

Le principe de continuité du sociétariat en cas de transformation: évidence ou illusion?*

Nicolas Dutoit**, Paul-Benoît Duvoisin***, Claire Mordelet****

Table des matières

- I. Introduction
 - II. La sortie de l'associé
 - A. La sortie décidée par la société – *Le squeeze-out*
 - 1. *Le squeeze-out* des titulaires de bons de jouissance
 - 2. Application par analogie de l'article 8 alinéa 2 LFus
 - B. La sortie décidée par l'associé – « *Wahlweise Abfindung* »
 - III. Les nouvelles obligations des associés
 - A. En cas de transformation d'une SA, d'une SeCA ou d'une Scoop en Sàrl
 - B. En cas de transformation d'une SA, d'une Sàrl ou d'une Scoop en SeCA
 - C. En cas de transformation d'une SA, SeCA ou Sàrl en Scoop
 - D. En cas de transformation d'une SNC ou SeC en Sàrl, Scoop ou SeCA
 - E. En cas de transformation d'une association en Sàrl, Scoop ou SeCA
 - IV. L'altération des droits de vote
 - A. En cas de transformation d'une SA, Sàrl ou SeCA en Scoop
 - B. En cas de transformation d'une SNC, SeC, Scoop ou association en SA, Sàrl ou SeCA
 - 1. Analyse d'un point de vue général
 - 2. Le cas particulier de l'article 56 alinéa 2 LFus
 - C. En cas de transformation d'une société disposant de parts sociales sans droit de vote (art. 56 al. 3 LFus)
 - D. En cas de transformation d'une société ayant des titulaires de droits spéciaux (art. 56 al. 4 LFus)
 - V. Conclusion
- Bibliographie

I. Introduction

Un des buts majeurs poursuivis par la loi sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (ci-après « loi sur la fusion » ou « LFus »)¹ est

* Les auteurs tiennent à remercier le Professeur Henry Peter pour sa relecture attentive ainsi que pour ses conseils précieux et avisés.

** Assistant à l'Université de Genève, avocat.

*** Assistant à l'Université de Genève, lic. iur., MBL.

**** Assistante à l'Université de Genève, avocate.

¹ La LFus est entrée en vigueur le 1er juillet 2004.

de protéger les personnes disposant de participations (avant tout minoritaires) dans les sociétés faisant l'objet d'une restructuration. Cet objectif est expressément mentionné à l'article 1 alinéa 2 LFus, qui exprime un des principes fondamentaux de cette loi: le principe de continuité du sociétariat².

Ce principe vise la protection des associés³. Il comporte deux aspects: en premier lieu, l'opération ne doit conduire ni à l'exclusion ni même à la sortie d'un associé⁴ de la société (qui est l'objet de la fusion, de la scission ou de la transformation) et, en second lieu, la restructuration ne doit péjorer la position d'aucun des associés⁵. Ce second aspect du principe de continuité du sociétariat permet donc de garantir à chaque associé une position dans la société post restructuration qui soit «équivalente»⁶ à celle qu'il avait avant cette opération. Cette position lui est due sans qu'il doive fournir de nouvelles prestations pour l'obtenir⁷.

En matière de transformation, ce principe est exprimé par l'article 56 alinéa 1 LFus, selon lequel «les parts sociales et les droits de sociétariat des associés sont maintenus lors de la transformation»; les alinéas suivants de cet article règlent les modalités d'application du principe de continuité du sociétariat dans des cas particuliers.

Dans le cadre d'une transformation, l'entreprise modifie simplement son enveloppe juridique, non pas le cercle de ses associés. Le respect du principe de continuité du sociétariat peut donc apparaître comme la conséquence logique de toute opération de transformation; il pourrait notamment sembler évident qu'une transformation ne puisse entraîner aucune modification (qu'il s'agisse d'une détérioration ou d'une amélioration) du statut des associés ou de certains d'entre eux. Cette évidence n'est cependant qu'apparente et il existe de nombreuses exceptions⁸ au principe de continuité du sociétariat en cas de transformation. Dans ce contexte, peut-on considérer que les exceptions, vu leur importance quantitative, prennent le pas sur le principe jusqu'à rendre ce dernier en quelque sorte «illusoire»? Par ailleurs, les garanties formelles et matérielles prévues par le lé-

² Ce principe est applicable en cas de fusion, de scission et de transformation, mais pas lors de transfert de patrimoine.

³ Le terme «associés» vise ici les associés au sens large, tels que définis à l'art. 2 let. f LFus. Quant au fait que le besoin de protection est plus fort pour les associés minoritaires, voir H. Peter (2005) *ad* art. 56 LFus, N 1-2.

⁴ Chaque associé avant l'opération de restructuration conservera donc sa qualité d'associé après cette opération.

⁵ R. Trigo Trindade (2005) *ad* art. 7 LFus, N 6-7.

⁶ Voir art. 56 LFus.

⁷ Voir à ce sujet le Message LFus, p. 4103, H. Peter (2005) *ad* art. 56 LFus, N 9, C. M. Pestalozzi (2004) *ad* art. 56 LFus, N 17 et F. Vischer (1999) p. 27.

⁸ Ces exceptions résultent de la LFus ou sont la conséquence logique de certains types de transformation.

gislateur sont-elles suffisantes pour protéger les associés dans le cadre de telles exceptions?

Au travers de cette contribution, nous allons tenter d'apporter des réponses à ces questions. Nous nous intéresserons dans un premier temps à la sortie des associés (II.), puis aux nouvelles obligations pouvant leur incomber (III.) et enfin à l'altération de leurs droits de vote (IV.). Nous proposerons enfin un tableau récapitulatif (i) les exceptions au principe de continuité du sociétariat, (ii) les solutions offertes par le droit en vigueur (*de lege lata*) et (iii) les règles qui seraient, selon nous, plus aptes à protéger adéquatement les associés (*de lege ferenda*).

II. La sortie de l'associé

Dans le cadre d'une opération de restructuration, la sortie d'un associé constitue à l'évidence une exception au principe de continuité du sociétariat, plus précisément à son premier aspect⁹. Conceptuellement, la sortie d'un associé peut être décidée soit par la société soit par l'associé lui-même. Cette distinction entre la sortie imposée et volontaire est présente à l'article 8 LFus, concernant les fusions, qui autorise les sociétés fusionnantes à prévoir, dans le contrat de fusion, que (i) les associés peuvent décider de sortir de la société et d'être dédommagés pour la valeur de leurs parts (al. 1) et (ii) la société peut écarter certains associés en les dédommageant (al. 2). Le législateur n'a pas prévu d'article équivalent en matière de transformation. Il s'agit donc d'examiner si, lorsqu'une société se transforme, celle-ci peut exclure certains associés (A) ou si ceux-ci peuvent volontairement quitter le navire (B).

A. La sortie décidée par la société – Le *squeeze-out*

Lorsque c'est la société qui décide de la sortie d'un associé, cela constitue ce que l'on appelle communément un cas de *squeeze-out*. Il relativise le caractère acquis du droit au sociétariat en permettant de contraindre un associé à sortir de la société sans son consentement¹⁰.

Il convient de bien distinguer entre le *squeeze-out* des associés titulaires de bons de jouissance, qui est expressément prévu par la loi (1.), et le *squeeze-out* des autres associés de la société se transformant, qui n'est pas réglé par la LFus,

⁹ Voir pt. I supra.

¹⁰ On peut relever que la société doit en contrepartie dédommager l'associé exclu.

mais dont nous analyserons s'il peut éventuellement s'appliquer par analogie avec le régime prévu en cas de fusion (2.).

