
COMMENTAIRE ROMAND

Tercier · Amstutz · Trigo Trindade
(Editeurs)

Code des obligations II

Commentaire
Art. 530-1186 CO
Art. 120-141 LIMF
ORAb

Avec des introductions à la LFus et la LTI

2^e édition



Helbing Lichtenhahn

Avant-propos

L'expérience l'apprend, il est des domaines juridiques dont l'application dépend largement des dispositions légales qui les aménagent et de l'interprétation qui leur est donnée. C'est éminemment le cas du droit commercial et tout spécialement du droit des sociétés; les structures et les mécanismes qui les aménagent sont fixés par des règles souvent impératives et détaillées. Qui veut s'y mouvoir doit pouvoir rapidement connaître le sens qui leur est donné et l'application qui en est faite, au-delà d'un texte normatif souvent insuffisant parce que trop concis. C'est dire qu'il est fondamental d'offrir à celles et ceux qui en font un usage régulier un guide pratique et sûr. Les commentaires sont à cette fin un instrument privilégié, puisqu'ils décrivent, article par article, le contenu caché des normes déterminantes.

Le Commentaire qu'ouvrent ces lignes est fait pour les professionnels qu'ils soient ou non juristes. Il couvre tous les aspects, en décrivant non seulement la doctrine classique et la jurisprudence qui s'y rattache, mais également les usages et la pratique, si fondamentaux en ce domaine. La principale difficulté consistait pour les éditeurs et les auteurs à trouver la mesure: il est dangereux d'en dire trop peu parce que l'on risque de passer sous silence des développements importants; il est tout aussi dangereux d'en dire trop, parce que l'on risque de noyer l'essentiel sous un fatras de science.

Parvenir à cet objectif n'était pas une sinécure. Il faut d'abord trouver et rassembler un groupe d'auteurs spécialisés en la matière et prêts à consacrer tout le temps nécessaire à l'analyse et la présentation des dispositions dont ils auront la charge; leur reconnaître ensuite le droit de présenter la matière de la manière qu'ils jugent la plus appropriée et au besoin de se prononcer sur les controverses existantes; fondre enfin les parties en un tout cohérent en la forme et au fond. L'objectif exige du temps, dont certains font plus large usage que d'autres, avec les inévitables difficultés qui en résultent. Non parfois sans quelques difficultés, l'exercice a parfaitement réussi avec la première édition, parue en 2008; nous sommes confiants qu'il l'est également avec cette deuxième édition.

Pour être adapté aux besoins réels, ce commentaire doit couvrir deux types de normes:

- En premier lieu, puisqu'ils en sont la base, les articles du Code des obligations traitant de la matière. Cette deuxième édition a permis de compléter, corriger, et surtout mettre à jour les acquis de la première édition. La nouvelle édition tient compte non seulement des révisions qui sont entrées en vigueur depuis 2008 (notamment le nouveau droit comptable et la Loi GAFI), mais elle présente aussi brièvement les modifications à venir (en particulier la révision du droit du registre du commerce adoptée en mars 2017, et même celle, encore en cours, du droit de la société anonyme).
- En second lieu, parce que cette matière se développe aussi en dehors du Code, il a paru indispensable d'y intégrer le commentaire général ou détaillé d'autres normes, en particulier l'Ordonnance contre les rémunérations abusives, la Loi sur la fusion, la Loi sur les titres intermédiés et les dispositions de la Loi sur l'infrastructure des marchés financiers relatives aux obligations d'annonce et aux OPA.

La difficulté est encore accrue du fait des changements qui sont récemment intervenus ou qui vont intervenir. Le droit est en mouvement et, à la différence de ce qui pouvait exister durant le premier vingtième, un code ne cristallise nullement l'état du droit; il change et il faut accepter d'en tenir compte régulièrement.

Cet ouvrage n'aurait pas été possible sans l'accord des quarante-six auteur(e)s qui ont accepté de se lancer dans cette aventure. Nous tenons à leur adresser nos remerciements les plus sincères, pour le temps souvent considérable qu'ils ont dû y consacrer et la qualité du résultat fourni. L'immensité de la tâche justifiait en outre le recours à des auxiliaires; pour la première édition, Géraldine Auberson, Karin Eltschinger, Séverine Zehnder, Tamara Bongard, Fabien Hohenauer et Antoine Aviolat; pour cette deuxième édition, Elma Berisha, Alexandre

Avant-propos

Lombard, Meriam Mastour, Jan Hendrik Ritter, Matteo Tavian, Öznur Üzmez ainsi que Jonathan Bochatay. Sans leur aide, ce texte n'aurait pas pu paraître et nous tenons à les remercier vivement.

Notre reconnaissance va également aux éditions Helbing et Lichtenhahn, Monsieur Men Haupt et son successeur Monsieur Jérôme Voumard, Madame Marie-Luce Dumas, Madame Emmanuelle Sulser et toutes les personnes qui les assistent, pour l'initiative qu'ils ont prise, la confiance qu'ils nous ont faite et l'indulgence dont ils ont aussi fait preuve.

Reste à espérer que cette nouvelle édition remplisse sa fonction : être utile à tous les professionnels du droit commercial suisse, sans égard à leur langue ou leur domaine.

PIERRE TERCIER
Mai 2017

MARC AMSTUTZ

RITA TRIGO TRINDADE

Liste des auteurs

Marc AMSTUTZ

Professeur ordinaire à l'Université de Fribourg,
avocat, LL.M.
CO 911-915, 921-925, Introduction à la
LFus

Florence AUBRY GIRARDIN

Juge au Tribunal fédéral, docteur en droit
CO 752-761, 827, 916-920

Rashid BAHAR

Professeur associé à l'Université de Genève, avocat,
LL.M.
LIMF 120-141, ORAb

Aurélien BARAKAT

Avocat stagiaire, doctorant
663b^{bis}-674, 957-964

Elma BERISHA

Doctorante, assistante à l'Université de Genève,
MLaw
697i-697m

François BOHNET

Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat,
LL.M.
CO 965-989

Christophe BUCHWALDER

Avocat, LL.M.
CO 809, 812-815, 818-826

Blaise CARRON

Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat,
LL.M.
CO 879-910

Francesca CAVADINI-BIRCHLER

Avocate, DES
CO 698-731b

Isabelle CHABLOZ

Professeure associée à la Formation Universitaire à
Distance, Suisse, LL.M., avocate
CO 828-910

François CHAIX

Juge au Tribunal fédéral, docteur en droit
CO 530-551

Fernand CHAPPUIS

Professeur associé à l'Université de Neuchâtel,
avocat, notaire
CO 772-801, 802-803

Cédric CHAPUIS

Avocat, docteur en droit, LL.M.
CO 807-808a, 808c, 810-811, 816

Jean-Luc CHENAUX

Professeur associé à l'Université de Lausanne, avocat
CO 660-661, 675-682

Ivan CHERPILLOD

Professeur à l'Université de Lausanne, avocat
CO 944-956

Caroline CLEMETSON

Avocate, LL.M.
CO 621, 623-625, 627-633, 634a, 640-643

† Bernard CORBOZ

Juge au Tribunal fédéral, docteur en droit
CO 752-761, 827, 916-920

Antoine EIGENMANN

Professeur titulaire à l'Université de Fribourg,
avocat
CO 990-1155 et introduction à la LTI

Guillaume FATIO

Avocat
CO 764-771

Andrew M. GARBARSKI

Avocat, chargé de cours à l'Université de Lausanne,
docteur en droit
CO 817

Alexandre GACHET

Avocat, LL.M.
CO 660-661, 675-682

Emmanuel GENEQUAND

Avocat
CO 727-731a

Lino HÄNNI

Avocat-stagiaire, docteur en droit
CO 973a-973c

Michel HEINZMANN

Professeur à l'Université de Fribourg, avocat, LL.M.
CO 732-735

Anne HÉRITIER LACHAT

Avocate, docteur en droit
CO 692-695

Nicolas IYNEDJIAN

Avocat, chargé de cours iimt à l'Université de
Fribourg, docteur en droit, LL.M.
CO 801a, 804-806b, 808b

Michel JACCARD

Avocat, docteur en droit, LL.M.
CO 772-801, 802-803

Liste des auteurs

Xenia Elisa KARAMETAXAS

Doctorante à l'Université de Genève, MLaw
ORAb 22, 23, 25, 32

Jérôme LEVRAT

Avocat

Introduction générale

Carlo LOMBARDINI

Professeur associé à l'Université de Lausanne,
avocat
CO 620-647

Ramon MABILLARD

Professeur ordinaire à l'Université de Fribourg,
chargé de cours à UniDistance Suisse, juge
suppléant à la Cour d'Appel du Canton de Bâle-
Ville, avocat, notaire, LL.M.

Introduction à la LFus

Bianca PAULI PEDRAZZINI

Conseillère juridique Colgate-Palmolive Europe
sàrl, avocate, docteure en droit
CO 697a-697h

Henry PETER

Professeur ordinaire à l'Université de Genève,
avocat
CO 698-731b

Etienne POLTIER

Professeur à l'Université de Lausanne
CO 762-763, 926

François RAYROUX

Avocat, docteur en droit, LL.M.
CO 736-751

Pierre-Alain RECORDON

Professeur honoraire à l'Université de Genève,
avocat
CO 557-573, 598-618

Pierre TERCIER

Professeur émérite de l'Université de Fribourg,
Président honoraire de la Cour internationale
d'arbitrage de la CCI

Introduction générale

Luc THÉVENOZ

Professeur ordinaire à l'Université de Genève,
directeur du Centre de droit bancaire et financier
Introduction à la LTI

Henri TORRIONE

Professeur à l'Université de Fribourg, avocat,
expert-fiscal diplômé, LL.M.
CO 663b^{bis}-674, 957-964

Rita TRIGO TRINDADE

Professeure à l'Université de Genève
CO 654-659b, 683-697, 697i-697m

Luca URBEN

Avocat, docteur en droit, chargé de cours suppléant à
l'Université de Genève
CO 650-653i

Guillaume VIANIN

Juge au Tribunal cantonal vaudois, docteur en droit
CO 927-943

Jean-Paul VULLIÉTY

Professeur à l'Université de Genève, avocat
CO 552-556, 574-597, 619

Stefan WIPRÄCHTIGER

Greffier au Tribunal cantonal de Lucerne, avocat
CO 911-915, 921-925

Marie-Noëlle ZEN-RUFFINEN

Professeure titulaire à l'Université de Genève,
avocate, présidente du Swiss Board Institute, lic. phil.
CO 650-653i

Jean-Baptiste ZUFFEREY

Professeur à l'Université de Fribourg
CO 1156-1186

Table des matières

	Articles	Pages
Avant-propos		V
Liste des auteurs		VII
Abréviations		XIII
Bibliographie générale		XXXI
Liste des Messages		XXXVII
 Introduction générale au droit commercial suisse		 1
Titre vingt-troisième: De la société simple	530-551	55
 Troisième partie: Des sociétés commerciales et de la société coopérative	552-926	127
Titre vingt-quatrième: De la société en nom collectif	552-593	127
Chapitre I: Définition et constitution de la société	552-556	127
Chapitre II: Rapports des associés entre eux	557-561	155
Chapitre III: Rapports de la société envers les tiers	562-573	166
Chapitre IV: Dissolution de la société et sortie des associés	574-581	205
Chapitre V: Liquidation	582-590	233
Chapitre VI: Prescription	591-593	252
Titre vingt-cinquième: De la société en commandite	594-619	259
Chapitre I: Définition et constitution de la société	594-597	259
Chapitre II: Rapports des associés entre eux	598-601	275
Chapitre III: Rapports de la société envers les tiers	602-618	283
Chapitre IV: Dissolution, liquidation, prescription	619	309
Titre vingt-sixième: De la société anonyme	620-763	315
Chapitre I: Dispositions générales	620-659b	315
Chapitre II: Droits et obligations des actionnaires	660-697m	568
Chapitre III: Organisation de la société	698-731n	966
A. Assemblée générale	698-706b	966
B. Conseil d'administration	707-726	1041
C. Organe de révision	727-731a	1195
D. Carences dans l'organisation de la société	731b	1324
Chapitre IV: Réduction du capital-actions	732-735	1335
Chapitre V: Dissolution de la société	736-751	1355
Chapitre VI: Responsabilité	752-761	1402
Chapitre VII: Participation de corporations de droit public	762	1487

Table des matières

	Articles	Pages
Chapitre VIII:	Institutions de droit public non soumises à la présente loi	763 1505
Titre vingt-septième:	De la société en commandite par actions	764-771 1511
Titre vingt-huitième:	De la société à responsabilité limitée	772-827 1523
Chapitre I:	Dispositions générales	772-783 1523
Chapitre II:	Droits et obligations des associés	784-803 1628
Chapitre III:	Organisation de la société	804-820 1729
Chapitre IV:	Dissolution et départ	821-826 1819
Chapitre V:	Responsabilité	827 1854
Titre vingt-neuvième:	De la société coopérative	828-926 1859
Chapitre I:	Définition et constitution de la société	828-838 1859
Chapitre II:	Acquisition de la qualité d'associé	839-841 1896
Chapitre III:	Perte de la qualité d'associé	842-851 1905
Chapitre IV:	Droits et obligations des associés	852-878 1934
Chapitre V:	Organisation de la société	879-910 1991
Chapitre VI:	Dissolution de la société	911-915 2081
Chapitre VII:	Responsabilité	916-920 2105
Chapitre VIII:	Fédérations	921-925 2116
Chapitre IX:	Participation de corporations de droit public	926 2134
Quatrième partie:	Du registre du commerce, des raisons de commerce et de la comptabilité commerciale	927-964 2137
Titre trentième:	Du registre du commerce	927-943 2137
Titre trente et unième:	Des raisons de commerce	944-956 2243
Titre trente-deuxième:	De la comptabilité commerciale et de la présentation des comptes	957-964 2277
Chapitre I:	Dispositions générales	957-958f 2277
Chapitre II:	Comptes annuels	959-960e 2367
Chapitre III:	Présentation des comptes des grandes entreprises	961-961d 2444
Chapitre IV:	Etats financiers établis selon une norme comptable reconnue	962, 962a 2454
Chapitre V:	Comptes consolidés	963-964 2461

Table des matières

	Articles	Pages
Cinquième partie: Des papiers-valeurs	965-1186	2475
Titre trente-troisième: Des titres nominatifs, au porteur ou à ordre	965-1155	2475
Chapitre I: Dispositions générales	965-973c	2475
Chapitre II: Des titres nominatifs	974-977	2524
Chapitre III: Des titres au porteur	978-989	2531
Chapitre IV: De la lettre de change et du billet à ordre	Intro. 990	2552
A. De la capacité de s'obliger	990	2555
B. De la lettre de change	991-1095	2558
I. De la création et de la forme de la lettre de change	991-1000	2558
II. De l'endossement	1001-1010	2576
III. De l'acceptation	1011-1019	2595
IV. De l'aval	1020-1022	2613
V. De l'échéance	1023-1027	2618
VI. Du paiement	1028-1032	2624
VII. Des recours faute d'acceptation et faute de paiement	1033-1052	2630
VIII. Du transfert de la provision	1053	2668
IX. De l'intervention	1054-1062	2670
X. De la pluralité d'exemplaires (duplicata) et des copies	1063-1067	2688
XI. Des altérations	1068	2699
XII. De la prescription	1069-1071	2703
XIII. De l'annulation	1072-1080	2707
XIV. Dispositions générales	1081-1085	2719
XV. Du conflit des lois	1086-1095	2725
C. Du billet à ordre	1096-1099	2746
Chapitre V: Du chèque	1100-1144	2757
I. De la création et de la forme du chèque	1100-1107	2757
II. De la transmission	1108-1113	2771
III. De l'aval	1114	2780
IV. De la présentation et du paiement	1115-1122	2780
V. Du chèque barré et du chèque à porter en compte	1123-1127	2789
VI. Du recours faute de paiement	1128-1131	2796
VII. Du chèque faux ou falsifié	1132	2805
VIII. De la pluralité d'exemplaires	1133	2807
IX. De la prescription	1134	2807
X. Dispositions générales	1135-1137	2808
XI. Du conflit des lois	1138-1142	2810
XII. Application du droit de change	1143	2819
XIII. Réserve de la législation spéciale	1144	2822
Chapitre VI: Des titres analogues aux effets de change et des autres titres à ordre	1145-1152	2822
Chapitre VII: Des titres représentatifs de marchandises	1153-1155	2827

Table des matières

	Articles	Pages
Titre trente-quatrième: Des emprunts par obligations	Intro 1156-1186	2835
Chapitre I: Du prospectus obligatoire pour les émissions	1156	2864
Chapitre II: De la communauté des créanciers dans les emprunts par obligations	1157-1186	2895
Introduction à l'Ordonnance contre les rémunérations abusives		2947
Loi fédérale sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés		3049
Introduction à la Loi sur la fusion		3293
Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion, LFus)		3457
Introduction à la Loi fédérale sur les titres intermédiés		3485
Loi fédérale sur les titres intermédiés (LTI)		3547
Ordonnance sur le registre du commerce (ORC)		3557
Index		3621

Introduction générale au droit commercial suisse*

En complément au Code civil suisse (CC; RS 210), dont il constitue le Livre cinquième, le 1
Code des obligations – ci-après le Code (CO; RS 220) – est divisé en cinq parties. Les deux
premières traitent de la Partie générale (Première partie: CO 1 à 183) et de la Partie spéciale
consacrée aux principaux contrats (Deuxième partie: CO 184 à 551); on parle à leurs égards
de droit des obligations et de droit des contrats. Les trois dernières parties traitent des sociétés
commerciales et de la société coopérative (Troisième partie: CO 552 à 926), du registre du
commerce, des raisons de commerce et de la comptabilité commerciale (Quatrième partie:
CO 927 à 963b) et des papiers-valeurs (Cinquième partie: CO 965 à 1186); on parle couram-
ment à leur égard de droit commercial.

La notion du droit commercial n'est toutefois pas clairement établie; aussi convient-il de 2
commencer par la définir, afin de tracer les contours généraux de la matière abordée dans ce
commentaire (ch. I). On en fera ensuite un bref historique (ch. II) et on présentera finalement
les principes fondamentaux et les sources des droits français, allemand et européen (ch. III).

I. Le droit commercial en général

Bibliographie

BUCHER, Der Gegensatz von Zivilrecht und Handelsrecht: Bemerkungen zur Geschichte und heutigen dog-
matischen Bedeutung der Unterscheidung, in *Aspekte der Rechtsentwicklung*, Festschrift Meier-Hayoz,
1972, 1 ss; BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2^e éd., 1988, 11 ss; CHAUDET/
CHERPILLOD/LANDROVE, 19 ss; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht,
11^e éd., 2015, 1 ss; JUNG, Gibt es in der Schweiz ein Handelsrecht?, *Recht* 2009 43 ss; KELLERHALS, Wirt-
schaftsrecht als Recht der Wirtschaft: Bemerkungen zu Walter R. Schlueps Wirtschaftsrechtsverständnis, in
Aktuelle Fragen zum Wirtschaftsrecht, 1995, 5 ss; KRAMER, Handelsgeschäfte: eine rechtsvergleichende
Skizze zur rechtsgeschäftlichen Sonderbehandlung unternehmerischer Kontrahenten, in *Beiträge zum Zi-
vil- und Handelsrecht*, Festschrift Ostheim, 1990, 299 ss; OFTINGER, Le droit commercial et le droit civil
dans la législation suisse, 1954; OFTINGER, Handels- und Zivilrecht, RSJ 1954 153 ss; ZK-OSER/SCHÖ-
NENBERGER, Allgemeine Einleitung, N 11; PATRY, Les systèmes d'unité ou d'autonomie en droit privé, in
*Symposium de la Faculté de droit d'Istanbul à l'occasion du 50^e anniversaire de l'introduction du code civil
suisse en Turquie* (Istanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Arastirmalari Enstitüsünün Medenî Kanun 50.
Yil Sempozyumu' ndan ayribasim), 1978, 37 ss; PATRY, SPR, 1 ss; RÜFENACHT, Die Begriffe «Kaufmann,
Handelsverkehr und kaufmännischer Verkehr» in der deutschen und schweizerischen Gesetzgebung, 1926;
SCHLUEP, Was ist Wirtschaftsrecht?, in *Festschrift Walter Hug*, 1968, 25 ss; SCHLUEP, Zum Wirtschafts-
recht: eine Sammlung von Aufsätzen, 1978; SCHLUEP, Über Fundamentalismus im Wirtschaftsrecht, in
Solothurner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, 1998, 345 ss; SCHLUEP, Über Funktionalität im
Wirtschaftsrecht, in *Aspekte des Wirtschaftsrechts*, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994,
139 ss; SECRÉTAN, L'unité interne du droit privé en Suisse, *Bulletin trimestriel de la Société de législation
comparée* 1947 143 ss; TERCIER/BIERI/CARRON, N 384 ss.

Après avoir présenté la notion du droit commercial (A.), on discutera le contenu de la matière 3
(B.) et l'intérêt de la définition (C.).

A. La notion du droit commercial

Une première constatation: on ne trouve nulle part en droit suisse une définition officielle du 4
droit commercial (*Handelsrecht, diritto commerciale*). En hommage à La Palisse, on dira
qu'il désigne l'ensemble des règles de droit privé qui régissent le commerce et/ou les commer-
çants. L'affirmation a une coloration historique, puisqu'elle vise d'abord les **règles de droit
privé**, par opposition aux autres règles, notamment de nature constitutionnelle, administrative

* Les auteurs remercient Mme Sarah BECHAALANY et M. Jonathan BOCHATAY pour l'aide apportée dans la pré-
paration et la mise au point de ce texte.

ou pénale, qui s'appliquent aussi au monde des affaires en général. La variété des règles traitées interdit en réalité de faire des affirmations catégoriques sur leur nature.

- 5 Le droit commercial au sens ainsi défini doit être distingué de ce que certains appellent le **droit économique** (*Wirtschaftsrecht*, *diritto economico*). Ruedin définit cette notion comme «l'ensemble des normes juridiques de droit public et de droit privé qui visent à organiser la vie économique»¹. Le droit économique ne se laisse pas facilement classer dans la systématique juridique traditionnelle, raison pour laquelle il est difficile de le définir; il n'est en particulier pas possible de rattacher clairement la notion au droit privé ou au droit public. On parle parfois également de **droit des affaires** (*business law*)², sur le modèle de la terminologie de plus en plus utilisée en droit français (cf. N 118) ou, mais dans une perspective plus étroite, de droit de l'entreprise (*Unternehmensrecht*)³.
- 6 La définition du droit commercial proposée plus haut manifeste d'emblée une difficulté, qui suffira à opposer les juristes en deux grandes catégories:
- 7 **1° La conception «objectiviste»**. Pour les tenants de la conception «objectiviste», le champ des règles du droit commercial serait déterminé non par la nature des sujets (les «commerçants»), mais par celle des rapports que nouent des particuliers (les «actes de commerce»). Le commerce est le domaine des affaires, des actes destinés à générer des revenus. Aussi, par opposition aux domaines du droit civil qui concernent les actes de la vie privée, ceux du droit commercial se rapporteraient aux actes de la vie professionnelle⁴. Ainsi comprise, la définition viserait aussi des personnes qui passent à l'occasion des actes de commerce, même si elles ne sont pas nécessairement elles-mêmes des commerçants. Historiquement, la conception «objectiviste» était plutôt celle du droit français, quoique de nos jours une approche plus pragmatique tend à s'imposer en France (cf. N 113).
- 8 **2° La conception «subjectiviste»**. Pour les tenants de la conception «subjectiviste», ce ne serait pas la nature des actes qui serait déterminante, mais celle des personnes qui agissent. Par opposition aux domaines réservés aux particuliers (les «civils»), aux consommateurs, ceux du droit commercial régissent toutes les personnes et toutes les entités qui ont une nature dite commerciale, avant tout parce qu'elles sont soumises à l'obligation d'être inscrites au RgC. Ainsi comprise, la définition peut donc viser tous les actes que ces entités passent dans le cadre de leurs activités, indépendamment de leur nature intrinsèque. La conception «subjectiviste» demeure prédominante en Allemagne (cf. N 144).
- 9 Disons d'emblée que les amateurs de solutions tranchées ne trouveront pas leur bonheur, car la réponse est affaire de nuances. Elle dépend avant tout du contexte et surtout de l'intérêt de la définition (cf. é.g. CPC 6 II; é.g. N 33).

B. Le contenu du droit commercial

- 10 Soucieux de rassembler formellement dans un seul corps toutes les normes de droit privé, le législateur fédéral a édicté un code unique qui intègre notamment les règles que l'on attribue sous d'autres cieux au droit commercial. A l'origine, tout ce que l'on appelle droit commercial devait se trouver dans le Code. En dépit du fait qu'elles ne sont pas rassemblées sous un titre unique, mais réparties en trois parties d'importance inégale, ce sont ces règles qui font avant tout l'objet du présent commentaire.

1 RUEDIN, N 8; sur la notion de droit économique, cf. les nombreuses contributions (citées en bibliographie) de SCHLUEP.

2 C'est p.ex. la perspective choisie par CHAUDET/CHERPILLOD/LANDROVE, not. N 33 ss; é.g. RUEDIN, N 11.

3 Un «droit de l'entreprise» aurait vocation à appréhender la réglementation des entreprises en tant que telles, et non pas des sociétés (qui exploitent les entreprises). Cette notion n'a cependant pas trouvé sa place en droit suisse. Cf. p.ex. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 2015, 155 ss.

4 Cf. p.ex. ATF 120 II 296, c. 3b, où le TF définit la vente commerciale visée par CO 190 comme la vente d'une marchandise à un acheteur qui entend la revendre avec un bénéfice.

Le **principe du monisme** (par opposition au «dualisme») fut un choix politique conscient et réfléchi: l'idée, foncièrement républicaine, était que tous les sujets sont soumis aux mêmes règles et qu'il n'y a pas lieu de faire exception de personne. Pour cette raison, les individus et entités qui, ailleurs, relèveraient d'un code de commerce, sont régis en Suisse par le Code des obligations. Peu importe qu'il s'agisse de particuliers, de sociétés commerciales, d'agriculteurs ou de représentants d'autres secteurs économiques. S'il est possible que certaines règles ne puissent en pratique être appliquées qu'à des commerçants et d'autres, au contraire, qu'à des personnes privées, cela ne change en principe rien au régime applicable. En cela, le législateur suisse s'est distancé des choix effectués par la plupart de ses voisins. On sait en effet que d'autres systèmes juridiques ont d'emblée retenu une distinction entre le droit «civil», compris dans un code civil, et le droit commercial, compris dans un code de commerce. Ce fut à l'origine le cas pour le droit français et son Code de commerce de 1807 (cf. N 121), pour le droit allemand et son *Handelsgesetzbuch* de 1897 (cf. N 160) ou pour le droit autrichien qui a repris en 1939 le *Handelsgesetzbuch* de son voisin. Notons toutefois que la solution suisse n'est pas unique: elle a été reprise par l'Italie qui a incorporé son *Codice di commercio* à son *Codice civile* lors de son adoption en 1942.

La détermination du contenu des règles commentées dans cet ouvrage n'était pas évidente. On peut en réalité distinguer trois sortes de normes:

1° Les règles des trois dernières Parties du Code. La partie la plus importante est consacrée aux sociétés commerciales et à la société coopérative (CO 552 à 926), dont il faut rapprocher les régimes applicables au registre du commerce (CO 927 à 943), aux raisons de commerce (CO 944 à 956) et à la comptabilité commerciale (CO 957 à 963b). L'idée était de compléter le régime particulier applicable aux entités (personnes morales et quasi personnes morales), dans le prolongement du Titre II du Code civil. Ces dispositions concernent au premier chef la constitution, la nature et le fonctionnement des sociétés commerciales. Elles se trouvent donc dans le prolongement de CC 59 II en vertu duquel les organisations corporatives qui ont un but économique sont régies par les dispositions applicables aux sociétés.

Il faut en rapprocher les **dispositions d'exécution**, avant tout l'ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce (ORC; RS 221.411; cf. N 92), que le CF a compétence d'édicter en vertu de CO 929. Le régime a été directement complété, notamment, par la LF du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert du patrimoine (LFus; RS 221.301; cf. N 76) et la LF du 16 décembre 2005 sur l'agrément et la surveillance des révisseurs (LSR; RS 221.302; cf. N 82).

En plus de ces règles, le législateur fédéral a traité des **papiers-valeur** dans la cinquième (et dernière) Partie du Code. Ceux-ci sont en réalité avant tout utilisés pour les besoins du commerce. L'idée était que ces matières, quoique largement liées à la Partie générale du Code des obligations, étaient essentiellement utiles dans le monde des affaires.

Cela ne signifie évidemment pas que ces règles épuisent la matière du droit commercial.

2° Les règles sur les contrats commerciaux. Toujours en vertu du principe du monisme, le législateur n'a pas consacré dans le Code un chapitre spécial relatif aux contrats commerciaux. Ceux-ci représentent néanmoins une partie importante du droit commercial. On peut distinguer:

a) *Certains contrats et institutions qui se rapportent spécifiquement au commerce*, qui sont traités dans la deuxième Partie du Code consacrée aux contrats spéciaux. Ainsi le contrat d'agence (CO 418a ss), de commission (CO 425 ss) ou la représentation commerciale (CO 458 ss).

b) *Certains contrats qui ont fait l'objet de lois spéciales* – par exemple la LF du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (LCC; RS 221.214.1) ou la LF du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait (RS 944.3) – ou *de traités internationaux* – par exemple la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises conclue à Vienne le 11 avril 1990 (Convention de Vienne ou CVIM; RS 0.221.211.1) ou la Convention de Budapest rela-

tive au contrat de transport de marchandises en navigation intérieure conclue à Budapest le 22 juin 2011 (CMNI; RS 221.222.32).

- 20 *c) Certains contrats développés par la pratique à la faveur de la liberté contractuelle.* Ce sont les contrats dits innommés (p.ex. les contrats de représentation exclusive, de crédit-bail ou de franchise), qui font l'objet d'une présentation générale dans le premier volume de ce commentaire consacré au Code des obligations⁵.
- 21 **3° Les autres matières du droit commercial.** Indépendamment des règles du Code, le sujet englobe aussi d'autres normes plus spéciales. On mentionnera notamment:
- 22 *a) Le droit de la propriété immatérielle*, qui fait l'objet d'un commentaire spécial⁶. Dans ce contexte, on peut mentionner la LF du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA; RS 231.1), la LF du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (LPM; RS 232.11), la LF du 5 octobre 2001 sur la protection des designs (LDes; RS 232.12) ainsi que la LF du 25 juin 1954 sur les brevets d'invention (LBI; RS 232.14).
- 23 *b) Le droit de la concurrence et de la concurrence déloyale*, qui fait également l'objet de commentaires séparés⁷. Ces matières sont régies par la LF du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart; RS 251), la LF du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix (LSPr; RS 942.20), la LF du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02), la LF du 6 octobre 1995 sur les entraves techniques au commerce (LETC; RS 946.51) et la LF du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD; RS 241).
- 24 *c) Le droit international privé*, qui prévoit les règles de conflits (de juridictions et de lois) dans les différentes matières du droit commercial et qui fait, lui aussi, l'objet d'un commentaire distinct⁸.

C. L'intérêt de la définition

- 25 Une définition n'a de sens en droit que si on peut y attacher des conséquences juridiques. On peut faire à cet égard trois sortes de remarques:
- 26 **1° Du point de vue de la compétence législative.** En vertu du caractère fédéraliste de la Suisse, les compétences législatives entre la Confédération et les cantons sont réparties dans la Constitution en fonction des matières. Or, depuis 1898, la Confédération dispose de la compétence (quasi-) exclusive sur le «droit civil», ce par quoi il faut en réalité entendre le droit privé. La nouvelle Constitution fédérale du 18 avril 1999 n'a pas modifié ce régime (cf. Cst. 122 dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2006, qui attribuait encore aux cantons la compétence en matière de procédure civile).
- 27 Cette compétence fédérale comprend à l'évidence le droit commercial, du moins les parties que le législateur a décidé de traiter dans le Code. Encore faut-il que la matière ressortisse bien au droit privé, ce qui n'a jamais été contesté. On notera que cette compétence est même antérieure à 1898 puisqu'elle reposait déjà pour le droit des obligations au sens large, et donc le droit commercial dans le sens considéré, sur la répartition des compétences qui figurait dans la Constitution de 1874 (cf. N 55). En effet, aCst. 64 I prévoyait initialement que la législation «sur toutes les matières du droit se rapportant au commerce et aux transactions mobilières (droit des obligations, y compris le droit commercial et le droit de change), [...] est du ressort de la Confédération».
- 28 Ajoutons que la Confédération peut légiférer (et l'a du reste fait) en dehors des domaines traités par le Code pour édicter des règles commerciales relevant du droit privé; c'est le cas par exemple

5 Cf. CR CO I-THÉVENOZ, Intro. CO 184-529.

6 Cf. DE WERRA/GILLIÉRON (éd.), CR-PI.

7 Cf. MARTENET/BOVET/TERCIER (éd.), CR-Concurrence, et MARTENET/PICHONNAZ (éd.), CR-LCD.

8 Cf. BUCHER (éd.), CR-LDIP/CL.

de la législation sur les fusions et de celle relative à l'agrément et la surveillance des réviseurs, dont le visa figurant en préambule se réfère expressément à Cst. 122 (N 14; cf. é.g. N 76).

Dans cette perspective, il est sans intérêt aucun de décider si une matière ressortit au droit civil ou au droit commercial; il est nécessaire mais il suffit qu'elle soit de nature privée pour fonder la compétence du législateur fédéral. On sait qu'il en va différemment lorsque l'on entre dans des matières relevant du droit public.

2° Du point de vue de l'application des règles. En vertu du choix politique du législateur en faveur du monisme (N 10 s.), il n'y a en principe pas de distinction à faire s'agissant de l'application des règles aux commerçants et aux autres sujets de droit privé; chacun est soumis aux mêmes règles, qui s'appliquent indifféremment.

Le principe n'est toutefois pas absolu. En effet, la pratique et le législateur lui-même ont développé des régimes particuliers selon la qualité des personnes qui concluent un contrat. La pratique distingue ainsi les contrats «civils», les contrats «commerciaux», les contrats «de consommation» et les contrats de droit rural⁹. A titre d'illustration, certaines normes s'appliquent exclusivement aux commerçants; ainsi celles qui concernent la vente commerciale (CO 190 s., 215), le bail commercial (CO 257b, 263, 266d, 268-268b, 272b) ou le prêt commercial (CO 313 III). Par ailleurs, il est incontestable que les règles légales ne seront pas interprétées de la même manière selon que l'on se trouve en présence d'un contrat «civil», «de consommation» ou «commercial». Entre commerçants en particulier, un juge aura tendance à se montrer moins interventionniste, par exemple au moment d'apprécier un vice du consentement, dès lors qu'il admettra plus facilement l'idée que les parties doivent prendre elles-mêmes en charge la défense de leurs intérêts.

3° Du point de vue de la compétence judiciaire. Même si les litiges entre commerçants demeurent en principe de la compétence des juridictions civiles ordinaires, on se souvient qu'avant l'entrée en vigueur du CPC en 2011, quatre cantons (Argovie, Berne, St-Gall et Zurich) avaient choisi de les soumettre à un authentique tribunal de commerce (*Handelsgericht*). L'adoption du CPC n'a pas restreint la liberté des cantons d'instaurer ce type de tribunaux; au contraire, dans son Message aux Chambres, le CF a souligné que les tribunaux de commerce avaient fait leur preuve en pratique et que l'intention était d'en faciliter l'introduction. C'est pourquoi CPC 6 I prévoit que les cantons peuvent désigner un «tribunal spécial qui statue en tant qu'instance cantonale unique sur les litiges commerciaux (tribunal de commerce)». La limitation des instances est justifiée, selon le CF, non seulement par la technicité des affaires mais aussi par la célérité que requièrent les procédures commerciales¹⁰.

La **compétence matérielle des tribunaux de commerce** est régie par CPC 6 II, lui-même inspiré des anciennes législations cantonales. On relèvera que, pour être considéré comme «commercial», un litige doit concerner «l'activité commerciale» («*die geschäftliche Tätigkeit*») d'un plaideur au moins (CPC 6 II [a]) et mettre en présence des parties «inscrites au registre du commerce ou dans un registre étranger équivalent» (CPC 6 II [c])¹¹. Le législateur fédéral n'a ainsi pas tranché entre les conceptions «objectiviste» (N 7) et «subjectiviste» (N 8); il a au contraire choisi de cumuler les deux approches en exigeant la réunion de deux conditions, l'une objective (la nature commerciale de l'activité en cause), l'autre subjective (la nature commerciale des entités concernées, formalisée par leur inscription au RgC)¹².

⁹ Cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N 394 ss.

¹⁰ Cf. Mess. CF relatif au code de procédure civile suisse du 28 juin 2006 (FF 2006 6877); é.g. RUETSCHI, *Die Zukunft der Handelsgerichte*, RSJ 2005 29 ss; BERGER, *Verfahren vor dem Handelsgericht*, RJB 2012 465 ss.

¹¹ Si seul le défendeur est inscrit au registre du commerce suisse ou dans un registre étranger équivalent, le demandeur peut choisir d'agir soit devant le tribunal de commerce, soit devant le tribunal ordinaire (CPC 6 III), et ce même si sa demande procède d'un litige non commercial (ATF 138 III 694, JdT 2015 II 247).

¹² Sur la compétence matérielle des tribunaux de commerce selon CPC 6 II, cf. récemment ATF 140 III 155 (compétence exclusive des tribunaux de commerce); é.g. p.ex. HOFMANN/LÜSCHER, *Le Code de procédure civile*, 2^e éd., 2015, 15 ss; CPC-HALDY, CPC 6 N 4 ss; é.g. BRUNNER, *Was ist Handelsrecht? – Zur Frage der handelsrechtlichen Streitigkeit nach ZPO/BGG*, PJA 2010 1529 ss. Sur la délimitation de la compétence du tribunal de commerce de celle du tribunal des baux, cf. ATF 139 III 457.

II. L'histoire des règles

Bibliographie

BERBERAT/PEDRIZAT, L'attribution progressive à la Confédération suisse de la compétence d'unifier le droit privé, *in* L'unification du droit privé suisse au XIX^e siècle, 1986, 15 ss; BENÖHR, Der Dresdner Entwurf von 1866 und das schweizerische Obligationenrecht von 1881, *in* Le centenaire du Code des obligations, 1982, 57 ss; BUCHER, Die Entwicklung des deutschen Schuldrechts im 19. Jahrhundert und die Schweiz, ZEuP 2003 353 ss; BUECHI/KOHLER, La mise en place d'un droit commercial suisse dans la seconde moitié du XIX^e siècle, *in* Le droit commercial dans la société suisse du XIX^e siècle, 1997, 79 ss; CARRARD, Etude comparative des législations civiles de la Suisse romande et celles de la Suisse allemande, Essai de conciliation de leurs principales différences, RJB 1873 133 ss; CARONI, Quelle continuité dans l'histoire du droit commercial?, *in* Le droit commercial dans la société suisse du XIX^e siècle, 1997, 3 ss; CARONI, «Privatrecht»: Eine sozialhistorische Einführung, 1999; EUGSTER, Die Entstehung des schweizerischen Obligationenrechts vom Jahre 1883, th. Zurich 1926; FASEL, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, 2000; GASSER, Considérations sur le projet de Code de commerce suisse de 1864 élaboré par Walther Munzinger, *in* Le droit commercial dans la société suisse du XIX^e siècle, 1997, 55 ss; GAUDEMET, Institutions de l'Antiquité, 8^e éd., 2014; Groupe de réflexion «droit des sociétés», Rapport final, 1993; GOLDSCHMIDT, Universalgeschichte des Handelsrechts, 1891; HILAIRE, Introduction historique au droit commercial, 1886; HILAIRE, Le droit, les affaires et l'histoire, 1995; HUBER, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, vol. 4, 1893, 261 ss; HUBER/MUTZNER, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, 2^e éd., 1932-1937; HUG, Zur Revision des schweizerischen Aktienrechts, 1934; HUVELIN, Histoire économique, Droit commercial, Revue de synthèse historique, 1903 60 ss, 328 ss et 1904 198 ss; HUVELIN, Essai historique sur le droit des marchés et des foires, th. 1897 (cité: Essai); KASER, Römisches Privatrecht, 21^e éd., 2016; LACOUR-GAYET, Histoire du commerce, 6 vol., 1950-1955; LIVER, BK, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Allgemeine Einleitung, 1966; LÜPOLD, Der Ausbau der «Festung Schweiz», Aktienrecht und Corporate Governance in der Schweiz, 1881-1961, th. Zurich, 2008; VON MAY, Die Gründung der Aktiengesellschaft in ihrer geschichtlichen Entwicklung in der Schweiz, th. Berne, 1945; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 2015, 305 ss; MERZ, Das schweizerische Obligationenrecht von 1881, Übernommenes und Eigenständiges, *in* Le centenaire du Code des obligations, 1982, 3 ss; MESTRE *et al.*, Droit commercial, vol. I, 30^e éd., 2016, 1 ss; MINAUD, Les gens de commerce et le droit à Rome, 2011; MUNZINGER, Motifs du projet de code de commerce suisse, traduit de l'allemand par Marc Dufraisse, 1865; NOBEL/HIRSCH, Projekt einer privaten Aktiengesellschaft, RSDA 1997 126 ss; PATRY, Le problème de la révision du droit des sociétés, SJ 1968 399 ss; REHME, Geschichte des Handelsrechts, *in* Handbuch des gesamten Handelsrechts, vol. I, 1913, 28 ss; RENAUT, Histoire du droit des affaires, 2006; RENNEFAHRT, Grundzüge der bernischen Rechtsgeschichte, 4 vol., 1928-1936; RIPERT/ROBLLOT, Traité de droit des affaires, vol. I/1: Du droit commercial au droit économique, 20^e éd., 2016 (cité: Traité); RUEDIN, 6 ss; SCHMIDLIN/CANNATA, Droit privé romain, vol. II, 2^e éd., 1991, 161 ss; SCHOENENBERGER, Das Obligationenrecht (Art. 1-17 OR), Allgemeine Einleitung, ZKomm V/1/a, 3^e éd., 1973; SIEGWART, Allgemeine Einleitung zur dritten bis fünften Abteilung des schweizerischen Obligationenrechts, ZKomm V/4, 1938; STAMMBACH, Die Aktiengesellschaft in der Schweiz bis zum Erlass des Obligationenrechts, th. Bâle 1935; STAEHELIN, Der Entwurf eines schweizerischen Handelsrechts von 1864, *in* Le centenaire du Code des obligations, 1982, 31 ss; SZRAMKIEWICZ/DESCAMPS, Histoire du droit des affaires, 2^e éd., 2013; STAMMBACH, Die Aktiengesellschaft in der Schweiz bis zum Erlass des Obligationenrechts, th. Bâle 1935; WATTER/VOGT, Basler Kommentar, Börsengesetz, Finanzmarktaufsichtsgesetz, Art. 161, 161^{bis}, 305^{bis} und 305^{ter} Strafgesetzbuch, 2^e éd., 2011 (cité: BSK BEHG/FINMAG-AUTEUR); WEISS, Zum schweizerischen Aktienrecht, 1968, 9 ss.

- 34 Il serait vain et illusoire de vouloir retracer en détail l'histoire du droit commercial suisse: vain, car les sources (avant tout cantonales) font largement défaut; illusoire, car l'entreprise serait démesurée, même si l'on devait y consacrer un ouvrage entier. Aussi se contentera-t-on, après quelques remarques sur les origines du droit commercial (let. A.) et une brève description des anciens droits cantonaux (let. B.), de présenter l'unification du droit commercial suisse, à partir des projets successifs jusqu'à l'adoption de l'ancien et de l'actuel Code des obligations (let. C.); on mentionnera ensuite les principales réformes réalisées par la suite (let. D.) et la «grande» révision en cours du droit de la SA (let. E.).

