuts. Si l'action est intentée par l'administration, le juge désigne un représentant de la société.

<sup>2</sup> L'administration et les associés sont déchus de leur action s'ils ne l'intentent pas au plus tard dans les deux mois qui suivent la décision contestée.

[2037] <sup>3</sup> Le jugement qui annule une décision est opposable à tous les associés, et chacun d'eux peut s'en prévaloir.

**[Deutsche Fassung]**

IX. Anfechtung der Generalversammlungsbeschlüsse

<sup>1</sup> Die Verwaltung und jeder Genossenschafter können von der Generalversammlung oder in der Urabstimmung gefasste Beschlüsse, die gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen, beim Richter mit Klage gegen die Genossenschaft anfechten. Ist die Verwaltung Klägerin, so bestimmt der Richter einen Vertreter für die Genossenschaft.

<sup>2</sup> Das Anfechtungsrecht erlischt, wenn die Klage nicht spätestens zwei Monate nach der Beschlussfassung angehoben wird.

<sup>3</sup> Das Urteil, das einen Beschluss aufhebt, wirkt für und gegen alle Genossenschafter.

**[versione italiana]**

IX. Diritto di contestare le deliberazioni dell'assemblea generale

<sup>1</sup> L'amministrazione ed ogni socio hanno il diritto di contestare davanti al giudice le deliberazioni dell'assemblea generale e quelle prese per corrispondenza, contrarie alla legge o allo statuto; l'azione è diretta contro la società. Se l'azione è proposta dall'amministrazione, il giudice designa un rappresentante della società.

<sup>2</sup> L'azione si estingue se non è proposta entro due mesi dal momento in cui la deliberazione fu presa.

<sup>3</sup> L'annullamento per sentenza delle deliberazioni ha effetto per tutti i soci.

**BIBLIOGRAPHIE**

Cf. bibliographie CO 879.

CO 891 traite du droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale. CO 891 I énonce qu'une décision violant la loi ou les statuts est annulable; CO 891 II précise le délai pour intenter

une action en annulation; quant à CO 891 III, il définit les effets de l'annulation sur les membres de la SCoop.

Après quelques généralités (I), on présentera en détail l'action en annulation (II). Certaines décisions de l'assemblée générale sont toutefois à ce point viciées qu'elles sont frappées de nullité (III). 2

## I. Généralités

Dans le droit de la SA de 1936, les textes de aCO 706 et CO 891 étaient pratiquement identiques<sup>1</sup>. Avec l'adoption des nouveaux CO 706 ss en 1992, le législateur a essayé de mieux **distinguer l'annulabilité de la nullité** des décisions. Il n'a pas jugé utile d'en faire autant pour la SCoop, laissant CO 891 dans sa formulation initiale. S'il est aujourd'hui exclu d'appliquer par analogie CO 706 ss à CO 891, il est néanmoins possible de s'appuyer sur ces dispositions pour préciser les notions d'annulabilité et de nullité<sup>2</sup>. 3

L'action en annulation **se distingue** également de l'**action en responsabilité** (CO 916 ss): La première a pour objet une décision de l'assemblée générale, tandis que la seconde est dirigée contre des actes de personnes chargées de l'administration, de la gestion ou de la révision<sup>3</sup>. En dehors de ces actions, le droit de la SCoop connaît également la possibilité pour les associés de faire convoquer l'assemblée générale par le juge (CO 881 III), le droit de requérir du juge de révoquer les administrateurs et réviseurs (CO 890 II) ainsi que l'action en dissolution de la société (CO 831 II qui renvoie à CO 731b). 4

## [2038] II. L'action en annulation des décisions de l'assemblée générale

### A. L'objet de l'annulation

Selon la lettre de CO 891 I, seules les **décisions de l'assemblée générale** ainsi que celles prises par correspondance (CO 880) peuvent faire l'objet d'une action en annulation. Il faut y rajouter les décisions prises par l'assemblée des délégués (CO 892)<sup>4</sup>. 5

En revanche, on ne peut, sauf exception<sup>5</sup>, attaquer les **décisions de l'administration** sur la base de CO 891 I<sup>6</sup>. A ce sujet, le Tribunal fédéral a précisé que l'absence d'une réglementation souhaitable ne permet pas pour autant d'admettre une lacune de la loi, en particulier lorsque le législateur a eu l'occasion de légiférer sur ce point et qu'il s'est abstenu<sup>7</sup>. Les décisions de l'administration peuvent en revanche être entachées de nullité (CO 903 N 11)<sup>8</sup>. 6

### B. La légitimation active

#### 1. Le principe

CO 891 I est une **norme impérative** habilitant l'**administration et chaque associé** à attaquer les décisions de l'assemblée générale, de l'assemblée des délégués (CO 892) ainsi que celles prises par correspondance (CO 880)<sup>9</sup>. Toute renonciation anticipée au droit d'action est nulle; par ailleurs, une décision de l'assemblée générale abolissant ou limitant le droit d'action de CO 891 est nulle (N 35), même si elle est prise à l'unanimité<sup>10</sup>. 7

Lorsqu'une **fédération** est formée d'une majorité de SCoop et qu'une décision de l'assemblée des délégués impose aux SCoop membres des devoirs touchant également les 8

intérêts de leurs associés, ceux-ci peuvent alors agir en leur propre nom contre la décision de l'assemblée des délégués, même s'ils ne sont pas directement membres de la société faïtière (CO 892 N 44)<sup>11</sup>.

En revanche, les créanciers de la SCoop, l'organe de révision et les tiers n'ont **pas la légitimation active**<sup>12</sup>.

9

## 2. La légitimation active de l'administration

L'**administration en tant que corps constitué** et sur la base d'une décision prise à cet effet peut, à l'exclusion des administrateurs individuels et des organes subordonnés, intenter l'action en annulation. Par conséquent, les membres de l'administration non associés n'ont pas la légitimation active<sup>13</sup>.

10

Lorsque l'administration intente l'action en annulation, le juge doit **désigner un représentant** de la société (CO 891 I *i.f.*). Celui-ci doit être totalement indépendant, faute de quoi l'administration aurait à la fois la qualité de requérante et celle de représentante de la société. Cette situation créerait manifestement un conflit d'intérêts, que la nomination d'un représentant permet d'éviter. En revanche, lorsqu'un membre de l'administration intente une action en qualité de coopérateur (et non en qualité d'administrateur), la société est représentée par les autres membres de l'administration<sup>14</sup>.

11

## [2039] 3. La légitimation active de chaque associé

**Chaque associé** peut demander l'annulation d'une décision de l'assemblée générale, pour autant qu'il ne l'ait **pas acceptée** et qu'il n'ait **pas renoncé par après** à son droit de l'attaquer, notamment par une acceptation formelle ultérieure<sup>15</sup>. Dispose donc du droit d'action l'associé qui a refusé la décision, celui qui s'est abstenu de voter ainsi que celui qui n'a pas participé à l'assemblée générale<sup>16</sup>. Pour des questions de preuve, l'associé n'acceptant pas une décision devrait s'assurer que le procès-verbal mentionne cet état de fait expressément. La légitimation active prend fin lors de la sortie de la société<sup>17</sup>. A cet égard, on admet que le demandeur doit rester membre de la SCoop jusqu'au moment du jugement<sup>18</sup>.

12

## 4. Le cas particulier des vices du consentement

En principe, les associés ayant accepté une décision ne peuvent pas l'attaquer sur la base de CO 891 (N 12)<sup>19</sup>. Celui qui estime être victime d'un **vice du consentement** peut toutefois invoquer CO 23 ss et se prévaloir d'une erreur essentielle, d'un dol ou d'une crainte fondée. Contrairement à ce que prévoit CO 31, le vice de la volonté doit faire l'objet d'une action dans les deux mois suivant la décision contestée (CO 891 II et N 19).

13

Si l'associé peut établir un vice du consentement, son vote est **annulable** pour autant qu'il prouve également les éléments suivants: (i) ce vice existait lors du vote; (ii) sans lui, l'associé se serait déterminé différemment; et (iii) le vote en question a influencé l'issue du scrutin dans la mesure où, sans cette voix, la majorité légale ou statutaire n'aurait pas été atteinte. Si tout ou partie des membres de l'assemblée générale sont victimes d'un vice de la volonté, on admettra que toutes les voix faussées par ce vice ont influencé l'issue du vote<sup>20</sup>.

14

## C. La légitimation passive

15

L'action est dirigée **contre la SCoop**<sup>21</sup>. On ne peut actionner ni un associé individuellement, ni la majorité des coopérateurs ayant voté en faveur de la décision attaquée<sup>22</sup>. L'administration représente la société, à moins qu'elle n'intente elle-même l'action<sup>23</sup>. Dans ce cas, le juge doit désigner un représentant de la société (N 11 et CO 891 I i.f.).

#### D. Les conditions

Une décision de l'assemblée générale est **annulable** si les **conditions cumulatives** suivantes sont remplies: 16

1° La présence d'un **motif d'annulation**. Une décision est annulable lorsqu'elle viole la loi ou les statuts (CO 891 I). On peut s'inspirer de la liste exemplative de CO 706 II pour la SA<sup>24</sup>. Une convocation violant les règles de CO 881 ss ou une procédure de vote ne respectant pas les règles légales ou statutaires constituent également un motif valable d'annulation<sup>25</sup>. Il en est de [2040] même lorsque, lors d'un vote, on ignore un droit de représentation (CO 886 I) fondé sur une procuration écrite ou lorsqu'un vote n'a pas lieu à bulletins secrets bien que cela ait fait l'objet d'une demande conforme aux statuts<sup>26</sup>. Est encore un motif d'annulation le refus de l'assemblée générale de traiter des objets portés correctement à l'ordre du jour. En revanche, le défaut d'utilité pratique d'une décision n'est pas en soi un motif suffisant d'annulation<sup>27</sup>: le juge doit faire preuve d'une certaine retenue lorsque ni la loi, ni les statuts ne sont violés. 17

2° L'existence d'un **intérêt juridique** à l'annulation de la décision. A cet égard, le demandeur peut invoquer les conséquences de la décision attaquée non seulement sur ses propres droits, mais également sur les intérêts de la société<sup>28</sup>. En revanche, rien ne sert d'invoquer la violation de dispositions procédurales si elle n'a pas d'incidence sur l'issue du vote. Dans ce contexte, la règle spéciale de CO 691 III a valeur de principe général, selon lequel une décision est annulable uniquement lorsque la violation des règles légales ou statutaires a exercé (ou aurait pu exercer) une influence sur la décision attaquée. 18

3° Le respect d'un **délai de péremption de deux mois**. CO 891 II prévoit un délai de deux mois pour attaquer la décision litigieuse. Il s'agit d'un délai de péremption, qui ne peut être prolongé, suspendu ou interrompu par le juge ou une action des parties<sup>29</sup>. Les statuts ne peuvent pas non plus le prolonger ou en modifier le point de départ<sup>30</sup>. La brièveté du délai a pour but de permettre une clarification rapide de la situation juridique<sup>31</sup>. En cas de décision prise par l'assemblée générale ou l'assemblée des délégués (CO 892), le délai **court** dès la communication (orale) des résultats. En cas de votation par correspondance, le délai court dès qu'il est possible de prendre connaissance du résultat (écrit) dans la forme prévue par les statuts (CO 880 N 18)<sup>32</sup>. L'**échéance** du délai se calcule d'après la règle de CO 77 I (3)<sup>33</sup>: le délai pour intenter l'action en annulation échoit le jour qui, dans le dernier mois, correspond par son quantième au jour où le délai a commencé à courir. 19

Seule l'ouverture d'action permet de **sauvegarder** le délai de péremption. Aux termes de CPC 64 II, lorsqu'un délai de droit privé se fonde sur la date de l'ouverture de l'action, le moment déterminant est le début de la litispendance au sens du CPC. A moins qu'une instance cantonale unique ne soit compétente pour trancher l'action en annulation (CPC 198 [f]) ou qu'un délai ait été fixé par le tribunal des mesures provisionnelles (CPC 263, *infra* N 29 ss) pour le dépôt de la demande (CPC 198 [h]), la procédure au fond doit, en principe<sup>34</sup>, être précédée d'une tentative de conciliation (CPC 197). Le délai de péremption est déjà sauvegardé par la remise à la poste de la demande ou de la requête en conciliation<sup>35</sup>. CPC 20

63 prévoit un **délai de grâce** d'un mois lorsque l'acte introductif d'instance est retiré ou déclaré irrecevable pour cause d'incompétence. Une fois l'autorisation de procéder délivrée, il faut introduire l'action au fond dans les trois mois (CPC 209 III), car le délai de CO 891 II n'est pas un délai de nature procédurale réservé par CPC 209 IV<sup>36</sup>.

Une requête de **mesures provisionnelles** déposée avant l'ouverture de l'action en annulation ne suffit pas, puisque son objet n'est pas le même que celui de l'action au fond<sup>37</sup>.

#### [2041] E. Les effets (CO 891 III)

Dès lors que la décision controversée est contraire à la loi ou aux statuts, le jugement prononce son **annulation ex tunc**<sup>38</sup>. Le jugement rendu est **formateur**: il est opposable à tous les associés, et chacun d'eux peut s'en prévaloir aux termes de la loi, y compris les associés ayant accepté la décision lors du vote annulé. En revanche, le jugement rejetant l'action en annulation ne sortit ses effets qu'envers le demandeur<sup>39</sup>. Le délai de péremption étant toutefois écoulé au moment du prononcé du jugement, la décision visée est de toute manière devenue valable pour tous les associés.

Saisi d'une action en annulation selon CO 891, le juge ne peut qu'annuler la décision illicite ou rejeter la demande. Il ne peut en revanche pas remplacer la décision non valable par une décision valable<sup>40</sup>. Il est néanmoins possible, sous l'angle de l'interdiction de l'abus de droit, de contraindre une SCoop à prendre une nouvelle décision.

On précisera enfin qu'il est impossible d'annuler une décision de l'assemblée générale par **transaction** judiciaire ou extrajudiciaire ou par acquiescement<sup>41</sup>.

#### F. Aspects de procédure

##### 1. Le juge compétent

Le tribunal compétent *ratione loci* est celui du **siège de la société** (CPC 10 I [b]) mais les parties peuvent élire un autre for explicitement (CPC 17) ou tacitement (CPC 18). Les règles cantonales d'organisation judiciaire déterminent la compétence *rationae materiae* et *rationae personae* du tribunal compétent. A noter que CPC 6 IV (b) autorise les cantons à attribuer à un tribunal de commerce les litiges relevant du droit des sociétés coopératives.

##### 2. La valeur litigieuse

La valeur litigieuse de l'action en annulation correspond en principe à l'**intérêt économique** (généralement plus élevé) de la SCoop à maintenir la décision attaquée, et non à l'intérêt personnel (généralement plus restreint) du demandeur d'obtenir son annulation<sup>42</sup>. Pour celui-ci, la procédure présente des risques considérables, semblables à ceux rencontrés dans le droit de la SA (CPC 106 ss)<sup>43</sup>.

Contrairement à ce qui prévaut en droit de la SA, un litige portant sur l'admission (CO 840 III *i.f.*) ou l'exclusion d'un associé (CO 846 III) n'est pas de nature patrimoniale, en tout cas aussi longtemps que la qualité de membre d'une SCoop ne se limite pas à des avantages économiques, mais possède un **contenu idéal**<sup>44</sup>.

##### 3. Les clauses arbitrales

L'action en annulation d'une décision de l'assemblée générale peut faire l'objet d'un **arbitrage** pour autant que les statuts contiennent une clause compromissoire<sup>45</sup>. Celle-ci ne lie les associés que s'ils se sont soumis à la clause<sup>46</sup>, par exemple au moment de la déclaration d'entrée (CO [2042] 840 s.). Si, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, au moins l'une des parties n'avait ni son domicile, ni sa résidence en Suisse, le chapitre 12 de la LDIP s'applique. Dans les autres cas, ce sont les règles sur l'arbitrage interne (CPC 353 ss).

#### 4. Les mesures provisionnelles

Lorsqu'est requise l'**inscription au registre du commerce** d'une décision nulle (N 33), le préposé doit la refuser d'office. En revanche, si la décision est uniquement annulable, celui-ci doit procéder à l'inscription, sans en relever d'office le caractère attaquant<sup>47</sup>. L'inscription d'une décision au registre du commerce crée, en raison de son effet de publicité, une situation juridique sur laquelle il n'est pas toujours possible de revenir (N 43). 29

Vu ces effets, celui qui entend contester une décision viciée doit à tout prix former opposition par écrit contre une inscription pour obtenir le **blocage du registre** du commerce (ORC 162 I). Le blocage ne sera toutefois maintenu que si l'opposant prouve dans les dix jours qu'il a introduit une requête de mesure provisionnelle pour obtenir le maintien du blocage (ORC 162 III [a]). Il peut également obtenir ce blocage par le biais d'une mesure superprovisionnelle (CPC 262c et 265). 30

Les **conditions** d'obtention des mesures provisionnelles sont réglées par CPC 261 ss. Si le juge rejette la requête de mesure provisionnelle par une décision exécutoire, le préposé effectue l'inscription malgré les risques évidents pour l'opposant, et ce même si celui-ci a introduit entre-temps une action en annulation devant le juge compétent (ORC 162 III [b]). 31

### III. La nullité des décisions de l'assemblée générale

#### A. Le principe de l'annulabilité

Face à une décision viciée, l'**annulabilité** prévue à CO 891 est la règle. Toutefois, cette action en justice présuppose l'existence d'une décision au sens juridique du terme. Lorsque, exceptionnellement, une décision n'a jamais vu le jour parce qu'elle est nulle, elle ne tombe donc pas sous le coup de CO 891<sup>48</sup>. 32

L'importance de la distinction réside surtout dans le fait qu'une **décision frappée de nullité** peut être mise en cause en tout temps et par quiconque, y compris par l'associé qui a voté pour la décision (comp. N 12), par l'administration ou par tout tiers intéressé, que ce soit par voie d'exception ou par le biais d'une action constatatoire<sup>49</sup>. Par ailleurs, la nullité doit être constatée d'office, en particulier par le préposé au registre du commerce chargé d'effectuer l'inscription<sup>50</sup>. A l'inverse, la décision qui n'est pas nulle mais seulement attaquant sur la base de CO 891 doit être inscrite par le préposé sans égard au fait qu'une violation de la loi ou des statuts justifie son annulation (N 29)<sup>51</sup>. 33

#### B. Les cas de nullité

La nullité doit rester l'exception et une décision de l'assemblée générale n'est nulle que lorsqu'elle souffre d'un **vice particulièrement grave** qui ne pourrait être couvert par le défaut 34

d'action en justice<sup>52</sup>, si ce vice est manifeste ou du moins facilement décelable et si, de surcroît, la sécurité du droit n'est pas sérieusement mise en danger par l'admission de la nullité<sup>53</sup>.

[2043] Il peut s'agir premièrement d'un vice **matériel**. C'est notamment le cas lorsque la décision en question est impossible, illicite, contraire aux mœurs (CO 20), ou qu'elle viole le droit de la personnalité (CC 27 II)<sup>54</sup>.

La nullité peut deuxièmement résulter d'un vice **formel**, lorsqu'une manifestation de volonté des sociétaires ne peut valoir comme décision de l'assemblée générale parce qu'elle a été adoptée en violation de prescriptions impératives sauvegardant des intérêts publics ou protégeant les intérêts des créanciers (et pas uniquement ceux de l'associé qui la conteste)<sup>55</sup>. Le Tribunal fédéral a jugé que c'était notamment le cas lorsque c'est un organe incompétent qui a convoqué l'assemblée générale<sup>56</sup>, lorsque seule une partie des coopérateurs a été convoquée<sup>57</sup>, lorsque la décision n'a pas été prise à la majorité qualifiée nécessaire<sup>58</sup> ou lorsque des personnes non autorisées à voter ont participé de manière déterminante à une prise de décision<sup>59</sup>.

Dans un ancien arrêt consacré à la SA, le Tribunal fédéral a tenté d'établir un **catalogue** des cas de nullité<sup>60</sup>. Selon lui, sont nulles les décisions qui vont à l'encontre de la structure fondamentale de la SCoop, qui sont incompatibles avec les règles protégeant les créanciers sociaux ou servant l'intérêt public ainsi que celles dont le contenu est contraire aux mœurs. Ce que le Tribunal fédéral entend par « structure fondamentale » n'est pas clair<sup>61</sup>. Certains auteurs ont proposé l'interprétation suivante: la structure essentielle est touchée lorsque la décision concerne la participation financière des associés ou limite leur droit d'accès aux prestations de la SCoop sans motif valable. Selon ces auteurs, ce type de discrimination est *a priori* incompatible avec le caractère personnel de la SCoop<sup>62</sup>.

Dans un arrêt encore plus ancien, le Tribunal fédéral a nié la nullité d'une décision amendant les statuts, bien que la convocation à l'assemblée générale ne permît pas aux associés de saisir l'importance de la modification<sup>63</sup>: les juges ont certes reconnu que la décision en question violait CO 883 I, mais ils ont décidé qu'elle était seulement annulable en argumentant que CO 883 ne protège que les intérêts privés des coopérateurs<sup>64</sup>. Ce dernier exemple montre à quel point il est **difficile de distinguer** en pratique quand une décision est annulable ou quand elle nulle.

Il est d'autant plus difficile de différencier la nullité de l'annulabilité que le Tribunal fédéral considère qu'il s'agit d'un cas d'annulation dès que le demandeur agit dans le délai de deux mois, et ce même si la décision est fondamentalement nulle<sup>65</sup>.

### C. La nullité partielle

Le régime de CO 20 Il est applicable à une décision attaquant de l'assemblée générale. On admettra une **nullité partielle** si les deux **conditions** suivantes sont satisfaites:

1° **Objectivement**, la partie correcte de la décision est indépendante de la partie viciée, c'est-à-dire qu'elle peut être appliquée séparément; et

2° **Subjectivement**, l'assemblée générale aurait accepté en votation la partie correcte sans la partie viciée<sup>66</sup>.