1. Le *squeeze-out* des titulaires de bons de jouissance

Il s'agit d'une hypothèse expressément envisagée par l'article 56 alinéa 5 LFus. Cette disposition précise que « la société attribue des droits équivalents aux titulaires de bons de jouissance, ou rachète leurs bons de jouissance à leur valeur réelle au moment de l'établissement du projet de transformation ».

Dans ce cas particulier, il n'est « pas nécessaire de recueillir l'accord de la majorité des titulaires des bons en circulation, contrairement au principe posé par l'article 657 alinéa 4 deuxième phrase CO »¹¹. D'ailleurs, il n'est pas même requis d'obtenir l'accord du moindre d'entre eux dans la mesure où ils ne participent de toute manière pas à la décision de transformation; en leur qualité de détenteurs de bons de jouissance, ils ne disposent en effet d'aucun droit de vote. Rien n'empêche toutefois de leur demander, mais à titre purement consultatif, s'ils préfèrent recevoir des droits équivalents ou un dédommagement.

2. Application par analogie de l'article 8 alinéa 2 LFus?

L'article 8 alinéa 2 LFus dispose que « les sociétés qui fusionnent peuvent également prévoir dans le contrat de fusion que seul un dédommagement sera versé ». Il s'agit, on l'a rappelé, d'une exception au principe de continuité du sociétariat.

On peut dès lors se poser la question de savoir s'il est envisageable d'admettre un tel cas de *squeeze-out* dans le cadre d'une transformation.

La majorité de la doctrine estime que cette forme de *squeeze-out*, non prévue dans le chapitre 4 de la LFus, n'est pas admissible en matière de transformation. Partant, elle considère qu'il est exclu d'imposer aux associés (autres que les titulaires de bons de jouissance) un dédommagement dans ce cas, puisque l'hypothèse même qui justifierait un tel dédommagement est exclue¹².

Certains auteurs admettent toutefois que, dans des situations particulières, un *squeeze-out* comparable à celui prévu à l'article 8 alinéa 2 LFus devrait être possible en matière de transformation. Ils considèrent en effet qu'une telle faculté devrait être admise dès lors qu'il existe des justes motifs tel le fait qu'à défaut

¹¹ H. Peter (2005) *ad* art. 56 LFus, N 18.

¹² L. Glanzmann (2008), N 233; M. Amstutz et R. Mabillard (2008a) *ad* art. 56 LFus, N 5; H. Peter (2005) *ad* art 56 LFus, N 13.

de *squeeze-out*, la transformation ne pourrait pas ou alors très difficilement avoir lieu¹³.

Nous nous rallions pour notre part à la doctrine majoritaire. En effet, étant donné que le *squeeze-out* n'est pas prévu pour la transformation – alors qu'il l'est expressément pour la fusion à l'article 8 alinéa 2 LFus – nous estimons, conformément au principe de la légalité et à la systématique de la loi, qu'il devrait être interdit d'imposer un dédommagement aux associés de la société se transformant. On rappellera que le principe de continuité du sociétariat demeure la règle et est d'ailleurs, à ce titre, non seulement mentionné expressément à l'article 56 alinéa 1 LFus pour la transformation, mais découle également de l'article 1 alinéa 2 LFus, qui pose les fondements de la loi. Le respect de ces dispositions s'oppose donc, selon nous, à l'introduction d'un *squeeze-out*, par application analogique de l'article 8 alinéa 2 LFus, en matière de transformation.

B. La sortie décidée par l'associé – « *Wahlweise Abfindung* »

Dans ce cas, ce n'est plus la société qui impose à l'associé de la quitter, mais il s'agit d'une option laissée à la libre disposition de cet associé. La doctrine germanophone parle à ce sujet de « *Wahlweise Abfindung* », terme qui exprime bien l'idée du choix et que l'on pourrait tenter de traduire par « dédommagement optionnel ».

En ce qui concerne la fusion, l'article 8 alinéa 1 LFus permet aux sociétés qui fusionnent de prévoir un droit d'option de sortie en faveur des associés de la société transférante, droit leur permettant de choisir entre l'octroi de parts sociales (ou de droits de sociétariat) et un dédommagement¹⁴.

Il convient dès lors de se demander si ce choix peut également être offert en cas de transformation.

Certains auteurs répondent par l'affirmative¹⁵. Ils font valoir que ceci ne pose en effet aucun problème dès lors que ce sont les associés eux-mêmes qui ont la possibilité d'opter pour un dédommagement équitable et que celui-ci ne leur est donc pas imposé. Pour ces auteurs, il convient donc d'appliquer par analogie l'article 8 alinéa 1 LFus.

¹³ A. Vogel, C. Heiz et U. Behnisch (2005) *ad art. 56 LFus*, N 9, qui illustrent leur propos par un exemple.

¹⁴ F. Chaudet (2004), N 1114.

¹⁵ M. Amstutz et R. Mabillard (2008 a) *ad art. 56 LFus*, N 6; H. Peter (2005) *ad art. 56 LFus*, N 13.

Une autre partie de la doctrine est en revanche d'avis qu'un tel dédommagement, non prévu par la loi, ne doit pas être admis¹⁶. Ces auteurs fondent leur opinion sur une interprétation systématique de la LFus. En effet, si cette possibilité est expressément mentionnée en matière de fusion, il n'y est fait aucune référence dans les dispositions relatives à la transformation (art. 53 ss LFus). En outre, cette façon de faire contreviendrait au principe de la continuité du sociétariat.

Pour notre part, nous estimons qu'il existe de solides arguments pour soutenir aussi bien l'admission que le rejet d'une « *Wahlweise Abfindung* ». Si l'on s'en tient au principe de la légalité et de la systématique de la loi, il est évident qu'un dédommagement ne doit pas être admis. Toutefois, il est également vrai que si les associés optent librement pour un dédommagement équitable, on voit mal pourquoi on devrait s'y opposer¹⁷. Le principe de continuité du sociétariat est en effet destiné à protéger les associés. S'ils décident de renoncer à cette protection, pour quelles raisons devrait-on la leur imposer?

III. Les nouvelles obligations des associés

Nous avons analysé ci-dessus les divers cas dans lesquels une transformation peut conduire à la sortie (volontaire ou non) d'un associé, soit les exceptions au premier aspect du principe de continuité du sociétariat. Nous allons maintenant passer en revue les exceptions au second aspect de ce principe¹⁸, plus précisément la péjoration du statut de certains associés en conséquence des nouvelles obligations qui leur sont imposées, ou qui peuvent l'être, dans la « nouvelle société ». Celles-ci divergent selon la forme juridique initiale, respectivement subséquente de la société transformée. Nous analyserons ainsi cinq groupes d'hypothèses dans lesquelles le principe de continuité du sociétariat est mis à mal; nous examinerons également les solutions, prévues ou non par la LFus, visant à protéger adéquatement les associés dans chacun de ces cas.

¹⁶ L. Glanzmann (2008) N 233; L. Olgiati (2007) *ad* art. 56 LFus, N 5.