A. Les origines

Le droit commercial est apparu dès l'Antiquité¹³. Déjà empreintes de mercantilisme et de libéralisme, certaines **civilisations antiques** s'étaient dotées de normes régissant le commerce : Ainsi les Babyloniens, dont le Code du roi Hammourabi (env. 1700 avant J.-C.) réglait le prêt à intérêt, le contrat de commission ou la société de commerce¹⁴. Ainsi les Phéniciens, qui commerçaient sur tout le pourtour méditerranéen, mais dont le droit commercial s'est perdu¹⁵. Ainsi les Grecs, qui connaissaient certaines formes de papiers-valeurs et de sociétés et exerçaient des activités bancaires¹⁶.

En **droit romain**, la figure de la *societas* est à l'origine de notre société simple. Il s'agissait d'une forme de société privée au caractère personnel très marqué ; basée sur un contrat, elle visait la poursuite d'un but commun mais n'avait pas de personnalité juridique¹⁷. Il existait d'autres formes sociales dotées de la personnalité mais elles étaient réservées aux collectivités publiques, avant tout à l'Etat : ce sont elles qui ont inspiré nos sociétés à personnalité juridique¹⁸. A noter encore que la pratique du commerce a favorisé la formation d'un *jus gentium*, dont l'application n'était pas réservée aux citoyens romains¹⁹.

Le droit commercial n'a véritablement pris son essor qu'au **Moyen Âge**. Dès le XI^e siècle, les villes d'Italie du Nord, puis des Flandres, d'Allemagne ou de Champagne, développèrent le commerce sur terre et sur mer, notamment à la faveur des foires²⁰. La pratique des foires amena ceux qui y participaient à développer le droit des contrats, à créer la lettre de change, qui a l'avantage d'éviter les transferts de fonds sur des routes peu sûres, à instituer aussi la procédure de faillite, destinée à sanctionner le commerçant mauvais payeur. Le développement de règles matérielles et l'institution de juridictions spécialisées (ainsi les *Consules Mercatorum* de Florence ou les juridictions consulaires en France : Lyon en 1419, Paris en 1563) participèrent à la création d'un authentique droit des marchands (*ius mercatorum*, *ius nundinarum*), d'origine essentiellement coutumière et dont la dimension internationale était déjà très marquée²¹.

Simultanément apparaissent les premiers éléments de la comptabilité ainsi que la **société**, qui va permettre d'échapper à la prohibition canonique du prêt à intérêt : au lieu de prêter, le capitaliste s'associe au commerçant, participe tant aux bénéfices qu'aux pertes et obtient ainsi une rémunération moins critiquable de son apport²². Les réglementations des sociétés variaient de cité en cité. Des formes sociales constantes se retrouvaient néanmoins, qui rappellent tantôt notre société simple, tantôt notre société en nom collectif ou en commandite : ainsi la *commenda* (ou commande), qui regroupait marchands et bailleurs de fonds en une société de

13 On ne peut cependant parler de droit commercial dans l'Antiquité, car les règles régissant le commerce ne formaient pas un domaine propre (cf. PATRY, SPR, 24).

14 Sur le Code de Hammourabi, cf. REHME, 56 ss.

15 Les règles phéniciennes sur les avaries furent toutefois reprises par les Romains dans la *Lex Rhodia de jactu* (Dig. XIV.2.), qui s'appliquait à l'époque romaine à l'ensemble du commerce méditerranéen ; elle précisait les modalités de la contribution aux pertes lorsque, pour sauver le navire, le capitaine devait sacrifier une partie de la cargaison (CHAUDET/CHERPILLON/LANDROVE, N 4).

16 Cf. REHME, 67 ss ; GOLDSCHMIDT, 55 ss ; é.g. BEAUCHET, Histoire du droit privé de la République athénienne, 4 vol., 1897.

17 Sur la *societas*, cf. SCHMIDLIN/CANATA, 161 ss et MEISSEL, Societas : Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages, th. Vienne, 2004.

18 Ainsi les sociétés publicaines romaines, à l'instar de certaines sociétés grecques, présentaient une organisation et une structure finalement assez proches de la SA moderne (cf. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 52 s.).

19 Sur le « droit commercial romain » (expression en réalité impropre, car les Romains n'ont jamais admis l'existence de règles commerciales particulières), cf. HUVELIN, Etudes d'histoire du droit commercial romain, 1929.

20 En Suisse, les foires de Genève et de Zurzach occupaient une place importante au sein du commerce intérieur et européen (cf. p.ex. BOREL, Les foires de Genève au XV^e siècle, 1892 ; BERGIER, Les foires de Genève et l'économie internationale de la Renaissance, th. Genève, 1963).

21 Les coutumes générales et les statuts des corps de métiers n'étaient pas applicables aux relations nouées dans les foires (sur le droit des foires, cf. surtout HUVELIN, Essai ; RIPERT/ROBLLOT, Traité, N 15).

22 Cf. not. MESTRE *et al.*, N 6.

personnes, ou la *compagnia* (compagnie ou société de terre), qui comprenait un capital divisé en parts non cessibles. Une forme semblable à la compagnie s'était développée dans les pays germaniques : la société en main commune (*die Gesellschaft zur gesamten Hand*).

- 39 Vers la fin du Moyen Âge apparurent **les premières sociétés de capitaux** : l'associé n'était plus un partenaire contractuel, mais le titulaire d'une part cessible ; toutefois, la responsabilité des associés subsistait²³. Parallèlement se développèrent les corporations, très répandues dans les pays germaniques et dans la Confédération helvétique²⁴ : Ainsi les corporations de métiers et les gildes, parfois dotées de la personnalité juridique ; leurs membres, tenus d'un devoir d'entraide et de solidarité, répondaient en principe solidairement des dettes. En France, les corporations devinrent obligatoires en 1673, avec l'Ordonnance sur le commerce de terre, prise sous l'influence de Colbert et parfois appelée Code Savary²⁵ ; celui-ci consacrait également quatorze articles au droit des sociétés.

B. Les droits cantonaux

- 40 Sous l'**Ancien Régime**, les cantons suisses formaient une confédération d'Etats souverains, dont la plupart avaient promulgué des règles propres. Dans les grandes villes notamment, l'Etat réglait la police du commerce, les sociétés, les principaux contrats ainsi que l'exercice des professions commerciales et artisanales ; ces dernières relevaient également de la compétence des corporations de métiers²⁶. Dès le XV^e siècle, les commerçants helvétiques jouirent de larges libertés, à la faveur notamment des privilèges que leur accordaient les princes étrangers²⁷. Les Confédérés avaient aussi développé un droit des transports, favorisé par la position géographique des cantons suisses, lieux de transit pour les marchands européens²⁸.
- 41 Après l'invasion française, les idées centralisatrices emportèrent les premières velléités d'unification du droit privé suisse. Les constitutions de la **République Helvétique** des 12 avril 1798 et 2 juillet 1802 prévoyaient en effet la compétence de l'Etat central pour unifier le droit civil et commercial²⁹. Même si le projet n'aboutit pas, le régime de l'Helvétique n'en posa pas moins les premiers jalons, en abolissant les corporations et en introduisant la liberté de commerce et de l'industrie³⁰.
- 42 Dès l'Acte de Médiation (19 février 1803), et singulièrement sous le régime du **Pacte fédéral de 1815**, les cantons furent restaurés dans leurs prérogatives législatives. Dans la foulée des

23 Sur la naissance des sociétés de capitaux en Europe, cf. p.ex. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 53 ss.

24 Cf. GEERING, *Handel und Industrie der Stadt Basel, Zunftwesen und Wirtschaftsgeschichte bis zum Ende des XVII. Jahrhunderts*, 1886 ; GUTZWILLER, *Die Zünfte in Freiburg i.Ü.* 1460-1650, 1949.

25 Du nom du commerçant qui en prépara la rédaction et qui la commenta ensuite dans un ouvrage célèbre : « Le parfait commerçant » (1675) ; une seconde Ordonnance fut promulguée en 1681, qui régissait le commerce maritime. Sur l'Ordonnance de 1673, cf. not. LAFON, *Les députés du commerce et l'ordonnance de 1673 : les juridictions consulaires, principe et compétence*, 1979 ; VANDENBOSSCHE, *Contribution à l'histoire des sources du droit commercial : un commentaire manuscrit de l'ordonnance de mars 1673*, 1976 ; cf. ég. LÉVY-BRUHL, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII^e et XVIII^e siècles*, 1938.

26 Cf. p.ex. PATRY, *SPR*, 35 s. Sur les *Stadtrechte*, cf. HUBER, 46 ss, 64 ss, 902 ss ; sur le droit coutumier commercial à Genève (où les corporations n'avaient pas de compétence législative), cf. RIVOIRE, *Les sources du droit du Canton de Genève*, vol. III (1551-1620) et IV (1621-1700), 1933-1935. Pour des études historiques sur le commerce, l'industrie et les corporations dans certains cantons, cf. not. BOYVE, *Remarques sur les loix et Statuts du Pays de Vaud*, 1756 ; QUISARD, *Le commentaire coutumier des Pays de Vaud*, RDS 1864 et 1865 (tiré à part) ; FREY, *Die Quellen des Basler Stadtrechtes, namentlich die Gerichtsordnung von 1719*, 1830 ; RENNEFAHRT, *Die Rechtsquellen des Kantons Bern*, vol. I, *Stadtrechte*, 1^{re} et 2^e parties : *Das Stadtrecht von Bern*, 1971 ; cf. ég. SIEVEKING, *Zur Zürcherischen Handelsgeschichte*, *Jahrbuch für schweizerische Geschichte*, 1910, 69 ss ; BABEL, *Histoire économique de Genève, des origines au début du XVI^e siècle*, 2 vol., 1963.

27 Ainsi la Paix perpétuelle de 1516 garantissait aux négociants suisses la liberté du commerce et le droit d'exercer un métier sur tout le territoire français (cf. not. PATRY, *SPR*, 34 s., avec réf.).

28 Cf. BÖRLIN, *Die Transportverbände und das Transportrecht der Schweiz im Mittelalter*, 1896.

29 Cf. RUEDIN, N 64.

30 C'est à cette époque que fut créée à Saint-Gall la Société générale de la filature anglaise du coton (1801), souvent considérée comme la première société anonyme suisse (cf. RUEDIN, N 64).

idées libérales et régénératrices des années 1820 à 1830, ils entreprirent la codification de leur droit privé. C'est dans ce contexte que furent édictées les premières législations modernes en droit commercial.

On peut classer les législations cantonales en **trois groupes**, suivant l'influence prépondérante auxquelles elles furent soumises³¹:

1° Le groupe romand. Les cantons romands se sont en général inspirés du *Code de commerce français de 1807*³². Ainsi les cantons de Neuchâtel (1833)³³, de Fribourg (1849)³⁴, de Vaud (1852) ou du Valais (1853)³⁵; à Genève, la législation française qui était en vigueur fut maintenue (1815/1816). Il faut y rattacher le demi-canton de Bâle-Ville, qui s'inspira également du Code de commerce français pour élaborer sa loi sur les sociétés en commandite et les sociétés anonymes (1847).

Dans ces cantons, le droit commercial fut reconnu dès cette époque comme une *discipline autonome*, distincte du droit civil.

2° Le groupe bernois. Les cantons de Berne et de Soleure formaient un groupe à part. La législation commerciale y était inspirée de plusieurs lois étrangères, avant tout de l'*ABGB autrichien*.

Le *Code civil bernois de 1830* traitait aux art. 870 à 894 du contrat de société. Il distinguait les sociétés avec but lucratif des sociétés sans but lucratif et prévoyait une répartition égale des bénéfices et des pertes. Il réglait également la participation du commanditaire, dont la responsabilité était limitée au capital investi.

Le *Code civil soleurois de 1847* reprenait largement la législation bernoise, mais réglementait en plus la société anonyme. Premier canton alémanique à en traiter, Soleure fut imitée par Berne qui édicta en 1860 une loi relativement détaillée pour l'époque et dont les dispositions inspirèrent plus tard le législateur fédéral.

3° Le groupe zurichois. Le Code civil zurichois, élaboré par Bluntschli et édicté en 1854/1856 (*das Zürcherische Privatrechtliche Gesetzbuch* [= PGB]), régissait le droit des sociétés aux art. 1235 à 1382. Outre la société simple, la société en nom collectif et la société en commandite, il réglementait également la société anonyme (alors appelée *Genossenschaft*)³⁶.

La législation zurichoise fut reprise, avec quelques modifications, notamment par les cantons de Lucerne (1857), des Grisons (1862) et de Schaffhouse (1864). Le droit commercial n'a pas fait l'objet dans ces cantons d'une codification autonome, mais était en principe intégré à la législation civile. Le droit zurichois a exercé une *influence déterminante* sur le futur droit fédéral des sociétés. En témoignent la réglementation de la société en nom collectif, qui prévoyait déjà la responsabilité solidaire et subsidiaire des associés, ou celle de la société en commandite.

31 Cf. not. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 57 s.

32 En général sur l'influence du modèle français sur les législations civiles des cantons romands, cf. DUNAND, Le géant et les nains, Le Code Napoléon comme modèle des codes civils des cantons suisses romands, *Forum historiae iuris* 2005; PATRY, Rapport suisse, in La circulation du modèle juridique français, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIV (1993), 1994, 467 ss, et POUDET, Les limites de l'influence du Code Napoléon sur les codifications romandes du XIX^e siècle, *Revue historique de droit français et étranger* 69 (2001) 41 ss.

33 Cf. AUGSBURGER-BUCHELI, La loi neuchâteloise sur quelques matières commerciales du 3 juin 1833, in Le droit commercial dans la société suisse du XIX^e siècle, 1997, 95 ss; ég. RUEDIN, N 68.

34 Cf. SCHÖNENBERGER, Le Code de commerce du canton de Fribourg (1849), in Le droit commercial dans la société suisse du XIX^e siècle, 1997, 107 ss.

35 Cf. ZINNEKER, Le droit commercial en Valais au XIX^e siècle, in Le droit commercial dans la société suisse du XIX^e siècle, 1997, 133 ss.

36 Cf. RUEDIN, N 71.

C. L'unification du droit commercial

- 51 On passera d'abord en revue les projets successifs d'unification du droit commercial au niveau fédéral (ch. 1.); on présentera ensuite les résultats de l'unification, qui aboutirent d'abord à l'ancien (ch. 2.) et finalement à l'actuel Code des obligations (ch. 3.).

1. Les projets d'unification

- 52 Les tenants de l'unification du droit privé, dont les premières manifestations remontent au temps de l'Helvétique (N 41), ne parvinrent pas à s'imposer au lendemain de la guerre du Sonderbund. La **Constitution fédérale de 1848** ne conférait à la Confédération aucune compétence en matière de droit privé, de sorte que le droit commercial restait l'affaire exclusive des cantons.
- 53 Cependant, alors que les barrières douanières entre les cantons avaient été supprimées, la disparité des législations cantonales présentait de *graves inconvénients* pour la sécurité du droit et le développement du commerce. Dès la seconde moitié du XIX^e siècle, la nécessité d'unifier le droit privé en général et le droit commercial en particulier fit progressivement l'objet d'un consensus.
- 54 Sous la houlette du DFJP, on examina d'abord la possibilité d'introduire un code de commerce unifié par le biais d'un **concordat intercantonal**³⁷. Le Prof. Walther Munzinger, de Berne, fut chargé par le CF d'élaborer un projet réglementant notamment les contrats commerciaux. Son texte, bien adapté aux besoins du commerce moderne, fut publié en 1864. Bien que la matière devait faire l'objet d'une loi séparée, elle n'était pas limitée aux commerçants, mais s'appliquait à tous les sujets de droit, faisant prévaloir l'unité du droit civil et du droit commercial³⁸.
- 55 Le projet de concordat resta toutefois lettre morte car, entre-temps, l'idée d'une unification plus générale avait fait son chemin³⁹. En 1867 et 1868 se tint une conférence intercantonale qui réclama l'unification non plus du seul droit commercial mais de l'ensemble du droit des obligations, y compris du droit des poursuites⁴⁰. L'évolution des mentalités permit l'adoption de **l'art. 64 de la Constitution fédérale du 29 mai 1874**, qui donnait à la Confédération la compétence de légiférer en matière de droit des obligations et de droit commercial.
- 56 En 1871 déjà, Munzinger avait soumis un **projet de code des obligations**; celui-ci comprenait également une partie consacrée au droit commercial, dont les règles s'inspiraient de son premier projet de 1864 (N 54). Contrairement aux solutions suivies dans la plupart des pays européens, Munzinger opta pour un code unique, rejetant l'idée d'un code de commerce. Le code civil zurichois (N 49), la législation la plus récente en la matière, lui servit de modèle⁴¹.
- 57 Suite au décès du Prof. Munzinger en 1873, le Prof. Fick, de Zurich, reprit le flambeau et présenta en 1875 un deuxième projet de code des obligations; celui-ci reprenait en les adaptant les propositions de son prédécesseur, tout en intégrant les vues du Parlement. En 1877, une commission d'experts elabora un troisième projet, largement basé sur le second, et le soumit à

37 Auparavant déjà, deux concordats (des 15 juin 1804 et 7 juillet 1810, confirmés le 8 juillet 1918) avaient unifié certains aspects du droit de la poursuite pour dette. Un projet de concordat sur le droit de change fut rejeté en 1857 (cf. PATRY, SPR, 40).

38 Sur ce projet, cf. MUNZINGER, 61 ss; STAEHELIN, 31 ss; GASSER, 55 ss; ég. CARRARD, 156 s., 174 s.; voir ég. les critiques formulées à l'époque par les autorités bernoises, RJB 1866/1867 365 ss.

39 Cf. p.ex. Mémoire sur l'unification des lois commerciales suisses, présenté au nom de la Chambre de commerce par M. MARTIN-FRANDEL à l'Assemblée générale de l'Association commerciale et industrielle du Canton de Genève, le 20 novembre 1866, 1866, 16.

40 A noter que les cantons de Fribourg, Vaud, Neuchâtel et Genève, dont les législations consacraient, à l'exemple du droit français (cf. N 112), l'autonomie du droit commercial, s'étaient nettement opposés à cette idée.

41 Cf. BUECHI/KOHLER, 80 ss. Munzinger avait également étudié la jurisprudence française et les solutions du code de commerce allemand de 1861 (*Allgemeine Deutsche HGB*; cf. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 58); sur Munzinger, cf. FASEL, *Bahnbrecher Munzinger, Gesetzgeber und Führer der katholischen Reformbewegung* (1830-1873), 2003.

une *très large consultation* (cantons, tribunaux, universités, etc.)⁴². Au cours des années 1878 et 1879, la commission rédigea finalement un quatrième projet, qui tenait compte des remarques et critiques issues de la consultation. Le CF le publia le 27 novembre 1879⁴³; les Chambres fédérales l'examinèrent au cours des années 1880 et 1881 et l'adoptèrent finalement le 14 juin 1881⁴⁴.

2. L'(ancien) Code des obligations de 1881

La «Loi fédérale sur les obligations et le droit commercial» (Code fédéral des Obligations) du 14 juin 1881 entra en vigueur le 1^{er} janvier 1883⁴⁵. Il s'agit de l'**ancien Code des obligations** (aCO), qui consacra le choix définitif de ne pas régler le droit commercial dans un code séparé (N 10 s.)⁴⁶. Ses dispositions s'inspiraient très largement du droit allemand, en particulier du *Dresdner Entwurf* de 1866⁴⁷.

Le droit des sociétés y était régi par les art. 524 à 715, qui consacraient **six formes de sociétés**: 59 la société simple, la société en nom collectif, la société en commandite, la société anonyme, la société en commandite par actions et ce qu'on appelait encore l'association (qui correspondait à l'actuelle société coopérative); la société à responsabilité limitée n'y était par contre pas mentionnée. La réglementation était sommaire et faisait la part belle à la liberté des associés pour déterminer les modalités des rapports sociaux. Une société pouvait être constituée librement, sans autorisation étatique, mais devait déjà satisfaire à l'exigence de publicité⁴⁸.

L'influence du droit allemand était particulièrement marquée dans le **droit de la société anonyme**, quoique l'ancien Code reconnaissait par exemple la personnalité juridique de la SA, élargissait la protection des droits acquis des actionnaires, interdisait à un actionnaire de détenir plus de 20% des voix et renforçait la responsabilité des fondateurs⁴⁹.

3. Le Code des obligations de 1911

En 1898, la Confédération reçut la compétence d'unifier l'ensemble du droit privé (N 26). 61 L'élaboration du Code civil, adopté le 10 décembre 1907, et son entrée en vigueur fixée au 1^{er} janvier 1912 avaient rendu nécessaire une refonte de l'ancien Code des obligations. En 1904, Eugen Huber soumit un **projet de Code des obligations**, qu'il conçut comme une cinquième partie du Code civil. Les chapitres consacrés à la société anonyme, à l'association (N 59) et au droit de change en étaient notamment expurgés, pour faire l'objet d'une loi particulière. Le projet fut transmis aux Chambres avec un Message le 3 mars 1905⁵⁰; celles-ci confièrent son examen à une grande commission d'experts, qui siégea de 1908 à 1909.

Le projet se terminait par les règles relatives à la société simple. Faute de temps en effet, la **révision du droit commercial fut remise à plus tard** (sociétés commerciales, raisons de commerce, registre du commerce et papiers-valeurs). Aussi la commission se contenta de remanier les art. 1 à 551 de l'ancien Code. Le texte, amendé par Eugen Huber, fut finalement soumis à l'Assemblée fédérale avec un nouveau Message le 1^{er} juin 1909⁵¹. Le Code (révisé) 62

42 Cf. not. VOGT, Entwurf eines schweizerischen Obligationenrechtes, 1877; VON WYSS, Motive zu der auf Grund der Kommissionsbeschlüsse vom September 1877 bearbeiteten neuen Redaktion des allgemeinen Teiles des Entwurfes zu einem schweizerischen Obligationenrechte, 1877, réédité en 1884.

43 Cf. FF 1880 I 115 ss.

44 Sur l'ensemble du processus, cf. EUGSTER (cité en bibliographie) et HUBER/MUTZNER, 1 § 8.

45 Quelques années plus tard, les Chambres votèrent également la LF du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP; RO 11 488); sur cette loi et son élaboration, cf. LE ROY, Le choix des voies de poursuite à la fin du XIX^e siècle, en particulier dans le projet de LF sur la poursuite pour dettes et la faillite du 23 février 1886, in Le droit commercial dans la société suisse du XIX^e siècle, 1997, 259 ss.

46 Le choix d'un code unique permit p.ex. d'étendre la SA aux activités non économiques (cf. CO 620 III).

47 Cf. surtout BENÖHR, 57 ss; MERZ, 3 ss.

48 Cf. RUEDIN, N 78; é.g. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 55.

49 Cf. not. les commentaires de SILBERNAGEL, Die Gründung der Aktiengesellschaft, 1907, 18 s.

50 Cf. FF 1905 II 1 ss.

51 Cf. FF 1909 III 747 ss.

des obligations, qui comprenait les Parties générale et spéciale du droit des obligations et des contrats, fut accepté à l'unanimité par les Chambres le 30 mars 1911; il entra en vigueur le même jour que le Code civil, sous le titre de «Loi fédérale complétant le Code civil suisse (livre cinquième: Droit des obligations)». La partie non révisée, comprenant les art. 552 à 890, fut ajoutée telle quelle, en attendant d'être remaniée⁵².

D. Les révisions et législations ultérieures

- 63 Le droit commercial suisse a fait l'objet de nombreuses révisions après 1911. Les plus importantes sont la révision générale de 1936 (ch. 1.), la réforme du droit de la SA de 1991 (ch. 2.) et de nombreuses révisions et législations plus récentes (ch. 3.). Quelques projets de réforme en cours méritent également d'être signalés (ch. 4).

1. La révision du droit commercial de 1936

- 64 Pour diverses raisons, avant tout la Première Guerre mondiale, la **révision de la partie commerciale du Code de 1881** prit plus de temps que prévu. Dès 1911, Eugen Huber, le père du Code civil, entreprit d'élaborer un projet de réforme, notamment du droit des sociétés. Le projet fut publié en 1919 et mis en consultation en 1920⁵³. Pour parer au plus pressé et parce que la pratique en devenait importante, le CF édicta en 1919 un Arrêté fédéral urgent sur le droit des sociétés anonymes⁵⁴.
- 65 Après la mort d'Eugen Huber en 1923, l'ancien Conseiller fédéral Arthur Hoffmann remania le projet de 1919 et en soumit un nouveau, plus libéral, en 1923: Certaines orientations voulues par Huber (telles que le chapitre consacré aux dispositions générales et la distinction entre petites et grandes sociétés) y furent abandonnées tandis que la Sàrl y faisait son entrée. Le texte et le Message du CF furent soumis à l'Assemblée fédérale le 21 février 1928⁵⁵. L'adoption du projet fut toutefois retardée, afin de pouvoir y intégrer le droit uniforme résultant des Conventions de Genève de 1930 et 1931 relatives au droit de change et au chèque⁵⁶. Les Chambres examinèrent le texte au cours des années 1931 à 1936 et adoptèrent la loi le 18 décembre 1936; le nouveau droit entra en vigueur le 1^{er} juillet 1937⁵⁷.
- 66 Le Code des obligations révisé était plus détaillé et plus précis que le Code de 1881; il restait bien sûr d'inspiration libérale. Il traitait des sociétés commerciales et de la société coopérative, du registre du commerce, des raisons de commerce, de la comptabilité commerciale et des papiers-valeurs. En droit des sociétés, et singulièrement dans la société anonyme, les nouvelles règles sont le fruit d'un **compromis entre les intérêts de l'entreprise d'une part, et des actionnaires et créanciers d'autre part**. Tandis que le Conseil national se souciait surtout de combattre les abus, de protéger les créanciers et les actionnaires, le Conseil des Etats était plus enclin à favoriser les entreprises⁵⁸. De manière générale, le modèle adopté correspondait plus aux grandes sociétés commerciales publiques, quand bien même en pratique les petites sociétés en mains de quelques personnes seulement étaient les plus nombreuses⁵⁹.

52 Pour plus de détails sur la révision du Code, cf. ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Allg. Einl. OR, N 7 ss.

53 Sur ce projet, cf. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 59.

54 Cf. le rapport du CF (FF 1919 IV 503), et le texte de l'AF (BO AF 1919 527 ss).

55 Cf. FF 1928 I 233 ss et FF 1932 I 217.

56 Sur ces Conventions, cf. Mess. CF des 27 octobre 1931 (FF 1931 II 341 ss) et 12 février 1932 (FF 1932 I 217 ss).

57 A l'exception toutefois des dispositions sur la communauté des créanciers dans les emprunts par obligations (cf. N 67).

58 Cf. MANDEL, Die richterliche Interessenabwägung in der Frage des aktienrechtlichen Minderheitenschutzes, th. St-Gall, 1974, 231.

59 Sur le droit des sociétés de 1936, cf. GIOVANOLI, Das revidierte Obligationenrecht («Handelsrecht») vom 18. Dezember 1936 im Hinblick auf das System der schweizerischen Gesetzgebung, RDS 1942 1 ss.

2. La révision du droit de la SA de 1991

La partie commerciale du Code ne subit ensuite pas de révision majeure jusqu'en 1991. Il faut toutefois mentionner l'abrogation en 1945 de l'art. 48 du Code, qui fut remplacé par la LF du 30 septembre 1943 sur la concurrence déloyale⁶⁰; de même l'adoption en 1949 des art. 1157 à 1186 sur la communauté des créanciers dans les emprunts par obligations⁶¹.

Dans les années soixante, plusieurs interventions parlementaires avaient soulevé la question d'une **révision du droit de la SA**⁶². En 1966, l'avocat zurichois Georg Gautschi avait soumis au DFJP un rapport sur la question (jugé si explosif qu'il resta secret pendant près de 50 ans) dans lequel il soulignait la nécessité d'adapter les règles aux nouvelles circonstances et notamment de préserver les droits des actionnaires face à la direction de la SA. Gautschi y critiquait également les conceptions de 1936, qui négligeaient la fonction des actions en tant qu'objet du commerce de valeurs et moyen de financement et d'investissement⁶³.

Le CF donna suite aux préoccupations des députés et de la pratique et nomma en mai 1968 un groupe de travail, présidé par l'ancien juge fédéral Hans Tschopp, chargé de préparer un **projet de révision partielle du droit de la SA**. En raison des réticences de certains milieux, de l'évolution rapide des besoins et de la transformation du but poursuivi (de partielle, la révision devint totale), le processus législatif ainsi initié devait durer vingt-trois ans:

- En 1972, le groupe de travail publia ses premières propositions ainsi qu'un rapport intermédiaire, qui suggérait une révision partielle sur les points les plus urgents. En 1974, le groupe de travail transmit au DFJP un **avant-projet de révision partielle** qui visait, d'une part, à protéger les minorités et, d'autre part, à améliorer les possibilités de financement de la SA⁶⁴. L'avant-projet fut envoyé en consultation en 1975: il fit l'objet de vives controverses et rencontra de fortes oppositions.
- Par la suite, le CF nomma un nouveau groupe de travail, dirigé par le Prof. Christoph von Greyerz, qui soumit un **projet de révision plus étendue** du droit de la SA: on y proposait d'aménager les règles relatives à l'augmentation du capital, notamment d'introduire la possibilité d'une augmentation conditionnelle, d'augmenter le capital minimal à CHF 100 000.– (dont au moins CHF 50 000.– libérés) ainsi que de renforcer les prérogatives de l'assemblée générale (p.ex. introduction du contrôle spécial) et du CA (p.ex. énumération d'attributions inaliénables). Le projet «von Greyerz» fut soumis avec un Message à l'Assemblée fédérale le 23 février 1983, sans nouvelle consultation préalable⁶⁵. Les Chambres examinèrent le texte entre 1985 et 1991 et adoptèrent finalement le projet le 4 octobre 1991⁶⁶. Le nouveau droit entra en vigueur en partie le 1^{er} juillet 1992, en partie le 1^{er} juillet 1993⁶⁷.

60 Cf. FF 1942 I 665 ss. Cette loi fut elle-même abrogée et remplacée par la LF du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (= LCD; RS 241), entrée en vigueur le 1^{er} mars 1988.

61 Cf. LF du 1^{er} avril 1949 (FF 1947 III 905 ss; RO 1949 820 ss), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1950. Ces dispositions, qui remplacèrent celles qu'avait édictées le CF en 1918 en vertu de ses pleins pouvoirs, étaient déjà prêtes en 1936 (N 64), mais n'avaient pas été mises en vigueur suite à la crise des années 1930 et à la Seconde Guerre mondiale (cf. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZK, Allg. Einl. OR, N 36).

62 Sur la nécessité de la révision et ses raisons, cf. p.ex. HUG, 17 ss.

63 Gautschi y préconisait déjà l'adoption d'une législation sur les bourses et le commerce des valeurs, qui ne fut édictée qu'en 1995 (LBVM; RS 954.1)! Sur le rapport Gautschi, cf. récemment DAENIKER, Der «Geheimbericht Gautschis» zum Aktienrecht, RSJ 11/2015 593 ss.

64 Sur le contenu de l'avant-projet, cf. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 63 s.

65 Cf. Mess. CF concernant la révision du droit des sociétés anonymes du 23 février 1983 (FF 1983 II 757 ss); cf. ég. VON GREYERZ, Ausgangslagen, Probleme und Werdegang der Aktienrechtsreform, in *Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform*, 1984, 1 ss.

66 La protection des actionnaires minoritaires, le traitement des réserves latentes et des actions liées furent particulièrement discutées au Parlement.

67 Cf. RO 1992 733.

- 72 Les **objectifs principaux de la révision de 1991** étaient (1°) d'améliorer la transparence, (2°) de renforcer la protection des actionnaires, (3°) d'améliorer la structure et le fonctionnement des organes, (4°) de faciliter l'obtention des capitaux et (5°) de lutter contre les abus⁶⁸.

3. Les révisions et législations récentes

- 73 De nombreuses révisions récentes du droit commercial remontent à la constitution d'un groupe de réflexion dit «Droit des sociétés» (let. a), dont les conclusions ont débouché, directement ou indirectement, sur la loi sur la fusion (let. b), une réforme du droit de la Sàrl (let. c), une refonte des règles relatives à la révision des comptes (let. d), un nouveau droit comptable (let. e) ainsi que sur d'autres révisions (let. f)⁶⁹. La mise en vigueur de l'Ordonnance contre les rémunérations abusives, consécutive à l'acceptation par le peuple en 2013 de l'initiative Minder, représente la dernière nouveauté importante (let. g).

a) Le groupe de réflexion «Droit des sociétés»

- 74 La révision du droit de la SA de 1991 a évidemment eu des incidences sur le droit des autres sociétés, dont les besoins pratiques avaient aussi évolué depuis 1936. En outre, à peine entrées en vigueur, quelques dispositions du nouveau droit de la SA étaient déjà dépassées ... Aussi le DFJP constitua en 1993 un groupe de réflexion, chargé de se prononcer sur les besoins et les priorités quant à une **éventuelle révision du droit des sociétés**.

- 75 Le groupe de réflexion «Droit des sociétés» rendit son rapport le 24 septembre 1993⁷⁰. Il conclut à la nécessité de réviser le droit des sociétés et fixa **trois priorités**: (1°) adapter le droit des sociétés au droit de l'UE, en particulier en matière de mutations et de comptes; (2°) améliorer la forme juridique destinée aux PME et (3°) élaborer un droit des groupes de sociétés.

b) La Loi sur la fusion

- 76 En 1992, avant même que le groupe de réflexion «Droit des sociétés» ne rende son rapport (N 75), le Prof. Franck Vischer avait élaboré un projet d'expert en vue d'une nouvelle réglementation de la fusion, la scission et la transformation de personnes morales (y compris les associations et les fondations). Le projet s'inscrivait dans le processus de reprise de l'acquis communautaire, initié en vue de la votation populaire sur l'EEE en décembre 1992. En 1995, l'Administration fédérale des contributions mit sur pied le groupe de travail «Impôts lors de restructurations». Un avant-projet ainsi qu'un rapport explicatif furent élaborés en novembre 1997 et mis en consultation le mois suivant; la procédure prit fin en mai 1998. Le projet fut ensuite transmis aux Chambres, accompagné d'un Message du CF du 13 juin 2000⁷¹. Adoptée le 3 octobre 2003, la **LF sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine** (Loi sur la fusion, LFus; RS 221.301) est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004⁷².

c) Le droit de la Sàrl

- 77 En 1995, l'OFJ mandata un groupe d'experts, composé des Prof. Böckli, Forstmoser et Rapp, de préparer une **révision du droit de la Sàrl**. Un projet et un rapport explicatif furent rendus le 29 novembre 1996⁷³. Chargé de faire des propositions complémentaires, le groupe d'experts

68 Cf. Mess. CF concernant la révision du droit des sociétés anonymes du 23 février 1983 (tiré à part), 1983, 23 ss; é.g. BÖCKLI, 3 s. Pour une appréciation de la réforme, cf. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 66 ss.

69 Parmi les nouveautés importantes introduites après la révision de 1991, on peut également signaler (en marge de la matière étudiée) l'adoption le 24 mars 1995 de la LF sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM; RS 954.1). Sur l'élaboration de cette loi, cf. p.ex. BSK BEHG-WATTER, LBVM I, N 5 ss.

70 Groupe de réflexion «Droit des sociétés», Rapport final du 24 septembre 1993, 1993.

71 Cf. Mess. CF concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion, LFus) du 13 juin 2000 (FF 2000 3995 ss).

72 Cf. RO 2004 2653. Sur la situation avant l'entrée en vigueur et l'élaboration de la LFus, cf. p.ex. BÖCKLI, 337 ss.

73 Cf. BÖCKLI/FORSTMOSER/RAPP (éd.), Révision du droit de la Sàrl, Projet et rapport explicatif du 29 novembre 1996, 1997.

suggéra par la suite, entre autres choses, la création d'une SA par une seule personne (cf. CO 625 II). Le résultat des travaux fut consigné dans un nouvel avant-projet, accompagné d'un rapport explicatif, qui furent mis en consultation en avril 1999⁷⁴. Un projet, amendé à la lumière des résultats de la consultation, fut ensuite soumis aux Chambres, avec un Message du 19 décembre 2001⁷⁵, et adopté par le Parlement le 16 décembre 2005, en même temps que la réforme du droit de la révision (cf. N 82)⁷⁶. Le nouveau droit de la Sàrl est finalement entré en vigueur le 1^{er} janvier 2008⁷⁷.

Le nouveau droit a fait de la Sàrl, conçue à l'origine comme une société de personnes à caractère capitaliste, une **société de capitaux à caractère personnel** (CO 772). La Sàrl peut être unipersonnelle (CO 775); le capital minimal, maintenu à CHF 20 000.–, doit être entièrement libéré (CO 773 et 793 I); en contrepartie, la responsabilité solidaire et subsidiaire de tous les associés à concurrence de l'entier du capital social a été supprimée (CO 794). Le transfert des parts sociales a été simplifié (CO 785 ss), les associés minoritaires mieux protégés (p.ex. CO 813) et la vérification des comptes annuels a fait l'objet d'une réglementation nuancée, suivant la taille de la société (cf. CO 818 et 727 ss; cf. ég. N 83). Afin d'assurer l'unité et la cohérence du droit des sociétés, les dispositions du droit de la SA (admissibilité des SA unipersonnelles; CO 625) et de la société coopérative ont également fait l'objet de quelques modifications. La réforme a encore touché le droit des raisons de commerce.

La mise en œuvre du nouveau droit de la Sàrl – et du régime de l'obligation de révision en droit des sociétés (cf. N 82 s.) – a également nécessité une refonte totale de l'ORC (cf. N 92).

d) Les règles relatives à la révision des comptes

Conformément au rapport final du groupe de réflexion «Droit des sociétés» (N 74 s.), qui avait souligné la nécessité d'une **nouvelle réglementation sur l'établissement des comptes annuels et la révision**⁷⁸, le DFJP institua le 18 décembre 1995 une commission d'experts «Droit comptable», présidée par Peider Mengiardi. Le 29 juin 1998, la commission présenta le «**projet LECCA**», qui consistait en deux avant-projets et un rapport explicatif pour une LF sur l'établissement et le contrôle des comptes annuels (LECCA) et pour une Ordonnance sur l'agrément des contrôleurs des comptes (OACC)⁷⁹. La procédure de consultation prit fin en avril 1999. Dès lors qu'il prévoyait une limitation des réserves latentes (avec les incidences fiscales que cela implique), le «projet LECCA» provoqua de fortes oppositions et fut abandonné.

Le 29 janvier 2003, le CF décida de modifier le projet et présenta une nouvelle réglementation, plus proche des besoins des entrepreneurs. Le 25 mars 2003, décision fut prise de **scinder le «projet LECCA» en deux parties**: la première traitait de l'obligation de révision, de la capacité professionnelle et de l'agrément des réviseurs, des exigences d'indépendance et de la surveillance; la seconde contenait les règles matérielles de comptabilité et d'établissement des comptes annuels. L'OFJ chargea par la suite le Prof. Giorgio Behr d'élaborer un projet d'expert et un rapport explicatif pour chacune des deux parties. Le 15 décembre 2003, le CF décida d'ajourner l'adoption du Message concernant la nouvelle réglementation en matière de révision jusqu'à ce que les développements attendus au niveau international dans ce domaine puissent être pris en considération.

74 Rapport d'experts pour un avant-projet de révision du droit de la société à responsabilité limitée, avril 1999.

75 Cf. Mess. CF concernant la révision du code des obligations (droit de la société à responsabilité limitée; adaptation des droits de la société anonyme, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce) du 19 décembre 2001 (FF 2002 2949-3060).

76 Code des obligations (Droit de la société à responsabilité limitée; adaptation des droits de la société anonyme, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce): Modification du 16 décembre 2005, FF 2005 6809 (texte soumis au référendum).

77 Cf. RO 2007 4791. Sur l'histoire de la Sàrl et l'adoption du nouveau droit, cf. p.ex. BSK OR II-BAUDENBACHER/GÖBEL/SPEITLER, CO 772 N 1 ss; AESCHLIMANN, Zur Entstehung und Entwicklung der schweizerischen GmbH, th. Berne, 2012.

78 Groupe de réflexion «Droit des sociétés», 19.

79 Sur le «projet LECCA», cf. p.ex. BÖCKLI, 1844 ss.

- 82 Le 23 juin 2004, le CF a adopté le Message concernant la modification du Code des obligations relative à l'**obligation de révision dans le droit des sociétés** et la **LF sur l'agrément et la surveillance des réviseurs**⁸⁰. Le Parlement a adopté le nouveau droit de la révision le 16 décembre 2005, en même temps que le nouveau droit de la Sàrl (N 77)⁸¹. L'entrée en vigueur de la modification du CO, de la LF sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (Loi sur la surveillance de la révision, LSR; RS 221.302) et de l'Ordonnance sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (Ordonnance sur la surveillance de la révision, OSRev; RS 221.302.3) est intervenue le 1^{er} janvier 2008⁸²; certaines dispositions de la LSR sont déjà entrées en vigueur le 1^{er} novembre 2006. La mise en œuvre du nouveau droit a également été assurée par une révision totale de l'ORC (cf. N 92).
- 83 La principale nouveauté du nouveau droit est que l'obligation de révision est désormais **indépendante de la forme juridique de l'entité concernée**; les exigences sont toutefois modulées en fonction de la taille des entreprises et des besoins de protection. En particulier, le nouveau droit a introduit la possibilité d'un contrôle restreint (*review*; CO 727a et 729 ss) et d'une renonciation au contrôle restreint (*opting out*; CO 727a II à V). Il décrit les attributions de l'organe de révision avec plus de précision (CO 728a ss et 729a ss) et redéfinit les exigences professionnelles auxquelles doivent satisfaire les réviseurs (CO 727b s. et LSR); la question de l'indépendance de l'organe de révision est réglée de manière plus détaillée (CO 728, 729). Il s'agit également d'améliorer la transparence de l'établissement des comptes annuels (principe dit de la *true and fair view*) et d'adapter le droit comptable suisse aux standards internationaux. Enfin, il a été instauré une Autorité de surveillance en matière de révision (ASR), laquelle a débuté ses activités le 1^{er} septembre 2007.
- 84 A noter que les seuils prévus à CO 727 I (2) ont été augmentés avec effet au 1^{er} janvier 2012. Sont désormais tenues de soumettre leurs comptes annuels ou leurs comptes de groupe au contrôle ordinaire d'un organe de révision les sociétés qui, au cours de deux exercices successifs, dépassent deux des valeurs suivantes: total du bilan de CHF 20 millions (auparavant: CHF 10 millions), chiffre d'affaires de CHF 40 millions (auparavant: CHF 20 millions) et effectifs de 250 (auparavant: 50) emplois à plein temps en moyenne annuelle⁸³.
- e) Le nouveau droit comptable
- 85 Après l'abandon et la scission en deux parties du «projet LECCA» et l'adoption du nouveau droit de la révision (N 81 ss), la réforme du droit comptable a suivi, dans un premier temps, le sort de la «grande» révision du droit de la SA et intégré le projet du CF du 21 décembre 2007 (cf. N. 102 ss)⁸⁴. En juin 2009 cependant, le CE a décidé de scinder le projet du CF de 2007, de sorte à mener séparément la réforme des dispositions du droit comptable (projet 2) et du droit de la société anonyme (projet 1)⁸⁵. Après plusieurs navettes entre le CE et le CN, et plus de quinze ans de travaux (N 80), le nouveau droit relatif à la **comptabilité commerciale et la présentation des comptes** a été adopté en vote final en date du 23 décembre 2011; il est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013⁸⁶.