**[2044] D. Le délai pour faire valoir la nullité**

En principe, la nullité peut être **invoquée en tout temps** (N 33)<sup>67</sup>. Exceptionnellement, le TF a affirmé le contraire lorsqu'une décision avait déjà déployé certains effets, de sorte qu'il n'était plus possible de revenir en arrière. Dans ces circonstances, toujours selon le Tribunal fédéral, une décision en principe frappée de nullité doit être tout de même appliquée pour ne pas compromettre la sécurité du droit<sup>68</sup>. Il s'agissait en l'espèce d'une décision modifiant les statuts et introduisant la responsabilité individuelle des associés (CO 889 I); elle n'avait pas été prise à la majorité des trois quarts de tous les associés et, partant, était nulle (N 36). Le préposé au registre du commerce l'avait pourtant inscrite sans opposition et personne n'avait relevé ce vice jusqu'à la faillite de la société. Le Tribunal fédéral a estimé que les créanciers s'étaient remis de bonne foi à l'inscription du registre du commerce et méritaient d'être protégés dans leurs intérêts<sup>69</sup>.

43

**Fussnoten:**

- \* La 1<sup>ère</sup> éd. du commentaire de cet article avait été rédigée en collaboration avec FABIEN HOHENAUER, lic. iur.
- 1 Cf. not. REYMOND, 235.
- 2 Pour une analyse plus détaillée de l'influence de CO 706 ss dans l'interprétation de CO 891, cf. **BSK OR II-MOLL**, N 1 ss.
- 3 Selon le Tribunal fédéral, une action est irrecevable dès lors qu'elle tend à faire constater que des décisions de l'assemblée générale sont annulables, lorsqu'elle est fondée sur un état de fait qui pourrait donner lieu à une action en responsabilité contre les organes de la société. Cf. **ATF 81 II 462**, c. 2, JdT 1956 I 244; cf. ég. ZK-GUTZWILLER, N 30.
- 4 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 6; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 2; GERWIG, 288.
- 5 Cf. *infra* CO 893 N 10 ss.
- 6 Cf. MONTAVON, 116; dans le même sens, REYMOND, 236 s.
- 7 Cf. ATF 76 II 51, c. 2-3, JdT 1950 I 555. Pour réfuter l'existence d'une lacune, le Tribunal fédéral s'est fondé sur le fait qu'il ressort des travaux préparatoires que le législateur a expressément voulu exclure la possibilité d'attaquer les décisions de l'administration.
- 8 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 7; ZK-GUTZWILLER, N 21.
- 9 Cf. MONTAVON, 116 s.
- 10 Cf. MONTAVON, 116.
- 11 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 8; ZK-GUTZWILLER, N 27.
- 12 Cf. MONTAVON, 117; **BSK OR II-MOLL**, N 8; GERWIG, 290.
- 13 Cf. REYMOND, 239.
- 14 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 10; cf. ég. ZK-BÜRGI, CO 706 N 57.
- 15 Cf. MONTAVON, 116. Cf. ég. REYMOND, 240.
- 16 Cf. ATF 74 II 41; RSJ 1961 124 ss. Cf. ég. WENNINGER, 121; ZK-GUTZWILLER, N 16 et 20.
- 17 Cf. ATF 72 II 91, c. 1, JdT 1946 I 546, et CREC, JdT 2012 III 110, c. 7, selon lequel un associé sortant n'a même pas d'intérêt à faire constater la nullité d'une décision.
- 18 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 9; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 3. Comp. REYMOND, 239 s., qui estime qu'il est suffisant d'avoir la qualité d'associé jusqu'au moment de l'introduction de l'action. Cf. ég. SJ 1981 39 (concernant aCO 706).
- 19 Cf. ATF 74 II 41; cf. ég. REYMOND, 240; WENNINGER, 121.
- 20 **BSK OR II-MOLL**, N 12.

- 21 Cf. REYMOND, 240.
- 22 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 14; WENNINGER, 121.
- 23 Cf. MONTAVON, 117.
- 24 Cf. toutefois **BSK OR II-MOLL**, N 15, pour qui la structure plus personnelle et sociale de la SCoop requiert une application moins stricte des motifs d'annulabilité.
- 25 La violation de règles de formes énoncées dans les statuts est donc un motif d'annulation. Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 15; WENNINGER, 122; ZK-GUTZWILLER, N 7.
- 26 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 16; ZK-GUTZWILLER, N 9.
- 27 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 16; ZK-GUTZWILLER, N 9.
- 28 Cf. VON STEIGER, Précis, 119; cf. ég. **BSK OR II-MOLL**, N 15.
- 29 Cf. **ATF 85 II 525**, c. 3, JdT 1960 I 538; **ATF 98 II 176**, c. 10, JdT 1973 I 247; cf. ég. MONTAVON, 117; **BSK OR II-MOLL**, N 23; ZK-GUTZWILLER, N 26.
- 30 Cf. REYMOND, 240.
- 31 Cf. AppGer, BJM 1987 200, c. 2, qui cite KUMMER.
- 32 Cf. MONTAVON, 117; ZK-GUTZWILLER, N 23.
- 33 Cf. TC VS, RVJ 1988 172, c. 5; ZivGer BS, BJM 1966 188 c. 1, qui parle d'application par analogie. Cf. ég. ZK-GUTZWILLER, N 22 s.
- 34 Renonciation à la conciliation possible dans les cas de CPC 199.
- 35 Le cachet postal a donc une force probante. Cf. CPC 143; TF 4A\_131/2012, c. 3.4; **ATF 114 II 261**, JdT 1989 I 75.
- 36 Cf. **ATF 140 III 561**, c. 2, à propos de l'annulation d'une décision d'une association selon CC 75.
- 37 Dans ce sens, **BSK OR II-MOLL**, N 26.
- 38 **ATF 138 III 204**, c. 4.1 pour la SA. Cf. WENNINGER, 122; **BSK OR II-MOLL**, N 27; ZK-GUTZWILLER, N 33 s.
- 39 Cf. CHK-MÜLLER/FORNITO, N 9; VON STEIGER, Précis, 118.
- 40 Cf. AppGer., BJM 1987 200, c. 5. **BSK OR II-MOLL**, N 27; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 9; ZK-GUTZWILLER, N 33.
- 41 Cf. **ATF 122 III 279**, c. 2.b.c, JdT 1998 I 605; **ATF 80 I 385**, c. 4, JdT 1955 I 202. Cf. ég. ZK-GUTZWILLER, N 33.
- 42 Cf. **ATF 133 III 368**, c. 1.3.2 pour la SA.
- 43 Cf. CO 706a N 9b. Cf. ég. **BSK OR II-MOLL**, N 20.
- 44 Cf. **ATF 80 II 71**, c. 1, JdT 1955 I 66; plus nuancé à l'**ATF 108 II 77**, c. 1a. Critique: CO 839 N 17.
- 45 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 31; WENNINGER, 124; ZK-GUTZWILLER, N 24.
- 46 Cf. pour plus de détails, CHABLOZ, Actionnaires dans les sociétés cotées: actions légales et gouvernance, 2012, n. 893 ss. La révision en cours du droit de la SA prévoit de renforcer la validité des clauses statutaires d'arbitrage (cf. P-CO [2016] 697n I CO).
- 47 Cf. VON STEIGER, Précis, 118.
- 48 Cf. toutefois MONTAVON, 116, qui parle d'effets de fait d'une décision nulle et de la nécessité de faire constater judiciairement la nullité, à moins que l'administration ne l'admette elle-même.
- 49 Cf. TF, 4A\_356/2012, c. 3, non publié à l'**ATF 138 III 785**; AppGer, BJM 1987 200, c. 2 et les références citées. Cf. MONTAVON, 115 s. et 117 s.; VON STEIGER, Précis, 118; WENNINGER, 123.

- 50 Cf. MONTAVON, 118.
- 51 Cf. VON STEIGER, Précis, 118.
- 52 Dans ce sens, [ATF 93 II 30](#), c. 2, JdT 1968 I 53; AppGer BS, BJM 1987 202, c. 2.
- 53 Dans ce sens, [ATF 129 I 361](#), c. 2.1, JdT 2004 II 47, évoquant la nullité d'une décision judiciaire.
- 54 [ATF 93 II 30](#), c. 3 s., JdT 1968 I 53.
- 55 Dans ce sens, cf. REYMOND, 239.
- 56 Cf. ATF 71 I 387, c. 2.a, JdT 1946 I 139; [ATF 115 II 468](#), c. 3.b, JdT 1990 I 374.
- 57 Cf. [ATF 115 II 468](#), c. 3.b, JdT 1990 I 374.
- 58 Sur ce problème, cf. REYMOND, 238 s.; [BSK OR II-MOLL](#), N 18 et la jurisprudence citée; RIEMER, N 251 ss. Cf. ég. ATF 78 III 33, c. 9, JdT 1952 I 403, dans lequel le TF arrive toutefois à une conclusion contraire en raison de l'intérêt prépondérant à protéger la bonne foi des tiers dans l'inscription au registre du commerce.
- 59 Cf. [ATF 115 II 468](#), c. 3.b, JdT 1990 I 374.
- 60 Cf. [ATF 86 II 78](#), c. 6b, JdT 1961 I 7.
- 61 Le Tribunal fédéral parle de « *Grundstruktur der juristischen Person* ».
- 62 Cf. GERWIG, 290.
- 63 Cf. [ATF 80 II 271](#), c. 1a, JdT 1955 I 333. D'un avis apparemment différent, ATF 78 III 33, c. 11, JdT 1952 I 403.
- 64 Cf. [ATF 80 II 271](#), c. 1a, JdT 1955 I 333; TC VS, RVJ 1988 172, c. 3.b.
- 65 Cf. RIEMER, N 312.
- 66 Cf. TERCIER/PICHONNAZ, N 507 ss.
- 67 Cf. MONTAVON, 118.
- 68 Cf. ATF 78 III 33, c. 9, JdT 1952 I 403.
- 69 Cf. cep. [ATF 116 II 713](#), c. 4b, où le Tribunal a constaté qu'une décision de fusion était entachée de nullité. Estimant que « l'effet guérisseur de l'inscription au registre du commerce n'est pas absolu », il a jugé qu'il était possible de revenir en arrière et ordonné l'annulation de la fusion entre temps déjà effectuée. Cf. ég. [ATF 129 I 361](#), c. 2.3, JdT 2004 II 47; [ATF 129 III 641](#), c. 3.4, JdT 2004 I 109.

**Art. 892\***

X. Assemblée  
des délégués

<sup>1</sup> Les sociétés de plus de trois cents membres, de même que celles où la majorité des membres est formée de sociétés coopératives, peuvent disposer, dans leurs statuts, que les attributions de l'assemblée générale sont exercées, en tout ou en partie, par une assemblée de délégués.

<sup>2</sup> Les statuts règlent la composition, le mode d'élection et la convocation de l'assemblée des délégués.

<sup>3</sup> Sauf disposition contraire des statuts, chaque délégué dispose d'une voix.

<sup>4</sup> Pour le surplus, l'assemblée des délégués est soumise aux dispositions de la loi qui régissent l'assemblée générale.

**[Deutsche Fassung]**

X.  
Delegiertenversammlung

<sup>1</sup> Genossenschaften, die mehr als 300 Mitglieder zählen oder bei denen die Mehrheit der Mitglieder aus Genossenschaften besteht, können durch die Statuten die Befugnisse der Generalversammlung ganz oder zum Teil einer Delegiertenversammlung übertragen.

<sup>2</sup> Zusammensetzung, Wahlart und Einberufung der Delegiertenversammlung werden durch die Statuten geregelt.

<sup>3</sup> Jeder Delegierte hat in der Delegiertenversammlung eine Stimme, sofern die Statuten das Stimmrecht nicht anders ordnen.

<sup>4</sup> Im Übrigen gelten für die Delegiertenversammlung die gesetzlichen Vorschriften über die Generalversammlung.

**[versione italiana]**

X. Assemblea  
dei delegati

<sup>1</sup> Nelle società cooperative che hanno più di trecento soci o nelle quali la maggioranza dei soci è formata di società cooperative, lo statuto può stabilire che i poteri dell'assemblea generale spettino, in tutto o in parte, ad un'assemblea di delegati.

<sup>2</sup> Lo statuto regola la composizione, il modo di nomina e la convocazione dell'assemblea dei delegati.

<sup>3</sup> Ciascun membro dell'assemblea dei delegati vi ha un voto, salvo disposizione contraria dello statuto.

<sup>4</sup> Per il rimanente, l'assemblea dei delegati soggiace alle disposizioni legali sull'assemblea generale.

**BIBLIOGRAPHIE**

Cf. bibliographie CO 879.

[2045] CO 892 offre la possibilité aux SCoop de plus de trois cents membres ainsi qu'à celles où la majorité des membres est formée de SCoop de se doter d'une assemblée de délégués. Alors que CO 892 I expose le principe et ses limites, CO 892 II énumère les modalités que les statuts doivent régler. CO 892 III énonce le principe de l'égalité des voix au sein de l'assemblée des délégués. Enfin, CO 892 IV est un renvoi général à CO 879 ss.

Après quelques généralités (I), on développera le régime applicable d'une part aux sociétés de plus de trois cents membres (II) et d'autre part aux sociétés où la majorité des membres est formée de SCoop (III).

## I. Généralités

Selon CO 892 I, les sociétés de plus de trois cents membres, de même que celles où la majorité des membres est formée de sociétés coopératives, peuvent disposer dans leurs statuts que les attributions de l'assemblée générale sont exercées par une assemblée de délégués. La loi n'impose aux sociétés visées par CO 892 I aucune obligation de nommer une assemblée des délégués : il s'agit d'une simple **faculté**, dépendant de la volonté des associés réunis en assemblée générale. La terminologie employée en pratique pour désigner l'assemblée des délégués est fluctuante. On ne s'arrêtera pas aux termes utilisés ; seule la place occupée par l'assemblée des délégués au sein de la hiérarchie sociale est déterminante<sup>1</sup>.

CO 892 autorise l'institution d'une assemblée des délégués dans **deux hypothèses** distinctes l'une de l'autre :

1° Une SCoop de **plus de trois cents membres**. Dans ces sociétés, la tenue correcte d'une assemblée générale peut être mise en péril par le nombre important des associés<sup>2</sup>. Le législateur a voulu faciliter la prise de décision en leur donnant la possibilité de remplacer l'assemblée générale par une assemblée de délégués.

2° Une SCoop où **la majorité** des membres sont des **sociétés coopératives**. On parle alors de société faïtière dont les membres sont soit collectifs (SCoop) soit individuels. Dans la situation particulière où tous les membres sont des SCoop, le législateur qualifie la société faïtière de « fédération » (CO 921). Se calquant sur une pratique confirmée, la doctrine admet néanmoins que le concept de fédération peut également désigner les sociétés n'étant pas uniquement composées de SCoop (CO 921 N 1 ss)<sup>3</sup>. Dès lors, on utilisera sans distinction dans le cadre du commentaire de CO 892 les termes de « société faïtière » et de « fédération ». L'instauration d'une assemblée des délégués dans une telle société permet de tenir compte des différences de taille entre les membres (surtout entre les membres collectifs) et de leur importance relative au sein de la société faïtière<sup>4</sup>.

La formulation de CO 892 I correspond exactement à celle de CO 880 pour le **vote par correspondance**. Les statuts peuvent prévoir que les attributions de l'assemblée générale seront en partie exercées par correspondance, et en partie par l'assemblée des délégués<sup>5</sup>. Cependant, la votation par correspondance se distingue de l'assemblée des délégués dans la mesure où celle-ci est un organe distinct de l'assemblée générale alors que celle-là demeure une forme particulière de manifestation de volonté de l'assemblée générale.

L'instauration d'une assemblée des délégués représente une **limitation importante** des droits inhérents à chaque associé, tels que la participation à l'assemblée générale ou le droit de vote qui se réduit alors à la compétence inaliénable d'élire les délégués composant l'assemblée<sup>6</sup>.

## [2046] II. Les sociétés de plus de trois cents membres

### A. La nomination

Les délégués doivent être choisis parmi les associés (N 17)<sup>7</sup>. S'il s'agit de personnes morales, ce sont leurs représentants qui sont éligibles<sup>8</sup>. Par ailleurs, seuls les associés ont la qualité d'électeurs<sup>9</sup>. En général, la nomination des délégués est soumise au **principe d'égalité** de CO 854 et CO 885 : chaque associé dispose d'une voix lors de l'élection<sup>10</sup>. Le vote peut revêtir les formes les plus diverses : vote à main levée, vote par les urnes, votation par correspondance (CO 880)<sup>11</sup>, etc. 9

L'élection des délégués peut se dérouler de **deux façons** : 10

**1° La nomination directe.** Tous les associés choisissent les délégués en commun, dans le cadre d'une votation générale. L'assemblée<sup>12</sup> se compose alors d'un cercle unique de délégués. Si les statuts prévoient qu'un délégué représente un certain nombre d'associés, alors le nombre de délégués dépend du total d'associés existant au moment de la nomination de l'assemblée. Une fois ce nombre déterminé, l'administration peut prévoir un délai pour procéder à l'élection. A l'issue de celle-ci, les personnes ayant obtenu le plus de votes deviennent délégués<sup>13</sup>. 11

**2° La nomination indirecte.** Les associés sont d'abord répartis en sous-groupes ou sections selon des critères géographiques ou autres. Les membres de chaque sous-groupe élisent ensuite le nombre de délégués (un ou plusieurs) qui leur sont attribués. L'assemblée se compose alors de plusieurs cercles de délégués. 12

En cas de **nomination directe**, afin de respecter le principe d'égalité entre associés (CO 885), chaque délégué dispose d'un **droit de vote identique** au sein de l'assemblée. Une pondération des droits de vote entre délégués est inadmissible, malgré CO 892 III<sup>14</sup>. 13

En cas de **nomination indirecte**, les mêmes principes s'appliquent : chaque associé influence de façon identique la composition et/ou la répartition des droits de vote dans l'assemblée. Pour garantir l'égalité des voix dans l'assemblée ainsi composée, soit chaque délégué représente un **nombre égal d'associés**, soit il possède un nombre de voix proportionnel à la taille du sous-groupe qui l'a élu<sup>15</sup>. 14

Dans les deux procédures de nomination, le **nombre** des délégués (ou le nombre de voix qu'ils expriment) **dépend du total d'associés**. Tout autre procédé est interdit, notamment une répartition en fonction de la participation au capital social ou en fonction du degré d'utilisation des installations de la SCoop (comp. CO 885 N 7 ss, 11)<sup>16</sup>. 15

Les règles statutaires prévoyant que les membres de l'administration ou certains d'entre eux deviennent délégués (sans le vote des associés) sont **nulles** car elles vont à l'encontre de la structure fondamentale de la SCoop qui prévoit le principe de l'égalité entre associés (CO 885) et du libre choix des délégués (CO 891 N 36 ss)<sup>17</sup>. En revanche, les membres de l'administration peuvent bénéficier du droit de participer à l'assemblée, du droit d'intervention 16

ou du droit de déposer des motions. De même, le droit octroyé statutairement à certains associés in [2047] fluents de proposer, de façon obligatoire pour les autres associés, des candidats aux postes de délégués est incompatible avec les principes fondamentaux de la SCoop et donc nul<sup>18</sup>.

**Les statuts peuvent limiter** le cercle des personnes éligibles comme délégués, par exemple aux seuls associés, voire aux seuls associés non membres d'une autre SCoop. Les statuts peuvent même prévoir que les personnes qui font concurrence à la SCoop ne peuvent pas être élues comme délégués<sup>19</sup>. **17**

L'élection des délégués est une décision de l'assemblée générale. Il est donc possible de l'**attaquer** sur la base de CO 891<sup>20</sup>. **18**

### *B. La convocation*

Selon la lettre de CO 892 II, les statuts règlent la convocation de l'assemblée. En réalité, la convocation doit en premier lieu respecter les **règles impératives de CO 881 ss** (cf. renvoi de CO 892 IV)<sup>21</sup>. Le droit (et l'obligation) de convoquer les délégués appartient donc à l'administration<sup>22</sup>. Conformément à CO 881 II, ce droit appartient également au dixième des associés<sup>23</sup>. Par analogie à CO 881 II, on admettra qu'un dixième des délégués – ou un quorum plus restreint si les statuts le prévoient (CO 881 N 31) – peut exiger la convocation de l'assemblée<sup>24</sup>. Le mode de convocation doit respecter CO 882 (CO 882 N 6 ss). L'avis de convocation répond pour sa part aux exigences de CO 883 I (CO 883 N 2 ss), et la sanction de CO 883 II est applicable aux objets non portés à l'ordre du jour (CO 883 N 15 ss). Une réunion de tous les délégués peut prendre des décisions valables conformément à CO 884. Pour le reste, les statuts peuvent régler librement la convocation de l'assemblée (CO 892 II). **19**

### *C. Le droit de vote*

On l'a vu, le droit de vote dans l'assemblée est dominé par le **principe de l'égalité** des associés (CO 885): Toute inégalité de traitement est nulle car elle contrevient à un principe fondamental de la SCoop (CO 891 N 36 ss). **20**

Si tous les délégués ont un nombre de voix identique, ils représentent chacun le même nombre d'associés. Une **pondération des droits** de vote n'est possible que pour compenser des différences notables d'effectif parmi les sous-groupes représentés par les délégués<sup>25</sup>. **21**

Dans le cadre d'une assemblée composée d'un seul cercle de délégués (nomination directe, N 11), chacun d'entre eux peut faire usage de ses droits indépendamment de toute contrainte. En effet, les délégués reçoivent leurs attributions de la part de l'ensemble des associés. Dans l'exercice de celles-ci, ils doivent par conséquent se laisser guider par l'**intérêt commun**<sup>26</sup>. **22**

Si une assemblée se compose de plusieurs cercles de délégués (nomination indirecte. N 12), ceux-ci représentent le cercle d'associés qui les a élus. Sous réserve d'une disposition statutaire contraire, les délégués doivent donc défendre les **intérêts des associés qu'ils représentent** et respecter les directives qu'ils reçoivent<sup>27</sup>. **23**

**24**

[2048] En raison du renvoi de CO 892 IV, la **représentation** d'un délégué au sein de l'assemblée doit respecter la règle de CO 886<sup>28</sup>. Il est donc exclu qu'une disposition statutaire autorise un délégué à représenter plusieurs de ses pairs (CO 886 N 6)<sup>29</sup>. En outre, seul un délégué peut représenter un autre délégué<sup>30</sup>.