¹⁷ On peut toutefois relever qu'un tel dédommagement aura pour effet de réduire la fortune de la société. Dans la mesure où la société dispose de suffisamment de fonds propres librement disponibles pour effectuer ce dédommagement, cela ne devrait en principe pas être problématique. Il en va différemment lorsque le dédommagement nécessiterait de toucher aux fonds propres liés (capital social ou réserves légales) de la société. Dans ce dernier cas, les créanciers seraient en effet indirectement lésés par l'opération. Or si la LFus contient une disposition protégeant spécifiquement les créanciers en cas de fusion (art. 25 LFus), une règle équivalente n'est pas prévue pour la transformation. Il nous semble donc, dans cette mesure, délicat d'autoriser un dédommagement (art. 8 LFus par analogie), lors de toute transformation, sans tenir compte du fait que les créanciers sont moins bien protégés en cas de transformations que lors de fusions.

¹⁸ Concernant les aspects du principe de continuité du sociétariat, voir *supra* pt. I.

A. En cas de transformation d'une SA, d'une SeCA ou d'une Scoop en Sàrl

Une des caractéristiques de la société à responsabilité limitée (ci-après « Sàrl ») est que seul l'actif social de la société garantit les dettes de celle-ci, conformément à l'article 794 du Code des obligations (ci-après « CO »)¹⁹. La Sàrl, contrairement à la société anonyme (ci-après « SA ») (art. 680 al. 1 CO), ne connaît par contre pas le principe selon lequel les associés ne peuvent être tenus à d'autres obligations que celle de libérer le capital social. Bien au contraire, les statuts d'une Sàrl peuvent prévoir que:

(i) les associés doivent effectuer des versements supplémentaires (art. 795 al. 1 CO), pour autant que la Sàrl soit « en perte de capital » (art. 795a al. 2 ch. 1 CO), en manque de liquidités (art. 795a al. 2 ch. 2 CO) ou qu'elle ait besoin de fonds propres pour un autre motif prévu par les statuts (art. 795a al. 2 ch. 3 CO)²⁰.

(ii) les associés doivent effectuer des prestations accessoires qui servent le but de la société ou visent à assurer le maintien de son indépendance ou encore le maintien de la composition du cercle des associés (art. 796 al. 1 et 2 CO). Ces prestations accessoires peuvent « consister en une obligation de faire, une abstention ou encore une obligation de tolérer une atteinte à un droit »²¹.

(iii) les associés doivent s'abstenir de faire concurrence à la société (art. 803 al. 2 *in fine* CO)²².

A supposer qu'une ou plusieurs de ces diverses obligations soi(en)t imposée(s) aux associés à l'occasion de la transformation d'une SA, d'une société en commandite par actions (ci-après « SeCA ») ou d'une société coopérative (ci-après « Scoop ») en une Sàrl, la situation économique de ces associés s'en trouverait aggravée. En effet:

- dans la SA, les actionnaires ainsi que les titulaires de bons de participation n'ont qu'une seule obligation: celle de libérer les parts (actions ou bons de participation) qu'ils ont souscrites (art. 680 al. 1 et 656a al. 2 CO). On ne peut les contraindre à effectuer des prestations supplémentaires²³. Ils ne peu-

¹⁹ Le même principe s'applique dans la SA (art. 620 al. 1 CO) et la Scoop (art. 868 CO). Dans cette dernière, les statuts peuvent cependant prévoir que les associés répondront également des pertes éventuelles si la Scoop tombe en faillite. Cette responsabilité sera limitée (art. 870 CO) ou illimitée (art. 869 CO).

²⁰ Voir à ce sujet F. Chappuis et M. Jaccard (2008) *ad* art. 795a CO, N 2-9.

²¹ F. Chappuis et M. Jaccard (2008) *ad* art. 796 CO, N 3. Pour des exemples de prestations accessoires, voir le Message 2001, p. 2997.

²² A noter que cette obligation découle de la loi concernant les associés gérants (art. 812 al. 3 CO).

²³ Voir à ce sujet C. Lombardini (2008) *ad* art. 620 CO, N 16.

- vent donc être tenus d'effectuer des versements supplémentaires²⁴, ni des prestations accessoires, ni se voir imposer une interdiction de concurrence²⁵;
- dans la SeCA, cela vaut *mutatis mutandis*. En ce qui concerne les associés indéfiniment responsables, ils répondent certes des pertes, mais seulement lorsque la SeCA tombe en faillite, c'est-à-dire lorsque les actifs sociaux ne suffisent plus à désintéresser intégralement les créanciers sociaux (art. 764 al. 1 CO). Aucun associé de la SeCA ne peut être tenu à d'autres prestations.
 - dans la Scoop, les statuts peuvent prévoir que les coopérateurs répondent des pertes, ceci de manière illimitée (art. 869 CO) ou restreinte (870 CO); ils peuvent également obliger les coopérateurs à faire des versements supplémentaires. Ceux-ci ne peuvent toutefois être affectés qu'à l'extinction des pertes constatées au bilan (art. 871 CO)²⁶. De tels versements ne pourront être exigés des coopérateurs, du seul fait, par exemple, que la Scoop est en manque de liquidités.

La LFus n'ignore pas que des obligations nouvelles peuvent être imposées aux associés suite à la transformation d'une SA, SeCA ou Scoop en Sàrl, ni les problèmes que cela peut poser. La loi prévoit ainsi que, dans ces cas particuliers, la décision de transformation doit être approuvée en respectant les majorités qualifiées suivantes:

(i) en cas de transformation d'une SA ou SeCA en une Sàrl:

- si une obligation d'effectuer des versements supplémentaires ou d'autres prestations personnelles est introduite, la décision de transformation doit être acceptée par tous les actionnaires concernés par ces nouvelles obligations (art. 64 al. 1 lit. a *in fine* LFus)²⁷. Cependant les obligations qui sont inhérentes à la forme juridique de la Sàrl, telles que le devoir de fidélité des associés (art. 803 al. 1 CO) ou l'obligation de non-concurrence incombant aux associés-gérants (art. 812 al. 3 CO), ne rentrent pas dans la catégorie des « autres prestations personnelles »²⁸. En effet, toute transformation de SA ou SeCA en Sàrl nécessiterait sinon l'accord unanime de l'ensemble des associés²⁹.

²⁴ Voir à ce sujet J.-L. Chenaux (2008) *ad* art. 680 CO, N 10; P. Forstmoser, A. Meier-Hayoz et P. Nobel (1996) p. 539 ss.

²⁵ P. Böckli (2009) p. 29 ss; J.-L. Chenaux (2008) *ad* art. 680 CO, N 13; P. Forstmoser, A. Meier-Hayoz et P. Nobel (1996) p. 540.

²⁶ Voir à ce sujet J.-A. Reymond (1996) pp. 193 ss.

²⁷ En plus de la majorité des 2/3 des voix attribuées aux actions représentées à l'assemblée générale et la majorité absolue des valeurs nominales des actions représentées (art. 64 al. 1 let. a LFus).

²⁸ Message LFus, p. 4103.

²⁹ M. Amstutz et R. Mabillard (2008a) *ad* art. 18 LFus, N 14.