80 FF 2004 3745. Cf. Projet de modification du CO (obligation de révision dans le droit des sociétés), FF 2004 3889, et Projet de loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (loi sur la surveillance des réviseurs; LSR), FF 2004 39 11.

81 Code des obligations (Droit de la société à responsabilité limitée; adaptation des droits de la société anonyme, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce): Modification du 16 décembre 2005, FF 2005 6809, et Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (Loi sur la surveillance de la révision, LSR), FF 2005 6867.

82 RO 2007 3971, 3989 et 4791.

83 Cf. LF du 17 juin 2011 (RO 2011 5863).

84 Cf. Mess. CF concernant la révision du Code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), du 21 décembre 2007 (FF 2008 1407, surtout 1440 ss et 1515 ss), et projet de modification du Code des obligations (FF 2008 1571).

85 Le projet de révision de CO 727, relatif aux seuils déterminants pour l'obligation de révision, a quant à lui fait l'objet d'un projet 3, lequel a abouti en juin 2011 (N 84).

86 Cf. LF du 23 décembre 2011 (RO 2012 6679; FF 2012 59).

Le droit comptable a retrouvé sa «place» au Titre trente-deuxième du Code (CO 957 ss); les 86
anciennes dispositions du droit de la société anonyme qui, sous le chapitre dédié aux droits et obligations des actionnaires, réglaient la présentation de comptes (aCO 662 ss) ont été supprimées. Les nouvelles règles visent en principe toutes les formes d'entreprises, dès lors qu'elles s'appliquent aussi bien aux raisons individuelles qu'aux sociétés de personnes (à condition de réaliser un chiffre d'affaires supérieur à CHF 500 000.–) et aux personnes morales (CO 957 I). Des différenciations existent désormais **en fonction de la taille des entreprises**; en particulier, des règles particulières s'appliquent aux «grandes entreprises», ce par quoi il faut entendre celles que la loi soumet au contrôle ordinaire (CO 961 et 727). Les entreprises ont eu deux ou trois ans pour s'adapter à la nouvelle législation. Elles ont dû appliquer les nouvelles dispositions dès l'exercice 2015 (ou 2016 pour les comptes consolidés)⁸⁷.

A noter qu'une modification des dispositions relatives à la comptabilité commerciale était déjà 87
entrée en vigueur le 1^{er} juin 2002, en même temps qu'une ordonnance d'exécution (du 24 avril 2002) concernant la **tenue et la conservation des livres de comptes** (= Olico; RS 221.431)⁸⁸. Cette révision a fixé les conditions auxquelles doit satisfaire la conservation de la comptabilité commerciale (livres, correspondance et pièces comptables), sur des supports de données ou d'images; elle a en particulier autorisé la conservation par un moyen électronique.

f) Autres révisions récentes

On peut encore signaler quelques autres révisions et nouveautés plus ou moins récentes⁸⁹: 88

1° L'abaissement de la valeur nominale des actions à 1 centime. Le Parlement a décidé le 89
15 décembre 2000 de modifier CO 622 IV et d'abaisser la valeur nominale des actions de CHF 10.– à 1 centime⁹⁰. L'objectif était de faciliter la cotation en bourse des entreprises actives dans la haute technologie et le capital risque et d'améliorer la négociabilité des titres sur le marché boursier. La novelle est entrée en vigueur au 1^{er} mai 2001.

2° Le renforcement de la transparence des indemnités. Suite à une initiative parlementaire⁹¹, le Prof. Max Boemle (Berne) a reçu le 28 octobre 2002 le mandat d'élaborer un projet de loi relatif à la transparence des indemnités; il a livré son rapport à la fin mars 2003. En parallèle, l'OFJ avait mandaté un groupe de travail (groupe «*corporate governance*»; cf. N 102) qui a livré le 25 mars 2003 un rapport intermédiaire sur le même sujet. Le 5 décembre 2003, un projet de révision du CO fut mis en consultation par le DFJP, qui aboutit le 23 juin 2004 à la publication d'un Message du CF⁹². Le projet a été adopté par le Parlement le 7 octobre 2005⁹³; il est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007⁹⁴. Les dispositions issues de cette réforme visaient à renforcer la transparence des entreprises cotées en bourse en les obligeant à rendre publiques (dans l'annexe du bilan) les indemnités versées aux membres du CA et de la direction (CO 663b^{bis}) ainsi que leurs participations (CO 663c III). Depuis le 1^{er} janvier 2014, les dispositions de CO 663b^{bis} sont néanmoins supplantées par celles de l'Ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ORAb; cf. N 95 ss).

87 Cf. art. 2 des dispositions transitoires de la modification du 23 décembre 2011 (RO 2012 6679).

88 Cf. Mess. CF du 31 mars 1999 (FF 1999 4753); é.g. FF 2000 62 et RO 2002 949.

89 A noter encore, aux frontières de la matière, la révision de 2004 du droit des fondations (RO 2005 4545) et, en droit international privé, la ratification de la Convention (de la Haye) relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (RS 0.221.371; cf. Arrêté fédéral du 20 décembre 2006 portant approbation et mise en œuvre de la Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance [RO 2007 2849]; FF 2006 561); cf. LDIP 21 et chapitre 9a.

90 Cf. FF 2000 5091, 5097. Sur cette évolution, cf. BÖCKLI, 502 ss.

91 Initiative parlementaire «Plus de transparence dans les sociétés cotées en bourse», du 9 mai 2001 (initiative Chiffelle, 01.424).

92 Cf. Mess. CF relatif à la modification du code des obligations (Transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction) du 23 juin 2004 (FF 2004 4423).

93 Cf. FF 2005 5593 (texte soumis au référendum).

94 Cf. RO 2006 2629.

- 91 3° L'introduction de nouvelles formes de sociétés d'investissement.** La LF du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (Loi sur les placements collectifs, LPCC; RS 951.31)⁹⁵ et l'Ordonnance du 22 novembre 2006 sur les placements collectifs de capitaux (Ordonnance sur les placements collectifs, OPCC; RS 951.311) sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2007⁹⁶. La nouvelle loi, qui a abrogé la LF du 18 mars 1994 sur les fonds de placements, a en particulier introduit la **société d'investissement à capital variable** (SICAV), conçue comme une forme particulière de société anonyme adaptée aux placements de capitaux, ainsi que la **société en commandite de placements collectifs** (SCPC).
- 92 4° La révision totale de l'ORC.** Le nouveau droit de la Sàrl (N 77 ss) et de la révision des comptes (N 80 ss), ainsi que quelques autres révisions législatives, avaient rendu nécessaire une adaptation globale de l'ancienne ORC, qui était devenue opaque sous l'effet de multiples révisions partielles. Aussi, le 28 mars 2007, le CF a ouvert une consultation sur un avant-projet de révision totale de l'ancienne ORC, accompagné d'un rapport explicatif. La nouvelle ORC (RS 221.411), intégralement révisée, a été adoptée par le CF le 17 octobre 2007 et est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008, en même temps que le nouveau droit de la Sàrl et de la révision⁹⁷. A noter qu'une nouvelle réforme du droit matériel du registre du commerce est actuellement en cours (cf. N 99).
- 93** On relèvera également dans ce contexte l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011 de la LF sur le numéro d'identification des entreprises (LIDE; RS 431.03), elle-même fondée sur CO 936a. Cette loi a instauré un **numéro unique d'identification des entreprises (IDE)** visant à identifier les entreprises de manière univoque, afin de simplifier et de sécuriser les échanges d'informations dans les processus administratifs et les travaux statistiques (LIDE 1)⁹⁸. Une révision de la LIDE est actuellement à l'étude (cf. N 100).
- 94 5° La loi sur les titres intermédiés.** La LF sur les titres intermédiés (LTI; RS 957.1), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010⁹⁹, a consacré un nouveau bien juridique patrimonial: les titres intermédiés, qui présentent à la fois certaines caractéristiques des créances et des choses. La nouvelle loi a créé les bases juridiques pour la détention intermédiée des papiers-valeurs, ainsi qu'un régime juridique unique applicable à tous les titres intermédiés, en particulier à leur transfert (que l'actif sous-jacent soit un papier-valeur, un certificat global ou un droit-valeur). La Convention de La Haye sur les titres intermédiés du 5 juillet 2006 est entrée en vigueur pour la Suisse en même temps que la LTI¹⁰⁰.
- 94a 6° La loi dite «GAFI».** Afin de mettre en œuvre les recommandations du GAFI et du Forum Mondial¹⁰¹ pour améliorer la transparence des personnes morales, le législateur a introduit de nouvelles *obligations d'annonce*, importantes en pratique, à charge des actionnaires et associés de sociétés non cotées en bourse (cf. CO 697i ss et 790a; ég. LPCC 46a, applicable aux actionnaires entrepreneurs des SICAV)¹⁰²; ces nouvelles règles sont entrées en vigueur au 1^{er} juillet

95 Cf. Mess. CF concernant la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (Loi sur les placements collectifs) du 23 septembre 2005 (FF 2005 5993).

96 RO 2006 5379 et 5787. Cf. ég. Ordonnance de la FINMA du 27 août 2014 sur les placements collectifs de capitaux (OPCC-FINMA; RS 951.312), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015 (RO 2014 4237).

97 Cf. RO 2007 4851.

98 Cf. Mess. CF relatif à la loi fédérale sur le numéro d'identification des entreprises (LIDE) du 28 octobre 2009 (FF 2009 7093). Une ordonnance sur le numéro d'identification des entreprises (OIDE; RS 431.031) est également entrée en vigueur le 1^{er} avril 2011.

99 RO 2009 3577; ég. Mess. CF relatif à la loi fédérale sur les titres intermédiés et à la Convention de La Haye sur les titres intermédiés du 15 novembre 2006 (FF 2006 8817).

100 Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire du 3 octobre 2008 (RO 2009 6579).

101 Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales.

102 Cf. LF du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012 (FF 2014 9465; RO 2015 1389, 1406); ég. Mess. CF du 13 décembre 2013 relatif concernant la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI), révisées en 2012 (FF 2014 585). – A noter que ces nouvelles obligations ne s'appliquent pas en cas d'acquisition d'actions émises sous forme de titres intermédiés au sens de la LTI (cf. CO 697j IV et 697j IV).

2015¹⁰³. En substance, tout acquéreur d'actions au porteur a désormais l'obligation de s'annoncer à la société dans un délai d'un mois (CO 697i). En cas d'acquisition d'une participation qui atteint ou dépasse le seuil de 25 % du capital ou des voix, l'actionnaire (détenteur d'actions au porteur ou d'actions nominatives) ou l'associé d'une Sarl doit en outre, dans le même délai d'un mois, annoncer l'identité de l'ayant droit économique (CO 697j et 790a I)¹⁰⁴. L'AG peut cependant décider que les annonces lors de l'acquisition d'actions au porteur peuvent se faire, non pas auprès d'elle, mais auprès d'un intermédiaire financier au sens de la LBA (CO 697k). L'actionnaire ou l'associé qui manque à son devoir d'annonce voit ses droits sociaux et patrimoniaux suspendus jusqu'à l'exécution de ses obligations (CO 697 m et 790a III). Le droit au dividende s'éteint si l'actionnaire ou l'associé ne s'annonce pas dans le délai d'un mois prescrit par la loi; s'il répare cette omission à une date ultérieure, il peut faire valoir ses droits patrimoniaux pour l'avenir, mais sans effet rétroactif (CO 697m III et 790a III). Il est de la responsabilité du CA et, dans la Sarl, des gérants, de s'assurer qu'aucun actionnaire ou associé n'exerce ses droits sociaux ou ne perçoive de dividendes tant et aussi longtemps qu'il ne s'est pas conformé à ses obligations d'annonce (CO 697m IV et 790a III)¹⁰⁵. La société doit par ailleurs tenir une *liste des détenteurs d'actions au porteur et des ayants droit économiques* (CO 697 l et 790a III). Au moins une personne domiciliée en Suisse, membre du CA (ou gérant) ou de la direction, doit avoir accès à cette liste (CO 718 IV et 814 III). A noter que l'OFRC a publié une communication sur les incidences en droit des sociétés de la loi GAFI¹⁰⁶.

Ces nouvelles dispositions n'ont pas formellement supprimé les actions au porteur¹⁰⁷. Pourtant, en introduisant des obligations d'annonce à charge des détenteurs de telles actions et en assortissant ces obligations de sanctions aussi sévères (suspension voire extinction des droits sociaux et patrimoniaux), le législateur a *de facto* mis fin aux actions au porteur, dès lors en particulier que l'identité du détenteur est désormais nécessairement connue de la société (respectivement de l'intermédiaire financier désigné par le CA). On peut dire qu'en pratique, les actions au porteur ne se distinguent désormais des actions nominatives plus que par leur mode de transmission (cf. CO 683 ss).

7° La révision du droit des raisons de commerce. Le CF a soumis début 2014 un avant-projet de révision du droit des raisons de commerce pour les entreprises individuelles, les sociétés de personnes et les SCA¹⁰⁸. Cet avant-projet, bien accueilli en procédure de consultation, faisait suite à deux motions parlementaires qui appelaient à une réforme des dispositions sur la formation des raisons de commerces pour faciliter la succession des entreprises individuelles et des SNC, SC et SCA. En novembre 2014, le CF a adressé un Message aux Chambres et publié un projet de modification du CO¹⁰⁹, finalement adopté par le Parlement le 25 septembre 2015 et entré en vigueur le 1^{er} juillet 2016¹¹⁰. Le nouveau droit a pour but d'assurer la *continuité de*

103 La loi «GAFI» a également emporté d'autres modifications législatives importantes (CC, CP, DPA, LP et, surtout, LBA), qui sont entrées en vigueur au 1^{er} janvier 2016.

104 Les actionnaires qui, au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, détenaient des actions au porteur devaient s'annoncer (et, cas échéant, annoncer l'ayant droit économique) avant le 31 décembre 2015, sous peine de déchéance de leurs droits patrimoniaux (cf. article 3 des dispositions transitoires de la modification du 12 décembre 2014).

105 A noter encore que le législateur a voulu encourager la transformation des actions au porteur en actions nominatives. A cet effet, CO 704a prévoit désormais que l'AG peut décider, à la majorité des voix exprimées, de convertir des actions au porteur en actions nominatives; les statuts ne peuvent pas durcir les conditions de la conversion.

106 Communication OFRC 1/15 du 24 juin 2015, Les incidences en droit des sociétés de la loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière révisées en 2012.

107 Cette solution avait été envisagée en décembre 2005, lors de la publication de l'avant-projet de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable (cf. N 103), mais avait rencontré de larges oppositions. Le CF avait abandonné cette idée qui aurait représenté une «rupture radicale avec les choix politiques» manifestés par le législateur (FF 2014 620).

108 Avant-projet du CF et rapport explicatif relatif à la modification du code des obligations du 22 janvier 2014 (ég. FF 2014 931).

109 Cf. FF 2014 9123 et Mess. CF concernant la modification du code des obligations (Droit des raisons de commerce), du 19 novembre 2014 (FF 2014 9105).

110 RO 2016 1507.

V. Le projet de révision

- 8 Le projet de révision prévoit une nouvelle articulation de CO 653i et distingue trois hypothèses commandant l'épuration des statuts par le conseil d'administration (P-CO [2016] 653i I): (i) l'extinction des droits de conversion ou d'option, (ii) leur non-octroi¹⁵ et (iii) la renonciation de tous les ayants droit ou d'une partie d'entre eux à l'exercice de leurs droits de conversion ou d'option¹⁶. La modification statutaire doit faire l'objet d'un acte authentique (P-CO [2016] 647)¹⁷. Les statuts ne peuvent être modifiés que si un expert-réviseur agréé atteste par écrit de ces faits (P-CO [2016] 653i II). Lorsque seule une partie des ayants droit renoncent à leur droit de conversion ou d'option, la disposition statutaire sur l'augmentation conditionnelle ne peut pas être supprimée, mais une adaptation des statuts correspondant aux renonciations intervenues reste possible¹⁸. Par ailleurs, le Message précise que les titulaires de droit de conversion ou d'option qui renoncent à leurs droits peuvent éventuellement être indemnisés en espèces ou en nature; il précise aussi que dans un souci de transparence, le montant de l'indemnisation devrait être indiqué dans le rapport de gestion¹⁹. Le projet de révision s'abstient toutefois d'introduire une telle obligation²⁰.

Art. 654

III. Actions privilégiées 1. Conditions

¹ L'assemblée générale peut, en vertu d'une clause ou d'une modification des statuts, décider d'émettre des actions privilégiées ou de convertir d'anciens titres en actions privilégiées.

² S'il y a des actions privilégiées, il ne peut être émis de nouvelles actions qui les primeraient qu'avec l'approbation tant d'une assemblée spéciale des actionnaires atteints que d'une assemblée générale de tous les actionnaires. Demeurent réservées les dispositions contraires des statuts.

³ Cette disposition est également applicable en cas de modification ou de suppression de droits de priorité attachés par les statuts aux actions privilégiées.

III. Vorzugsaktien 1. Voraussetzungen

¹ Die Generalversammlung kann nach Massgabe der Statuten oder auf dem Wege der Statutenänderung die Ausgabe von Vorzugsaktien beschliessen oder bisherige Aktien in Vorzugsaktien umwandeln.

² Hat eine Gesellschaft Vorzugsaktien ausgegeben, so können weitere Vorzugsaktien, denen Vorrechte gegenüber den bereits bestehenden Vorzugsaktien eingeräumt werden sollen, nur mit Zustimmung sowohl einer besonderen Versammlung der beeinträchtigten Vorzugsaktionäre als auch einer Generalversammlung sämtlicher Aktionäre ausgegeben werden. Eine abweichende Ordnung durch die Statuten bleibt vorbehalten.

³ Dasselbe gilt, wenn statutarische Vorrechte, die mit Vorzugsaktien verbunden sind, abgeändert oder aufgehoben werden sollen.

III. Azioni privilegiate 1. Condizioni

¹ L'assemblea generale può, entro i limiti stabiliti dallo statuto o mediante una modificazione di questo, deliberare l'emissione di azioni privilegiate o la conversione in azioni privilegiate d'azioni esistenti.

² Qualora una società abbia emesso azioni privilegiate, non possono essere emesse nuove azioni, alle quali siano accordati diritti di preferenza in confronto d'azioni privilegiate preesistenti, se non con l'approvazione tanto dei titolari di queste quanto dell'assemblea generale di tutti gli azionisti. Rimane riservato allo statuto di disporre diversamente.

³ La stessa norma vale in caso di modificazione o di soppressione d'un privilegio accordato dallo statuto ad una categoria d'azioni.

¹⁵ Dans ce cas, l'assemblée générale peut aussi elle-même adopter une disposition statutaire supprimant les droits de conversion ou d'option (ISLER/ZINDEL, Aktienrechtsrevision, 92).

¹⁶ FF 2017 454 s.

¹⁷ FF 2017 455.

¹⁸ FF 2017 455.

¹⁹ FF 2017 455.

²⁰ FF 2017 455.

Art. 655

[Abrogé]

[Aufgehoben]

[Abrogato]

Art. 656

2. Droits attachés aux actions privilégiées

¹ Les actions privilégiées jouissent des avantages qui leur sont expressément conférés par rapport aux actions ordinaires dans les statuts primitifs ou à la suite d'une modification de ceux-ci. Elles sont assimilées, pour le surplus, aux actions ordinaires.

² Les avantages peuvent s'étendre notamment aux dividendes, avec ou sans droit aux dividendes supplémentaires, à la part de liquidation et au droit préférentiel de souscription en cas d'émissions futures.

2. Stellung der Vorzugsaktien

¹ Die Vorzugsaktien geniessen gegenüber den Stammaktien die Vorrechte, die ihnen in den ursprünglichen Statuten oder durch Statutenänderung ausdrücklich eingeräumt sind. Sie stehen im Übrigen den Stammaktien gleich.

² Die Vorrechte können sich namentlich auf die Dividende mit oder ohne Nachbezugsrecht, auf den Liquidationsanteil und auf die Bezugsrechte für den Fall der Ausgabe neuer Aktien erstrecken.

2. Diritti inerenti alle azioni privilegiate

¹ Le azioni privilegiate danno diritto ai vantaggi che loro sono espressamente concessi, in confronto delle azioni ordinarie, dallo statuto primitivo o dalle sue modificazioni. Nel rimanente esse sono parificate alle azioni ordinarie.

² Possono essere accordati privilegi specialmente nella ripartizione dei dividendi, con o senza diritto a sopraddividendi, e in quella dell'avanzo della liquidazione, come pure a proposito della offerta in opzione di nuove azioni che fossero emesse.

Bibliographie

BARTHOLD, Rechtliche Gestaltung alternativer Unternehmensfinanzierungen Private Equity Finanzierungen im Trend, L'EF 2001 879 ss; BINDER/VETTER, Der Partizipationsschein: eine Auslegeordnung, in Innovatives Recht (Festschrift für Ivo Schwander), 2011, 275 s; BOEMLE, Mitarbeiteraktien, in Lebendiges Aktienrecht Festgabe für W.F. Bürgi, 1971, 1 ss; DAENIKER, One share, one vote – Bedeutung der Debatte für die M&A praxis, in Mergers and acquisitions XV (2013), 145 ss; HORBER, Die Sonderversammlung im Aktienrecht, 1995; JÄGGI, Zur Schaffung von privilegierten Aktien und von Genussscheinen, in Etudes de droit commercial en l'honneur de Paul Carry, 1964, 79-97 (cité: Schaffung); LIEBI, Vorzugsaktien, Eine Darstellung nach gesellschaftsrechtlichen, bilanzierungsrechtlichen, steuerrechtlichen, rechtsgeschichtlichen, rechtsökonomischen, rechtsvergleichenden und corporate finance-Gesichtspunkten, SSHW-Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht N. 269, 2007; NOBEL, Bezugsrecht und Bezugsrechtsabschluss, PJA 1993 1171 s; PETER/BAHAR, Rachet et options de rachet par une société de ses propres actions (en droit des sociétés), in Journée 1999 de droit bancaire et financier, 2000, 15 ss; PETER/JACQUEMET, Modalités et limites des privilèges concessibles aux actionnaires et fondateurs, La société au fil du temps, 2016, 171 ss; VON DER CRONE, Aktienrecht, 2014; VON SALIS-LÜTOLF, Private Equity Finanzierungsverträge: Funktion, Recht, Steuern, 2002 (cité: Private Equity); VON SALIS-LÜTOLF, Risiko- und Gewinnverteilung bei privaten Finanzierungen Rechtlicher Gestaltungsspielraum bei Finanzierungsverträgen für Start-Ups und KMU, RSJ 2001 213 ss.

I. Notion d'action privilégiée

Selon CO 656, trois éléments caractérisent une action privilégiée. Il s'agit d'une action (*infra* 1 N 2 ss) à laquelle les statuts (*infra* N 3 ss) confèrent des avantages particuliers par rapport à d'autres actions, appelées actions ordinaires (*Stammaktien*; *azioni ordinarie*) (*infra* N 5 ss).

A. Action

- 2 Comme son nom l'indique, une action privilégiée est une action à laquelle sont attachés un ou plusieurs privilèges, autres que le privilège de vote (*infra* N 5 ss). L'action privilégiée peut être conçue comme action au porteur ou comme action nominative. Elle peut avoir la même valeur nominale que les actions non privilégiées ou une valeur nominale différente de ces dernières. Elle peut aussi être simultanément une action à droit de vote privilégié (CO 693 CO)¹.
- 2a Une action privilégiée se distingue d'un privilège octroyé à un individu particulier, lors de la fondation d'une SA (CO 628 III) ou lors de l'augmentation du capital de celle-ci (CO 650 II [6]).
- 2b En tant qu'action, l'action privilégiée se distingue, par ailleurs, d'autres titres pouvant être émis par une SA. Elle ne doit pas être confondue avec un bon de participation, régi par CO 656a ss, qui, comme l'action, correspond à une fraction du capital et confère à son titulaire toute une série de droits notamment financiers, mais n'incorpore ni le droit de vote ni, en principe, les droits attachés au droit de vote (CO 656c I); en d'autres termes, le bon de participation ressemble à une action à laquelle il manque des attributs qu'a une action privilégiée. C'est encore le lieu de noter que, contrairement à la situation prévalant par exemple en droit allemand², le privilège lié à une action privilégiée ne vient pas, en droit suisse, compenser l'absence de droit de vote. Cependant, en vertu du principe de l'assimilation entre les actions et les bons de participation (CO 656a II) et dans les limites de CO 656c, il est également admissible d'attacher des privilèges aux bons de participation³.
- 2c Une action privilégiée est également autre chose qu'un bon de jouissance (CO 657), puisque, contrairement à celui-ci, elle correspond nécessairement à une fraction du capital de la société et confère toujours à son titulaire des droits sociaux⁴. Cela étant, il est également possible d'attacher divers privilèges de nature financière aux bons de jouissance.

B. Fondement statutaire

- 3 Il n'est pas admissible de conférer des privilèges liés de manière durable à une action par une simple décision de l'assemblée générale ou, *a fortiori*, une décision du conseil d'administration. Pour être valables, en effet, les privilèges attachés aux actions doivent faire l'objet d'une clause statutaire dite relativement nécessaire (CO 627 [9]), qui peut aussi être adoptée en cours de vie sociale (CO 654 I et 656 I; pour les conditions d'adoption, voir *infra* N 18 ss).
- 4 L'inscription du privilège dans les statuts lui assure une certaine publicité (ORC 43 I [b], CO 647 et 930); dans la mesure où cette inscription requiert le recours à un officier public (CO 629 I et 647 I), elle protège aussi les actionnaires ordinaires contre une introduction à la légère ou les actionnaires privilégiés contre une suppression ou modification illicite de leur avantage. La forme statutaire peut aussi avoir une incidence sur l'interprétation des clauses qui fondent le privilège: dans la mesure où ces clauses jouissent d'une certaine publicité, il peut se justifier de les interpréter suivant les principes qui régissent l'interprétation des lois plutôt que celle des contrats⁵.

C. Les privilèges

- 5 **1° Notion de privilège.** CO 656 I définit le privilège comme un «avantage [...] par rapport aux actions ordinaires». Cet «avantage» consiste nécessairement en un droit du titulaire de l'action privilégiée à l'encontre de la société émettrice qui se distingue des droits dont jouissent les autres actionnaires par son contenu, par sa quotité ou encore par le fait qu'il est exercé priori-

1 LIEBI, 3.

2 AktG § 139 II et 271 II.

3 DAENIKER, 160.

4 BSK OR II-LIEBI, N 1; BINDER/VETTER, 275 s.

5 Concernant l'interprétation des statuts en général, voir not. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 7 N 33 ss.

tairement⁶. Il n'implique pas nécessairement que l'actionnaire privilégié soit « mieux » traité que les autres actionnaires⁷.

Le privilège attaché aux actions entraîne une dérogation au principe selon lequel les droits (financiers) des actionnaires sont proportionnels à la valeur nominale de leurs actions⁸.

2° Les privilèges admissibles. Selon CO 656 II, les privilèges peuvent concerner le droit au dividende (*infra* N 7 ss), le droit à une part de liquidation (*infra* N 9 ss) et le droit préférentiel de souscription (*infra* N 11 ss). Il découle du texte de cette disposition que l'énumération est exemplative: aussi faut-il se demander si les privilèges peuvent s'étendre à d'autres droits financiers des actionnaires (*infra* N 12 ss) ou même à des droits non financiers (*infra* N 14 ss).

Les privilèges relatifs au **droit au dividende** doivent respecter les règles matérielles (fonds propres librement disponibles: CO 675) et formelles sur les versements aux actionnaires (bilan et proposition d'affectation du bénéfice établis par le conseil (CO 716a I [6]), vérifiés par le réviseur (CO 728a et 729a), soumis en temps utile aux actionnaires avec le rapport du réviseur y relatif (CO 696, 700 et 728b et 729b) et approuvés par l'assemblée (CO 698 II [4]), en présence du réviseur en cas de contrôle ordinaire (731 II).

Pour autant que ces conditions soient respectées, les privilèges peuvent prendre des formes diverses. Le dividende prioritaire limité (*limitierte Vorzugsdividende*; *dividendo prioritario limitato*) consiste en un simple droit de priorité qui confère aux actionnaires privilégiés le droit de toucher un dividende d'un montant déterminé avant les autres actionnaires, le solde restant après versement du dividende prioritaire pouvant servir à égaliser la situation des actionnaires ou, si les statuts le prévoient, revenir dans tous les cas aux seuls actionnaires non privilégiés. Le privilège peut aussi consister en un droit de recevoir un dividende plus important que celui versé aux autres actionnaires (il s'agit alors d'un dividende prioritaire illimité; *unlimitierte Vorzugsdividende*; *dividendo prioritario limitato*). On peut, de plus, garantir aux actionnaires privilégiés que, pour autant que les conditions mentionnées au N 7 soient réalisées, ils toucheront un dividende défini (p.ex. 5%). Il est naturellement possible de lier le versement à des conditions supplémentaires, telles que la réalisation d'un chiffre d'affaires, d'un total du bilan ou encore d'un bénéfice d'exploitation donnés ou encore de conditions qui ne doivent pas nécessairement se traduire en termes comptables. La garantie du dividende peut être conçue de telle sorte que le droit des actionnaires s'éteint si la société ne lui verse pas le dividende privilégié lors d'un exercice donné (privilège dit sans droit aux dividendes supplémentaires; *ohne Nachbezugsrecht*; *senza diritto a sopradividendi*: CO 656 II); il est aussi possible de prévoir – la loi ne le présume pas⁹ – que, dès que les conditions financières de la société s'améliorent, les actionnaires peuvent prétendre aux montants qui n'ont pas été versés lors d'exercices précédents (privilège avec droit aux dividendes supplémentaires; *mit Nachbezugsrecht*; *con diritto a sopradividendi*). A noter que le droit aux dividendes supplémentaires ne se prescrit pas; seule la décision de l'assemblée générale de verser un dividende donné fait courir la prescription relativement au droit de réclamer le paiement des dividendes décidés¹⁰.

Les privilèges portant sur le **droit à la part de liquidation** doivent, eux aussi, respecter les règles formelles (dissolution: CO 736; inscription au RgC: CO 737; appel aux créanciers: CO 742 II; délai d'attente et/ou attestation de l'expert-réviseur agréé: CO 745 II-III) et matérielles (priorité des créanciers sur les actionnaires: CO 745 I) relatives aux versements aux actionnaires en cas de liquidation de la société.

6 Plus restrictif, LIEBI, 144/145, qui est d'avis que le privilège au sens de CO 654/656 implique systématiquement un droit de priorité par rapport aux autres catégories d'actions (mais n'exclut pas que des actions puissent bénéficier d'autres privilèges).

7 Dans ce sens, MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 2015, § 16 N 271, envisage l'utilité des actions privilégiées pour contrecarrer un désavantage qui pourrait résulter de l'acquisition d'action d'une société faisant l'objet d'un assainissement.

8 ZK-BAHAR/PEYER, CO 654-656 N 1.

9 BSK OR II-LIEBI, N 1.

10 ATF 46 II 159.

- 10 Comme en matière de droit au dividende, les privilèges peuvent consister en un simple droit de priorité relativement au remboursement de la valeur nominale ou de toute autre valeur (ce qui crée entre les actionnaires des rangs similaires à ceux existant entre créanciers), le solde du produit de liquidation pouvant, dans un tel cas, être affecté à égaliser la situation de tous les actionnaires ou être affecté aux seuls actionnaires non privilégiés¹¹. Le privilège peut aussi consister en un droit de toucher une part de liquidation plus importante en quotité que celle servie aux actionnaires non prioritaires. Il est également concevable de consentir aux actionnaires privilégiés le droit de se voir attribuer des actifs sociaux déterminés dans la liquidation ou un droit de préemption portant sur ces actifs, à la condition bien entendu que lesdits actifs se trouvent encore dans le patrimoine social au moment de la liquidation.
- 10a Aux privilèges portant sur le droit à une part de liquidation, il y a lieu d'assimiler ceux qui portent sur le droit à une **part du produit d'une réduction constitutive du capital** (mais non d'une réduction déclarative), dès lors que la réduction constitutive correspond en fait à une liquidation partielle de la société¹².
- 11 La possibilité prévue à CO 656 II d'attacher un privilège portant sur le **droit préférentiel de souscription** à certaines actions, comme d'ailleurs celle d'attacher ce droit aux bons de jouissance (CO 657 II), est assez curieuse, dans la mesure où la volonté claire du législateur de 1991 était de ne plus autoriser une limitation ou suppression statutaire du droit préférentiel de souscription des actionnaires¹³. Il est cependant difficile de voir dans cette possibilité un simple oubli d'adapter ces dispositions à la réglementation de CO 652b dans la mesure où, à l'occasion de la révision, tant CO 654 et 656 que CO 657 ont été modifiés sur d'autres points plus ou moins importants¹⁴. Il faut probablement concilier ces dispositions contradictoires en ce sens qu'un privilège qui aurait pour effet de vider CO 652b de sa substance, par exemple en attribuant de manière permanente l'ensemble des droits préférentiels de souscription aux seuls actionnaires privilégiés, doit être considéré comme inadmissible¹⁵. Il est, en revanche, admis de conférer une quantité plus importante de droits de souscription aux titulaires d'actions privilégiées qu'aux autres actionnaires¹⁶.
- 11a Les règles sur les privilèges en matière de droit de souscription préférentiel sont applicables *mutatis mutandis* aux **privilèges en matière de droit de priorité** (CO 653c).
- 12 Selon la doctrine, le terme «notamment» figurant à CO 656 II signifie qu'une SA est habilitée à attacher d'**autres privilèges financiers** aux actions privilégiées¹⁷. S'agissant de droits tel celui d'utiliser les installations sociales ou de bénéficier de biens ou de services gratuits ou à des prix préférentiels fournis par la société, il faut rappeler que tout privilège consistant en une **libéralité** (ou une libéralité mixte) de la société à ses actionnaires privilégiés qui ne respecterait pas les conditions formelles et matérielles posées aux versements de dividende, celles sur la réduction du capital ou encore celles sur la liquidation de la société est proscrit par les dispositions sur la protection du capital, ce qui limite considérablement la liberté statutaire en la matière¹⁸.
- 12a Plus délicate est la question de savoir si les privilèges peuvent consister en l'octroi à leur titulaire d'un droit de préférence s'agissant de contrats à conclure par la société. En effet, l'attribution d'un tel avantage par l'assemblée générale qui émet les actions privilégiées peut interférer

11 BÖCKLI, § 4 N 156.

12 Voir en ce sens ZK-BAHAR/PEYER CO 654-656 N 24, pour lesquels ces privilèges peuvent être aménagés comme ceux portant sur le dividende, vu la proximité économique entre ce dernier et la réduction déclarative du capital.

13 FF 1983 II 813 et 887.

14 Dans le même sens (implicitement): BÖCKLI, § 2 N 264; NOBEL, PJA 1993 1171 s.

15 Moins restrictif: BSK OR II-VOGT, 1996, N 13, qui considère qu'un tel privilège peut être introduit lors de la fondation de la société.

16 Moins restrictifs, semble-t-il, ZK-BAHAR/PEYER CO 654-656 N 27 ss.

17 BSK OR II-LIEBI, N 14; VON DER CRONE, § 3 N 167.

18 Dans le même sens, BÖCKLI, § 4 N 163; moins restrictif: BSK OR II-LIEBI, N 16/17, pour lequel il faut, mais il suffit, que ces privilèges soient adéquats.

avec la règle selon laquelle l'assemblée ne saurait s'ingérer dans la gestion de la société. A cet égard, il y a lieu de distinguer entre les privilèges de ce type qui permettent en quelque sorte de concrétiser le but (généralement coopératif) de la société (p.ex. dans le cas d'une société d'actionnaires-locataires) et qui doivent être considérés admissibles et l'octroi d'un droit préférentiel de conclure des contrats qui ne découle pas d'emblée dudit but qui sont proscrits par le principe de parité des organes sociaux¹⁹.

Un certain consensus règne sur l'inadmissibilité du privilège consistant en une option *put* à la charge de la société, soit en un droit d'exiger d'elle le **rachat des actions privilégiées**²⁰. Böckli exclut tout droit de rachat, que ce soit à la valeur réelle ou à la valeur nominale au motif que « *diese von den Regeln des Rückkaufs eigener Aktien völlig losgelöste Gestaltung* » revient à un droit de sortie proscrit par CO 680 II²¹. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel s'opposent au rachat à la valeur nominale ou au prix d'acquisition des actions qui libérerait, à tort, les actionnaires du risque lié à l'actionariat²². Liebi²³ et, avant lui, Vogt²⁴, enfin, invoquent implicitement les règles sur la protection du capital pour s'opposer à un droit de rachat à la valeur nominale²⁵. L'argument selon lequel l'actionnaire ne saurait être libéré du risque lié à l'actionariat s'opposerait à toute émission de *puts* sur les actions de la société; or, l'admissibilité de l'émission de telles options par la SA n'est pas contestée dans son principe. Il me paraît au surplus qu'il est possible – et même nécessaire – de soumettre la validité du *put* au respect des règles sur le rachat d'actions propres (CO 659 ss), soit en particulier au respect de l'exigence relative aux fonds propres librement disponibles et du pourcentage d'actions pouvant être acquis et d'exiger, par ailleurs, de la société qu'elle inscrive les « propres parts du capital, en diminution des capitaux propres » comme l'exige CO 959a II [3]²⁶. Dans la mesure où ces règles sont respectées, l'aménagement n'est précisément pas détaché des règles sur le rachat d'actions propres et il n'y a aucune atteinte aux dispositions sur la protection du capital (concernant les conditions posées à l'introduction d'actions dotées d'un tel privilège, voir *infra* N 18 ss). Enfin, la question d'une contravention aux règles sur la répartition des compétences entre le conseil d'administration et l'assemblée générale ne se pose pas, dans la mesure où il n'est pas contesté que l'assemblée générale peut s'attribuer la compétence de décider de l'acquisition des actions²⁷.

Il est généralement admis que seuls des privilèges financiers peuvent être attachés aux actions privilégiées à l'exclusion de tous les **privilèges non financiers**, soit de privilèges liés aux droits de participation (*Mitwirkungsrechte; diritti personali*)²⁸. Ce point de vue est cependant contestable. Si l'on comprend aisément, au vu de la réglementation exhaustive prévue à CO 693, que, dans le contexte de CO 654 et 656, les actions ne sauraient bénéficier de privilèges liés au droit de vote, on ne voit guère pour quels motifs une société ne devrait pas être autorisée à conférer à certaines actions (par hypothèse détenues par une minorité) des droits de protection allant au-delà de ceux qui sont prévus par le Code et dont la licéité n'est pas contestée, tels des droits fondés sur CO 709 II ou encore le droit d'exiger la convocation de l'assemblée (CO 699) ou d'exiger un contrôle spécial (CO 697a). Cette manière de voir me paraît d'autant plus justifiée que, d'une part, CO 656 ne limite pas explicitement la nature des avantages admissibles et que, d'autre part, cette disposition autorise expressément les privilèges relatifs au droit préférentiel de souscription lequel n'est pas exclusivement un droit financier. Il me semble enfin que l'enclenchement des mécanismes prévus à CO 654 (voir *infra* N 26 ss), qui

19 Plus restrictifs, semble-t-il, ZK-BAHAR/PEYER, CO 654-656 N 42.

20 Voir toutefois BOEMLE, 16 s.

21 BÖCKLI, § 4 N 163.

22 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 41 N 36 n. 13.

23 BSK OR II-LIEBI, N 50.

24 BSK OR II-VOGT, 1996, N 17.

25 BSK OR II-LIEBI, N 16/17, N 17 avec réf. à ATF 46 II 160 concernant un droit au dividende fixé d'avance.

26 Concernant le moment où doivent être réalisées les conditions du rachat, voir PETER/BAHAR, 15 ss, 39 ss et 55; PETER/JACQUEMET, 190.

27 CO 659 N 8.

28 Voir not. BÖCKLI, § 4 N 158; ZK-SIEGWART, N 12; LIEBI, 199 s.

est pratiquement la seule conséquence de la qualification en tant qu'action privilégiée, est une mesure qui permet de protéger adéquatement les titulaires de tels privilèges contre leur modification ou suppression par la société.

II. Objectifs poursuivis par les actions privilégiées

- 15 Les actions privilégiées poursuivent des objectifs divers, qui diffèrent notamment selon les privilèges qui peuvent être prévus.
- 16 Les privilèges relatifs au dividende – qui sont de loin les plus fréquents – et ceux relatifs à une part de liquidation servent souvent de récompense aux actionnaires ayant consenti des sacrifices ou aux créanciers ayant accepté de convertir leurs créances en actions²⁹. Ils sont aussi utiles, lorsqu'il s'agit d'attirer des investisseurs lors de financements dits de «*private equity*»³⁰. L'émission d'actions dotées de ces privilèges permet également d'aménager les intérêts de différents protagonistes, par exemple dans les sociétés familiales où certains actionnaires désirent prendre une part plus active dans la vie de la société et d'autres désirent seulement avoir un rendement financier plus important. On peut aussi recourir à ces privilèges dans les *joint ventures* pour rééquilibrer les investissements, lorsque les partenaires à parts égales ont fait des apports en nature de valeur différente. Les privilèges au niveau des dividendes et de la part de liquidation permettent encore de rémunérer les actionnaires faisant apport de valeurs ne remplissant pas les conditions des apports en nature.
- 17 Le droit au rachat des actions – dont la validité est contestée par la doctrine majoritaire – est quelquefois attaché aux titres remis aux collaborateurs. Il leur permet notamment de céder leurs titres à la société au moment où ils quittent celle-ci.

III. Protection des actionnaires ordinaires lors de l'introduction d'actions privilégiées

- 18 Depuis l'abrogation de l'art. 655 par la révision de 1991³¹, la loi ne prévoit plus de mécanisme de protection des actionnaires spécifique à l'introduction d'actions privilégiées. Ce sont donc les mécanismes de protection relatifs aux décisions qu'implique cette introduction dans le cas particulier, lesquels dépendent notamment du mode d'introduction des actions et de la nature des «avantages» concédés aux actionnaires privilégiés, ainsi que les principes généraux de l'égalité de traitement, de l'interdiction de l'arbitraire et de la proportionnalité (aussi appelé: obligation d'agir de manière fondée ou de la manière moins dommageable) et la règle formelle selon laquelle les privilèges doivent être inscrits dans les statuts (CO 627 [9]) qui s'appliqueront lors d'une telle introduction. Dans certains cas, les règles du droit boursier pourront également entrer en considération³². Cela étant, les privilèges pouvant être attachés aux actions, selon l'art. 656, et les particularités liées à leurs modes d'introduction sont trop nombreux pour être traités de manière exhaustive, de telle sorte que je me contenterai de tracer quelques lignes directrices.
- 19 Si les actions nouvelles comportent des privilèges qui ont pour effet de limiter ou de supprimer des droits d'actionnaires ne pouvant être limités ou supprimés qu'à des conditions particulières, par exemple le droit préférentiel de souscription (CO 652b et 704 I [6]) pour les actions avec un droit préférentiel de souscription privilégié ou le droit à la poursuite d'un but lucratif (CO 706 II [4]) pour des actions qui confèreraient aux actionnaires privilégiés le droit de toucher l'ensemble des dividendes distribués par la société, ces conditions particulières doivent bien entendu être respectées lors de la décision d'introduire ces actions³³.

²⁹ *Id.*, N 156; VON DER CRONE, § 3 N 169.

³⁰ VON SALIS-LÜTOLF, RSJ 2001 213; VON SALIS-LÜTOLF, *Private Equity*, 166 s (ou N 670 ss); BARTHOLD, 888 s.

³¹ LF du 4 octobre 1991 (RO 1992 733 785; FF 1983 II 757).

³² Pour un exemple, voir Bull. CFB 39/2000, 15 ss.

³³ Dans le même sens pour les privilèges relatifs au droit préférentiel de souscription: BSK OR II-Vogt, 1996, N 13.

