



Chapitre de livre

2013

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

L'égalité de traitement dans le processus de fusion de sociétés

Duvoisin, Paul-Benoît

How to cite

DUVOISIN, Paul-Benoît. L'égalité de traitement dans le processus de fusion de sociétés. In: L'égalité de traitement dans l'ordre juridique : fondements et perspectives. Rashid Bahar et Rita Trigo Trindade (Ed.). Genève : Schulthess, 2013. p. 359–402. (Programme doctoral romand de droit)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:151043>

L'EGALITE DE TRAITEMENT DANS LE PROCESSUS DE FUSION DE SOCIETES

Par

PAUL-BENOÎT DUVOISIN

lic. iur., MBL, assistant à l'Université de Genève

Introduction	360
I. Cadre analytique	360
1. Le principe d'égalité de traitement	360
2. Méthodologie d'analyse	366
3. Champ d'analyse et délimitation	370
II. Information des associés	371
1. Contrat de fusion	372
2. Rapport de fusion	377
3. Rapport de révision	381
4. Droit de consultation	383
5. Avis en cas de modification du patrimoine	384
III. Décision des associés	386
1. Principe : majorités pour décisions importantes	386
2. Première exception : modalités spéciales en cas d'obligations nouvelles	387
a) Solutions de la loi sur la fusion	388
b) Justification des traitements différenciés	391
3. Seconde exception : pas de décision en cas de fusion simplifiée	394
Conclusion	395
Annexe 1 : Tableau récapitulatif des critères de distinction de la LFus	397
Annexe 2 : Synthèse des distinctions dans le processus de fusion selon leur conformité avec le principe d'égalité de traitement	398
Bibliographie	399

Introduction

La loi sur la fusion (LFus)¹ régit les opérations de restructuration de sociétés, en particulier les fusions (art. 3 ss LFus). La réglementation se veut uniforme et transversale. Ainsi, les fusions sont régies par des règles en principe similaires, indépendamment par exemple de la forme juridique des entreprises fusionnantes ou de leur taille. Il existe toutefois des exceptions à ce principe. Dans certains cas particuliers, la LFus opère en effet des distinctions selon les caractéristiques des sociétés impliquées dans l'opération et les spécificités de leur sociétariat. La question se pose dès lors de l'adéquation de telles règles différenciées avec le principe d'égalité de traitement. C'est à cette étude que nous consacrons la présente contribution. Nous procéderons en trois temps : dans la première partie (I), nous rappellerons tout d'abord quelques notions fondamentales relatives à l'égalité de traitement, ainsi que les diverses facettes de ce principe, nous présenterons ensuite la méthodologie qu'il convient à notre avis d'appliquer lors de l'examen de ce principe, avant de conclure par une délimitation précise de la matière qui sera étudiée dans les deux parties subséquentes ; dans la deuxième partie (II), nous nous pencherons sur la première étape du processus de fusion, soit les éléments contribuant à l'information des associés, et tenterons de déterminer si, tels que conçus par la LFus, ils se conforment ou non à l'égalité de traitement ; enfin, dans la troisième partie (III), nous examinerons, toujours à la lumière du principe d'égalité de traitement, la « validité » de la réglementation de la LFus relative aux modalités gouvernant la décision de fusion.

I. Cadre analytique

1. Le principe d'égalité de traitement

L'égalité de traitement (*Gleichbehandlung*) constitue un principe cardinal du droit suisse², garanti par l'art. 8 de la Constitution fédérale (Cst.)³, dont l'alinéa premier ordonne que « tous les êtres humains sont égaux devant la loi ». Ce principe fondamental, qui vaut également pour les personnes morales⁴, est, selon le

¹ Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (loi sur la fusion, LFus, RS 221.301).

² Ce principe est applicable à l'ensemble des disciplines du droit suisse (mais également dans les autres droits nationaux), tant public que privé. Voir à ce propos, ROLAND RUEDIN (2007), p. 48. Voir également *infra* note 22.

³ Pour une présentation de l'ensemble des points d'ancrage de l'égalité dans la Constitution fédérale, voir VINCENT MARTENET (2003), p. 1 ss.

⁴ ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER (2006), p. 482.

Tribunal fédéral, étroitement lié au principe, tout aussi essentiel, de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.)⁵ : « Une décision est arbitraire lorsqu'elle ne repose pas sur des motifs sérieux et objectifs ou n'a ni sens ni but. Elle viole le principe de l'égalité de traitement lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente [...]. L'inégalité de traitement apparaît ainsi comme une forme particulière d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement. »⁶

Bien que la Constitution fédérale n'évoque que l'égalité devant la loi, il est cependant admis depuis longtemps par la doctrine et la jurisprudence que le principe d'égalité doit également être respecté par le législateur⁷. Ainsi l'égalité doit être garantie tant dans la loi⁸ que devant la loi⁹. Selon la doctrine, il en résulte que (1) toute loi (au sens large) doit « donner la même solution à tous les problèmes semblables et prévoir des traitements divergents pour les situations différentes »¹⁰ et que (2) « les organes d'exécution respectent la loi dans toutes les occasions et la mettent en œuvre d'une manière impartiale »¹¹.

L'égalité de traitement peut conceptuellement se comprendre de diverses manières. La doctrine opère ainsi plusieurs distinctions dont nous rappelons succinctement deux des principales :

- (1) *égalité absolue vs égalité relative*¹². La première commande de traiter tout état de fait semblable de la même manière¹³, alors que la seconde exige de tenir

⁵ ATF 129 I 346, 357. Dans ce sens également DANIELLE YERSIN (1992), p. 178, selon laquelle « l'interdiction de l'arbitraire a une portée générale et englobe celle des inégalités de traitement ». Voir également ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER (2006), p. 533, qui précisent toutefois que les concepts d'inégalité de traitement et d'interdiction de l'arbitraire, quoique proches, doivent être clairement distingués. Dans le même sens, ETIENNE GRISEL (2009), p. 56-57. Voir enfin JEAN-LOUIS DUC/PIERRE-YVES GREBER (1992), p. 514 ss, qui présentent des exemples de lois et décisions arbitraires.

⁶ ATF 129 I 346, 357. Voir également ATF 127 I 185, 192 ; ATF 125 I 1, 4.

⁷ ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER (2006), p. 483 ; DANIELLE YERSIN (1992), p. 160-161.

⁸ Voir à ce sujet ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER (2006), p. 484 ss.

⁹ Voir à ce sujet ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER (2006), p. 498 ss.

¹⁰ ETIENNE GRISEL (2009), p. 46.

¹¹ ETIENNE GRISEL (2009), p. 46.

¹² Certains auteurs préfèrent distinguer entre égalité souple et égalité stricte, par exemple : VINCENT MARTENET (2003), p. 356 ss. Voir aussi DANIELLE YERSIN (1992), p. 158. Pour une analyse de ces deux notions (dans le contexte de la société anonyme), voir CLAIRE HUGUENIN JACOBS (1994), p. 37 ss.

¹³ ETIENNE GRISEL, *Egalité* (2009), p. 42. Voir également VINCENT MARTENET (2003), p. 356 ss ; MATTHIAS OESCH (2008), p. 32.

compte des spécificités des situations particulières pouvant se présenter¹⁴, opérant le cas échéant les distinctions nécessaires. Plusieurs auteurs relèvent à juste titre que l'égalité de traitement est par essence relative¹⁵ et qu'une égalité absolue, en vertu de laquelle le législateur réserverait un traitement unique à tout un chacun sans pouvoir opérer de distinction, serait non seulement absurde et injuste¹⁶, mais, pire encore, conduirait à la création (ou l'aggravation) d'inégalités matérielles¹⁷ ;

- (2) *égalité formelle vs égalité matérielle*. La première, aussi appelée « égalité de droit », garantit qu'aucun traitement différencié ne soit effectué par les autorités (législateur, juges, ...) eu égard à des situations analogues¹⁸. La seconde, aussi dénommée « égalité de fait », autorise – et même requiert – des distinctions dans le but de réaliser ou de rétablir à terme une égalité réelle¹⁹ – donc dans les faits (et non seulement juridique) – entre deux groupes de personnes qui se trouvent certes dans une situation analogue, mais dont une ou plusieurs différences justifient, au vu du but recherché, un traitement différencié.

La loi sur la fusion ne contient aucune référence expresse au principe d'égalité de traitement²⁰. Le message relatif à la LFus²¹ n'apporte pas davantage d'informations à ce sujet. Néanmoins, il est admis que le principe d'égalité de traitement gouverne l'ensemble de l'ordre juridique suisse²², le droit des fusions et

¹⁴ ETIENNE GRISEL (2009), p. 42 ; MATTHIAS OESCH (2008), p. 32-33.

¹⁵ ETIENNE GRISEL (2009), p. 42-43 ; VINCENT MARTENET (2003), p. 356-357.

¹⁶ ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER (2006), p. 491.

¹⁷ MATTHIAS OESCH (2008), p. 32.

¹⁸ ETIENNE GRISEL (2009), p. 43. Au sujet de l'égalité formelle, voir également la contribution de FRÉDÉRIC BERNARD dans le présent ouvrage, p. 36-37.

¹⁹ Au sujet de l'égalité matérielle, voir également la contribution de FRÉDÉRIC BERNARD dans le présent ouvrage, p. 37-38. S'agissant du potentiel danger sur le long terme de la poursuite d'une égalité matérielle, voir ANDREAS AUER (2001), p. 191.

²⁰ Contrairement, par exemple, à la LBVM qui, à son article premier, garantit l'égalité de traitement des investisseurs (associés), en particulier dans le contexte des offres publiques d'acquisition (voir aussi art. 1 OOPA). Pour une comparaison des intérêts protégés par la LFus, la LBVM et la LCart, voir en particulier HENRY PETER/PAUL-BENOÎT DUVOISIN (2011), p. 335.

²¹ Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 13 juin 2000 (ci-après : Message LFus), FF 2000, p. 3995 ss.

²² ROLAND RUEDIN (2007), p. 48 ; ETIENNE GRISEL (2009), p. 24. L'égalité de traitement est ainsi applicable dans les divers domaines que compte le droit suisse (et international), aussi bien privé que public, tels que par exemple : (i) le droit fiscal (voir notamment DANIELLE YERSIN [1992], p. 145 ss ; XAVIER OBERSON [2004], p. 177 ss, 187), (ii) le droit des assurances sociales (voir à ce sujet : Jean-LOUIS DUC/PIERRE-YVES GREBER [1992], p. 473 ss), (iii) le droit de la propriété intellectuelle (voir par exemple : GEORGES BONET [1995], p. 1 ss) ou encore (iv) le droit du travail (on relèvera à ce propos que, depuis 1995, le droit suisse dispose d'une loi fédérale sur l'égalité destinée à promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes en matière d'emploi, plus particulièrement s'agissant de salaires ; cette loi a fait l'objet d'un commentaire récent : GABRIEL AUBERT/KARINE LEMPEN [2011],

des autres restructurations n'échappant pas à la règle. Par ailleurs, cette discipline du droit fait dans une large mesure partie du droit des sociétés²³, dont l'égalité de traitement constitue un des principes directeurs²⁴.

Le principe d'égalité de traitement concerne essentiellement les associés des sociétés²⁵, si bien que nous ne l'analyserons que par rapport à ceux-ci²⁶. Si ce principe est valable pour toutes les formes juridiques qui peuvent être attribuées à l'entreprise, son acception est variable dans chacune d'elles. Ainsi, conformément

p. 1 ss). Pour une analyse du principe d'égalité en droit communautaire, voir SOPHIE ROBIN-OLIVIER, (1999), p. 1 ss. Si le principe d'égalité de traitement s'applique de manière générale à tous les pans du droit, on précisera néanmoins que les exigences en matière d'égalité sont plus ou moins élevées (et donc l'examen de leur respect est plus ou moins strict) selon la sensibilité des droits touchés, du domaine concerné et des critères de distinctions utilisés. Voir à ce sujet VINCENT MARTENET (2003), p. 355 ss.

²³ Message LFus, p. 4019.

²⁴ PETER BÖCKLI (2009), p. 1810 ; CLAIRE HUGUENIN JACOBS (1994), p. 5 et 59. Voir en particulier les dispositions suivantes, qui mentionnent explicitement le principe d'égalité : (a) pour la société anonyme : art. 706 al. 2 ch. 3 et 717 al. 2 CO ; (b) pour la société à responsabilité limitée : art. 808c et 816 CO ; (c) pour la société coopérative : art. 854 CO. D'autres dispositions du droit des sociétés garantissent le principe d'égalité de traitement de manière implicite : (a) pour la société simple : art. 531 al. 2, 533 al. 1, 534 al. 2 et 535 al. 1 CO ; (b) pour la société en nom collectif : art. 557 al. 2 CO (qui renvoie aux dispositions de la société simple) ; (c) pour la société en commandite : art. 598 al. 2 CO (qui renvoie aux dispositions de la société en nom collectif et donc, en cascade, à celles de la société simple) ; (d) pour la société anonyme : art. 661 et 692 al. 1 CO ; (e) pour la société à responsabilité limitée : art. 798 al. 3 CO ; (f) pour la société coopérative : art. 859 al. 2, 885 et 913 al. 3 CO. Le principe d'égalité de traitement revêt aussi une importance fondamentale pour les sociétés cotées. Voir à ce sujet KARL HOFSTETTER (1996), p. 222 ss. S'agissant des rapports entre l'égalité de traitement et l'art. 2 CC (généralement applicable à tous les pans du droit suisse [tant privé que public] : CHRISTINE CHAPPUIS [2010] *ad* art. 2 CC, N 6 et 39 ss), ceux-ci ont évolué au gré de la jurisprudence fédérale. Voir en particulier : ATF 69 II 246, 249 (= JdT 1944 I 45, 48) ; ATF 102 II 265, 268 (= JdT 1977 I 102, 105). Aujourd'hui, il est admis que l'égalité de traitement ne constitue plus une « *lex specialis* » de l'art. 2 CC. Voir en ce sens ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER (2012), p. 455 ; ANDREW M. GARBARSKI (2006), p. 153, qui mentionne l'ATF figurant dans la SJ 2005 I p. 365, en particulier son consid. 3.4.1, dans lequel le Tribunal fédéral rappelle que « même si une décision de l'assemblée générale ou un acte du conseil d'administration ne viole pas l'exigence de l'égalité de traitement de tous les actionnaires, elle peut néanmoins constituer un abus de droit manifeste ». Voir aussi ROLAND VON BÜREN/WALTER A. STOFFEL/ROLF H. WEBER (2011), p. 207 ; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL (1996), p. 470 ; ROLAND RUEDIN (1996), p. 549-550 ; CLAIRE HUGUENIN JACOBS (1994), p. 8 ss.

²⁵ ROLAND RUEDIN (2007), p. 48. Le principe d'égalité de traitement des associés vise notamment à protéger les associés minoritaires contre de potentiels abus de pouvoir de la part des associés majoritaires. Voir à ce sujet : PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL (1996), p. 459 ; CLAIRE HUGUENIN JACOBS (1994), p. 26.

²⁶ Ainsi, il ne sera pas procédé à l'examen de l'égalité de traitement entre les « sujets » (voir art. 2 let. a LFus) participant à la fusion, ni entre les travailleurs des divers sujets, ni entre leurs créanciers, ni encore entre leurs administrateurs. Pour un examen de la question de l'égalité de traitement des créanciers dans la société anonyme, voir THOMAS REBSAMEN (2004), p. 1 ss ; s'agissant de l'égalité de traitement des administrateurs, voir MARTIN WALDBURGER (2002), p. 1 ss.

à la distinction indiquée plus haut, l'égalité de traitement dont bénéficient les associés peut être soit absolue, soit relative. Dans le premier cas, le critère d'égalité de traitement se rapporte à la personne de l'associé, chacun d'entre eux devant être traité de manière identique²⁷. Il en va ainsi par exemple du droit de vote dans les sociétés de personnes²⁸. Dans le second cas, le critère utilisé pour garantir l'égalité de traitement est externe à la personne même de l'associé. Il se base typiquement sur l'importance de sa participation financière²⁹ ou sur son degré d'utilisation des institutions sociales³⁰. On parle alors d'égalité de traitement relative des associés, car même si le critère utilisé est identique pour chaque associé³¹, son application est susceptible de mener à des résultats très différents³². Relève par exemple de cette seconde catégorie la majeure partie de la réglementation applicable aux sociétés anonymes³³, ces dernières constituant par ailleurs le type de sujet³⁴ le plus représenté lors d'opérations de fusion au sens de la LFus³⁵.

Conformément au postulat, que l'on retrouve déjà dans les écrits d'Aristote³⁶, selon lequel il convient de traiter de la même manière les situations semblables mais de manière différente les situations dissemblables, il est en outre admis, dans

²⁷ ROLAND RUEDIN (2007), p. 48.

²⁸ C'est-à-dire les sociétés simples (art. 534 CO), en nom collectif (art. 557 al. 2 CO) et en commandite (art. 598 al. 2 CO).