#### D. Les attributions

Selon CO 892 I, les **attributions de l'assemblée générale** peuvent être exercées en tout ou en partie par les délégués réunis en assemblée. CO 879 II énumère les droits inaliénables de l'assemblée générale (CO 879 N 20 ss). Hormis CO 880, seul CO 892 fait exception à cette disposition impérative: une aliénation des attributions de CO 879 II à un autre organe que l'assemblée des délégués, voire à des tiers, est exclue<sup>31</sup>. 25

Comme les SCoop de plus de trois cents membres remplissent à la fois les conditions de l'assemblée des délégués (CO 892 I) et celles du **vote par correspondance** de l'assemblée générale (CO 880), on trouve en pratique les répartitions de compétences les plus diverses entre les deux organes<sup>32</sup>. 26

De manière difficilement compréhensible – si ce n'est pour la prise en compte d'une pratique largement établie –, le Tribunal fédéral semble autoriser une **application cumulative** du vote par correspondance et de l'assemblée des délégués: dans un *obiter dictum*, les juges fédéraux précisent que la votation par correspondance n'est pas réservée aux coopérateurs réunis en assemblée générale mais convient également aux prises de décision de l'assemblée des délégués (CO 880 N 3 *i.f.*)<sup>33</sup>. 27

Bien que le texte légal permette en principe de déléguer à l'assemblée toutes les attributions de l'assemblée générale (CO 879 II), il y a lieu de mentionner **trois exceptions**: 28

**1° La nomination, le contrôle et la révocation de certains organes.** Les associés non délégués peuvent toujours exercer leur droit inaliénable d'élire les délégués et celui de convoquer l'assemblée générale à cette fin (CO 881). Les associés conservent également, en commun avec les délégués, le droit de contrôle (CO 856 s.), le droit de demander la révocation de l'administration ou de l'organe de révision (CO 890 II) et celui d'attaquer les décisions de l'assemblée (CO 891)<sup>34</sup>. 29

**2° L'aggravation de la responsabilité.** Les décisions tendant à introduire ou à aggraver la responsabilité individuelle ou l'obligation d'opérer des versements supplémentaires (CO 889 I et LFus 18 I [d]) nécessitent la majorité des trois quarts de tous les associés. Ces décisions sont impérativement prises par les associés eux-mêmes<sup>35</sup>. 30

**3° L'action en annulation et l'action en responsabilité.** Le droit des coopérateurs d'attaquer les décisions de l'assemblée des délégués subsiste (CO 891), de même que l'action en responsabilité de CO 917 ss contre les organes de la société<sup>36</sup>. La règle demeure néanmoins problématique dans la mesure où, selon la règle générale, l'associé perd en principe son droit d'action [2049] s'il accepte une décision (CO 891 N 12), ce qu'il fait en quelque sorte par la «procuration» générale accordée aux délégués<sup>37</sup>. 31

### III. Les sociétés où la majorité des membres est formée de SCoop

#### A. La nomination

Dans les SCoop faîtières où la majorité des membres sont des SCoop, celles-ci présentent entre elles et par rapport aux membres individuels des différences de taille ou de pouvoir économique. La loi tient compte de ces altérités et **permet de pondérer** l'influence des différents délégués lors des décisions prises par l'assemblée (CO 885 N 30)<sup>38</sup>. La pondération des voix ne s'applique pas seulement aux fédérations formées de SCoop de droit privé, mais également à celles qui sont formées de corporations de droit public<sup>39</sup>. 32

Concernant la nomination des délégués, on **distingue** entre membres collectifs et individuels<sup>40</sup>. 33

**1° Les membres collectifs.** Ils désignent selon leurs propres règles le nombre de délégués auxquels ils ont droit. Dans la plupart des cas, c'est l'organe suprême – l'assemblée générale du membre collectif, CO 879 – qui est compétent, une nomination par l'administration étant toutefois admissible. 34

**2° Les membres individuels.** Ils peuvent soit prendre part personnellement à l'assemblée des délégués avec une voix par personne (CO 885), soit élire, selon la procédure prévue statutairement, les délégués qui leur sont attribués (CO 885 N 29 s.). S'ils choisissent de nommer des délégués, les membres individuels ont chacun une voix lors de cette élection. Pour le reste, on renvoie aux commentaires concernant les SCoop de plus de trois cents membres (N 11 ss). 35

Les **membres de l'administration** de la société faîtière ne peuvent pas occuper *ipso jure* une place de délégué. Pour le reste, ils bénéficient de tous les droits de participation (N 16). Un membre collectif peut néanmoins nommer un administrateur de la société faîtière pour le représenter en tant que délégué à l'assemblée. 36

#### B. La convocation

On renvoie aux commentaires faits pour les SCoop de plus de trois cents membres (N 19), tout en précisant que non seulement un dixième des délégués, mais également un dixième des membres de la société faîtière peuvent convoquer l'assemblée<sup>41</sup>. 37

#### C. Le droit de vote

On l'a vu (N 21 et CO 885 N 22 et 28), les droits de vote peuvent être **répartis** statutairement de manière non uniforme: soit les membres collectifs ont droit à un nombre pondéré de délégués, soit chacun d'eux nomme la même quantité de délégués mais ceux-ci exercent des droits de vote d'importance inégale (droit de vote plural; CO 892 III)<sup>42</sup>. Une combinaison des deux variantes est admissible. Il semble **préférable** de prévoir une **pondération du nombre de délégués** plutôt qu'un droit de vote plural dans la mesure où cette solution favorise les délibérations<sup>43</sup>. 38

[2050] La répartition du nombre de délégués (ou de leurs droits de vote) ne peut pas dépendre de **critères** arbitraires (CO 885 N 23 ss). Le critère retenu est en principe le **nombre d'associés** que comprend chaque membre collectif<sup>44</sup>. On peut également tenir compte de l'**utilisation de l'infrastructure** de la société faîtière par les membres collectifs<sup>45</sup>. Les particularités des membres collectifs ne peuvent servir de critère que si elles ont un rapport avec la nature de la société faîtière et que si elles respectent le principe de l'égalité de traitement (CO 854 et CO 885 N 26)<sup>46</sup>. 39

Chaque délégué représente un groupe de personnes (un membre collectif) et doit en principe défendre les intérêts de celui-ci. Les statuts peuvent toutefois prévoir une interdiction de voter sur instruction<sup>47</sup>. Notons que si un délégué ne respecte pas son devoir de fidélité, le droit de la SCoop n'y attache aucune sanction<sup>48</sup>.

40

#### *D. Les attributions*

Pour l'essentiel, on renvoie aux remarques faites pour les SCoop de plus de trois cents membres (N 25 ss). Les décisions tendant à introduire ou à aggraver la responsabilité individuelle ou l'obligation d'opérer des versements supplémentaires requièrent la majorité des trois quarts de tous les associés (et non des délégués) qui doivent les accepter personnellement<sup>49</sup>. Il n'y a pas de pondération des droits de vote : chaque membre individuel et chaque membre collectif possède une seule voix.

41

Il est possible de **cumuler** la prise de décision par l'assemblée et la votation par correspondance (CO 880) : partant, l'exercice du droit de vote par correspondance au sein de l'assemblée est admissible (CO 880 N 3)<sup>50</sup>. Cette combinaison est, dans ce cas, pleinement justifiée (comp. N 27), dans la mesure où – du point de vue des délégués des membres collectifs – l'assemblée des délégués est en fait une assemblée générale de ses SCoop membres.

42

Si une votation par correspondance a lieu au niveau de la société faîtière, il est possible de laisser voter les associés des membres collectifs au lieu de leurs délégués dans la mesure où les statuts de la société faîtière le prévoient. On pourrait certes objecter que les associés des membres collectifs ne sont pas, formellement du moins, des membres individuels de la société faîtière. Il y a cependant lieu de préciser que la loi ne dit rien sur le nombre de délégués qu'un membre collectif peut présenter. Théoriquement, un membre collectif peut donc nommer autant de délégués qu'il a d'associés. On ne voit dès lors pas pour quelle raison les associés des membres collectifs n'auraient pas le droit de participer à un vote par correspondance de la société faîtière, pour autant que les statuts le prévoient.

43

#### *E. Questions particulières*

Les **associés d'un membre collectif** représenté par des délégués n'ont pas la qualité de membre individuel au sein de la société faîtière. Celle-ci ne peut donc pas leur imposer des devoirs par le biais de décisions ou de règles statutaires<sup>51</sup>. Seules les décisions des organes du membre collectif peuvent le faire : chaque SCoop définit en effet le rôle de ses propres sociétaires, conformément à ses **règles internes**. Si une décision de l'assemblée des délégués de la société faîtière impose malgré tout des devoirs aux associés d'un membre collectif, ceux-ci sont alors légitimés à requérir directement l'annulation de cette décision (CO 891 N 8).

44

[2051] La société faîtière formée d'une majorité de membres collectifs a souvent intérêt à influencer ces derniers. Dans cette optique, les statuts de la société faîtière peuvent par exemple contenir des dispositions obligeant les membres collectifs à soumettre à son approbation leurs modifications statutaires. A cet égard, soulignons que chaque membre collectif dispose d'un certain **droit à l'autodétermination**, concrétisé à CO 879 II. Ainsi, la disposition statutaire réservant l'accord de la société faîtière n'est admissible que si cette

45

approbation n'a pas d'effet constitutif pour la modification des statuts. Néanmoins, la société faitière reste libre d'imposer des exigences, notamment statutaires, à ses membres collectifs et d'assortir leur violation de sanctions à son niveau, telles que l'exclusion<sup>52</sup>.

**Fussnoten:**

- \* La 1<sup>ère</sup> éd. du commentaire de cet article avait été rédigée en collaboration avec FABIEN HOHENAUER, lic. iur.
- 1 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 5; ZK-GUTZWILLER, N 2.
- 2 Cf. REYMOND, 244.
- 3 Cf. REYMOND, 292 s.
- 4 Cf. REYMOND, 299.
- 5 Dans ce sens, AppGer, BJM 1987 200, c. 3.
- 6 Cf. AppGer, BJM 1987 200 c. 3. Cf. ég. **BSK OR II-MOLL**, N 4; ZK-GUTZWILLER, CO 854 N 5.
- 7 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 12; REYMOND, 245 et les réf. cit.
- 8 Cf. MONTAVON, 113; REYMOND, 245.
- 9 Cf. MONTAVON, 113; REYMOND, 245.
- 10 Cf. MONTAVON, 112 s.; REYMOND, 244 s.
- 11 Cf. ZK-GUTZWILLER, N 18.
- 12 Le terme d'« assemblée » employé sous II. et utilisé seul se réfère, sauf mention contraire expresse, à l'assemblée des délégués et non à l'assemblée générale.
- 13 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 8; HENSEL, 194 s.
- 14 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 8; SIGG, 60; WENNINGER, 133. D'un autre avis: GERBER, 263 s.; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 19 N 35.
- 15 Cf. REYMOND, 245 s.; **BSK OR II-MOLL**, N 8; SIGG, 62.
- 16 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 10; *id.*, CO 885 N 6; SIGG, 70. Cf. ég. REYMOND, 246 et la note 104. D'un autre avis: GERBER, 263 s.; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 19 N 35.
- 17 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 11; WENNINGER, 133.
- 18 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 11; WENNINGER, 134.
- 19 Cf. ATF 69 II 41, JdT 1943 I 422. Selon le Tribunal fédéral, une SCoop de consommation peut prescrire dans ses statuts que les membres qui appartiennent encore à une autre société de consommation ne sont pas éligibles en qualité de délégués. *Contra*: REYMOND, 247.
- 20 Cf. ATF 69 II 41, JdT 1943 I 422; cf. ég. **BSK OR II-MOLL**, N 15; WENNINGER, 134.
- 21 Cf. REYMOND, 248.
- 22 Cf. ZK-GUTZWILLER, N 21 s.
- 23 Cela se justifie avant tout en cas d'obstruction de l'administration et/ou de l'assemblée des délégués. Cf. ZK-GUTZWILLER, N 22. *Contra*: VON STEIGER, Précis, 77.
- 24 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 16; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 6. *Contra*: REYMOND, 248, pour qui une convocation par une portion des délégués n'est possible que si elle est expressément prévue par les statuts ou un règlement.
- 25 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 19; ZK-GUTZWILLER, N 30. *Contra*: CAPITAINE, Participation, 295 s.
- 26 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 13; WENNINGER, 137 s.
- 27

Cf. REYMOND, 249 s.; **BSK OR II-MOLL**, N 14; WENNINGER, 138 s. *Contra*: VON STEIGER, Précis, 84.

28 Ce renvoi est conforme à CO 892 IV.

29 Cf. les réflexions de ZK-GUTZWILLER, N 31; d'un même avis, **BSK OR II-MOLL**, N 20. *Contra*: CAPITAINE, Participation, 296 ss.

30 D'un avis différent, REYMOND, 249.

31 CO 893 constitue une exception supplémentaire qui n'est applicable qu'aux sociétés d'assurance concessionnaires de plus de mille membres.

32 Dans ce sens, AppGer, BJM 1987 200 c. 3.

33 Cf. TF, Pra. 1941 281; ég. **BSK OR II-MOLL**, N 22. Critiques pertinentes, MONTAVON, 113; REYMOND, 250.

34 Cf. MONTAVON, 113; REYMOND, 251. *Contra*: VON STEIGER, Précis, 77, pour le droit de contrôle.

35 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 24; HENSEL, 202. Comp. MONTAVON, 114, pour qui les décisions aggravant la responsabilité prises par les délégués ne lient pas les associés si ceux-ci déclarent leur sortie dans les trois mois à compter de leur publication au Registre du commerce (application analogique de CO 889 II).

36 Cf. MONTAVON, 113; REYMOND, 251 et les réf. cit.; GLOOR, 116.

37 Cf. REYMOND, 251; **BSK OR II-MOLL**, N 25.

38 Cf. ZK-GUTZWILLER, N 12. Le terme d'« assemblée » employé sous III. et utilisé seul se réfère, sauf précision contraire expresse, à l'assemblée des délégués et non à l'assemblée générale. Le terme de « membre collectif » se réfère, sauf précision, à une SCoop faisant partie d'une société faïtière dont la majorité des membres est formée de sociétés coopératives (CO 892 I 2<sup>e</sup> partie).

39 Cf. VON STEIGER, Précis, 80 s.; cf. ég. **BSK OR II-MOLL**, N 24; ZK-GUTZWILLER, N 12.

40 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 26 et les réf. cit.

41 Cette règle est impérative malgré la formulation apparemment souple de CO 892 II.

42 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 31; ZK-GUTZWILLER, N 33.

43 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 32; ZK-GUTZWILLER, N 37.

44 Cf. REYMOND, 303.

45 Pour une liste d'autres critères, cf. CO 885 N 24 s.

46 Cf. REYMOND, 303.

47 Cf. ZK-GUTZWILLER, N 37. A l'inverse, si les statuts ne prévoient pas une telle interdiction, il est possible pour les délégués de voter sur instruction des associés qu'ils représentent. Cf. REYMOND, 306.

48 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 28; WENNINGER, 138 s.

49 Cf. REYMOND, 306.

50 Cf. REYMOND, 306; **BSK OR II-MOLL**, N 35; SIGG, 152.

51 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 37; SIGG, 145.

52 ATF 69 II 41, JdT 1943 I 422.

**Art. 893\***

XI. Régime  
exceptionnel des  
sociétés d'  
assurance

<sup>1</sup> Les sociétés d'assurance concessionnaires de plus de mille membres peuvent transférer, en vertu d'une clause statutaire, tout ou partie des attributions de l'assemblée générale à leur administration.

<sup>2</sup> Ne peuvent être transférées les attributions de l'assemblée générale relatives à l'introduction ou à l'extension du régime des versements supplémentaires, à la dissolution de la société, à sa fusion, à sa scission et à la transformation de sa forme juridique.

**[Deutsche Fassung]**

XI. Ausnahmebestimmungen für  
Versicherungsgenossenschaften

<sup>1</sup> Die konzessionierten Versicherungsgenossenschaften mit über 1000 Mitgliedern können durch die Statuten die Befugnisse der Generalversammlung ganz oder zum Teil der Verwaltung übertragen.

<sup>2</sup> Unübertragbar sind die Befugnisse der Generalversammlung zur Einführung oder Vermehrung der Nachschusspflicht, zur Auflösung, zur Fusion, zur Spaltung und zur Umwandlung der Rechtsform der Genossenschaft.

**[versione italiana]**

XI. Eccezioni in  
favore delle  
società mutue di  
assicurazione

<sup>1</sup> Le società mutue d'assicurazione al beneficio d'una concessione che hanno più di mille soci possono, mediante lo statuto, delegare in tutto o in parte i poteri dell'assemblea generale all'amministrazione.

<sup>2</sup> Non possono essere delegati i poteri dell'assemblea generale riguardanti l'introduzione o l'aggravamento dell'obbligo di eseguire versamenti suppletivi, lo scioglimento della società, la sua fusione, la sua scissione e la trasformazione della sua forma giuridica.

**BIBLIOGRAPHIE**

Cf. bibliographie CO 879.

CO 893 prévoit que les sociétés d'assurance concessionnaires (CO 841 N 4) de plus de mille membres peuvent transférer certaines attributions de l'assemblée générale à l'administration. CO 893 I fixe le principe de la délégation (I), alors que CO 893 II énumère les exceptions (II). Quelques questions méritent un commentaire particulier (III).

1

**I. Le principe (CO 893 I)**

CO 893 I vise à remédier aux problèmes éventuels que rencontrent les grandes sociétés d'assurances en raison du très grand nombre d'associés et du désintérêt de ceux-ci pour l'exercice des droits sociaux<sup>1</sup>. CO 893 I prévoit la possibilité pour les statuts des sociétés d'

2

assurance concessionnaires de plus de mille membres de **transférer tout ou partie des attributions de l'assemblée générale** à l'administration. La particularité de cette disposition réside dans la possibilité de déléguer toutes les attributions – sous réserve des cas de CO 893 II – de l'assemblée [2052] générale à l'administration pour autant que les statuts le prévoient<sup>1</sup>. Cela signifie notamment que l'administration peut s'élire elle-même (CO 879 II [2]), prononcer la décharge (CO 879 II [4]), et remplacer ceux de ses membres qui décèdent ou démissionnent. Par une décision prise à la majorité simple, l'administration peut également modifier les statuts (CO 879 II [1]), approuver le rapport annuel, les comptes annuels et les comptes consolidés ainsi que les comptes annuels et statuer le cas échéant sur l'utilisation du bénéfice résultant du bilan (CO 879 II [3] et CO 879 N 33)<sup>2</sup>. En réalité, l'ampleur des pouvoirs potentiellement transmissibles à l'administration sur la base de CO 893 destitue largement l'assemblée générale de son rôle d'organe suprême de la SCoop (CO 879 I).

L'application de CO 893 rend par ailleurs **superflues** et sans objet certaines compétences de l'assemblée générale. C'est le cas du droit de recours des associés exclus selon CO 846 III, du droit de consultation de CO 857 II et du devoir de convocation de CO 903 III<sup>3</sup>.

Le privilège créé par CO 893 I n'existe que pour les **sociétés d'assurance concessionnaires**, c'est-à-dire celles qui ont obtenu l'agrément pour exercer leur activité selon la loi sur la surveillance des assurances (cf. LSA 3 et 6<sup>4</sup>), **de plus de mille membres**. Même si CO 893 permet d'exclure (presque) tout contrôle de la part des sociétaires, cela ne signifie pas que l'administration n'a aucun compte à rendre : la FINMA contrôle son activité en tant qu'autorité fédérale de surveillance (LFINMA 3).

On pourrait reprocher au système de ne pas se satisfaire des moyens plus démocratiques que représentent la votation par correspondance (CO 880) et l'assemblée des délégués (CO 892) pour tenir compte des spécificités des sociétés d'assurance. Néanmoins, il faut remarquer que la règle de CO 893 répond en pratique à un véritable besoin et a fait ses preuves depuis son adoption<sup>5</sup>.

## II. Les exceptions (CO 893 II)

Selon CO 893 II, **ne peuvent être transférées à l'administration** les attributions de l'assemblée générale relatives à l'introduction ou à l'extension du régime des versements supplémentaires (CO 871), à la dissolution de la société (CO 911 ss), à sa fusion, à sa scission et à la transformation de sa forme juridique (LFus). Pour les mêmes raisons, les majorités prévues par CO 888 II, CO 889 et par la LFus sont impératives et ne peuvent faire l'objet de dérogations statutaires.

## III. Questions particulières

### A. L'application de CO 892

CO 893 est une *lex specialis* dans le droit de la SCoop<sup>6</sup>. Dès lors, on pourrait se demander si le législateur a voulu exclure **l'assemblée des délégués** (CO 892) dans le cas particulier des sociétés d'assurance concessionnaires. Aucun élément ne permet de soutenir cette thèse. Partant, si les statuts d'une société d'assurance concessionnaire remplissant les conditions de CO 892 prévoient que son administration exerce les attributions de l'assemblée générale, les administrateurs peuvent élire une assemblée des délégués<sup>7</sup>.