Lors de l'émission d'actions dans le cadre d'une augmentation de capital sans suppression du droit préférentiel de souscription mais à laquelle tous les actionnaires ne souscriront pas, il y a lieu de veiller particulièrement au respect du principe de la proportionnalité: celui-ci s'opposera à une émission d'actions privilégiées qui conduit à une dilution trop importante de la valeur des actions ordinaires existantes (CO 706 I [3] *i.f.*).

Si le droit préférentiel doit être supprimé, il y a naturellement lieu de respecter tant CO 652b, soit l'exigence selon laquelle la suppression se fonde sur un juste motif (qui doit être d'autant plus important que le privilège conféré est important) et n'avantage ni ne désavantage personne de manière non fondée, que CO 704 I (6).

Si la société dispose déjà d'actions privilégiées et qu'elle augmente dans la même proportion les actions ordinaires et les actions privilégiées et réserve la souscription de chacune des catégories d'actions aux actionnaires de la catégorie en cause, il n'est pas nécessaire de respecter les règles sur la suppression du droit préférentiel de souscription (CO 652b et 704 I [6]): la situation est, en effet, similaire à celle prévue à CO 656g II concernant les bons de participation, dans le cadre duquel on admet qu'à défaut de disposition statutaire l'assemblée peut choisir librement si elle entend attribuer les droits préférentiels par catégorie ou «en croix»³⁴. Elle présente également une analogie certaine avec l'état de fait qui a donné lieu à l'ATF 116 II 525³⁵, où l'on a reconnu que, dans un cas de ce type, il n'y avait pas lieu de mettre en œuvre les mécanismes spéciaux de protection de la minorité (l'arrêt concernait aCO 648 qui «correspond» à l'actuel CO 704 I [2]).

En revanche, l'application analogique des règles sur la suppression du droit préférentiel de souscription, soit l'exigence de majorité qualifiée et celles relatives au juste motif et à ce que nul ne soit avantagé ou désavantagé – qui concrétisent les principes d'égalité de traitement et de la proportionnalité – s'impose, à mon sens, dans l'hypothèse de la conversion d'actions ordinaires en actions privilégiées, lorsque la conversion n'est pas offerte à tous les actionnaires dans la même mesure³⁶.

IV. Protection des actionnaires privilégiés

A. Statut des actionnaires privilégiés

Les actionnaires privilégiés sont des actionnaires et, à ce titre, disposent de tous les moyens à disposition des actionnaires pour sauvegarder leurs droits.

Par ailleurs, selon CO 709 I, les actionnaires faisant partie d'une même catégorie (qui se distinguent par le fait que leurs droits diffèrent de ceux d'autres catégories d'actionnaires de la société) sont habilités à désigner un représentant au sein du conseil d'administration. Bien que les droits et obligations – et, en particulier, l'obligation de confidentialité – dudit représentant soient identiques à ceux des autres membres du conseil, il peut faire valoir la position des actionnaires privilégiés de sa catégorie au sein de l'organe exécutif et contribuer ainsi à la prévention d'atteintes à leurs prérogatives.

Enfin, selon CO 654 II, l'ensemble des actionnaires privilégiés (lesquels ne comprennent pas les actionnaires à droit de vote privilégié selon CO 693³⁷) dont les droits subissent une atteinte directe ou indirecte durable (voir *infra* N 27 ss) forment une communauté *ad hoc*. Celle-ci doit être réunie en assemblée spéciale, à laquelle les règles sur l'assemblée générale des action-

34 Voir BÖCKLI, § 5 N 68 pour le cas où les statuts ne règlent pas expressément la question de l'attribution du droit préférentiel de souscription.

35 JdT 1991 I 367.

36 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 41 N 45 et, à leur suite, SSGVP 2003 165 ss sont d'avis que les principes généraux de l'égalité de traitement et de la proportionnalité sont applicables. Par ailleurs, dans un contexte un peu différent, FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 41 N 43, excluent l'application de CO 704 en raison du caractère exhaustif de cette disposition. BSK OR II-VOGT, 1996, N 22, en se référant à l'ATF 59 II 49, semble exclure toute conversion qui ne serait pas offerte à tous les actionnaires dans la même mesure.

37 HORBER, 19 ss; BÖCKLI, § 4 N 158, FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 41 N 26; dans le même sens, HGER Zurich, décision UBS c. BK-Vision du 6.2.1995, RSJ 1995 196.

naires (CO 700 ss) s'appliquent par analogie³⁸ et dont la seule compétence consiste à se prononcer sur lesdites atteintes aux privilèges. La restriction directe ou indirecte du privilège des actionnaires privilégiés ne peut leur être imposée que si elle a été approuvée à la fois par l'assemblée générale des actionnaires et l'assemblée spéciale des actionnaires atteints.

B. Protection contre les atteintes aux privilèges

- 27 CO 654 et 656 ne contiennent aucune réglementation particulière pour le cas des **atteintes ponctuelles** aux privilèges des actionnaires, par exemple le refus de décider d'un dividende prioritaire lors d'un exercice donné. Pour faire valoir leurs droits, les actionnaires privilégiés disposent des moyens ouverts aux actionnaires (not. CO 706 et 754, action en exécution dirigée contre la société), dans le cadre desquels ils peuvent naturellement invoquer leurs privilèges.
- 28 Concernant les **restrictions durables** des privilèges des actionnaires, par exemple l'octroi de privilèges primant ceux des actionnaires privilégiés à d'autres actionnaires, les décisions qui rendent impossibles l'exécution du privilège³⁹, la limitation ou la suppression pure et simple du privilège, voir *supra* N 26 concernant la tenue d'une assemblée spéciale.
- 29 CO 654 II réserve les dispositions statutaires qui dérogeraient à l'exigence de l'assemblée spéciale. De telles dispositions peuvent étendre la protection des actionnaires privilégiés, par exemple en prévoyant que le privilège lié à une action ne peut être supprimé qu'avec le consentement de son titulaire. Elles peuvent aussi renoncer à l'assemblée spéciale des actionnaires atteints ou encore définir d'entrée les conditions auxquelles le privilège s'éteint (p.ex. le versement de dividende privilégié à hauteur d'un certain montant⁴⁰ ou l'écoulement du temps), auquel cas les actions privilégiées sont automatiquement converties en actions ordinaires. L'introduction d'une clause statutaire dérogeant à CO 654 II ne pose pas de problèmes particuliers si elle est décidée avant l'introduction d'actions privilégiées ou au moment de celle-ci; elle suppose l'approbation des actionnaires privilégiés, réunis en assemblée spéciale, lorsqu'elle intervient postérieurement à cette introduction.
- 30 Un régime particulier est applicable, lorsque la société ayant émis des actions privilégiées subit une fusion (LFus 3 ss) ou une scission (LFus 29 ss) en qualité de société transférante ou encore lorsqu'elle fait l'objet d'une transformation (LFus 53 ss). Dans ces cas, en effet, les titulaires d'actions privilégiées se verront attribuer, selon les clauses du contrat ou du projet de restructuration qui n'ont pas à être approuvés par une assemblée spéciale, au sens de CO 654 II, «des droits équivalents ou [...] un dédommagement adéquat» pour leurs privilèges (LFus 7 V, 31 I et 56 IV)⁴¹.

V. Révision

- 31 Il n'est pas prévu de modifier CO 654 ou CO 656 dans le cadre de la révision en cours.

Art. 656a

L. Bons de participation
I. Définition; dispositions applicables

¹ Les statuts peuvent prévoir un capital-participation divisé en parts (bons de participation). Ces bons de participation sont émis contre un apport; ils ont une valeur nominale et ne confèrent pas le droit de vote.

² Toutes les dispositions relatives au capital-actions, à l'action et à l'actionnaire sont applicables au capital-participation, au bon de participation et au participant à moins que la loi n'en dispose autrement.

³ Les bons de participation doivent être désignés comme tels.

³⁸ Voir aussi HORBER, 1995, 44 ss.

³⁹ BSK OR II-LIEBI, N 28, pour la décision de dissolution de la société qui rend impossible le paiement d'un dividende privilégié.

⁴⁰ ZK-SIEGWART, N 41.

⁴¹ Comm. LFus-TRIGO TRINDADE, LFus 7 N 43 ss; Comm. LFus-BAHAR, LFus 7 N 5; Comm. LFus-PETER, LFus 56 N 17.

- L. Partizipationsscheine
I. Begriff; anwendbare Vorschriften
- ¹ Die Statuten können ein Partizipationskapital vorsehen, das in Teilsommen (Partizipationsscheine) zerlegt ist. Diese Partizipationsscheine werden gegen Einlage ausgeben, haben einen Nennwert und gewähren kein Stimmrecht.
- ² Die Bestimmungen über das Aktienkapital, die Aktie und den Aktionär gelten, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht, auch für das Partizipationskapital, den Partizipationsschein und den Partizipanten.
- ³ Die Partizipationsscheine sind als solche zu bezeichnen.
- L. Buoni di partecipazione
I. Nozione; disposizioni applicabili
- ¹ Lo statuto può prevedere un capitale di partecipazione suddiviso in quote (buoni di partecipazione). Tali buoni di partecipazione sono emessi contro un conferimento, hanno un valore nominale e non accordano diritto di voto.
- ² Salvo disposizione contraria della legge, le norme sul capitale azionario, sull'azione e sull'azionista sono applicabili anche al capitale di partecipazione, al buono di partecipazione e al partecipante.
- ³ I buoni di partecipazione devono essere designati come tali.

Bibliographie

BINDER/VETTER, Der Partizipationsschein: eine Auslegeordnung, in *Innovatives Recht* (Festschrift für Ivo Schwander), 2011, 275-298; BINDER, Die Verfassung der Aktiengesellschaft, 1987; BOEMLE, Erleichterung für die Eigenkapitalfinanzierung, in *Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform*, 1984, 55 ss; BOEMLE, Le capital-participation et les bons de jouissance, L'EC 1991 598 ss; BÜHLER, Partizipationsscheine – Rechtswirklichkeit und Aktienrechtsreform, L'EC 1985 209 ss; DEMARMELS, Die Genuss- und Partizipationsscheine nach dem Entwurf für ein neues Aktienrecht, 1985; HOFFMAN, Der Partizipationsschein oder die stimmrechtslose Aktie: ein Beitrag zur geplanten Teilrevision des schweizerischen Aktienrechtes unter Berücksichtigung des englischen, französischen, deutschen und europäischen Rechtes, th. Zurich, 1976; HORBER, Der Partizipant als vollberechtigter Verwaltungsrat in der Aktiengesellschaft?, NZZ 180/1992, 29; KUNZ, Der Partizipant im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, RJB 1993 727 ss; LEDERER/KÄCH, Umwandlung von Partizipationskapital in Aktienkapital aus der Sicht des Handelsregisters, ARC 1993 47 ss; PETER, Bons de participation, bons de jouissance et actions à droit de vote privilégié, in *Le nouveau droit des sociétés anonymes*, 1993, 319 ss; PETER, Les bons de participation sous l'empire du nouveau droit de la société anonyme, PJA 1992 752 ss; REYMOND, Suppression et protection du droit préférentiel de souscription, RSDA 1994 153; SPILLMAN, Partizipationsscheine, in *GesKR 2008* 45-51; ZINDEL, Aktionäre ohne Stimmrecht und stimmrechtslose Aktionäre, in *Neues zum Gesellschaftsrecht*, 1993, 199 ss.

I. Généralités

CO 656a ouvre le chapitre sur les bons de participation (*Partizipationsscheine*, *buoni di partecipazione*). Cette disposition introduit la notion de bon de participation (*infra* N 2 ss) en rappelant le lien entre capital-participation (*Partizipationskapital*; *capitale di partecipazione*) et bons de participation et en énumérant les caractéristiques qui distinguent ce titre de l'action, d'une part, et du bon de jouissance (*Genussschein*; *buono di godimento*: CO 657), d'autre part. Tout en réservant les dispositions qui suivent (CO 656b ss), elle soumet le capital-participation aux règles sur le capital-actions, le bon de participation à celles sur l'action et le participant à celles sur l'actionnaire (*infra* N 11 ss).

II. Notion de bon de participation

A. En général

Le bon de participation – dont le fondement est nécessairement statutaire (CO 656a et 627 [9]) – est un titre de participation: il confère à son titulaire, appelé participant (*Partizipant*; *partecipante*), la **qualité d'associé** de la SA (voir aussi LFus 2f et g).

Le bon de participation est **lié au capital-participation**, lequel est nécessairement porté au passif du bilan, en ce sens que chaque bon de participation a obligatoirement une valeur nominale de CHF 0.01 au minimum (CO 622 IV) et représente une fraction dudit capital (CO 656a I).

Le lien avec le capital-participation a notamment pour conséquence que chaque bon de participation doit avoir été **émis contre un apport** (CO 656a I) d'un montant équivalent à sa valeur

nominale ou plus (CO 624), lequel peut être libéré en espèces (CO 633), en nature (CO 634), par compensation de créance (CO 634a) ou par incorporation de réserves (CO 652d). Il a aussi pour conséquence de limiter le droit des titulaires de bons de participation de sortir de la société en se voyant restituer leurs apports ainsi que le droit de la société de les exclure.

- 5 L'obligation de libérer le bon de participation qui découle du lien entre celui-ci et le capital justifie que son titulaire dispose de toute une série de **droits de protection** destinés à sauvegarder sa position au sein de la société (CO 656a II, 656c III, 656d, 656f, 656g).
- 6 En revanche et par définition, le bon de participation **ne confère jamais à son titulaire le droit de vote** (CO 656a I et 656c I). Sauf disposition statutaire contraire, il ne lui confère que des droits d'information limités (CO 656c III) et il ne lui confère pas les autres droits liés au droit de vote, à savoir le droit de faire convoquer l'assemblée générale, le droit d'y prendre part ou celui de faire des propositions (CO 656c I-II).

B. Distinction par rapport aux autres titres émis par la société anonyme

- 7 Ce sont essentiellement les caractéristiques mentionnées *supra* N 6 qui différencient le bon de participation de l'**action**. En d'autres termes, même si son nom ne le dit pas expressément, même s'il est réglementé dans un chapitre à part et si le législateur considère que les bons de participation ne sont pas une catégorie d'actions, au sens de CO 709, le bon de participation est en réalité une action sans droit de vote¹ (et, sauf disposition statutaire divergente, sans droits liés au droit de vote². Cela est notamment confirmé par la règle de CO 656a II qui assimile les bons de participation aux actions sous réserve des exceptions statuées à CO 656c à 656g (voir *infra* N 11).
- 8 Le lien avec le capital (*supra* N 3) et l'émission contre un apport (*supra* N 4), qui font du bon de participation un instrument de financement de la SA, ainsi que les droits de protection conférés au titulaire du bon de participation (*supra* N 5 et *infra* CO 656b) permettent de distinguer le bon de participation du **bon de jouissance** (CO 657) dont il est issu historiquement³. En outre, dès lors que le bon de participation est émis en échange d'un apport, le cercle des «bénéficiaires» possibles d'un bon de participation n'est pas limité comme celui des «bénéficiaires» possibles d'un bon de jouissance (voir CO 657 N 10 et N 14).

C. Désignation obligatoire en tant que bon de participation

- 9 Pour éviter toute confusion avec les actions, d'une part, et les bons de jouissance, d'autre part, CO 656a III impose la dénomination de «bon de participation» à tous les titres qui ont été émis contre un apport et ont une valeur nominale, étant précisé que pour les bons de participation dématérialisés, la désignation «droits de participation» (*Partizipationsrechte; diritti di partecipazione*) doit aussi être tolérée, voire est seule adéquate⁴. Cette désignation obligatoire a notamment pour conséquence d'exclure tant l'usage du nom «actions (sans droit de vote)», que celui de «bons de jouissance» pour les bons de participation.
- 10 L'utilisation de toute autre désignation que celle de bon ou de droit de participation pour les titres qui ont été émis contre un apport et ont une valeur nominale est nulle et son inscription doit être refusée par le préposé au registre du commerce (voir aussi l'art. 2 III Disp. fin. titre XXVI CO qui octroyait un délai de cinq ans après l'entrée en vigueur de la révision du droit de la SA en 1992 pour requalifier les titres ayant une valeur nominale et figurant au passif du bilan, délai à l'issue duquel les anciennes dispositions statutaires et les désignations figurant sur les titres perdaient leur validité; le problème étant qu'il n'existe aucun instrument permettant de contraindre positivement les sociétés à adopter la désignation prescrite par la loi).

1 Concernant les motifs qui ont conduit le législateur à ne pas désigner «action sans droit de vote» le bon de participation, voir Message 1983, FF 1983 II 818.

2 BÖCKLI, § 5 N 52.

3 Voir not. à ce sujet BÖCKLI, § 5 N 2.

4 BÖCKLI, § 5 N 40.

III. Soumission aux règles sur le capital-actions, l'action et l'actionnaire

CO 656a II soumet le capital-participation aux mêmes règles que le capital-actions, le bon de participation aux dispositions sur l'action et le participant aux prescriptions sur l'actionnaire, tout en réservant les exceptions prévues à CO 656b à 656g, qui tiennent compte de la nécessaire coexistence du capital-participation avec le capital-actions ainsi que de l'absence de droit de vote attaché au bon de participation, absence qui justifie un mode de protection différent des détenteurs de ces titres.

La soumission à ces règles, quelquefois désignée à tort «principe d'égalité de traitement»⁵, doit être distinguée du principe d'égalité de traitement (avec la catégorie la moins défavorisée) prévu à CO 656f (voir *infra* CO 656f N 3), qui exige que lorsque les organes de la SA restreignent les droits des participants, ils le fassent au moins dans la même mesure pour les actionnaires détenteurs de la catégorie d'actions la moins favorisée.

Concernant les règles sur le capital-actions qui sont aussi applicables au **capital-participation**, 13 et dont résultent, en particulier, les restrictions aux versements aux participants, voir *infra* CO 656b.

La soumission du **bon de participation** aux règles sur l'action a notamment pour conséquence 14 que ce titre – dont la valeur nominale est de CHF 0.01 au moins (CO 622 IV) – peut être nominatif ou, ce qui est la règle, au porteur (CO 622 I). Les règles sur l'**émission et le transfert** des actions (CO 683 ss) lui sont applicables. Ainsi et sous peine de nullité, on ne saurait émettre le papier-valeur correspondant au bon de participation au porteur tant et aussi longtemps que celui-ci n'a pas été entièrement libéré (CO 683; voir *infra* CO 683 N 18 ss)⁶; jusqu'à ce que cette libération soit effectuée, le transfert du bon est soumis à l'approbation de la société (CO 176, CO 685 *par analogie*) et emporte les conséquences prévues à CO 687, applicable par analogie (voir *infra* CO 683 N 30 ss). Après la libération intégrale du bon de participation au porteur, il est toujours librement transmissible (*i.e.* les restrictions à sa transmissibilité sont proscrites). Le bon de participation nominatif est soumis à la restriction légale à sa transmissibilité par CO 685; une restriction statutaire ne peut être prévue que dans les sociétés non cotées aux conditions prévues par CO 685a à 685c. Dans les sociétés cotées, en effet, la restriction statutaire de la transmissibilité du bon serait dépourvue d'effets, puisqu'elle ne conduit qu'à la suspension de droits dont le titulaire du bon ne dispose pas (CO 685f II). Par ailleurs, l'assimilation des deux sortes de titres implique que des **privilèges** peuvent être attachés au bon de participation, comme ils peuvent l'être à une action (voir *supra* CO 654).

Comme pour l'action et l'actionnaire, la principale **obligation** attachée au bon de participation 15 et pouvant être imposée au **participant** est celle de libérer le bon (CO 680). A l'instar des actionnaires au porteur, les titulaires de bons de participation au porteur non cotés et dont les titres ne sont pas intermédiés sont par ailleurs soumis à l'obligation d'annonce prévue à CO 697i. En outre, dans une société non cotée et dont les titres ne sont pas intermédiés, un participant peut – tout comme un actionnaire – être tenu à effectuer l'annonce de l'ayant-droit économique aux conditions de CO 697j (voir *infra* CO 697j N 33).

Les principaux **droits** suivants qui sont reconnus à l'actionnaire sont également reconnus au 15a participant: le droit au dividende et à une part de liquidation (le participant, comme l'actionnaire, ne peut percevoir des intérêts sur sa part du capital) (CO 660); le droit d'exiger la délivrance d'un rapport annuel, du rapport du réviseur et des propositions faites à l'assemblée générale (CO 696 I et III), le droit d'attaquer les décisions de l'assemblée (CO 706) ainsi que celui de contester les décisions de restructuration (LFus 106 s.) et d'agir en examen des parts sociales (LFus 105), le droit d'exercer l'action en responsabilité (CO 753 ss et LFus 108) ainsi que le droit de requérir la dissolution de la société pour de justes motifs (CO 736 [4]).

⁵ Voir p.ex. FF 1983 II 818, où ce terme traduit mal l'expression allemande *Grundsatz der Gleichstellung*.

⁶ *Contra*: BSK OR II-RAMPINI/SPILLMANN, N 5, selon lequel les bons de participation (en tant qu'institution et non en tant que papier-valeur) doivent toujours être intégralement libérés.

IV. Utilité pratique du bon de participation

- 16 Le bon de participation a connu ses heures de gloire avant l'entrée en vigueur de CO 656a ss à une époque où les sociétés suisses cherchaient à se financer à l'étranger sans pour autant vouloir permettre aux étrangers de les contrôler et voyaient dans le bon de participation un moyen de financement beaucoup plus flexible que les actions⁷.
- 17 En assimilant, dans une large mesure, le bon de participation à l'action, en introduisant les institutions du capital autorisé et conditionnel et en réduisant la valeur nominale minimale des actions, les révisions du droit de la SA ont considérablement réduit l'avantage relatif de flexibilité du bon de participation par rapport à l'action⁸. L'attrait du bon de participation a encore été réduit par diverses OPA, lors desquels les investisseurs ont pu prendre conscience de la valeur du droit de vote, par la crise boursière de 1987, qui a particulièrement malmené les bons de participation et par l'apparition d'instruments de financement hybrides, tels les financements mezzanine, auxquels les marchés financiers ont donné la préférence par rapport aux bons de participation⁹. La conjonction de tous ces éléments, combinée à la mouvance du gouvernement d'entreprise et son hostilité aux dérogations au principe «*one share, one vote*», a eu pour conséquence de faire quasiment disparaître les bons de participation des sociétés cotées¹⁰.
- 18 Les bons de participation ne semblent guère plus populaires dans les sociétés fermées puisque seuls trois à quatre pour mille de ces sociétés auraient recours à cet instrument¹¹.

V. Le bon de participation dans d'autres formes juridiques

- 19 Si les bons de participation (et, partant, d'un capital participation) sont proscrits dans la société à responsabilité limitée¹² ainsi que dans la société coopérative¹³, six banques cantonales organisées sous la forme d'établissements ou d'instituts de droit public ont émis des «bons de participation», dont certains sont cotés à la SIX. Certaines associations auraient elles aussi introduit de tels titres. Ces «bons de participation», qui confèrent toujours à leur détenteur le droit à une part du bénéfice mais leur dénie tout droit social¹⁴, sont régis soit par les lois cantonales, soit par les statuts des associations; les art. 656a ss ne leur sont pas applicables, même s'ils ont souvent été inspirés par les bons de participation du droit de la société anonyme.

7 Créé par la pratique sur la base de CO 657, le bon de participation d'avant l'introduction de CO 656a ss était particulièrement flexible. Il n'était pas soumis à la valeur nominale minimale de CHF 100.– applicable aux actions avant 1991 et les statuts de certaines sociétés admettaient que leur conseil d'administration puisse racheter les titres émis sans limites (HOFFMANN, 107 ss; BINDER/VETTER, 277).

8 BSK OR II-RAMPINI/SPILLMANN, N 1a.

9 *Id.*

10 A ce jour, seules 4 sociétés anonymes (Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG, Loeb Holding AG, Repower AG, Schindler Holding AG) disposent de bons de participation cotés à la SIX, soit moins de 2% des sociétés anonymes cotées à la SIX, disposent de bons de participation alors qu'elles étaient encore une vingtaine en 2001 (BÖCKLI, § 5 N 6e n. 11).

11 Selon l'estimation de BINDER/VETTER, 285, fondée sur l'extrapolation des données extraites des RC des cantons de Zurich, Zoug, Berne, Argovie et Bâle-Ville.

12 L'absence de dispositions sur les bons de participation dans le droit de la SARL constitue un silence qualifié: voir à ce sujet Botschaft vom 19. Dezember 2001 zur Revision des Obligationenrechts [GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht], BBl 2001 3249 Ziff. 2.4; vgl. Art. 4 der Übergangsbestimmungen der Änderung vom 16. Dezember 2005 [AS 2007 4837].

13 Voir ATF 140 III 206 concernant l'émission de bons de participation («*Beteiligungsscheine*») dans la société coopérative Raiffeisen.

14 Voir art. 5 al. 3 de la loi sur la banque cantonale de Bâle-Campagne (droit au dividende, droit préférentiel de souscription, droit à une part de liquidation), art. 4 al. 3 de la loi sur la banque cantonale de Bâle(-Ville) (droit au dividende), art. 9 al. 2 de la loi sur la banque cantonale des Grisons (droit au dividende, droit préférentiel de souscription), art. 4b al. 2 de la loi sur la banque cantonale de Nidwald (droit au dividende, droit préférentiel de souscription), art. 9 et 12 du règlement sur l'émission des bons de participation de la banque cantonale d'Obwald (droit au dividende, droit préférentiel de souscription), art. 4 al. 2 de la loi sur la banque cantonale de Thurgovie (droit au dividende, droit préférentiel de souscription, droit à une part de liquidation).

VI. Révision en cours

Dans le cadre de la révision en cours, CO 656a ne subira pas des modifications fondamentales. **20**
 P-CO (2016) 656a I, tient compte de la possibilité d'émettre du capital-actions et des actions en monnaie étrangère et prévoit que le capital-participation et les bons de participation doivent être libellés dans la même monnaie que le capital-actions et les actions; la disposition existante doit en outre être complétée par P-CO (2016) 656a IV (élaborant sur le contenu de l'actuel CO 656b V), aux termes duquel «le capital-participation peut être créé lors de la constitution de la société, par le biais d'une augmentation ordinaire ou d'une augmentation au moyen d'un capital conditionnel ou dans le cadre d'une marge de fluctuation du capital».

Art. 656b

II. Capital-participation et capital-actions

¹ Le montant du capital-participation ne peut dépasser le double du capital-actions.

² Les dispositions sur le capital minimum et sur l'apport minimum total ne sont pas applicables.

³ En matière de limitation du droit qu'a la société d'acquérir ses propres actions, de réserve générale, d'institution d'un contrôle spécial contre la volonté de l'assemblée générale et d'avis obligatoire en cas de perte en capital, le capital-participation doit être ajouté au capital-actions.

⁴ L'augmentation autorisée ou conditionnelle du capital-actions et du capital-participation ne doit pas dépasser en tout la moitié de la somme du capital-actions et du capital-participation existants.

⁵ La création d'un capital-participation peut avoir lieu sous forme d'augmentation autorisée ou conditionnelle.

II. Partizipations- und Aktienkapital

¹ Das Partizipationskapital darf das Doppelte des Aktienkapitals nicht übersteigen.

² Die Bestimmungen über das Mindestkapital und über die Mindestgesamteinlage finden keine Anwendung.

³ In den Bestimmungen über die Einschränkungen des Erwerbs eigener Aktien, die allgemeine Reserve, die Einleitung einer Sonderprüfung gegen den Willen der Generalversammlung und über die Meldepflicht bei Kapitalverlust ist das Partizipationskapital dem Aktienkapital zuzuzählen.

⁴ Eine genehmigte oder eine bedingte Erhöhung des Aktien- und des Partizipationskapitals darf insgesamt die Hälfte der Summe des bisherigen Aktien- und Partizipationskapitals nicht übersteigen.

⁵ Partizipationskapital kann im Verfahren der genehmigten oder bedingten Kapitalerhöhung geschaffen werden.

II. Capitale di partecipazione e capitale azionario

¹ Il capitale di partecipazione non può eccedere il doppio del capitale azionario.

² Le disposizioni sul capitale minimo e sui conferimenti minimi totali non sono applicabili.

³ In materia di limitazione dell'acquisto delle azioni proprie, di riserva generale, di istituzione di una verifica speciale contro la volontà dell'assemblea generale e di avviso obbligatorio in caso di perdita di capitale, il capitale di partecipazione va aggiunto al capitale azionario.

⁴ L'aumento autorizzato o condizionale del capitale azionario e del capitale di partecipazione non può eccedere in totale la metà della somma del capitale azionario e del capitale di partecipazione esistenti.

⁵ Il capitale di partecipazione può essere creato mediante la procedura dell'aumento autorizzato o condizionale.

Bibliographie

Cf. bibliographie CO 656a.

I. Généralités

- 1 CO 656b doit être lu en relation avec CO 656a II. Alors que cette dernière disposition prévoit que (sauf exception) le capital-participation est régi par les mêmes règles que le capital-actions, CO 656b précise la signification du renvoi général à ces règles pour des cas particuliers, confirme l'application de certaines de ces règles et énumère les exceptions. Ces dernières tiennent à la nécessaire coexistence du capital-participation avec le capital-actions ou au souci du législateur de maintenir une certaine relation entre le risque encouru dans la société et le pouvoir de décider.
- 2 La technique législative utilisée et, en particulier, l'approche pointilliste qui se greffe sur un renvoi général au droit du capital-actions ne permet pas réellement de se faire une idée précise de la notion de capital-participation (*infra* N 3), de son mode de création ou de modification (*infra* N 7 ss) ni de ses fonctions (*infra* N 3).

II. Notion

- 3 Le capital-participation, comme le capital-actions, est un **poste comptable fixe**, déterminé dans les statuts (CO 656a I i.i.) et inscrit au passif du bilan (CO 959a II), auquel la loi attache un certain nombre de conséquences. De ce fait, le capital-participation sert d'instrument de protection des créanciers (*infra* N 13 ss); il sert aussi d'aune pour mesurer les droits et obligations des associés – participants et/ou actionnaires (*infra* N 25 ss).
- 4 La loi n'impose pas de montant de **capital-participation minimum** (CO 656b II), contrairement à ce qui prévaut pour le capital-actions (CO 621); en d'autres termes, la création d'un capital-participation est facultative.
- 5 CO 656b I i.f., contrairement au droit applicable au capital-actions, limite le montant du capital-participation au double du capital-actions. Le **montant maximum** ne doit être dépassé ni au moment de l'émission du capital-participation ni ultérieurement¹: cela résulte, en particulier, du droit transitoire adopté lors de l'entrée en vigueur de la révision du droit de la SA qui obligeait les sociétés autres que celles dont le capital-participation dépassait déjà le double du capital-actions avant 1985 à adapter leurs statuts². En dérogation à CO 647, il doit cependant être admissible de tenir compte du montant du capital-actions tel qu'augmenté lors de la même assemblée générale, pour autant qu'au moment de l'inscription du capital-participation, celui-ci ne dépasse pas le double du montant du capital-actions inscrit³.

III. Création, modification et suppression du capital-participation, transformation en capital-actions

- 6 Le capital-participation, comme le capital-actions, peut être **créé lors de la fondation** de la société (CO 656a II). Il doit faire l'objet d'une clause statutaire *ad hoc* et être inscrit au bilan de la société (*supra* N 3). Concernant les règles applicables à la souscription et la libération du capital voir *infra* N 13 ss.
- 7 Le capital-participation peut être créé – et augmenté – en cours de vie sociale, par l'émission de bons de participation, en respectant la procédure de **l'augmentation du capital** ordinaire (CO 656a II et CO 650 ss: voir *supra* le commentaire de ces dispositions), autorisée (CO 656b V; CO 651 ss: voir *supra* le commentaire de ces dispositions) ou conditionnelle (CO 656b V; CO 653 ss: voir *supra* le commentaire de ces dispositions). Concernant la problématique du droit préférentiel de souscription (ou du droit de souscription prioritaire) lors d'une telle création ou

1 *Contra*: BÖCKLI, § 5 N 42, en se référant au *Stichtagsprinzip*.

2 En vertu de l'art 2 I-II Disp. fin. titre XXVI CO, les sociétés dont le capital-participation dépassait déjà le double du capital-actions en 1985 sont autorisées à maintenir leur capital-participation tel quel, mais ne sont pas autorisées à l'augmenter, sauf à se conformer à la limite légale du capital-participation fixée par CO 656b I.

3 ATF 60 I 385 tel que précisé par 84 II 34, 40 s.

augmentation de capital-participation, voir *infra* CO 656g N 5-6; concernant les règles applicables à la souscription et la libération du capital, voir *infra* N 13 ss.

Lors de la création d'un capital-participation ou de l'augmentation de ce dernier au moyen de la procédure d'**augmentation autorisée** ou au moyen de la procédure d'**augmentation conditionnelle**, la somme du capital-actions et du capital-participation autorisés, respectivement conditionnels, ne peut dépasser la moitié de la somme du capital-actions et du capital-participation existants (CO 656b IV)⁴. Cette exigence a pour objectif de limiter l'abandon du pouvoir de l'assemblée générale au profit du conseil d'administration (dans le cas de l'augmentation autorisée) ou des titulaires de droits de conversion ou d'option (dans le cas de l'augmentation conditionnelle). Lors d'une augmentation autorisée ou conditionnelle du capital-participation, la limite du double du capital-actions (CO 656b I et *supra* N 5) doit bien entendu également être respectée.

Une **conversion de capital-actions en capital-participation** n'est guère envisageable compte tenu du caractère acquis du droit de vote⁵.

La **réduction du capital-participation** doit respecter les règles prévues à CO 732 ss.

A noter que, contrairement au montant du capital-actions, le montant du capital-participation peut être réduit à zéro sans être augmenté à nouveau (CO 732 V étant inapplicable au capital-participation: CO 656b II). Si une **réduction à zéro** intervient pour supprimer une perte au bilan (CO 735), les participants doivent se voir reconnaître un droit préférentiel de souscription, qui peut porter sur de nouveaux bons de participation ou sur de nouvelles actions (CO 732a). Pour le cas où la réduction à zéro intervient dans le cadre d'une conversion des bons de participation en actions, voir *infra* N 12. Il est douteux, compte tenu du droit acquis au sociétariat des participants, que la réduction à zéro puisse intervenir dans un autre contexte.

Concernant la **conversion de capital-participation en capital-actions**, il y a controverse sur le point de savoir si celle-ci doit faire l'objet d'une réduction du capital-participation à zéro (CO 735 par analogie), suivie d'une augmentation du capital-actions libérée par incorporation de fonds propres (CO 652d) réservée aux anciens participants⁶ ou s'il suffit de transformer les bons de participation en actions (au même titre que l'on transforme les actions au porteur en actions nominatives ou inversement: CO 627 [7])⁷. Si l'on adopte le premier point de vue, la conversion de bons de participation dans une société ayant subi des pertes supposerait l'émission d'actions de valeur nominale réduite en raison de l'interdiction d'émission en dessous du pair (CO 624). Il me semble contestable que la société puisse disposer du produit de la réduction du capital-participation en l'incorporant au capital-actions sans l'accord des participants; par ailleurs, comme ce type de capital confère exactement la même protection aux créanciers que le capital-actions, il faut, à mon avis, donner la préférence à la transformation. Dès lors que la conversion des bons de participation est réservée aux seuls participants et que les actionnaires en place voient leur droit de vote dilué par cette conversion, l'application analogique de CO 652b et de CO 704 I (6) s'impose à mon avis⁸; en revanche, tant que cette conversion ne conduit pas à une détérioration de la position des participants (not. parce que les actions seraient affectées d'une restriction au transfert qui ne concernait pas les bons de participation), l'approbation de la décision par l'assemblée spéciale de CO 656f IV n'est pas requise.

4 Pour le cas de la création d'un capital-participation par la procédure autorisée, BSK OR II-RAMPINI/SPILL-MANN, N 7, semble considérer que cette limite n'est pas applicable.

5 BÖCKLI, § 5 N 30.

6 C'est la position défendue par BÖCKLI, § 5 N 22; é.g. admise par BSK OR II-ZINDEL/ISLER, CO 652d N 5; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 46 N 69 ss, présentent les différentes possibilités sans prendre position.

7 C'est la position de LEDERER/KÄCH, ARC 1993 47 ss; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 46 N 69 ss, ne prennent pas position.

8 Dans le même sens FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 46 N 74.

IV. Protection des créanciers par le capital-participation

A. Règles sur le pay-in

- 13 Le capital-participation, à l'instar du capital-actions, doit être **entièrement souscrit**. Les participants doivent assumer, dans l'acte de souscription, l'engagement inconditionnel d'effectuer un apport correspondant au prix d'émission (CO 629 II [1] et CO 630 [2] applicables par le renvoi de CO 656a II).
- 14 En vertu du renvoi de CO 656a II à CO 624, le prix d'émission des bons de participation doit être au moins équivalent à la valeur nominale desdits bons et la somme des valeurs nominales des bons correspond au montant du capital (CO 656a I). Le capital-participation, comme le capital-actions, détermine ainsi le **montant minimum des apports** des participants.
- 15 En vertu de CO 632 II, la société doit être assurée de se voir apporter au moins CHF 50000.– lors de sa fondation, étant précisé que ce montant peut provenir d'apports effectués par les actionnaires ou par les participants; cette exigence étant satisfaite, CO 656b II renonce à exiger en sus la **libération immédiate** du capital-participation de CHF 50000.– lors de la création (ou d'une augmentation à hauteur de ce montant) dudit capital. Cela étant, lors de la création ou de l'augmentation du capital-participation, la libération immédiate de la valeur nominale des bons de participation nouvellement émis à hauteur de 20% au moins est requise en application de CO 656a II *cum* CO 632 I, ce qui protège dans une certaine mesure la société contre les conséquences d'une défaillance ultérieure de ses participants.
- 16 Lors d'une augmentation ordinaire ou autorisée du capital, la libération peut intervenir **en espèces** (CO 633, CO 652c), **en nature** (CO 628 I, CO 634 s., CO 635a et CO 652c, CO 652e et CO 652f), **par compensation de créance** (CO 634a II, CO 635, CO 635a, CO 652c, CO 652e et CO 652f) ou **par incorporation de réserves** (CO 652d, CO 652e et CO 652f); lors d'une augmentation conditionnelle, elle peut seulement intervenir en espèces ou par compensation de créances (CO 653 II). Dans tous les cas, les règles applicables à la libération du capital-actions sont intégralement applicables au capital-participation (CO 656a II). Ces règles ont pour objectif de s'assurer que la société reçoit effectivement de ses participants la valeur qui correspond au prix d'émission des bons de participation.

B. Renforcement du capital par la création de réserves légales

- 17 La loi prévoit la constitution de réserves légales dans différentes circonstances, en considérant que cette constitution se justifie particulièrement parce que la société réalise un «bénéfice» (CO 671 I, CO 671 II [1-2]), parce qu'elle a opéré des versements au profit de ses associés ou de ses administrateurs (CO 671 II [3], 659a II) ou encore parce qu'elle a activé des réserves latentes (CO 670 I). Dans certains de ces cas, l'existence d'un capital-participation et de bons de participation a une incidence sur la constitution de ces réserves.
- 18 Ainsi, lorsque les bons de participation sont émis avec un **agio**, celui-ci doit être affecté à la réserve légale issue du capital (CO 959a II [3b]); il en va de même si des **bons de participation sont annulés** pour être émis à nouveau et que la société réalise un bénéfice dans le cadre de cette opération (CO 656a II et CO 671 II [1-2]).
- 19 Les sociétés disposant d'un capital-participation doivent verser à la réserve légale issue du bénéfice (CO 959a II [3c]) 5% du bénéfice de l'exercice tant et aussi longtemps que la somme de la réserve issue du bénéfice et de la réserve issue du capital ne correspond pas à 20% de la somme du capital-actions et du capital-participation; c'est là la **première attribution** (CO 656b et CO 671 I).
- 19a Lorsque la société verse à ses actionnaires ou participants un dividende dépassant 5% du montant du capital social, soit un **superdividende**, elle doit attribuer le 10% des montants qui dépassent ledit dividende de 5% à la réserve légale issue du bénéfice (CO 959a II [3c] et CO 656a II et 671 II [3]) tant et aussi longtemps que la somme de la réserve issue du bénéfice et de la réserve issue du capital ne correspond pas à 50% de la somme du capital-actions et du capital-participation. Il s'agit là de la **deuxième attribution**.

C. Règles sur le pay-out

Le Code restreint les versements sans contreprestation qu'une société peut faire à ses actionnaires et participants. Ne sont admis que les versements qui prennent la forme d'un dividende (CO 675), d'un intérêt intercalaire (CO 676), d'un rachat d'actions ou de bons de participation propres (CO 659 ss) ou ceux opérés en relation avec une réduction du capital (CO 732 ss). L'existence d'un capital-participation et de bons de participation a une certaine incidence sur les conditions du versement de dividende ainsi que pour celles du rachat d'actions et de bons de participation propres.

Tant le versement d'un dividende que le rachat d'actions ou de bons de participation propres ne sont admissibles que si la société dispose de **fonds propres librement disponibles** (CO 675 et CO 659 I). Ceux-ci consistent en la part de fonds propres qui dépasse la somme du capital-actions (CO 680 II), du capital-participation (CO 656a II et CO 680 II), de la réserve légale issue du capital et de la réserve légale issue du bénéfice (dans la mesure où la somme desdites réserves légales ne dépasse pas la moitié de la somme du capital-actions et du capital-participation) (CO 671 III et 656b II) et de la réserve de réévaluation (CO 671b).

Une société disposant d'un capital-participation peut racheter ses actions et/ou bons de participation si la valeur nominale de l'ensemble des titres acquis (qui peuvent consister exclusivement en actions ou en bons de participation ou encore comprendre les deux catégories de titres dans n'importe quelle proportion) ne dépasse pas **10 % de la somme du capital-actions et du capital-participation** (CO 659 I et CO 656b III).

D. Obligations des organes en cas de perte de capital et de surendettement

CO 725 I impose au conseil d'administration de convoquer une assemblée générale et de lui proposer des mesures d'assainissement en cas de perte en capital; CO 725 II exige de lui qu'il avise le juge, lorsque les actifs ne couvrent plus les dettes. Cet avis doit aussi être donné par le réviseur, lorsque le surendettement est manifeste (CO 729b II).

L'existence d'un capital-participation a une incidence sur la notion de **perte en capital**: celle-ci suppose que les pertes dépassent la moitié de la somme du capital-actions, du capital-participation et des réserves légales.

V. Le capital-participation en tant que référence pour l'étendue des droits des associés

La SA est régie par le principe d'égalité de traitement, le capital-actions et le capital-participation servant, en principe, de référence pour attribuer les droits aux associés et, le cas échéant, pour déterminer leur étendue.

Ainsi, les droits modulables des participants (*i.e.* ceux dont on peut attribuer plus ou moins aux associés), en particulier le **droit au dividende** et le **droit à une part de liquidation**, leur sont, en principe, attribués en proportion de leur participation au capital, soit en fonction de la proportion entre la valeur nominale de leurs bons et de la somme du capital-actions et du capital-participation, avec un correctif pour tenir compte des versements opérés si les bons n'ont pas été entièrement libérés.