²⁹ Pour la société anonyme : art. 661 et 692 al. 1 CO ; pour la société à responsabilité limitée : art. 798 al. 3 et 806 al. 1 CO.

³⁰ Pour la société coopérative : art. 859 al. 2 CO. Toutefois, l'art. 854 CO, de nature impérative, garantit aux coopérateurs une égalité de traitement absolue pour ce qui est des droits de vote (*one man, one vote*).

³¹ PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL (1996), p. 463 ; ROLAND VON BÜREN/WALTER A. STOFFEL/ROLF H. WEBER (2011), p. 205.

³² Ainsi, dans une société anonyme, un actionnaire ayant opéré des versements au capital-actions trois fois supérieurs à ceux d'un autre actionnaire aura droit (sauf clause statutaire contraire) à une part au bénéfice trois fois plus grande (art. 661 CO). Il en va de même pour les droits de vote (art. 692 CO). Voir également CLAIRE HUGUENIN JACOBS (1994), p. 31.

³³ PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL (1996), p. 457-458. Il existe cependant des cas dans lesquels le législateur garantit une égalité de traitement absolue aux actionnaires, comme le précisent ces mêmes auteurs, p. 465 ss. Voir également à ce sujet HENRY PETER/FRANCESCA CAVADINI (2008) *ad* art. 717 CO, N 21 ; CLAIRE HUGUENIN JACOBS (1994), p. 61 ; PASCAL MONTAVON (2008), p. 379 ; MARC BAUEN/ROBERT BERNET/NICOLAS ROULLIER (2007), p. 98 ; TATJANA LINDER (2010), p. 22 ; ROBERT MEIER (2005), p. 172 ; PETER V. KUNZ (2001), p. 527 ; RASHID BAHAR (2004), p. 133, qui indique pour le surplus les cas particuliers dans lesquels une égalité absolue prévaut cependant. Voir enfin ROBERT PATRY (1963), p. 84, selon lequel « l'égalité absolue, envisagée comme synonyme d'égalitarisme, n'a pas sa place dans le droit des sociétés anonymes ».

³⁴ La notion de « sujet » est définie à l'art. 2 let. a LFus.

³⁵ RITA TRIGO TRINDADE/HENRY PETER/ANNIE GRIESSEN COTTI (2008), p. 57.

³⁶ Voir VINCENT MARTENET (2003), p. 16 et note 25. Voir également MATTHIAS OESCH (2008), p. 32 (plus particulièrement note 95) et p. 38 ; MARTIN WALDBURGER (2002), p. 22.

une certaine mesure, de traiter de manière différente les diverses catégories d'associés³⁷. On parle parfois aussi d'égalité relative dans ce cas³⁸.

Enfin, une dernière « atténuation »³⁹ du principe d'égalité de traitement admise en droit des sociétés consiste en la possibilité de traiter les associés de manière différenciée si cela se justifie par un intérêt social prépondérant⁴⁰. Ainsi, dans la société anonyme par exemple, il est envisageable de s'écarter du principe d'égalité de traitement « dans la mesure absolument nécessaire à la poursuite du but de la société dans l'intérêt de tous les actionnaires »⁴¹. Toutefois, pour ne pas être considéré comme étant arbitraire et incompatible avec le principe d'égalité, un traitement différencié des associés doit représenter *in casu* une « mesure appropriée »⁴² et « proportionnée »⁴³. Comme nous le verrons ci-dessous, toute

³⁷ Voir en particulier JEAN-LUC CHENAUX (2003), p. 152, selon lequel le droit de l'actionnaire « se limite à se voir traité de la même manière que les autres actionnaires dans des circonstances semblables ». Voir également RASHID BAHAR (2004), p. 232 ; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL (1996), p. 465 ; ANDREW M. GARBARSKI (2006), p. 153.

³⁸ Voir notamment : HENRY PETER/FRANCESCA CAVADINI (2008) *ad* art. 717 CO, N 19. Ces auteurs relèvent à juste titre (au N 20) qu'« un traitement différencié en fonction des disparités de chaque catégorie de titres est [...] possible, et même parfois équitable, voire nécessaire ». Dans le même sens, ROLF WATTER (2002) *ad* art. 717 CO, N 23 ; MARC BAUEN/ROBERT BERNET/NICOLAS ROUILLER (2007), p. 98.

³⁹ Au vu de tous les aménagements existants, on constate donc que le principe d'égalité de traitement est loin d'être absolu en droit des sociétés (et plus particulièrement s'agissant de la société anonyme). Voir en ce sens ROLAND RUEDIN (1996), p. 551, qui relève que certains auteurs ont par conséquent des doutes quant à l'existence même du principe d'égalité dans ce contexte (pour plus de détails, voir les auteurs qu'il cite à la note 26).

⁴⁰ ROLAND VON BÜREN/WALTER A. STOFFEL/ROLF H. WEBER (2011), p. 204-205. Voir également PETER BÖCKLI (2009), p. 1809 ; ANDREW M. GARBARSKI (2006), p. 153 ; CLAIRE HUGUENIN JACOBS (1994), p. 25, qui estime qu'une inégalité de traitement se justifie s'il en découle un bien-être collectif accru. Selon RASHID BAHAR (2004), p. 134, un tel traitement inégal « se justifie, quand la « victime » est dans une meilleure situation que si l'égalité de traitement avait été respectée ».

⁴¹ ROLAND RUEDIN (2007), p. 49. Voir aussi ATF 131 III 459, 465 (= JdT 2005 I 588, 594) ; ATF 117 II 290, 312 ; ATF 102 II 265, 267 (= JdT 1977 I 102, 104) ; ATF 91 II 298, 301 (= JdT 1966 I 264, 267 : « on peut donc admettre une inégalité de traitement là où elle est fondée, soit lorsqu'elle est un moyen adéquat d'atteindre un but légitime »). Voir également RASHID BAHAR (2004), p. 134 et 232-233 ; ROLF WATTER (2002) *ad* art. 717 CO, N 23 ; HENRY PETER/FRANCESCA CAVADINI (2008) *ad* art. 717 CO, N 20 ; GUILLAUME VIONNET (2005), p. 132 ; MARC BAUEN/ROBERT BERNET/NICOLAS ROUILLER (2007), p. 98 ; ERIC HOMBURGER (1997), N. 1110 (*ad* art. 717 CO) ; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL (1996), p. 462 ss, qui relèvent que le critère de l'intérêt social est dans l'ensemble considéré favorablement par la doctrine. Lors d'un examen *in concreto*, les organes dirigeants disposent d'un pouvoir d'appréciation et doivent procéder à une pesée d'intérêts pour déterminer si l'inégalité de traitement se justifie. Toutefois, plus les actionnaires font partie de catégories semblables et moins facilement un traitement différencié sera considéré comme justifié (et donc moins aisément sera-t-il admis).

⁴² Voir en particulier PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL (1996), p. 457 s. ; PASCAL MONTAVON (2008), p. 379.

inégalité (ou plutôt distinction) « injustifiée » est inacceptable⁴⁴. En d'autres termes, comme le résume ROLAND RUEDIN, « l'inégalité de traitement n'est pas interdite. Seule l'inégalité abusive, c'est-à-dire non fondée, est prohibée »⁴⁵.

2. Méthodologie d'analyse

Les fondements de l'égalité de traitement dans l'ordre juridique suisse, et plus particulièrement en droit des sociétés⁴⁶, qui viennent d'être rappelés, sont essentiels pour l'analyse de ce principe dans le cadre des fusions. C'est à leur lumière que peuvent être jaugées les « inégalités » et leur admissibilité. La difficulté dans le contexte des fusions est que deux ou plusieurs sociétés, parfois de tailles, de structures et de formes juridiques très différentes, sont impliquées dans l'opération ; or, nous l'avons rappelé, la LFus propose une réglementation des fusions (et des autres restructurations) qui se veut pour l'essentiel transversale et relativement uniforme, tout en incluant les aménagements nécessaires, en particulier pour tenir compte de la réglementation ordinairement applicable à chaque type de sociétés. Le principe d'égalité de traitement s'inscrit donc ici dans un paradigme complexe, rendant sa signification et sa portée délicates à appréhender dans le domaine des fusions.

On rappellera qu'une égalité de traitement n'est requise que pour les situations « comparables » (aussi dites « analogues » ou « semblables »)⁴⁷. Si des états de fait absolument identiques (est-ce d'ailleurs envisageable ?) ne sont pas exigés⁴⁸, il n'en reste pas moins que les situations doivent au moins être analogues pour que l'on puisse se prévaloir d'un traitement égal. La comparabilité (ou non) des situations – et donc leur assimilation (ou distinction) – est déterminée par le législateur (égalité dans la loi) ainsi que par le juge (égalité devant la loi), qui disposent tous deux à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation⁴⁹. Ainsi seule est prohibée une norme ou une décision traitant « de façon différente deux situations

⁴³ RASHID BAHAR (2004), p. 134 ; FRANÇOIS CHAUDET/ANNE CHERPILLOD/JUAN CARLOS LANDROVE (2010), p. 135 ; ANDREW M. GARBARSKI (2006), p. 154. Pour un examen détaillé des rapports entre le principe d'égalité et celui de proportionnalité, voir VINCENT MARTENET (2003), p. 319 ss.

⁴⁴ Voir *infra* p. 367-369. Par ailleurs, il en va de même d'un traitement qui serait « arbitrairement égalitaire » (c'est-à-dire réservant une solution identique à deux situations dont les dissemblances nécessitent un traitement différent).

⁴⁵ ROLAND RUEDIN (1996), p. 544.

⁴⁶ Pour une analyse du fondement du principe d'égalité de traitement des actionnaires, voir ROLAND RUEDIN (1996), p. 543 ss.

⁴⁷ VINCENT MARTENET (2003), p. 11 ss. Pour des exemples jurisprudentiels de situations analogues, voir ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER (2006), p. 486.

⁴⁸ VINCENT MARTENET (2003), p. 11.

⁴⁹ Pour le législateur, voir ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER, (2006), p. 492. Pour le juge, voir ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER (2006), p. 499 et 503.

qui sont tellement semblables qu'elles requièrent un traitement identique (distinction insoutenable) ou [...] d'une façon identique deux situations qui sont tellement différentes qu'elles requièrent un traitement différent (assimilation insoutenable) »⁵⁰. Il peut résulter de cette marge de manœuvre dont bénéficient les autorités législatives et judiciaires des situations certes insatisfaisantes d'un point de vue égalitaire pur, mais ne constituant pas pour autant une violation du principe d'égalité de traitement tel que conçu dans notre ordre juridique.

Les développements qui suivent porteront principalement sur l'examen de l'égalité dans la loi sur la fusion (et non pas de l'égalité dans l'application de cette loi) ainsi que des distinctions qui y sont opérées (un tableau récapitulant les critères de distinction légaux et dans quels contextes ils sont utilisés figure en annexe au présent article⁵¹). Ne permettant pas nécessairement de conclure de manière ferme et définitive à des inégalités de traitement dans la loi (la marge de manœuvre des autorités étant, on l'a vu, importante à cet égard), les raisonnements menés visent prioritairement à questionner la pertinence des distinctions contenues dans la LFus.

Nous concentrerons notre analyse sur les différences de traitement réservées par le législateur à divers états de fait semblables ; ne seront par contre pas examinées d'éventuelles assimilations injustifiées au sein de la loi sur la fusion⁵². En effet, les premières peuvent conduire a priori à des situations qui, si elles ne sont pas conceptuellement plus problématiques, apparaissent cependant plus choquantes que les secondes.

Les distinctions légales (en tout cas celles dont la justification ne semble de prime abord pas évidente) seront analysées en conformité des principes évoqués ci-dessus. Pour chaque différence de traitement analysée, le raisonnement doit selon nous être mené fondamentalement en trois étapes (cette approche sera d'abord suivie explicitement et de manière détaillée, puis, une fois la méthodologie assimilée et pour éviter des répétitions inutiles, de manière plus succincte, voire implicite) :

- (1) tout d'abord, il convient d'examiner si les règles différentes couvrent des situations semblables ou si elles visent plutôt des états de fait présentant des divergences significatives. Dans la première hypothèse (1a), on pourrait conclure de manière intermédiaire à une inégalité, alors que dans la seconde (1b), l'égalité semble a priori préservée ;
- (2) en deuxième lieu, on doit affiner la conclusion intermédiaire en se demandant si une solution légale susceptible de garantir une plus grande égalité en droit aurait pu être aménagée. Si tel n'est pas le cas, on peut conclure définitivement que la norme est conforme à l'égalité de traitement (en tout cas au sens formel)

⁵⁰ ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER (2006), p. 499.

⁵¹ Voir *infra* p. 397 (annexe 1).

⁵² De telles assimilations injustifiées dans la loi sont pour le surplus peu fréquentes. Voir à ce sujet ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER (2006), p. 499, qui présentent des exemples jurisprudentiels.

(2a). Si en revanche une règle plus égalitaire est envisageable et aurait pu être établie, il existe alors une différence de traitement qui, si elle est choquante et excède le pouvoir d'appréciation du législateur, peut consister en une inégalité de traitement formelle, que l'on désignera ici comme une différence de traitement qualifiée (2b) ;

- (3) dans un troisième temps, il faut se demander si la différence de traitement (qualifiée) est admissible, donc s'il existe des motifs justificatifs (prépondérants) à la distinction légale⁵³. Si une telle justification est retenue, alors le traitement différencié est autorisé et ne transgresse pas le principe d'égalité de traitement (3a) ; si, en revanche, il n'existe pas de justification ou si celle mise en avant n'est pas admissible (car ne reposant pas, par exemple, sur des « motifs suffisamment sérieux et raisonnables »⁵⁴), on peut conclure définitivement à une violation du principe d'égalité de traitement (3b). On précisera que la justification des différenciations s'analyse prioritairement à la lumière de la réglementation en question, plus particulièrement de sa nature et de son but⁵⁵. L'objectif fondamental de la loi sur la fusion est selon nous de favoriser les restructurations⁵⁶ ; un traitement légal différencié sera dès lors autorisé, dans la mesure où il constitue un moyen adéquat et proportionné pour atteindre ce but. Cet objectif de favoriser les restructurations devra, le cas échéant, être mis en balance avec la nécessité de garantir la protection des associés minoritaires, des créanciers et des travailleurs, conformément à l'art. 1 al. 2 LFus. On relèvera qu'un traitement différencié est parfois susceptible (si ce n'est là son but) de contribuer à une plus grande égalité matérielle.

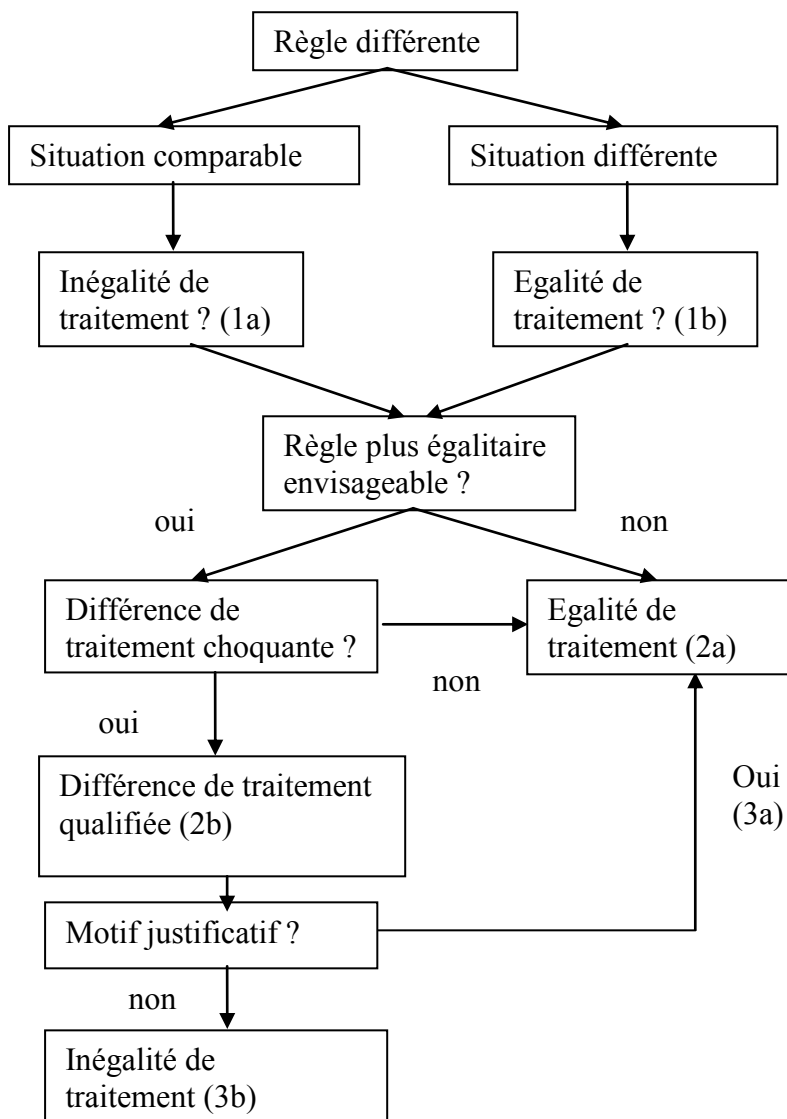
Les trois étapes du processus d'analyse qui viennent d'être exposées peuvent être résumées au moyen du schéma suivant :

⁵³ Voir à ce sujet VINCENT MARTENET (2003), p. 189, qui reconnaît trois catégories de justifications : (i) les justifications situationnelles, c'est-à-dire celles qui se basent sur une ou plusieurs différences relatives à une situation, à un contexte ou à des circonstances ; (ii) les justifications finalistes, qui constituent « un instrument au service d'un but visé par l'autorité » ; (iii) les justifications mixtes, qui comportent les deux dimensions susmentionnées (situationnelle et finaliste).