- la question peut se poser de savoir si une prohibition de concurrence qui serait statutairement imposée à tous les associés (donc non pas seulement aux associés-gérants) rentre dans le cadre des « autres prestations personnelles » telles que mentionnées dans la LFus. Cette question peu traitée en doctrine mérite une analyse plus approfondie:
 - Nous estimons qu'il faut répondre à cette question par l'affirmative. En effet, une telle interdiction de concurrence, dans la mesure où elle est imposée également aux associés non-gérants, ne constitue pas une obligation automatique et inhérente à la Srl, mais une obligation supplémentaire, ne pouvant être prévue que statutairement³⁰. Conformément à notre lecture de l'article 64 alinéa 1 lettre a *in fine* LFus, on ne pourrait dès lors décider la transformation sans l'accord de tous les associés concernés par cette interdiction de concurrence.
 - Plus délicate est la clause statutaire de non-concurrence qui serait décidée après la transformation. Certains auteurs considèrent, à juste titre selon nous, que l'adoption d'une telle clause nécessite l'accord de tous les associés soumis à l'interdiction concernée³¹. En effet, il s'agit de prestations accessoires supplémentaires pour lesquelles l'unanimité est requise (art. 797 CO). Si l'on ne devait toutefois pas admettre qu'il s'agit d'un cas d'application de l'article 797 CO, cela aurait pour conséquence que la décision, prise après la transformation, d'introduire une interdiction de concurrence ne nécessiterait pas l'unanimité, mais la seule majorité des associés. Cette décision ne devrait en outre pas permettre aux associés concernés de remettre en cause la validité de la transformation. Selon nous, elle devrait toutefois constituer un juste motif de sortie (art. 822 al. 1 CO) ou d'exclusion (art. 823 CO), accompagnée d'une indemnité en faveur de ces associés correspondant à la valeur réelle de leurs parts (art. 825 al. 1 CO). Pour clarifier la situation et améliorer la protection des associés concernés, il serait toutefois recommandable que les nouveaux statuts règlementent ces cas³².

Cette problématique peut s'avérer sensible dans la situation où (i) d'une part cette prohibition de concurrence figure dans les statuts qui sont annexés au projet de transformation (art. 60 let. b LFus) et (ii) d'autre part, un actionnaire exerce une activité concurrente à celle de la société avant la transformation.

R. Chappuis (2008) p. 36; P. Montavon (2008) p. 254, qui précise que l'on doit obtenir l'accord de tous les associés aux droits économiques desquels la clause statutaire porte atteinte.

Les statuts pourraient alors soit (1) conférer expressément un droit de sortie aux associés concernés (art. 822 al. 2 CO) et éventuellement prévoir un dédommagement autre que celui à la valeur réelle (art. 825 al. 2 CO), soit, encore mieux, (2) leur accorder un droit de veto contre toute décision qui instaurerait une obligation statutaire de non-concurrence (art. 807 al. 1 CO).

(ii) en cas de transformation d'une Scoop en une Sàrl: si une obligation de faire des versements supplémentaires ou d'autres prestations supplémentaires est introduite ou étendue à cette occasion, la décision de transformation doit recueillir l'approbation de $\frac{3}{4}$ au moins de tous les coopérateurs (art. 64 al. 1 let. d LFus).

On remarquera que la LFus règlemente ainsi différemment ce qui est fondamentalement un même cas de figure, selon que la société est, avant la transformation, (i) une SA/SeCA ou (ii) une Scoop. Dans le premier cas, l'unanimité des associés concernés par les « nouvelles obligations » doit approuver la transformation, alors que l'on se contente, dans le second cas, d'une majorité des $\frac{3}{4}$. Ce traitement moins protecteur réservé par le législateur aux coopérateurs s'explique probablement par le fait que de telles obligations nouvelles peuvent, selon le droit ordinaire applicable à la Scoop, être décidées à la majorité des $\frac{3}{4}$ des associés (art. 889 al. 1 CO). Il convient toutefois de signaler que, dans un tel cas, les associés n'ayant pas adhéré à cette décision bénéficient d'un droit de sortie (art. 889 al. 2 CO); ce droit de sortie permet de garantir convenablement les droits des coopérateurs et donc de justifier la solution prévue par le CO (majorité des $\frac{3}{4}$). Or un tel droit de sortie fait défaut, dans la LFus, en cas de transformation d'une Scoop. Certains auteurs estiment en conséquence, à juste titre selon nous, qu'il convient également d'accorder un droit de sortie aux coopérateurs en cas de transformation³³. A notre avis, la loi devrait être précisée sur ce point. On pourrait même envisager une modification législative plus audacieuse dans le cas particulier où les obligations nouvelles imposées aux associés dans la Sàrl iraient au-delà de celles qui pouvaient leur être statutairement imposées dans la Scoop³⁴. Dans un tel cas, il conviendrait selon nous d'accorder aux coopérateurs une protection équivalente à celle dont bénéficient les associés des SA/SeCA. Les coopérateurs auxquels de telles obligations nouvelles « plus incisives » seraient imposées devraient donc disposer d'un droit de veto contre la décision de transformation de la Scoop en Sàrl.

³³ L. Glanzmann (2008) N 525.

³⁴ Il pourrait par exemple s'agir d'obligations prévues dans les statuts de la Sàrl d'effectuer des versements supplémentaires pour une raison autre que l'extinction des pertes constatées au bilan (comparer l'art. 795 a CO [Sàrl] et l'art. 871 CO [Scoop]).

B. En cas de transformation d'une SA, d'une Sàrl ou d'une Scoop en SeCA

Dans la SeCA, nous l'avons mentionné, certains associés (dits « associés indéfiniment responsables »), répondent de manière illimitée des pertes encourues par la société (art. 764 al. 1 *in fine* CO)³⁵.

Par contre, dans la SA (art. 620 al. 1 CO) et la Sàrl (art. 794 CO), seuls les actifs de la société peuvent servir à la couverture des dettes sociales³⁶. Cela signifie que les associés ne sont pas tenus de rembourser les créanciers lorsque les actifs sociaux ne suffisent plus à les désintéresser³⁷.

De même, sauf disposition statutaire contraire³⁸, les associés d'une Scoop ne sont pas responsables des pertes. Seule la fortune sociale sert en principe à rembourser les créanciers de la société.

Il en résulte que, pour les actionnaires de la SA, les associés de la Sàrl ou ceux de la Scoop (qui ne seraient pas statutairement responsables des pertes de manière illimitée), la transformation de leur société en une SeCA peut constituer une aggravation majeure de leur position juridique, dans la mesure où ils deviennent des « associés indéfiniment responsables ».

La LFus ne prévoit pas expressément ces cas. Les majorités applicables seraient ainsi celles prévues normalement pour la transformation, à savoir (i) pour la SA, au moins $\frac{2}{3}$ des voix attribuées aux actions représentées à l'assemblée générale et la majorité absolue des valeurs nominales des actions représentées (art. 64 al. 1 let. a LFus); (ii) pour la Sàrl, les $\frac{2}{3}$ au moins des voix représentées à l'assemblée générale et la majorité absolue du capital social pour lequel le droit de vote peut être exercé (art. 64 al. 1 let. c LFus). Vu les implications d'une telle décision, la doctrine majoritaire admet cependant qu'il faut appliquer ici l'article 18 alinéa 3 LFus par analogie, qui exige³⁹, en sus de ces majorités, l'approbation de tous les associés indéfiniment responsables⁴⁰. Nous nous joignons à cette opinion. Il s'agit certaine-

³⁵ Voir pt. III A supra.

³⁶ Voir pt. III A supra.

³⁷ Sauf cas exceptionnels permettant de déroger à ce principe. Il en va ainsi notamment de la notion de *Durchgriff* développée par la jurisprudence du TF. Voir à ce propos: 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 (= SJ 2001 I p. 165).

³⁸ Voir pt. III A supra.

³⁹ Lorsqu'une autre société est absorbée par une SeCA.