**[2053] B. La protection de la minorité des sociétaires**

Selon CO 881 II, **un dixième de tous les associés** peut exiger la convocation d'une assemblée générale: cette règle protège l'assemblée générale d'une administration incapable, puisqu'une assemblée générale convoquée peut en principe révoquer l'administration nommée par elle (CO 890 I). **8**

Toutefois, en cas de transfert des attributions à l'administration selon CO 893 I, l'assemblée générale peut traiter uniquement des objets relevant de sa compétence. Il faut dès lors admettre que l'assemblée générale ainsi convoquée n'a que les **attributions inaliénables** de CO 893 II, qui ne comprend pas celle de révoquer l'administration<sup>8</sup>. Demeure le droit personnel des associés de demander au juge la révocation de l'administration (et de l'organe de révision; CO 890 II)<sup>9</sup>. **9**

**C. L'action en annulation des décisions de l'administration**

CO 891 prévoit expressément la possibilité d'attaquer les décisions de l'assemblée générale, mais reste muet sur la possibilité d'attaquer celles de l'administration. Le Tribunal fédéral a jugé qu'il s'agissait d'un silence qualifié et que, partant, les **décisions de l'administration** ne sont **pas attaquables** (CO 891 N 6)<sup>10</sup>. **10**

En appliquant ce principe aux sociétés d'assurance concessionnaires, on pourrait penser que les décisions de l'administration ne sauraient être attaquées, même si celle-ci s'est vue transférer statutairement les attributions de l'assemblée générale. Toutefois, les **raisons du refus** du Tribunal fédéral d'admettre l'action en annulation des décisions prises par l'administration tiennent à l'existence d'un certain nombre de mécanismes permettant de contrôler l'administration et protégeant suffisamment les sociétaires: l'exercice du droit de vote au sein de l'assemblée générale (CO 885), la possibilité de demander l'annulation des décisions de celle-ci (CO 891), et l'action en responsabilité à l'encontre de l'administration (CO 916 ss)<sup>11</sup>. Le Tribunal fédéral a par conséquent jugé que l'action en annulation pouvait être dirigée uniquement contre l'organe suprême de la SCoop, parce que les autres organes lui sont soumis et doivent lui rendre des comptes. **11**

Dans le cas particulier de CO 893, l'organe suprême de la SCoop n'est plus l'assemblée générale mais l'administration. Il faut donc **admettre la possibilité d'attaquer** ses décisions en annulation dans la mesure où, faute de délégation statutaire conforme à CO 893, elles relèveraient de la compétence de l'assemblée générale<sup>12</sup>. **12**

**IV. La révision en cours**

Le projet de révision du droit de la SA du 23 novembre 2016 prévoit l'introduction d'un nouveau CO 893a, dont la teneur serait la suivante: «Les dispositions du droit de la société anonyme concernant le lieu de réunion et le recours aux médias électroniques à la préparation et à la tenue de l'assemblée générale s'appliquent par analogie». Les dispositions auxquelles il est fait référence sont: P-CO (2016) 701a ss. L'idée est en particulier de tenir compte des progrès de l'informatique et de permettre aux associés de participer à l'assemblée générale à distance (P-CO [2016] 701c) ou même de prévoir une assemblée générale virtuelle (P-CO [2016] 701d), c'est-à-dire une assemblée générale sans lieu de réunion physique<sup>13</sup>. A noter que dans les SCoop où le vote par correspondance est autorisé (CO 880), l'organisation d'assemblées **[2054]** générales virtuelles est déjà possible **13**

aujourd'hui, puisque contrairement au droit de la SA, le principe de l'immédiateté, selon lequel les associés doivent pouvoir former leur opinion durant l'assemblée sur la base des interventions du conseil d'administration et des autres actionnaires, ne s'applique pas. De même, le vote par correspondance peut déjà avoir lieu par courriel<sup>14</sup>.

**Fussnoten:**

- \* La 1<sup>ère</sup> éd. du commentaire de cet article avait été rédigée en collaboration avec FABIEN HOHENAUER, lic. iur.
- 1 Cf. MONTAVON, 102.
- 1 A cause notamment de ce caractère « absolu », cette disposition a fait l'objet de vifs débats lors de son adoption. Cf. pour l'historique ZK-GUTZWILLER, N 1 s. Cf. ég. REYMOND, 252.
- 2 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 2; ZK-GUTZWILLER, N 6.
- 3 Cf. REYMOND, 253. *Contra* au sujet de CO 903 III: MONTAVON, 103.
- 4 Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (LSA, **RS 961.01**). Cf. **ATF 107 Ib 54** c. 1.a, rendu sous l'ancienne loi de 1978.
- 5 Cf. **BSK OR II-MOLL**, N 10; FORSTMOSER, Grossgenossenschaften, 194.
- 6 Cf. ZK-GUTZWILLER, N 3.
- 7 Cf. REYMOND, 253; **BSK OR II-MOLL**, N 5; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 4; ZK-GUTZWILLER, N 5.
- 8 Cf. REYMOND, 254; BELSER, 107.
- 9 Cf. REYMOND, 254.
- 10 Cf. ATF 76 II 51 c. 2-3, JdT 1950 I 555.
- 11 *Ibid.*
- 12 Dans ce sens, cf. REYMOND, 255; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 5. Cf. ég. **BSK OR II-MOLL**, N 9, qui autorise l'action en annulation pour toutes les décisions de l'administration; GERWIG, 288; SIGG, 173 s.
- 13 Cf. Message 2016, 506.
- 14 Cf. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 19 N 34.

**Art. 894\***

B. Administration	<sup>1</sup> L'administration de la société se compose de trois personnes au moins, qui doivent être en majorité des associés.
I. Eligibilité	
1. Qualité d'associé	<sup>2</sup> Les personnes morales et les sociétés commerciales ne peuvent être nommées comme telles; leurs représentants sont toutefois éligibles à leur place.

**[Deutsche Fassung]**

B. Verwaltung	<sup>1</sup> Die Verwaltung der Genossenschaft besteht aus mindestens drei Personen; die Mehrheit muss aus Genossenschaf tern bestehen.
I. Wählbarkeit	
1. Mitgliedschaft	<sup>2</sup> Ist an der Genossenschaft eine juristische Person oder eine Handelsgesellschaft beteiligt, so ist sie als solche nicht als Mitglied der Verwaltung wählbar; dagegen können an ihrer Stelle ihre Vertreter gewählt werden.

**[versione italiana]**

B. Amministrazione	<sup>1</sup> L'amministrazione della società cooperativa si compone di almeno tre membri; gli amministratori devono essere in maggioranza soci.
I. Eleggibilità	
1. Qualità di socio	<sup>2</sup> Le persone giuridiche e le società commerciali non possono, anche se soci, essere amministratori, ma sono eleggibili, in luogo d'esse, i loro rappresentanti.

**BIBLIOGRAPHIE**

BLICKENSTORFER, Die genossenschaftsrechtliche Verantwortlichkeit, 1987; CAPITAINE, Genossenschaft VI, Die Organe der Genossenschaft, FJS n° 1159, 1955 (cité: FJS); CAPITAINE, Particularités et anomalies du droit coopératif suisse, ZBJV 1953, 97 ss (cité: Particularités); DESCHENAUX/STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 2001; GERBER, Die Genossenschaft als Organisationsform von Mittel- und Grossunternehmen, th. Berne, 2003; HENGGELER, Berechtigte und unberechtigte Differenzen des Genossenschaftsrechtes gegenüber dem Aktienrecht, th. Zurich, 1976; MONTAVON, SCOOP, 1999; VON STEIGER, Précis de droit coopératif suisse (adaptation française par Pierre Subilia), 1968.

L'administration de la **SCoop** est régie par CO 894-905<sup>1</sup>. CO 894 s. fixent les exigences légales minimales que doivent remplir les administrateurs. Alors que CO 894 I impose un nombre minimum de trois membres dans l'administration et une majorité d'associés parmi eux, CO 894 II précise que seules des personnes physiques peuvent être élues comme administrateurs.

1

Après avoir présenté la nature, le processus de nomination et l'organisation de l'administration (I), on évoquera plus précisément le nombre d'administrateurs (II) et les conditions d'éligibilité qui leur sont applicables (III).

2

## I. La nature, la nomination et l'organisation de l'administration

### A. La nature de l'administration

Pour avoir l'exercice des droits civils, une SCoop doit posséder les organes prévus par la loi (CC 54; CO 831 II et 832 [4])<sup>2</sup>. A défaut, il existe une carence dans l'organisation et un associé, un créancier ou le proposé au registre du commerce peut requérir du juge qu'il prenne les mesures nécessaires conformément à CO 731b, auquel CO 908 renvoie. L'administration est donc l'un des organes nécessaires prévus par la loi (CO 832 [4]), les statuts pouvant bien sûr en prévoir d'autres (CO 879 N 5). Les administrateurs doivent figurer au RgC (ORC 87 I [k]).

3

[2055] Par administration, il faut entendre les **personnes physiques chargées**, dans la SCoop, de **gérer** les affaires courantes et de **représenter** la société envers les tiers (CO 902)<sup>1</sup>. Contrairement au droit de la SA (CO 716), il n'y a pas de présomption de compétence en faveur de l'administration. Une application par analogie de la règle est par ailleurs exclue<sup>2</sup>. On admet en revanche que tout ce qui concerne les deux attributions fondamentales (gestion et représentation) relève de la compétence de l'administration, tandis que le reste est attribué par présomption à l'assemblée générale (CO 879 N 12).

4

### B. La nomination de l'administration

La **compétence de nommer** les administrateurs appartient en principe à l'**assemblée générale**, ainsi que le prévoit expressément CO 879 II (2) (CO 879 N 25 s.). Il s'agit d'une compétence inaliénable devant être exercée librement soit par tous les associés présents à l'assemblée générale, soit par un vote par correspondance (CO 880), soit encore par une assemblée de délégués aux conditions de CO 892 (CO 892 N 4 ss). La nomination d'un administrateur suppose donc une décision valable, c'est-à-dire prise à la majorité absolue des voix émises, sauf disposition contraire des statuts (CO 888 I et 892 IV). On peut mentionner deux exceptions à ce principe: (i) CO 926 autorise une corporation de droit public à déléguer des représentants dans l'administration si les statuts le prévoient et si elle a un intérêt public dans la SCoop en question (CO 926 N 1 ss); (ii) CO 893 autorise les statuts d'une société d'assurance concessionnaire de plus de mille membres à transférer les attributions de l'assemblée générale à leur administration qui peut donc nommer ses propres membres et remplacer ceux qui décèdent ou démissionnent (CO 893 N 2).

5

Le principe d'une nomination libre par l'assemblée générale a un **caractère impératif**<sup>3</sup>. En conséquence, une décision prise en violation de celui-ci est nulle (CO 891 N 36) et le préposé au registre du commerce doit refuser son inscription<sup>4</sup>. Si, toutefois, l'inscription a eu lieu et n'a pas été contestée pendant longtemps, les circonstances d'espèce peuvent exiger que la bonne foi des tiers soit protégée (CO 891 N 43)<sup>5</sup>.

6

### C. L'organisation de l'administration

Le législateur a voulu laisser à l'administration une grande liberté dans l'exécution de ses tâches, puisque le code lui permet de **déléguer à des tiers** ses obligations et ses pouvoirs, notamment à des comités élus par elle, à des gérants ou à des directeurs (CO 897 s.)<sup>6</sup>. Bien que le droit de la SCoop, contrairement à CO 716b, ne mentionne pas expressément le droit de déléguer la gestion à un ou plusieurs des membres de l'administration, la délégation de

7

tout ou partie de la gestion à un administrateur-délégué est également possible (CO 897 N 2)<sup>7</sup>. Dans tous les cas, une délégation requiert une base statutaire (CO 897)<sup>8</sup>.

La loi ne traite pas de l'**organisation interne** de l'administration. Néanmoins, pour assurer le bon fonctionnement de l'administration, il faut nommer un président et un secrétaire<sup>9</sup>. Il n'y a pas non plus d'obligation légale de régler ces rapports internes dans les statuts, même s'il convient de privilégier cette solution pour des motifs de sécurité juridique. L'assemblée générale, voire l'administration peuvent avoir la compétence de répartir les tâches à l'intérieur de [2056] l'administration<sup>10</sup>. En cas de silence des statuts, on appliquera le principe de l'auto-organisation de l'administration<sup>11</sup>.

Les **décisions de l'administration** se prennent lors des séances, mais il est également possible de les prendre par voie de circulation<sup>12</sup>. Les décisions de l'administration sont en principe prises à la majorité des voix émises (CO 713 par analogie)<sup>13</sup>. Les statuts peuvent évidemment prévoir des quorums de voix spéciaux, voire l'unanimité. Chaque membre dispose d'une voix, un droit de vote différencié étant exclu<sup>14</sup>. Si le nombre des administrateurs est pair, les statuts doivent prévoir une solution en cas d'égalité des votes. L'octroi d'une voix prépondérante au président est admissible, mais requiert une base statutaire expresse, faute de disposition correspondant à CO 713 I 2<sup>e</sup> phr.

Les décisions de l'administration ne sont **pas annulables**, faute de base légale suffisante (CO 891 N 6)<sup>15</sup>. Elles peuvent néanmoins être frappées de nullité dans les mêmes circonstances que celles du conseil d'administration dans la SA (CO 714 par analogie, qui renvoie à CO 706b)<sup>16</sup>.

## II. Le nombre d'administrateurs

A la différence de ce qui vaut dans la SA, où CO 707 autorise un seul administrateur, l'administration de la SCoop doit nécessairement se composer d'**au moins trois membres**. Au-delà de ce seuil légal impératif, le nombre d'administrateurs peut être librement fixé par les statuts.

Parmi les administrateurs, une **majorité d'associés** est impérativement requise par la loi. Les statuts peuvent prévoir une majorité de coopérateurs plus élevée que celle exigée par la loi, voire que l'administration soit uniquement composée de coopérateurs<sup>17</sup>.

Ces exigences formelles découlent du caractère « démocratique » de la société coopérative voulu par le législateur<sup>18</sup>. Elles garantissent en effet aux associés une meilleure représentation de leurs intérêts au sein de la société et de son administration. Néanmoins, le seuil minimum de trois membres n'est pas toujours justifié : On pense notamment à la disproportion pouvant exister entre les membres de l'administration et le nombre total d'associés dans les petites SCoop<sup>19</sup>.

Le préposé au registre du commerce doit **refuser l'inscription** d'une SCoop (CO 835) ne remplissant pas les conditions de CO 894 I. De même, lorsqu'une SCoop valablement constituée perd le nombre d'administrateurs requis, les dispositions du droit de la SA concernant les carences dans l'organisation de la société sont applicables par analogie (CO 831 II et 731b; ég. CO 890 N 10).

## III. Les conditions d'éligibilité

*A. La nomination de coopérateurs ou de tiers*

Les membres de l'administration doivent posséder les **qualifications requises** pour l'exercice de leur tâche. Le niveau de compétence requis dépendra du type de SCoop et des circonstances. La loi étant muette, les exigences à ce sujet peuvent figurer dans les statuts. 15

[2057] Les administrateurs ne doivent **pas être nécessairement tous coopérateurs** (N 12)<sup>20</sup>. Il y a dès lors deux possibilités: 16

**1° Les personnes désignées sont coopératrices.** Conformément au principe d'égalité de CO 854, tout coopérateur a le droit de se porter candidat au poste d'administrateur. On rappelle à ce sujet que les coopérateurs doivent former la majorité de l'administration (CO 894 I). On peut restreindre l'accès de certains coopérateurs à l'administration pour des raisons matérielles ou personnelles sans violer le principe d'égalité entre associés (CO 854)<sup>21</sup>. 17

**2° Les personnes désignées sont des tiers.** Les tiers désignés n'ont pas besoin de devenir coopérateurs, à moins que les statuts le prévoient expressément<sup>22</sup>. Cela se justifie par le fait que les conditions personnelles requises pour entrer dans une SCoop (p.ex. possession de terres ou de bétail) sont souvent incompatibles avec le degré de spécialisation et les connaissances qu'on attend d'un administrateur diligent. Notons que le principe d'égalité de CO 854 ne s'applique pas à ceux qui ne sont pas des associés. Dès lors, l'éligibilité de ces personnes peut dépendre de **conditions ou restrictions** dans la mesure où elles ne sont pas illicites ou contraires aux mœurs<sup>23</sup>. 18

L'ancien droit de la SCoop (avant la modification du CO du 16 décembre 2005), contrairement à celui de la SA, n'exigeait pas des réviseurs – alors appelés contrôleurs – une indépendance stricte interdisant leur participation à l'administration (aCO 727c et aCO 906). Selon la doctrine majoritaire, cette double fonction n'était toutefois admissible que pour les petites SCoop dont le bilan ne dépassait pas quelques milliers de francs et qui pouvaient difficilement s'offrir les services d'un contrôleur externe<sup>24</sup>. Dans le nouveau droit, CO 906 I prévoit une application par analogie des dispositions de la SA (CO 728 et 729)<sup>25</sup>; par conséquent, les réviseurs de la SCoop doivent être **indépendants** (CO 906 N 7) et ne peuvent plus être administrateurs. 19

L'élection d'un administrateur – qu'il soit coopérateur ou non – ne répondant pas aux exigences légales ou statutaires peut être contestée par le biais d'une **action en annulation** (CO 891). 20

*B. La nomination de personnes physiques (CO 894 I)*

C'est la première hypothèse prévue par CO 894: la qualité d'administrateur est confiée à une personne physique. Même si l'on admet en matière de représentation qu'une personne puisse être nommée comme administrateur sans posséder l'exercice des droits civils, il paraît néanmoins nécessaire de l'exiger dans le contexte de la SCoop, en raison des pouvoirs particuliers dont elle dispose<sup>26</sup>. 21

*C. La nomination de personnes morales (CO 894 II)?*

22

C'est la seconde hypothèse prévue par CO 894, plus précisément par CO 894 II. Le législateur a expressément **exclu** que des **personnes morales** ou des **sociétés commerciales** soient nommées comme administratrices.

Rien n'empêche une personne morale ou une société commerciale de **désigner un représentant** comme administrateur. Bien que la formulation soit différente, la règle correspond à CO 707 III, applicable à la SA: on renvoie donc en principe au commentaire de cette disposition (CO 707 N 8)<sup>27</sup>.

23

**Fussnoten:**

- \* La 1<sup>ère</sup> éd. du commentaire de cet article avait été rédigée en collaboration avec FABIEN HOHENAUER, lic. iur.
- 1 On rappelle que, sous réserve de CO 926, elle est librement nommée par l'assemblée générale (CO 879 II [2]) ou un de ses substituts (CO 892-893); cf. CO 879 N 26 s., CO 892 N 25 et CO 893 N 2. Cf. ég. CAPITAINE, FJS, 4.
- 1 Cf. CAPITAINE, FJS, 4; MONTAVON, 119; VON STEIGER, Précis, 49 ss.
- 2 Cf. HENGgeler, 115 s.
- 2 Cf. BSK OR II-WERNLI/RIZZI, N 3; ZK-GUTZWILLER, N 5. *Contra*: MONTAVON, 130.
- 3 Cf. ATF 67 I 262 c. 1, JdT 1942 I 593.
- 4 Dans ce sens, ATF 67 I 262 c. A et 1 *i.f.*
- 5 Cf. MONTAVON, 115 ss et 120.
- 6 Cf. ZK-GUTZWILLER, N 6.
- 7 De même avis, BSK OR II-WERNLI/RIZZI, N 2; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 1; GERBER, 45; REYMOND 270. *Contra*: CAPITAINE, Particularités, 106 s.
- 8 Cf. BSK OR II-WERNLI/RIZZI, N 2.
- 9 Cf. BSK OR II-WERNLI/RIZZI, N 4; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 2.
- 10 Cf. ATF 72 II 91 c. 7, JdT 1946 I 546; cf. ég. VON STEIGER, Précis, 54 s.
- 11 Cf. BSK OR II-WERNLI/RIZZI, N 4 et les réf. cit.
- 12 Cf. BSK OR II-WERNLI/RIZZI, N 4.
- 13 *Contra*: VON STEIGER, Précis, 53, pour qui les décisions doivent être prises à la majorité absolue des membres présents.
- 14 Cf. VON STEIGER, Précis, 53 s.; BSK OR II-WERNLI/RIZZI, N 4.
- 15 Cf. ATF 76 II 51 c. 2, JdT 1950 I 555; Arrêt de l'OGer LU, Max. IX n° 333, RSJ 1947 94.
- 16 Cf. BSK OR II-WERNLI/RIZZI, N 4 et les réf. cit.
- 17 Cf. BSK OR II-WERNLI/RIZZI, N 7; ZK-GUTZWILLER, N 10.
- 18 Cf. BSK OR II-WERNLI/RIZZI, N 5; BK-FORSTMOSER, Systematischer Teil, N 290; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 2015, § 19 N 83; cf. ég. CAPITAINE, Particularités, 106.
- 19 Cf. BSK OR II-WERNLI/RIZZI, N 5.
- 20 Cf. REYMOND, 257; VON STEIGER, Précis, 50 s.
- 21 Cf. BSK OR II-WERNLI/RIZZI, N 12 et les exemples cités. Pour une critique, cf. REYMOND, 257 s.
- 22 Cf. VON STEIGER, 50 s. Cf. ég. BSK OR II-WERNLI/RIZZI, CO 707 N 9 ss.
- 23 Cf. REYMOND, 258.
- 24

Cf. REYMOND, 283; **BSK OR II-WERNLI/RIZZI**, N 10; ZK-GUTZWILLER, CO 906 N 16; cf. ég. BK-FORSTMOSER, Systematischer Teil, N 298; d'un autre avis, CAPITAINE, FJS, 7, qui l'exclut totalement.

- 25 Selon CO 906, « [!]es dispositions du droit de la société anonyme concernant l'organe de révision sont applicables par analogie ».
- 26 Cf. **BSK OR II-WERNLI/RIZZI**, N 8. *Contra*: MONTAVON, 120, pour qui la capacité de discernement nécessaire à l'exercice de la fonction suffit; cf. ég. VON STEIGER, Précis, 51 et les réf. cit., pour qui les mineurs capables de discernement sont aussi éligibles. Cf. ég. les réflexions de REYMOND, 258.
- 27 Cf. ég. ZK-GUTZWILLER, N 14 ss.

**[2058] Art. 895\***

2. ... | [Abrogé]

**[Deutsche Fassung]**

2. ... | [Aufgehoben]

**[versione italiana]**

2. ... | [Abrogato]

Le nouveau droit de la Sàrl et le nouveau droit de la révision, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2008, ont abrogé aCO 895. L'exigence de nationalité des administrateurs a été supprimée et remplacée par une règle relative à la représentation de la société par une personne domiciliée en Suisse, et figurant nouvellement à CO 898 II<sup>1</sup>. Par ailleurs, un renvoi aux dispositions du droit de la SA (CO 908 renvoie à CO 731b) remplace les conséquences prévues à aCO 895: ainsi, «les dispositions du droit de la société anonyme concernant les carences dans l'organisation de la société s'appliquent par analogie à la société coopérative»<sup>2</sup>. Le régime de CO 731b n'est pas sans rappeler celui de aCO 895 II mais prévoit en plus la possibilité pour le juge de nommer l'organe qui fait défaut ou un commissaire au lieu de prononcer la dissolution (CO 731b I [2]). Au surplus, on renvoie au commentaire de cette disposition.

1

La suppression de l'exigence de nationalité des administrateurs tient compte des changements structurels d'une économie qui s'internationalise toujours davantage et qui a rendu aCO 895 inadapté, dans la mesure où il «désavantage la place économique suisse et peut engendrer une discrimination des ressortissants étrangers domiciliés en Suisse»<sup>3</sup>. Le nouveau droit présente par ailleurs l'avantage d'unifier le régime pour la SCoop, la Sàrl et la SA<sup>4</sup>.