⁵⁴ ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER (2006), p. 533. Voir également ATF 124 I 297, 299, dans lequel notre Haute Cour précise que « la question de savoir s'il existe un motif raisonnable pour une distinction peut recevoir des réponses différentes suivant les époques et les idées dominantes. Il convient de respecter en cette matière le pouvoir d'appréciation qui appartient à l'autorité compétente ».

⁵⁵ ETIENNE GRISEL (1998), p. 542.

⁵⁶ Voir Message LFus, p. 3996, 4003 et 4011. Voir également HENRY PETER/PAUL-BENOÎT DUVOISIN (2011), p. 334-335 ; LUKAS GLANZMANN (2008), N 18 ; PASCAL MONTAVON (2008), p. 781 ; HENRY PETER (2005) *ad* art. 1 LFus, N 7 ; LUKAS MORSCHER (2005) *ad* art. 1 LFus, N 36. *Contra* : THOMAS WEIBEL/CONRADIN CRAMER (2012) *ad* art. 1 LFus, N 7, qui estiment que le but de la LFus est en premier lieu de garantir la sécurité du droit et la transparence en protégeant les intérêts des groupes potentiellement mis en danger par les opérations de restructuration.



On constate donc que le raisonnement se doit d'être plus élaboré que ce qui semble découler de la maxime (trop simpliste) qui veut que ce qui est semblable soit traité de manière identique et ce qui est dissemblable le soit de manière différente⁵⁷.

3. Champ d'analyse et délimitation

En raison de l'espace à disposition, nous passerons sous silence certains aspects du sujet. Tout d'abord, comme indiqué précédemment, nous examinerons exclusivement l'égalité de traitement des associés, pas celle des autres parties prenantes (*stakeholders*⁵⁸) à l'opération ; en deuxième lieu, nous nous contenterons d'étudier la fusion *stricto sensu*, c'est-à-dire celle prévue aux art. 3 ss LFus. La quasi-fusion⁵⁹ et la pseudo-fusion⁶⁰ (non réglementées dans la loi sur la fusion), qui permettent d'arriver au même résultat économique qu'une fusion *stricto sensu*, ne seront ainsi pas prises en compte. Troisièmement, le champ de nos réflexions ne couvrira pas les sociétés cotées en bourse ; les exigences de la réglementation applicable aux OPA ne seront ainsi pas analysées⁶¹. Nous relèverons ici simplement que de nombreuses différences⁶² existent entre les

⁵⁷ Voir dans le même sens, VINCENT MARTENET (2003), p. 23 ss, qui propose des exemples illustrant bien le propos.

⁵⁸ Au sujet de la notion de *stakeholders*, voir la contribution de ANNE MIRJAM SCHNEUWLY dans le présent ouvrage, p. 301.

⁵⁹ HENRY PETER/PAUL-BENOÎT DUVOISIN (2011), p. 336-337, définissent la quasi-fusion comme étant « l'opération par laquelle la société reprenante acquiert l'ensemble des parts sociales d'une autre société (société reprise). Les actionnaires de la société reprise sont « payés » au moyen d'actions de la société reprenante. »

⁶⁰ HENRY PETER/PAUL-BENOÎT DUVOISIN (2011), p. 337, définissent la pseudo-fusion comme étant « une opération se déroulant en deux temps : tout d'abord une société (transférante) qui cède son patrimoine (éventuellement par le biais d'un transfert de patrimoine au sens de la LFus) à une autre société (reprenante). Cet apport permet d'effectuer et de libérer une augmentation du capital social de la société reprenante, de nouvelles parts sociales étant remises à la société transférante en contrepartie de son apport. Puis la société transférante est dissoute et liquidée et ses associés reçoivent des parts sociales de la société reprenante. »

⁶¹ Pour ce qui est du rapport entre la loi sur la fusion et la loi sur les bourses, voir HENRY PETER/PAUL-BENOÎT DUVOISIN (2011), p. 341 ss. Pour une analyse de l'égalité de traitement dans le contexte des sociétés cotées, voir KARL HOFSTETTER (1996), p. 222 ss ; RASHID BAHAR (2004), p. 138 ss ; TATJANA LINDER (2010), p. 24 ss.

⁶² Une des principales différences a trait au pouvoir décisionnel : (a) dans une quasi-fusion, la société « reprenante » (ou acquéreuse) propose directement aux associés de la société « transférante » (ou cédante) d'échanger des parts sociales. La décision et, en théorie en tout cas, la négociation des termes du contrat sont du ressort des associés ; (b) à l'autre extrême, dans la pseudo-fusion, la décision de transfert de l'entreprise à la société reprenante est en principe de la compétence des dirigeants (à moins que cela n'entraîne *de facto* une liquidation ou une modification du but social. Voir à ce sujet RASHID BAHAR (2004), p. 49 ss). Les associés n'auront donc en principe pas voix au chapitre, si ce n'est lors de la décision de dissoudre la société transférante (qui a cédé son entreprise) ; (c) la fusion *stricto sensu* constitue à cet égard un « juste milieu ». Dans cette troisième opération, les dirigeants

diverses méthodes permettant de réaliser économiquement une fusion⁶³, ainsi qu'entre la réglementation applicable aux sociétés privées, respectivement à celles ouvertes au public⁶⁴. Il en découle des différences de traitement qui peuvent s'avérer problématiques (notamment pour les associés) selon qu'un type d'opération est utilisé plutôt qu'un autre, ou que les sociétés impliquées sont cotées en bourse ou non. Quatrièmement, comme le titre de la présente contribution l'indique, nous focaliserons l'analyse sur les étapes du processus de fusion. La question intéressante du principe de continuité du sociétariat (ainsi que de ses exceptions), qui soulève des problèmes délicats du point de vue de l'égalité de traitement, ne sera, au vu de l'espace accordé, pas couverte ici. Enfin, cinquièmement, les dirigeants des sociétés sont soumis à divers devoirs, notamment celui de veiller à l'égalité de traitement des associés. La problématique de la portée de ce devoir dans le contexte des *mergers & acquisitions*, qui relève fondamentalement de l'égalité devant la loi (non abordée ici), a été analysée de manière détaillée par RASHID BAHAR dans sa thèse de doctorat, à laquelle nous renvoyons⁶⁵.

Les développements qui suivent porteront sur l'examen de la conformité à l'égalité de traitement d'une part des divers instruments prévus par la LFus afin de garantir l'information des associés (partie II *infra*), d'autre part des modalités applicables à la décision de fusion (partie III *infra*). Un tableau récapitulant les résultats de l'analyse menée dans les parties II et III figure en annexe à la présente contribution⁶⁶.

II. Information des associés

La LFus prévoit plusieurs moyens destinés à garantir que les associés puissent décider de manière éclairée s'ils sont favorables ou non à la fusion. Dans cette optique, trois documents doivent en principe être élaborés : un contrat de fusion⁶⁷ (chapitre 1), un rapport de fusion⁶⁸ (chapitre 2) et un rapport de révision⁶⁹

négocient et concluent certes le contrat de fusion (art. 12 LFus), mais ce dernier doit encore être approuvé par les associés pour que la fusion puisse être réalisée (art. 18 LFus). Il est évident que les associés sont mieux protégés dans les hypothèses où ils peuvent se prononcer sur la fusion.

⁶³ C'est-à-dire, nous l'avons vu, (i) la fusion *stricto sensu*, (ii) la quasi-fusion et (iii) la pseudo-fusion. L'ensemble de ces méthodes constituent les fusions dites *lato sensu*.

⁶⁴ Ces dernières étant soumises aux normes du droit boursier, qui contient de nombreuses règles protégeant les associés, telles que la règle du prix minimum (art. 32 al. 4 LBVM) et celle dite de la *best price rule* (art. 10 OOPA).

⁶⁵ RASHID BAHAR (2004), p. 131 ss.

⁶⁶ Voir *infra* p. 398 (annexe 2).

⁶⁷ Art. 12 et 13 LFus.

⁶⁸ Art. 14 LFus.

(chapitre 3). Les associés bénéficient dans la règle d'un droit de consulter ces documents⁷⁰ (chapitre 4). Enfin, les associés doivent être informés spontanément des changements substantiels dans le patrimoine des sociétés⁷¹ (chapitre 5). Ces divers documents et droits d'information ne sont pas toujours (ni totalement) garantis par la loi. Comme nous allons le voir, il peut en résulter une inégalité de traitement entre les associés.

1. Contrat de fusion

Les organes supérieurs de direction ou d'administration⁷² des sociétés participant à la fusion doivent établir un contrat de fusion (art. 12 LFus). La loi contient une description précise des éléments qui doivent être inclus dans ce document (art. 13 LFus)⁷³. Le contenu est dans la règle identique pour chaque société. Aucune distinction n'est ainsi faite selon la taille des sociétés fusionnantes. En outre, la forme juridique que revêtent les entreprises fusionnantes importe peu à cet égard, sous réserve de la première exception indiquée ci-dessous. L'information contenue dans le contrat de fusion, auquel les associés ont normalement accès (voir *infra* chapitre 4), est donc en principe la même. Etant donné que les associés ont fondamentalement un intérêt équivalent à disposer des informations visées par l'art. 13 LFus⁷⁴ indépendamment des caractéristiques de leur société, cette norme couvre donc des situations comparables ; le fait qu'elle s'applique en principe à toute hypothèse de fusion se conforme ainsi à l'égalité de traitement.

Deux exceptions sont toutefois prévues par la LFus :

⁶⁹ Art. 15 LFus.

⁷⁰ Art. 16 LFus.

⁷¹ Art. 17 LFus.

⁷² Cette notion n'est pas définie par la LFus. L'organe supérieur de direction ou d'administration est donc : (a) pour la société anonyme et la société en commandite par actions : le conseil d'administration (art. 707 ss et 765 CO) ; (b) pour la société à responsabilité limitée : les gérants (art. 809 ss CO) ; (c) pour la société coopérative : l'administration (art. 894 ss CO) ; (d) pour la société en nom collectif et la société en commandite : les associés indéfiniment responsables (art. 535, 557 et 599 CO), sauf si le contrat en dispose autrement ; (e) pour l'association : la direction (le comité) (art. 69-70 CC).

⁷³ Voir à ce sujet ALEXANDER VOGEL/CHRISTOPH HEIZ/URS R. BEHNISCH/ANDREA SIEBER (2012) *ad* art. 13 LFus, N 10 ss ; JÜRGEN A. LUGINBÜHL (2012) *ad* art. 13 LFus, N 10 ss ; MARC AMSTUTZ/RAMON MABILLARD (2008) *ad* art. 13 LFus, N 6 ss ; LUKAS GLANZMANN (2008), N 307 ss ; OLIVER TRIEBOLD (2007) *ad* art. 13 LFus, N 4 ss ; RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 13 LFus, N 8 ss ; MATTHIAS WOLF (2005) *ad* art. 13 LFus, N 2 ss ; HANS CASPAR VON DER CRONE/ANDREAS GERSBACH/Franz J. KESSLER/MARTIN DIETRICH/KATJA BERLINGER (2004), N 166 ss ; PETER R. ALTENBURGER/MASSIMO CALDERAN/WERNER LEDERER (2004), N 94 ss ; URS SCHENKER (2003) *ad* art. 13 LFus, N 3 ss.

⁷⁴ Ces informations, présentant notamment la situation qui sera celle des associés après la fusion, sont en effet essentielles eu égard à leur décision d'approuver ou de refuser cette opération.

(1) en premier lieu, lors de fusions n'impliquant que des associations, ces dernières sont dispensées de fournir certaines informations dans le contrat de fusion (art. 13 al. 2 LFus). Il en va ainsi des indications relatives (1) aux droits que la société reprenante attribue aux titulaires de droits spéciaux, de parts sociales sans droit de vote ou de bons de jouissance (art. 13 al. 1 let. c LFus), (2) aux modalités d'échange des parts sociales (art. 13 al. 1 let. d LFus), (3) à la date à partir de laquelle les parts sociales ou les droits de sociétariat donnent droit à une participation au bénéfice (art. 13 al. 1 let. e LFus) et (4) au montant du dédommagement éventuel (art. 13 al. 1 let. f LFus). Les quatre indications susmentionnées visant fondamentalement un sociétariat de nature « économique », elles n'ont que peu de pertinence dans le contexte d'une association qui, en principe, doit poursuivre un but idéal⁷⁵, ou pour le moins non économique. Les allègements dont bénéficient ici les associations se justifient donc⁷⁶. Toutefois, le fondement du traitement différencié est plus délicat à déceler dans le cas particulier des associations économiques⁷⁷, tolérées par le droit suisse⁷⁸. La LFus ne tenant pas compte de cette hypothèse spécifique, mais réglementant plutôt les associations de manière uniforme, on peut se demander s'il existe une inégalité de traitement à cet égard. En effet, les membres d'une association économique sont dans une situation proche de celle des associés d'autres sociétés à but économique (expressément autorisées par la loi), mais ne bénéficient pas, contrairement à ces derniers, des informations décrites à l'art. 13 al. 1 let. c à f LFus. Garantir aux membres d'une association économique l'accès à ces informations (contrairement à ce qui prévaut dans le droit positif des fusions) aurait davantage préservé l'égalité de traitement au sein de la LFus (même s'il est vrai que les membres des associations bénéficient de la protection découlant de leur droit légal de sortir de celle-ci à l'occasion de la fusion [art. 19 LFus]). Par ailleurs, la différence de traitement ne repose sur aucun fondement, mais découle apparemment simplement d'un « oubli » du législateur. Désavantageant sans raison les membres des associations économiques par rapport aux associés des autres types de société (à but économique), ce traitement différencié peut être considéré comme choquant. Suivant la terminologie employée ci-dessus⁷⁹, on est donc *in casu* confronté à une différence de traitement qualifiée. Ce traitement différencié ne vise pas un but particulier et ne s'explique par aucun

⁷⁵ Voir à ce sujet HANS MICHAEL RIEMER (2012) *ad* art. 60 CC, N 15.

⁷⁶ Voir à ce sujet Message LFus, p. 4064 ; MARC AMSTUTZ/RAMON MABILLARD (2008) *ad* art. 13 LFus, N 15 ; RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 13 LFus, N 49 ; HANS CASPAR VON DER CRONE/ANDREAS GERSBACH/Franz J. KESSLER/MARTIN DIETRICH/KATJA BERLINGER (2004), N 294 ; URS SCHENKER (2003) *ad* art. 13 LFus, N 15.

⁷⁷ Voir en ce sens RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 13 LFus, N 50. S'agissant de la notion d'association économique, voir JEAN-FRANÇOIS PERRIN/CHRISTINE CHAPPUIS (2008), p. 2-5. Voir également ATF 90 II 333, 335.

⁷⁸ Voir ATF 131 III 97 consid. 3.1. Voir également HANS MICHAEL RIEMER (2012) *ad* art. 60 CC, N 17 ; JEAN-FRANÇOIS PERRIN/CHRISTINE CHAPPUIS (2008), p. 3 ; RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 13 LFus, N 50.

⁷⁹ Voir *supra* p. 367-368, ainsi que le schéma p. 369.

motif justificatif, si bien qu'il ne semblerait pas exclu de conclure, dans ce contexte, à une inégalité de traitement dans la loi sur la fusion. Compte tenu du caractère en quelque sorte « boiteux » ou en tout cas « hybride » des associations économiques et du fait qu'elles sont juste tolérées et non pas expressément reconnues par la loi, on peut néanmoins comprendre que le législateur n'ait pas inclus de règles spécifiques à cet égard.

- (2) En second lieu, le contenu du contrat peut aussi être allégé lors d'une « fusion simplifiée », c'est-à-dire d'une fusion de sociétés de capitaux⁸⁰ : (i) contrôlées⁸¹ à 100 % par une même personne (personne physique ou morale) ou un même groupement de personnes⁸², ou (ii) dont l'une (la société reprenante) contrôle à 100 % l'autre (la société transférante) préalablement à l'opération⁸³, ou encore (iii) dont le contrôle de l'une (la société transférante) par l'autre (la société reprenante) est inférieur à 100 %, mais est d'au moins 90 % (la société transférante comprenant ainsi dans ce cas des associés minoritaires)⁸⁴. Les allègements accordés sont plus ou moins généreux selon qu'il existe ou non des associés minoritaires (dotés d'un droit de vote).