⁴⁰ L. Glanzmann (2008) N 512, 514 et 520; M. Amstutz et R. Mabillard (2008a) ad art. 64 LFus, N 4; H. Peter (2005) ad art. 64 LFus, N 12; D. Daeniker et J. Frick (2005) ad art. 64 LFus, N 19; A. Vogel, C. Heiz et U. Behnisch (2005) ad art. 64 LFus, N 23; J. Burckhardt Bertossa (2004) ad art. 64 LFus, N 8; D. Jermini (2003) ad art. 64 LFus, N 17. Voir également J. Caleff (2007) ad art. 64 LFus, N 5, qui laisse ouverte cette question.

ment d'une lacune de la LFus. Il n'existe en effet aucune raison de protéger moins efficacement les associés en cas de transformation qu'en cas de fusion⁴¹.

La même solution⁴² devrait-elle également s'appliquer au cas de la transformation d'une Scoop en une SeCA? Nous sommes d'avis qu'il convient de répondre par la négative; ceci principalement pour deux raisons: (1) la LFus prévoit une majorité des $\frac{3}{4}$ lorsque les coopérateurs supportent de nouvelles obligations ou une responsabilité pour les pertes suite à la transformation (art. 64 al. 1 let. d LFus); (2) dans toute coopérative⁴³, la majorité des $\frac{3}{4}$ des associés suffit pour introduire dans les statuts la responsabilité illimitée de chaque membre pour les pertes engendrée par la Scoop (art. 869 al. 1 CO). Cependant, le code des obligations précise que chaque coopérateur n'ayant pas accepté cette décision dispose d'un droit de sortie (art. 889 CO). Selon nous, un tel droit doit, par analogie, également être accordé aux coopérateurs dans le cadre de la transformation.

C. En cas de transformation d'une SA, SeCA ou Sàrl en Scoop

Nous avons vu que la Scoop, si elle le prévoit statutairement, peut imposer à ses associés des obligations de versements supplémentaires ou une responsabilité pour pertes⁴⁴.

Ces obligations et responsabilités vont au-delà de ce qui peut être imposé aux actionnaires de la SA ou à ceux qui ne sont pas indéfiniment responsables dans la SeCA. Elles peuvent également être plus incisives que celles supportées par les associés de la Sàrl ou par ceux qui sont indéfiniment responsables dans la SeCA.

Pour tenir compte de cette situation (potentiellement) défavorable pour les associés, l'article 64 alinéa 1 lettre b LFus exige l'approbation de tous les associés en cas de transformation d'une SA, SeCA ou Sàrl en une Scoop. L'unanimité se justifie dans de tels cas également par les implications sur les droits de vote des associés. En effet, contrairement à ce qui prévaut dans les sociétés de capitaux, chaque associé de la Scoop dispose d'une seule voix dans les prises de décision, sans considération des fonds qu'il a apportés dans la société (art. 885 CO). Ce principe « *one man, one vote* » est impératif⁴⁵. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette question⁴⁶.

⁴¹ L. Glanzmann (2008) N 514.

⁴² C'est-à-dire: approbation de tous les associés qui seront indéfiniment responsables (art. 18 al. 3 LFus par analogie).

⁴³ Sauf le cas particulier des sociétés d'assurances concessionnaires (art. 869 al. 1 CO).

⁴⁴ Voir pt. III A supra.

⁴⁵ J.-A. Reymond (1996) p. 222.

⁴⁶ Voir pt. VI A infra.

D. En cas de transformation d'une SNC ou SeC en Sàrl, Scoop ou SeCA

La société en nom collectif (ci-après « SNC ») est une société dans laquelle, bien que ce ne soit qu'à titre subsidiaire, les associés répondent de manière illimitée des pertes (art. 552 al. 1 CO). La société en commandite (ci-après « SeC ») est une société dans laquelle coexistent des associés indéfiniment responsables (les « commandités ») et des associés qui ne sont tenus de supporter les pertes qu'à hauteur d'un montant déterminé (les « commanditaires ») (art. 594 al. 1 CO).

Le contrat de société peut prévoir, en outre, une obligation de faire des apports supplémentaires, que ce soit dans la SNC (art. 560 al. 2 CO)⁴⁷ ou dans la SeC (art. 598 al. 2 CO).

Les obligations prévues dans les statuts d'une Sàrl ou d'une Scoop et qui iraient au-delà de celles prévues dans le contrat de société d'une SNC ou d'une SeC seraient contraires au principe de continuité du sociétariat. L'unanimité⁴⁸ étant la règle pour la prise de décision dans une SNC ou une SeC, les intérêts des associés, qui doivent tous accepter la transformation, sont donc adéquatement protégés. Le contrat de société peut cependant prévoir, ce qui constitue l'exception, que l'approbation des $\frac{3}{4}$ des associés suffit (art. 64 al. 2 *in fine* LFus). Selon nous, on ne devrait admettre l'application de cette clause en cas de transformation que si le contrat de société prévoit expressément que la majorité des $\frac{3}{4}$ est également applicable en cas de transformation de la société en Sàrl, Scoop ou SeCA, impliquant des obligations supplémentaires pour les associés. A défaut d'une telle clause explicite, il conviendrait selon nous, afin de protéger les associés, d'exiger l'unanimité.

Dans le cas particulier de la transformation d'une SeC en une SeCA, les commanditaires de la SeC qui deviendraient associés indéfiniment responsables dans la SeCA devraient, selon nous, approuver la transformation, même si le contrat de société prévoit de manière générale une majorité des $\frac{3}{4}$. Cette solution se justifie par l'application analogique de l'article 18 alinéa 3 LFus⁴⁹. Il nous semble en revanche qu'il faille admettre que la majorité des $\frac{3}{4}$ suffit si le contrat de société de la SeC contient une clause prévoyant explicitement que la majorité des $\frac{3}{4}$ s'applique en cas de transformation en une SeCA entraînant une responsabilité illimitée de certains commanditaires de la SeC.

⁴⁷ P.-A. Recordon (2008) *ad* art. 561 CO, N 21.

⁴⁸ Ce principe est rappelé à l'art. 64 al. 2 première phrase LFus.

⁴⁹ Voir pt. III B *supra*.

E. En cas de transformation d'une association en Sàrl, Scoop ou SeCA

Dans l'association, seule celle-ci répond en principe de ses pertes. Comme les dettes de l'association ne sont couvertes qu'au moyen de sa fortune sociale, le patrimoine privé de ses membres ne risque donc pas d'être affecté (art. 75a CC). Les statuts peuvent cependant prévoir une responsabilité personnelle des membres (ou de certains d'entre eux) pour les pertes, ou encore leur imposer une contribution aux dépenses rendues nécessaires par la réalisation du but social⁵⁰.

Si l'association se transforme en une Sàrl ou une Scoop qui prévoit, dans ses statuts annexés au projet de transformation, des obligations pour les associés qui vont au-delà de celles qui étaient imposées statutairement aux membres de l'association (ou à certains d'entre eux), le principe de continuité du sociétariat sera mis à mal. Il en va de même des membres de l'association qui, en conséquence de la transformation de celle-ci en une SeCA, deviendraient indéfiniment responsables.

La LFus ne prévoit cependant pas expressément ces cas et se contente d'exiger que la transformation de l'association soit approuvée par au moins $\frac{3}{4}$ des membres présents (art. 64 al. 1 let. e LFus), quelle que soit la nouvelle forme juridique choisie.

La doctrine dominante, à laquelle nous nous joignons, est cependant d'avis qu'en cas de transformation de l'association en une SeCA l'accord de tous les associés qui deviendront indéfiniment responsables doit, outre la majorité des $\frac{3}{4}$, être obtenu, en appliquant par analogie l'article 18 alinéa 3 LFus⁵¹.