2

**Fussnoten:**

\* La 1<sup>ère</sup> éd. du commentaire de cet article avait été rédigée en collaboration avec FABIEN HOHENAUER, lic. iur.

1 Cf. Message 2001, 3032 s.

2 Cf. CO 908 et le Message 2001, 3033. Dans le projet, la règle finalement retenue à CO 908 était initialement prévue dans P-CO 910a.

3 Cf. Message 2001, 3026.

4 Cf. Message 2001, 3013 et 3033.

**Art. 896\***

II. Durée des fonctions

<sup>1</sup> Les administrateurs sont élus pour quatre ans au plus; ils sont rééligibles si les statuts n'en disposent autrement.

<sup>2</sup> Les règles concernant la durée des fonctions de l'administration dans les sociétés anonymes sont applicables aux sociétés d'assurance concessionnaires.

**[Deutsche Fassung]**

II. Amtsdauer

<sup>1</sup> Die Mitglieder der Verwaltung werden auf höchstens vier Jahre gewählt, sind aber, wenn die Statuten nicht etwas anderes bestimmen, wieder wählbar.

<sup>2</sup> Bei den konzessionierten Versicherungsgenossenschaften finden für die Amtsdauer der Verwaltung die für die Aktiengesellschaft geltenden Vorschriften Anwendung.

**[versione italiana]**

II. Durata delle funzioni

<sup>1</sup> Gli amministratori sono eletti per non più di quattro anni, ma, salvo disposizione contraria dello statuto, sono rieleggibili.

<sup>2</sup> Le disposizioni riguardanti la durata delle funzioni dell'amministrazione nella società anonima sono applicabili alle società mutue d'assicurazione al beneficio d'una concessione.

**BIBLIOGRAPHIE**

Cf. bibliographie CO 894.

[2059] CO 896 traite de la durée des fonctions et de la réélection des administrateurs. L'objet de cette disposition correspond à celui de CO 710 pour les SA non cotées<sup>1</sup>, mais son contenu en diffère partiellement pour tenir compte des spécificités de la SCoop. Alors que CO 896 I décrit le principe (I), CO 896 II soumet pour sa part les sociétés d'assurance concessionnaires à un régime spécifique (II). 1

**I. Le principe (CO 896 I)**

Selon CO 896 I, la **durée de fonction** des administrateurs est de quatre ans au maximum et la **réélection** est possible à défaut de règle statutaire prévoyant le contraire. Il faut dès lors distinguer: 2

**1° L'élection.** Le rapport de droit existant entre la société et ses administrateurs naît dès que ceux-ci **acceptent librement leur nomination** par l'assemblée générale (CO 879 II [2]). Les statuts ne peuvent pas obliger un associé à accepter un mandat d'administrateur<sup>2</sup>. La cooptation est en principe interdite<sup>3</sup>, sous réserve du cas particulier des sociétés d'assurance concessionnaires de plus de mille membres (CO 893 I) et des SCoop dans lesquelles une 3

corporation de droit public possède un intérêt public (CO 926)<sup>4</sup>. Une fois nommé, l'administrateur est inscrit au registre du commerce (ORC 87 I [k]) par une communication de l'administration au préposé (CO 931a<sup>5</sup>, ORC 17 I [c] et 18)<sup>6</sup>.

Le rapport de droit qui unit les administrateurs à la SCoop, tout en étant régi en grande partie par les règles du droit commercial, est de **nature contractuelle**<sup>7</sup>. Les règles de la partie générale du droit des obligations ainsi que celles du **mandat** (CO 394 II) sont en principe applicables. Sauf disposition statutaire contraire, le mandat est présumé accepté à titre gratuit<sup>8</sup>. Cette solution, contraire à celle appliquée en matière de SA, se justifie par le but d'aide réciproque qu'entend promouvoir la SCoop (Intro CO 828-926, N 8; CO 828 N 25 ss)<sup>9</sup>. Il est également possible de prévoir une rémunération sous forme de tantièmes ou de jetons de présence (CO 904 N 2 ss)<sup>10</sup>.

**2° La durée.** Le mandat d'administrateur peut durer **quatre ans au maximum**. En dessous de ce seuil, les statuts peuvent fixer librement la durée de fonction dans le respect des principes d'égalité et de l'interdiction de l'arbitraire<sup>11</sup>. Pour éviter des lacunes dans l'administration de la société, le mandat devrait au moins couvrir la période séparant deux assemblées générales, même si la loi ne l'exige pas. Le droit de la SCoop ne mentionne pas expressément le principe d'une assemblée générale ordinaire annuelle, mais celui-ci découle de CO 879 II (3) (« approuver le rapport annuel et les comptes consolidés », CO 879 N 30 ss). Une durée de fonction inférieure à celle d'un exercice, soit un an, n'est donc pas recommandée<sup>12</sup>.

Sauf disposition contraire, le **mandat d'administrateur s'éteint** automatiquement à l'expiration du délai légal ou statutaire, en principe lors de l'assemblée générale ordinaire suivant l'exercice écoulé<sup>13</sup>. En dehors du cas typique d'extinction, les mandataires peuvent également [2060] être révoqués par l'assemblée générale ou par le juge aux conditions de CO 890 (CO 890 N 2 ss et 7 ss)<sup>14</sup>. Les administrateurs peuvent par ailleurs démissionner: la démission doit être adressée à l'administration et, en cas de démission de la totalité de ses membres, à une assemblée générale extraordinaire réunie pour l'occasion (CO 881 N 10)<sup>15</sup>. La fonction d'un administrateur prend également fin en raison de son décès ou de son incapacité de discernement, ou encore lorsque les conditions d'éligibilité légales ou statutaires ne sont plus remplies<sup>16</sup>.

La fixation d'une durée légale maximale (actuellement encore) moins longue dans la SCoop que dans la SA (six ans dans les SA non cotées<sup>17</sup>, cf. CO 710) se justifierait par son caractère plus personnel: le législateur aurait ainsi voulu éviter une influence trop forte des administrateurs en raccourcissant la durée de leur fonction. L'explication n'est pas convaincante, notamment parce que les statuts peuvent précisément éviter cela en fixant un délai plus court<sup>18</sup>.

**3° La réélection.** Il n'y a **pas de limitation** légale. La durée du second mandat ne peut toutefois excéder quatre ans (N 5). Les statuts peuvent exclure la réélection<sup>19</sup>.

**4° La sanction de la violation.** Les administrateurs valablement inscrits au registre du commerce (CO 901 et ORC 87 I [k]) et ne remplissant pas ou plus leurs obligations peuvent être **révoqués** aux conditions de CO 890. En revanche, la loi ne prévoit rien pour la violation (statutaire) de CO 896 (fixation dans les statuts d'une durée de fonction supérieure à quatre ans). Si le préposé au registre du commerce ne refuse pas l'inscription de la disposition statutaire<sup>20</sup>, un associé peut attaquer la décision de l'assemblée générale en introduisant une

action en annulation selon CO 891<sup>21</sup>. Il faut par contre exclure l'action constatatoire en nullité (CO 891 N 32 ss), car la durée maximum protège principalement les intérêts des associés.

## II. Le cas des sociétés d'assurance concessionnaires (CO 896 II)

CO 896 II renvoie aux règles de la SA (CO 710), applicables désormais uniquement aux sociétés non cotées (ORAb 1), pour les sociétés d'assurance concessionnaires. Cette disposition vise à apporter une plus grande stabilité au sein de l'administration. Pour ces sociétés, la durée maximale de fonction des administrateurs n'est plus de quatre mais de six ans. Cette augmentation se justifie par la complexité des affaires traitées. Dans la mesure où le législateur tend à unifier les règles applicables aux SCoop et aux SA, en l'occurrence en raccourcissant le délai applicable aux SA non cotées<sup>22</sup>, on peut se demander si une telle exception est encore justifiée.

10

### Fussnoten:

- \* La 1<sup>ère</sup> éd. du commentaire de cet article avait été rédigée en collaboration avec FABIEN HOHENAUER, lic. iur.
- 1 Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2014, les SA cotées sont soumises aux dispositions de l'ORAb.
- 2 Cf. BSK OR II-WERNLI/RIZZI, N 4; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 4.
- 3 Cf. cep. ATF 72 II 91, JdT 1946 I 546; VON STEIGER, Précis, 53.
- 4 Cf. REYMOND, 260; VON STEIGER, Précis, 53.
- 5 CO 931a sera abrogé par la modification du CO du 17 mars 2017 et l'ORC définira les personnes autorisées à faire la réquisition.
- 6 Selon cette disposition, applicable à la SCoop, la réquisition doit être signée par deux membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration ou un membre autorisé à représenter la société par sa signature individuelle.
- 7 Cette double nature est qualifiée par BSK OR II-WERNLI/RIZZI, CO 710 N 9 de « *organschaftliches Rechtsverhältnis mit gesellschaftsrechtlicher und vertragsrechtlicher Doppelnatur* ».
- 8 Cf. CAPITAINE, FJS, 5 s; BSK OR II-WERNLI/RIZZI, N 5. D'un autre avis, REYMOND, 266 s. et les réf. cit.
- 9 Cf. BSK OR II-WERNLI/RIZZI, N 5.
- 10 Cf. CHK-MÜLLER/FORNITO, CO 879 N 12.
- 11 Cf. REYMOND, 260 s.
- 12 Cf. MONTAVON, 104; BSK OR II-WERNLI/RIZZI, N 2.
- 13 Cf. MONTAVON, 122; BSK OR II-WERNLI/RIZZI, N 6 et les réf. cit.
- 14 D'après CO 890 I, l'assemblée générale peut révoquer les administrateurs sans devoir en avancer la raison. En revanche, le juge ne peut les révoquer d'après CO 890 II que s'il existe de justes motifs. Cf. ég. ATF 72 II 91 c. 10, JdT 1946 I 546; ég. CAPITAINE, Particularités, 106; REYMOND, 263.
- 15 Dans ce cas, il est possible de nommer une administration extraordinaire suppléant provisoirement aux activités de l'administration sortante. Cf. BSK OR II-WERNLI/RIZZI, CO 710 N 5 ss.
- 16 Cf. MONTAVON, 122.
- 17 Dans les sociétés cotées, la durée de fonction s'achève à la fin de l'assemblée générale ordinaire suivante (ORAb 3). P-CO (2016) 710 prévoit de ramener le délai à quatre ans pour les sociétés non cotées.

- 18 Egalement critiques, CAPITAINE, Particularités, 113; **BSK OR II-WERNLI/RIZZI, N 2.**
- 19 Cf. REYMOND, 260; **BSK OR II-WERNLI/RIZZI, N 2.**
- 20 Sur les conditions d'un tel refus, cf. **ATF 132 III 668**, c. 3.1, JdT 2007 I 438.
- 21 Cf. MONTAVON, 115 ss et 120.
- 22 Cf. P-CO (2016) 710 prévoit un délai maximum de quatre ans.

**Art. 897\***

III. Comités | Les statuts peuvent conférer une partie des obligations et des pouvoirs de l'administration à un ou plusieurs comités élus par elle.

**[Deutsche Fassung]**

III. Verwaltungsausschuss | Die Statuten können einen Teil der Pflichten und Befugnisse der Verwaltung einem oder mehreren von dieser gewählten Verwaltungsausschüssen übertragen.

**[versione italiana]**

[2061] III. Comitati | Lo statuto può delegare una parte dei doveri e dei poteri dell'amministrazione ad uno o più comitati nominati da essa.

**BIBLIOGRAPHIE**

Cf. bibliographie CO 884.

CO 897 prévoit que les statuts peuvent attribuer à des comités élus par l'administration une partie des obligations (CO 898 ss) et des pouvoirs (CO 902 s.) qui lui échoient. La disposition est concise, qui se borne à en admettre le principe. Son contenu reprend en partie celui de CO 716b applicable à la SA. On présentera successivement les conditions de la délégation (I) et ses effets (II)

1

**I. Les conditions de la délégation**

CO 897 admet le **principe d'une délégation** des obligations et des pouvoirs de l'administration à un ou plusieurs comités<sup>1</sup>. Le texte se borne à parler de « comités », sans préciser s'il s'agit de comités formés au sein de la SCoop, ou si des tiers peuvent également se voir confier des pouvoirs et des obligations de l'administration. Au sens de CO 897, les comités peuvent être composés d'associés, mais également d'administrateurs-délégués. Contrairement à la lettre de CO 897, il est également possible d'opérer une délégation en faveur d'un seul administrateur (CO 894 N 7)<sup>2</sup>. Quant à la délégation à des tiers, elle est prévue à CO 898, dont la portée est presque identique à celle de CO 897<sup>3</sup>.

2

La condition pour déléguer (sur le principe) les compétences de l'administration est l'existence d'une **base statutaire** (CO 833 [6])<sup>4</sup>. En revanche, les statuts ne doivent pas nécessairement préciser l'étendue de la délégation<sup>5</sup>. En effet, celle-ci peut résulter d'une décision de l'administration ou de l'assemblée générale, et ce postérieurement à l'adoption des statuts<sup>6</sup>. En suivant l'avis de Watter/Roth Pellanda et par analogie au droit de la SA (CO 716a II), une base statutaire n'est pas nécessaire pour déléguer à un ou plusieurs administrateurs la tâche de préparer ou d'exécuter les décisions de l'administration<sup>7</sup>.

3

4

La constitution d'un comité suppose que ses membres soient formellement nommés. La **nomination** incombe à l'administration (« élus par elle »)<sup>8</sup>. Même si la loi ne le prévoit pas, le principe selon lequel les élus doivent accepter leur nomination avant que celle-ci ne déploie ses effets est applicable par analogie (CO 896 N 3)<sup>9</sup>.

Selon CO 835 et ORC 87 I (k), les noms des administrateurs doivent faire l'objet d'une **inscription au registre du commerce**. En principe, les membres des comités devraient également y figurer. Si une décision postérieure à l'inscription de la SCoop crée un comité, la situation est la suivante:

[2062] **1° Seuls des administrateurs font partie du comité**. Cette solution ne pose pas de problème puisque les membres de l'administration sont déjà inscrits au registre du commerce. Une rectification de l'inscription peut s'avérer nécessaire pour des questions de responsabilité.

**2° Des tiers font partie du comité**. Au même titre que les administrateurs, les tiers membres d'un comité doivent être inscrits au registre du commerce selon ORC 87 I (l). Admettre l'inverse rendrait possible la nomination d'« administrateurs » qui ne seraient ni associés ni inscrits au registre du commerce, ce qui contreviendrait clairement à la volonté du législateur.

## II. Les effets de la délégation

Les comités sont **subordonnés à l'administration**. Lorsqu'il existe plusieurs comités, ceux-ci sont en principe sur un pied d'égalité; il est toutefois possible de prévoir une hiérarchie entre eux<sup>10</sup>.

Contrairement au droit de la SA (CO 716a I), celui de la SCoop ne connaît pas d'attributions inaliénables de l'administration. Il n'existe **a priori** pas de limite matérielle explicite à la délégation prévue par CO 897<sup>11</sup>. La disposition n'envisage pourtant la délégation que d'« une partie » des compétences de l'administration. On admet généralement que les administrateurs non-membres d'un comité conservent au moins le devoir de surveillance (*cura in eligendo, instruendo et custodiendo*) prévu à CO 902 II (2)<sup>12</sup>. Cette obligation revêt en effet une importance particulière pour le cas où des tiers gèrent la société. Chaque délégation transforme donc le droit ou devoir initial des administrateurs en un devoir particulier de surveillance et de contrôle de leur part<sup>13</sup>.

Contrairement au droit de la SA (CO 716b), un **règlement d'organisation** n'est pas nécessaire pour fixer les modalités de la gestion dans la SCoop. Toutefois, en raison du devoir de surveillance des membres de l'administration (N 9 et CO 902 N 8), l'existence d'un tel règlement est souhaitable pour des questions de preuve<sup>14</sup>.

### Fussnoten:

\* La 1<sup>ère</sup> éd. du commentaire de cet article avait été rédigée en collaboration avec FABIEN HOHENAUER, lic. iur.

1 Malgré l'emploi du terme au singulier dans la note marginale du texte allemand (« *Verwaltungsausschuss* »), il ne fait pas de doute que la délégation peut être faite en faveur de plusieurs comités; cf. notes marginales des versions française et italienne et les textes légaux des trois langues.

2

Il paraît en effet douteux que le législateur admette la délégation des pouvoirs à une seule tierce personne (CO 898), mais non à un seul administrateur. Cf. REYMOND, 270 s. ; cf. ég. HENGGELER, 132 ss. *Contra*: CAPITAINE, Particularités, 107.

- 3 Pour une comparaison du champ d'application de ces deux dispositions, cf. ZK-GUTZWILLER, CO 897-899 N 56 ss.
- 4 Pour de nombreux exemples, cf. ZK-GUTZWILLER, CO 897-899 N 54.
- 5 Cf. BSK OR IIWATTER/ROTH PELLANDA, N 3 et BSK OR II-WATTER, CO 898 N 2. *Contra*: MONTAVON, 134.
- 6 Cf. BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, N 3 et BSK OR II-WATTER, CO 898 N 2.
- 7 Cf. BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, N 6. Du même avis, CHK-MÜLLER/FORNITO, N 5.
- 8 D'avis que l'assemblée générale est également compétente, BSK OR II-WATTER/ROTH-PELLANDA, N 3; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 3.
- 9 Cf. MONTAVON, 122.
- 10 Cf. BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, N 5; ZK-GUTZWILLER, CO 897-899 N 55; cf. ég. MONTAVON, 134.
- 11 Cf. BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, N 2.
- 12 Cf. BSK OR IIWATTER/ROTH PELLANDA, N 2; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 4; BLICKENSTORFER, N 402. Plus restrictifs, MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 2015, § 19 N 84 ; GERBER, 46 et MÜLLER, 240 ss et 246 qui tirent du devoir de diligence de CO 902 les mêmes attributions intransmissibles que celles de l'administration de la SA aux termes de CO 716a.
- 13 Cf. BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, N 2 et CO 902 N 6. Cf. ég. CO 898 N 3.
- 14 Cf. BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, N 4; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 4.

**Art. 898\***

IV. Gestion et  
représentation

1. En général

<sup>1</sup> Les statuts peuvent autoriser l'assemblée générale ou l'administration à confier tout ou partie de la gestion ainsi que la représentation à un ou plusieurs gérants, directeurs ou autres personnes, lesquels n'ont pas nécessairement la qualité d'associés.

<sup>2</sup> La société coopérative doit pouvoir être représentée par une personne domiciliée en Suisse. Cette personne doit être un administrateur, un gérant ou un directeur. Elle doit avoir accès à la liste des associés selon l'art. 837.

**[Deutsche Fassung]**

IV.  
Geschäftsführung  
und Vertretung

1. Im Allgemeinen

<sup>1</sup> Die Statuten können die Generalversammlung oder die Verwaltung ermächtigen, die Geschäftsführung oder einzelne Zweige derselben und die Vertretung an eine oder mehrere Personen, Geschäftsführer oder Direktoren zu übertragen, die nicht Mitglieder der Genossenschaft zu sein brauchen.

<sup>2</sup> Die Genossenschaft muss durch eine Person vertreten werden können, die Wohnsitz in der Schweiz hat. Diese Person muss Mitglied der Verwaltung, Geschäftsführer oder Direktor sein. Diese Person muss Zugang zum Verzeichnis nach Artikel 837 haben.

**[versione italiana]**

[2063] IV.  
Gestione e  
rappresentanza

1. In genere

<sup>1</sup> Lo statuto può autorizzare l'assemblea generale o l'amministrazione a delegare la gestione o parte di essa e la rappresentanza della società a uno o più gerenti, direttori od altre persone, anche non soci.

<sup>2</sup> La società deve poter essere rappresentata da una persona domiciliata in Svizzera. Questa persona deve essere un amministratore, un gestore o un direttore. Essa deve avere accesso all'elenco dei soci di cui all'articolo 837.

**BIBLIOGRAPHIE**

Cf. bibliographie CO 894.

CO 898 permet à l'assemblée générale ou à l'administration de la SCoop de **confier** une partie ou la totalité des pouvoirs de gestion et de représentation (CO 899 ss) **à des tiers**. Sa portée est identique à celle de CO 897 : on renvoie donc pour l'essentiel aux commentaires faits à ce sujet. 1

Comme pour l'attribution de pouvoirs à des comités (CO 897), la délégation du pouvoir de gestion et/ou de représentation à des gérants et/ou des directeurs requiert une **base statutaire**<sup>1</sup>. Contrairement au droit de la SA (CO 716b)<sup>2</sup>, les pouvoirs peuvent être délégués non seulement par l'administration, mais également directement par l'assemblée générale. 2

La délégation peut englober la totalité des pouvoirs de gestion et de représentation (« tout ou partie »)<sup>3</sup>. Toutefois, de façon identique à CO 897 (CO 897 N 9), l'administration conserve un **devoir de contrôle** (CO 902 II [2])<sup>4</sup>. 3

Les gérants et directeurs ont les droits et obligations correspondant à la délégation qui leur est faite. Ils sont notamment responsables envers la SCoop du dommage qu'ils lui causent en violant leurs devoirs (CO 916). 4

La **modification du CO** du 16 décembre 2005 et l'entrée en vigueur de la LF du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des recommandations du GAFI ont entraîné les changements suivants pour CO 898 : 5

1° **CO 898 I** a subi une légère modification sur le plan rédactionnel afin de correspondre à l'actuelle version allemande<sup>5</sup>. On note principalement l'insertion des termes « ou autres personnes » qui élargit le cercle de ceux qui peuvent se voir déléguer la gestion ou la représentation de la SCoop. 6

2° Le législateur a introduit **CO 898 II** dont le contenu se rapproche de aCO 895 maintenant abrogé. Cette disposition est identique à CO 814 III pour la Sàrl et CO 718 III pour la SA<sup>6</sup>. A la différence de aCO 895, le représentant domicilié en Suisse ne doit plus être obligatoirement un administrateur, un gérant ou un directeur suffit<sup>7</sup>. Si aucune des personnes domiciliées en Suisse ne dispose de la signature individuelle, l'exigence en matière de domicile peut également être remplie grâce au concours de plusieurs personnes<sup>8</sup>. La nouvelle réglementation vise à « maintenir un point de rattachement personnel avec la société en Suisse, dans un souci de transparence des relations de l'entreprise et afin de garantir les notifications à la société, sans qu'il en résulte de restrictions significatives en pratique »<sup>9</sup>. On ne peut que saluer l'assouplissement introduit [2064] par CO 898 II : il tient mieux compte des réalités économiques actuelles tout en permettant d'aller rechercher d'éventuels organes responsables sur le territoire de la Confédération. 7

3° CO 898 II *i.f.* indique, depuis l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2015 de la LF du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des recommandations du **GAFI**<sup>10</sup>, que le représentant domicilié en Suisse doit avoir accès à la liste des associés (CO 837 N 3 ss). Il s'agit ainsi de tenir compte de la note interprétative de la recommandation 24 du GAFI, ch. 9, qui prévoit qu'une personne physique résidant en Suisse doit être autorisée à communiquer les informations sur les associés aux autorités compétentes<sup>11</sup>. 8

#### Fussnoten:

\* La 1<sup>ère</sup> éd. du commentaire de cet article avait été rédigée en collaboration avec FABIEN HOHENAUER, lic. iur.