Dans les deux premières hypothèses susmentionnées (i et ii), dans lesquelles il n'existe pas de minoritaires (disposant d'un droit de vote), l'art. 24 al. 1 LFus autorise les sociétés parties à la fusion à ne pas faire figurer dans le contrat de fusion les indications concernant : (1) le rapport d'échange des parts sociales, le montant d'une éventuelle soulte et le sociétariat des associés de la société transférante au sein de la société reprenante (art. 13 al. 1 let. b LFus), (2) les droits que la société reprenante attribue aux titulaires de droits spéciaux, de parts sociales sans droit de vote ou de bons de jouissance (art. 13 al. 1 let. c LFus), (3) les modalités d'échange des parts sociales (art. 13 al. 1 let. d LFus) et (4) la date à partir de laquelle les parts sociales ou les droits de sociétariat donnent droit à une participation au bénéfice (art. 13 al. 1 let. e LFus). Ces indications ayant trait à la continuité du sociétariat⁸⁵, il se justifie en principe d'y renoncer dans les deux premières hypothèses susmentionnées⁸⁶. En effet, dans le premier cas, un associé unique (ou un groupement d'associés) possède la totalité des droits de vote de l'ensemble des sociétés fusionnantes, alors que

⁸⁰ C'est-à-dire une société anonyme, une société en commandite par actions ou une société à responsabilité limitée (art. 2 let. c LFus).

⁸¹ La notion de « contrôle » implique en général que l'associé ou les associés concernés disposent de droits de vote. Les titulaires de parts sociales sans droit de vote ne sont ainsi pas pris en compte dans le calcul des pourcentages indiqués. Comme nous allons le voir, cela est susceptible de mener à des inégalités de traitement.

⁸² Art. 23 al. 1 let b LFus.

⁸³ Art. 23 al. 1 let a LFus.

⁸⁴ Art. 23 al. 2 LFus.

⁸⁵ ALEXANDER VOGEL/CHRISTOPH HEIZ/URS R. BEHNISCH/ANDREA SIEBER (2012) *ad* art. 24 LFus, N 3 ; OLIVER TRIEBOLD (2007) *ad* art. 24 LFus, N 4 ; MATTHIAS WOLF (2005) *ad* art. 24 LFus, N 2 ; FLORIAN BOMMER (2003) *ad* art. 24 LFus, N 3.

⁸⁶ RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 24 LFus, N 13 ; OLIVER TRIEBOLD (2007) *ad* art. 24 LFus, N 4.

dans le second cas, il n'existe aucun associé minoritaire (disposant d'un droit de vote) dans la société transférante. Ainsi, la position des associés n'étant, dans ces deux hypothèses, en principe pas affectée par la fusion, les règles contenues aux lettres b à e de l'art. 13 LFus apparaissent superflues. Les allègements tiennent par conséquent adéquatement compte de l'état de fait particulier des fusions intragroupes sans minoritaires, se conformant ainsi au principe d'égalité de traitement.

Deux nuances doivent cependant être apportées :

- (a) l'existence de titulaires de parts sociales sans droit de vote (p. ex. les titulaires de bons de participation ou de bons de jouissance) dans la société transférante (ou encore, pour la première hypothèse susmentionnée [i], dans la société reprenante) complique l'équation, dans la mesure où leur information – et donc leur protection – devrait nécessiter l'inclusion dans le contrat de fusion des indications prévues aux lettres b à e de l'art. 13 LFus⁸⁷. En effet, il ne se justifie pas de traiter les associés sans droit de vote différemment dans ce contexte qu'ils ne le sont en cas de fusion ordinaire, l'opération à laquelle ils sont confrontés étant dans les deux cas, de leur point de vue, tout à fait comparable. Or, en cas de fusion ordinaire, les associés sans droit de vote ont accès aux informations contenues dans le contrat de fusion, en particulier à celles qui les visent spécifiquement à l'art. 13 al. 1 let. c LFus. Le but des allègements concédés en cas de fusion simplifiée, à savoir faciliter (notamment accélérer quelque peu) l'opération de fusion en autorisant l'omission d'indications superflues, ne permet pas de justifier un traitement différencié dans ce premier cas de figure, les indications omises étant précisément nécessaires (et non superflues) à la protection des associés sans droit de vote ;
- (b) la seconde nuance se rapporte exclusivement à la première hypothèse susmentionnée (i), plus exactement au cas particulier où un groupe de personnes disposent conjointement de 100 % des droits de vote des sociétés fusionnantes. Dans ce contexte, un problème supplémentaire se pose dès lors que la répartition entre les membres dudit groupe de leurs droits de vote dans les sociétés ne se superpose pas totalement. En effet, la fusion est alors susceptible de modifier leur participation respective ; cela rendrait nécessaire l'application des lettres b à e de l'art. 13 LFus⁸⁸, la situation des

⁸⁷ Certains auteurs estiment donc qu'il n'est pas possible de bénéficier des allègements « problématiques » du contrat de fusion dans ces cas. Voir en particulier : RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 24 LFus, N 14 ; MATTHIAS WOLF (2005) *ad* art. 24 LFus, N 3 ; ULYSSES VON SALIS-LÜTOLF (2004), p. 169. Apparemment *contra* : HANS CASPAR VON DER CRONE/ANDREAS GERSBACH/Franz J. KESSLER/Martin Dietrich/Katja Berlinger (2004), N 166.

⁸⁸ RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 24 LFus, N 14 ; MATTHIAS WOLF (2005) *ad* art. 24 LFus, N 3. Dans le même sens également, précisant toutefois qu'alternativement cette question peut être réglée directement par les associés : ALEXANDER VOGEL/CHRISTOPH HEIZ/URS R. BEHNISCH/ANDREA SIEBER (2012) *ad* art. 24 LFus, N 3 ; OLIVER TRIEBOLD (2007) *ad* art. 24 LFus, N 4.

associés dans cette hypothèse spécifique étant comparable à celle des associés impliqués dans une fusion ordinaire. Ce sont donc les règles applicables à l'occasion d'une telle opération (fusion ordinaire), c'est-à-dire tous les alinéas de l'art. 13 LFus, qui devraient s'imposer. Aucun motif ne semble en effet pouvoir justifier un traitement différencié dans ce cas, ce qui devrait en l'état permettre à nouveau de conclure à une inégalité dans le droit positif des fusions.

Dans la troisième hypothèse (iii), c'est-à-dire celle où il existe dans la société transférante des associés minoritaires disposant de droits de vote (qui ne peuvent toutefois dépasser 10 %), le contrat de fusion peut, selon l'art. 24 al. 2 LFus, bénéficier d'allègements semblables à ceux prévus à l'alinéa premier, excepté ceux relatifs à l'art. 13 al. 1 let. b LFus. Dans ce contexte, il est donc possible, selon la LFus, d'omettre dans le contrat de fusion les indications prévues à l'art. 13 al. 1 let. c à e.

Cette troisième hypothèse ne justifie à notre avis pas l'octroi de la plupart des allègements accordés par l'art. 24 al. 2 LFus. Tout d'abord, les indications prévues à l'art. 13 al. 1 let. d et e LFus (à savoir les modalités d'échange des parts sociales ainsi que la date à partir de laquelle celles-ci donnent droit à une part du bénéfice) sont déterminantes pour les associés (minoritaires) de la société transférante. En effet, la loi leur accorde la possibilité de choisir de maintenir leur sociétariat, auprès de la société reprenante, ou de recevoir un dédommagement (art. 23 al. 2 LFus)⁸⁹. Les indications contenues aux let. d et e de l'art. 13 LFus sont ainsi décisives pour qu'ils puissent procéder à un choix éclairé. En outre, les informations prévues à l'art. 13 al. 1 let. c LFus – c'est-à-dire celles relatives aux droits attribués par la société reprenante « aux titulaires de droits spéciaux, de parts sociales sans droit de vote ou de bons de jouissance » – sont essentielles lorsqu'il existe de tels associés⁹⁰. Les allègements indiqués dans le présent paragraphe entraînent par conséquent un traitement différencié des associés concernés par rapport à celui dont ils bénéficieraient en cas de fusion ordinaire. Dans cette dernière hypothèse (fusion ordinaire), ils ne disposent certes pas d'une possibilité « automatique » de sortir de la société, mais ils peuvent accéder à une information leur permettant de s'assurer que leurs droits sont respectés. La différence de traitement consacrée par la loi ne se justifie donc pas, pour les mêmes raisons que celles développées ci-dessus s'agissant de la première nuance à la

⁸⁹ ALEXANDER VOGEL/CHRISTOPH HEIZ/URS R. BEHNISCH/ANDREA SIEBER (2012) *ad* art. 24 LFus, N 6 ; OLIVER TRIEBOLD (2007) *ad* art. 24 LFus, N 6 ; RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 24 LFus, N 32 ; MATTHIAS WOLF (2005) *ad* art. 24 LFus, N 6.

⁹⁰ ALEXANDER VOGEL/CHRISTOPH HEIZ/URS R. BEHNISCH/ANDREA SIEBER (2012) *ad* art. 24 LFus, N 4 et 6 ; MARC AMSTUTZ/RAMON MABILLARD (2008) *ad* art. 24 LFus, N 7 ; OLIVER TRIEBOLD (2007) *ad* art. 24 LFus, N 6 ; RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 24 LFus, N 32 ; MATTHIAS WOLF (2005) *ad* art. 24 LFus, N 6.

première hypothèse⁹¹. On peut donc ici à nouveau douter du respect de l'égalité de traitement dans la LFus.

2. Rapport de fusion

Les dirigeants de sociétés fusionnantes établissent un rapport de fusion précisant le contrat de fusion et justifiant du point de vue juridique et économique un certain nombre d'éléments (art. 14 al. 3 LFus), en particulier des aspects liés à la continuité du sociétariat. Il est admis que ce document, qui doit être rédigé de manière claire et compréhensible⁹², contribue de manière essentielle à l'information dont les associés doivent disposer pour se déterminer eu égard à la fusion⁹³. Il protège ainsi les associés⁹⁴ (notamment les associés minoritaires, qui sont souvent confrontés à un déficit d'informations⁹⁵), mais également, ne serait-ce qu'à titre indirect, les créanciers⁹⁶ et les travailleurs⁹⁷, concrétisant en cela les intérêts garantis à l'art. 1 al. 2 LFus. Il en découle que le rapport de fusion est en principe obligatoire. Les trois exceptions suivantes sont toutefois réservées par la loi: (1) les sujets fusionnants sont des associations (art. 14 al. 5 LFus); (2) l'opération remplit les critères d'une fusion simplifiée⁹⁸ avec⁹⁹ ou sans¹⁰⁰ minoritaires (art. 23 et 24 LFus); (3) l'unanimité des associés d'une des sociétés participant à la fusion renoncent à établir un rapport de fusion, cette dernière option n'étant ouverte qu'aux petites et moyennes entreprises (PME)¹⁰¹ (art. 14 al.

⁹¹ Voir *supra* p. 375.

⁹² LUKAS GLANZMANN (2008), N 396; RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 14 LFus, N 31; ALBERT COMBOEUF (2003) *ad* art. 14 LFus, N 11.

⁹³ Voir en ce sens HANS CASPAR VON DER CRONE/ANDREAS GERSBACH/Franz J. KESSLER/MARTIN DIETRICH/KATJA BERLINGER (2004), N 195.

⁹⁴ Voir à ce sujet THOMAS GELZER (2012) *ad* art. 14 LFus, N 2; RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 14 LFus, N 5; BEAT KÜHNI (2005) *ad* art. 14 LFus, N 6; HANS CASPAR VON DER CRONE/ANDREAS GERSBACH/Franz J. KESSLER/MARTIN DIETRICH/KATJA BERLINGER (2004), N 195; ALBERT COMBOEUF (2003) *ad* art. 14 LFus, N 2.

⁹⁵ Voir en ce sens Message LFus, p. 4064; ALEXANDER VOGEL/CHRISTOPH HEIZ/URS R. BEHNISCH/ANDREA SIEBER (2012) *ad* art. 14 LFus, N 1; MARC AMSTUTZ/RAMON MABILLARD (2008) *ad* art. 14 LFus, N 1; BEAT KÜHNI (2005) *ad* art. 14 LFus, N 6; ALBERT COMBOEUF (2003) *ad* art. 14 LFus, N 2.

⁹⁶ Voir notamment l'art. 14 al. 3 let. j LFus. Dans ce sens, voir ALEXANDER VOGEL/CHRISTOPH HEIZ/URS R. BEHNISCH/ANDREA SIEBER (2012) *ad* art. 14 LFus, N 2; MARC AMSTUTZ/RAMON MABILLARD (2008) *ad* art. 14 LFus, N 3; RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 14 LFus, N 7. *Contra*: THOMAS GELZER (2012) *ad* art. 14 LFus, N 7 ss; BEAT KÜHNI (2005) *ad* art. 14 LFus, N 7-11.

⁹⁷ Voir notamment l'art. 14 al. 3 let. i LFus. Dans ce sens, voir MARC AMSTUTZ/RAMON MABILLARD (2008) *ad* art. 14 LFus, N 3; RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 14 LFus, N 7. *Contra*: ALBERT COMBOEUF (2003) *ad* art. 14 LFus, N 2.

⁹⁸ Voir *supra* p. 374.

⁹⁹ Art. 23 al. 2 et 24 al. 2 LFus.

¹⁰⁰ Art. 23 al. 1 et 24 al. 1 LFus.

¹⁰¹ La notion de PME est définie à l'art. 2 let. e LFus.

2 LFus). Dans ces trois hypothèses, dans lesquelles le rapport de fusion n'est donc pas élaboré, les associés reçoivent une information en conséquence plus limitée que celle dont disposent les associés lors de fusions « ordinaires », à l'occasion desquelles un rapport de fusion est établi. Il s'agit donc d'examiner pour chacune d'elles s'il en résulte une inégalité de traitement.

- (1) Concernant la première hypothèse, soit celle où les sujets fusionnants revêtent tous la forme juridique de l'association, le Message relatif à la loi sur la fusion justifie cette exception par un besoin de protection moindre des associés, ceux-ci disposant en effet d'un droit de sortie légal¹⁰² (art. 19 LFus). Cette justification ne nous convainc qu'à moitié. Il est certes vrai que les membres de l'association, disposant du droit de quitter librement celle-ci à l'occasion de la fusion, sont à cet égard davantage protégés que les associés d'autres types de sociétés. Il n'en reste pas moins que leur choix de sortir de l'association ou de maintenir leur sociétariat au sein de l'association reprenante se doit d'être éclairé¹⁰³. A défaut, le droit de sortie ne constitue qu'une prérogative imparfaite, voire illusoire. Ces raisonnements sont tout particulièrement pertinents pour les associations à caractère économique¹⁰⁴, dont les membres se trouvent dans une situation relativement comparable à celle des associés des autres types de sociétés. Les motifs justifiant le traitement différencié à l'égard des membres des associations (notamment économiques) ne sont donc pas totalement convaincants. Il en résulte que la renonciation au rapport de fusion en cas de regroupement d'associations apparaît quelque peu problématique du point de vue de l'égalité de traitement, cette critique étant d'autant plus marquée que les associations présentent un caractère économique.
- (2) S'agissant de la deuxième exception, à savoir celle du renoncement au rapport de fusion en cas de fusion simplifiée, elle se justifie par le fait que les associés ne sont en principe pas affectés par l'opération¹⁰⁵. Il n'est dès lors, dans la règle, aucun besoin pour eux de bénéficier d'informations détaillées sur l'opération et, en particulier, sur leur position après la fusion (qui reste en général la même). La situation différente qui est la leur, en comparaison de celle des associés lors de fusions ordinaires, justifie ainsi en principe un traitement différent, tel que prévu par la loi. Cependant, cette conclusion doit être nuancée par analogie avec les raisonnements exposés plus haut (et auxquels nous renvoyons le lecteur) s'agissant du contenu allégé du contrat de fusion en cas de fusion simplifiée¹⁰⁶. Ainsi conclure à une inégalité de traitement dans la loi n'est dans ce contexte pas exclu lorsque : (a) il existe des associés sans droit de vote¹⁰⁷, (b) la société transférante comporte des associés

¹⁰² Message LFus, p. 4064 ; RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 14 LFus, N 9.

¹⁰³ Le raisonnement peut être mené par analogie avec celui auquel nous venons de procéder pour le cas des allègements du contrat en cas de fusion simplifiée. Pour le surplus, voir dans le même sens OLIVER TRIEBOLD (2007) *ad* art. 14 LFus, N 28.

¹⁰⁴ Voir *supra* p. 373 ainsi que notes 77 et 78.

¹⁰⁵ Voir *supra* p. 374-375. Voir également RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 24 LFus, N 21.

¹⁰⁶ Voir *supra* p. 375-376.