Lorsque l'association se transforme soit (i) en une Sàrl prévoyant des obligations supplémentaires allant au-delà de celles imposées aux membres de l'association soit (ii) en une Scoop dans laquelle les coopérateurs ont l'obligation statutaire de répondre des pertes ou de couvrir celles-ci au moyen de versements supplémentaires, et que ces obligations sont plus intrusives pour les associés que celles qu'ils supportaient en tant que membres de l'association, nous sommes d'avis que, dans chacun de ces deux cas, les associés concernés devraient également disposer d'un droit de veto. Une autre solution, moins respectueuse du principe de continuité du sociétariat, mais plus conforme au but de la LFus de favoriser les restructurations, serait d'accorder aux associés concernés un droit de sortie,

⁵⁰ ATF 133 III 105 = SJ 2007 I 522; J.-F. Perrin et C. Chappuis (2008) p. 187.

⁵¹ Voir supra, note de bas de page 40.

exerçable pendant les deux mois suivant la transformation. C'est cette solution qui a été retenue pour la fusion (art. 19 al. 1 LFus). En effet, on ne voit pas pour quelle(s) raison(s) les associés seraient moins bien protégés en cas de transformation de l'association que lorsque celle-ci est reprise dans le cadre d'une fusion⁵².

IV. L'altération des droits de vote

Le dernier « groupe » d'exceptions au principe de continuité du sociétariat a trait à l'altération du droit de vote des associés suite à la transformation.

Ces exceptions sont avant tout liées aux différences fondamentales qui peuvent exister entre les diverses formes de sociétés en ce qui concerne la façon dont les droits de vote sont répartis entre les associés et peuvent être exercés par ceux-ci.

A. En cas de transformation d'une SA, Sàrl ou SeCA en Scoop

On a vu précédemment⁵³ que la transformation d'une société de capitaux en une Scoop peut entraîner des obligations nouvelles à charge des associés. Une telle opération peut également substantiellement affecter leurs droits sociaux.

En effet, la Scoop est régie par le principe, impératif en Suisse, selon lequel chaque coopérateur dispose d'une voix (art. 885 CO). Le fait qu'un des coopérateurs ait effectué des apports financiers importants ou au contraire minimes dans la Scoop est sans aucune incidence à cet égard.

Les sociétés de capitaux connaissent en revanche un régime de vote censitaire, qui procède donc d'une approche totalement différente. En effet, tant dans la SA (art. 692 al. 1 CO), la Sàrl (art. 806 CO) que la SeCA (art. 764 al. 2 CO), les associés disposent de droits de vote qui sont proportionnels à la valeur nominale de l'ensemble des parts qu'ils détiennent⁵⁴.

La transformation d'une société de capitaux en une Scoop peut donc avoir des effets importants, voire dramatiques, sur les droits de vote des associés. Ceci peut être illustré par l'exemple suivant: une SA comprend quatre actionnaires (A, B, C et D) dont les actions et droits de votes sont distribués comme suit:

⁵² Dans le même sens L. Glanzmann (2008) N 528.

⁵³ Voir pt. III C supra.

⁵⁴ Ce principe connaît quelques exceptions, par exemple: pour la SA: art 692 al. 2 et 693 CO; pour la Sàrl: art. 806 al. 2 CO; pour la SeCA: art. 764 al. 2 CO.

- A détient 55 % des actions et 11 voix,
- B détient 25 % des actions et 5 voix,
- C détient 15 % des actions et 3 voix,
- D détient 5 % des actions et 1 voix.

A la suite de la transformation de la SA en Scoop, chaque actionnaire de la SA disposera d'une seule voix dans la Scoop (art. 885 CO), indifféremment du nombre d'actions et de voix dont il disposait dans la SA. Chaque associé aura donc un pouvoir de décision identique aux autres dans la Scoop (soit 25 % des droits de votes), ce qui n'était pas le cas avant la transformation. Autrement dit, le pouvoir de décision des associés A, C et D sera substantiellement modifié lors de l'opération de transformation; de façon avantageuse pour C et D – dont le pouvoir de décision ne sera plus inférieur mais égal à celui des deux autres associés –; de façon désavantageuse pour A qui aura beaucoup moins de poids dans les prises de décision après la transformation. On remarquera que B aura un pouvoir de décision identique (25 %) avant et après la transformation.

Le législateur a tenu compte de cette problématique. L'article 64 alinéa 1 lettre b LFus exige donc, pour l'approbation du projet de transformation, l'unanimité des associés. Ceux-ci sont ainsi adéquatement protégés, y compris les associés minoritaires, car chacun dispose d'un droit de veto contre la décision de transformation.

B. En cas de transformation d'une SNC, SeC, Scoop ou association en SA, Sàrl ou SeCA

On peut analyser ce cas de figure d'un point de vue général (1.), puis examiner celui-ci sous l'angle particulier de l'article 56 alinéa 2 LFus (2.).

1. Analyse d'un point de vue général

Dans la Scoop, on a vu que le principe « *one man, one vote* » s'applique⁵⁵. Il en va généralement de même dans la SNC (art. 534 al. 2 CO *cum* art. 557 al. 2 CO), la SeC (art. 598 al. 2 CO) et l'association (art. 67 al. 1 CC). Chaque associé dispose ainsi d'un pouvoir de décision identique, à moins que les statuts ou le contrat de société n'en dispose différemment⁵⁶.

⁵⁵ Il s'agit d'un principe impératif dans la Scoop (J.-A. Reymond, La coopérative [1996] p. 222).

⁵⁶ Pour la SNC et la SeC, voir F. Chaix (2008) *ad* art. 534 CO, N 8; pour l'association, voir J.-F. Perrin et C. Chappuis (2008) pp. 70 s.

Comme indiqué ci-dessus⁵⁷, le principe est différent dans la SA, la Srl et la SeCA. En effet, dans ces formes juridiques, les droits de vote de chaque associé se déterminent proportionnellement à la valeur nominale des parts qu'il détient.

Au vu de ces différences dans les régimes sociaux, la transformation d'une SNC, SeC, Scoop ou association en SA, Srl ou SeCA, est susceptible de modifier de manière sensible la situation des associés. En effet, chaque associé détenait une seule voix avant la transformation; le pouvoir de décision de chaque associé était donc égal à celui des autres. A la suite de la transformation, chaque associé dispose d'un nombre de voix qui n'est plus égal à celui des autres, mais calculé en fonction de ses apports dans la société qui s'est transformée. Le poids que chaque associé aura dans la prise des décisions sera donc modifié en fonction de l'importance des apports qu'il avait effectués à la société qui s'est transformée. Les droits de vote des associés seront donc (généralement) altérés (positivement ou négativement) proportionnellement aux apports effectués. Cette modification de leurs droits sociaux se heurte au principe de continuité du sociétariat.

Nous pouvons illustrer cette problématique par l'exemple suivant⁵⁸: une Scoop disposant d'un capital social comprend quatre associés (A, B, C et D) dont les parts sociales et droits de votes sont répartis comme suit:

- A détient 55 % des parts et 1 voix,
- B détient 25 % des parts et 1 voix,
- C détient 15 % des parts et 1 voix,
- D détient 5 % des parts et 1 voix.

Chacun des associés dispose donc de 25 % des droits de vote avant la transformation.

A la suite de la transformation de la Scoop en SA, chaque associé disposera des actions et droits de votes suivants:

- A détient 55 % des actions et 11 voix,
- B détient 25 % des actions et 5 voix,
- C détient 15 % des actions et 3 voix, et
- D détient 5 % des actions et 1 voix.