1 Cf. ég. CO 833 (6). Cf. ég. MONTAVON, 134; REYMOND, 271 s.

2 Cf. cependant ATF 137 III 503, c. 4.2, selon lequel l'assemblée générale peut lorsqu'elle autorise le conseil d'administration à déléguer la gestion, assortir ladite autorisation de certaines restrictions et limitations.

3 Cf. BSK OR II-WATTER, N 1; ZK-GUTZWILLER, N 12. Contrairement à ce que HENGgeler, 135, semble avancer, SA et SCoop diffèrent sur ce point. Comp. CO 716a s. et CO 812.

4 Cf. MONTAVON, 135.

5 Cf. Message 2001, 3033.

- 6 Cf. Message 2001, 3013, 3026 et 3033.
- 7 Cf. Message 2001, 3013. Cf. cep. les interventions de Madame GARBANI, BO CN 2005 N 102 s., qui s'oppose à cette solution, notamment pour des motifs fiscaux et de Madame LEUTENEGGER OBERHOLZER, BO CN 2005 N 103 s., qui défend l'opinion de la majorité de la commission voulant maintenir l'obligation de domicile pour un gérant membre du conseil d'administration, un directeur ne suffisant pas.
- 8 Cf. Message 2001, 3013.
- 9 Cf. Message 2001, 3013.
- 10 RO 2015 1389.
- 11 Cf. Message GAFI, 646.

**Art. 899\***

2. Etendue et  
limitation des  
pouvoirs

<sup>1</sup> Les personnes autorisées à représenter la société ont le droit de faire au nom de celle-ci tous les actes que peut impliquer le but social.

<sup>2</sup> Une limitation de ces pouvoirs n'a aucun effet envers les tiers de bonne foi; demeurent réservées les clauses inscrites sur le registre du commerce qui concernent la représentation exclusive de l'établissement principal ou d'une succursale ou la représentation collective de la raison sociale.

<sup>3</sup> La société répond des actes illicites commis dans la gestion des affaires sociales par une personne autorisée à la gérer ou à la représenter.

**[Deutsche Fassung]**

2. Umfang und  
Beschränkung

<sup>1</sup> Die zur Vertretung befugten Personen sind ermächtigt, im Namen der Genossenschaft alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Zweck der Genossenschaft mit sich bringen kann.

<sup>2</sup> Eine Beschränkung dieser Vertretungsbefugnis hat gegenüber gutgläubigen Dritten keine Wirkung, unter Vorbehalt der im Handelsregister eingetragenen Bestimmungen über die ausschliessliche Vertretung der Hauptniederlassung oder einer Zweigniederlassung oder über die gemeinsame Führung der Firma.

<sup>3</sup> Die Genossenschaft haftet für den Schaden aus unerlaubten Handlungen, die eine zur Geschäftsführung oder zur Vertretung befugte Person in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen begeht.

**[versione italiana]**

2. Estensione e  
limitazione

<sup>1</sup> Le persone autorizzate a rappresentare la società cooperativa possono fare, in nome di essa, tutti gli atti conformi al fine sociale.

<sup>2</sup> Una limitazione di questa facoltà di rappresentare è senza effetto per i terzi di buona fede; rimangono tuttavia riservate le disposizioni iscritte nel registro di commercio che limitano la facoltà di rappresentanza agli affari della sede principale o di una succursale o che prescrivono la rappresentanza in comune della ditta.

<sup>3</sup> La società risponde del danno che una persona, a cui è affidata la gestione o la rappresentanza di essa, ha cagionato con atti illeciti commessi nell'esercizio d'incombenze sociali.

**BIBLIOGRAPHIE**

Cf. bibliographie CO 894.

Le texte de CO 899 correspond à celui de aCO 718 de 1936. CO 899 I précise l'étendue du pouvoir de représentation (I). CO 899 II traite des restrictions de celui-ci (II). CO 899 III décrit la responsabilité de la société en cas d'actes illicites accomplis par ses représentants (III).

### I. L'étendue du pouvoir de représentation (CO 899 I)

CO 899 I permet aux représentants de la SCoop de faire en son nom tous les **actes requis par le but social**. Le but social détermine donc, aussi bien positivement que négativement, l'étendue du pouvoir de représentation<sup>1</sup>. Cette disposition correspond à CO 718a I pour la SA, au commentaire duquel on renvoie (CO 718a N 4 ss). 2

### II. Les restrictions du pouvoir de représentation (CO 899 II)

Du point de vue **interne**, les représentants ne peuvent engager la SCoop que s'ils en ont reçu l'autorisation (N 9)<sup>2</sup>. Du point de vue **externe**, les restrictions du pouvoir de représentation sont en principe sans effet (CO 899 II, 1<sup>re</sup> phr.). 3

Le pouvoir de représentation peut toutefois être **limité dans deux cas** exceptionnels prévus par CO 899 II 2<sup>e</sup> phr., et sous réserve que la restriction soit inscrite au registre du commerce<sup>3</sup>: 4

**1° La représentation exclusive.** Le pouvoir de représentation est alors limité soit aux activités de l'établissement principal, soit à celles d'une succursale. Cette dernière restriction n'a de sens que si les activités de la succursale sont moins étendues que celles du siège<sup>4</sup>. 5

**2° La représentation collective.** Dans cette hypothèse, seules plusieurs personnes peuvent engager ensemble la SCoop, la plupart du temps au moyen d'une signature collective<sup>5</sup>. 6

CO 899 II étant pour le reste identique à CO 718a II, on se contente d'y renvoyer (CO 718a N 8 ss). 7

### III. La responsabilité en cas d'actes illicites (CO 899 III)

CO 899 III prévoit que la **SCoop est responsable** en cas d'actes illicites commis par des représentants ou des gérants autorisés dans l'exercice de leurs fonctions. Le principe de responsabilité correspond à celui énoncé à CO 722<sup>6</sup>. Il connaît, outre l'acte illicite, le dommage et le rapport de causalité, **deux conditions** résultant directement de CO 899 III: 8

**1° Un représentant autorisé.** Seule une personne autorisée peut entraîner la responsabilité de la société. L'autorisation peut être expresse ou résulter des circonstances<sup>7</sup>. Les personnes visées sont les organes de la société – à l'exclusion des auxiliaires –, c'est-à-dire les personnes qui ont la compétence de prendre des décisions indépendantes et qui participent effectivement à la gestion de la société, contribuant ainsi de manière déterminante à former la volonté de celle-ci<sup>8</sup>. Peuvent être considérées comme tels, les administrateurs, les directeurs et gérants ainsi que les fondés de procuration qui ont les compétences d'un organe<sup>9</sup>. Un organe de fait peut également être considéré comme un représentant autorisé dans la mesure où un organe valablement désigné avait connaissance de ses agissements et n'a rien entrepris pour les empêcher<sup>10</sup>. 9

**2° Un rapport fonctionnel entre l'acte illicite et la gestion.** Il est suffisant mais nécessaire que l'acte du représentant entre dans le cadre général de ses attributions. Par contre, la société ne répond pas des actes commis à titre privé par un représentant, même s'ils ont lieu à l'occasion de la gestion des affaires sociales<sup>11</sup>. 10

CO 899 III correspondant à CO 722, on se référera pour plus de détails au commentaire de cette disposition.

11

**Fussnoten:**

- \* La 1<sup>ère</sup> éd. du commentaire de cet article avait été rédigée en collaboration avec FABIEN HOHENAUER, lic. iur.
- 1 La doctrine alémanique utilise le terme de *Zweckgrenze*. Cf. BSK OR II-WATTER, N 2 ainsi que BSK OR II-WATTER, CO 718a N 2 ss.
- 2 Cf. MONTAVON, 138 et 140; VON STEIGER, Précis, 54 s.
- 3 Cf. MONTAVON, 138.
- 4 Cf. MONTAVON, 138; BSK OR II-WATTER, CO 718a N 17 s.
- 5 Cf. MONTAVON, 138; BSK OR II-WATTER, CO 718a N 19 s.
- 6 Cf. BSK OR II-WATTER, N 4.
- 7 Cf. MONTAVON, 140; BSK OR II-WATTER, CO 722 N 7.
- 8 Cf. ATF 136 III 14, c. 2.4; ATF 132 III 523, c. 4.5; ATF 128 III 29, c 3, JdT 2003 I 18; ATF 117 II 570 c. 3, JdT 1993 I 80; 114 V 213 c. 4e; 112 II 172 c. 5a, JdT 1986 I 574; cf. ég. CO 722 N 8; MONTAVON, 140; BSK OR II-WATTER, CO 722 N 6 s.
- 9 Cf. BSK OR II-WATTER, CO 722 N 7.
- 10 *Ibid.*
- 11 Cf. BSK OR II-WATTER, CO 722 N 9; MONTAVON, 140.

[2066] Art. 899a

3. Contrat entre la société et son représentant

Si la société est représentée par la personne avec laquelle elle conclut un contrat, celui-ci doit être passé en la forme écrite. Cette exigence ne s'applique pas aux opérations courantes pour lesquelles la prestation de la société ne dépasse pas 1000 francs.

[Deutsche Fassung]

3. Verträge zwischen der Genossenschaft und ihrem Vertreter

Wird die Genossenschaft beim Abschluss eines Vertrages durch diejenige Person vertreten, mit der sie den Vertrag abschliesst, so muss der Vertrag schriftlich abgefasst werden. Dieses Erfordernis gilt nicht für Verträge des laufenden Geschäfts, bei denen die Leistung der Gesellschaft den Wert von 1000 Franken nicht übersteigt.

[versione italiana]

3. Contratti tra la società e il suo rappresentante

Se all'atto della conclusione di un contratto la società è rappresentata dalla persona con cui conclude il contratto, questo dev'essere steso per scritto. Tale esigenza non si applica alle operazioni correnti per le quali la prestazione della società non supera 1000 franchi.

BIBLIOGRAPHIE

Cf. bibliographie CO 879.

CO 899a prévoit que les contrats passés par un membre de l'administration avec la société qu'il représente doivent être conclus en la forme écrite. Pour des raisons pratiques, le législateur a toutefois prévu une clause *de minimis* selon laquelle il est possible de renoncer à la forme écrite pour les opérations courantes de la SCoop ne dépassant pas 1000 francs.

1

Cette disposition est en tout point identique à CO 718b, disposition applicable à la SA et au commentaire de laquelle on renvoie.

2

**Art. 900\***

4. Signature | Les personnes autorisées à représenter la société signent en ajoutant leur signature à la raison sociale.

**[Deutsche Fassung]**

4. Zeichnung | Die zur Vertretung der Genossenschaft befugten Personen haben in der Weise zu zeichnen, dass sie der Firma der Genossenschaft ihre Unterschrift beifügen.

**[versione italiana]**

4. Firma | Le persone autorizzate a rappresentare la società cooperativa firmano per essa aggiungendo alla ditta sociale la propria firma.

**BIBLIOGRAPHIE**

Cf. bibliographie CO [894](#).

Selon CO [900](#), les représentants de la SCoop signent en ajoutant leur **signature** à la **raison sociale**. L'adjonction de la raison sociale à la signature personnelle permet d'éviter la confusion entre un acte engageant personnellement le signataire et un acte fait au nom de l'entreprise<sup>1</sup>. La disposition correspond à CO 719<sup>1</sup> ainsi qu'à CO [814](#) V, aux commentaires desquels on renvoie (CO [719](#) N 1 ss et CO [814](#) N 2 ss).

**Fussnoten:**

- \* La 1<sup>ère</sup> éd. du commentaire de cet article avait été rédigée en collaboration avec FABIEN HOHENAUER, lic. iur.
- 1 Cf. CHK-MÜLLER/FORNITO, N 1; MONTAVON, 138 s.
- 1 Cf. REYMOND, 272 s.; cf. ég. [BSK OR II-WATTER](#), N 1.

**[2067] Art. 901**

## 5. Inscription

L'administration est tenue de communiquer au préposé au registre du commerce, en vue de leur inscription, les noms des personnes qui ont le droit de représenter la société, en produisant la copie certifiée conforme du document qui leur confère ce droit. Elles apposent leur signature en présence du fonctionnaire préposé au registre ou la lui remettent dûment légalisée.

**[Deutsche Fassung]**

## 5. Eintragung

Die zur Vertretung der Genossenschaft befugten Personen sind von der Verwaltung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden unter Vorlegung einer beglaubigten Abschrift des Beschlusses. Sie haben ihre Unterschrift beim Handelsregisteramt zu zeichnen oder die Zeichnung in beglaubigter Form einzureichen.

**[versione italiana]**

## 5. Iscrizione

L'amministrazione deve notificare per l'iscrizione all'ufficio del registro di commercio le persone autorizzate a rappresentare la società, producendo una copia autenticata della deliberazione che conferisce loro tale facoltà. Esse devono fare la loro firma davanti all'ufficio del registro di commercio o produrla autenticata.

**BIBLIOGRAPHIE**

Cf. bibliographie CO [894](#).

CO [901](#) correspond à CO [720](#) ainsi qu'à CO [814](#) VI, aux commentaires desquels on renvoie (CO [720](#) N 3 ss et CO [814](#) N 1 ss)<sup>1</sup>. Le projet de révision du droit de la SA du 23 novembre 2016 prévoit d'abroger ces dispositions pour éviter des incohérences avec les prescriptions de l'ORC (en particulier ORC [87](#) [I] pour la SCoop), édictées par le Conseil fédéral en vertu de la délégation prévue par CO [929](#) I<sup>2</sup>.

**Fussnoten:**

- 1 Cf. ORC [87](#) I (I). Cf. ég. REYMOND, 272.
- 2 Cf. Message 2016, 519 et 558.

**Art. 902\***

V. Obligations

1. En général

<sup>1</sup> L'administration applique toute la diligence nécessaire à la gestion des affaires sociales et contribue de toutes ses forces à la prospérité de l'entreprise commune.

<sup>2</sup> Elle est tenue en particulier:

1. de préparer les délibérations de l'assemblée générale et d'exécuter les décisions de celle-ci;
2. de surveiller les personnes chargées de la gestion et de la représentation, afin d'assurer à l'entreprise une activité conforme à la loi, aux statuts et aux règlements, et de se faire renseigner régulièrement sur la marche des affaires.

<sup>3</sup> L'administration est responsable de la tenue régulière des procès-verbaux du conseil et de l'assemblée générale, ainsi que des livres nécessaires et de la liste des associés; elle répond en outre de l'établissement du compte d'exploitation et du bilan annuel et de la remise de ces pièces à l'examen de l'organe de révision conformément à la loi, ainsi que de la communication à l'office du registre du commerce de l'admission et de la sortie d'associés.

**[Deutsche Fassung]**

V. Pflichten

1. Im

Allgemeinen

<sup>1</sup> Die Verwaltung hat die Geschäfte der Genossenschaft mit aller Sorgfalt zu leiten und die genossenschaftliche Aufgabe mit besten Kräften zu fördern.

<sup>2</sup> Sie ist insbesondere verpflichtet:

1. die Geschäfte der Generalversammlung vorzubereiten und deren Beschlüsse auszuführen;
2. die mit der Geschäftsführung und Vertretung Beauftragten im Hinblick auf die Beobachtung der Gesetze, der Statuten und allfälliger Reglemente zu überwachen und sich über den Geschäftsgang regelmässig unterrichten zu lassen.

[2068] <sup>3</sup> Die Verwaltung ist dafür verantwortlich, dass ihre Protokolle und diejenigen der Generalversammlung, die notwendigen Geschäftsbücher sowie das Genossenschafterverzeichnis regelmässig geführt werden, dass die Betriebsrechnung und die Jahresbilanz nach den gesetzlichen Vorschriften aufgestellt und der Revisionsstelle zur Prüfung unterbreitet und die vorgeschriebenen Anzeigen an das Handelsregisteramt über Eintritt und Austritt der Genossenschaftler gemacht werden.

**[versione italiana]**

V. Doveri

1. In genere

<sup>1</sup> L'amministrazione ha l'obbligo di dirigere con ogni diligenza gli affari della società e di dar opera efficace all'incremento di questa.

<sup>2</sup> Essa ha l'obbligo in ispecie :

1. di preparare gli affari che saranno trattati dall'assemblea generale e d' eseguire le deliberazioni della medesima ;
2. di vigilare sulle persone incaricate della gestione e della rappresentanza affinché esse rispettino la legge, lo statuto e, ove esistano regolamenti, questi ultimi, e di farsi raggugliare regolarmente dell'andamento degli affari.

<sup>3</sup> L'amministrazione risponde della regolare tenuta dei suoi processi verbali, di quelli dell'assemblea generale, dei libri necessari e dell'elenco dei soci ; essa risponde inoltre dell'allestimento del conto d'esercizio e del bilancio annuale in conformità delle norme legali e della loro consegna per esame all'ufficio di revisione, come pure delle prescritte notificazioni all'ufficio del registro di commercio concernenti l'ammissione e l'uscita dei soci.

## BIBLIOGRAPHIE

Cf. bibliographie CO 894.

Si CO 898-900 traitent des pouvoirs de l'administration, CO 902 s. présentent un catalogue des devoirs de celle-ci. CO 902 traite des obligations générales de l'administration dans la SCoop, par opposition au devoir d'avis particulier de CO 903. CO 902 I impose aux administrateurs un devoir général de diligence et de fidélité dans la gestion des affaires sociales (I). CO 902 II-III énumèrent un certain nombre d'obligations spécifiques (II). Les conséquences de la violation d'une obligation méritent quelques précisions (III).

1

### I. Le devoir général de diligence et de fidélité (CO 902 I)

CO 902 I exigent des administrateurs qu'ils fassent preuve de toute la diligence nécessaire à la gestion des affaires sociales et qu'ils contribuent de toutes leurs forces à la prospérité de l'entreprise commune. On distingue **deux devoirs principaux**<sup>1</sup> :

2

**1° Le devoir de diligence.** Malgré la lettre de CO 902 I, l'administration doit faire preuve de diligence aussi bien pour la gestion que pour la représentation de la SCoop (cf. CO 898 s.)<sup>2</sup>. La diligence requise est un critère objectivé : On compare le comportement de l'administrateur avec celui que l'on pourrait raisonnablement attendre d'un tiers diligent dans une situation comparable<sup>3</sup>. La diligence nécessaire se détermine *in concreto* et dépend autant du but de la SCoop que de la taille de la société et de son organisation interne<sup>4</sup>. Pour le reste, la disposition correspond à CO 717 dans le droit de la SA, auquel on renvoie<sup>5</sup>.

3

**2° Le devoir de fidélité.** Contrairement au droit actuel de la SA (CO 717), la loi ne mentionne pas expressément le devoir de fidélité des administrateurs de la SCoop. Celui-ci découle toutefois implicitement de CO 902 I<sup>6</sup>, selon lequel l'administration doit en effet « contribuer de toutes ses forces à la prospérité » de la société. Les administrateurs doivent donc agir dans l'intérêt [2069] de la SCoop, et non dans leur propre intérêt ou dans celui de leur entourage<sup>7</sup>. A nouveau, l'étendue du devoir de fidélité se détermine *in concreto* (cf. CO 717 N 10 ss)<sup>8</sup>. Les exigences en matière de fidélité sont plus élevées pour les

4

administrateurs que pour les associés (CO 866)<sup>9</sup>. Le texte légal l'exprime clairement, qui impose aux associés de « veiller de bonne foi à la défense des intérêts sociaux » (CO 866) alors que les administrateurs doivent « contribuer de toutes [leurs] forces à la prospérité de l'entreprise commune » (CO 902 I).