¹⁰⁷ Voir également RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 24 LFus, N 21.

minoritaires avec droit de vote (au maximum 10 %) ou (c) les sociétés fusionnantes sont contrôlées à 100 % par un groupement de personnes, dont les pourcentages de participations respectifs dans lesdites sociétés sont asymétriques. Par ailleurs, outre ces trois exceptions analysées plus haut s'agissant de l'allègement du contrat de fusion, nous relevons que le rapport de fusion, qui contient normalement des informations concernant les conséquences économiques de la fusion (notamment sur les sociétés¹⁰⁸, les créanciers¹⁰⁹ et les travailleurs¹¹⁰) en sus des indications à propos du sociétariat, n'est pas nécessairement dénué d'intérêt pour les associés (même lorsqu'il n'existe pas de minoritaires ou de titulaires de parts sans droit de vote). Il en va ainsi par exemple lorsqu'une société mère absorbe sa filiale, à l'encontre de laquelle est pendant un procès aux conséquences financières potentiellement dévastatrices, en particulier lorsque les montants litigieux sont plus élevés que le patrimoine de la filiale. En effet, après la fusion, si le risque du procès se matérialise, le demandeur ne sera pas limité au patrimoine de la fille¹¹¹, mais bénéficiera de la « couverture additionnelle » que représente le patrimoine de la société mère. Le dommage indirect des associés de la société mère serait dès lors supérieur à celui qu'ils auraient encouru si leur société n'avait pas fusionné avec sa filiale.

- (3) Le troisième cas dans lequel l'établissement d'un rapport de fusion est accessoire, soit celui où l'ensemble des associés d'une PME (telle que définie à l'art. 2 let. e LFus) y renoncent, ne semble *prima facie* pas problématique du point de vue de l'égalité de traitement. En effet, dans la mesure où le renoncement au rapport nécessite l'accord unanime des associés, ceux-ci ne peuvent souffrir d'une information plus restreinte contre leur gré. Les associés des PME, qui sont souvent simultanément les dirigeants de l'entreprise ou qui pour le moins bénéficient de relations plus étroites avec ces derniers que les associés de grandes sociétés, sont en outre davantage susceptibles d'accéder à des informations pertinentes relatives à la fusion par d'autres biais (plus informels)¹¹². Le fait de n'accorder la possibilité de renoncer unanimement au rapport de fusion qu'aux PME, et non pas aux sociétés de taille plus importante, peut toutefois apparaître comme une inégalité de traitement. D'aucuns argueraient que cette différence de traitement ne pourrait sembler problématique qu'aux théoriciens, l'obtention d'un accord unanime dans une

¹⁰⁸ Art. 14 al. 3 let. a LFus.

¹⁰⁹ Art. 14 al. 3 let. j LFus.

¹¹⁰ Art. 14 al. 3 let. i LFus.

¹¹¹ Cette limite, découlant de « l'effet écran » (on parle à ce sujet d'« autonomie juridique et patrimoniale ») lié à la personnalité morale, interdit en principe aux créanciers d'une filiale de faire valoir des prétentions à l'encontre de la société mère qui la possède. Pour un aperçu des diverses exceptions à ce principe, voir HENRY PETER (1999), p. 13-17. Une des principales exceptions est celle dite du *Durchgriff*, qui est un cas d'application de l'abus de droit, prohibé à l'art. 2 al. 2 CC. Voir à ce sujet notamment ATF 102 III 165, ATF 113 II 31 (= JdT 1988 I 20), ATF 123 III 220 (= SJ 1998 p. 277) et ATF du 8 avril 1999 dans la SJ 2001 I p. 165.

¹¹² Voir en ce sens RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 14 LFus, N 12.

société de taille conséquente n'étant en pratique que peu envisageable, compte tenu du sociétariat nombreux et dispersé qui caractérise ces sociétés. Ce serait oublier qu'il existe des entreprises de taille importante ayant un sociétariat restreint. Indépendamment de ces considérations pratiques, on rappellera que la loi ne peut opérer des distinctions que si cela se justifie. Est-ce le cas en l'espèce ? On observera tout d'abord que l'objectif de ces allègements s'accorde avec le but principal de la LFus, qui est de favoriser et de faciliter les opérations de restructuration¹¹³, ici en permettant de réduire les coûts et d'accélérer le processus de fusion. L'établissement d'un rapport de fusion (ainsi que sa vérification subséquente par un expert-réviseur agréé) peut constituer dans une certaine mesure un « obstacle » financier¹¹⁴ pour les PME les plus modestes¹¹⁵ ; ces coûts ne devraient par contre pas être prohibitifs pour les sociétés ne rentrant pas dans la notion de PME telle que définie par la LFus. L'inconvénient lié au temps nécessaire à l'établissement du rapport – et donc le report de l'opération en découlant – peut constituer un problème tant pour une PME que pour une entreprise de taille conséquente. En définitive, les sociétés de toutes tailles peuvent être affectées par l'exigence d'établir un rapport de fusion, les problèmes se posant toutefois de manière d'autant plus accrue que la société dispose de moyens financiers plus limités. L'analyse de la comparabilité des situations des sociétés selon leur taille doit se conclure par la prise en compte, dans cette équation, des intérêts dont la préservation est visée par le rapport de fusion. Les parties prenantes (*stakeholders*) protégées sont, on l'a vu¹¹⁶, à titre principal (a) les associés¹¹⁷ ainsi que, à titre secondaire, (b) les créanciers et (c) les travailleurs. Il ne semble ainsi pas exclu de devoir opérer une pesée entre, d'une part, l'intérêt de ces trois parties prenantes, dont la protection (par leur information) exigerait l'établissement d'un rapport de fusion et, d'autre part, l'intérêt des sociétés à réaliser rapidement et à moindres frais la fusion, qui plaiderait pour la renonciation audit rapport. Le fait de ne pas avoir à établir un rapport de fusion constituant, on l'a vu, un avantage plus

¹¹³ Voir *supra* p. 368.

¹¹⁴ ALEXANDER VOGEL/CHRISTOPH HEIZ/URS R. BEHNISCH/ANDREA SIEBER (2012) *ad art.* 15 LFus, N 11 ; BEAT KÜHNI (2005) *ad art.* 14 LFus, N 25.

¹¹⁵ Toutefois, l'obstacle financier devient tout à fait relatif, voire inexistant lorsque la PME dispose d'une taille que l'on pourrait davantage qualifier de « moyenne » que de « petite ». Il en va ainsi d'une société qui présenterait (par exemple) un bilan total de CHF 19 millions et un chiffre d'affaires de CHF 39 millions. Une telle société, malgré sa taille et son importance économique, serait en effet considérée comme une PME au sens de la loi sur la fusion (art. 2 let. e LFus).

¹¹⁶ Voir *supra* p. 377.

¹¹⁷ Compte tenu du fait que le rapport de fusion vise prioritairement la protection des intérêts des associés, plusieurs auteurs regrettent que la possibilité de renoncer au dit rapport ne soit accordée qu'aux PME. Voir en ce sens ALEXANDER VOGEL/CHRISTOPH HEIZ/URS R. BEHNISCH/ANDREA SIEBER (2012) *ad art.* 14 LFus, N 8 ; OLIVER TRIEBOLD (2007) *ad art.* 14 LFus, N 10 ; BEAT KÜHNI (2005) *ad art.* 14 LFus, N 21 ; HANS CASPAR VON DER CRONE/ANDREAS GERSBACH/Franz J. KESSLER/MARTIN DIETRICH/KATJA BERLINGER (2004), N 268 ; ULYSSES VON SALIS-LÜTOLF (2004), p. 176 ; ALBERT COMBOEUF (2003) *ad art.* 14 LFus, N 34.

décisif pour les petites sociétés que pour les grandes, on peut comprendre qu'il ait été décidé de n'offrir cette possibilité qu'aux PME. Autrement dit, dans la logique de la LFus, l'intérêt de la société¹¹⁸ peut primer celui des *stakeholders* lorsque celle-ci est de taille modeste, mais pas lorsqu'elle revêt une dimension plus importante. Dans ce dernier cas, la protection des parties prenantes est en effet prépondérante et donc inébranlable, de sorte qu'une décision unanime des associés ne permet pas de la réduire. Au vu de ce qui précède, le traitement différencié en raison de la taille des sociétés tient ici compte d'une situation véritablement différente et n'apparaît dans ce contexte pas choquant. Il trouve au contraire une justification convaincante, à savoir la protection des associés, créanciers et travailleurs, lorsque le maintien de cette protection n'est pas de nature à mettre en péril la réalisabilité de la fusion. L'égalité de traitement est ainsi préservée dans ce contexte. Nous relèverons tout de même que, bien que la solution légale nous convainque sur le principe, la limite quant à la taille des entreprises, résultant de la notion de PME telle que définie par la loi sur la fusion, peut sembler quelque peu « arbitraire ». Ainsi, s'il est évident qu'une entreprise de taille très modeste générant un bénéfice et un *cash-flow* très limités pourrait considérer les coûts liés à l'établissement d'un rapport de fusion (ainsi qu'à sa vérification) comme un réel obstacle à la réalisation de l'opération, tel ne devrait pas être le cas d'une entreprise qui se trouve à la limite des seuils prévus à l'art. 2 let. e LFus (sans toutefois les dépasser)¹¹⁹. On comprend néanmoins la solution légale (fixation de seuils), dictée par des impératifs liés à la sécurité juridique.

3. Rapport de révision

Les sociétés qui fusionnent doivent en principe obligatoirement faire vérifier les documents de la fusion par un expert-réviseur agréé (art. 15 LFus). Cette prescription de la loi sur la fusion permet de protéger l'ensemble des associés (et plus particulièrement les minoritaires)¹²⁰ en leur assurant un examen de l'opération par un tiers indépendant¹²¹ et qualifié¹²². Le rapport de révision protège également indirectement les créanciers¹²³. Il existe cependant trois cas distincts où

¹¹⁸ L'intérêt de la société n'est par ailleurs pas nécessairement divergent de celui des associés. S'agissant de la notion d'intérêt social, voir notamment RASHID BAHAR (2004), p. 98 ss ; HENRY PETER (2001), p. 91 ss.

¹¹⁹ Voir l'exemple indiqué *supra* à la note 115.

¹²⁰ Voir en ce sens RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 15 LFus, N 5.

¹²¹ Message LFus, p. 4067.

¹²² Message LFus, p. 4067.

¹²³ Voir en ce sens MARC AMSTUTZ/RAMON MABILLARD (2008) *ad* art. 15 LFus, N 3 ; LUKAS GLANZMANN (2008), N 441 ; RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 15 LFus, N 7 ; HANS CASPAR VON DER CRONE/ANDREAS GERSBACH/Franz J. KESSLER/MARTIN DIETRICH/KATJA BERLINGER (2004), N 227 ; ALBERT COMBOEUF (2003) *ad* art. 15 LFus, N

une telle vérification est optionnelle et lors desquels le droit des fusions offre par conséquent une protection plus limitée à ces diverses parties prenantes (notamment les associés minoritaires). Ces trois cas particuliers sont les suivants : (1) la société reprenante est une société en nom collectif, une société en commandite, une société coopérative sans parts sociales ou une association (art. 15 al. 1 LFus *a contrario*) ; (2) l'opération est une fusion simplifiée sans minoritaires (disposant de droits de vote)¹²⁴ (art. 23 al. 1 et 24 al. 1 LFus) ; (3) les associés d'une des sociétés (ou des deux) renoncent à l'unanimité à la vérification de la fusion, cette possibilité n'étant ouverte qu'aux PME (art. 15 al. 2 LFus).

(1) Concernant la première hypothèse, soit celle où la société reprenante revêt la forme juridique d'une société en nom collectif, d'une société en commandite, d'une société coopérative sans parts sociales ou d'une association, le Message justifie l'exception par « l'objet de la vérification selon l'al. 4, qui s'adresse principalement aux sociétés ayant des parts sociales »¹²⁵. Il est vrai que l'art. 15 al. 4 LFus mentionne exclusivement le rapport d'échange des « parts sociales » et que les formes juridiques susmentionnées ne comportent en principe pas de telles « parts sociales ». Toutefois, le but de la vérification est fondamentalement de contrôler que le principe de continuité du sociétariat, dont le rapport d'échange constitue une des facettes essentielles, est respecté. Or ce principe vaut pour la fusion de tout type de sociétés, peu importe à cet égard qu'elles puissent ou non émettre des « parts sociales ». Le fait d'exempter les sociétés de l'obligation de vérification lorsque la société reprenante est une société sans parts sociales est donc critiquable et semble résulter d'une lacune ou incompréhension du législateur, qui méconnaît ici que la loi sur la fusion entend traiter les opérations de fusion de manière uniforme, indépendamment de la forme juridique des sociétés parties à l'opération¹²⁶, à moins qu'une distinction se justifie. Or aucune justification convaincante ne peut être avancée en l'espèce. La protection moins importante des associés dans cette hypothèse constitue certainement une inégalité de traitement dans la LFus, qu'il conviendrait de corriger.

(2) S'agissant de la deuxième hypothèse dans laquelle la vérification de la fusion est optionnelle, c'est-à-dire le cas d'une fusion simplifiée sans minoritaires (disposant de droits de vote) au sens de l'art. 23 al. 1 LFus, l'exception se justifie en principe dans la mesure où la vérification vise en premier lieu la protection des associés minoritaires et qu'il n'en existe pas (en tout cas disposant de droits de vote) dans ce contexte. En outre, la position des associés sera en principe identique avant et après la fusion. Les mêmes nuances que celles exposées ci-dessus s'agissant du contenu allégé du contrat de fusion¹²⁷

4. *Contra*: THOMAS GELZER (2012) *ad* art. 15 LFus, N 12 ; BEAT KÜHNI (2005) *ad* art. 15 LFus, N 8.

¹²⁴ Voir *supra*, p. 374.

¹²⁵ Message LFus, p. 4067.

¹²⁶ Voir également MARC AMSTUTZ/RAMON MABILLARD (2008) *ad* art. 15 LFus, N 4.

¹²⁷ Voir *supra*, p. 375-376.

s'appliquent par analogie dans le présent contexte (a) lorsqu'il existe des associés sans droit de vote ou (b) pour le cas particulier des groupements de personnes détenant ensemble 100 % des droits de vote des sociétés fusionnantes (art. 23 al. 1 let. b LFus), lorsque la répartition des droits de vote que ces personnes possèdent dans chaque sujet fusionnant ne se recoupe pas parfaitement avant l'opération et donc risque d'être affectée par la fusion. L'égalité de traitement est dans ces deux cas discutable.

- (3) La troisième exception, soit la renonciation possible au rapport de révision par l'ensemble des associés des PME, n'est en dernière analyse pas problématique du point de vue de l'égalité de traitement, ce pour les mêmes raisons que celles évoquées précédemment s'agissant du rapport de fusion. Nous renvoyons donc aux développements opérés ci-dessus à ce propos¹²⁸.

4. Droit de consultation

Les documents de la fusion précités n'assurent bien évidemment l'information des associés et donc une décision éclairée de leur part que dans la mesure où lesdits associés peuvent en prendre connaissance¹²⁹. La LFus prévoit ainsi expressément un droit d'accès aux documents en disposant que les associés des sociétés fusionnantes doivent pouvoir les consulter à leur siège durant les 30 jours précédant leur décision eu égard à la fusion (art. 16 LFus). Afin de garantir que tous les associés puissent de manière égale prendre connaissance des documents pertinents, y compris si leur domicile est géographiquement très éloigné du siège social ou s'ils ne peuvent s'y déplacer, chaque associé peut exiger des sociétés qu'elles lui envoient gratuitement¹³⁰ un exemplaire des documents de la fusion (art. 16 al. 3 LFus).

A nouveau, le droit prévu à l'art. 16 LFus n'est pas absolu (et donc une inégalité de traitement entre les associés n'est pas exclue). Tout d'abord (1) les associés d'une PME peuvent à l'unanimité y renoncer (art. 16 al. 2 LFus) ; ensuite, (2) les fusions simplifiées sans minoritaires (dotés de droits de vote) ne nécessitent pas selon la loi d'accorder un droit de consultation aux associés (art. 23 al. 1 LFus et art. 24 al. 1 LFus).

- (1) Le fait de n'accorder la possibilité de renoncer (par le biais d'une décision unanime des associés) à cet élément d'information essentiel qu'aux petites et moyennes entreprises, à l'exclusion donc des sociétés ne remplissant pas les critères de l'art. 2 let. e LFus, est, comme nous l'avons analysé plus haut

¹²⁸ Voir *supra*, p. 379-381.

¹²⁹ Message LFus, p. 4069 ; RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 16 LFus, N 4.

¹³⁰ Voir Message LFus, p. 4070. MARC AMSTUTZ/RAMON MABILLARD (2008) *ad* art. 16 LFus, N 8, selon lesquels la gratuité couvre tant la reprographie des documents que les frais de leur envoi. Dans le même sens, RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 16 LFus, N 29.

s'agissant du rapport de fusion¹³¹, en soi critiquable ; il semble néanmoins se justifier par la nécessité de protéger les autres *stakeholders* (donc les créanciers et les travailleurs), lorsque cette protection n'entraîne pas un coût difficile à assumer pour les sociétés. Cependant, le droit de consultation, contrairement au rapport de fusion (ainsi qu'au rapport de révision), vise exclusivement la protection des associés, non pas celle des créanciers et travailleurs¹³². En effet, seuls les premiers disposent de la possibilité de consulter les documents pertinents. Les associés des PME bénéficient ainsi d'une prérogative (celle de renoncer à l'unanimité à la consultation) qui n'est pas offerte aux associés des sociétés de taille plus importante. Etant donné que la consultation des documents ne vise que la protection des associés, la distinction légale ne se fonde dans ce contexte sur aucun motif justificatif. L'inégalité de traitement est donc ici tout à fait évidente.