Sauf pour les droits attribués à chaque associé individuellement, le capital-participation et le capital-actions servent aussi de référence pour allouer les droits qui reviennent à la fois aux participants et aux actionnaires et qui ne sont pas modulables, c'est-à-dire ceux qui peuvent ou non être attribués, mais dont on ne peut pas attribuer plus ou moins. Ainsi, le **droit de demander au juge l'institution d'un contrôle spécial** est octroyé aux participants et/ou actionnaires disposant de titres d'une valeur nominale de CHF 2 000 000.– ou aux participants et/ou actionnaires détenant 10% de la somme du capital-actions et du capital-participation (CO 697b I, CO 656a II et CO 656b III). Bien que CO 656b III ne mentionne pas expressément le **droit de demander la dissolution de la société pour de justes motifs** (CO 736 [4]), il faut également

partir de l'idée que ce droit est conféré aux participants et/ou actionnaires disposant de 10% de la somme du capital-actions et du capital-participation⁹. Enfin, le **droit de demander l'établissement de comptes consolidés** (qui n'est pas non plus mentionné à CO 656b III) revient aux participants et/ou actionnaires détenant 20% de la somme du capital-actions et du capital-participation (CO 963a II [2]).

VI. Révision en cours

- 28** Le projet de révision apporte diverses précisions à CO 656b et le modifie en partie.
- 28a** Ainsi P-CO (2016) 656b I abandonne la limite actuelle du double du capital-actions pour les sociétés cotées (mais la maintient pour les sociétés qui ne le sont pas) et la référence à l'apport minimal à P-CO (2016) 656b II est supprimée.
- 28b** Le calcul des seuils est clarifié: P-CO (2016) 656b III précise les cas dans lesquels actions et bons de participation doivent être additionnés et rapportés à la somme du capital-actions et du capital-participation (limite pour constituer la réserve issue du bénéfice et règles d'utilisation des réserves issues du capital et du bénéfice, définition de la perte en capital, limites pour la marge de fluctuation du capital et le capital conditionnel)¹⁰.
- 28c** P-CO (2016) 656b IV et V définit les cas dans lesquels il y a lieu de rapporter les actions au capital-actions et les bons de participation au capital-participation (seuils contrôle spécial et action en dissolution¹¹ ainsi que seuil pour l'annonce de l'ayant droit économique au sens de CO 697j, limite rachat d'actions/bons propres¹²).
- 28d** Enfin, P-CO (2016) 656b VI énumère les seuils qui ne concernent pas les bons de participation (et sont donc calculés indépendamment du capital-participation: convocation à l'AG, inscription d'un objet à l'ordre du jour, droit de proposition)¹³.
- 28e** CO 656b V, qui ne fait que statuer une évidence, est déplacé à P-CO (2016) 656a.

Art. 656c

III. Statut juridique du participant ¹ Le participant n'a ni le droit de vote ni, dans la mesure où les statuts n'en disposent pas autrement, aucun des droits qui s'y rapportent.

1. En général

² Sont considérés comme droits qui se rapportent au droit de vote, le droit de faire convoquer l'assemblée générale, le droit d'y prendre part, le droit d'obtenir des renseignements, le droit de consulter les documents et le droit de faire des propositions.

³ Si les statuts ne leur accordent pas le droit d'obtenir des renseignements ou de consulter les documents, ou le droit de proposer l'institution d'un contrôle spécial (art. 697a et s.), les participants peuvent adresser une requête écrite à l'assemblée générale visant à obtenir des renseignements ou à consulter les documents ou encore à faire procéder à un contrôle spécial.

III. Rechtsstellung des Partizipanten

1. Im Allgemeinen

¹ Der Partizipant hat kein Stimmrecht und, sofern die Statuten nichts anderes bestimmen, keines der damit zusammenhängenden Rechte.

² Als mit dem Stimmrecht zusammenhängende Rechte gelten das Recht auf Einberufung einer Generalversammlung, das Teilnahmerecht, das Recht auf Auskunft, das Recht auf Einsicht und das Antragsrecht.

⁹ *Contra*: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 46 N 47, au motif que CO 736 (4) ne figure pas dans la liste de CO 656b III.

¹⁰ Pas de modification substantielle, mais adaptation compte tenu du remplacement du capital autorisé par l'institution de la marge de fluctuation du capital.

¹¹ Cette modification a pour objectif de protéger les actionnaires en cas d'émission d'un capital-participation important; elle limite cependant les droits des actionnaires (et participants) dans la mesure où ces derniers ne pourront plus s'unir pour agir.

¹² Restriction du droit de la société de racheter ses propres titres.

¹³ Situation inchangée par rapport au droit actuel, sauf pour le droit de proposition non réglé en l'état.

³ Gewähren ihm die Statuten kein Recht auf Auskunft oder Einsicht oder kein Antragsrecht auf Einleitung einer Sonderprüfung (Art. 697a ff.), so kann der Partizipant Begehren um Auskunft oder Einsicht oder um Einleitung einer Sonderprüfung schriftlich zuhanden der Generalversammlung stellen.

III. Statuto giuridico del partecipante

1. In genere

¹ Il partecipante non ha diritto di voto né, se lo statuto non stabilisce altrimenti, diritti ad esso inerenti.

² Sono considerati diritti inerenti al diritto di voto il diritto di esigere la convocazione dell'assemblea generale e di prendervi parte, il diritto di ottenere ragguagli, di consultare documenti e di proposta.

³ Se lo statuto non gli accorda il diritto di ottenere ragguagli, di consultare documenti o di proporre l'istituzione di una verifica speciale (art. 697a segg.), il partecipante può chiedere per scritto all'assemblea generale di ottenere ragguagli, di consultare documenti o di istituire una verifica speciale.

Bibliographie

Cf. bibliographie CO 656a.

I. Généralités

CO 656c à CO 656g sont consacrés au statut juridique du participant; ces dispositions complètent la règle prévue à CO 656a II selon laquelle, sauf exception expresse, le participant est soumis aux mêmes dispositions que l'actionnaire. 1

CO 656c traite essentiellement des droits de participation (*Mitwirkungsrechte, diritti personali*), soit, dans la terminologie légale, du droit de vote et des droits liés au droit de vote (*Stimmrecht und mit dem Stimmrecht zusammenhängende Rechte; diritto di voto e diritti inerenti al diritto di voto*). Cette disposition prévoit des régimes distincts pour le droit de vote (*infra* N 3), pour les droits liés au droit de vote autres que le droit d'information *lato sensu* (*infra* N 5-8) et pour le droit d'information *lato sensu* (*infra* N 9 ss). 2

II. Le droit de vote

A. En général

Par définition, le bon de participation **ne confère jamais le droit de vote**. Par droit de vote au sens de cette disposition, on entend le droit de codécider sur les objets de la compétence de l'assemblée générale des actionnaires (CO 698). La réglementation légale est impérative; tant qu'ils conservent leur statut de participants, les participants ne peuvent pas se voir conférer ce droit statutairement¹. Il n'est pas non plus admis de leur conférer le droit de vote pour quelques décisions particulières seulement. 3

B. Exception: le droit de vote dans l'assemblée spéciale de CO 656f IV

En dérogation à la règle générale impérative, CO 656f IV prévoit que les participants, réunis en assemblée spéciale – le vote ne peut avoir lieu en assemblée générale avec les actionnaires² –, doivent se prononcer sur la suppression de leurs droits et privilèges (voir *infra* CO 656f). La règle prévue à CO 656f IV est dispositive en ce sens qu'il est admissible de prévoir d'emblée les conditions auxquelles les droits des participants peuvent être restreints ou de décider, dans le cadre d'une assemblée spéciale, que lesdits droits seront limités à telle ou telle condition. Il n'est, en revanche, pas admissible d'étendre les compétences de l'assemblée spéciale des participants en lui attribuant des objets qui relèvent (aussi) de la compétence de l'assemblée générale des actionnaires. Cela reviendrait d'une part à éluder l'interdiction du droit de vote des par- 4

¹ Il est cependant permis de transformer les bons de participation en actions et, ce faisant, de conférer le droit de vote aux anciens participants: voir *supra* CO 656b N 12.

² BÖCKLI, § 5 N 27; VON DER CRONE, § 3 N 157, n. 609.

participants et d'autre part à remettre en cause l'autonomie de la personne morale dont doit nécessairement jouir la SA³.

III. Les droits liés au droit de vote (hors droit d'information)

- 5 Selon CO 656c I en relation avec CO 656c II, les participants ne bénéficient, en principe, pas du **droit de faire convoquer l'assemblée générale** (CO 699 III 1^{re} phr.)⁴.
- 6 Ils n'ont pas non plus le **droit de participer à cette assemblée** ni, par conséquent, le **droit de participer aux débats**⁵ qui y ont lieu. Cela implique aussi qu'ils n'ont pas le **droit d'être convoqués à l'assemblée générale** (ce droit étant remplacé par celui d'être informé du contenu de la convocation: CO 656d et *infra* N 10).
- 7 CO 656c I-II leur dénie aussi le **droit de faire des propositions** et, *a fortiori*, le **droit de faire inscrire des objets à l'ordre du jour** (CO 699 III 2^e phr.), qui obligeraient l'assemblée générale à délibérer et à se prononcer sur l'objet proposé⁶.
- 8 La **réglementation légale est dispositive**. En effet, les statuts, et eux seuls (CO 656c I), peuvent conférer aux participants un ou plusieurs des droits précités. Dans ce cas, ils doivent veiller à décrire avec précision l'étendue des droits accordés aux participants. Ces droits ne sauraient avoir pour effet de permettre aux participants de voter (*supra* N 3) ni aller au-delà de ceux qui peuvent être octroyés aux actionnaires. Il serait, en particulier, inadmissible de prévoir que l'assemblée ne peut délibérer et décider sur un objet qui n'aurait pas été proposé par les participants, comme il serait inadmissible de prévoir que l'assemblée ne peut délibérer et décider sur un objet qui n'aurait pas été proposé par un actionnaire déterminé ou un groupe d'actionnaires⁷. Il est utile que les statuts règlent les modalités d'exercice des droits de participation attribués aux participants⁸. A défaut de règles particulières, il y a lieu d'admettre que ces derniers pourront exercer les droits aux mêmes conditions que les actionnaires. Dans un tel cas, le seuil pour exiger la convocation de l'assemblée sera augmenté à 10% de la somme du capital-actions et du capital-participation (comme il l'est lorsque le capital-actions est augmenté). A noter que l'octroi des droits liés au droit de vote (hors droit d'information) est susceptible d'affecter les droits d'information reconnus aux participants (voir *infra* N 12 et CO 656d N 10).

IV. Les droits d'information *lato sensu*

- 9 Les participants disposent du **droit à la communication du rapport de gestion et du rapport du réviseur** (CO 696) aux mêmes conditions que les actionnaires (CO 656a II).
- 10 Les participants bénéficient du **droit de prendre connaissance de la convocation à l'assemblée générale, des objets à l'ordre du jour et des propositions** (CO 656d I: pour les détails, voir *infra* CO 656d). La loi leur accorde également le **droit de prendre connaissance des décisions prises par l'assemblée générale** (CO 656d II: pour les détails, voir *infra* CO 656d). Ce dernier droit remplace le **droit de consulter le procès-verbal de l'assemblée générale**⁹.
- 11 Selon CO 656c I-II, les participants ne bénéficient pas du **droit aux renseignements** prévu à CO 697, qui doit être exercé lors de l'assemblée générale. Afin de pallier l'absence de ce droit, CO 656c III reconnaît aux participants le **droit d'adresser une requête écrite à l'assemblée générale** visant à obtenir des renseignements. Comme les renseignements doivent être communiqués lors de l'assemblée générale, à laquelle les participants n'assistent en principe pas, il y a

3 ATF 67 I 262, JdT 1942 I 593.

4 VON DER CRONE, § 3 N 177.

5 FF 1983 II 901.

6 *Ibid.*

7 BÖCKLI, § 5 N 63.

8 *Id.*, N 64.

9 FF 1983 II 902; *id.*, BSK OR II-RAMPINI/SPILLMANN, CO 656d N 3; *contra*: BÖCKLI, § 12 N 225; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, CO 702 N 29.

lieu de les leur communiquer aux mêmes conditions que les décisions prises par l'assemblée générale (CO 656d II par analogie)¹⁰; il est aussi admissible de leur transmettre directement les renseignements requis, mais – pour des motifs liés à l'égalité de traitement en matière d'information des actionnaires – il est indispensable que l'assemblée générale prenne connaissance à la fois de la requête en renseignements et de la réponse donnée¹¹.

De l'avis de certains, l'exclusion du droit aux renseignements par CO 656c I-II, a pour conséquence que (sauf disposition contraire des statuts) les participants ne bénéficient pas du **droit d'agir en renseignements**, lorsque ceux-ci leur ont été refusés indûment (CO 697 IV)¹². Cette solution, qui est insatisfaisante notamment dans la mesure où les participants peuvent exiger du juge l'institution d'un contrôle spécial (CO 697b ss; *infra* N 18) qui empiète de manière autrement plus importante dans la vie de la société, ne s'impose pas. Il résulte du droit prévu à CO 656c III que la restriction de CO 656c I-II – c'est-à-dire le « lien avec le droit de vote » – s'explique par le fait que les participants ne peuvent formuler de propositions à l'assemblée générale ni assister à celle-ci, et non par le fait que le législateur a considéré que les participants n'auraient pas besoin de compléter leur information pour exercer correctement leurs droits. Il se justifie par conséquent d'interpréter restrictivement CO 656c I-II, qui constitue une exception à CO 656a II, et dont le but est de tenir compte des particularités liées au bon de participation et, dès lors, d'admettre que les participants bénéficient *ex lege* du droit d'agir en renseignements conformément à CO 697 IV¹³.

Selon CO 656c I, les **statuts peuvent conférer aux participants un droit aux renseignements identique à celui des actionnaires**, voire un droit plus étendu (la limite étant la même que celle qui s'appliquerait à l'extension du droit aux renseignements des actionnaires). Selon le point de vue défendu ici, l'extension du droit ne concerne que les prétentions que le participant fait valoir à l'assemblée générale, à l'exclusion de celles qu'il ferait valoir devant le juge (CO 697 IV; *supra* N 12). L'octroi d'un droit statutaire aux renseignements signifie que le participant qui entend requérir un renseignement doit être admis à participer ponctuellement à l'assemblée générale pour y poser sa question et entendre la réponse. Toujours selon le point de vue défendu ici, le droit d'information des participants est identique à celui des actionnaires, lorsque les statuts confèrent aux participants le droit de faire des propositions (qui leur permettra de formuler une requête à l'assemblée générale) et le droit de participer à l'assemblée générale.

Selon CO 656c I-II, les participants ne bénéficient pas non plus du **droit à la consultation** des livres et de la correspondance. CO 656c III leur reconnaît cependant le **droit d'adresser une requête écrite à l'assemblée générale** visant à consulter lesdits documents. En conséquence, le droit des participants ne se distingue du droit des actionnaires que par la forme de la requête (qui n'a pas nécessairement à être écrite) et par son destinataire (la requête des actionnaires peut aussi être adressée au conseil d'administration). S'agissant du droit d'agir en consultation prévu par CO 697 IV, les observations *supra* N 12 valent *mutatis mutandis*. Les statuts peuvent étendre le droit à la consultation des participants pour l'assimiler à celui des actionnaires, voire au-delà (la limite étant la même que celle qui s'appliquerait à l'extension du droit à la consultation des actionnaires).

Dès lors qu'ils ne disposent pas du droit de faire des propositions à l'assemblée générale (CO 656c I-II, *supra* N 7 s.), les participants ne bénéficient pas non plus du **droit de proposer à l'assemblée générale un contrôle spécial** conformément à CO 697a. Là aussi, CO 656c III leur reconnaît le droit d'adresser une requête écrite à l'assemblée générale. Par analogie avec

10 BÖCKLI, § 5 N 56.

11 *Ibid.*

12 Voir not. BSK OR II-RAMPINI/SPILLMANN, N 2 et 5; BSK OR II-WEBER, CO 697 N 2; BÖCKLI, § 5 N 57 et 62; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 46 N 48 et 52; *contra*: BINDER (1987), 250 s.

13 Le juge tiendra compte de ce que les participants n'ont pas besoin d'informations pour exercer le droit de vote lorsqu'il sera amené à peser les intérêts de la société à révéler des informations respectivement ceux des participants à disposer des informations.

CO 697a I, il faut admettre que cette requête écrite doit avoir été précédée d'une requête écrite en renseignements ou en consultation au sens de CO 656c III¹⁴ (resp. d'une demande en renseignements ou en consultation, au sens de CO 697, si les statuts confèrent ces droits aux participants).

- 16 Si l'assemblée générale donne suite à leur requête**, chaque participant (au même titre que chaque actionnaire ou la société) peut s'adresser au juge pour qu'il désigne un contrôleur spécial (CO 697a II et CO 656a II). Les participants requérants ont le droit de prendre position sur le rapport épuré (CO 697e III). Le rapport du contrôleur spécial doit être communiqué à tous les participants à l'issue de l'assemblée générale lors de laquelle il est présenté (CO 656d II par analogie).
- 17 Si l'assemblée générale ne donne pas suite à leur requête**, des participants et/ou actionnaires représentant 10 % au moins de la somme du capital-participation et du capital-actions (CO 656b III) ou des actions et/ou bons de participation d'une valeur nominale de CHF 2 000 000.– (CO 656a II), sont en **droit de demander au juge la désignation d'un contrôleur spécial** dans les trois mois¹⁵. Si la requête est admise par le juge, les participants requérants ont le droit de prendre position sur le rapport épuré (CO 697e III) et tous les participants ont droit à la communication du rapport du contrôleur spécial à l'issue de l'assemblée générale lors de laquelle il est présenté (CO 656d II par analogie).
- 18 Selon CO 656c I, les statuts peuvent étendre le droit des participants en relation avec l'institution d'un contrôle spécial.** Ils peuvent l'assimiler à celui qui est conféré aux actionnaires (les effets d'une telle extension sont identiques à ceux décrits pour le droit aux renseignements, voir *supra* N 13; ils peuvent aussi l'étendre au-delà, la limite étant la même que celle qui s'appliquerait à l'extension du droit équivalent des actionnaires). Si les participants disposent du droit de faire des propositions à l'assemblée générale et de celui de participer à l'assemblée générale, leurs droits relatifs au contrôle spécial sont identiques à ceux dont bénéficient les actionnaires.

V. Révision en cours

- 19** Le Projet ne prévoit pas de modification de fond à CO 656c, mais se contente d'une reformulation de CO 656c III.

Art. 656d

2. Communication de la convocation et des décisions de l'assemblée générale

¹ **Sont communiqués aux participants la convocation à l'assemblée générale ainsi que les objets portés à l'ordre du jour et les propositions.**

² **Toute décision de l'assemblée générale est déposée dans les meilleurs délais au siège de la société et à celui de ses succursales inscrites au registre du commerce, de telle sorte que les participants puissent en prendre connaissance. Les participants en sont informés dans la communication qui leur est adressée.**

2. Bekanntgabe von Einberufung und Beschlüssen der Generalversammlung

¹ Den Partizipanten muss die Einberufung der Generalversammlung zusammen mit den Verhandlungsgegenständen und den Anträgen bekannt gegeben werden.

² Jeder Beschluss der Generalversammlung ist unverzüglich am Gesellschaftssitz und bei den eingetragenen Zweigniederlassungen zur Einsicht der Partizipanten aufzulegen. Die Partizipanten sind in der Bekanntgabe darauf hinzuweisen.

2. Comunicazione della convocazione e delle deliberazioni dell'assemblea generale

¹ La convocazione all'assemblea generale è comunicata ai partecipanti con l'indicazione degli oggetti all'ordine del giorno e le proposte.

² Ogni deliberazione dell'assemblea generale è posta senza indugio a disposizione dei partecipanti presso la sede della società e presso quella delle sue succursali iscritte nel registro di commercio perché ne possano prendere conoscenza. Tale deposito deve essere segnalato nella comunicazione destinata ai partecipanti.

¹⁴ BSK OR II-RAMPINI/SPILLMANN, N 5.

¹⁵ Opinion non contestée malgré le texte un peu obscur de CO 656c III, qui laisse entendre que les participants ne disposeraient pas *ex lege* du droit à l'institution d'un contrôle spécial contre l'avis de l'assemblée générale.

Loi fédérale sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés

Titre 3 Comportement sur le marché

Chapitre 3 Publicité des participations

Art. 120 LIMF

Obligation de déclarer

¹ Quiconque, directement, indirectement ou de concert avec des tiers, acquiert ou aliène des actions ou des droits concernant l'acquisition ou l'aliénation d'actions d'une société ayant son siège en Suisse et dont au moins une partie des titres de participation sont cotés en Suisse ou d'une société ayant son siège à l'étranger dont au moins une partie des titres de participation sont cotés en Suisse à titre principal, et dont la participation, à la suite de cette opération, atteint ou franchit, vers le haut ou vers le bas, les seuils de 3, 5, 10, 15, 20, 25, 33⅓, 50 ou 66⅔ % des droits de vote, pouvant être exercés ou non, doit le déclarer à la société et aux bourses auprès desquelles les titres de participation sont cotés.

² Ne sont pas soumis à cette obligation les intermédiaires financiers qui acquièrent ou aliènent, pour le compte de tiers, des actions ou des droits concernant l'acquisition ou l'aliénation d'actions.

³ Est également soumis à l'obligation de déclarer quiconque peut exercer librement les droits de vote liés à des titres de participation selon l'al 1.

⁴ Sont assimilés à une acquisition ou à une aliénation :

- a. la première cotation de titres de participation;
- b. la conversion de bons de participation ou de bons de jouissance en actions;
- c. l'exercice des droits d'échange ou d'acquisition;
- d. les modifications du capital social;
- e. l'exercice des droits d'aliénation.

⁵ Constitue également une acquisition indirecte tout procédé qui, finalement, peut conférer le droit de vote sur les titres de participation concernés. Sont exceptées les procurations accordées exclusivement à des fins de représentation lors d'une assemblée générale.

Art. 121 LIMF

Obligation de déclarer incombant aux groupes organisés

Tout groupe organisé sur la base d'une convention ou d'une autre manière est soumis, en tant que groupe, à l'obligation de déclarer visée à l'art. 120 et doit indiquer :

- a. sa participation globale;
- b. l'identité de ses membres;
- c. son type de concertation;
- d. ses représentants.

Art. 10 OIMF-FINMA (art. 120, al. 1 et 3, et 123, al. 1, LIMF)

Principes

¹ L'obligation de déclarer incombe aux ayants droit économiques de titres de participation au sens de l'art. 120, al. 1, LIMF. Est considéré comme ayant droit économique celui qui contrôle les droits de vote découlant d'une participation et qui supporte le risque économique de la participation.

² Si les droits de vote ne sont pas directement ou indirectement exercés par l'ayant droit économique, est également soumis à l'obligation de déclarer, selon l'art. 120, al. 3, LIMF, quiconque peut exercer librement les droits de vote. Si la personne pouvant exercer librement les droits de vote est dominée directement

ou indirectement, l'obligation de déclarer est également considérée comme respectée si la personne dominante procède à une déclaration sur une base consolidée. Dans ce cas, la personne dominante est considérée comme soumise à l'obligation de déclarer.

³ Il n'y a aucune obligation de déclarer:

- a. lorsqu'un seuil, déclaré parce qu'atteint, est ensuite franchi à la hausse sans que le seuil suivant ne soit atteint ou franchi;
- b. lorsqu'un seuil, déclaré parce qu'atteint ou franchi à la hausse, est atteint de nouveau à la baisse sans que le seuil suivant n'ait été atteint ou franchi;
- c. lorsqu'un seuil est temporairement atteint ou franchi, à la baisse ou à la hausse, au cours d'une journée de bourse.

Art. 11 OIMF-FINMA (art. 120, al. 5, et 123, al. 1, LIMF)

Acquisition et aliénation indirectes

Constituent une acquisition ou une aliénation indirectes d'une participation:

- a. l'acquisition et l'aliénation par l'intermédiaire d'un tiers agissant juridiquement en son propre nom, mais pour le compte de l'ayant droit économique;
- b. l'acquisition et l'aliénation par des personnes morales dominées directement ou indirectement;
- c. l'acquisition et l'aliénation d'une participation dominante, directe ou indirecte, dans une personne morale qui détient elle-même, directement ou indirectement, des titres de participation.

Art. 12 OIMF-FINMA (art. 120, al. 1, 121 et 123, al. 1, LIMF)

Action de concert avec des tiers et groupes organisés

¹ Quiconque accorde son comportement avec celui de tiers, par contrat, par d'autres mesures prises de manière organisée ou par la loi, pour acquérir ou aliéner des titres de participation ou exercer des droits de vote est réputé agir de concert avec des tiers ou constituer un groupe organisé.

² Il n'est pas nécessaire de déclarer une acquisition ou une aliénation entre personnes liées les unes avec les autres ayant déclaré leur participation globale.

³ Les modifications du cercle de ces personnes et du type de concertation ou de groupe doivent en revanche être déclarées.

Art. 13 OIMF-FINMA (art. 120, al. 1, 3 et 4, et 123, al. 1, LIMF)

Naissance de l'obligation de déclarer

¹ L'obligation de déclarer au sens de l'art. 120, al. 1, LIMF naît au moment de la constitution du droit d'acquérir ou d'aliéner des titres de participation (conclusion du contrat), et ce, indépendamment du fait que ce droit soit soumis à condition. Manifester son intention, sans obligation juridique, d'acquérir ou d'aliéner des titres de participation ne fait pas naître l'obligation.

² La naissance de l'obligation de déclarer au moment de la conclusion du contrat conformément à l'al. 1 et un décalage entre la qualité d'ayant droit économique et l'exercice des droits de vote qui y est liée ne déclenchent d'obligation séparée de déclaration selon l'art. 120, al. 3, LIMF ni pour l'acquéreur ni pour le vendeur.

³ Lorsqu'un seuil est atteint ou franchi, à la hausse ou à la baisse, par suite d'une augmentation, d'une réduction ou d'une restructuration du capital social, l'obligation de déclarer naît à la date de la publication de l'événement dans la Feuille officielle suisse du commerce pour les sociétés sises en Suisse. L'obligation de déclarer des sociétés ayant leur siège à l'étranger et dont les titres sont cotés à titre principal en Suisse, partiellement ou entièrement, naît à la date de la publication d'après l'art. 115, al. 3, OIMF.

Art. 14 OIMF-FINMA (art. 120, al. 1 et 3, et 123, al. 1, LIMF)

Calcul des positions à déclarer

¹ Quiconque atteint un seuil ou le franchit, à la hausse ou à la baisse, dans l'une des positions ci-après ou dans les deux doit en déterminer la taille séparément et indépendamment l'une de l'autre, puis les déclarer simultanément:

- a. positions d'acquisition:

1. actions et parts semblables à une action ainsi que droits de vote prévus à l'art. 120, al. 3, LIMF,
2. droits d'échange et d'acquisition (art. 15, al. 2, let. a),
3. droits d'aliénation émis (art. 15, al. 2, let. b),
4. autres dérivés de participation (art. 15, al. 2);
- b. positions d'aliénation:
 1. droits d'aliénation (art. 15, al. 2, let. a),
 2. droits d'échange et d'acquisition émis (art. 15, al. 2, let. b),
 3. autres dérivés de participation (art. 15, al. 2).

² Les positions à déclarer se calculent, pour les sociétés sises en Suisse, sur la base de l'ensemble des droits de vote inscrits au registre du commerce. Pour les sociétés sises à l'étranger, le calcul des positions à déclarer se fonde sur la publication définie à l'art. 115, al. 3, OIMF.

Art. 15 OIMF-FINMA (art. 120, al. 1, 4 et 5, et 123, al. 1, LIMF)

Dérivés de participation ¹ Les dérivés de participation au sens de la présente ordonnance sont des instruments dont la valeur dérive, au moins partiellement, de la valeur ou de l'évolution de la valeur de titres de sociétés selon l'art. 120, al. 1, LIMF.

² Doivent être déclarés:

- a. l'acquisition ou l'aliénation de droits d'échange ou d'acquisition (en particulier les options d'achat) ainsi que de droits d'aliénation (en particulier les options de vente) qui prévoient ou permettent une exécution en nature;
- b. l'émission de droits d'échange ou d'acquisition (en particulier les options d'achat) ainsi que de droits d'aliénation (en particulier les options de vente), qui prévoient ou permettent une exécution en nature;
- c. les dérivés de participation qui prévoient ou permettent une exécution en espèces ainsi que les autres contrats à terme avec règlement en espèce tels que les *Contracts for Difference, Financial Futures*.

³ Les dérivés de participations déclarés en application de l'al. 2 doivent être déclarés à nouveau si, en raison de leur exercice ou de leur non-exercice, la participation atteint le seuil défini par l'art. 120, al. 1, LIMF ou le franchit, à la hausse ou à la baisse.

Art. 16 OIMF-FINMA (art. 120, al. 1 et 4, et 123, al. 1, LIMF)

Autres obligations de déclarer ¹ Une obligation de déclarer existe également en particulier quand l'un des seuils définis par l'art. 120, al. 1, LIMF est atteint ou franchi à la hausse ou à la baisse:

- a. parce qu'une société augmente, réduit ou restructure son capital;
- b. parce qu'une société procède à l'acquisition ou à l'aliénation de ses propres titres de participation;
- c. parce que des titres de participation sont achetés ou vendus pour des portefeuilles collectifs internes des banques au sens de l'art. 4 de la loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (LPCC);
- d. par les seuls droits de vote relatifs aux positions d'acquisition prévues à l'art. 14, al. 1, let. a, ch. 1, que l'actionnaire soit habilité à en faire usage ou non, indépendamment du fait que l'ensemble des droits de vote en tenant compte des dérivés de participation au sens de l'art. 15 atteigne, dépasse ou descende sous un seuil;
- e. en raison d'un transfert de titres de participation en vertu de la loi ou d'une décision judiciaire ou administrative.

² Les modifications des informations selon l'art. 22, al. 1, let. d et e, 2, let. c, d et f, et 3 engendrent une nouvelle obligation de déclarer.

Art. 17 OIMF-FINMA (art. 120, al. 1, et 123, al. 1, LIMF)

Prêts de valeurs mobilières et opérations analogues

¹ Les opérations de prêts et opérations analogues, comme l'aliénation de valeurs mobilières avec obligation de rachat (pension de titres) ou les cessions à titre de garantie avec transfert de propriété, doivent être déclarées.

² L'obligation de déclarer incombe uniquement à la partie contractante qui, dans le cadre de telles opérations, détient temporairement les valeurs mobilières:

- a. en cas de prêt de titres, l'emprunteur;
- b. en cas d'opération avec obligation de rachat, l'acquéreur;
- c. en cas de cession à titre de garantie, le bénéficiaire de la garantie.

³ A l'issue de l'opération, dès lors qu'un seuil selon l'art. 120, al. 1, LIMF est atteint ou franchi à la baisse, la partie tenue à restitution en vertu de l'al. 2 doit à nouveau déclarer.

⁴ Les opérations de prêts et les opérations avec obligation de rachat sont exemptées de l'obligation de déclarer lorsqu'elles sont exécutées de façon standardisée par le biais de plates-formes de négociation et qu'elles ont pour but la gestion de liquidités.

Art. 18 OIMF-FINMA (art. 120, al. 1, 121, et 123, al. 1, LIMF)

Placements collectifs de capitaux

¹ Les titulaires d'une autorisation (art. 13, al. 2, let. a à d, LPCC et art. 15 en relation avec l'art. 120, al. 1, LPCC) sont tenus de déclarer au sens de l'art. 120, al. 1, LIMF les participations des placements collectifs de capitaux autorisés en vertu de la LPCC.

² Les règles suivantes s'appliquent à l'obligation de déclarer:

- a. lorsque plusieurs placements collectifs de capitaux dépendent du même titulaire d'autorisation, celui-ci les déclare de manière globale et déclare en outre individuellement chaque placement collectif de capitaux dont la participation atteint un seuil ou le franchit, à la hausse ou à la baisse;
- b. les directions de fonds d'un même groupe n'ont pas l'obligation de consolider leurs participations avec celles du groupe;
- c. la direction du fonds déclare les sociétés d'investissement à capital variable (SICAV) à gestion externe;
- d. chaque compartiment d'un placement collectif ouvert divisé en compartiments constitue un placement collectif de capitaux au sens de l'al. 1.

³ Dans le cas des placements collectifs de capitaux étrangers non autorisés à la distribution qui ne dépendent pas d'un groupe, les obligations de déclarer selon l'art. 120, al. 1, LIMF doivent être satisfaites par la direction du fonds ou la société. L'al. 2 s'applique à l'obligation de déclarer.

⁴ Dans le cas des placements collectifs de capitaux étrangers non autorisés à la distribution qui dépendent d'un groupe, les obligations de déclarer selon l'art. 120, al. 1, LIMF sont remplies par le groupe.

⁵ L'indépendance de la direction du fonds ou de la société suppose notamment:

- a. *l'indépendance personnelle*: les personnes de la direction du fonds ou de la société qui contrôlent l'exercice des droits de vote agissent indépendamment de la société-mère du groupe et d'autres sociétés qu'elle domine;
- b. *l'indépendance organisationnelle*: par ses structures organisationnelles, le groupe garantit:
 - 1. que la société-mère du groupe et les autres sociétés qu'elle domine n'interviennent pas sous la forme de directives ou de toute autre manière dans l'exercice des droits de vote par la direction du fonds ou la société, et
 - 2. qu'aucune information pouvant avoir une incidence sur l'exercice des droits de vote n'est échangée ou ne circule entre la direction du fonds ou la société et la société-mère du groupe ou d'autres sociétés qu'elle domine.

⁶ Dans les cas prévus à l'al. 3, le groupe doit remettre les documents suivants à l'instance pour la publicité des participations compétente:

- a. une liste nominative de toutes les directions de fonds ou des sociétés;
- b. une déclaration attestant que les conditions d'indépendance selon les al. 3 et 5 sont remplies et respectées.

⁷ Le groupe doit annoncer à l'instance pour la publicité des participations compétente toute modification de la liste selon l'al. 6, let. a.

⁸ Dans les cas prévus à l'al. 3, l'instance pour la publicité des participations compétente peut demander en tout temps d'autres pièces attestant que les conditions de l'indépendance sont remplies et respectées.

⁹ Aucune indication sur l'identité des investisseurs n'est requise.

Art. 19 OIMF-FINMA (art. 123, al. 2, LIMF)

Banques et négociants en valeurs mobilières

¹ Les banques et négociants en valeurs mobilières selon la LBVM peuvent de toute façon, lors du calcul des positions d'acquisition (art. 14, al. 1, let. a) et des position d'aliénation (art. 14, al. 1, let. b), ne pas prendre en compte les titres de participation ou les dérivés de participation :

- a. détenus dans leur position de négoce pour autant que le pourcentage des droits de vote n'atteigne pas 5 % ;
- b. détenus dans le cadre de prêts de valeurs mobilières, de cessions à titre de garantie ou de pension de titres pour autant que le pourcentage des droits de vote n'atteigne pas 5 % ;
- c. détenus aux seules fins de la compensation ou du règlement de transactions et pour une durée maximale de deux jours de bourse.

² Le calcul au sens de l'al. 1 n'est autorisé que s'il n'existe aucune intention d'exercer les droits de vote pour ces participations, ou d'influencer d'une autre manière la gestion des affaires de l'émetteur, et que la part totale des droits de vote n'excède pas 10 % de l'ensemble des droits de vote.

³ Les titres de participation pour des portefeuilles collectifs internes des banques au sens de l'art. 4 de la loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (LPCC) doivent être ajoutés aux titres détenus par la banque ou le négociant en valeurs mobilières pour son propre compte.

Art. 20 OIMF-FINMA (art. 123, al. 1, LIMF)

Procédure d'offre publique d'acquisition

¹ A compter de la publication de l'annonce préalable de l'offre publique d'acquisition ou du prospectus relatif à cette offre (prospectus d'offre) jusqu'à l'expiration du délai supplémentaire, les personnes suivantes ne sont soumises qu'aux obligations de déclarer émises par la Commission des offres publiques d'acquisition sur la base de l'art. 134, al. 5, LIMF :

- a. l'offrant ;
- b. les personnes agissant de concert avec lui ou sous forme de groupe organisé ;
- c. les personnes selon l'art. 134, al. 1, LIMF qui, directement, indirectement ou de concert avec des tiers, détiennent une participation d'au moins 3 % des droits de vote, pouvant être exercés ou non, de la société visée, ou, le cas échéant, d'une autre société dont les titres sont offerts en échange ;
- d. les personnes désignées par la Commission des offres publiques d'acquisition selon l'art. 134, al. 3, LIMF.

² Les faits à déclarer qui se sont produits pendant la procédure d'offre publique d'acquisition doivent être déclarés à l'issue du délai supplémentaire, conformément aux dispositions de la présente ordonnance.

³ Les al. 1 et 2 ne s'appliquent pas au rachat de titres propres.

Art. 21 OIMF-FINMA (art. 123, al. 1 et 3, LIMF)

Décision préalable

¹ Les demandes de décision préalable relatives à l'existence ou non d'une obligation de déclarer doivent être adressées à l'instance pour la publicité des participations compétente suffisamment tôt avant l'opération envisagée.

² L'instance pour la publicité des participations compétente peut exceptionnellement entrer en matière au sujet de demandes relatives à des opérations déjà effectuées.

Art. 22 OIMF-FINMA (art. 123, al. 1, LIMF)

Contenu de la déclaration ¹ La déclaration contient les indications suivantes :

- a. le pourcentage des droits de vote, le type et le nombre de tous les titres de participation ou dérivés de participation au sens de l'art. 15 détenus par les personnes concernées et les droits de vote qu'ils confèrent ; lorsque la participation descend sous le seuil de 3 %, il suffit de déclarer que le seuil est franchi, sans indiquer le pourcentage des droits de vote ;
- b. les faits qui déclenchent l'obligation de déclarer, comme :
 1. l'acquisition,
 2. l'aliénation,
 3. la délégation de droits de vote visant un exercice libre (art. 120, al. 3, LIMF),
 4. l'exercice ou le non-exercice de dérivés de participation au sens de l'art. 15,
 5. les prêts de valeurs mobilières et les opérations analogues selon l'art. 17,
 6. la modification du capital de la société,
 7. les décisions des tribunaux ou des autorités,
 8. la constitution d'un groupe organisé,
 9. la modification du cercle des personnes au sein d'un groupe, ou
 10. la modification d'une information déclarée ;
- c. la date de la naissance de l'obligation de déclarer ;
- d. la date du transfert des titres de participation, si elle ne coïncide pas avec la date de naissance de l'obligation de déclarer ;
- e. le nom, le prénom et le domicile ou l'entreprise et le siège de l'acquéreur ou de l'aliénateur ou des personnes concernées.

² Dans les cas énumérés ci-après, les indications prévues à l'al. 1 doivent notamment être complétées comme suit :

- a. dans les cas prévus à l'art. 120, al. 3, LIMF :
 1. dans la déclaration de la personne autorisée à exercer librement les droits de vote, le pourcentage des droits de vote couvert par le droit d'exercice,
 2. si l'annonce est faite par la personne dominant directement ou indirectement celle autorisée à exercer librement les droits de vote (déclaration consolidée), l'indication que l'annonce n'est pas faite par cette dernière ;
- b. s'agissant des actions de concert avec des tiers ou les groupes organisés selon l'art. 12 : les indications supplémentaires prévues à l'art. 121 LIMF ainsi qu'à l'art. 12, al. 3 de la présente ordonnance ;
- c. s'agissant de dérivés de participation selon l'art. 15 qui sont munis d'un code international d'identification des valeurs mobilières (ISIN) : le code en question ;
- d. s'agissant de dérivés de participation selon l'art. 15 qui ne sont pas munis d'un ISIN, les indications sur les caractéristiques essentielles, en particulier :
 1. l'identité de l'émetteur,
 2. le sous-jacent,
 3. les conditions d'exercice,
 4. le prix d'exercice,
 5. la durée d'exercice,
 6. le genre d'exercice ;
- e. s'agissant de placements collectifs de capitaux selon l'art. 18, al. 3 : l'indication que les conditions de l'art. 18, al. 4, sont remplies ;
- f. s'agissant des actes juridiques prévus à l'art. 17 :
 1. le pourcentage des droits de vote, le type et la quantité de titres de participation ou de dérivés de participation au sens de l'art. 15 qui ont été transférés et les droits de vote qu'ils confèrent,
 2. la qualification de l'acte juridique,
 3. la date convenue pour la restitution, ou, si un droit d'option a été octroyé à cet effet, l'indication que ce droit échoit à la partie contractante soumise à l'obligation de déclarer conformément à l'art. 17, al. 2, ou à l'autre partie.

³ Pour l'acquisition ou l'aliénation indirectes (art. 11), la déclaration contient des indications complètes concernant tant l'acquéreur ou l'aliénateur direct que l'ayant droit économique.

Art. 23 OIMF-FINMA (art. 123, al. 1, LIMF)

Informations
complémentaires

Lors de chaque déclaration, il convient de communiquer à l'instance pour la publicité des participations et à la société un interlocuteur, ainsi que ses nom, prénom, adresse, numéro de téléphone et adresse électronique.

Art. 24 OIMF-FINMA (art. 123, al. 1, LIMF)

Délais de déclaration

¹ La déclaration doit parvenir dans les quatre jours de bourse suivant la naissance de l'obligation de déclarer à la société et à l'instance pour la publicité des participations compétente. L'instance pour la publicité des participations met à disposition les formulaires de déclaration.

² En cas d'acquisition par dévolution successorale, le délai selon l'al. 1 est de 20 jours de bourse.

³ La société doit publier la déclaration dans les deux jours de bourse suivant sa réception.

⁴ En cas d'opération portant sur ses propres valeurs mobilières, la société doit effectuer, dans un délai de quatre jours de bourse à compter de la naissance de l'obligation de déclarer, la déclaration à l'instance pour la publicité des participations compétente ainsi que la publication.

Art. 25 OIMF-FINMA (art. 123, al. 1, et 124 LIMF)

Publication

¹ La société publie la déclaration prévue à l'art. 22 sur une plate-forme électronique de publication exploitée par l'instance pour la publicité des participations compétente. Elle doit renvoyer à la publication précédente de la même personne tenue de déclarer.

² Dès lors qu'une société omet une publication ou procède à une publication erronée ou incomplète, les instances pour la publicité des participations peuvent publier immédiatement les informations prescrites et imputer à la société les frais résultant de cette mesure supplétive. Elles peuvent rendre publics les motifs de cette mesure supplétive. La société doit avoir été informée au préalable.

Art. 26 OIMF-FINMA (art. 123, al. 1 et 2, et 124 LIMF)

Exemptions et
allègements

¹ Des exemptions ou des allègements concernant l'obligation de déclarer ou de publier peuvent être accordés pour de justes motifs, en particulier pour les opérations suivantes :

- a. opérations à court terme;
- b. opérations qui ne sont liées à aucune intention d'exercer le droit de vote, ou
- c. opérations qui sont assorties de conditions.

² Les demandes d'exemption ou d'allègement doivent être adressées à l'instance pour la publicité des participations compétente suffisamment tôt avant l'opération envisagée.

³ L'instance pour la publicité des participations compétente n'entre en matière au sujet de demandes relatives à des opérations déjà effectuées que si des circonstances exceptionnelles le justifient.

Art. 27 OIMF-FINMA (art. 123 et 124 LIMF)

Instance pour la publicité
des participations

¹ Les bourses se dotent d'une instance particulière (instance pour la publicité des participations) chargée de la surveillance de l'obligation de déclarer et de publier. Cette instance traite aussi les demandes de décision préalable (art. 21) et d'exemption ou d'allègement (art. 26).

² Si l'institution d'une telle instance est disproportionnée, cette mission peut être confiée à une autre bourse; l'accord réglant cette collaboration doit être soumis à la FINMA pour approbation.

³ Les instances pour la publicité des participations informent régulièrement le public de leur pratique. Elles peuvent émettre des communications et des règle-

ments et publier, par les moyens appropriés, les informations nécessaires à la réalisation des objectifs de la loi. Les recommandations doivent, en règle générale, être publiées sous une forme anonyme.

⁴ Les instances pour la publicité des participations peuvent demander un dédommagement équitable pour l'exécution des tâches qui leur sont confiées par la FINMA et pour le traitement des demandes. Les tarifs sont soumis à l'approbation de la FINMA.