Enfin, l'administration doit veiller au respect du **principe d'égalité** entre associés prévu à CO 854. Là encore, on renvoie au commentaire du droit de la SA (CO 717 N 18 ss). 5

## II. Les obligations spécifiques (CO 902 II et III)

CO 902 II et III énoncent une **liste de devoirs** spécifiques incombant à l'administration<sup>10</sup>: 6

**1° Préparer les délibérations** de l'assemblée générale et **exécuter** ses décisions (CO 902 II [1]). Ce devoir correspond, dans le droit de la SA, à CO 702 I et CO 716a I (6), au commentaire desquels on renvoie (CO 702 N 1 ss et 716a N 37 ss)<sup>11</sup>. 7

**2° Surveiller** la marche des affaires **et se faire renseigner** à son sujet (CO 902 II [2]). Ce devoir ne trouve un sens que lorsqu'une partie des membres de l'administration (p.ex. sous forme de comités, CO 897) ou des tiers (CO 898) gèrent la société. En réalité, chaque délégation d'une fonction de direction incombant normalement à l'administration impose à celle-ci un devoir de surveillance correspondant (CO 898 N 9)<sup>12</sup>. Il est intéressant de constater que CO 902 II (2) est la seule référence que fait le droit de la coopérative à l'existence de règlements<sup>13</sup>. 8

**3° Tenir à jour et établir les documents** clés de la SCoop (CO 902 III). L'administration est responsable de la tenue régulière des procès-verbaux (cf., pour la SA, CO 702 II et 713 III), de l'établissement de la liste des associés ainsi que de la communication au registre du commerce des changements l'affectant (CO 877; ORC 88), de la gestion de la comptabilité (CO 856 I et 957 ss) ainsi que de la remise du rapport de gestion à l'organe de révision<sup>14</sup>. Notons que ces obligations peuvent être **déléguées**<sup>15</sup>. 9

On pourrait être tenté de voir dans l'articulation des obligations mentionnées à CO 902 II et III une hiérarchie en fait inexistante: Aux termes de CO 902 II, l'administration est tenue « en particulier » de préparer les délibérations de l'assemblée générale et d'exécuter ses décisions, ainsi que de surveiller les personnes chargées de la gestion et de la représentation. L'emploi de cette locution adverbiale pourrait indiquer que les obligations fondées par CO 902 II sont plus importantes que celles de CO 902 III. La distinction est de nature purement formelle et seules des raisons historiques expliquent cette formulation<sup>16</sup>. 10

## [2070] III. La violation d'une obligation

Si un administrateur manque à ses obligations, il viole très certainement son contrat de travail ou le mandat conclu avec la SCoop et peut devoir supporter des **sanctions contractuelles**. Par ailleurs, l'administration répond envers la société, ses membres et les tiers dans le cadre d'une **action en responsabilité** intentée sur la base de CO 916 s. 11

## IV. La révision en cours

Le projet de révision du droit de la SA du 23 novembre 2016 prévoit, pour des questions de techniques législatives, de réaménager CO 902 III et de numéroter les obligations, ainsi que d'adapter la terminologie au nouveau droit comptable. 12

Le législateur prévoit également d'introduire un nouvel article, selon lequel les dispositions du droit de la société anonyme s'appliqueraient par analogie à la restitution des prestations (P-CO [2016] 902a). Le droit de la SCoop ne connaît actuellement pas une telle action contrairement au droit de la SA (CO 678) et de la Srl (CO 800) et le Conseil fédéral indique à juste titre qu'aucun motif ne justifie cette différence<sup>17</sup>. Il prévoit cependant une restitution en cas de faillite (CO 904). A noter qu'il est également prévu de modifier CO 678 pour en améliorer l'efficacité et en faire un véritable instrument de gouvernance à disposition des actionnaires et des créanciers (P-CO [2016] 678)<sup>18</sup>. A notre avis, il serait plus judicieux d'insérer cette disposition à CO 904 et de faire de l'actuel CO 904 (restitution de paiement) un CO 904a, voire de supprimer l'actuel CO 904.

#### Fussnoten:

- \* La 1<sup>ère</sup> éd. du commentaire de cet article avait été rédigée en collaboration avec FABIEN HOHENAUER, lic. iur.
- 1 Cf. ZK-GUTZWILLER, N 2.
- 2 Cf. ZK-GUTZWILLER, N 1.
- 3 Cf. BÖCKLI, § 13 N 575; cf. ég. BSK OR II-WATTER, N 2 et CO 717 N 5. Cf. ég. MONTAVON, 129.
- 4 Cf. ZK-GUTZWILLER, N 4.
- 5 Cf. HENGgeler, 124.
- 6 Notamment sur la base de CO 398 II. Cf. MONTAVON, 129; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 2.
- 7 Cf. BSK OR II-WATTER, CO 717 N 15 ss.
- 8 Cf. ZK-GUTZWILLER, N 5.
- 9 Cf. BSK OR II-WATTER, N 3; CHK-MÜLLER/FORNITO, N 2; ZK-GUTZWILLER, N 5.
- 10 Le caractère de généralité des obligations énumérées à CO 902 II-III se perçoit à la lecture de la note marginale de la disposition ainsi qu'à la répartition des obligations de l'administration entre CO 902 et 903. Cf. ZK-GUTZWILLER, N 6.
- 11 Cf. ég. REYMOND, 231 s.
- 12 Cf. MONTAVON, 132; BSK OR II-WATTER, N 6.
- 13 Cf. l'explication détaillée de REYMOND, 268.
- 14 Le projet de révision du droit de la SA prévoit de remplacer les termes « compte d'exploitation » et « bilan annuel » par l'expression « rapport de gestion » pour tenir compte du nouveau droit comptable (P-CO [2016] 902 III; *infra* N 12). Il aurait été judicieux d'introduire cette modification en même temps que les nouvelles règles comptables. Néanmoins, il va déjà de soi que maintenant le rapport de gestion doit être transmis à l'organe de révision.
- 15 Cf. BSK OR II-WATTER, N 6 s.
- 16 Cf. ZK-GUTZWILLER, N 6 s.
- 17 Message 2016, 558.
- 18 Message 2016, 477 s.

**Art. 903\***

2. Avis obligatoire en cas d'insolvabilité ou de diminution du capital

<sup>1</sup> S'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société n'est plus solvable, l'administration dresse immédiatement un bilan intérimaire où les biens sont portés pour leur valeur vénale.

<sup>2</sup> S'il ressort du dernier bilan annuel et d'un bilan de liquidation dressé postérieurement ou d'un bilan intérimaire que l'actif ne couvre plus les dettes, l'administration en informe le juge. Celui-ci déclare la faillite de la société, à moins que les conditions d'un ajournement ne soient remplies.

<sup>3</sup> Si, dans une société qui a émis des parts sociales, il ressort du dernier bilan annuel que la moitié du capital social n'est plus couverte, l'administration convoque immédiatement une assemblée générale et lui fait connaître la situation.

<sup>4</sup> Les sociétés ayant statué l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires ne sont tenues d'informer le juge que si la perte constatée par le bilan n'est pas couverte dans les trois mois par des versements supplémentaires des associés.

<sup>5</sup> Le juge peut toutefois, à la requête de l'administration ou d'un créancier, ajourner la déclaration de faillite si un assainissement paraît probable. Il prend dans ce cas les mesures destinées à la conservation de l'avoir social, telles que l'établissement d'un inventaire ou la désignation d'un curateur.

<sup>6</sup> Dans les sociétés d'assurance concessionnaires les créances des associés dérivant de contrats d'assurance sont assimilées à des créances ordinaires.

**[Deutsche Fassung]**

2. Anzeigepflicht bei Überschuldung und bei Kapitalverlust

<sup>1</sup> Besteht begründete Besorgnis einer Überschuldung, so hat die Verwaltung sofort auf Grund der Veräusserungswerte eine Zwischenbilanz aufzustellen.

<sup>2</sup> Zeigt die letzte Jahresbilanz und eine daraufhin zu errichtende Liquidationsbilanz oder zeigt eine Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Genossenschaftsgläubiger durch die Aktiven nicht mehr gedeckt sind, so hat die Verwaltung den Richter zu benachrichtigen. Dieser hat die Konkurseröffnung auszusprechen, falls nicht die Voraussetzungen eines Aufschubes gegeben sind.

[2071] <sup>3</sup> Bei Genossenschaften mit Anteilscheinen hat die Verwaltung unverzüglich eine Generalversammlung einzuberufen und diese von der Sachlage zu unterrichten, wenn die letzte Jahresbilanz ergibt, dass die Hälfte des Genossenschaftskapitals nicht mehr gedeckt ist.

<sup>4</sup> Bei Genossenschaften mit Nachschusspflicht muss der Richter erst benachrichtigt werden, wenn der durch die Bilanz ausgewiesene Verlust nicht innert drei Monaten durch Nachschüsse der Mitglieder gedeckt wird.

<sup>5</sup> Auf Antrag der Verwaltung oder eines Gläubigers kann der Richter, falls Aussicht auf Sanierung besteht, die Konkursöffnung aufschieben. In diesem Falle trifft er die zur Erhaltung des Vermögens geeigneten Massnahmen, wie Inventaraufnahme, Bestellung eines Sachwalters.

<sup>6</sup> Bei konzessionierten Versicherungsgenossenschaften gelten die Ansprüche der Mitglieder aus Versicherungsverträgen als Gläubigerrechte.

[versione italiana]

2. Avviso  
obbligatorio in  
caso di  
insolvenza e di  
perdita di  
capitale sociale

<sup>1</sup> Se esiste fondato timore che la società sia insolvente, l'amministrazione deve immediatamente allestire un bilancio intermedio, nel quale i beni vanno iscritti per il loro valore venale.

<sup>2</sup> Se risulta dall'ultimo bilancio annuale e da un bilancio di liquidazione da allestire posteriormente o da un bilancio intermedio che l'attivo non è più sufficiente a coprire i debiti della società, l'amministrazione deve darne notizia al giudice. Questi pronuncerà il fallimento, ove non ricorrano le condizioni d'un differimento.

<sup>3</sup> Nelle società che hanno emesso certificati di quota, se risulta dall'ultimo bilancio annuale che la metà del capitale sociale non è più coperta, l'amministrazione deve convocare immediatamente un'assemblea generale e dargliene notizia.

<sup>4</sup> Nelle società che hanno introdotto l'obbligo di eseguire versamenti suppletivi, il giudice deve essere avvertito solo quando la perdita accertata dal bilancio non sia coperta entro tre mesi da versamenti suppletivi dei soci.

<sup>5</sup> Ad istanza dell'amministrazione o di un creditore e quando l'assestamento appaia probabile, il giudice può differire la dichiarazione di fallimento. Egli prende in tal caso le misure appropriate per la conservazione del patrimonio sociale, quali l'allestimento dell'inventario e la nomina d'un curatore.

<sup>6</sup> Nelle società mutue d'assicurazione al beneficio d'una concessione, i crediti dei soci derivanti da contratti d'assicurazione sono parificati a crediti ordinari.

BIBLIOGRAPHIE

Cf. bibliographie CO 894.

CO 903 règle les modalités de l'avis obligatoire en cas d'insolvabilité ou de diminution du capital dans la SCoop. Après quelques généralités (I), on présentera le devoir selon CO 903 III des sociétés ayant émis des parts sociales de convoquer une assemblée générale s'il ressort du dernier bilan annuel que la moitié du capital social n'est plus couverte (II). De manière plus générale, CO 903 I prévoit que l'administration doit établir un bilan intérimaire à la valeur vénale s'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société n'est plus solvable (III). L'avis au juge de la situation financière de la société est réglé par CO 903 II et IV (IV.).

1

CO 903 II et V règlent les conditions de la déclaration et de l'ajournement de la faillite par le juge (V). CO 903 VI précise enfin le régime spécial applicable aux sociétés d'assurance concessionnaires (VI).

## I. Généralités

En fondant l'obligation spéciale<sup>1</sup> des administrateurs d'aviser le juge ou l'assemblée générale en cas d'insolvabilité de la société ou de diminution du capital (CO 903), le législateur a complété le catalogue de leurs tâches prévu à CO 902<sup>2</sup>. Le droit de la SCoop ne connaît pas [2072] de responsabilité personnelle des associés, à l'exception de celle que les statuts peuvent prévoir aux termes de CO 869 ss. L'avis obligatoire constitue donc un mécanisme de protection, autant des associés que des créanciers sociaux<sup>3</sup>. Matériellement, le législateur a prévu pour la SCoop et la Sàrl les **mêmes règles que pour la SA**<sup>4</sup>. On se contentera donc de signaler les différences existant entre d'une part CO 903 et d'autre part CO 725 et 725a. Pour le reste, on renvoie aux commentaires de CO 725 et 725a<sup>5</sup>.

Contrairement à ce qu'il a fait **pour la Sàrl** (CO 817, CO 820), le législateur historique ne s'est pas contenté d'un simple renvoi aux dispositions de la SA pour régler le problème du devoir d'avis dans la SCoop. En formulant différemment CO 903, il a tenu compte des particularités de ce type de société. Il n'a en revanche pas repris certains éléments de CO 725 et de CO 725a dont on peut se demander si, faute de renvoi exprès, ils s'appliquent également en matière de SCoop: Ainsi, est-ce que l'administration de la SCoop est tenue, en cas d'insolvabilité, de proposer à l'assemblée générale des mesures d'assainissement (cf. CO 725 I i.f.)? Est-ce que les créanciers ont la possibilité de postposer leur créance (CO 725 II)? Compte tenu du but commun poursuivi par CO 725 et CO 903 et du principe interdisant que le choix d'un type de société procure un avantage concurrentiel direct, il faut y répondre par l'affirmative<sup>6</sup>.

**De lege ferenda**, le projet de révision du droit de la SA du 23 novembre 2016 prévoit de modifier sensiblement CO 903, notamment par une application analogique des règles du droit de la SA (*infra* N 19).

En cas de **violation** de leur devoir d'avis dans une situation de surendettement, les administrateurs, les liquidateurs et l'organe de révision **répondent** envers la société et les associés, de même qu'envers les créanciers aux termes de CO 917 et CO 920. En cas de violation de leur devoir lors d'une diminution du capital social, ils répondent en vertu de CO 916 et CO 920.

## II. L'avis à l'assemblée générale (CO 903 III)

L'avis à donner à l'assemblée générale en cas de **perte de capital** dépend de la présence d'un capital social prévu statutairement et créé au moyen de parts sociales (cf. CO 833 [1])<sup>7</sup>. Si le dernier bilan annuel démontre que la moitié de ce capital social n'est plus couverte, CO 903 III prévoit que l'administration doit immédiatement convoquer une assemblée générale et l'informer de la situation ainsi que de lui proposer des mesures d'assainissement (*supra* N 3). Sur cette base, l'assemblée générale réunie peut notamment charger l'administration d'établir un bilan de liquidation en vue de déterminer un éventuel surendettement (N 10)<sup>8</sup>.

Par contre, CO 903 ne prévoit pas de devoir d'avis en cas de **diminution importante des réserves légales** (CO 860). Cette situation est insatisfaisante, car les réserves légales

constituent une sécurité pour les créanciers sociaux de la SCoop, en particulier si elle ne possède pas de capital social<sup>9</sup>.

### III. Le bilan intérimaire à la valeur vénale (CO 903 I)

Pour établir un bilan intérimaire, il faut des **raisons sérieuses** d'admettre que la société n'est plus solvable. Cela se détermine de cas en cas, en tenant compte de la situation économique et [2073] financière de la société, sans se fonder nécessairement sur le bilan annuel (comp. N 6)<sup>10</sup>. Les actifs doivent alors être calculés à la valeur vénale (cf. CO 725 N 37 s.).

Contrairement à ce qui prévaut dans le droit de la SA (CO 725 II), CO 903 n'exige pas de **vérification par un réviseur agréé** du bilan intérimaire. Un examen par l'organe de révision, pour autant que la société soit soumise à la révision, peut néanmoins s'envisager dans le cadre du contrôle de chaque exercice. Il est également possible de prévoir expressément dans les statuts la révision par un réviseur agréé. De par son devoir de diligence (CO 902), l'administration serait bien avisée de soumettre le bilan intermédiaire à un réviseur agréé<sup>11</sup>. Cette solution présente par ailleurs pour l'administration l'avantage de limiter le risque d'une action en responsabilité à son encontre (CO 916 ss).

### IV. L'avis au juge (CO 903 II et IV)

Lorsqu'il ressort du bilan annuel et d'un bilan de liquidation dressé postérieurement (CO 903 II *i.i.*)<sup>12</sup> ou du bilan intérimaire à la valeur vénale (CO 903 I) que les dettes ne sont plus couvertes par les actifs, c'est-à-dire que la SCoop est surendettée, l'administration doit le **communiquer au juge**, qui déclare la faillite (CO 903 II *i.f.*). Si la société a prévu l'obligation d'exécuter des versements supplémentaires (CO 871), les associés ont trois mois pour le faire à hauteur de la perte constatée dans le bilan intérimaire<sup>13</sup>. Si la perte n'est pas couverte à l'issue du délai ou si les versements supplémentaires ne suffisent pas, l'administration doit en informer le juge (CO 903 IV).

La **responsabilité personnelle** d'un associé – illimitée ou non (CO 869 s.) – ne saurait libérer l'administration du devoir d'avertir le juge. En effet, la responsabilité d'un ou de plusieurs associés ne constitue pas une mesure d'assainissement puisqu'elle n'entre en considération que lorsque la société est en liquidation.

Le renvoi dynamique de CO 906 I au droit de la SA, et plus particulièrement à CO 728c I et CO 729c, impose à l'**organe de révision** d'avertir le juge si la SCoop est manifestement surendettée et si l'administration omet de le faire elle-même.

Si l'administration **tarde à agir** sans motif valable, elle engage sa responsabilité vis-à-vis des associés et des créanciers pour le dommage qui pourrait résulter de sa passivité (CO 917)<sup>14</sup>.

### V. La déclaration et l'ajournement de la faillite (CO 903 II et V)

Comme dans la SA (CO 725a), le **juge doit déclarer la faillite** de la société si et dès que les conditions formelles et matérielles du surendettement sont remplies (CO 725a N 5 ss) et s'il n'est pas possible d'ajourner la faillite (CO 903 II *i.f.*)<sup>15</sup>.

La déclaration de faillite doit se fonder soit sur le bilan de liquidation dressé postérieurement au bilan annuel (CO 903 II), soit sur le bilan intérimaire à la valeur vénale (CO 903 I). Il n'est pas obligatoire (mais toutefois fortement conseillé) de soumettre ces bilans à la vérification d'un réviseur agréé comme en matière de SA (CO 725)<sup>16</sup>.

Concernant l'**ajournement de la faillite** et les mesures de conservation de l'avoir social, CO 903 V correspond matériellement à CO 725a, au commentaire duquel on renvoie<sup>17</sup>. Le juge ne [2074] peut pas prononcer l'ajournement d'office<sup>18</sup>, à moins qu'un concordat ne paraisse possible (LP 173a II), auquel cas, il transmet l'affaire au juge du concordat (LP 173a II *i.f.* et 293 [c]). 16

CO 903 ne prévoit pas expressément la **publication de l'ajournement** de la faillite (comp. CO 725a III). Le Tribunal fédéral a pourtant estimé que l'ajournement de la faillite doit faire l'objet d'une publication officielle, quel que soit le type de société<sup>19</sup>. L'exigence semble logique et pertinente; cependant, comme pour la SA (CO 725a III), seules les situations exigeant la protection de tiers justifient une telle publication<sup>20</sup>. En effet, les raisons pour lesquelles on renonce à publier l'ajournement de la faillite d'une SA sont également valables pour une SCoop<sup>21</sup>. 17

## VI. Le cas des sociétés d'assurance concessionnaires (CO 903 VI)

CO 903 VI rappelle une évidence pour les sociétés d'assurance concessionnaires: les **créances des associés** dérivant de contrats d'assurances doivent être assimilées à des créances ordinaires<sup>22</sup>. 18

## VII. La révision en cours

Le projet de révision du droit de la SA du 23 novembre 2016 prévoit de supprimer le régime spécifique prévu pour le droit de la SCoop en cas d'insolvabilité ou de diminution du capital et de le remplacer par une application par analogie des nouvelles dispositions du droit de la SA régissant la menace d'insolvabilité, le surendettement ainsi que la réévaluation des immeubles et des participations (P-CO [2016] 903 I qui renvoie à P-CO [2016] 725 et 725b s.). P-CO (2016) 725a régissant la perte de capital s'appliquera uniquement aux SCoop qui ont émis des parts sociales (P-CO [2016] 903 II). On peut regretter que le projet ne tienne plus compte de la possibilité d'ajourner la faillite en raison de l'obligation de faire des versements supplémentaires. Il se justifierait de prévoir pour la SCoop, la même règle que celle existant pour la Sàrl à CO 820 II. 19

### Fussnoten:

\* La 1<sup>ère</sup> éd. du commentaire de cet article avait été rédigée en collaboration avec FABIEN HOHENAUER, lic. iur.

1 Spéciale car séparée formellement du catalogue général des obligations de CO 902. Cf. CAPITAINE, FJS, 6; cf. ég. à ce sujet CO 902 N 1.

2 A noter que l'administration a encore un certain nombre d'obligations en rapport avec le Registre du commerce: cf. CO 877 I, 901, 912 et 931a; REYMOND, 269.

3 Cf. BSK OR II-WÜSTINER, CO 725 N 1a ss.

4 Cf. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 2015, § 19 N 28. CO 903 correspond par ailleurs dans ses grandes lignes à CO 725 du code de 1936, cf. REYMOND, 97 et 323.

5

Cf. ég. BOURQUIN, La divergence apparente entre les textes allemand et français de l'article 725 alinéa 2 CO, *in* SJ 1980 194 ; MONTAVON, 89.

- 6 Cf. **BSK OR II-WÜSTINER**, N 3 et les réf. cit. et **CHK-MÜLLER/FORNITO**, N 3.
- 7 Rappelons qu'une SCoop peut exister valablement sans capital social. Cf. **BSK OR II WÜSTINER**, N 2. Intro CO 828-926, N 11.
- 8 Cf. **BLICKENSTORFER**, N 470.
- 9 Cf. **BSK OR II-WÜSTINER**, N 2.
- 10 Pour des exemples, cf. **BSK OR II-WÜSTINER**, CO 725 N 32 ss.
- 11 **CHK-MÜLLER/FORNITO**, N 4.
- 12 Sur les différences de formulation entre CO 725 et CO 903, cf. REYMOND, 98.
- 13 Eviter le surendettement est en effet l'un des buts des versements supplémentaires prévus par CO 871. Cf. à ce sujet REYMOND, 194 ss.
- 14 Cf. MONTAVON, 89.
- 15 Il s'agit d'un cas de faillite sans poursuite préalable, cf. LP 192 (RS 281.1). Cf. ég. VON STEIGER, Précis, 140.
- 16 Cf. **BSK OR I IWÜSTINER**, N 12.
- 17 Cf. ég. CAPITAINE, FJS, 6
- 18 Cf. MONTAVON, 91.
- 19 Cf. ATF 101 III 99 c. 4, JdT 1977 II 34.
- 20 Cf. les explications de MONTAVON, 92.
- 21 Cf. **BSK OR II-WÜSTINER**, N 14. Pour la Sàrl, CO 820 renvoie également au droit de la SA.
- 22 Cf. **BSK OR II-WÜSTINER**, N 15; **ZK-GUTZWILLER**, N 23.

**Art. 904\***

VI. Restitution de  
paiements

<sup>1</sup> En cas de faillite de la société, les administrateurs sont tenus envers les créanciers sociaux de restituer toutes les sommes qu'ils ont perçues comme parts de bénéfice ou sous une autre dénomination au cours des derniers trois ans qui ont précédé la déclaration de faillite, en tant que ces sommes outrepassent une indemnité convenable pour des prestations et qu'elles n'auraient pas dû être distribuées si le bilan avait été prudemment dressé.