- (2) Le cas des fusions simplifiées sans minoritaires (disposant de droits de vote), qui constitue la seconde exception à l'obligation de garantir un droit de consultation des associés, n'est en principe pas problématique du point de vue de l'égalité de traitement¹³³, sous réserve des cas particuliers détaillés précédemment¹³⁴, à savoir : (a) l'existence de titulaires de parts sociales sans droit de vote ; (b) une répartition asymétrique des participations des membres d'un groupement de personnes dans les sociétés fusionnantes, qu'ils contrôlent conjointement à 100 %. Nous renvoyons pour le surplus aux développements menés *supra* s'agissant du contenu allégé du contrat de fusion¹³⁵.

5. Avis en cas de modification du patrimoine

Entre la conclusion du contrat de fusion par les organes supérieurs de direction ou d'administration et la décision de fusion prise par les associés, des changements peuvent intervenir dans le patrimoine (à savoir les actifs et passifs)¹³⁶ des sociétés fusionnantes. Si ces modifications sont majeures, cela est susceptible d'affecter de manière significative la valeur des sociétés concernées et d'être déterminant pour le choix des associés d'accepter ou de refuser la fusion¹³⁷. Afin que ces derniers

¹³¹ Voir *supra*, p. 379-381.

¹³² Dans le même sens, MARC AMSTUTZ/RAMON MABILLARD (2008) *ad* art. 16 LFus, N 1 et 2 ; LUKAS GLANZMANN (2008), N 492 ; RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 16 LFus, N 5.

¹³³ Le raisonnement peut être mené par analogie avec celui détaillé *supra* p. 374-375 s'agissant du contenu allégé du contrat de fusion.

¹³⁴ Voir *supra*, p. 375-377.

¹³⁵ Voir *supra*, p. 375-377.

¹³⁶ Concernant la notion de patrimoine au sens de l'art. 17 LFus, voir notamment RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 17 LFus, N 13-14.

¹³⁷ S'agissant de l'importance de la modification du patrimoine nécessaire au déclenchement de l'obligation d'avis de l'art. 17 LFus, voir RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 17 LFus, N 15-17. Voir également MARC AMSTUTZ/RAMON MABILLARD (2008) *ad* art. 17 LFus, N 6 ; LUKAS GLANZMANN (2008), N 276.

prennent position sur la base d'informations complètes et actuelles¹³⁸, la LFus exige qu'en cas de modifications substantielles affectant le patrimoine d'une société participant à la fusion, les membres de son organe supérieur de direction ou d'administration en informent l'organe supérieur de direction ou d'administration des autres sociétés prenant part à cette fusion (art. 17 al. 1 LFus) ; après avoir examiné la situation nouvelle, les dirigeants doivent proposer aux associés de maintenir le contrat de fusion en l'état, de le modifier ou de renoncer à la fusion (art. 17 al. 2 LFus)¹³⁹.

Le droit d'information prévu à l'art. 17 LFus est garanti de manière égale à tout associé, quelle que soit la forme juridique de l'entreprise ou sa taille notamment. Par contre, certains auteurs admettent qu'il existe une exception à ce principe lorsqu'il est procédé à une fusion simplifiée (avec ou sans minoritaires) au sens des art. 23 et 24 LFus¹⁴⁰. Etant donné qu'en cas de fusion simplifiée le contrat n'a pas à être approuvé par les assemblées générales des sociétés, la « période de protection »¹⁴¹ telle que prévue à l'art. 17 LFus n'existe par essence pas, ce qui, par une interprétation littérale, réduit à néant l'application de l'art. 17 LFus dans ce contexte. La position de ces auteurs est ainsi tout à fait soutenable et conforme à l'égalité de traitement. Nous la suivons s'agissant des fusions simplifiées dans lesquelles : (a) il n'existe aucun associé minoritaire disposant d'un droit de vote, (b) ni aucun titulaire de parts sociales sans droit de vote et, pour le surplus, (c) dans le cas d'un groupement de personnes détenant conjointement 100 % des droits de vote des sociétés fusionnantes, leurs participations respectives dans ces sociétés sont symétriques¹⁴². Lorsque tel n'est pas le cas, nous estimons que, par une interprétation téléologique, et conformément à l'objectif de protection visé par l'art. 17 LFus, on devrait appliquer cette disposition aux fusions simplifiées également ; la période de protection pourrait alors courir de la conclusion du contrat au moment de l'inscription de la fusion au registre du commerce. La survenance d'une modification substantielle du patrimoine dans l'intervalle devrait ainsi impliquer le devoir des organes dirigeants de s'informer mutuellement et leur permettre, si nécessaire, de se départir du contrat de fusion ou, pour le moins, de l'adapter en conséquence¹⁴³.

¹³⁸ L'art. 17 LFus vise ainsi pour l'essentiel la protection des associés. Voir en ce sens RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 17 LFus, N 7. Voir également MARC AMSTUTZ/RAMON MABILLARD (2008) *ad* art. 17 LFus, N 3, qui estiment que les créanciers sont également protégés (de manière indirecte) par cette disposition légale.

¹³⁹ Voir Message LFus, p. 4071. Voir également RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 17 LFus, N 32-34.

¹⁴⁰ Voir notamment RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 17 LFus, N 5. *Contra*: BEAT KÜHNI (2005) *ad* art. 17 LFus, N 1 et 15.

¹⁴¹ C'est-à-dire l'intervalle entre la conclusion du contrat de fusion par les dirigeants et son approbation par les assemblées générales.

¹⁴² Pour plus de précisions s'agissant de ces trois hypothèses, voir *supra* p. 375-376.

¹⁴³ Il est toutefois entendu qu'en cas de fusion simplifiée l'organe supérieur de direction ou d'administration de la société filiale aura souvent été nommé par la société mère et donc, en pratique, ne sera pas toujours indépendant ni en mesure de (re-)négocier le contrat, voire de

III. Décision des associés

Bien que le contrat de fusion soit conclu par les organes supérieurs de direction ou d'administration des sociétés concernées, la fusion doit en principe être approuvée (ou refusée) en dernier ressort par les associés (art. 12 al. 2 LFus). La loi sur la fusion indique les majorités nécessaires à la prise de décision (art. 18 LFus). Elle distingue le cas ordinaire (voir *infra* chapitre 1) de celui plus délicat où de nouvelles obligations sont imposées aux associés (ou à certains d'entre eux) (voir *infra* chapitre 2). On relèvera ici qu'une majorité spéciale de 90 % des associés¹⁴⁴ est nécessaire pour approuver une fusion *squeeze-out* (aussi dite : fusion dédommagement), c'est-à-dire une fusion lors de laquelle les associés de la société transférante (ou certains d'entre eux) sont exclus de la société. La fusion *squeeze-out* constitue une exception au principe de continuité du sociétariat. Compte tenu de la complexité de la question, qui nécessiterait des développements conséquents, et de l'espace à notre disposition, cet aspect ne sera pas analysé dans la présente étude. Nous concluons par contre la troisième partie du présent article par l'examen du cas particulier des fusions simplifiées, dans lesquelles les associés ne se prononcent tout simplement pas sur l'opération de fusion (chapitre 3), cette hypothèse constituant ainsi une exception à la règle selon laquelle la fusion est décidée en dernier ressort par les associés.

1. Principe : majorités pour décisions importantes

La fusion est une opération susceptible de bouleverser tant la gestion et les résultats des sociétés que la position des associés (et éventuellement leur possibilité d'influencer, voire de contrôler la société). Pour ces raisons, dans les cas « ordinaires » de fusion, la décision doit être prise à une majorité qualifiée des associés, qui correspond en principe aux exigences de majorité applicables aux décisions importantes dans la forme juridique concernée¹⁴⁵. Une exception au

manière plus générale de remettre en cause les directives qui lui sont transmises par la société mère.

¹⁴⁴ Lorsque la décision est prise dans une société dans laquelle le droit de vote n'est pas attribué par tête, le 90 % fait référence aux voix détenues par les associés, non pas aux associés eux-mêmes. Voir en ce sens (et pour plus de détails) RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 18 LFus, N 68 ss.

¹⁴⁵ Pour la société en nom collectif : art. 534 CO, par renvoi de l'art. 557 al. 2 CO / art. 18 al. 2 LFus ; pour la société en commandite : art. 534 CO, par renvoi des art. 557 al. 2 et 598 al. 2 CO / art. 18 al. 2 LFus ; pour la société anonyme : art. 704 CO / art. 18 al. 1 let. a LFus ; pour la société en commandite par actions : art. 704 CO, par renvoi de l'art. 764 al. 2 CO / art. 18 al. 1 let. a LFus ; pour la société à responsabilité limitée : art. 808b CO / art. 18 al. 1 let. c LFus ; pour la société coopérative : art. 888 al. 2 CO / art. 18 al. 1 let. d *in initio* LFus. Voir également RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 18 LFus, N 24, qui présente un tableau récapitulant les exigences de majorité dans chaque cas.

système légal ordinaire est prévue par la LFus s'agissant des associations. En effet, si une décision dans une association doit être normalement prise à la majorité des voix des membres présents (art. 67 al. 2 CC), la loi sur la fusion exige une majorité de $\frac{3}{4}$ des membres présents (art. 18 al. 1 let. e LFus). Le régime spécial consacré par la LFus déroge donc au système ordinaire gouvernant l'association en ce sens que (1) une majorité qualifiée ($\frac{3}{4}$) est prévue et que (2) cette majorité se compte « par tête » et donc non pas en fonction des voix détenues par chaque membre présent¹⁴⁶. Cette dernière divergence résulte vraisemblablement d'une erreur du législateur, si bien qu'il convient de calculer la majorité des $\frac{3}{4}$ en se référant aux voix détenues par chaque membre présent¹⁴⁷.

Le droit des sociétés ne prévoyant pas des majorités identiques pour chaque forme juridique, les majorités requises par la LFus pour l'approbation de la fusion par les associés divergent ainsi fatalement selon le type de sociétés. Dans la mesure où le système de la loi sur la fusion est cohérent et renvoie en principe, pour chaque forme juridique, à son régime ordinairement applicable pour les décisions importantes, il convient d'admettre que les différentes majorités (selon la forme juridique du sujet fusionnant) prévues en conséquence par la LFus pour l'approbation de la fusion ne sont pas problématiques du point de vue de l'égalité de traitement. Si une conclusion inverse était envisagée, sa démonstration nécessiterait de procéder à une étude de l'égalité de traitement générale et transversale en droit des sociétés, ce qui sortirait bien évidemment du champ d'analyse de la présente contribution.

2. Première exception : modalités spéciales en cas d'obligations nouvelles

Lorsque, suite à la fusion, les associés seront soumis à des obligations nouvelles¹⁴⁸ ou plus étendues (on parlera ci-après indistinctement d'« obligations nouvelles » pour ces deux cas), il est nécessaire qu'ils bénéficient d'une protection accrue. Le législateur a tenu compte de ce besoin, en instaurant notamment des règles plus strictes eu égard à la prise de décision. On relèvera toutefois une asymétrie des solutions selon l'hypothèse envisagée. Dans la section suivante (section a), nous passerons en revue les quatre solutions légales dans ce contexte, qui en synthèse sont les suivantes : (1) un droit de veto pour les associés touchés par les obligations nouvelles (sous-section aa), (2) une décision prise à l'unanimité des associés (sous-section ab), (3) une décision prise à une majorité superqualifiée des associés (sous-section ac) et (4) un droit de sortie des associés concernés (sous-

¹⁴⁶ Voir notamment RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 18 LFus, N 46-47.

¹⁴⁷ Dans le même sens, MARC AMSTUTZ/RAMON MABILLARD (2008) *ad* art. 18 LFus, N 22 ; LUKAS GLANZMANN (2008), N 526 ; PATRICK SCHLEIFFER (2005) *ad* art. 18 LFus, N 27.

¹⁴⁸ Pour un aperçu des obligations nouvelles pouvant résulter de l'opération (néanmoins analysées dans le contexte des transformations de sociétés), voir NICOLAS DUTOIT/PAUL-BENOÎT DUVOISIN/CLAIRE MORDELET (2010), p. 194 ss.

section ad). Après avoir détaillé ces quatre solutions prévues par le législateur, nous examinerons celles-ci à l'aune du principe de l'égalité de traitement (section b). Dans cette seconde section, nous comparerons d'abord la position des associés touchés par les obligations nouvelles, et donc protégés par des règles spécifiques, avec la situation des associés auxquels ne sont pas imposées de telles obligations nouvelles (sous-section ba). Nous comparerons ensuite la qualité et l'intensité (variables) de la protection offerte par chacune des quatre solutions légales (sous-section bb).

a) Solutions de la loi sur la fusion

aa) Droit de veto des associés concernés

La LFus n'admet dans certains cas la réalisation d'une fusion que si les associés qui, à la suite de celle-ci, encourront des obligations nouvelles, approuvent l'opération (et donc les nouveaux devoirs qu'ils devront assumer). Il s'agit d'une protection forte, les associés concernés ne pouvant voir leur situation péjorer contre leur gré.

Le droit de veto est accordé aux associés touchés par des obligations nouvelles dans deux cas :

- (1) la société reprenante est une société en commandite par actions (art. 18 al. 3 LFus). Le droit de veto est alors concédé à tout associé qui, dans la société en commandite par actions reprenante, sera indéfiniment responsable. Cette protection absolue se justifie par l'impact considérable qu'une responsabilité personnelle peut avoir sur le patrimoine privé de chacun de ces associés.

Littéralement, l'art. 18 al. 3 LFus s'applique seulement aux cas dans lesquels la société transférante est une société anonyme ou une société en commandite par actions. Néanmoins, il est à juste titre considéré qu'il s'agit là d'une erreur législative et qu'il convient d'appliquer cette protection par analogie à tout cas dans lequel une société (quelle que soit sa forme juridique) est reprise par une société en commandite par actions¹⁴⁹. Cette solution semble par ailleurs découler du Message lui-même¹⁵⁰ ;

- (2) une société anonyme ou une société en commandite par actions est reprise par une société à responsabilité limitée dans laquelle, suite à la fusion, est introduite « une obligation de faire des versements supplémentaires ou de fournir d'autres prestations personnelles » (art. 18 al. 4 LFus). Le droit de veto est ici accordé aux associés touchés par ces obligations nouvelles. La protection se justifie pour les mêmes raisons que celles évoquées dans l'hypothèse précédente.

¹⁴⁹ Voir notamment ALEXANDER VOGEL/CHRISTOPH HEIZ/URS R. BEHNISCH/ANDREA SIEBER (2012) *ad* art. 18 LFus, N 16, 19, 21 et 24 ; RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 18 LFus, N 59, 62 et 65.

¹⁵⁰ Message LFus, p. 4072-4073.

La loi limite cette protection aux cas dans lesquels la société transférante est une société anonyme ou une société en commandite par actions. Certains auteurs estiment qu'il convient d'étendre cette règle aux hypothèses dans lesquelles la société transférante est elle-même une société à responsabilité limitée¹⁵¹. Aucune exigence supplémentaire n'étant expressément prévue par la LFus pour protéger les associés de la société à responsabilité limitée transférante dans ce cas particulier, malgré les risques similaires en résultant pour eux, nous sommes d'avis qu'il s'agit ici également d'une lacune de la loi et sommes en conséquence favorable à l'extension de la règle de l'art. 18 al. 4 LFus proposée par ces auteurs.

ab) Unanimité des associés

Cette deuxième solution est une variante (en quelque sorte qualifiée) de la première. L'ensemble des associés (donc tout autant ceux soumis à des obligations nouvelles que ceux qui ne le sont pas) doivent dans ce cas approuver la fusion. Cette protection des associés est très (trop ?) importante également, ceux-ci ne pouvant se voir imposer ni la fusion ni (pour les associés concernés) les obligations nouvelles en découlant.