Art. 28 OIMF-FINMA (art. 123 et 124 LIMF)

Procédure

¹ Les demandes de décision préalable (art. 21) et les demandes d'exemption ou d'allégement (art. 26) doivent contenir un exposé des faits et des conclusions et doivent être motivées. L'exposé des faits doit s'appuyer sur des documents pertinents et contenir toutes les informations requises en vertu de l'art. 22.

² L'instance pour la publicité des participations émet des recommandations à l'adresse du requérant; celle-ci doit être motivée et communiquée également à la FINMA.

³ L'instance pour la publicité des participations peut adresser ses recommandations à la société. Sont réservés les intérêts essentiels du requérant, notamment le secret d'affaires.

⁴ La FINMA rend une décision:

- a. si elle entend statuer elle-même sur le cas;
- b. si le requérant rejette ou n'observe pas la recommandation, ou
- c. si l'instance pour la publicité des participations lui demande de rendre une décision.

⁵ Si la FINMA entend statuer elle-même, elle le déclare dans un délai de cinq jours de bourse.

⁶ S'il rejette une recommandation, le requérant doit le motiver dans un délai de cinq jours de bourse auprès de la FINMA. Sur demande, celle-ci peut prolonger ce délai.

⁷ Dans les cas selon l'al. 4, la FINMA ouvre immédiatement une procédure et en informe l'instance pour la publicité des participations ainsi que les parties concernées. Parallèlement, elle demande à cette instance de lui remettre ses dossiers.

Art. 29 OIMF-FINMA (art. 8, 31 et 123, al. 1, LIMF)

Enquêtes

La FINMA peut ordonner aux instances pour la publicité des participations de procéder à des enquêtes.

Bibliographie

BIERI/NÄNNI, Das revidierte Offenlegungsrecht in der Praxis in: Kapitalmarkttransaktionen VI, 2011, 183-223; BIERI/RÜDLINGER, Börsenrechtliche Meldepflichten bei Unternehmensübernahmen, in: Mergers & Acquisitions XIV, 2012, 135-183; BÖCKLI, zum Börsengesetz 1995; neue Rechtsinstitute und neue Probleme, BJM 1998, 225-271 (cité: BJM 1998); CEREGHETTI, Die Offenlegung von Unternehmensbeteiligungen im schweizerischen Recht, th. St.-Gall, 1995; CHABLOZ, Actionnaires dans les sociétés cotées: actions légales et gouvernance – Etude comparée: Suisse, Australie, Allemagne, 2012; DÄNIKER, *sia* Abrasives: Ungeklärte Fragen um die Offenlegung von Beteiligungen, GesKR 2011 411; ESSEBIER/WYSS, Neuerungen im Recht zur Offenlegung von Beteiligungen, Auswirkungen des neuen Finanzmarktinfrakturturgesetzes, EF 2016 156-162; DRUEY, Die Meldepflicht, RSDA 1997 numéro spécial, 42; FAHRLÄNDER, *in* Surveillance des marchés financiers, 2016; FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärsbindungsverträge, Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, 2015; GOTSCHKEV., Koordiniertes Aktionärsverhalten im Börsenrecht, 2005; GUTZWILLER/SCHLEIFFER, Offenlegung von Beteiligungen im Fall eines Trusts (Trustees) als Aktionär, GesKR 1/2007 61-67; HOFFMANN/VON DER CRONE, Das Handeln in gemeinsamer Absprache und die organisierte Gruppe im Offenlegungsrecht, RSDA 2011 309-320; HOFSTETTER, Gruppentatbestände im Börsengesellschaftsrecht, RSDA 1998 285 ss; HÖHN, «Acting in Concert» im schweizerischen Übernahmerecht: Die Begriffe «Handeln im Gemeinsamer Absprache» und «organisierte Gruppe», *in* Wirtschaftsrecht in Bewegung, Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, 2008, 23-48; IFFLAND, Groupes et actions de concert dans la loi sur les bourses, *in* Journée 2003 de droit bancaire et

financier, 143 ss; IFFLAND/GILLIARD, Les nouvelles règles en matière de publicité des participations importantes, GesKR 4/2007365-384; IFFLAND/HERZOG, Nouvelles règles en matière de publicité des participations: conséquence pour l'industrie de la gestion d'actifs et des fonds, GesKR 2015 525.531; JUTZI/SCHÄREN, Erfassung von Finanzinstrumenten im revidierten Offenlegungsrecht, EF 2009 570 (cité Finanzinstrumente); KISTLER, Die Erfüllung der (aktien- und börsenrechtlichen) Meldepflicht und Angebotspflicht durch Aktionärsgruppen, 2001; KURZBEIN, Verletzung der börsenrechtlichen Meldepflichten (Art. 20 und 31 BEHG) – Verwaltungs- und strafrechtliche Konsequenzen nach dem revidierten Börsengesetz (2013), 2013; KUNZ, Börsenrechtliche Meldepflicht in Theorie und Praxis, in Unternehmen – Transaktion – Recht, Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, 2008, 229-256; LÜCHINGER, Ad hoc-Publizität und Offenlegungspflicht in Zusammenhang mit Unternehmensübernahmen in Mergers & Acquisitions VI, 2004, 233-269; MEIER-SCHATZ, Offenlegung von Beteiligungen, Öffentliche Kaufangebote, in Das Neue Börsengesetz in der Schweiz, 93 ss; MEIER-SCHATZ, in Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, 2000 (cité: Komm. BEHG); MAIZAR, Die Willensbildung und Beschlussfassung der Aktionäre in schweizerischen Publikumsgesellschaften, 2012; METTIER, Offenlegung von Beteiligungen im Börsengesetz, 1999; NOBEL, Koordiniertes Aktionärsverhalten im Börsenrecht: eine erste Auslegeordnung, in Rechtsfragen um die Aktionärsbindungsverträge, 75 ss; NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3^e éd., 2010; NOBEL, «Schlittenfahren» mit Stimmrechtsreserven, in M & A – Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber Amicorum Rudolf Tschäni, 264; PETER/BOVEY, Droit suisse des OPA, 2013; RAMPINI/WIESER, Bundesgerichtliche Klarstellung zum Begriff des indirekten Erwerbs und zur Stellung des Meldepflichtigen im Verfahren vor der FINMA, GesKR 2010 244 RENN Christian, Einsatz und Offenlegung von Derivaten bei Unternehmensübernahmen, 2010; RÖTHLISBERGER, Offenlegung der Beteiligungsverhältnisse bei Publikumsgesellschaften, 1998; RYSER/WEBER, Aktienderivate im Offenlegungsrecht, RSDA 2010 112 ss.; SCHENKER, Die börsenrechtliche Meldepflicht bei Derivaten, in Mergers & Acquisitions XI, 2009, 251-285 (cité: Meldepflicht); SCHENKER, Schweizerisches Übernahmerecht, 2009 (cité: Übernahmerecht); SCHENKER, Entwicklung des Offenlegungsrechts – Probleme und Brennpunkte der Praxis, in: Entwicklungen in Gesellschaftsrecht VII, 2012, 359-396 (cité: Entwicklung des Offenlegungsrechts); SCHLEIFER, Offenlegungs- und übernahmerechtliche Aspekte bei Kapitalmarkttransaktionen, in Kapitalmarkttransaktionen, 2006, 125-174; SETHE/FAVRE/HESS/KRAMER/SCHOTT (éd.), Kommentar zum Finanzmarktinfrakturgesetz, 2017 (cité: SK FinfraG-AUTEUR); STADELMANN/BIERI, Die Offenlegung von Beteiligungen nach Art. 20 BEHG, GesKR 2010 310; TAISCH Franco, Finanzmarktrecht, 2010; TSCHÄNI, Gruppen in Offenlegungsrecht, in Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, 2011, 319-330; VON DER CRONE, Offenlegung von Beteiligungen und Kontrolltransaktionen im neuen Börsengesetz, in Aktuelle Fragen des Kapitalmarktrechts, 37 ss; VON DER CRONE/BILEK/HRSCHE, Neuerungen im Offenlegungsrecht, RSDA 2008 1; WATTER/RAMPINI/CANDRIAN, Praktische Aspekte der Stimmrechtssuspendierungs-Klage nach Art. 20 Abs. 4^{bis} BEHG, in: Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, 2009, 793-815; WATTER/VOGT (éd.) Basler Kommentar, Börsengesetz Finanzmarktaufsichtsgesetz, Art. 161, 161^{bis}, 305^{bis} und 305^{ter} StGB, 2^e éd., 2011 (cité: BSK BEHG/FINMAG-AUTEUR); WEBER, Informationsmissbrauch im Finanzmarkt – Eine Untersuchung des börsenrechtlichen Systems zur Ahndung und Abwehr von Informationsmissbrauch im schweizerischen Finanzmarkt, SSFM vol. 111 (2013) (cité: Informationsmissbrauch); WEBER, Börsenrecht Kommentar, 2^e éd. 2013 (cité: OFK Börsenrecht-AUTEUR); ZOBL/KRAMER, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, 2004.

Message du Conseil fédéral concernant une loi fédérale sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières du 24 février 1993, FF 1993 I 1269 (cité: Message LBVM); Message relatif à la modification de la loi sur les bourses (Délits boursiers et abus de marchés), FF 2011 6329 (cité: Message abus de marchés); Message concernant la loi sur l'infrastructure des marchés financiers du 3 septembre 2014, FF 2014 7235 (cité: Message LIMF); Commission fédérale des banques, Teilrevision BEHV-EBK per 1. Dezember 2007: Erläuterungsbericht für Anhörung, 27 septembre 2007; Commission fédérale des banques, Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (Ordonnance de la FINMA sur les bourses; OBVM-FINMA) au 1^{er} janvier 2009 Rapport explicatif en vue de l'audition de juin/juillet 2008, juin 2008; Département fédéral des finances, Rapport explicatif concernant la révision de l'ordonnance sur les bourses: Mise en œuvre de la révision de la loi sur les bourses (délits boursiers et abus de marchés) du 10 avril 2013; FINMA, Erläuterungsbericht für die Anhörung von Juni/Juli 2008, Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Börsen und den Effektenhandel per 1. Januar 2009, Berne 2008; FINMA, Erläuterungsbericht: Teilrevision der Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Börsen und den Effektenhandel (BEHV-FINMA), 27 juillet 2011; FINMA, Rapport explicatif: Ordonnance de la FINMA sur l'infrastructure des marchés financiers, 20 août 2015; FINMA, Rapport de la FINMA sur les résultats de l'audition relative à la révision partielle de l'OIMF-FINMA, qui a eu lieu du 22 août au 3 octobre 2016, 26 janvier 2017, 10-11.

I. But

- 1 Selon LIMF 120 I, quiconque acquiert ou aliène, directement, indirectement ou de concert avec un tiers, des actions ou des droits concernant l'acquisition ou l'aliénation d'actions et de ce fait franchit les seuils légaux de 3, 5, 10, 15, 20, 25, 33 ⅓, 50 ou 66 ⅔ % des droits de vote est tenu d'annoncer ce fait à la société et à la bourse où les titres sont cotés. Cette information doit ensuite être publiée par la société (LIMF 124).
- 2 Par ce biais, LIMF 120 I **impose une obligation** aux actionnaires, ou plus précisément aux investisseurs. Cela dit, il ne déroge pas au principe prévu par CO 680 I qui limite les obligations des actionnaires à celles de libérer le capital. Les obligations de publicité des participations appartiennent, en effet, au droit boursier – et plus généralement au droit public économique – et non au droit des sociétés¹. A ce titre, cette obligation se rapproche d'autres obligations de droit public imposant aux actionnaires importants de se faire connaître de la société ou des autorités de surveillance (voir p.ex. LB 3 IV 4 et V).² D'ailleurs, l'obligation d'annonce ne résulte pas directement de la qualité d'actionnaire au sens du droit des sociétés, mais bien plus de celle d'investisseur. Dans cette optique, bien que la société soit le destinataire de l'annonce, elle n'est pas créancière de cette obligation, mais seulement une courroie de transmission entre les investisseurs tenus d'annoncer leur participation et le marché en général.
- 3 Les obligations de publicité des participations instaurées par LIMF 120 ss poursuivent deux buts :
 - Premièrement, elles visent à **informer le marché**, y compris les émetteurs et leurs actionnaires, des **rapports de force** existant au sein d'une société cotée³. Cette réglementation assure ainsi une égalité quant à l'accès aux informations relatives aux modifications des participations importantes exerçant une influence potentielle sur l'évolution des cours⁴. Elles leur permettent de savoir s'il existe un actionnaire majoritaire qui contrôle à lui seul la société, un groupe d'actionnaires qui, de façon coordonnée, occupe ce rôle ou encore plusieurs actionnaires de référence détenant des participations importantes qui leur confèrent un pouvoir important, sans leur permettre de dicter leur volonté à l'assemblée générale.
 - Deuxièmement, elles cherchent à constituer, dans une perspective dynamique, **un dispositif d'alarme** destiné à avertir le marché lorsqu'un investisseur cherche à acquérir une participation importante, voire à prendre le contrôle d'une société. A ce titre, elles constituent le **prélude à la réglementation sur les offres publiques d'acquisition** qui vise à garantir la loyauté et l'égalité de traitement des investisseurs dans ce contexte⁵. L'acquisition et la vente secrète de participations importantes devrait être ainsi rendue impossible⁶.

1 BSK BEHG-WEBER, LBVM 20 N 11; Comp. Nobel, Stimmrechtsresperren, 274, qui y voit plutôt une norme de nature double (*Doppelnorm*).

2 BSK BEHG-WEBER, LBVM 20 N 23.

3 Message LBVM, 1288; TAF 7126/2009, c. 3.2; FAHLÄNDER, N 270; IFFLAND/GILLIARD, 365; NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 889; BSK BEHG-WEBER, LBVM 20 N 4-6. Il est toutefois inexact de considérer que cette obligation vise à informer le public d'un événement susceptible d'influencer les cours afin de prévenir les opérations d'initiés (voir dans ce sens FAHLÄNDER, N 270). La société n'est en effet pas tenue de publier immédiatement l'information comme en matière de publicité événementielle (RC 53 II), mais seulement après un délai de deux jours de bourse. Dès lors, il y a un concours entre ces deux normes qui peuvent s'appliquer en parallèle.

4 Message LBVM, 1281; ATF 136 II 304, c. 7.4; TF, 2A.174/2001, c. 2b; TAF, B-2775/2008, c. 6.2 et 6.3; TAF 7126/2009, c. 3.2; TAF, B-1215/2009, c. 4.2.6.2.

5 KISTLER, 93; RÖTHLISBERGER, 101; BSK BEHG-WEBER, LBVM 20 N 7.

6 TF, 2A.174/2001, c. 2b; TAF 7126/2009, c. 3.2; TAF, B-5217/2011, c. 2.1 (renversé sur d'autres points par le TF, 2C_98/2013).

II. Champ d'application

A. Rattachement au marché

Malgré son caractère de droit public, le champ d'application du droit suisse de la publicité des participations ne suit pas un principe de rattachement territorial. Il vise avant tout à protéger les marchés suisses de négoce de valeurs. Par conséquent, le droit suisse se rattache avant tout aux transactions qui déploient un effet sur les marchés financiers suisses, sans égard à où celles-ci sont conclues ou exécutées. Il s'applique donc aux prises de participation dans (a) des sociétés dont **le siège est en Suisse** et dont les titres de participation sont du moins **en partie cotés en Suisse** et (b) dans des sociétés dont le **siège est à l'étranger** mais dont au moins une partie des titres est cotée **en Suisse à titre principal**⁷. Le droit suisse s'applique indifféremment que l'acquéreur ait acquis les titres sur en bourse, sur un système de négociation multilatéral sur un système de négociation organisé ou de gré à gré⁸. De même, peu importe que la transaction se soit déroulée en Suisse ou à l'étranger⁹. Il est aussi sans importance que l'investisseur soit domicilié en Suisse ou à l'étranger¹⁰. Les normes s'appliquent indistinctement à tout investisseur qui détient des titres de participation d'une société comprise dans le champ d'application des règles sur la publicité des participations ou qui peut exercer des droits de vote de façon discrétionnaire.

B. Principe du siège statuaire

La LIMF connaît un champ d'application différencié selon que la société a un siège en Suisse ou à l'étranger. En général et conformément aux principes reconnus en matière de droit international privé (LDIP 154), la notion de siège **renvoie au siège statutaire** et non au siège effectif¹¹.

Bien que la pratique en matière d'offre d'acquisition ait par le passé assimilé une société ayant son siège à l'étranger mais dont l'essentiel de l'activité et de l'identité se rattachait à la Suisse à une société suisse¹², cette approche est désormais dépassée¹³. Le correctif nécessaire pour les sociétés ayant un rattachement fort avec le marché suisse résulte de l'application du droit boursier suisse aux sociétés étrangères dont au moins une partie des titres est cotée en Suisse à titre principal, plutôt qu'un rattachement au siège effectif.

C. Cotation en bourse

1. Cotation

Le deuxième critère de rattachement est la **cotation en bourse** d'au moins une partie des titres de participation. La notion de cotation est définie par LIMF 2 (f) comme «l'admission d'une valeur mobilière à la négociation auprès d'une bourse selon procédure standardisée prévoyant

7 Voir le Message abus de marchés, FF 2011 6338; Communiqué II/2013 de l'Instance pour la publicité des participations du 30 avril 2013 – version modifiée du 3 novembre 2014.

8 BSK BEHG-WEBER, LBVM 20 N 83; FAHRLÄNDER, N 277; SCHENKER, *Übernahmerecht*, 63;

9 BÖCKLI, BJM 1998, 234; BSK BEHG-WEBER, LBVM 20 N 140; FAHRLÄNDER, N 278; MEIER-SCHATZ, *Komm. BEHG, LBVM 20 N 172*; METTIER, 80; SCHENKER, *Übernahmerecht*, 63.

10 BÖCKLI, BJM 1998, 234; BSK BEHG-WEBER, LBVM 20 N 140; MEIER-SCHATZ, *Komm. BEHG, LBVM 20 N 172*; METTIER, 80; SCHENKER, *Übernahmerecht*, 63.

11 Voir Message abus de marchés, FF 2011 6338. Voir aussi KURZBEIN, N 48, SK *FinfraG-JUTZI/SCHÄREN*, N 83 et 93. En droit des OPA toutefois, l'ancienne Commission fédérale des banques s'était quelque fois écartée de l'approche fondée sur le siège statuaire. Voir notamment la décision de la CFB du 30 septembre 1999 dans l'affaire Tag Heuer, c. 2. MEIER-SCHATZ, *Komm. BEHG, LBVM 20 N 14*; BSK BEHG-WEBER, LBVM 20 N 49.

12 Voir notamment la décision de la CFB du 30 septembre 1999 dans l'affaire Tag Heuer, c. 2. Voir LIMF 125, N 40 ss.; Voir sous l'ancien droit; BSK BEHG-WEBER, LBVM 20 N 49; MEIER-SCHATZ, *Komm. BEHG, LBVM 20 N 14*; SCHENKER, *Übernahmerecht*, 62.

13 Voir le Message abus de marché, FF 2011 6338, qui suggère que même dans cette situation le droit boursier suisse ne s'appliquait pas jusqu'à la révision.

le contrôle des exigences relatives aux émetteurs et aux valeurs mobilières»¹⁴. Il s'agit donc d'une notion plus étroite que la simple admission au négoce qui n'implique pas nécessairement la cotation¹⁵. La distinction est importante pour les titres étrangers qui peuvent être cotés sur une bourse étrangère et négociés sur une bourse ou un système multilatéral de négociation en Suisse sans pour autant être cotés en Suisse. Seule la cotation de **titres de participation** au sens de LIMF 2 (i), c'est-à-dire d'actions, de bons de participation, de bons de jouissance ou d'autres titres du même genre, donne lieu à l'application du droit de la publicité des participations. Cela dit, il suffit, dans ce cadre, qu'une catégorie de titres soit cotée pour que les normes s'appliquent¹⁶. Par exemple, si des bons de participation, dont l'acquisition ou l'aliénation ne donne pas lieu à des obligations d'annonces (voir *infra* N 47), sont cotés, un actionnaire détenant des actions, par hypothèse, non cotées, sera soumis à la publicité des participations¹⁷. En revanche, la cotation d'obligations, de produits structurés ou de dérivés, y compris de dérivés de participations, ne donne pas lieu à l'application du droit de la publicité des participations¹⁸.

- 8 Quant à la **notion de bourse**, elle renvoie à LIMF 26 (b) qui définit une bourse comme «toute organisation exerçant la négociation multilatérale de valeurs mobilières au sein de laquelle les valeurs mobilières sont cotées et qui visent l'échange simultané d'offres entre plusieurs participants ainsi que la conclusion de contrats selon il y a des règles non discrétionnaires». En pratique, il existe en Suisse une seule bourse cotant des titres de participation, SIX Swiss Exchange SA¹⁹, qui intervient par son département SIX Swiss Regulation. Les autres bourses, SIX Structured Products AG et Eurex Zürich AG, se concentrent sur le négoce de produits dérivés et ne cotent donc pas de titres de participation²⁰. En revanche, **l'admission au négoce à une bourse (sans cotation), à un système multilatéral de négociation** (au sens de LIMF 26 [c]) et, *a fortiori*, le négoce sur un système organisé de négoce au sens de LIMF 42 ou de gré à gré **ne donne pas lieu à la publicité des participations**²¹. Dans ce cadre, la BX Berne Exchange Berner Börsenverein n'est formellement pas une bourse mais simplement une «organisation analogue à une bourse» selon l'ancienne LBVM.²² Elle devra devenir une bourse à part entière, et non pas un simple système multilatéral de négociation selon LIMF 26 (c), si elle entend toujours coter des titres. Si ça ne devait pas être le cas et bien que la BX Berne Exchange ait mis en œuvre un régime de publicité de participations²³, on peut se demander si, au regard du principe de légalité, les investisseurs détenant des titres de sociétés dont les titres sont cotés uniquement sur ce marché sont soumis à la publicité des participations.

2. Sociétés suisses: cotation à titre principal ou à titre secondaire

- 9 S'agissant de **sociétés suisses**, il importe peu que les titres de participation soient cotés à titre principal ou secondaire en Suisse. Dès que ne serait-ce qu'une partie des titres de participation sont **cotés par une bourse helvétique**, le droit suisse s'applique²⁴. De même, il est indifférent que la société ait coté des actions, des bons de participation ou des bons de jouissance en bourse, tous ces titres étant regroupés sous le concept de titres de participation (LIMF 2 (i)).

14 Voir BSK BEHG-WEBER, LBVM 20 N 53.

15 Voir aussi FAHRLÄNDER, N 188-191 (sur l'évolution historique de la distinction).

16 SK FinfraG-JUTZI/SCHÄREN, N 60; KURZBEIN, N 44; METTIER, 84; BSK BEHG-WEBER, LBVM 20 N 52.

17 FAHRLÄNDER, N 274; SK FinfraG-JUTZI/SCHÄREN, N 86; KURZBEIN, N 42; LÜSCHINGER, 251; METTIER, 83; SCHENKER, Übernahmerecht, 61.

18 SCHENKER, Übernahmerecht, 61.

19 SK FinfraG-JUTZI/SCHÄREN, N 91;

20 Voir <www.finma.ch> entreprises autorisées; TAISCH, 262.

21 SK FinfraG-JUTZI/SCHÄREN, N 91; Sous l'ancien droit, voir MEIER-SCHATZ, Komm. BEHG, LBVM 20 N 14; SCHENKER, Übernahmerecht, 61.

22 Voir <www.finma.ch> entreprises autorisées; GOTSCHKEV, 74; BSK BEHG-WEBER, LBVM 3 N 6.

23 Voir <https://www.berne-x.com/disclosure>.

24 PETER/BOVEY, 75 s.; BSK BEHG-WEBER, LBVM 20 N 52.

A contrario, une société suisse dont les titres de participation ne sont pas cotés en Suisse mais exclusivement auprès d'une bourse étrangère n'est pas l'objet des obligations de publicité de participation selon le droit suisse²⁵.

3. Sociétés étrangères: cotation à titre principal

En revanche, le droit suisse s'applique aux **sociétés étrangères** seulement si au moins une **partie des titres de participation sont cotés à titre principal en Suisse**. La notion de cotation à titre principal est définie à OIMF 115 I comme le fait d'être soumis aux mêmes devoirs en vue de la cotation et du maintien de la cotation que les sociétés ayant leur siège en Suisse. Dès lors, bien qu'il s'agisse en principe d'une notion différente de la notion de cotation primaire utilisée par les règlements de bourse²⁶, la définition choisie rejoint celle employée par la SIX Swiss Exchange²⁷.

Afin de simplifier la tâche des investisseurs et leur garantir une certaine sécurité du droit, OIMF 115 II fait **obligation à la bourse de publier une liste des sociétés étrangères** dont les titres de participation sont cotés à titre principal en Suisse, ce qui évite à un investisseur de se livrer à la tâche délicate de répondre directement à la question sans pour autant disposer de l'information nécessaire²⁸. Ces sociétés doivent à leur tour publier le nombre total de titres de participation émis et les droits de vote qui s'y rapportent (OIMF 115 III). En pratique, elles y procèdent en communiquant à SIX Exchange Regulation le nombre de titres qu'elles ont émis et les droits de vote qui leur sont liés. Cette communication doit intervenir dans les cinq jours à compter de l'acte juridique qui conduit à une modification du nombre de titres émis²⁹. Actuellement, cette disposition s'applique à treize sociétés étrangères cotées à titre principal en Suisse³⁰.

A notre avis, **les investisseurs peuvent se fier à cette liste**. Ils ne sont donc pas tenus d'examiner de façon séparée si une société étrangère, qui par hypothèse ne figurerait pas sur cette liste, satisfait les exigences de LIMF 120 I. Cette conclusion tient d'autant plus que, s'agissant de sociétés étrangères, cette publication détermine aussi le nombre total de voix émises, ce qui permet de déterminer si un seuil est franchi ou non.

D. Absence d'exception en cas de conflits positifs de lois

Contrairement à ce que prévoit le droit des offres publiques d'acquisition (comp. LIMF 125 II), le droit des publicités des participations ne prévoit **pas d'exception si plusieurs ordres juridiques veulent imposer des obligations de publicité des participations contradictoires**. Il en résulte qu'un investisseur peut être soumis simultanément au régime de publicité de participation de plusieurs ordres juridiques, par exemple si une société suisse est aussi cotée à l'étranger ou encore si une société étrangère cotée à titre principal en Suisse fait aussi l'objet d'une admission au négoce sur un marché étranger. Cette différence est justifiée dans la mesure où il n'est pas disproportionné, compte tenu de l'intérêt des investisseurs à la transparence, de s'attendre à ce qu'un investisseur se conforme au droit de la publicité des participations de plusieurs ordres juridiques, surtout si son comportement déploie un effet pour les investisseurs de chacun de ces ordres juridiques, par exemple en raison d'une cotation sur plusieurs bourses.

²⁵ FAHRLÄNDER, N 276.

²⁶ Message abus de marché, FF 2011 6355.

²⁷ Département fédéral des finances, Rapport explicatif concernant la révision de l'ordonnance sur les bourses: Mise en œuvre de la révision de la loi sur les bourses (délits boursiers et abus de marchés) du 10 avril 2013, 3; FAHRLÄNDER, N 276.

²⁸ Département fédéral des finances, Rapport explicatif concernant la révision de l'ordonnance sur les bourses: Mise en œuvre de la révision de la loi sur les bourses (délits boursiers et abus de marchés) du 10 avril 2013, 3;

²⁹ Communiqué I/2013 de l'Instance pour la publicité des participations du 30 avril 2013 – Version modifiée du 3 novembre 2014, ch. 3 et 4.

³⁰ Voir <<https://www.six-exchange-regulation.com/fr/home/investor/obligations/disclosure-of-shareholdings/capital-foreign-companies.html>>.

III. Sujet de l'annonce

A. En général

- 15 Le sujet de l'obligation d'annonce des participations est toute personne qui, par l'acquisition ou l'aliénation de titres de participation, directement, indirectement ou de concert avec des tiers, atteint ou franchit un seuil (LIMF 120 I). LIMF 120 III étend encore cette obligation à quiconque peut exercer librement les droits de vote liés à des titres de participation. En optant pour une définition aussi large, la loi remplit ainsi un de ses buts premiers, soit celui de garantir la transparence quant à l'exercice de la répartition réelle des droits de vote³¹. Cette flexibilité permet également d'adapter l'obligation de déclarer à l'évolution des pratiques dans le domaine des marchés financiers³².
- 16 La loi semble distinguer ainsi quatre types de prises de participation: (a) la participation directe, (b) la participation indirecte, (c) la participation détenue de concert avec des tiers et (d) la participation détenue du fait d'un droit d'exercer librement des droits de vote³³. En réalité, l'approche est différente: la publicité des participations ne s'intéresse pas à la titularité formelle des titres, mais s'intéresse à l'ayant droit économique³⁴. La première étape consiste à identifier le titulaire juridique des actions ou des dérivés de participation. Après avoir établi l'identité de cette personne, il s'agit de déterminer si ce dernier est également l'ayant droit économique de la participation ou si une autre personne a acquis indirectement les titres par son entremise³⁵. Si tel est le cas, le propriétaire direct s'efface au profit de l'ayant droit économique. Puis, il convient de déterminer si l'ayant droit économique agit seul ou de concert avec des tiers. Dans le second cas de figure, le rôle de l'ayant droit économique s'estompe pour laisser l'action de concert prendre le devant et dans ce cas, une annonce pour le compte de tous les concertistes suffit. En parallèle, la loi impose une obligation d'annonce séparée aux personnes qui peuvent exercer librement le droit de vote de titres qu'ils ne détiennent pas (OIMF-FINMA 10 II).
- 17 La LIMF n'impose ainsi des obligations d'annonce qu'à deux catégories de personnes:
- Les **ayants droit économiques** qui sont tenus d'annonces les actions qu'ils détiennent directement, indirectement ou de concert avec des tiers (OIMF-FINMA 10 I); étant précisé que, s'agissant de l'action de concert, une annonce pour le compte de tous les concertistes suffit; et
 - Les **personnes qui peuvent exercer librement le droit de vote de titres** qu'ils ne détiennent pas directement, indirectement ou de concert avec des tiers (OIMF-FINMA 10 II).

B. Ayant droit économique

- 18 La notion d'**ayant droit économique** de façon autonome au droit boursier³⁶ est définie à l'OIMF-FINMA 10 I, 2^e phr., comme la personne qui **contrôle les droits de vote** découlant d'une participation et qui **supporte le risque économique** de la participation. Ces conditions sont cumulatives: le seul fait de contrôler les droits de vote, sans en supporter le risque économique ne suffit pas pour considérer un actionnaire comme ayant droit économique³⁷, étant précisé que ces cas de figure font, depuis l'entrée en vigueur de la LIMF, l'objet d'une obligation de déclarer séparée au sens de LIMF 120 III et OIMF-FINMA 10 II. Inversement, le fait de supporter le risque économique des actions sans, directement ou indirectement, pouvoir

31 Recommandation V-01-12, Jahresbericht 2012 der Offenlegungsstelle von SIX Swiss Exchange, ch. 3.2.3, 45.

32 ATF 136 II 304, c. 7.4.

33 MEIER-SCHATZ, Komm. BEHG, LBVM 20 N 170.

34 BÖCKLI, BJM 242; DRUEY, 41-42; FAHRLÄNDER, N 313; GOTSCHÉV, 104; MEIER-SCHATZ, Komm. BEHG, LIMF 20 N 170; METTIER, 89; SCHENKER, Übernahmerecht, 98.

35 Recommandation V-02-14, Jahresbericht 2014 der Offenlegungsstelle von SIX Swiss Exchange, ch. 3.2.2, 21.

36 ATF 2C_98/2013 du 29 juillet 2013, c. 5.2; TAF, B-7126/2008, c. 6.3; ESSEBIER/WYSS, EF 3/2016, 157; GOTSCHÉV, N 297; METTIER, 87; SCHENKER, Übernahmerecht, 98-99.

37 TF, 2C_98/2013 du 29 juillet 2013, c. 6; Rapport explicatif concernant l'Ordonnance de la FINMA sur l'infrastructure des marchés financiers du 20 août 2015, 26-27. Voir aussi FAHRLÄNDER, 422; IFFLAND/HERZOG, 527; SCHENKER, Übernahmerecht, 98.

contrôler les droits de vote, exclut en principe aussi la qualification d'ayant droit économique. En revanche, le pouvoir ne doit pas être exercé pour que l'on ait à faire à un ayant droit économique³⁸ et il suffit d'une possibilité relativement ténue de contrôler les droits de vote pour que la qualité d'ayant droit économique soit reconnue. Il en va ainsi notamment en présence de dérivés de participation prévoyant seulement un règlement en espèce. Dans ce cas, le raisonnement consiste à reconnaître que si un investisseur détient une position synthétique, il peut aisément la convertir en une véritable position en actions sans courir de risque financier, ce d'autant que ses contreparties seront souvent disposées à dénouer leur position en cédant leurs titres à l'investisseur plutôt que de devoir les vendre sur le marché³⁹. L'ayant droit économique au sens de la publicité des participations peut être **tant une personne physique qu'une personne morale** (Comp. CO 697j). Il en va ainsi d'une société dont l'actionnariat est dispersé, d'une association, d'une fondation à but idéal ou de caisse de pension paritaires⁴⁰. De même, il peut aussi s'agir d'une corporation ou d'un établissement de droit public, par exemple, un Etat ou un fonds souverain. L'ayant droit économique peut constituer sa participation par une prise de participation directe résultant de la qualité d'actionnaire ou par une prise de participation indirecte. Il peut aussi constituer sa participation en agissant avec des tiers dans le cadre d'une action de concert.

1. Participation directe

Une participation est réputée **directe** dès que l'investisseur détient **en son propre nom et pour son propre compte** des actions (LIMF 120 I). En d'autres termes, la participation est directe, lorsqu'il y a équivalence entre la titularité juridique formelle et le bénéfice économique qui en découle. La doctrine fait souvent l'analogie avec la coïncidence entre *legal ownership* et *beneficial ownership*⁴¹ dans le droit du trust. L'analogie ne porte que dans une mesure limitée puisque le bénéficiaire d'un trust n'est pas nécessairement son ayant droit économique. Le participant direct n'est donc tenu de dévoiler sa participation que s'il est aussi ayant droit économique des titres⁴². Sinon, la simple titularité formelle d'un titre s'effaçant face à la réalité économique, l'obligation d'annonce n'incombe qu'à l'ayant droit économique (OIMF-FINMA 10 I). Dans ce contexte, une participation directe peut être constituée non seulement par des titres détenus, mais aussi par le biais de titres acquis à terme (OIMF-FINMA 13 I) qui sont entièrement assimilés à des titres détenus, même si l'investisseur ne les détient pas encore.

De même, les **opérations conférant un droit portant sur l'acquisition ou l'aliénation d'actions**, autrement dit des produits dérivés prévoyant une livraison physique, y compris des obligations convertibles ou à option, des warrants ou encore des options *call* ou *put* ainsi que des *futures* et des *forwards* (OIMF-FINMA 15 I et II) constituent aussi des opérations conférant une **participation directe** (LIMF 120 I)⁴³. En revanche, les dérivés de participation prévoyant un règlement en espèces ne constituent pas une forme d'acquisition directe, mais constituent à strictement parler un moyen indirect d'acquérir des titres (voir aLBVM 20 II^{bis} et LIMF 120 I et III infra N 58)⁴⁴. Cela dit, la participation directe dans des dérivés de participation, peu importe qu'ils prévoient une livraison physique ou un règlement en espèce, est toujours dévoilée comme une participation directe, étant précisé qu'elle doit être aussi dévoilée séparément.

38 Rapport explicatif: Ordonnance de la FINMA sur l'infrastructure des marchés financiers du 20 août 2015, 26; FAHRLÄNDER, N 367;

39 Décision de la CFB du 12 décembre 2008, dans l'affaire Laxey. *Contra* SCHENKER, Übernahmerecht, 99.

40 FAHRLÄNDER, N 314; MEIER-SCHATZ, Komm. BEHG, LBVM 20 N 147; METTIER, 161; SCHENKER, Übernahmerecht, 102-103.

41 SK FinfraG-JUTZI/SCHÄREN, N 165; MEIER-SCHATZ, Komm. BEHG, LBVM 20 N 45; METTIER, 106; BSK BEHG-WEBER, LBVM 20 N 72.

42 FAHRLÄNDER, N 314 et 366

43 BSK BEHG-TSCHÄNI/IFFLAND/DIEM, LBVM 2 (e) N 6.

44 BSK BEHG-WEBER, LBVM 20 N 74.

2. *Participation indirecte*

- 24 Le concept de **participation indirecte** couvre tout état de fait par lequel un investisseur acquiert ou aliène le bénéfice économique des titres de participation sans pour autant les acquérir ou aliéner directement. LIMF 120 V précise que, par acquisition indirecte, il faut comprendre tout autre procédé qui, finalement, peut conférer le droit de vote sur les titres de participation, à l'exception des procurations conférées exclusivement à des fins de représentation à une assemblée générale, reprenant ainsi dans la loi l'ancien OBVM-FINMA 9 III (d). Le Tribunal fédéral a concrétisé cette notion en précisant que l'ayant droit économique acquiert des valeurs mobilière en son propre nom et à ses propres risques et périls.⁴⁵ Dans ce cadre, il doit pouvoir contrôler les droits de vote découlant de sa participation et en supporter les risques économiques⁴⁶. Il s'agit là de deux conditions cumulatives.⁴⁷ La doctrine décrit la situation comme celle où le titulaire formel (*legal owner*) ne correspond pas à la personne qui de fait ou de droit retire les avantages de la participation (*beneficial owner*)⁴⁸.
- 25 Cette notion est concrétisée par OIMF-FINMA 11 qui donne une liste exemplative d'états de fait constitutifs d'acquisition ou d'aliénation indirecte:
- OIMF-FINMA 11 (a) vise tout recours à **un intermédiaire agissant juridiquement en son propre nom, mais pour le compte de l'ayant droit économique**. Il s'agit ainsi de capturer tous les scénarios faisant intervenir un prête-nom, *nominee* ou un fiduciaire qui agit juridiquement en son propre nom mais pour le compte d'un fiduciant dont il est tenu de suivre les instructions (CO 397)⁴⁹. Dans tous ces cas, l'ayant droit économique est réputé détenir indirectement la participation et doit additionner les titres qu'il détient par ce biais à sa participation totale. Peu importe dans ce contexte, qu'il exerce lui-même ou non les droits de vote. En revanche, l'intermédiaire n'est, en principe, pas tenu de déclarer sa participation, à moins qu'il puisse effectivement exercer le droit de vote (LIMF 120 III)⁵⁰.
 - OIMF-FINMA 11 (b) et (c) visent le **recours à des personnes morales dominées directement ou indirectement**, typiquement des sociétés de participation, holdings, *special purpose vehicles* (SPV) ou autres véhicules sociaux, dominées par un tiers. Plus précisément, OIMF-FINMA 11 (b) s'intéresse à l'acquisition ou l'aliénation de participations par une personne morale, alors que l'OIMF-FINMA 11 (c) vise le changement de contrôle au niveau du véhicule de détention des titres de participation. Dans les deux cas, il s'agit donc de capturer tant les sociétés-écrans qui, de fait, n'ont pas d'existence autonome que les filiales opérationnelles d'un groupe de sociétés. Dans ce contexte, la **notion de domination au sens du droit boursier** est distincte de la notion de contrôle au sens du droit comptable⁵¹. Bien qu'elle lui soit proche, il s'agit de l'interpréter de façon autonome selon le but de la norme⁵². En pratique, **le contrôle est présumé** dès que l'actionnaire détient plus de **50 % des droits de vote**. Il ne s'agit toutefois que d'une présomption, qui peut être renversée à la lumière des circonstances particulières du cas d'espèce⁵³. Comme le souligne l'Instance pour la publicité des participations, la question de savoir s'il y a effectivement un contrôle dépendra ainsi du cas

45 ATF 136 II 304, c. 7.7; ATF 130 II 530, c. 6; TF, 2C_98/2013, c. 6.3; TAF du 24 juillet 2012, B-2204/2011, c. 7.4; SK FinfraG-JUTZI/SCHÄREN, N 168; IFFLAND/HERZOG, 526.

46 Message LIMF, 7335; Rapport explicatif: Ordonnance de la FINMA sur l'infrastructure des marchés financiers du 20 août 2015, 26.

47 Rapport explicatif: Ordonnance de la FINMA sur l'infrastructure des marchés financiers du 20 août 2015, 26; IFFLAND/HERZOG, 527.

48 SK FinfraG-JUTZI/SCHÄREN, N 167; MEIER-SCHATZ, Komm. BEHG, LBVM 20 N 67; SCHENKER, Übernahmerecht, 146; BSK BEHG-WEBER, LBVM 20, N 73; ZOBL/KRAMMER, N 354.

49 DRUEY, 42; FAHRLÄNDER, N 317; SK FinfraG-JUTZI/SCHÄREN, N 171; SCHENKER, Übernahmerecht, 106; BSK BEHG-WEBER, LBVM 20 N 75.

50 Voir infra N 42-46.

51 Communiqué II/1999 de l'Instance pour la publicité des participations du 26 février 1999, ch. 2; TF, 2A.174/2001, c. 2d.

52 BSK BEHG-WEBER, LBVM 20 N 80.

53 Voir Communiqué II/1999 de l'Instance pour la publicité des participations du 26 février 1999, ch. 2.; Rapport explicatif concernant l'Ordonnance de la FINMA sur l'infrastructure des marchés financiers du 20 août 2015,

concret : il y a lieu d'admettre un contrôle lorsque la personne en question peut librement déterminer sur l'exercice du droit de vote par la société concernée⁵⁴. C'est pourquoi une participation majoritaire peut être exclue de l'obligation de déclarer, si un actionnaire détenant la majorité de droit de vote n'est de fait pas en mesure de contrôler la société ainsi. A l'inverse, une domination peut ainsi **aussi résulter d'une prise de participation plus faible** si, de fait, elle suffit à dominer la personne morale détenue⁵⁵. Il en va en particulier ainsi quand un actionnaire qui détient une participation importante minoritaire en termes absolus dans une société cotée, représente de fait, en vertu de la dispersion des actions et de l'absentéisme, de façon constante, la majorité des voix représentées et peut ainsi déterminer la composition du conseil d'administration⁵⁶. Cela étant, une majorité ponctuelle et fortuite ne suffit pas à constituer une détention indirecte⁵⁷. La domination peut aussi résulter d'un droit statutaire ou contractuel de déterminer la composition du conseil d'administration.⁵⁸

Dans tous les cas, il importe peu de savoir si l'ayant droit économique exerce son droit de vote par le biais d'un **droit d'instruire son mandataire** ou **par le biais du contrôle** ou **tout autre moyen**⁵⁹. De même, il importe peu que l'ayant droit exerce effectivement son pouvoir ou fasse confiance à la personne qu'il contrôle. Il suffit, en principe, qu'il soit objectivement en mesure de contrôler les droits de votes⁶⁰. Ainsi, même si la personne détenant les titres directement peut gérer la participation de façon autonome et librement exercer son droit de vote, l'ayant droit économique doit continuer à comptabiliser les titres⁶¹ et ce même si le participant direct est tenu de comptabiliser sa participation en vertu de LIMF 120 III et OIMF-FINMA 10 II.