Chaque associé aura donc un pouvoir de décision différent de celui des autres, fixé en fonction des apports qu'il a effectués, ce qui n'était pas le cas avant la

⁵⁷ Voir pt. IV A supra.

⁵⁸ Cet exemple est le cas inverse de celui présenté sous le pt. IV A supra.

transformation. Autrement dit, le pouvoir de décision de l'associé A sera modifié de façon avantageuse suite à la transformation⁵⁹; celui de B sera égal avant et après la transformation⁶⁰; C et D disposeront, quant à eux, de droits sociaux proportionnellement plus faibles après la transformation⁶¹. On constatera par ailleurs, ce qui n'est pas anodin, que cette transformation de la Scoop en une SA permettra à A de prendre le contrôle de la société.

La LFus ne semble pas prendre en compte ces altérations des droits de vote des associés. Ainsi, lorsqu'une Scoop se transforme en une société de capitaux, le principe est que la décision se prend à la majorité des $\frac{2}{3}$ des voix émises (art. 64 al. 1 let. d LFus)⁶². Lorsque c'est une association qui se transforme en une société de capitaux, la majorité exigée est celle des $\frac{3}{4}$; des membres présents (art. 64 al. 1 let. e LFus). Pour la transformation d'une SNC ou SeC en une société de capitaux, l'unanimité est en principe nécessaire, à moins que le contrat de société prévoie qu'une majorité des $\frac{3}{4}$ des associés est suffisante (art. 64 al. 2 LFus). On relèvera que l'exigence de principe d'un accord unanime n'est pas conditionnée par le changement de système de droits de vote suite à la transformation⁶³. En effet, l'accord unanime des associés est requis quelque soit la nouvelle forme juridique adoptée.

Il est permis de se demander si la LFus n'aurait pas dû exiger l'unanimité lors de toute transformation d'une SNC, SeC⁶⁴, Scoop ou association en société de capitaux. Nous sommes d'avis que cela n'aurait pas été une bonne solution, car elle aurait comme inconvénient majeur de rendre difficile à l'excès ces transformations, sans que des intérêts dignes de protection ne soient nécessairement en jeu.

En revanche, il faudrait, d'une manière ou d'une autre, tenir compte du fait que certains associés courent un risque problématique d'altération de leurs positions lors de ces transformations: il s'agit des associés qui (i) n'ont pas consenti à cette opération et (ii) se retrouvent avec un poids plus faible dans les prises de déci-

⁵⁹ 11 voix sur un total de 20 correspondent à 55 % des droits de vote.

⁶⁰ 5 voix sur un total de 20 correspondent à 25 % des droits de vote.

⁶¹ Pour C, 3 voix sur un total de 20 correspondent à 15 % des droits de vote et pour D, 1 voix sur un total de 20 correspondent à 5 % des droits de vote.

⁶² La majorité nécessaire est celle des $\frac{3}{4}$ des coopérateurs lorsque des obligations nouvelles ou une responsabilité personnelle leur est imposée (art. 64 al. 1 let. d LFus).

⁶³ Il s'agit par ailleurs d'un principe fondamental des sociétés de personnes, dans lesquelles chaque décision doit recueillir en principe l'accord de tous les associés (art. 534 al. 1, 557 al. 2 et 598 al. 2 CO).

⁶⁴ Si l'on répondait par l'affirmative, il conviendrait alors, contrairement au droit en vigueur (art. 64 al. 2 seconde phrase LFus), de ne plus autoriser la transformation d'une SNC ou d'une SeC à la majorité des $\frac{3}{4}$ des associés, même lorsque le contrat de société admet qu'une telle majorité est suffisante.

sion après la transformation qu'avant celle-ci. Pour protéger les droits de ces associés, le législateur aurait pu prévoir soit de leur octroyer dans ce cas un droit de veto, soit de leur accorder un droit de sortie.

2. Le cas particulier de l'article 56 alinéa 2 LFus

L'article 56 alinéa 2 LFus dispose que « les associés sans parts sociales ont droit à au moins une part sociale lors de la transformation de leur société en une société de capitaux ». Cet article a une utilité directe et s'applique lorsqu'une SNC, SeC, Scoop sans capital social ou association se transforme en une SA, Sàrl ou SeCA.

En effet, dans la SNC, la SeC et l'association, le sociétariat de chaque associé ne se concrétise pas, ou en tous cas pas à proprement parler, dans une part sociale. Il en va en principe de même dans la Scoop (à moins qu'elle ne prévienne statutairement la création d'un capital social⁶⁵).

Par contre, la SA (art. 620 al. 1 et 621 CO), la Sàrl (art. 772 al. 1 et 773 CO) et la SeCA (art. 764 al. 1 et 2 CO) disposent chacune obligatoirement d'un capital social. Leurs associés détiennent donc nécessairement au moins une part sociale.

La transformation d'une SNC, d'une SeC, d'une Scoop sans capital social ou d'une association en une société de capitaux entraîne donc obligatoirement la création d'un capital social, et donc de parts sociales. En application de l'article 56 alinéa 2 LFus, chaque associé aura droit au moins à une part sociale suite à la transformation. Cet article concrétise donc le principe de continuité du sociétariat, plus exactement son premier aspect, c'est-à-dire le maintien de la qualité d'associé suite à la transformation.

On peut cependant remarquer que cette disposition favorise parfois (du point de vue des droits sociaux aussi bien que patrimoniaux) certains associés (ci-après « associés Y ») par rapport à d'autres (ci-après « associés Z »). En effet, elle garantit aux associés Y qu'ils ne seront pas exclus de la société, alors même que leurs apports dans la société avant la transformation ne justifiaient pas de leur octroyer une part sociale. Cela a pour effet ricochet de péjorer la situation des associés Z (ceux dont les apports suffisent en soi à obtenir au moins une part sociale). En effet, sans la garantie de l'article 56 alinéa 2 LFus protégeant les associés Y, les associés Z auraient obtenu des droits plus importants, car aucune part n'aurait été attribuée aux associés Y. Les droits (sociaux et patrimoniaux) des associés Z dans la société auraient donc été proportionnellement plus élevés.

⁶⁵ Art. 833 al. 1 CO (coopérative); voir à ce sujet J.-A. Reymond (1996) pp. 60 s.

L'exemple suivant permet d'illustrer cette problématique. Une SNC comprend quatre associés: A, B, C et D. La part aux fonds propres de chacun de ces associés (différente de leurs droits de vote⁶⁶) est la suivante:

- A dispose d'un droit à 75 % des fonds propres (mais 25 % des voix),
- B dispose d'un droit à 20 % des fonds propres (mais 25 % des voix),
- C dispose d'un droit à 4,8 % des fonds propres (mais 25 % des voix),
- D dispose d'un droit à 0,2 % des fonds propres (mais 25 % des voix).

La SNC dispose d'actifs nets⁶⁷ d'une valeur de CHF 20'000.-⁶⁸.

Les associés décident de transformer la SNC en une Sàrl⁶⁹. Une telle transformation est en l'espèce envisageable car la fortune nette de la SNC est suffisante pour libérer intégralement le capital social minimum de la Sàrl⁷⁰. Ce capital social sera divisé en 200 parts sociales d'une valeur nominale de 100.- chacune⁷¹. La répartition entre les associés de ces 200 parts se fera donc de la manière suivante:

- A aura droit à 150 parts (et 75 % des voix)⁷²,
- B aura droit à 40 parts (et 20 % des voix)⁷³,
- C aura droit à 9,6 parts (et 4,8 % des voix)⁷⁴,
- D aura droit à 0,4 part (et 0,2 % des voix)⁷⁵.