La LFus requiert une décision de fusion unanime dans deux hypothèses :

- (1) lors de fusion de sociétés de personnes¹⁵². L'unanimité est dans ce cas la règle, sauf si une disposition statutaire prévoit qu'une majorité (qui ne peut quoiqu'il en soit être inférieure au $\frac{3}{4}$ des associés) suffit (art. 18 al. 2 LFus). Le vote unanime correspond par ailleurs au régime ordinairement applicable dans les sociétés de personnes. L'unanimité est (sauf disposition statutaire contraire) ainsi applicable indépendamment de la question de savoir si les associés de la société de personnes assument ou non de nouvelles obligations suite à l'opération. Si, dans un cas concret, de telles obligations sont en effet assumées par les associés, il convient de se demander si l'éventuelle présence d'une clause statutaire prévoyant une majorité des $\frac{3}{4}$ ne devrait pas être « corrigée ». En effet, les associés minoritaires pourraient alors se voir imposer de nouveaux devoirs contre leur gré. Pour autant qu'elle n'ait pas été expressément prévue et admise dans le contrat de société, une telle conséquence n'est pas satisfaisante. Nous estimons qu'un droit de veto doit, dans cette hypothèse particulière, être accordé aux associés concernés. Cette solution s'aligne par

¹⁵¹ Voir en particulier MARC AMSTUTZ/RAMON MABILLARD (2008) *ad* art. 18 LFus, N 17, qui relèvent à juste titre que cette solution se conforme par ailleurs à la réglementation ordinaire de la Sàrl, dans laquelle aucune obligation nouvelle ne peut être imposée aux associés sans leur accord (art. 797 CO). Voir également en ce sens: LUKAS GLANZMANN (2008), N 521 ; RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 18 LFus, N 60. Partiellement dans le même sens : PATRICK SCHLEIFFER (2005) *ad* art. 18 LFus, N 20. *Contra* : ALEXANDER VOGEL/CHRISTOPH HEIZ/URS R. BEHNISCH/ANDREA SIEBER (2012) *ad* art. 18 LFus, N 13.

¹⁵² Rentrent dans la catégorie des sociétés de personnes (i) les sociétés en nom collectif (art. 552 ss CO) et (ii) les sociétés en commandite (art. 594 ss CO).

ailleurs sur celle prévalant lors de la reprise d'une société (quelle que soit sa forme juridique) par une société en commandite par actions ;

- (2) lors d'une fusion dans laquelle la société transférante est une société de capitaux¹⁵³ et la société officiant en tant que sujet reprenant est une société coopérative, l'unanimité des associés de la société de capitaux (transférante) est également requise¹⁵⁴. L'unanimité trouve ici son fondement non seulement dans les obligations nouvelles qui peuvent être imposées aux associés dans la société coopérative¹⁵⁵, mais également par le fait que les associés de la société de capitaux transférante passent d'un système dans lequel le vote se compte à la majorité des voix à un système où le principe *one man, one vote* prévaut¹⁵⁶, ce qui peut entraîner des problèmes délicats¹⁵⁷. En outre, la structure d'une société coopérative, les buts qu'elle peut poursuivre ainsi que les droits et devoirs (notamment financiers) des associés se distinguent fondamentalement de ceux qui existent en général dans les sociétés de capitaux¹⁵⁸, de sorte que l'exigence d'une approbation par tous les associés s'explique pour ces raisons également.

ac) Majorité superqualifiée des associés

La loi sur la fusion n'envisage qu'un cas de ce type : celui dans lequel la société transférante est une société coopérative, qui est reprise par une société (par exemple une société à responsabilité limitée) dans laquelle de nouvelles obligations sont imposées aux associés¹⁵⁹. La majorité des $\frac{3}{4}$ des coopérateurs est alors nécessaire.

La majorité des $\frac{3}{4}$ des coopérateurs correspond à celle prévue dans le droit ordinaire de la société coopérative pour l'extension des obligations des associés¹⁶⁰. Néanmoins, la symétrie n'est que partielle, le droit ordinaire renforçant la protection des associés touchés par les obligations nouvelles en leur garantissant la possibilité de sortir de la société coopérative, dans la mesure où ils n'ont pas adhéré à ces obligations nouvelles¹⁶¹. Il n'existe aucune raison convaincante

¹⁵³ C'est-à-dire : une société anonyme, une société en commandite par actions ou une société à responsabilité limitée.

¹⁵⁴ Art. 18 al. 1 let. b LFus.

¹⁵⁵ Au cours de la vie sociale ordinaire d'une société coopérative, ces obligations peuvent en particulier être introduites à la majorité qualifiée ($\frac{3}{4}$) des coopérateurs (art. 889 al. 2 CO), et donc imposées à la minorité.

¹⁵⁶ Voir en ce sens Message LFus, p. 4072 ; NICOLAS DUTOIT/PAUL-BENOÎT DUVOISIN/CLAIRE MORDELET (2010), p. 200.

¹⁵⁷ Pour un exemple d'impact considérable du passage d'un système à l'autre sur les droits de vote des associés, voir NICOLAS DUTOIT/PAUL-BENOÎT DUVOISIN/CLAIRE MORDELET (2010), p. 203-204.

¹⁵⁸ Voir à ce sujet NICOLAS DUTOIT/PAUL-BENOÎT DUVOISIN/CLAIRE MORDELET (2010), p. 200 et 203-204.

¹⁵⁹ Art. 18 al. 1 let. d LFus.

¹⁶⁰ Art. 889 al. 1 CO.

¹⁶¹ Art. 889 al. 2 CO.

d'accorder une protection moindre en cas de fusion. Nous considérons ainsi, avec la doctrine majoritaire, qu'il convient d'octroyer aux coopérateurs un droit de sortie dans cette hypothèse également¹⁶².

ad) Droit de sortie des associés concernés

A défaut de pouvoir s'opposer de manière déterminante à la fusion, les membres d'une association sont, de par la loi, libres de quitter celle-ci dans les deux mois suivant la décision de fusion¹⁶³. Ce droit de sortie légal est accordé à tout membre d'une association. Ainsi, quand bien même la LFus ne prévoit pas de modalités de vote plus strictes pour les associations dont les membres assumeront des obligations complémentaires suite à la fusion, tout membre d'une association bénéficie d'un droit impératif de sortir de celle-ci à l'occasion de la fusion (art. 19 LFus). Cette solution s'aligne (plus ou moins) sur le droit ordinaire, qui admet la possibilité pour le membre d'une association de sortir de celle-ci (moyennant toutefois un préavis de six mois)¹⁶⁴.

b) Justification des traitements différenciés

ba) Position des associés soumis vs non soumis à de nouvelles obligations

Nous avons vu que les associés soumis à des obligations nouvelles sont en principe davantage protégés que ceux qui n'encourent pas de tels nouveaux devoirs suite à la fusion. Cette protection accrue pourrait *prima facie* sembler constituer une inégalité de traitement (dans l'absolu), la loi réservant un traitement différent à ces deux catégories d'associés. Le principe d'égalité de traitement étant toutefois par essence relatif¹⁶⁵, le traitement différencié réservé ici par la LFus n'est pas choquant, mais au contraire se justifie pleinement eu égard à l'égalité de traitement. Bien plus doit-on considérer que la loi aurait vraisemblablement souffert d'une inégalité de traitement intrinsèque si les associés soumis à des obligations nouvelles n'avaient pas été mieux protégés que ceux dont la position n'est pas péjorée par suite de la fusion. En d'autres termes, dans la mesure où les associés touchés par des obligations nouvelles ne sont clairement pas dans la même situation que ceux qui bénéficient d'une continuité du sociétariat plus complète et « sans coût », les premiers étant *de facto* davantage « atteints » par la fusion, il convient d'offrir à ceux-ci une protection légale plus grande. La distinction opérée par la LFus est donc sur le principe adéquate et justifiée. Est néanmoins plus discutable la démultiplication des moyens de protection prévus,

¹⁶² Voir en ce sens ALEXANDER VOGEL/CHRISTOPH HEIZ/URS R. BEHNISCH/ANDREA SIEBER (2012) *ad* art. 18 LFus, N 18 ; MARC AMSTUTZ/RAMON MABILLARD (2008) *ad* art. 18 LFus, N 20 ; LUKAS GLANZMANN (2008), N 525 ; RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 18 LFus, N 64. *Contra* : THOMAS GELZER (2012) *ad* art. 18 LFus, N 27 ; PATRICK SCHLEIFFER (2005) *ad* art. 18 LFus, N 25.

¹⁶³ Art. 19 LFus.

¹⁶⁴ Art. 70 al. 2 CC.

¹⁶⁵ Voir *supra* p. 362.

dont l'efficacité est, nous allons le voir, loin d'être égale, et parfois d'ailleurs excessive.

bb) Comparaison des quatre solutions légales

La diversité des solutions destinées à protéger les associés contre l'extension de leurs obligations contraste avec la problématique et les risques qu'ils supportent qui, indépendamment de la forme juridique concernée, sont pour l'essentiel semblables. La qualité de la protection offerte par chacune des quatre solutions légales susmentionnées est loin d'être équivalente. Lesdites solutions sont classées ci-dessous par ordre décroissant d'efficacité (eu égard à la protection qu'elles assurent aux associés) :

- (1) Droit de veto : pour ce qui est de l'efficacité de la protection accordée aux associés, ce droit occupe la première place du podium, ou plus précisément la partage avec la solution du vote unanime exposée ci-après. Si un associé exerce son veto, la fusion ne peut avoir lieu et aucune obligation nouvelle ne peut lui incomber de ce chef. Cette solution est certes très satisfaisante du point de vue des associés pouvant être touchés par des obligations nouvelles, mais elle ne constitue pas la solution la plus apte à garantir l'objectif de la LFus de favoriser les opérations de restructuration. Ainsi, si cette solution tient compte du fait que les associés touchés par des obligations nouvelles nécessitent une protection plus importante, la proportionnalité de cette mesure peut se discuter, en particulier lorsque les obligations nouvelles ne constituent pas une aggravation sensible de la position des associés¹⁶⁶.
- (2) Unanimité : la protection des associés est également (et symétriquement) excellente dans ce cas. On peut néanmoins formuler des critiques similaires (à celles exposées ci-dessus à propos du droit de veto) s'agissant de la proportionnalité de cette exigence ; ces reproches se conçoivent par ailleurs de manière accrue, dans la mesure où la loi concède ici un « droit de veto élargi », tout associé pouvant faire échec à l'opération de fusion. Le droit d'opposition est ainsi accordé de manière très (trop ?) généreuse, n'étant *in casu* plus réservé aux seuls associés auxquels des obligations nouvelles sont imposées.
- (3) Droit de sortie : les associés sont moins efficacement protégés dans ce cas. Ils peuvent certes s'exonérer d'une obligation nouvelle moyennant un retrait de la société, mais cette solution n'est pour eux que partiellement satisfaisante. Elle constitue cependant une solution qui ne met en principe pas en péril la réalisabilité d'une fusion et donc qui s'harmonise avec le but fondamental de la LFus.

¹⁶⁶ On peut par exemple songer à la reprise d'une société en commandite par actions par une autre société en commandite par actions, qui présente une situation patrimoniale et financière saine. Dans un tel cas (certes peu susceptible de survenir en pratique, compte tenu du nombre restreint de sociétés en commandite par actions en Suisse), un associé qui était déjà indéfiniment responsable dans la société transférante ne verrait pas sa situation péjorée (en tout cas pas dans l'immédiat) suite à la fusion.

- (4) Majorité superqualifiée ($\frac{3}{4}$ des associés) : il s'agit de la solution la moins satisfaisante pour les associés concernés par les obligations nouvelles, qui heureusement ne s'applique *de lege lata* qu'à la société coopérative¹⁶⁷. La critique est d'autant plus vive que, outre le fait que les coopérateurs sont, en conséquence de cette solution, les associés les moins bien protégés dans la LFus, la loi ne leur accorde pas un droit de sortie en cas de fusion comparable à celui qui leur est généralement garanti par le droit ordinaire¹⁶⁸.

Si les différences entre ces quatre systèmes s'expliquent en partie par la divergence du régime ordinaire applicable à chaque type de société, la justification des asymétries n'est pas évidente, pas plus que ne l'est la cohérence du système. Les trois exemples suivants illustrent bien le propos : (1) on ne comprend tout d'abord que difficilement qu'un droit de sortie soit octroyé aux membres d'une association selon l'art. 19 LFus (parallèlement au droit de sortie ordinairement prévu à l'art. 70 al. 2 CC), mais que la loi sur la fusion ne reconnaisse pas un droit analogue aux associés d'une coopérative (contrairement à ce qui est prévu ordinairement à l'art. 889 al. 2 CO) ; (2) de même peut-on regretter que, en cas d'obligations nouvelles les touchant suite à la reprise par une société en commandite par actions, seuls les actionnaires d'une société anonyme ou d'une société en commandite par actions puissent s'opposer à la fusion, un droit de veto comparable n'étant pas octroyé de par la loi aux associés des autres types de sociétés (notamment à ceux d'une société à responsabilité limitée) ; (3) enfin, aucune justification raisonnable ne permet d'expliquer la raison pour laquelle il n'est légalement point accordé de droit de veto aux associés d'une société à responsabilité limitée (transférante) qui supportent des obligations nouvelles suite à la reprise de leur société par une autre société à responsabilité limitée. En effet, non seulement un tel droit est-il reconnu aux associés lorsque la société transférante revêt la forme d'une société anonyme ou d'une société en commandite par actions, mais encore l'imposition de nouvelles obligations aux associés d'une société à responsabilité limitée est-elle ordinairement conditionnée à l'accord des associés concernés (art. 797 CO). Ces trois exemples de traitement différencié des associés dans des situations fondamentalement comparables, qui illustrent la complexité de la problématique, s'expliquent vraisemblablement par un oubli du législateur, voire une appréciation discutable de sa part. Ils constituent quoi qu'il en soit une inégalité de traitement, qui peine à se justifier.

Les autres divergences analysées dans le présent chapitre ne peuvent à notre avis être taxées d'inégalitaires au sens du droit. Il paraît en effet difficilement envisageable que les dispositions contenues dans la LFus fassent fi des règles applicables ordinairement à chaque type de société. En outre, eu égard à l'égalité de traitement, le législateur dispose, nous l'avons vu, d'une importante marge de manœuvre dans l'élaboration des textes légaux.

¹⁶⁷ Si le contrat de société le prévoit, elle peut toutefois s'appliquer également aux sociétés de personnes. Voir *supra* p. 389.

¹⁶⁸ Art. 889 al 2 CO.

3. Seconde exception : pas de décision en cas de fusion simplifiée

Lorsque les conditions d'une fusion simplifiée sont réunies (art. 23 LFus)¹⁶⁹, les associés ne se prononcent pas sur la fusion. La compétence décisionnelle revient ainsi dans ce cas aux dirigeants.

Cette solution s'écartant de celle prévue en cas de fusion ordinaire, il convient d'analyser si elle se justifie. Deux hypothèses sont envisageables : (1) la société transférante ne comprend pas d'associés minoritaires (art. 23 al. 1 LFus) ; (2) il existe des minoritaires, qui ne détiennent toutefois pas plus de 10 % des droits de vote de la société transférante (art. 23 al. 2 LFus).

- (1) L'attribution de la compétence décisionnelle aux dirigeants se justifie en principe dans la première hypothèse. En effet, lors de la fusion d'une filiale dans sa société mère (qui la contrôle à 100 %) (art. 23 al. 1 let. a LFus), l'opération n'altère pas la position des associés de la société reprenante¹⁷⁰ (son patrimoine global « consolidé » restant inchangé). La société reprenante étant associée (et donc propriétaire) unique de la société transférante, il n'est aucun besoin pour elle (et donc pour ses organes dirigeants) d'approuver une seconde fois un contrat qu'elle a établi (« conjointement » avec les organes dirigeants de sa filiale, qu'elle contrôle totalement)¹⁷¹. Le principe d'égalité de traitement est dans cette hypothèse évidemment respecté. Dans la règle, il en va de même lorsqu'un sujet détient 100 % des droits de vote des sociétés qui fusionnent (art. 23 al. 1 let. b LFus). On réservera toutefois le cas particulier évoqué dans la partie précédente du présent article¹⁷², dans lequel les sociétés fusionnantes sont contrôlées à 100 % par un groupement de personnes, dont les pourcentages de participation respectifs dans lesdites sociétés sont asymétriques. Dans cette dernière hypothèse, la fusion est susceptible d'affecter la répartition des droits de sociétariat des associés, comme cela est le cas lors de fusion ordinaire. On pourrait dès lors arguer qu'une protection adéquate (et égalitaire) desdits associés requière qu'on leur permette de se prononcer sur la fusion. La LFus semble donc contenir une lacune et ne pas se conformer au principe d'égalité de traitement à cet égard.
- (2) Dans la seconde hypothèse (c'est-à-dire lors d'une fusion avec une société filiale non détenue à 100 % [mais au moins à 90 %]), la situation peut être potentiellement plus problématique pour les associés minoritaires (de la société filiale transférante). En effet, non seulement ne peuvent-ils pas

¹⁶⁹ Voir *supra* p. 374.

¹⁷⁰ Voir en ce sens LUKAS GLANZMANN (2008), N 105 ; RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 24 LFus, N 16.

¹⁷¹ Voir à ce sujet RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 24 LFus, N 16.