Contrairement à ce que prévoyait l'aOBVM-FINMA 10 II (c) qui considérait que la constitution d'un groupe de sociétés donnait lieu à une action de concert, l'OIMF-FINMA a pris le parti de **traiter tous les états de faits relevant des groupes de sociétés par le biais de la notion d'acquisition indirecte**. Ainsi, si plusieurs sociétés sont dominées par une ou plusieurs personnes physiques ou morales grâce à la détention de la majorité du capital, des droits de vote ou d'une autre manière, elles ne sont pas tenues d'annoncer leur participation⁶². L'obligation d'annoncer incombe ainsi à l'ayant droit économique qui contrôle le groupe, c'est-à-dire la maison-mère à la tête du groupe de sociétés ou à l'actionnaire majoritaire qui, par hypothèse, contrôlerait le groupe⁶³. Cette approche a l'avantage de garantir la sécurité du droit et la transparence : la distinction entre une acquisition indirecte par le biais de sociétés contrôlées ou la formation d'un groupe de société étant tenue, sinon inexistante⁶⁴.

26; SK FinfraG-JUTZI/SCHÄREN, N 174; SCHENKER, Übernahmerecht, 112; BSK BEHG-WEBER, LBVM 20 N 81.

54 Recommandation V-01-12, Jahresbericht 2012 der Offenlegungsstelle von SIX Swiss Exchange, ch. 3.2.3 45. Voir Communiqué II/1999 de l'Instance pour la publicité des participations du 26 février 1999, ch. 2.

55 Rapport explicatif concernant l'Ordonnance de la FINMA sur l'infrastructure des marchés financiers du 20 août 2015, 27; SCHENKER, Übernahmerecht, 112.

56 Communiqué II/1999 de l'Instance pour la publicité des participations du 26 février 1999, ch. 2. Voir Jahresbericht 1998 der Offenlegungsstelle von SIX Swiss Exchange, ch. 3.1.2; SK FinfraG-JUTZI/SCHÄREN, N 174; SCHENKER, Übernahmerecht, 112.

57 Voir Communiqué II/1999 de l'Instance pour la publicité des participations du 26 février 1999, ch. 2.

58 Voir Communiqué II/1999 de l'Instance pour la publicité des participations du 26 février 1999, ch. 2. Voir aussi SCHENKER, Übernahmerecht, 112.

59 Recommandation V-01-12, Jahresbericht 2012 der Offenlegungsstelle von SIX Swiss Exchange, ch. 3.2.3, 46.

60 Recommandation V-01-12, Jahresbericht 2012 der Offenlegungsstelle von SIX Swiss Exchange, ch. 3.2.3, 46; Rapport explicatif concernant l'Ordonnance de la FINMA sur l'infrastructure des marchés financiers du 20 août 2015, 27. Voir aussi TF, 2A.174/2001, c. 2d; MEIER-SCHATZ, Komm. BEHG, LBVM 20, N 77; SCHENKER, Übernahmerecht, 113.

61 Recommandation V-01-12, Jahresbericht 2012 der Offenlegungsstelle von SIX Swiss Exchange, ch. 3.2.3, 46; Rapport explicatif concernant l'Ordonnance de la FINMA sur l'infrastructure des marchés financiers du 20 août 2015, 26.

62 Voir le Communiqué de l'Instance pour la publicité des participations du 29 novembre 2000 (III/00).

63 Rapport explicatif concernant l'Ordonnance de la FINMA sur l'infrastructure des marchés financiers du 20 août 2015, 28.

64 Rapport explicatif concernant l'Ordonnance de la FINMA sur l'infrastructure des marchés financiers du 20 août 2015, 28. Voir aussi TAF, B-7126/2008, c. 6.1.

- 28 Cela dit, l'énumération est purement exemplative⁶⁵, LIMF 120 V ayant **caractère de clause générale** ou de clause «catch all» destinée à englober «tout autre procédé qui, finalement, peut conférer le droit de vote sur les titres de participation, à l'exception des procurations conférées exclusivement à des fins de représentation à une assemblée générale». Cette disposition invite à **analyser la position de l'investisseur selon la réalité économique** sans être limitée par le formalisme juridique⁶⁶. En d'autres termes, il s'agit d'une clause contre l'abus de droit «de nature à appréhender tous les cas de figure pouvant survenir et ainsi à éviter que les ayants droit économiques n'éluent l'obligation de se faire connaître»⁶⁷. Peu importe l'instrument juridique mis en œuvre, s'il permet, en fin de compte, d'exercer le droit de vote et transférer le risque économique, il s'agit d'une participation indirecte⁶⁸. Le Tribunal fédéral a ainsi donné une interprétation extrêmement large à cette notion dans l'affaire Implenla/Laxey où il a considéré que tout procédé qui, en fin de compte, permet objectivement d'acquérir des titres ou d'exercer le droit de vote tombe sous cette définition, pour autant que, au vu des circonstances du cas d'espèce, l'on doive inférer que c'est aussi le but de l'opération⁶⁹.
- 29 En fin de compte, afin d'être couvert par l'obligation de déclarer, le procédé doit **conférer de fait ou de droit le droit de vote et les avantages financiers liés aux titres**. L'ayant droit économique doit détenir la capacité de déterminer comment les droits sociaux doivent être exercés⁷⁰. Peu importe que ce pouvoir soit effectivement exercé ou non; la simple capacité suffisant à constituer une acquisition indirecte⁷¹. Ce pouvoir peut avoir un fondement juridique, comme c'est le cas du droit d'instruction du mandant ancré à CO 397, ou résulter des rapports de force en présence, comme c'est le cas au sein des groupes de sociétés. Dans ce second cas, l'actionnaire majoritaire ne peut pas instruire le conseil d'administration (cf. CO 716a), mais peut, du fait de son droit d'élire (CO 698 II [1]) et de révoquer les membres du conseil d'administration (CO 705 I), si la question est suffisamment importante à ses yeux, faire connaître sa préférence à ces derniers et, implicitement les menacer de leur retirer sa confiance, s'ils n'obtempèrent pas. En revanche, le fait de pouvoir influencer une personne par la conviction, sans pouvoir juridique ou factuel, ne suffit pas à donner lieu à une prise de participation indirecte⁷².
- 30 Les **fondations et les trusts** posent dans ce contexte un problème particulier. En principe, une fondation de droit suisse "classique" n'est pas contrôlée par son fondateur ou ses bénéficiaires. Ses organes n'en sont pas non plus les ayants droit économiques, dans la mesure où ils ne supportent pas le risque économique. Il en résulte qu'une fondation est son propre ayant droit économique. Il en va différemment s'agissant d'une fondation de famille ou d'une fondation constituée sous un droit d'un pays tiers permettant aux fondateurs ou aux bénéficiaires d'influencer, directement ou indirectement, le fonctionnement de la fondation.⁷³ Dans un cas jugé, sous l'ancien droit, le Tribunal administratif fédéral a eu à juger le cas de bénéficiaires d'une fondation de famille, membres de plein droit du conseil de famille de la dite fondation. A ce titre, ils étaient habilités à réviser les statuts, en lieu et place du conseil de fondation. C'est pourquoi le Tribunal administratif fédéral considéra que compte tenu de leur influence détermi-

65 Rapport explicatif concernant l'Ordonnance de la FINMA sur l'infrastructure des marchés financiers du 20 août 2015, 27.

66 FAHRLÄNDER, N 319; MEIER-SCHATZ, Komm. BEHG, LBVM 20 N 175; BSK BEHG-WEBER, LBVM 20 N 73.

67 TAF, B-7126/2008, c. 6.1. Voir aussi Message LIMF, 7335.

68 BSK BEHG-WEBER, LBVM 20 N 79.

69 ATF 136 II 304, c. 7.7; Voir Recommandation V-01-12, Jahresbericht 2012 der Offenlegungsstelle von SIX Swiss Exchange, ch. 3.2.3, 46; DÄNIKER, GesKR 2011, 411-412; FAHRLÄNDER, N 320; RAMPINI/WIESER, 244-245; KUNZ, 2010, 1479 ss.

70 ATF 136 II 304, c. 7.7; TF, 2C_98/2013 du 29 juillet 2013, c. 5.2; TAF, B-1215/2009 du 9 novembre 2010, c. 7.1; FAHRLÄNDER, N 364; KURZBEIN, N. 60, MEIER-SCHATZ, Komm. BEHG, LBVM 20 N 175; METTIER 89; SCHENKER, Übernahmerecht, 98-99; ZOBL/KRAMMER, N 347.

71 Recommandation V-01-12, Jahresbericht 2012 der Offenlegungsstelle von SIX Swiss Exchange, ch. 3.2.3, 46.

72 DRUEY, 40; BSK BEHG-WEBER, LBVM 20 N 81.

73 GOTSCHKEV, 123; MEIER-SCHATZ, Komm. BEHG, LBVM 20 N 145; SCHENKER, Übernahmerecht, 114; BSK BEHG-WEBER, LBVM 20 N 77.

Introduction à la Loi sur la fusion*

Bibliographie

ALTENBURGER/CALDERAN/LEDERER, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht, Ein Handbuch zum Fusionsgesetz, zur Handelsregisterverordnung und zum Steuerrecht, 2004; AMMANN, Die Verletzung der Kontinuität der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte und deren Ausgleichung nach Art. 105 Fusionsgesetz unter der Berücksichtigung der Zivilprozessordnung Basel-Stadt und des Entwurfs zur schweizerischen Zivilprozessordnung, 2007; AMSTUTZ, Evolutorisches Wirtschaftsrecht: Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft, 2001 (cité: Evolutorisches Wirtschaftsrecht); AMSTUTZ, Konzernorganisationsrecht: Ordnungsfunktion, Normstruktur, Rechtssystematik, 1993 (cité: Konzernorganisationsrecht); AMSTUTZ/MABILLARD, L'Esprit de la loi sur la fusion, Réflexions sur l'admissibilité des opérations hors LFus, RSDA 4/2011 350 ss; AMSTUTZ/REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden: Eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in Kartellgesetzrevision 2003: Neuerungen und Folgen, 2004; AYER, La transformation d'une société à responsabilité limitée en société anonyme, Etude selon le droit actuel et selon la loi sur la fusion, RNRF 3/2002 129 ss; B R, Die kaufmännische Unternehmung im neuen Ehe- und Erbrecht, in Berner Tage für die juristische Praxis, 1987 (cité: Die kaufmännische Unternehmung); BAKER & MCKENZIE ( d.), Fusionsgesetz, Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, 2   d., 2015 (cité: SHK FusG-AUTEUR); BEHNISCH, Spaltung im Recht der direkten Steuern, ASA 2003/71 711 ss; BERETTA, Vertrags bertragung im Anwendungsbereich des geplanten Fusionsgesetzes, RSJ 2002 249 ss (cité: Vertrags bertragung); BERETTA, Strukturanpassungen: Fusion, Spaltung, Umwandlung, Vermögensübertragung, SPR VIII/8, 2006 (cité: SPR); BERLE, For Whom Corporate Managers Are Trustees: A Note, Harvard Law Review, 1932; BERTSCHINGER, Die Klagen gemäss Fusionsgesetz – Ein Überblick, PJA 2004 839 ss (cité: Die Klagen); BERTSCHINGER, Spaltungsvertrag und Verm gens bertragungsvertrag gemäss Fusionsgesetz – Neue Nominatkontrakte, in Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Mélanges Rey, 2003, 359 ss (cité: Spaltungsvertrag und Verm gens bertragungsvertrag); BINDER, Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften bei Spaltung und Vermögensübertragung, ein Beitrag zu einer fachgerechten Auslegung des Fusionsgesetzes, 2005; BÖCKLI, Rechtsfragen zum Spaltungsverfahren des Fusionsgesetzes, L'EC 2004 899 ss (cité: Rechtsfragen); B SIGER, Verfahrenserleichterungen für KMU nach Fusionsgesetz und Kapitalschutz am Beispiel der Aktiengesellschaft, Reprax 2/3/2004 125 ss; BRÜCKNER, Das Personenrecht des ZGB, 2000; BÜCHI, Spin-off: rechtliche Aspekte von Abspaltungen bei Publikumsgesellschaften, 2001 (cité: Spin-off); BÜCHI, Allgemeine Inventarpflicht für Verträge bei der Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz?, Reprax 1/2006 36 ss (cité: Inventarpflicht); BÜLLESBACH, Systemtheorie im Recht, in Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8   d., 2011; CAREY/EISENBERG, Cases and Material on Corporations, 1995; CATHOMAS/VON DER CRONE, Verantwortlichkeit der Revisionsgesellschaft bei der Umwandlung (Art. 108 Abs. 2 FusG), 4A_576/2015, RSDA 2016 532 ss; CEREGHETTI, Die Offenlegung von Unternehmensbeteiligungen im schweizerischen Recht, 1995; CHAMPEAUX/TURIN, Check-Listen für Umstrukturierungen nach dem Fusionsgesetz, Reprax 2/2004 79 ss; COASE, The Nature of the Firm, 4 Economica, 1937; DEAKIN/HUGHES, Economic Efficiency and the Proceduralisation of Company Law, Company Financial and Insolvency law Review 2, 1999, 169 ss; DAENIKER/FANKHAUSER, Die Spaltung von Gesellschaften in der Praxis, in Fusionsgesetz, Auswirkungen auf die Praxis, 2004; DASSER, Gerichtsstand und anwendbares Recht unter dem Fusionsgesetz, in Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Mélanges Forstmoser, 2003, 660 ss; DODD, For Whom Are Corporate Managers Trustees?, Harvard Law Review, 1932; DRUEY, Das neue Fusionsgesetz – Erleichterung für Umstrukturierungen, Jusletter du 7 juin 2004; EASTERBROOK/FISCHEL, The Corporate Contract, Columbia Law Review, 1989 (cité: The Corporate Contract); EASTERBROOK/FISCHEL, The Economic Structure of Corporate Law, 1991 (cité: The Economic Structure); ECONOMIESUISSE, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, 2002; EMCH, System des Rechtsschutzes im Fusionsgesetz, Materiell- und prozessrechtliche Überlegungen zu den Klagen des FusG bei Umstrukturierungen unter Beteiligung von Aktiengesellschaften, 2006; FATZER/STEINER, Prüfung der Zwischenbilanz erstellt nach Art. 11 Abs. 2 FusG – der neue Schweizer Prüfungshinweis 30 schafft Klarheit, Reprax 3/2015 1 ss; FAVRE, Le transfert conventionnel de contrat, 2005; FRICK, Die Business Judgement Rule als Beitrag zur Systematisierung des Verantwortlichkeitsrechts, in Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Mélanges Forstmoser, 2003, 509 ss; FISCHER, Die Kompetenzverteilung zwischen Generalversammlung und Verwaltungsrat bei der Vermögensübertragung, 2007; FRANTZ, X-Efficiency: Theory, Evidence and Applications, 1987; FREY/LAMBELET, Spaltung – Rechtliche und steuerliche Aspekte, PJA 2004 790 ss; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht AT, 10   d., 2014, t. I et II; GERSBACH, Die be-

* Le texte légal est reproduit en annexe ci-après.

sonderen Transaktionsformen: Spaltung und Vermögensübertragung, RNRF 2004 197 ss; GIGER, Corporate Governance als neues Element im schweizerischen Aktienrecht: Grundlagen sowie Anpassungsbedarf in den Bereichen Aktionärsrechte und Unternehmensleitung bei Publikumsgesellschaften, 2003; GLANZMANN, Umstrukturierungen, eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 3^e éd., 2014 (cité: Umstrukturierungen); GLANZMANN, Die Kontinuität der Mitgliedschaft im neuen Fusionsgesetz, PJA 2004 139 ss (cité: Die Kontinuität); GLANZMANN, Der Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan im neuen Fusionsgesetz, PJA 2004 815 ss (cité: Der Umstrukturierungsvertrag); GLANZMANN, Verfasst das Schweizer Fusionsgesetz einen Numerus clausus?, in *Das Fusionsgesetz: Bewährungsprobleme nach dem 8. Jahr*, 2015 1 ss (cité: Numerus clausus); GNOS, Die Praxis zur erleichterten Fusion von Konzerngesellschaften, GesKR 2006 189 ss; GOSHEN, The Efficiency of Controlling Corporate Self-Dealing: Theory Meets Reality, *California Law Review*, 2003; GRASS, Business Judgement Rule: Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, 1998; HÄBERLING, Die Fusion von Genossenschaften nach schweizerischem Recht, 1951; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7^e éd., 2016; HART, Firms, Contracts, and Financial Structure, 1995; HEINZMANN, Die Herabsetzung des Aktienkapitals, 2004; HELBLING, Berufliche Vorsorge im Umbruch: Neuere Entwicklungen und Standortbestimmung aus betriebswirtschaftlicher Sicht, L'EC 2000 339 ss (cité: Berufliche Vorsorge im Umbruch); HELBLING, Personalvorsorge und BVG, 8^e éd., 2006 (cité: Personalvorsorge und BVG); HIRSIGER, Der Schutz der Gesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer bei der Fusion von Kapitalgesellschaften nach schweizerischem und europäischem Fusionsrecht, 2006; HOFSTETTER, Corporate Governance in der Schweiz, 2002; HURNI, Fusionsgesetzliche Vermögensübertragung zu Sicherungszwecken, recht 2005, 21 ss (cité: Vermögensübertragung); HURNI, Der Übertragungsvertrag nach Art. 70 FusG als Verfügungsvertrag, Jusletter du 7 juin 2004, 1 ss (cité: Der Übertragungsvertrag); ISLER/VON SALIS, Fusionen nach dem neuen Fusionsgesetz, RDS 2004 9 ss; JENSEN/MECKLING, Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, JFE 3 1976 305 ss; JÜRGENMEYER, Das Unternehmensinteresse, Recht und Wirtschaft, 1984; KLÄY, Das Fusionsgesetz – ein Überblick, Notaire bernois 2004, 185 ss; KLÄY/TURIN, Der Entwurf zum Fusionsgesetz, Reprax 1/2001; KNAPP, Grundlagen des Verwaltungsrechts, 1992-1993; KRAMER, Juristische Methodenlehre, 5^e éd., 2016; KÜBLER, Verrechtlichung von Unternehmensstrukturen, in *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität: Vergleichende Analysen*, 1985, 167 ss; KUNZ, Umwandlung und Vermögensübertragung im neuen schweizerischen Fusionsrecht – Blicke zurück und nach vorne, PJA 2004 802 ss (cité: Umwandlung und Vermögensübertragung); KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht: Eine gesellschaftsrechtliche Studie zum aktuellen Rechtszustand verbunden mit Rückblick und mit Vorausschau sowie mit rechtsvergleichenden Hinweisen, 2001 (cité: Der Minderheitenschutz); KUNZ, Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, 1997 (cité: Die Klagen); KÜRY, Die Universalsukzession bei der Fusion von Aktiengesellschaften, 1962; LANG, Liquidation und Teilliquidation von Personalvorsorgeeinrichtungen, L'EC 1994 177 ss (cité: Liquidation); LANG, Die Rolle der Beteiligten an der Teilliquidation von Pensionskassen, RSAS 2000 429 ss (cité: Die Rolle der Beteiligten); LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991; LEIBENSTEIN, Allocative Efficiency vs. «X» Efficiency, *American Economic Review* 56 1966, 392 ss; LIVER, Das Eigentum, Der Besitz, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, SPR V/1, 1977; LOSER-KROGH, Die Vermögensübertragung, Kompromiss zwischen Struktur- anpassungsfreiheit und Vertragsschutz im Entwurf des Fusionsgesetzes, PJA 2000 1095 ss; LUHMANN, Einführung in die Systemtheorie, 2002 (cité: Einführung in die Systemtheorie); LUHMANN, Soziologische Aufklärung 3, 2005 (cité: Soziologische Aufklärung 3); LUTTER (éd.), Umwandlungsgesetz, Kommentar, 5^e éd., 2014 (cité: LUTTER-AUTEUR, UmwG); MABILLARD, Fusionsrechtliche Klagen, Ein Klagesystem zur dynamischen Regulierung von Verhandlungsprozessen, in *Das Fusionsgesetz: Bewährungsprobleme nach dem 8. Jahr*, 2015 169 ss; MALACRIDA, Spaltung von Gesellschaften, RDS 2004 I 39 ss; MEIER-SCHATZ, Fusionsgesetz und KMU, RJB 1999 29 ss (cité: Fusionsgesetz und KMU); MEIER-SCHATZ, Das neue Fusionsgesetz, 2000 (cité: Das neue Fusionsgesetz); MEIER-SCHATZ/GASSER, Der Vorentwurf zum Fusionsgesetz aus der Sicht der Familienaktiengesellschaft, RSDA 1999, 17 ss; METTIER, Offenlegung von Beteiligungen im Börsengesetz: Melde- und Veröffentlichungspflicht von Aktionären und Gesellschaft, 1999; MEYER, Umwandlung ohne Umwandlungsprüfung – eine Schutzlücke?, Reprax, 3/2016 21 ss; MÜLBERT, Unternehmensbegriff und Konzernorganisationsrecht, ZHR 1999 2 ss; NEUNER, Die Rechtsfindung contra legem, 1992; NOBEL, Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern, RDS NF 1998 355 ss; PAILLUSSEAU, La société anonyme: Technique d'organisation de l'entreprise, 1967; PETER H., LFus: Concepts généraux et questions controversées, SJ 2005 71 ss; PETER H., Le sort des contrats en cas de transfert de patrimoine, RSDA 2004 223 ss (cité: Le sort des contrats); PETER H., Loi fédérale sur la fusion: Le point de la situation, JdT I 2002 327 ss (cité: Le point); PFÄFFLI, Fusionsgesetz und Grundbuch, Notaire bernois 2004, 236 ss; PFEIFER/MEIER, Ausschliesslichkeit der Regelung des FusG für Strukturanpassungen, insbesondere für Spaltungen?, PJA 2004 833 ss; PICKHARDT, Die Abgrenzung des spaltungsrelevanten Vermögensteils als Kernproblem der Spaltung, *Wirtschaftsrecht* 14, 1999, 729 ss; PIOTET, Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières, 1978; POSNER, Economic Analysis of Law, 8^e éd., 2011; RAISER, Mitbestimmungsgesetz: Kommentar, 3^e éd., 1998; REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15^e éd. 2001; RIEMER, Vorsor-

geeinrichtungen und Fusionsgesetz, RSAS 2004 139 ss (cité: Vorsorgeeinrichtungen und Fusionsgesetz); RIEMER, Gefährdet das neue Fusionsgesetz die berufliche Vorsorge?, Plädoyer 6/2001 35 ss (cité: Berufliche Vorsorge); RIEMER, Anfechtungs- und Nichtigkeitseklagen im schweizerischen Gesellschaftsrecht, 1998 (cité: Anfechtungs- und Nichtigkeitseklagen); RIEMER, öffentlich-rechtliche Personenverbindungen ohne Rechtspersönlichkeit, ZBl 2001 76 ss (cité: ZBl 2001); RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne, 1995; RÖTHLISBERGER, Offenlegung der Beteiligungsverhältnisse bei Publikumsgesellschaften, 1998; RUEDIN, La protection des créanciers dans le projet de loi sur la fusion, in *Neue Tendenzen im Gesellschaftsrecht*, Mélanges Forstmoser, 2003, 687 ss (cité: La protection des créanciers); RUFFNER, Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft: Ein Beitrag zur Theorie der Corporate Governance, 2000; RUGGLI-WÜEST, Umstrukturierungen in der Wirtschaft und ihre Auswirkungen auf die berufliche Vorsorge, BJM 2000 113 ss; SCHENKER, Die Fusion, PJA 2004 772 ss; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 4   d., 2012 (cité: Sachenrecht); SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3   d., 2016 (cité: Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht); SCHMID-TSCHIRREN, Sachenrechtliche Aspekte des Fusionsgesetzes, RNRF 2004 228 ss; SCHMIDT, Handelsrecht, 6   d., 2014 (cité: Handelsrecht); SCHMIDT, Universalsukzession kraft Rechtsgeschäfts: Bewährungsproben eines zivilrechtsdogmatischen Rechtsinstituts im Unternehmensrecht, AcP 1991 495 ss (cité: Universalsukzession); SCHNELLER, Die Organe der Aktiengesellschaft bei einer ordentlichen Fusion, Stellung, Pflichten und Verantwortlichkeit nach Fusionsgesetz, 2006; SCHUMACHER, Die Vermögensübertragung nach dem Fusionsgesetz, 2005; SEMLER/STENGEL, Kommentar zum UmwG, Beck'sche Kurzkommentare, Band 56, 3   d., 2012 (cité: SEMLER/STENGEL-AUTEUR, UmwG); SOLDATI/SENN, Die Fusion, Das neue Fusionsgesetz, Erläuternde Beiträge für den Praktiker, Jusletter du 7 juin 2004, 1 ss; SPORI/MOSER, Fusionsgesetz: Kongruenzen und Inkongruenzen zwischen Zivil- und Steuerrecht, RJB 2004 301 ss; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9   d., 2010; STEINAUER, Les droits réels, t. I, 5   d., 2012, et t. II, 4   d., 2011; SUTER, Die Fusion von Aktiengesellschaften im Privatrecht und im Steuerrecht, 1966; TAORMINA, Innenanspr che in der einfachen Gesellschaft und deren Durchsetzung, 2003; TEUBNER, Recht als autopoietisches System, 1989 (cité: Recht als autopoietisches System); TH VENAZ, La protection des créanciers et des associés lors de la scission de société, RSDA 2004 208 ss; TRIGO TRINDADE, Le transfert de patrimoine, RSDA 2004 215 ss; TROCHU, L'entreprise: Antagonisme ou collaboration du capital et du travail, RTDcom 12 1969 681 ss; TSCHÄNI, Funktionswandel des Gesellschaftsrechts: Die europäisch-gemeinschaftlichen Versuche einer strukturellen Unternehmenskontrolle – illustriert am Verhältnis von Gesellschafts- und Wettbewerbsrecht, 1978 (cité: Funktionswandel); TSCHÄNI, Vermögensübertragung, RDS 2004 I 83 ss (cité: Vermögensübertragung); TSCHÄNI, Der Fusionsvertrag, RSDA 2004 III 197 ss (cité: RSDA 2004); TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4   d., 2014; TUOR, Der Grundsatz der Universalsukzession im römischen Recht und in der modernen Gesetzgebung: Rede gehalten am 15. November 1919 zur feierlichen Eröffnung des Studienjahres von Peter Tuor; TURIN, Le transfert de patrimoine selon le projet de loi sur la fusion, 2003; VEREIN SCHWEIZERISCHE EFFEKTENBÖRSE, Offenlegung von Beteiligungen; VISCHER F., Des principes de la loi sur la fusion et de quelques questions controvers es, RSDA 2004 155 ss (cité: Principes); VISCHER F., Fusionsgesetz (Vortrag vom 31.5.1999 vor dem Basler Juristenverein), BJM 1999 289 ss (cité: Fusionsgesetz); VISCHER F. ( d.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003 sowie zu den ergänzenden Erlassen (IPRG, Steuerrecht), 2   d., Zurich 2012 (cité: ZK FusG-AUTEUR); VISCHER M., Übergang von Nutzen und Gefahr beim Unternehmenskaufvertrag, Jusletter du 24 juillet 2004; VOGEL, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 1990, RJB 1992 262 ss; VOGEL/GÜNTER, Verträge: Automatischer Übergang im Fusionsgesetz, in *Das Fusionsgesetz: Bewährungsprobleme nach dem 8. Jahr*, 2015, 133 ss; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER/OPEL, FusG Kommentar Fusionsgesetz, 3   d., 2017 (cité: OFK FusG-AUTEUR); VOGT, Fusion und Umwandlung nach dem neuen Fusionsgesetz, RNRF 2004 141 ss; VON B REN B., Schweizerisches Obligationenrecht AT, 1964; VON B REN R., Fusion, Umwandlung und Vermögensübertragung unter Beteiligung von Instituten des öffentlichen Rechts, RSDA 2004 178 ss (cité: RSDA 2004); VON B REN R., Die Rechtsformumwandlung als Voraussetzung einer Privatisierung, in *Rechtliche Probleme der Privatisierung*, 1998 (cité: Rechtsformumwandlung); VON DER CRONE/BEYELER/DEDEYAN, Stakeholder im Aktienrecht, RDS 2003 I 409 ss; VON DER CRONE *et al.*, Das Fusionsgesetz, 2004 (cité: Das Fusionsgesetz); VON SALIS, FusG 2004, <http://www.fusg.ch>; VONZUN, Rechtsnatur und Haftung der Personengesellschaften, 2000; WAMISTER, Die Umwandlung von Gesellschaften, RDS 2004 I 63 ss; WATTER, MFW Shareholders Litigation revisited – Lehren für die Auslegung von Art. 105 FusG?, GesKR 2014 251 ss (cité: MFW); WATTER, Vermögensübertragung – Ausgewählte Aspekte aus der neueren Praxis, in *Mergers & Acquisitions XVIII*, 2016 7 ss (cité: Vermögensübertragung); WATTER/BÜCHI, Demergers (Abspaltung) bei der (Publikums-) Gesellschaft, in *Mergers & Acquisitions V*, 2003, 1 ss; WATTER/KÄGI, Der Übergang von Verträgen bei Fusionen, Spaltungen, und Vermögensübertragungen, RSDA 2004 231 ss; WATTER/VOGT/TSCHÄNI/DAENIKER ( d.), Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2   d., 2015 (cité: BSK FusG-AUTEUR); WEBER PH., Die Vermögensübertragung, in *Fusionsgesetz, Auswirkungen auf die Praxis*, 2004, 123 ss; WEBER R.H., Juristische Personen, SPR II/4, 1998; WEBER/BISCHOF, Umstrukturierungen und Privatisierung von Instituten des öffentlichen

Rechts, 2002; WEHRLI, Mitbeteiligung der Arbeitnehmer durch Belegschaftsaktien: Problematik und Erfahrungen, 1969; WERRO, La responsabilité civile, 2^e éd., 2011; WIELAND, Handelsrecht, vol. 1: Das kaufmännische Unternehmen und die Handelsgesellschaften, 1921; WILLIAMSON, Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus: Unternehmen, Märkte, Kooperationen, 1990; ZOBL, Die Umwandlung von Gesellschaften nach neuem FusG, RSDA 2004 169 ss; ZWICKER, Die Fusions-, Spaltungs- und Umwandlungsprüfung nach dem Fusionsgesetz, RDS 2004 157 ss (cité: Prüfung); ZWICKER, Besondere Regeln des Fusionsgesetzes für Stiftungen, Vorsorgeeinrichtungen und Institute des öffentlichen Rechts, RDS 2004 183 ss (cité: Besondere Regeln).

I. Généralités

- 1 La LFus constitue du **droit de l'entreprise**¹. Contrairement au droit des sociétés classique, cette loi ne se concentre pas sur les rapports entre investisseurs, mais crée un ordre qui englobe tous les participants à l'entreprise. Cela pose la question de savoir quelle est la fonction de la loi. De prime abord: cette dernière semble régir les adaptations de structures en droit des sociétés, des établissements et des instituts de droit public. Avec une telle caractérisation, on n'a toutefois abordé que l'«interface» de la LFus. Afin de saisir son objet véritable, il faut examiner son «niveau de programmation». Ce n'est qu'à ce niveau que l'on peut reconnaître que ses règles sont déterminées de manière prépondérante par l'entreprise et ses exigences. C'est là qu'il faut donc chercher la fonction de cette loi: il s'agit, selon une caractérisation encore très générale, de la protection de l'entreprise et de ceux qui y participent dans le processus de modification de sa forme juridique².
- 2 Par cette distinction entre **l'entreprise** et sa **forme juridique**, on aborde une question qui, dans la doctrine, n'a trouvé que peu d'attention jusqu'ici. Dans une perspective historique, cette attitude s'explique par le fait que l'on identifie régulièrement l'entreprise à son porteur³. Une telle assimilation de «l'objet juridique» et du «sujet juridique» rend toutefois difficile une analyse critique de la LFus. C'est pourquoi, il convient, pour les diverses opérations de restructuration que cette loi régleme (fusion, scission, transformation et transfert de patrimoine), de faire une distinction entre une dimension associative, une dimension patrimoniale et une dimension entrepreneuriale. A des fins d'analyse, le droit des sociétés – auquel la LFus doit être rattachée – peut être subdivisé en trois catégories de règles: (1) des règles qui concernent la communauté au sein de laquelle une pluralité de personnes s'est réunie en vue d'atteindre un but commun (**régime associatif**), (2) des règles qui concernent le patrimoine de l'entreprise au moyen duquel le but commun doit être atteint (**régime patrimonial**), et (3) des règles qui concernent l'activité commerciale de l'entreprise (**régime entrepreneurial**). Cette subdivision sera expliquée plus loin plus en détail.

II. Fonction de la loi sur la fusion

A. En général

1. Loi sur la fusion et droit de l'entreprise

- 3 La thèse selon laquelle la LFus doit être qualifiée de «droit de l'entreprise», suggère que cette loi constitue un **changement de style législatif** en droit des sociétés suisse⁴. Dans une certaine mesure, on peut voir dans cette loi une réorientation conceptionnelle qui ne s'est toutefois pas

1 Déjà Comm. LFus-PETER, LFus 1 N 8; ZK FusG-VISCHER, Vorbem. LFus N 1, déclare que la LFus veut rendre la restructuration possible; Message LFus, 4011 ss; concernant le droit des entreprises en vigueur jusqu'ici, cf. VON STEIGER, 224 ss; PATRY, SPR, 70 ss; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 2015, § 4 N 61 ss.

2 Comm. LFus-PETER, LFus 1 N 7; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 31 ss; Message LFus, 4005 ss.

3 Cf. aussi VON STEIGER, 224 ss; PATRY, SPR, 70 ss; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 2015, § 4 N 61 ss; cf. aussi WIELAND, 145.

4 AMSTUTZ/MABILLARD, 354; cf. PETER, Le point, 335, qui a remarqué à juste titre que «Contrairement à l'approche pratiquée systématiquement par l'ordre juridique suisse depuis 1936 (s'intéresser prioritairement à la forme sociale et accessoirement seulement à son contenu, l'entreprise), la LFus se préoccupe prioritairement de l'entreprise, considérant que la forme juridique doit être et rester au service de celle-ci. Cette forme ne doit

traduite très concrètement lors des travaux législatifs⁵. Dans cette mesure, le «plan général» qui se cache derrière la LFus ne peut être déduit explicitement ni de ses propres dispositions, ni des travaux préparatoires. Au contraire, ce plan doit être reconstruit minutieusement sur la base d'une multitude d'éléments qui n'ont que partiellement trouvé une place explicite dans la loi.

La LFus s'écarte de la **conception traditionnelle** en droit des sociétés selon laquelle la propriété des parts sociales est porteuse de l'entreprise⁶. Cette affirmation suppose que soit tout d'abord expliqué ce que l'on entend par le terme d'«entreprise». Dans la doctrine, on rencontre d'innombrables notions de l'entreprise qui reposent notamment sur des concepts de gestion d'entreprise ou d'économie politique⁷. Ces notions ont souvent le défaut de ne saisir que des aspects isolés de l'entreprise. C'est pourquoi nous opérons ici avec la notion de «système»⁸, qui permet d'éviter de telles réductions.

2. Notion d'entreprise

Par «**entreprise**», nous comprenons un **système social** composé d'éléments productifs (capital, machines, travailleurs etc.) qui sont subordonnés au but du système. L'entreprise est par ailleurs elle-même un élément de système, dans la mesure où elle constitue un sous-système du système supérieur «économie». Il en découle que l'entreprise, en tant que système social, constitue un réseau d'éléments productifs, mais en même temps se compose aussi de liens particuliers entre ce réseau et d'autres sous-systèmes économiques (p.ex. d'autres entreprises)⁹.

Ces liens sont naturellement marqués de façon déterminante par le système «économie». C'est pourquoi, il faut faire une distinction entre (1) les **rapports internes** dans l'entreprise, par exemple les contrats de travail avec les employés, et (2) les **rapports externes** de l'entreprise avec d'autres sous-systèmes, par exemple des contrats avec d'autres entreprises, avec les syndicats ou avec les consommateurs, qui sont également incorporés au système «économie». Ce que nous appelons «entreprise» dans le présent commentaire désigne le rapport fonctionnel qui existe entre les relations internes et les relations externes et qui fait de l'«entreprise» une unité économique opérationnelle.

3. Technique législative: procéduralisation

Il convient de relever que la LFus ne constitue aucunement un «droit (des contrats) d'aliénation» qui compléterait CO 164 ss, 175 ss, 184 ss, 237 s., 239 ss ainsi que le droit applicable aux contrats innommés d'aliénation¹⁰. Cette précision est peut-être superflue pour la fusion et la transformation. Il est en effet évident que, pour ces formes de restructuration, l'enjeu est beaucoup plus important que le seul transfert d'*assets* ou de dettes. Pour la scission et le transfert de patrimoine, c'est peut-être moins manifeste, parce que le transfert d'actifs et de passifs semble ici se situer au premier plan¹¹. C'est pourquoi il faut souligner ce qui suit: la LFus –

jamais être une entrave au développement – à l'adaptation – de l'activité économique sous-jacente, et doit donc pouvoir être changée – adaptée – très librement. Corollairement, un des postulats fondamentaux du projet est son application à toute entreprise, quelle qu'en soit la *Rechtskleid*; cf. aussi Comm. LFus-PETER, LFus I N 8.

5 Message LFus, 4011.

6 Récemment, VON DER CRONE/BEYELER/DÉDEYAN, 409 ss, ont tenté de donner à nouveau une plus grande plausibilité à cette conception.

7 P. ex. PATRY, SPR, 70 ss; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 2015, § 4 N 17 s.; MÜLBERT, 2 ss; SCHMIDT, Handelsrecht, 73 ss; *id.*, Unternehmensbegriff und Vertragskonzern, 194 ss; BÄR, Die kaufmännische Unternehmung, 179 ss; RUEDIN, Droit des sociétés, 786 ss; WEBER R.H., 61.

8 Concernant la notion de système cf. LUHMANN, Einführung in die Systemtheorie, 66 ss; pour les sciences juridiques en particulier TEUBNER, Recht als autopoietisches System, 39 ss; BÜLLESBACH, 428 ss.

9 Cf. LUHMANN, Soziologische Aufklärung 3, 389 ss et 451 ss.

10 Comm. LFus-PETER, LFus I N 8 s.; aussi ZK FusG-VISCHER, 2004, Vorbem. LFus N 9 ss; BSK FusG-MORSCHER, LFus I N 36 ss; Message LFus, 4011; MABILLARD, 170 s.

11 Pour la scission, cf. *infra* N 129 ss, 135 s., 139 ss, et pour le transfert de patrimoine *infra* N 309 ss, 332 ss, 340.

comprise comme droit de l'entreprise – est un **instrument de la réorganisation d'entreprises**. Dès lors, le regard du juriste ne doit en aucun cas demeurer fixé sur le patrimoine à transférer. Il doit également tenir compte du fait que les opérations qui sont réglées dans la loi constituent des processus d'organisation entre une pluralité d'entreprises (cela à l'exception de la transformation).

- 8 A notre avis, l'opinion dominante allemande selon laquelle «*[d]ie Grundfiguren, um die alles Umwandlungsrecht kreist, [nicht das Unternehmen ist, sondern] vielmehr der Rechtsträger (seine Identität, seine Umwandlungsfähigkeit, sein Entstehen oder Erlöschen, seine Organisation) und das Vermögen (seine Zugehörigkeit zu einem Rechtsträger und sein Übergang auf einen Rechtsträger)*»¹² ne doit pas être reprise pour la LFus. Le fait que la **notion de patrimoine** n'est définie nulle part dans ce texte le démontre. De plus, on notera que cette notion est inutile en tant que concept juridique pour l'application de la loi¹³. Ce qui par contre nous semble essentiel est le fait que toutes les définitions que la loi utilise – et dans ce contexte, LFus 2 (a-c) est révélateur¹⁴ – aboutissent toujours à l'«entreprise» (et à son *quid pro quo* juridique: l'activité commerciale selon CO 934 et ORC 2 [b]).
- 9 L'avis exprimé plus haut selon lequel la LFus recherche, dans les processus d'adaptation de structures, une harmonisation des intérêts des participants à l'entreprise¹⁵, nécessite également une explication complémentaire: l'harmonisation évoquée n'intervient pas sous forme d'agrégation d'intérêts¹⁶, comme c'est le cas, par exemple, dans le cadre de la participation des travailleurs. Au contraire, la LFus recourt – et c'est en cela que consiste sa nouveauté – à une technique que l'on pourrait décrire comme une forme spécifique de procéduralisation¹⁷. Cette technique prévoit un processus de coordination des intérêts dans les entreprises participant à une opération de restructuration. Ce processus de coordination repose principalement sur **trois piliers**:
- 10 (1) Tout d'abord, des **procédures** distinctes sont mises en place, qui permettent aux divers groupes de participants à l'entreprise (titulaires de parts, associés, créanciers, travailleurs, etc.) de s'exprimer¹⁸. Il faut noter que ces procédures ne se déroulent en principe pas parallèlement, mais sont structurées en quelque sorte de manière «modulaire» et en «réseaux»: elles sont couplées les unes aux autres, afin de réaliser le processus de coordination évoqué (p.ex. la consultation de la représentation des travailleurs est couplée avec la prise de décision de l'assemblée générale et des associés; LFus 28 II-III, 50, 85 IV et 96 IV).
- 11 (2) Ces procédures sont ensuite appuyées par des **instruments de publicité**. Il ne s'agit pas seulement de la *publication* d'informations relatives à la restructuration (LFus 11, 16 s., 21, 25 II, 28 I, 35, 41 s., 45, 51, 58, 63, 66, 73, 74 I et III, 80, 82, 89, 93, 97 III et 98 II). S'y ajoutent des devoirs de justification de l'organe supérieur de direction ou d'administration, ayant pour objet les mesures préparatoires de l'opération, comme par exemple les techniques d'évaluation retenues (LFus 14 III, 17 II, 39, 61, 74 II, 91, 97 III et 98 II). Enfin, la loi prescrit des vérifications indépendantes de ces informations (LFus 15, 40, 62, 81, 92, 97 III et 98 II).

12 SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 353; plus en détail: *id.*, Gesetzliche Gestaltung und dogmatisches Konzept eines neuen Umwandlungsgesetzes, ZGR 1990, 592 ss; cf. aussi LUTTER-DRYGALA, UmwG 1 N 3.

13 Cf. *infra* N 157 ss.

14 Cf. *infra* N 39 ss.

15 Cf. *supra* N 9.

16 La loi allemande du 8.5.1976 sur la participation (Mitbestimmungsgesetz; MitbestG), p.ex., a retenu cette voie; cf. à ce sujet RAISER, 14 ss N 24 ss.

17 Cf. l'explication de cette notion par KÜBLER, 200: «*Der [...] Begriff der «Prozeduralisierung» verweist primär auf funktionale Veränderungen des Rechts: die angestrebten Zwecke sollen nicht im Wege direkter Anordnung von Rechtsfolgen, sondern mittelbar durch die Einrichtung von Verfahren herbeigeführt werden*».

18 AMSTUTZ/MABILLARD, 353 s.; cf. à ce sujet *infra* N 98 ss (pour la procédure de fusion), N 174 ss (pour la procédure de scission), N 286 ss (pour la procédure de transformation) et N 400 ss (pour la procédure de transfert de patrimoine).

(3) Etant donné que les procédures du droit des sociétés ont tendance à être rigides¹⁹, et que cette rigidité ne tient pas toujours compte de la nature dynamique de l'entreprise, la LFus recourt parfois à des **figures juridiques consensuelles** (contrat de fusion, de scission et de transfert; LFus 12 s., 36 s., 59 s., 70 s., 79, 86 II, 90, 97 III et 98 II). Ainsi, un élément contractuel – donc de négociation – est introduit dans le droit des sociétés qui remet d'habitude les décisions d'associés à la majorité²⁰. Quoique la coexistence de la décision et du contrat ne constitue rien d'inhabituel en droit des sociétés²¹, la situation dans la LFus est en ceci particulière que les deux institutions sont à de nombreuses reprises liées dans le sens d'une *conditio sine qua non* et forment une unité fonctionnelle.