<sup>2</sup> Il n'y a pas lieu à la restitution des sommes qui ne pourraient être exigées aux termes des dispositions sur l'enrichissement illégitime.

<sup>3</sup> Le juge statue librement, en tenant compte de toutes les circonstances.

**[Deutsche Fassung]**

VI.  
Rückerstattung  
entrichteter  
Zahlungen

<sup>1</sup> Im Konkurse der Genossenschaft sind die Mitglieder der Verwaltung den Genossenschaftsgläubigern gegenüber zur Rückerstattung aller in den letzten drei Jahren vor Konkursausbruch als Gewinnanteile oder unter anderer Bezeichnung gemachten Bezüge verpflichtet, soweit diese ein angemessenes Entgelt für Gegenleistungen übersteigen und bei vorsichtiger Bilanzierung nicht hätten ausgerichtet werden sollen.

<sup>2</sup> Die Rückerstattung ist ausgeschlossen, soweit sie nach den Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung nicht gefordert werden kann.

<sup>3</sup> Der Richter entscheidet unter Würdigung aller Umstände nach freiem Ermessen.

**[versione italiana]**

[2075] VI.  
Restituzione di  
somme riscosse

<sup>1</sup> Nel fallimento della società, gli amministratori sono tenuti verso i creditori sociali a restituire tutte le somme che nei tre ultimi anni precedenti immediatamente la dichiarazione di fallimento hanno riscosso come partecipazione all'avanzo netto o sotto altra denominazione, in quanto siffatte somme eccedano il compenso giustificato da prestazioni ed in quanto esse non si sarebbero dovute distribuire se il bilancio fosse stato allestito con prudente criterio.

<sup>2</sup> La restituzione è esclusa in quanto non possa essere richiesta secondo le norme sull'indebito arricchimento.

<sup>3</sup> Il giudice decide con libero apprezzamento, tenendo conto di tutte le circostanze.

**BIBLIOGRAPHIE**

Cf. bibliographie CO 894.

CO 904 prévoit la restitution des sommes perçues par les administrateurs à titre de bénéfice. **1**  
 CO 904 I et II règlent l'objet et les conditions de la restitution. CO 904 III réserve la libre  
 appréciation du juge.

## I. Généralités

Contrairement aux droits de la SA (CO 678 s.) et de la Sàrl (CO 800), celui de la SCoop ne **2**  
 connaît pas (encore, cf. *supra* CO 902 N 13) de devoir général de restitution des prestations  
 indûment touchées par les administrateurs dans le cadre de leur fonction. En revanche, en  
 vue de protéger les créanciers, il prévoit à CO 904 un **remboursement en cas de faillite** de  
 la société (comme CO 679), de toutes les sommes perçues par les administrateurs dans l'  
 exercice de leur fonction<sup>1</sup>.

## II. L'objet et les conditions de la restitution

### A. L'objet de la restitution

Peuvent faire l'objet d'une restitution au sens de CO 904 les **sommes** que les **3**  
 administrateurs ont perçues comme parts de bénéfice ou sous n'importe quelle autre  
 dénomination. Sont visées les sommes versées aux administrateurs en échange d'une  
 prestation effectuée pour la société dans l'exercice de leur fonction<sup>2</sup>.

### B. Les conditions de la restitution

La restitution n'est possible que si **cinq conditions cumulatives** sont remplies (CO 904 I-II): **4**

**1° La faillite de la société.** La première condition fondant le devoir de restitution de CO 904 **5**  
 est l'ouverture de la faillite de la société (cf. LP 171, 175, 189 et 194).

**2° L'importance des montants.** Pour être soumises au remboursement, les sommes **6**  
 versées aux administrateurs doivent dépasser une indemnité convenable pour les  
 prestations effectuées.

**3° Le moment de perception des montants.** Seules les sommes perçues au cours des **7**  
 trois ans précédant la déclaration de faillite sont soumises à restitution.

**4° La négligence dans l'établissement du bilan.** L'application de CO 904 implique un **8**  
 défaut de prudence lors de l'établissement du bilan: s'il avait été correctement dressé, les  
 sommes n'auraient pas dû être distribuées. Est notamment considérée comme un défaut de  
 prudence une appréciation trop optimiste des ressources financières de la société<sup>3</sup>.

[2076] **5° L'application de CO 62 ss.** Selon CO 904 II, la restitution n'est possible que si les **9**  
 dispositions sur l'enrichissement illégitime (CO 62 ss) le permettent. Par conséquent, l'  
 administrateur qui établit qu'il n'est plus enrichi de bonne foi lors de la répétition n'est pas  
 tenu à restitution (CO 64)<sup>4</sup>.

## III. La légitimation et la prescription

Seule l'administration de la faillite a la **légitimation active**. Les membres de l'administration (**10**  
 CO 894 N 15 ss) ont la **légitimation passive** dans une action en restitution basée sur CO  
 904.

La prétention en restitution se **prescrit** conformément à CO 67, dans le délai d'un an dès sa connaissance par l'administration de la faillite, et dans le délai absolu de dix ans depuis le déroulement des actes donnant lieu à restitution.

11

**Fussnoten:**

- \* La 1<sup>ère</sup> éd. du commentaire de cet article avait été rédigée en collaboration avec FABIEN HOHENAUER, lic. iur.
- 1 La disposition correspond mot pour mot à aCO 679 de 1936. Cf. REYMOND, 267; **BSK OR II-VOGT**, N 1.
- 2 Le terme utilisé («parts de bénéfice») est maladroit. Il s'agit en fait de jetons de présence. A cet égard, on remarquera la note marginale qui parle bien de paiements (en allemand: *Zahlungen*). Cf. REYMOND, 267; ég. MONTAVON, 126.
- 3 Pour des exemples à propos du droit de la SA de 1936, cf. ZK-BÜRGI, CO 679 N 10; cf. ég. **BSK OR II-VOGT**, N 4.
- 4 Cf. **BSK OR II-VOGT**, N 5.

**Art. 905\***

VII. Suspension  
et révocation

<sup>1</sup> L'administration peut révoquer en tout temps les comités, gérants, directeurs, ainsi que tous fondés de procuration et mandataires désignés par elle.

<sup>2</sup> De même, elle peut en tout temps suspendre dans l'exercice de leurs fonctions les fondés de procuration et mandataires désignés par l'assemblée générale; elle convoquera alors immédiatement cette dernière.

<sup>3</sup> Demeure réservée l'action en dommages-intérêts des personnes révoquées ou suspendues dans l'exercice de leurs fonctions.

**[Deutsche Fassung]**

VII. Einstellung  
und Abberufung

<sup>1</sup> Die Verwaltung kann die von ihr bestellten Ausschüsse, Geschäftsführer, Direktoren und andern Bevollmächtigten und Beauftragten jederzeit abberufen.

<sup>2</sup> Die von der Generalversammlung bestellten Bevollmächtigten und Beauftragten können von der Verwaltung jederzeit in ihren Funktionen eingestellt werden unter sofortiger Einberufung einer Generalversammlung.

<sup>3</sup> Entschädigungsansprüche der Abberufenen oder in ihren Funktionen Eingestellten bleiben vorbehalten.

**[versione italiana]**

VII.  
Sospensione e  
revoca

<sup>1</sup> L'amministrazione può in ogni tempo revocare i comitati, i delegati, i gerenti, i direttori e gli altri procuratori e mandatari da essa nominati.

<sup>2</sup> Essa può pure sospendere in ogni tempo dal loro ufficio i procuratori e i mandatari nominati dall'assemblea generale, convocando immediatamente quest'ultima.

<sup>3</sup> Rimangono riservate le azioni di risarcimento che spettassero alle persone revocate o sospese dal loro ufficio.

**BIBLIOGRAPHIE**

Cf. bibliographie CO 894 et CO 726.

CO 905 traite de la **révocation** et de la **suspension** des représentants de la SCoop. La disposition correspond à CO 726 pour la SA. On renvoie pour l'essentiel aux commentaires de cette disposition, notamment pour la révocation par l'administration (CO 726 N 6 ss), pour la suspension par l'administration ou par l'assemblée générale des organes désignés par l'assemblée générale (CO 726 N 9 et 12 ss) et pour l'action en dommages-intérêts des personnes révoquées ou suspendues (CO 726 N 15). On se contente de mentionner ci-après **deux particularités** du droit de la SCoop.

1

**1° CO 905 I** mentionne deux catégories de représentants dont la nomination par l'administration n'est pas réglée par le droit de la SCoop: les fondés de procuration (CO 458 ss) et les mandataires commerciaux (CO 462 ss) ou autres. En effet, CO 897 s. prévoient expressément que les administrateurs peuvent nommer des comités, des gérants et des directeurs, mais ne mentionnent pas les fondés de procuration et les mandataires, contrairement à CO 721. Autant la lettre de CO 905 que les similitudes structurelles entre le droit de la SCoop et celui de la SA autorisent toutefois une application analogique de CO 721 à la SCoop<sup>1</sup>. La différence entre le droit de la SA et de la SCoop est que, dans le droit de la SA, la nomination et la révocation des personnes chargées de la représentation fait partie des compétences inaliénables du conseil d'administration (CO 716a I [4]), alors que dans la SCoop les statuts doivent désigner les personnes chargées de la représentation ou l'organe compétent pour les désigner (CO 832 [4]).

2

**2° CO 905 II** autorise l'administration à suspendre toute personne chargée de gérer ou de représenter la société et nommée par l'assemblée générale. Il s'agit non seulement des fondés de procuration et des mandataires commerciaux (N 2), mais également des personnes à qui l'assemblée générale a délégué la gestion ou la représentation. En effet, contrairement au droit de la SA (CO 716b), CO 898 permet à l'assemblée générale, si les statuts l'y autorisent, de déléguer directement elle-même la gestion et la représentation<sup>2</sup>. L'administration est également compétente pour suspendre toutes ces personnes. Elle doit en aviser immédiatement l'assemblée générale (CO 905 II)<sup>3</sup>.

3

#### Fussnoten:

- \* La 1<sup>ère</sup> éd. du commentaire de cet article avait été rédigée en collaboration avec FABIEN HOHENAUER, lic. iur.
- 1 Cf. REYMOND, 272.
- 2 Cf. BSK OR II-WATTER, N 2.
- 3 Cf. CAPITAINE, FJS, 6.

**Art. 906**

C. Organe de  
révision

<sup>1</sup> Les dispositions du droit de la société anonyme concernant l'organe de révision sont applicables par analogie.

I. En général

<sup>2</sup> Peuvent exiger un contrôle ordinaire des comptes annuels par un organe de révision:

1. 10% des associés;
2. les associés qui, ensemble, représentent au moins 10% du capital social;
3. les associés responsables individuellement ou tenus d'effectuer des versements supplémentaires.

**[Deutsche Fassung]**

C.  
Revisionsstelle

<sup>1</sup> Für die Revisionsstelle sind die Vorschriften des Aktienrechts entsprechend anwendbar.

I. Im Allgemeinen

<sup>2</sup> Eine ordentliche Revision der Jahresrechnung durch eine Revisionsstelle können verlangen:

1. 10 Prozent der Genossenschafter;
2. Genossenschafter, die zusammen mindestens 10 Prozent des Anteilscheinkapitals vertreten;
3. Genossenschafter, die einer persönlichen Haftung oder einer Nachschusspflicht unterliegen.

**[versione italiana]**

C. Ufficio di  
revisione

<sup>1</sup> All'ufficio di revisione si applicano per analogia le disposizioni del diritto della società anonima.

I. In genere

<sup>2</sup> Possono chiedere una revisione ordinaria del conto annuale da parte di un ufficio di revisione:

1. il 10 per cento dei soci;
2. soci che rappresentano insieme almeno il 10 per cento del capitale sociale;
3. soci personalmente responsabili o tenuti ad eseguire versamenti suppletivi.

**BIBLIOGRAPHIE**

Cf. bibliographie CO 894 et CO 727.

Le droit de la révision de la SCoop est régi par CO 906 s., qui ont été introduits lors de la **modification du CO du 16 décembre 2005** et qui remplacent aCO 906-910<sup>1</sup>. L'organe de révision est le troisième organe ordinaire de la SCoop (CO 879 N 3), à côté de l'assemblée générale (CO 879 ss) et de l'administration (CO 894 ss).

[2078] CO 906 I contient un renvoi dynamique au droit de la SA (I). CO 906 II prévoit une option de durcissement du régime obligatoire (II).

### I. Le renvoi au droit de la SA (CO 906 I)

Après que plusieurs événements en Suisse et dans le monde ont ébranlé la confiance dans l'institution de l'organe de révision, le Conseil fédéral et le Parlement ont mené à terme en décembre 2005 une **révision législative** pour remédier à certaines lacunes et mettre en place une conception moderne et équilibrée de la révision applicable à tous les sujets relevant du droit privé<sup>2</sup>.

Conformément à la conception actuelle du droit des sociétés, le **droit de la SA** fait office de **partie générale** et intègre la nouvelle réglementation relative à l'organe de révision. Par souci d'harmonisation terminologique, le nouveau droit désigne l'organe en charge de la vérification des comptes annuels d'une SCoop par l'expression « **organe de révision** » au lieu d'« organe de contrôle ». Pour garantir un système homogène, des **renvois dits dynamiques** à CO 620 ss figurent dans le droit de la SCoop<sup>3</sup>.

Dans la nouvelle réglementation, la conception de l'obligation de révision est **uniforme pour tous les sujets de droit privé**, y compris la SCoop. Le nouveau droit de la révision prévoit l'articulation suivante: Les sociétés ouvertes au public et les entreprises d'une certaine importance économique doivent se soumettre à un contrôle ordinaire; toutes les autres entreprises peuvent se contenter d'un contrôle restreint (cf. CO 727 N 5 ss et 16). Le système a été assorti d'options de durcissement (*opting up*), resp. d'exemption (*opting out*) du régime obligatoire si certaines conditions sont remplies<sup>4</sup>.

CO 906 I est une norme de **renvoi dynamique** qui dispose que les prescriptions du droit de la SA actuelles concernant l'organe de révision sont applicables par analogie à celui de la SCoop<sup>5</sup>. Lorsque les règles du droit de la SA sont révisées, la révision s'applique donc automatiquement aussi à la SCoop, tel est le cas des seuils augmentés au 1<sup>er</sup> janvier 2012 de CO 727 I (2). On renvoie par conséquent au commentaire des dispositions topiques (CO 727 ss).

Le renvoi au droit de la SA fait **disparaître deux spécificités** du droit de la SCoop. Premièrement, contrairement à aCO 906 I, l'organe de révision ne doit plus systématiquement contrôler la gestion de la SCoop, les statuts ou une décision de l'assemblée générale pouvant tout de même élargir sa sphère de compétence en ce sens, sans toutefois lui attribuer des tâches incombant à l'administration ou compromettant son indépendance (CO 731a par analogie)<sup>6</sup>. Deuxièmement, un réviseur ne peut plus être coopérateur ou administrateur (cp. N 14 et CO 894 N 19), afin d'éviter les conflits d'intérêts pouvant mettre en péril la fiabilité de la révision (CO 728 II [2] et 729 I par analogie).

### II. Le durcissement du régime (*opting up*; CO 906 II)

CO 906 II contient une option permettant de durcir le régime obligatoire (*opting up*) et représente une *lex specialis* par rapport à CO 727 II (cf. CO 727 N 27 ss)<sup>7</sup>. Ainsi, dans une SCoop légalement soumise au contrôle restreint, peuvent exiger un contrôle ordinaire des comptes: (i) 10% des associés, (ii) des associés qui, ensemble, représentent au moins 10% du capital ou (iii) des associés responsables individuellement ou tenus d'effectuer des versements supplémentaires (CO 869 ss). Une disposition statutaire qui renforcerait les exigences de CO 906 II [2079] serait nulle en raison du **caractère impératif** de CO 906 II<sup>8</sup>. En revanche, une SCoop peut accorder ce droit à titre individuel ou abaisser les seuils au-dessous de 10%<sup>9</sup>.

**Fussnoten:**

- 1 Pour une comparaison entre l'ancien et le nouveau système, cf. *infra* N 7 et **BSK OR II-WATTER/MAIZAR, N 2**.
- 2 Cf. Message 2004 (révision), 3746.
- 3 Cf. **BSK OR II-WATTER/MAIZAR, N 5**; **CHK-MÜLLER/FORNITO, N 2**.
- 4 Cf. Message 2004 (révision), 3776.
- 5 Cf. **BSK OR II-WATTER/MAIZAR, N 5**.
- 6 Cf. Message 2004 (révision), 3817 s.
- 7 Cf. **BSK OR II-WATTER/MAIZAR, N 7**.
- 8 Cf. **BSK OR II-WATTER/MAIZAR, N 10**.
- 9 Cf. **BSK OR II-WATTER/MAIZAR, N 10**.

## Art. 907

### II. Contrôle de la liste des associés

Si les associés d'une société sont individuellement responsables ou sont tenus d'effectuer des versements supplémentaires, l'organe de révision contrôle que la liste des associés est tenue à jour correctement. Si la société n'a pas d'organe de révision, l'administration fait contrôler la liste des associés par un réviseur agréé.

### [Deutsche Fassung]

#### II. Prüfung des Genossenschafterverzeichnisses

Bei Genossenschaften mit persönlicher Haftung oder Nachschusspflicht der Genossenschafter hat die Revisionsstelle festzustellen, ob das Genossenschafterverzeichnis korrekt geführt wird. Verfügt die Genossenschaft über keine Revisionsstelle, so muss die Verwaltung das Genossenschafterverzeichnis durch einen zugelassenen Revisor prüfen lassen.

### [versione italiana]

#### II. Verifica dell'elenco dei soci

Qualora i soci siano personalmente responsabili o tenuti ad eseguire versamenti suppletivi, l'ufficio di revisione verifica se l'elenco dei soci è tenuto correttamente. Se la società cooperativa non dispone di un ufficio di revisione, l'amministrazione fa verificare l'elenco dei soci da un revisore abilitato.

## BIBLIOGRAPHIE

Cf. bibliographie CO 894.

## I. La vérification de la bonne tenue de la liste des associés

Le **renvoi dynamique** de CO 906 I (CO 906 N 6) a modifié le contenu de CO 907 par rapport à son ancienne version. Hormis l'obligation de vérifier la tenue de la liste des associés, les attributions de l'organe de révision sont désormais régies par le droit de la SA applicable par analogie (CO 728a pour le contrôle ordinaire et CO 729a pour le contrôle restreint). On se contente donc de renvoyer aux commentaires de ces dispositions.

Dans sa nouvelle formulation, CO 907 maintient uniquement l'obligation pour l'organe de révision de vérifier que la liste des associés est tenue correctement.

CO 907 oblige les réviseurs à contrôler que la liste des associés est tenue à jour correctement, c'est-à-dire de vérifier si elle est complète et exacte<sup>1</sup>. En effet, la solvabilité des associés ayant une responsabilité individuelle ou devant effectuer des versements supplémentaires (CO 869 ss) constitue pour les tiers, en particulier les créanciers de la SCoop, un élément essentiel lorsqu'ils évaluent la substance de la SCoop<sup>2</sup>.

1

2

3

4

Si la SCoop n'a pas d'organe de révision (CO 906 I en relation avec CO 727a II), l'administration doit faire contrôler la liste des associés par un réviseur agréé (CO 907 I 2<sup>e</sup> phr. ; CO 727c N 4a ss)<sup>3</sup>.

**Fussnoten:**

- 1 Cf. BSK OR II-MAIZAR/WATTER, N 7.
- 2 Cf. Message 2004 (révision), 3818. Cf. ég. BSK OR II-MAIZAR/WATTER, N 4; CHK-MÜLLER /FORNITO, N 4.
- 3 Cf. Message 2004 (révision), 3818.

## Art. 908

D. Carences  
dans l'  
organisation de  
la société

Les dispositions du droit de la société anonyme concernant les carences dans l'organisation de la société s'appliquent par analogie à la société coopérative.

### [Deutsche Fassung]

D. Mängel in der  
Organisation

Bei Mängeln in der Organisation der Genossenschaft sind die Vorschriften des Aktienrechts entsprechend anwendbar.

### [versione italiana]

[2080] D.  
Lacune nell'  
organizzazione

In caso di lacune nell'organizzazione della società cooperativa, si applicano per analogia le disposizioni del diritto della società anonima.

### BIBLIOGRAPHIE

Cf. bibliographie CO [731b](#) et CO [831 II](#).

## I. Les carences dans l'organisation de la SCoop

CO [908](#) prévoit le régime applicable en cas de carences dans l'organisation de la SCoop. La disposition se contente d'affirmer que les **dispositions du droit de la SA** concernant les carences dans l'organisation de la société s'appliquent par analogie à la SCoop. On renvoie par conséquent au commentaire de la disposition topique du droit de la SA (CO [731b](#)). A noter que CO [831 II](#) précise que lorsque la SCoop dispose de moins de sept membres, CO [731b](#) s'applique par analogie. Il est donc également renvoyé au commentaire de cette disposition (CO [831 N 10 ss](#)).

1

Commentaire Romand Code des obligations II

**Art. 909 CO**

CR CO II-CARRON/CHABLOZ, art. 909

*Blaise Carron/Isabelle  
Chabloz*

**Art. 909**

**[Abrogés]**

[Deutsche Fassung]

[Aufgehoben]

[versione italiana]

[Abrogati]

**BIBLIOGRAPHIE**

Cf. bibliographie CO [906](#).

Suite à la modification du CO du 16 décembre 2005, **aCO 909 a disparu** au profit du renvoi général dynamique aux règles de la SA (cf. CO [906 I](#)).

**1**

[supprimés]

**2-8**

**Art. 910**

**[Abrogés]**

[Deutsche Fassung]

[Aufgehoben]

[versione italiana]

[Abrogati]

**BIBLIOGRAPHIE**

Cf. bibliographie CO [906](#).

La modification du Code des obligations du 16 décembre 2005 a entraîné l'**abrogation de** **aCO 910 I et II**. Le premier alinéa a disparu au profit du renvoi général dynamique de CO [906](#) I, le second parce qu'une extension des attributions de l'organe de révision est toujours possible dans la mesure où elle n'affecte aucune attribution obligatoire d'un autre organe<sup>1</sup>.

**1**

[supprimés]

**2-6**

**Fussnoten:**

1 Message 2004 (révision), 3819.