¹⁷² Voir *supra* p. 375-376.

influencer la décision de fusion¹⁷³ (prise par les organes dirigeants, eux-mêmes nommés par les associés majoritaires), mais encore, suite à cette opération, est-il possible qu'ils doivent supporter de nouvelles obligations. Le législateur a dans une certaine mesure tenu compte de ces risques et n'admet ainsi qu'une fusion puisse avoir lieu à des conditions simplifiées (notamment ne pas être soumise à l'approbation des associés) que si deux conditions sont réunies : (1) les associés minoritaires se voient accorder un droit de sortie¹⁷⁴ et (2) il ne résulte pas de la fusion une obligation nouvelle (ou plus étendue) à leur charge¹⁷⁵. Cette solution nous semble tenir adéquatement compte de la situation particulière dans laquelle se trouvent lesdits associés, si bien qu'une inégalité de traitement ne peut en être déduite ici.

Conclusion

La LFus traite de manière fondamentalement transversale les fusions de sociétés. Ces opérations complexes présentent toutefois une réalité multi-forme, qui nécessite des aménagements légaux afin de rendre les regroupements d'entreprises attractifs, ou pour le moins praticables, tout en préservant la cohérence avec le régime juridique ordinairement applicable aux divers types de sociétés. Si l'on ajoute à ce cahier des charges l'exigence garantie par la Constitution fédérale (et donc en principe inévitable) d'un traitement égalitaire, on ne peut que constater que le législateur a dû s'adonner à un numéro d'équilibriste. Il a tenté, de manière plus ou moins heureuse, de répondre à ces diverses exigences, adaptant les règles notamment selon la taille des entreprises, la forme juridique qu'elles revêtent, la répartition du sociétariat ou encore le statut et les droits des associés. Si nous relevons que ces critères de distinction constituent souvent des moyens appropriés de traiter de manière différente des situations présentant des dissemblances évidentes, nous regrettons toutefois que leur champ d'application n'ait pas été toujours adéquatement délimité. Il en résulte que les solutions offertes par la loi sur la fusion ne sont pas toujours suffisamment nuancées. L'existence de normes parfois trop simplificatrices ou d'application trop générale ou au contraire trop étroite entraîne des différences de traitement dont le fondement n'est pas toujours évident. La conséquence en est que, dans cette mesure, la LFus présente des inégalités de traitement. On songera par exemple au fait que seules les sociétés de

¹⁷³ Voir RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 24 LFus, N 34, qui relève toutefois à juste titre que leur poids dans la décision de fusion est de toute façon négligeable et donc en principe pas susceptible d'influer sur le résultat du vote.

¹⁷⁴ Art. 23 al. 2 let. a LFus. Voir à ce sujet RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 23 LFus, N 39-44. Voir également à ce sujet MARC AMSTUTZ/RAMON MABILLARD (2008) *ad* art. 23 LFus, N 16 ; HANS CASPAR VON DER CRONE/ANDREAS GERSBACH/FRAZ J. KESSLER/MARTIN DIETRICH/KATJA BERLINGER (2004), N 277.

¹⁷⁵ Art. 23 al. 2 let. b LFus. Voir à ce sujet RITA TRIGO TRINDADE (2005) *ad* art. 23 LFus, N 32.

capitaux et les sociétés coopératives avec des parts sociales sont soumises à l'obligation de faire vérifier la fusion, malgré un besoin de protection équivalent dans les autres types de sociétés. De même est-il difficilement justifiable de permettre à l'ensemble des associés d'une PME de renoncer au droit de consultation (des documents de la fusion), dont le seul objectif est leur information, alors qu'une prérogative semblable n'existe pas pour les sociétés de taille plus importante. L'analyse que nous avons effectuée des nombreux traitements différenciés, et parfois inégalitaires, contenus dans la LFus met en lumière, sous un angle nouveau, certaines faiblesses de cette loi. Nous espérons que les raisonnements menés contribueront à l'effort, largement alimenté par la doctrine, visant globalement à inciter le législateur à corriger les imperfections de cette loi, maintenant plus si récente, qu'est la LFus, et à le guider dans cette démarche.

Annexe 1 : Tableau récapitulatif des critères de distinction de la LFus

	Forme juridique	Taille (PME ou non)	Catégorie d'associé (ex. : droit de vote ou non)	Structure du sociétariat (contrôle/ groupe)
Contrat de fusion (art. 12-13 LFus)	X			X
Rapport de fusion (art. 14 LFus)	X	X		X
Rapport de révision (art. 15 LFus)	X	X		X
Droit de consultation (art. 16 LFus)		X		X
Avis si modification du patrimoine (art. 17 LFus)				(X)
Décision des associés (art. 18 LFus)	X		X	X

Annexe 2 : Synthèse des distinctions dans le processus de fusion selon leur conformité avec le principe d'égalité de traitement

	1) Contrat de fusion (cdf)	2) Rapport de fusion (rdf)	3) Rapport de révision (rdr)	4) Droit de consultation (ddc)	5) Avis si modif. du patrimoine (amp)	6) Décision des associés (dda)	temps
Egalité de traitement (traitement différencié pas choquant ou motif justificatif)	1a) contenu cdf allégué pour ass (p. 373)	2b) rdf pas exigé si FS sans min. (principe) (p. 378)	3b) rdr pas exigé si FS sans min. (principe) (p. 382)	4b) ddc pas exigé si FS sans min. (principe) (p. 384)	5a) amp pas exigé si FS sans min. (principe) (p. 385)	6a) ex. majorités différentes selon FI de SF lors de F sans ON (p. 387) 6b) ex. + strictes pour F avec ON que F sans ON (p. 391) 6c) ex. +/- strictes selon FI des SF lors de F avec ON (principe) (p. 393) 6d) pas de dda lors de FS sans min. (principe) (p. 394) 6e) pas de dda lors de FS avec min. (p. 394-395)	
	1b) contenu allégué si FS sans min. (principe) (p. 374-375)	2d) possibilité de renoncer au rdf réservée aux PME (p. 379-381)	3c) possibilité de renoncer au rdr réservée aux PME (p. 383)				
Inégalité de traitement (ou zone grise)	1a) contenu cdf allégué pour ass économiques (p. 373-374)	2a) rdf pas exigé si ass (p. 378)	3a) rdr exigé seulement si SR = scap ou scoop avec parts sociales (p. 382)	4a) possibilité de renoncer au ddc réservée aux PME (p. 383-384)		6c) ex. +/- strictes selon FI des SF lors de F avec ON (cas particuliers) (p. 393)	
	1b) contenu cdf allégué si FS sans min. (exception*) (p. 375-376) 1c) contenu cdf allégué si FS avec min. (p. 376-377)	2b) rdf pas exigé si FS sans min. (exception*) (p. 378-379) 2c) rdf pas exigé si FS avec min. (p. 378-379)	3b) rdr pas exigé si FS sans min. (exception*) (p. 382-383)	4b) ddc pas exigé si FS sans min. (exception*) (p. 384)	5a) amp pas exigé si FS sans min. (exception*) (p. 385) 5b) amp pas exigé si FS avec min. (p. 385)	6d) pas de dda lors de FS sans min. (exception*) (p. 394)	
Légendes	ON = obligations nouvelles ass = association(s) ex. = exigences F = fusion FI = forme(s) juridique(s) FS = fusion simplifiée min. = associés minoritaires avec droit de vote						* Exception = (i) existence de titulaires de parts sociales sans droit de vote ou (ii) groupement (au sens de l'art. 23 al. 1 let. b LFus) avec répartition asymétrique des parts sociales

Bibliographie

- AMSTUTZ MARC/MABILLARD RAMON, Kommentar zum Fusionsgesetz, Bâle 2008.
- ALTENBURGER PETER R./CALDERAN MASSIMO/LEDERER WERNER, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht : Ein Handbuch zum Fusionsgesetz, zur Handelsregisterverordnung und zum Steuerrecht, Zurich/Bâle/Genève 2004.
- AUBERT GABRIEL/LEMPEN KARINE, Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011.
- AUER ANDREAS, « Digressions sur l'égalité entre hommes et femmes », in : Aux confins du droit : essais en l'honneur du professeur Charles-Albert Morand, Bâle 2001, p. 191 ss.
- AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, vol. II : Les droits fondamentaux, Berne 2006.
- BAHAR RASHID, Le rôle du conseil d'administration lors des fusions et acquisitions, Genève/Zurich/Bâle 2004.
- BAUEN MARC/BERNET ROBERT/ROUILLER NICOLAS, La société anonyme suisse, Genève/Zurich/Bâle 2007.
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, Zurich 2009.
- BOMMER FLORIAN, Art. 24 LFus, in : BAKER & MCKENZIE (éd.), Fusionsgesetz : Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, Berne 2003.
- BONET GEORGES, « L'égalité de traitement des titulaires de droit d'auteur et de droits voisins dans la communauté », in : Mélanges en l'honneur d'André Françon, Paris 1995, p. 1 ss.
- CHAPPUIS CHRISTINE, Art. 2 CC, in : PASCAL PICHONNAZ/BÉNÉDICT FOËX (éd.), Commentaire romand du Code civil I, Bâle 2010.
- CHAUDET FRANÇOIS/CHERPILLOD ANNE/LANDROVE JUAN CARLOS, Droit suisse des affaires, Bâle 2010.
- CHENAUX JEAN-LUC, « Traitement équitable et protection des actionnaires », in : GAÉTAN BOHRER/FRANÇOIS DESSEMONTET (éd.), Corporate governance en Suisse, Lausanne 2003, p. 151 ss.
- COMBOEUF ALBERT, Art. 14 et 15 LFus, in : BAKER & MCKENZIE (éd.), Fusionsgesetz : Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, Berne 2003.
- DUC JEAN-LOUIS/GREBER PIERRE-YVES, « La portée de l'art. 4 de la Constitution fédérale en droit de la sécurité sociale », in : RDS 1992 II 473.
- DUTOIT NICOLAS/DUVOISIN PAUL-BENOÎT/MORDELET CLAIRE, « Le principe de continuité du sociétariat en cas de transformation : évidence ou illusion ? », in : HENRY PETER/NICOLAS DUTOIT (éd.), Les restructurations en droit des sociétés, du travail et international privé, Genève / Zurich / Bâle 2010, p. 189 ss.
- FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996.
- GELZER THOMAS, Art. 14, 15 et 18 LFus, in : FRANK VISCHER (éd.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zurich/Bâle/Genève 2012.

- GARBARSKI ANDREW M., La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants des sociétés anonymes, Genève/Zurich/Bâle 2006.
- GLANZMANN LUKAS, Umstrukturierungen, Berne 2008.
- GRISSEL ETIENNE, Egalité : les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, Berne 2009.
- GRISSEL ETIENNE, « Egalité des sexes et quotas de représentation », in : Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen : Festschrift für Yvo Hangartner, Saint-Gall 1998.
- HOFSTETTER KARL, « Die Gleichbehandlung der Aktionäre in börsenkotierten Gesellschaften », in : RSDA 1996, p. 222 ss.
- HOMBURGER ERIC, « Der Verwaltungsrat », in : Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, vol. V/5/b, Zurich 1997.
- HUGUENIN JACOBS CLAIRE, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Zurich 1994.
- KÜHNI BEAT, Art. 14, 15 et 17 LFus, in : ROLF WATTER/NEDIM P. VOGT/RUDOLF TSCHÄNI/DANIEL DAENIKER (éd.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Bâle 2005.
- KUNZ PETER V., Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Berne 2001.
- LINDER TATJANA, Die Best Price Rule im schweizerischen Übernahmerecht, Zurich/Bâle/Genève 2010.
- LUGINBÜHL JÜRIG A., Art. 13 LFus, in : FRANK VISCHER (éd.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zurich/Bâle/Genève 2012.
- MARTENET VINCENT, Géométrie de l'égalité, Zurich/Bâle/Genève 2003.
- MEIER ROBERT, Die Aktiengesellschaft, 3e éd., Zurich/Bâle/Genève 2005.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Berne 2012.
- MONTAVON PASCAL, Abrégé de droit commercial, 4e éd., Lausanne 2008.
- MORSCHER LUKAS, Art.1 LFus, in : ROLF WATTER/NEDIM P. VOGT/RUDOLF TSCHÄNI/DANIEL DAENIKER (éd.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Bâle 2005.
- OBERSON XAVIER, « Egalité de traitement, neutralité concurrentielle et liberté économique dans l'imposition des entreprises – une réponse », in : Archives de droit fiscal suisse 73 (2004/2005), p. 177 ss.
- OESCH MATTHIAS, Differenzierung und Typisierung : Zur Dogmatik der Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung, Berne 2008.
- PATRY ROBERT, « L'égalité des actionnaires dans la société anonyme », in : SJ 85 (1963), p. 84 ss.
- PERRIN JEAN-FRANÇOIS/CHAPPUIS CHRISTINE, Droit de l'association, 3e éd., Genève 2008.
- PETER HENRY, Art. 1 LFus, in : HENRY PETER/RITA TRIGO TRINDADE (éd.), Commentaire LFus, Genève 2005.
- PETER HENRY, « Actionnaires et OPA », in : GAETAN BOHRER (éd.), La société anonyme dans ses rapports avec ses actionnaires, Publication CEDIDAC n° 43, Lausanne 2001, p. 83 ss.
- PETER HENRY, « Contrôle, prise de contrôle, groupes », in : Fiche juridique 405 (1999).

- PETER HENRY/CAVADINI FRANCESCA, Art. 717 CO, in : PIERRE TERCIER/MARC AMSTUTZ (éd.), Commentaire romand du Code des obligations II, Bâle 2008.
- PETER HENRY/DUVOISIN PAUL-BENOÎT, « Loi sur la fusion, loi sur les cartels, loi sur les bourses : quels rapports ? », in : RSDA 4/2011, p. 333 ss.
- REBSAMEN THOMAS, Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch die Aktiengesellschaft, Zurich/Bâle/Genève 2004.
- RIEMER HANS MICHAEL, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60-89bis ZGB), Berne 2012.
- ROBIN-OLIVIER SOPHIE, Le principe d'égalité en droit communautaire, Aix-Marseille 1999.
- RUEDIN ROLAND, Droit des sociétés, 2e éd, Berne 2007.
- RUEDIN ROLAND, « Le fondement du principe de l'égalité de traitement des actionnaires », in : PIERMARCO ZEN-RUFFINEN/ANDREAS AUER (éd.), De la Constitution : études en l'honneur de Jean-François Aubert, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996, p. 549 ss.
- SCHENKER URS, Art. 13 LFus, in : BAKER & MCKENZIE (éd.), Fusionsgesetz : Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, Berne 2003.
- SCHLEIFFER PATRICK, Art. 18 LFus, in : ROLF WATTER/NEDIM P. VOGT/RUDOLF TSCHÄNI/DANIEL DAENIKER (éd.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Bâle 2005.
- TRIEBOLD OLIVER, Art. 13, 14 et 24 LFus, in : M. AMSTUTZ/P. BREITSCHMID/A. FURRER/D. GIRSBERGER/C. HUGUENIN/M. MÜLLER-CHEN/V. ROBERTO/A. RUMO-JUNGO/A. K. SCHNYDER (éd.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zurich 2007.
- TRIGO TRINDADE RITA, Art. 13, 14, 15, 16, 18 et 24 LFus, in : HENRY PETER/RITA TRIGO TRINDADE (éd.), Commentaire LFus, Genève 2005.
- TRIGO TRINDADE RITA/PETER HENRY/GRIESSEN COTTI ANNIE, « La loi sur la fusion en application », PJA 1-2008, p. 55 ss.
- VIONNET GUILLAUME, « Sanctions à l'inégalité de traitement des actionnaires », in : MATHIEU BLANC/FRANÇOIS DESSEMONTET/PIERRE-ANDRÉ OBERSON/ALAIN THÉVENAZ (éd.), Aspects actuels du droit de la société anonyme, Lausanne 2005, p. 127 ss.
- VOGEL ALEXANDER/HEIZ CHRISTOPH/BEHNISCH URS R./SIEBER ANDREA, FusG Kommentar, 2e éd, Zurich 2012.
- VON BÜREN ROLAND/STOFFEL WALTER A./WEBER ROLF H., Grundriss des Aktienrechts, Zurich/Bâle/Genève 2011.
- VON DER CRONE HANS CASPAR/GERSBACH ANDREAS/KESSLER FRANZ J./DIETRICH MARTIN/BERLINGER KATJA, Das Fusionsgesetz, Zurich 2004.
- VON SALIS-LÜTOLF ULYSSES, Fusionsgesetz, version 08/2004, disponible sur <www.fusionsgesetz.ch>, Zurich 2004.
- WALDBURGER MARTIN, Die Gleichbehandlung von Mitgliedern des Verwaltungsrates, Berne 2002.
- WATTER ROLF, Art. 717 CO, in : HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/ROLF WATTER (éd.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, Bâle 2002.
- WEIBEL THOMAS/CRAMER CONRADIN, Art. 1 LFus, in : FRANK VISCHER (éd.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zurich/Bâle/Genève 2012.

WOLF MATTHIAS, Art. 13 et 24 LFus, in : ROLF WATTER/NEDIM P. VOGT/RUDOLF TSCHÄNI/DANIEL DAENIKER (éd.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Bâle 2005.

YERSIN DANIELLE, « L'égalité de traitement en droit fiscal », in : RDS 1992 II 145.