B. Objet de la loi sur la fusion

1. En général

La LFus repose sur une approche faisant **abstraction de la forme juridique** (*rechtsformübergreifend*). Le point de rattachement de ses dispositions est, comme nous l'avons dit, l'entreprise (et non pas sa forme juridique). Cela devient particulièrement évident lorsque le but de la loi est décrit dans le Message comme étant de «permettre aux entreprises d'adopter des structures juridiques optimales»²². Si l'on se demande dans quelle mesure une structure juridique doit être «optimale», la réponse ne peut être que: dans la mesure où cette structure doit permettre un fonctionnement optimal de l'entreprise. La LFus crée par conséquent la possibilité de donner à une entreprise la forme juridique optimale si celle qui a été choisie initialement ne «sied» plus. Le but de la LFus présuppose ainsi l'entreprise comme phénomène de référence et la soumet à une réglementation en matière de restructuration. Dans cette perspective, c'est avant tout la structure concrète de l'entreprise dont la forme juridique a besoin d'être adaptée qui détermine les exigences auxquelles la forme juridique à choisir doit satisfaire. Le fait que cette forme doive à son tour répondre à certaines exigences juridiques explique à l'inverse que la LFus restreint dans certains cas le spectre des possibilités de restructuration (p.ex., les variantes de fusions imaginables ne sont pas toutes possibles d'après LFus 4²³). Dans cette mesure, entreprise et forme juridique s'influencent réciproquement, les besoins de l'entreprise se situant au centre. La tâche de la LFus consiste au fond à trouver un équilibre entre les contraintes entrepreneuriales et juridiques²⁴.

Mais la question de la fonction de la LFus n'a pas ainsi déjà trouvé sa réponse complète. Se pose notamment la question de savoir comment cette «équilibrage» peut réussir. Il a déjà été mentionné que la loi recourt à une **technique «mixte»** consistant d'une part en la représentation de tous les intérêts en présence et d'autre part en l'utilisation d'instruments de publicité et de négociation. C'est précisément la combinaison d'instruments de la participation de *stakeholders* (p.ex. LFus 28 I) avec la technique de la structuration des décisions (p.ex. LFus 28 II) en conjonction avec certains moyens de publicité (p.ex. LFus 14 III [i]) qui montre que la loi a su développer des solutions adaptées aux restructurations d'entreprise²⁵.

Il faut dès lors se poser la question suivante: comment les éléments, en partie très hétérogènes, que l'on rencontre dans la LFus (droit des sociétés, droit des contrats, droits réels, droit du travail, etc.) peuvent-ils constituer un ensemble homogène? Quel est le **«plan général»** de cette loi? En bref: comment comprendre cette loi comme un tout cohérent compte tenu des nom-

19 Cela notamment parce que le droit des sociétés, en raison de la protection des intérêts de tiers, restreint, dans une mesure non négligeable, l'autonomie privée des associés.

20 Cf. sur ce point VON DER CRONE *et al.*, Das Fusionsgesetz, 41.

21 On songe p.ex. au contrat de reprise de biens ou à la nature contractuelle des statuts originels d'une SA; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 91 ss, 132, 143 ss; BÖCKLI, § 1 N 197.

22 Message LFus, 3996.

23 Cf. à ce sujet *infra* N 83 ss.

24 Cf. plus en détail *infra* N 20 s.

25 Cf. ZK FusG-VISCHER, 2004, Vorbem. LFus N 9, 15, 17 et 23; *contra*: VON DER CRONE *et al.*, Das Fusionsgesetz, 14.

breux fragments juridiques que l'on y rencontre? Seule la réponse à cette question peut permettre des conclusions quant à la fonction de la loi.

2. *Changement économique et besoin d'adaptation de structure*

- 16 La LFus vise les cas de figure dans lesquels la forme juridique ne répond plus aux **besoins de l'entreprise**. C'est pourquoi elle prévoit différents moyens de donner à l'entreprise une forme juridique nouvelle, «seyante», c'est-à-dire optimale²⁶. Deux points de vue importants pour la suite des réflexions en résultent:
- 17 (1) D'une part, cette loi se rapporte au **changement de l'environnement** dans lequel l'entreprise se meut. Celle-ci doit être en mesure de réagir à des conditions environnementales modifiées en éliminant, entre autres, des exigences juridiques inappropriées qui sont posées par sa forme juridique²⁷.
- 18 (2) D'autre part, ces **adaptations de structures ne peuvent pas être anticipées**. En d'autres termes, la forme juridique initiale ne peut pas prévoir de solution à l'avance du problème de changement d'environnement évoqué. Le besoin d'adaptation est en d'autres termes radical et nécessite une réforme fondamentale du cadre juridique dans lequel l'entreprise évolue²⁸.
- 19 Il découle de ces deux points de vue une série de **conséquences**, centrales pour la compréhension de la fonction de la LFus.

3. *Fonction I: Efficience technique et dynamique*

- 20 La première conclusion est que, d'un point de vue économique, la LFus vise moins l'efficience allocative²⁹, que **l'efficience dynamique**^{30,31}. L'analyse économique du droit des sociétés, aujourd'hui largement répandue, est avant tout axée sur le problème des coûts d'agence³² et sur la question de savoir comment ceux-ci peuvent être minimisés. L'objectif est de mettre à disposition des formes d'organisation générant aussi peu de coûts de transaction que possible, afin de promouvoir une allocation optimale des ressources, c'est-à-dire l'efficience allocative³³. Il faut toutefois voir qu'à côté de cette dernière, il existe d'autres concepts d'efficience économique qui ne présupposent pas d'actes de (ré-)allocation³⁴. Leibenstein et d'autres ont souligné les gains d'efficience provenant d'une meilleure utilisation de ressources déjà allouées («x-efficience», qui représente une version spécifique de l'efficience technique)³⁵. On peut également songer au concept de l'efficience dynamique, qui renvoie aux capacités de l'entreprise de survivre dans un environnement incertain et changeant rapidement par un comportement innovateur. Deakin et Hughes ont bien résumé la teneur de ces concepts d'efficience alternatifs: «*The emphasis in the analysis of both technical and dynamic efficiency is on mechanisms for the efficient production of information, the management of risk and uncertainty, and incentives to change existing products, methods of production and forms of business organisation which affect the rate of change of efficiency*»³⁶. Pourquoi l'accent principal devrait-il être mis dans la LFus sur l'efficience technique et dynamique plutôt que sur l'efficience allocative?

26 Message LFus, 4011; Comm. LFus-PETER, LFus 1 N 8; VON DER CRONE *et al.*, Das Fusionsgesetz, 10; ZK FusG-WEIBEL/CRAMER, LFus 1 N 22 s.; DRUEY, 10 ss.

27 Message LFus, 4011; Comm. LFus-PETER, LFus 1 N 8.

28 ZK FusG-VISCHER, 2004, Vorbem. LFus N 2; BSK FusG-MORSCHER, LFus 1 N 2; Message LFus, 4011; cf. aussi VON DER CRONE *et al.*, Das Fusionsgesetz, 14.

29 Sur la notion d'efficience allocative: DEAKIN/HUGHES, 169 ss; AMSTUTZ/REINERT, 75 ss.

30 Sur la notion d'efficience dynamique: LEIBENSTEIN, 392 ss; DEAKIN/HUGHES, 169 ss.

31 Cf. aussi VON SALIS, 2, qui soutient que la LFus permet aux sociétés d'adapter leur organisation à la dynamique de la réalité.

32 Sur les *agency costs*: voir JENSEN/MECKLING, 305; POSNER, 527 ss; COASE, 386; VON SALIS, 11.

33 Cf. sur ce point RUFFNER, 1 ss.

34 Sur la signification juridique de concepts d'efficience alternatifs: AMSTUTZ/REINERT, 75 ss.

35 LEIBENSTEIN, 392 ss; FRANTZ, 1 ss.

36 DEAKIN/HUGHES, 169 ss.

De par sa nature, la LFus se rapporte au changement. Il ne s'agit certes pas de changement du mode de production ou de la palette des produits, mais de changement du régime institutionnel dans le cadre duquel l'entreprise est exploitée. Il incombe à la LFus de faciliter et de favoriser cette adaptation institutionnelle. La tâche ne vise pas tant l'aspect de l'allocation ou de la réallocation de ressources entre les participants, c'est-à-dire entre agent et principal, comme l'analyse économique classique du droit des sociétés le préconise³⁷, mais bien plus de l'aspect de la **maîtrise de l'incertitude et du risque** dans le processus du changement de forme juridique. En effet, ce changement de forme juridique a toujours lieu dans un environnement marqué par un manque d'information³⁸. La question qui s'ensuit est donc : Comment le droit peut-il aider les participants à l'entreprise à maîtriser le changement de structure juridique dans une situation d'incertitude³⁹ ?

4. Fonction II : Procéduralisation du droit de l'entreprise

Sous forme de thèse, la réponse peut être formulée comme suit : étant donné que les cas dans lesquels des adaptations de structures s'avèrent indispensables sont généralement caractérisés par un niveau élevé d'incertitude, il ne s'agit pas dans la LFus de compléter par du droit dispositif des arrangements juridiques déjà existants. C'est l'une des fonctions du droit des sociétés en « temps normal », c'est-à-dire dans des situations dans lesquelles il s'agit de minimiser les coûts d'agence (en tant que forme particulière des coûts de transaction)⁴⁰. La fonction principale de la LFus est autre : il s'agit d'aider les participants à l'entreprise (et pas seulement les investisseurs) à **maîtriser l'incertitude et le risque** en mettant à disposition, comme Deakin et Hughes le disent⁴¹, des « *cognitive resources* ». Ils sont ainsi soutenus dans le processus de négociation du nouveau régime institutionnel, ce qui facilite la recherche d'une forme juridique correspondant de manière optimale aux besoins de l'entreprise⁴². Il convient d'expliquer cette thèse comme suit :

De l'entreprise émane une tension non maîtrisée entre la responsabilité sociale et l'efficacité économique. Dans la doctrine récente, les arguments qui soulignent l'importance de l'**effici-
ence économique** en droit des sociétés semblent retenir à nouveau une plus grande attention⁴³. En particulier, ces arguments compensent une accentuation de l'entreprise comme communauté non seulement de propriétaires, mais aussi de créanciers et de travailleurs qui, surtout dans les années septante, a été exprimée parfois de manière par trop unilatérale et a fait en partie oublier que le but du droit des sociétés consiste avant tout à promouvoir une gestion des ressources efficace⁴⁴. Dès lors, la question se pose de savoir dans quelle mesure on peut se rallier à la théorie de l'agence pour déterminer la fonction de la LFus. On se heurte ici à une difficulté fondamentale :

La théorie classique de l'agence part de l'idée que l'entreprise (*the firm*) est constituée par un « *nexus of contracts* »⁴⁵. Ces contrats mettent à disposition des solutions *ex ante* pour tous les conflits ou problèmes futurs imaginables entre participants à la firme (contrats complets, aussi appelés contrats « relationnels »⁴⁶). C'est uniquement avec cette prémisse que l'on peut affirmer

37 Cf. GOSHEN, 395 ; CAREY/EISENBERG, 647 ; ECONOMIESUISSE, 1 ss ; SWX, Kommentar zur Corporate Governance-Richtlinie, 1 ss ; RUFFNER, 1 ss ; HOFSTETTER, 1 ss ; GIGER, 1 ss.

38 KLÄY/TURIN, 5 s. ; ZK FUSG-WEIBEL/CRAMER, LFus 1 N 7 ; sur le manque d'information en situation de restructuration cf. VON SALIS, 3.

39 Ces remarques n'insinuent aucunement que les adaptations de structures ne soulèvent pas de problèmes d'allocation ; elles soulignent uniquement que ce n'est pas là que se situe le problème primaire de la LFus.

40 Critique VON SALIS, 3.

41 DEAKIN/HUGHES, 169 ss.

42 Cf. *supra* N 5 s.

43 Cf. VON DER CRONE/BEYELER/DEDEYAN, 409 ss.

44 Cf. la discussion entre DODD, 1145 et 1148, qui se prononce en faveur d'une prise en considération de tous les *stakeholders*, et BERLE, 1365, 1372, qui se prononce en faveur de la prise en considération des *shareholders* seulement ; FRIEDMAN, 33 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 32 ss.

45 Cf. sur cette notion EASTERBROOK/FISCHEL, *The Corporate Contract*, 1416 ss.

46 WILLIAMSON, 33 ; sur les notions de contrat complet et de contrat « relationnel » : RUFFNER, 1 ss.

avec la théorie de la firme⁴⁷ que la fonction du droit des sociétés est de **minimiser les coûts d'agence** en offrant aux participants des réglementations standards (*off-the-rack terms*)⁴⁸. Les cas visés par la LFus s'écartent nettement de cette prémisse: les participants à l'entreprise ne sont pas en mesure de conclure des «contrats» sur d'éventuelles adaptations de structures futures⁴⁹. En effet, de telles adaptations dépendent de circonstances qui ne peuvent pas être anticipées. C'est précisément pour cette raison que la LFus joue nécessairement un rôle autre que celui dévolu par la théorie moderne de la firme au droit des sociétés classique⁵⁰.

- 25 C'est par une approche connue sous l'appellation de «*incomplete contracts approach*»⁵¹ que ce rôle de la LFus est le mieux défini. Cette approche souligne le fait que les «**contrats**» qui constituent la firme sont parfois **incomplets** (*incomplete*) dans un sens bien déterminé, à savoir «*[incomplete in the sense of being] silent about the parties' obligations in some states of the world*»⁵². Cela signifie notamment que ces «contrats» ne contiennent ni des réglementations matérielles, ni des mécanismes pour maîtriser des événements imprévus, comme précisément les adaptations de structures. Or, la LFus vise justement ces dernières. Elle joue dès lors un rôle que le droit des sociétés ne peut pas jouer et qui est le suivant:
- 26 La LFus crée un cadre juridique dont le but est d'appuyer et de guider le **processus des négociations** entre les participants à l'entreprise lors d'adaptations de structures. La prestation d'appui vient de ce que les informations qui sont indispensables pour permettre aux participants de négocier sont mises à leur disposition. En d'autres termes, grâce aux «ressources cognitives»⁵³ qui leur sont fournies, ces derniers peuvent faire valoir leurs points de vue dans les négociations sur les termes de la restructuration. Ces ressources garantissent précisément dans des situations de forte incertitude, telles qu'on les rencontre notamment lors de fusion et de scission, que les procédures mises en place par la LFus ne s'étiolent pas dans des rituels *pro forma*. Au plan de la technique juridique, cette prestation de soutien est fournie par les dispositions de publicité, de justification et de vérification typique de la LFus⁵⁴. Mais cette prestation de soutien réside en outre aussi dans l'incorporation d'une série de figures juridiques (quasi-)contractuelles dans les procédures du droit des sociétés. C'est ainsi que les figures juridiques des contrats de fusion, de scission, de transfert de patrimoine, etc. combinent des éléments consensuels avec des procédures de vote⁵⁵.

C. Conclusion

- 27 En résumé, on peut dire que la fonction de la LFus ne réside pas dans un «complètement» des dispositions classiques du droit des sociétés (CO 530 ss) qui étendrait la traditionnelle «constitution du propriétaire»⁵⁶ aux domaines des fusions, des scissions, des transformations et des

47 Sur la «*theory of the firm*»: JENSEN/MECKLING, 305; POSNER, 527 ss; COASE, 386.

48 AMSTUTZ/MABILLARD, 353 s.; cf. EASTERBROOK/FISCHEL, *The Economic Structure*, 34: «*Corporate law is a set of terms available off-the-rack so that participants in corporate ventures can save the cost of contracting. There are a lots of terms, such as rules for voting, establishing quorums, and so on, that almost everyone will want to adopt. Corporate Codes [...] supply these terms <for free> to every corporation, enabling the venturerers to concentrate on matters that are specific to their undertaking. Even when they work through all the issues they expect to arise, they are apt to miss something. Corporate law [...] fills in the blanks and oversights with the terms that people would have bargained for had they anticipated the problems and been able to transact costlessly in advance. On this view corporate law supplements but never displaces actual bargains [...]*».

49 On pourrait objecter à cet argument que les dispositions de la LFus doivent être considérées comme des règles de nouvelle fondation, possédant également un caractère de «*off-the-rack terms*». Mais une telle vue des choses oublierait l'essentiel de la LFus qui n'est précisément pas de créer de nouveaux rapports, mais de placer des rapports existants sous un nouveau régime juridique; cf. AMSTUTZ/MABILLARD, 353 s.

50 Cf. EASTERBROOK/FISCHEL, *The Corporate Contract*, 1416 ss; JENSEN/MECKLING, 305.

51 Cf. DEAKIN/HUGHES, 169 ss.

52 HART, 23.

53 Cf. *supra* N 21 et 22.

54 AMSTUTZ/MABILLARD, 354; cf. pour la fusion *infra* N 99 et 101 ss.

55 Cf. *supra* N 9 ss.

56 Cf. RIPERT, 28; PAILLUSSEAU, 1 ss; TROCHU, 681 ss.

transferts de patrimoine. Cette loi repose plutôt sur une appréhension de l'entreprise en tant que vaste communauté d'investisseurs, de managers, de travailleurs, de créanciers, etc. avec leurs apports divers et les nouvelles créations de valeur qui en découlent. Elle transpose le **concept de procéduralisation** à des fins de réorganisation d'entreprises : en configurant les procédures de décision de façon à ce qu'un cadre général de référence permettant aux voix de tous les participants à l'entreprise de s'exprimer de manière appropriée soit créé, les chances que les réorganisations régies dans la LFus soient réalisées en harmonie avec l'environnement socio-économique des entreprises participantes sont favorisées⁵⁷. Dans cette mesure, le but de la loi ne consiste pas dans un résultat susceptible d'être déterminé clairement à l'avance, mais dans la promotion d'une tendance : ce à quoi le législateur aspire, c'est la compatibilité du produit de l'adaptation de structures avec son environnement économique et social⁵⁸.

III. Structure de la loi sur la fusion

A. En général

Il s'agit ici d'analyser la structure de la LFus. Cela revient à poser la question suivante : Par 28
quelle **technique juridique** la fonction de cette loi révélée plus haut est-elle transposée en normes justiciables ? Cette transposition intervient à quatre niveaux : (1) La conception de la LFus faisant abstraction des formes juridiques, il est nécessaire dans un premier temps d'élaborer une terminologie adaptée à cette approche. C'est LFus 2 qui remplit cette tâche. (2) Vient ensuite la présentation des quatre instruments d'adaptation de structures prévus par la LFus : la fusion⁵⁹, la scission⁶⁰, la transformation⁶¹ et le transfert de patrimoine⁶². Il s'agit ici avant tout d'analyser le contenu des dispositions qui régissent ces formes de restructuration et de montrer en particulier la manière dont le législateur a organisé les interactions entre entreprise et forme juridique. (3) Une série de formes juridiques ne se laissent intégrer qu'avec peine dans le concept transformel de la LFus, en raison de leurs particularités. Ces formes juridiques sont la fondation⁶³, l'institution de prévoyance⁶⁴ et l'institut de droit public⁶⁵. Elles nécessitent des réglementations spéciales qui doivent être esquissées plus en détail après le traitement des quatre types d'opération principaux. (4) Enfin, il faut finalement examiner les voies de droit prévues par la loi⁶⁶.

B. Notions fondamentales de la loi sur la fusion (LFus 2)

1. Buts des notions légales

LFus 2 est l'émanation de l'approche indépendante de la forme juridique qui est à la base de la 29
loi. Par la terminologie choisie, qui s'écarte sur certains points de celle qui est usuelle dans la doctrine et la jurisprudence⁶⁷, il transparaît que la LFus constitue un nouveau palier de l'évolution du droit suisse des sociétés : celui-ci se caractérise par **l'intégration directe de l'entreprise** dans les règles du droit des sociétés⁶⁸.

Cette nouvelle terminologie juridique vise à rendre visibles les **influences réciproques** entre 30
les processus juridiques et les modes de fonctionnement de l'entreprise dans le cadre de l'ap-

57 Cf. *supra* N 9.

58 Cf. *supra* N 7 ss.

59 Cf. *infra* N 73 ss.

60 Cf. *infra* N 129 ss.

61 Cf. *infra* N 257 ss.

62 Cf. *infra* N 309 ss.

63 Cf. *infra* N 413 ss.

64 Cf. *infra* N 443 ss.

65 Cf. *infra* N 485 ss.

66 Cf. *infra* N 503 ss.

67 P. ex., une société simple au sens de CO 530 ss n'est pas une « société » selon LFus 2 (b); cf. à ce sujet *infra* N 40.

68 Cf. en détail *supra* N 3 ss, 9.

plication du droit. Les notions mentionnées à LFus 2 ont un rôle très spécifique dans cette perspective.⁶⁹ Avant tout, elles ont pour rôle de cerner le champ d'application de manière abstraite. Ou, plus précisément: LFus 2 (a-d, i)⁷⁰ procède à une sélection des formes juridiques qui peuvent faire l'objet d'opérations régies par la LFus. Celle-ci reste donc inapplicable aux formes juridiques qui ne sont pas saisies⁷¹.

- 31 Le champ d'application concret de la loi est ensuite fixé de façon particulière sur la base de cette sélection par des dispositions qui précisent les **notions** de LFus 2 dans le contexte spécifique de chaque type d'opérations de restructuration (comme le font p.ex. LFus 4, 30, 54, 69, 97 I et 99 I). Le rôle de ces notions est alors purement technique: elles servent d'abréviations pour des faits qui reflètent une décision législative et contribuent à ce que leur formulation ne soit pas alourdie par de longues énumérations⁷².

2. Sujets, sociétés, sociétés de capitaux (LFus 2 [a, b, c])

a) Imbrication des définitions

- 32 Les définitions des «sujets», des «sociétés» et des «sociétés de capitaux» représentent une sorte de **«matriochka»** (poupée gigogne russe). La première définition comprend la deuxième, qui, elle-même, englobe la troisième. Pour cette raison, il est recommandé de traiter ensemble LFus 2 (a à c)⁷³.

b) Historique des définitions

- 33 Selon le Message, la notion de sujets «désigne abstraitement l'ensemble des formes juridiques qui entrent dans le champ d'application»⁷⁴. Lors de la consultation⁷⁵, il a été reproché au choix de cette notion que l'expression française de **«sujets»** n'était pas heureuse parce qu'elle n'a pas de sens reconnu dans le langage juridique et qu'il fallait la remplacer par celle de «sujets de droit», même si celle-ci présente l'inconvénient d'exclure «toutes les formes juridiques qui n'ont pas la personnalité»⁷⁶. La décision du Conseil fédéral de maintenir la proposition n'a pas été remise en question par le Parlement⁷⁷. Ce déroulement des travaux législatifs soulève la question de la logique interne de la définition: pourquoi certaines «formes juridiques» devraient-elles être saisies par la LFus et d'autres pas? Quelle est la *differentia specifica* entre les «formes juridiques» saisies et celles qui ne le sont pas? Les explications du Conseil fédéral n'apportent pas de réponse à cette question.
- 34 On peut cependant déduire sans autre une chose de l'historique de la disposition: la notion de sujet n'implique nullement la **personnalité juridique**⁷⁸. Le cercle des «formes juridiques» est plus large que celui des personnes morales, ce qui découle aussi directement de LFus 2 (b), qui mentionne également la SNC et la SC. C'est pourquoi Nobel a proposé d'utiliser le terme de

69 Cf. aussi LUTTER-DRYGALA, UmwG 1 N 1 ss.

70 Les notions qui figurent à LFus 2 (e à h) n'ont par contre qu'une portée terminologique; cf. *infra* N 49 ss.

71 Cf. Comm. LFus-PETER, LFus 2 N 2; SHK FusG-ROTHENFLUH/WIRTH, LFus 2 N 2a; implicitement BSK FusG-MORSCHER, LFus 2 N 2 ss.

72 Cf. Message LFus, 4042: «Il est nécessaire de définir un certain nombre de notions afin d'abrégier le texte du projet». Cela peut être illustré par l'exemple de LFus 2 (c): la notion de «sociétés de capitaux» n'englobe pas la SCoop avec capital social (CO 833 [1]), quand bien même on pourrait soutenir qu'il s'agit d'une société de capitaux; est ainsi reflétée une décision du législateur qui, pour des motifs structurels, ne voulait pas autoriser certaines opérations auxquelles participe une telle SCoop (p.ex. la fusion simplifiée selon LFus 23 s.). L'exclusion de ce type de société du cercle des sociétés de capitaux permet une simplification du texte de la loi.

73 BSK FusG-MORSCHER, LFus 2 N 1 et 3, parle également du «sujet» comme terme générique; cf. aussi ZK FusG-WEIBEL/CRAMER, LFus 1 N 2 ss.

74 Message LFus, 4043.

75 Cf. Rapport de consultation LFus, 1999, 85 s.

76 Rapport de consultation LFus, 1999, 85 (prise de position de la République et Canton de Neuchâtel; cf. aussi *op. cit.*, 85 s.: prises de position de l'Université de Genève et Schaub).

77 BO CE 2001 147 s.; BO CN 2003 232.

78 Cf. aussi Comm. LFus-PETER, LFus 2 N 2.

façon «fonctionnelle»: «*[Dieser Begriff] entstammt nicht der juristischen Dogmatik, die grundsätzlich zwischen natürlichen und juristischen Personen unterscheidet. Rechtsträger ist sozusagen ein «Aufhänger von Rechten und Pflichten»*»⁷⁹. La réflexion du Conseil fédéral est certes ainsi mise correctement en évidence. Mais la raison pour laquelle certaines «formes juridiques» ne sont pas qualifiées de sujets au sens de la LFus demeure toutefois obscure. C'est pourquoi il faut se demander quelles sont les «formes juridiques» saisies par la notion de sujet et lesquelles ne le sont pas.

c) Contenu des définitions

Sont des sujets en vertu de LFus 2 (a) tout d'abord⁸⁰ (1) les «**sociétés**», qui comprennent, selon LFus 2 (b), les «sociétés de capitaux, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite, les associations et les sociétés coopératives pour autant qu'elles ne soient pas considérées comme des institutions de prévoyance au sens de la lit. i»⁸¹. Etant donné que, selon LFus 2 (c), la notion de «sociétés de capitaux»⁸² désigne de son côté la SA, la SCA, ainsi que la Sàrl, ces types de sociétés sont également des sujets au sens de la LFus⁸³. Toutes ces formes de sociétés ne sont pas décrites plus en détail. C'est pourquoi il faut considérer qu'elles désignent les types d'organisation réglementés dans le Code des obligations (CO 552 ss, 594 ss, 620 ss, 764 ss, 772 ss et 828 ss) et dans le Code civil (CC 60 ss). (2) S'y ajoutent les «**fondations**», qui ne sont définies nulle part dans la loi, de sorte qu'il faut admettre (comme pour les divers types de sociétés) que l'on entend par là toutes les entités organisées sur la base de CC 80 ss⁸⁴. (3) Sont également des sujets les «**entreprises individuelles inscrites au registre du commerce**», par quoi il faut entendre (à nouveau faute de spécification dans la loi) les personnes physiques qui satisfont aux conditions de CO 934⁸⁵. (4) Après l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux, sont aussi considérées comme sujets les sociétés en commandite pour placements collectifs ainsi que les sociétés d'investissement à capital variable⁸⁶. (5) Sont enfin qualifiés de sujets les «**instituts de droit public**» qui remplissent les trois critères mentionnés à LFus 2 (d): ils doivent être inscrits au registre du commerce, être organisés de manière indépendante et être soumis au droit public de la Confédération, des cantons ou des communes. Qu'ils possèdent la qualité de personne morale ou non ne joue pas de rôle⁸⁷.

Si l'on considère, que la notion de sujet cerne abstraitement le **champ d'application** de la loi⁸⁸, 36 le texte de LFus 2 (a-c) (en relation avec sa lit. d) exclut les «formes juridiques» suivantes: (1) la SCoop⁸⁹, pour autant qu'il s'agisse d'une institution de prévoyance selon LFus 2 (i); (2) la société simple selon CO 530 ss (qui n'est pas saisie par la notion de «société» selon LFus 2 (b))⁹⁰;

79 NOBEL, 359.

80 La loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux connaît la société en commandite pour placements collectifs (LPCC 98 ss), les sociétés d'investissement à capital variable (LPCC 36 ss) ainsi que les sociétés d'investissement à capital fixe (LPCC 110 ss). Puisque ces dernières représentent selon LPCC 110 une société anonyme au sens du Code des obligations (CO 620 ss) LFus 2 (c) n'y fait pas référence; cf. CHK-TRIEBOLD, LFus 2 N 2.

81 Par contre ne sont pas des sociétés au sens de la LFus les sociétés en commandite pour placements collectifs et les sociétés d'investissement à capital variable; cf. CHK-TRIEBOLD, LFus 2 N 6.

82 Sur la notion de sociétés de capitaux: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 2015, § 2 N 134 ss; RUEDIN, Droit des sociétés, 793, 796 ss.

83 Ne sont pas des sociétés de capitaux au sens de la LFus les sociétés d'investissement à capital variable, bien que la réglementation de ces sociétés soit inspirée de la société anonyme; cf. CHK-TRIEBOLD, LFus 2 N 8.

84 BRÜCKNER, 389; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, N 1348 ss; BK-RIEMER, CC 80 N 3 ss; BSK FusG-GRÜNINGER, Vorbem. CC 80-89^{bis} N 133.

85 BSK FusG-MORSCHER, LFus 2 N 6; ZK FusG-WEIBEL/CRAMER, LFus 2 N 12; BK-KÜNG, CO 932 N 9, 934 N 10 ss; PATRY, SPR, 70, 154 ss.

86 Cf. LPCC; cf. LFus 2 (a); CHK-TRIEBOLD, LFus 2 N 2.

87 Sur la notion d'institut de droit public: *infra* N 42 ss.

88 Cf. *supra* N 33.

89 BK-FORSTMOSER, CO 828 N 4 ss.

90 BSK FusG-MORSCHER, LFus 2 N 5; ZK FusG-WEIBEL/CRAMER, LFus 2 N 8; Comm. LFus-PETER, LFus 2 N 3; sur la société simple: BSK OR II-HANDSCHIN, CO 530 N 1 ss; VON STEIGER, 319 ss.

(3) la succursale selon CO 935⁹¹; (4) la procuration selon CO 458 ss⁹²; (5) le groupe de sociétés selon CO 663e I⁹³; (6) la communauté des créanciers dans les emprunts par obligations selon CO 1157 ss⁹⁴; (7) le fonds de placement selon LFP 1 ss; (8) la personne physique selon CC 11 ss (pour autant que l'on ne soit pas en présence d'une raison individuelle inscrite au RgC au sens de LFus 2 [a]); (9) l'union conjugale selon CC 159 ss; (10) l'indivision selon CC 336 ss; (11) la communauté héréditaire selon CC 602 ss; (12) la communauté des copropriétaires selon CC 646 ss (pour autant que les conditions d'une «société» au sens de LFus 2 [b] ne soient pas remplies); (13) la communauté des propriétaires en main commune (avec la même restriction que pour la communauté des copropriétaires); (14) la communauté des copropriétaires par étages selon CC 712a; et (15) les instituts de droit public qui ne remplissent pas les conditions de LFus 2 (d).

37 Dans la doctrine, il a été dit que l'exclusion de la SCoop qui est une institution de prévoyance selon LFus 2 (i) de la notion de «sujet» n'était pas compréhensible⁹⁵. A ce propos, il faut songer à deux choses. Tout d'abord: si l'on traçait ce type de SCoop de LFus 2 (a), le fait que la LFus réglemente les adaptations de structure de cette «forme juridique» à LFus 88 ss serait une *contradictio in adjecto*. Une telle interprétation de LFus 2 (a) équivaldrait à l'affirmation contradictoire suivante: la LFus (au sens abstrait décrit plus haut) n'est certes pas applicable aux institutions de prévoyance ayant la forme de SCoop, mais elle règle tout de même certains processus d'adaptation de structure de ce «non-sujet». Deuxièmement, cette exclusion ne serait pas compatible avec le fait qu'il n'est pas prévu d'exception correspondante de la notion de sujet pour la fondation qui est une institution de prévoyance selon LFus 2 (i). Etant donné qu'une institution de prévoyance peut être créée aussi bien dans la forme d'une SCoop que dans celle d'une fondation⁹⁶, il n'existe pas de motif plausible de traiter la première «forme juridique» autrement que la seconde. Il faut dès lors admettre que l'exclusion de l'institution de prévoyance en la forme d'une SCoop à LFus 2 (a) constitue une **erreur législative**. C'est pourquoi on suivra Morscher, qui considère que cette disposition doit être lue comme suit: «*Rechtsträger: Gesellschaften, Stiftungen, im Handelsregister eingetragene Einzelfirmen und Institute des öffentlichen Rechts sowie Genossenschaften, sofern es sich um Vorsorgeeinrichtungen gemäss Buchstabe i handelt*»⁹⁷.

38 En résumé: les SCoop qui sont des institutions de prévoyance selon LFus 2 (i) sont considérées comme des sujets selon la lit. a, mais pas comme des sociétés selon LFus 2 (b). On obtient ainsi un résultat harmonieux: de telles SCoop sont comprises dans le champ d'application (abstrait) de la LFus; toutefois, elles ne sont pas soumises aux dispositions prévues pour les sociétés; elles sont soumises exclusivement aux dispositions spéciales de LFus 88 ss. Ainsi, de tels types de SCoop sont mises sur le même pied que les fondations qui sont des institutions de prévoyance selon LFus 2 (i). Les prescriptions pour les sociétés selon LFus 2 (b) ne sont en effet pas applicables non plus à de telles fondations car elles ne sont pas qualifiées de «sociétés» au sens de la loi⁹⁸.

d) Fonction des définitions

39 Si l'on se demande après ce débroussaillage quel est le motif qui a incité le législateur à inclure certaines «formes juridiques» dans la LFus et à en exclure d'autres, il est frappant de constater

91 Sur la notion de succursale: GAUCH, 101; BSK OR II-ECKERT, CO 935 N 1 ss.

92 Sur la notion de procuration: BSK OR I-WATTER, CO 458 N 4 ss.

93 Sur la notion de groupe de sociétés: AMSTUTZ, Konzernorganisationsrecht, 181 ss; BSK OR II-BAUDENBACHER, Vorbem. CO 620 N 19 ss.

94 Sur la notion de communauté dans les emprunts par obligations: BSK Wertpapierrecht-REUTTER/STEINMANN, Vorbem. CO 1157-1186 N 1 ss.

95 Cf. BSK FusG-MORSCHER, LFus 2 N 3; ZK FusG-STAEHELIN, LFus 88-98 N 1 ss.

96 HELBLING, Personalvorsorge und BVG, 81 ss.

97 BSK FusG-MORSCHER, LFus 2 N 3.

98 ZK FusG-WEIBEL/CRAMER, LFus 2 N 32; BSK FusG-MORSCHER, LFus 2 N 10 et 34; Comm. LFus-PETER, LFus 2 N 3 et 11.

que toutes les «formes juridiques» saisies sont susceptibles d'être inscrites au **registre du commerce** (c'est-à-dire que leur inscription est possible, obligatoire ou nécessaire)⁹⁹. Cette aptitude à l'inscription est-elle alors le critère de sélection pour l'assujettissement d'une «forme juridique» à la LFus? On peut objecter à cette thèse au motif que certaines «formes juridiques», comme la procuration et la succursale, sont également inscrites au registre du commerce¹⁰⁰, sans que pour autant elles soient saisies par la loi. Cette objection montre que le critère de la possibilité d'inscription au registre du commerce doit encore être précisé. Un examen plus détaillé de la procuration et de la succursale fait apparaître précisément que celles-ci – à la différence des sujets saisis par LFus 2 (a) – n'ont pas la capacité d'exercer de manière indépendante une activité commerciale au sens de CO 934 et de ORC 2 (b)¹⁰¹. Cette observation permet de conclure que le critère unissant les organisations tombant sous la notion de «sujets» selon LFus 2 (a) est la capacité d'exploiter une entreprise.

Cette conclusion est renforcée tout d'abord par le fait que la société simple n'est pas comprise dans la notion des «sociétés» selon LFus 2 (b) et demeure ainsi hors du champ d'application¹⁰². Elle est en outre confirmée par le fait que LFus 2 (a) englobe également l'association et la fondation, quand bien même, de par la loi, ces «formes juridiques» ne sont pas destinées à poursuivre un **but économique**. Les deux organisations ont cependant la possibilité d'exercer une activité en la forme commerciale: l'association sur la base de CC 61 II¹⁰³, la fondation sur la base de la jurisprudence du Tribunal fédéral qui a admis expressément la fondation entrepreneuriale¹⁰⁴. Enfin, le fait que la prétendue exclusion de la SCoop exploitant une institution de prévoyance selon LFus 2 (i) ait dû être rejetée par une correction interprétative plaide également en faveur de cette conclusion.

La conclusion selon laquelle les «sujets» selon LFus 2 (a) ne peuvent être que des «formes juridiques» ayant la capacité d'**exploiter une entreprise** est en accord avec la thèse soutenue dans le présent commentaire selon laquelle la LFus doit être comprise de manière conséquente comme étant du droit de l'entreprise¹⁰⁵. Si l'on admet en effet que cette loi règle les restructurations d'entreprise de façon à ce qu'il soit suffisamment tenu compte des interactions entre les régimes associatif et patrimonial, d'une part, et entrepreneurial d'autre part, il est juste que seules des entités organisationnelles où l'on rencontre effectivement ces interactions soient saisies. La notion de «sujet» selon LFus 2 (a) garantit (en relation avec LFus 2 [b, c et d]) que la LFus n'ait pas un champ d'application allant au-delà de ce cercle.

3. Instituts de droit public (LFus 2 [d])

Avec la notion d'**institut de droit public**, le Message¹⁰⁶ comprend aussi bien les corporations que les établissements, pour autant que ces entités soient autonomes à l'égard de l'autorité de surveillance compétente¹⁰⁷. LFus 2 (d) parle dans ce sens d'«institutions de droit public [...] organisées de manière indépendante». Les autres caractéristiques demeurent ouvertes en raison de la notion très vague d'institut. Ce qui est toutefois certain, c'est qu'il ne doit pas s'agir obligatoirement de personnes morales¹⁰⁸. En outre, les institutions organisées selon le droit public sont toujours saisies lorsqu'elles possèdent un patrimoine séparable de la collectivité publique supérieure.

99 Cf. dans ce contexte l'énumération à ORC 2 (a) et 36 ss.

100 Cf. CO 458 II; BSK OR I-WATTER, CO 458 N 9; CO 935: BSK OR II-ECKERT, CO 934 N 2 et CO 935 N 1.

101 Cf. BSK OR I-WATTER, CO 458 N 1; BSK OR II-ECKERT, CO 935 N 2 ss avec PATRY, SPR, 72 ss.

102 Comm. LFus-PETER, LFus 2 N 3; BSK FusG-MORSCHER, LFus 2 N 5; ZK FusG-WEIBEL/CRAMER, LFus 2 N 8.

103 BSK OR II-ECKERT, CO 934 N 2.

104 ATF 127 III 337, 340 s. c. 2c.

105 Cf. *supra* N 3 ss.

106 Message LFus, 4044.

107 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 8 N 4; cf. ATF 132 III 470, c. 3.2, JdT 2006 I 555, qui parle d'une «notion très large» d'institut de droit public.

108 «L'indépendance dans l'organisation ne se recoupe pas forcément avec le critère de la personnalité juridique» (Message LFus, 4044).

- 43 La doctrine distingue ordinairement trois formes d'organisation des instituts de droit public: (1) les groupements de personnes dotées de la personnalité juridique et ayant ainsi la capacité juridique, donc les **corporations de droit public**; (2) les patrimoines avec capacité et personnalité juridique propre, soit les **établissements** et les **fondations de droit public**, ainsi que (3) les patrimoines sans personnalité juridique propre, que l'on peut qualifier d'**établissements de droit public dépendants**¹⁰⁹. Il existe en outre, comme quatrième forme – même si une grande majorité de la doctrine ne les mentionne pas¹¹⁰ – les groupements de personnes sans personnalité juridique propre, que Riemer, se fondant sur la terminologie du droit privé, appelle des «*öffentlichrechtliche Rechtsgemeinschaften*»¹¹¹. A titre d'exemples, on peut citer l'ancienne caisse d'assurance du personnel de l'administration fédérale¹¹², les étudiants de l'Université de St-Gall¹¹³, ainsi que, selon les cas, les associations de communes à but déterminé¹¹⁴.
- 44 Le groupement de personnes physiques ou morales se distingue des établissements notamment par le fait que ceux-ci constituent des **ensembles patrimoniaux** (patrimoines à but déterminé) indépendants des investisseurs¹¹⁵. Quand bien même les membres représentent l'élément marquant du groupement de personnes de droit public, leur influence sur les affaires communes demeure souvent faible. Cela contraste nettement avec le pouvoir étendu des membres dans la société de droit civil¹¹⁶. Cette codécision réduite est souvent la conséquence des différences dans le processus de formation des corporations de droit public et des entités de droit privé. Pour les groupements de personnes de droit public, ce n'est en effet pas un contrat de société, mais un acte de droit public qui en constitue la base¹¹⁷. Un tel acte peut, selon Meier-Hayoz et Forstmoser, revêtir la forme d'une loi, d'un acte administratif, d'un contrat de droit public ou encore d'une reconnaissance par une autorité étatique¹¹⁸.
- 45 Contrairement aux corporations, un établissement n'est pas composé de membres. **L'établissement de droit public** repose sur une «*Trägersgemeinschaft*» qui devrait à vrai dire accomplir elle-même la tâche confiée à l'établissement, si elle ne l'avait pas déléguée à celui-ci par une loi formelle¹¹⁹. Une autre différence existe par rapport aux corporations en matière de capacité juridique: alors qu'une corporation a en général la personnalité juridique, il existe aussi bien des établissements qui ont la capacité juridique que d'autres qui ne l'ont pas,¹²⁰ ces derniers acquérant la plupart du temps une capacité juridique dite partielle lorsqu'ils accomplissent sous leur propre responsabilité les tâches qui leur sont confiées¹²¹. Comme exemples d'établissements sans personnalité juridique on peut citer les hôpitaux, les écoles publiques, mais aussi les transports publics de la ville de Zurich ou MétéoSuisse, alors que La Poste Suisse ou la Suva sont des établissements dotés de la personnalité juridique. C'est toujours la loi spéciale qui détermine le degré de personnalité juridique d'un établissement.
- 46 Les **fondations de droit public** constituent une autre forme d'instituts de droit public au sens de LFus 2 (d). Leur délimitation par rapport aux fondations de droit privé est difficile, car les pouvoirs publics peuvent se servir aussi bien de la forme de droit public que de celle de droit

109 Cf. RIEMER, ZBl 2001 76.

110 Cf. RIEMER, ZBl 2001 76, qui trouve uniquement chez KNAPP, 1993, 2561, une allusion aux unions de personnes sans personnalité juridique.

111 RIEMER, ZBl 2001 77.

112 Cf. ATF 93 I 656, 660 c. 1; aujourd'hui, la Caisse fédérale de pensions PUBLICA est un «établissement de droit public de la Confédération doté de la personnalité juridique» (cf. art. 8 I de la loi fédérale du 23 juin 2000 régissant la Caisse fédérale de pensions [loi sur la CFP; RS 172.222.0]).

113 ATF 110 Ia 36, 37, c. 3a.

114 ATF 95 I 49, 55, c. 3.

115 Cf. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 2015, § 1 N 4 et § 2 N 46.

116 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 8 N 13.

117 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 2015, § 1 N 20; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 8 N 9; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 1636.

118 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 2015, § 1 N 20; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1636.

119 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 7 N 12.

120 Cf. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 7 N 6 s., qui signalent toutefois le peu d'unité de la terminologie.

121 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 5 N 5 et 7 N 6.