Selon cet exemple, D n'aurait droit qu'à une fraction de part sociale. L'article 56 alinéa 2 LFus lui garantit toutefois l'octroi d'une part sociale « entière » dans ce cas de figure; il n'aura pas à effectuer d'apports supplémentaires pour l'obtenir. Cette disposition non seulement avantage D par rapport aux autres associés (ses

⁶⁶ En effet, comme mentionné précédemment, chaque associé d'une SNC dispose en principe de droits de vote équivalents (art. 534 al. 2 CO *cum* art. 557 al. 2 CO).

⁶⁷ Actifs nets (fortune nette) = les actifs sociaux présents au bilan de la société – les fonds de tiers de cette société; il s'agit aussi des fonds propres de cette société desquels on aura déduit les (éventuelles) pertes figurant au bilan de cette société.

⁶⁸ Si la SNC était liquidée, la répartition de cette fortune nette se ferait de la manière suivante: A recevrait CHF 15'000.- (75 % de CHF 20'000.-), B aurait droit à CHF 4'000.- (20 % de CHF 20'000.-), C se verrait allouer CHF 960.- (4,8 % de CHF 20'000.-) et D recevrait un modeste montant de CHF 40.- (0,2 % de CHF 20'000.-).

⁶⁹ Une telle décision peut, si le contrat de société le prévoit, être prise à la majorité des $\frac{3}{4}$ des associés (art. 64 al. 2 LFus).

⁷⁰ Le capital social minimum d'une Sàrl est en effet de CHF 20'000.- (art. 773 CO).

⁷¹ Il s'agit du minimum légal (art. 774 al. 1 CO).

⁷² 75 % de 200 (parts sociales) = 150 parts sociales.

⁷³ 20 % de 200 (parts sociales) = 40 parts sociales.

⁷⁴ 4,8 % de 200 (parts sociales) = 9,6 parts sociales.

⁷⁵ 0,2 % de 200 (parts sociales) = 0,4 part sociale.

droits de vote notamment sont augmentés à 0,5 % de l'ensemble des voix), mais, par ricochet, péjore dans cette même mesure la situation des autres associés. Dans ce cas particulier, on aurait pu imaginer une solution différente de celle prévue par la LFus: l'associé D n'aurait pas un droit absolu de recevoir une action, mais obtiendrait juste un droit de souscription pour une part sociale dans la nouvelle forme juridique⁷⁶. Le montant qu'il devrait alors libérer pour obtenir cette part correspondrait à la différence entre (1) la valeur de sa participation dans l'ancienne forme juridique et (2) la valeur supérieure de la part qu'il souhaite obtenir dans la nouvelle forme juridique. Cette solution, peut-être compliquée à mettre en œuvre législativement, présenterait l'avantage de préserver globalement de manière plus équitable l'ensemble des intérêts en présence. Elle aurait l'inconvénient de pouvoir mener à l'exclusion de certains associés (ce qui ne constituerait toutefois pas une nouveauté choquante au vu des divers cas de *squeeze out* déjà prévus dans la LFus ou d'autres lois).

L'exemple précédant illustre également le problème dit des « rompus ». Il s'agit de la situation où, compte tenu du rapport d'échange fixé, un associé de la société transférante reçoit une fraction d'une part sociale de la société reprenante⁷⁷. Dans le cadre des fusions (art. 7 al. 2 LFus) et des scissions (art. 37 let. c LFus), il existe la possibilité de verser une soulte⁷⁸ aux associés de la société transférante afin de compenser d'éventuels déséquilibres dans le rapport d'échange des parts sociales. En revanche, s'agissant de la transformation, un tel procédé n'a pas été prévu par le législateur.

L'absence d'une disposition légale permettant d'octroyer une soulte suite à une opération de transformation a été critiquée par la doctrine⁷⁹ et certains auteurs sont d'avis que l'« incompatibilité de forme résiduelle, qui ne peut être surmontée que partiellement même avec les dispositions en matière de quorums de l'[article 64 LFus], devrait pouvoir être compensée par une soulte comme pour la fusion et la scission »⁸⁰.

⁷⁶ Voir également R. Trigo Trindade (2005) *ad* art. 7 LFus, N 37 qui, concernant la fusion, propose une solution comparable comme alternative au versement d'une soulte (la problématique évoquée (rompus) est certes différente).

⁷⁷ R. Trigo Trindade (2005) *ad* art. 7 LFus, N 28, en matière de fusion.

⁷⁸ La soulte peut être définie comme « un versement en espèces (ou toute autre forme d'indemnité) qui a pour objectif de résoudre le problème dit des rompus qui se pose lorsque, compte tenu du rapport d'échange fixé, un associé de la société transférante devrait recevoir une fraction d'une part sociale de la société reprenante », R. Trigo Trindade (2005) *ad* art. 7 LFus, N 28.

⁷⁹ M. Amstutz et R. Mabillard (2008b) *ad* Intro LFus, N 299; L. Glanzmann (2008) N 208; D. Gericke (2005) *ad* art. 56 LFus, N 24; A. Vogel, C. Heiz et U. Behnisch (2005) *ad* art. 56 LFus, N 17; H. C. von der Crone, A. Gersbach, F. J. Kessler, M. Dietrich et K. Berlinger (2004) N 768.

⁸⁰ M. Amstutz et R. Mabillard (2008b) *ad* Intro LFus, N 298. *Contra*: Message LFus, p. 4104.

Pour notre part, il nous semble également que la LFus est lacunaire à ce sujet en matière de transformation. Nous ne voyons aucune raison d'empêcher les associés de prévoir une soulte eu égard à la détermination du rapport d'échange des parts à l'occasion d'une transformation alors que cela est possible lors d'une fusion ou d'une scission, en particulier si cette décision est consensuelle⁸¹.

En effet, dans le cadre d'une transformation, de la même manière que pour la fusion et la scission, les incompatibilités structurelles entre l'ancienne et la nouvelle forme de la société ne pourront parfois pas être surmontées; seule une soulte pourra alors compenser la péjoration de la position d'un ou plusieurs associés dans la société.

C. En cas de transformation d'une société disposant de parts sociales sans droit de vote (art. 56 al. 3 LFus)

Selon l'alinéa 3 de l'article 56 LFus, « la société attribue des parts sociales équivalentes ou des parts sociales avec droit de vote aux titulaires de parts sociales sans droit de vote », ces derniers comprenant notamment les titulaires de bons de participation⁸². Ils devront donc obtenir des parts au moins équivalentes^{83/84} ou des parts sociales conférant droit de vote⁸⁵.

On rappellera toutefois que l'alinéa 3 ne vise pas le cas où les parts sociales ne procurent plus de droit de vote, non pas en raison de leur nature, mais d'une clause limitative⁸⁶ ou pour d'autres raisons⁸⁷.

En rédigeant l'alinéa 3 de l'article 56 LFus, le législateur a voulu éviter que certains associés ne participant pas à la décision d'approbation de la transformation, car n'ayant pas de droit de vote, ne soient lésés suite à cette opération.

On pourrait se demander si cette disposition n'est pas, dans une certaine mesure, en contradiction avec le principe de continuité du sociétariat. En effet, les droits

⁸¹ H. Peter (2005) *ad* art. 56 LFus, N 12-13.

⁸² Message LFus, p. 4056; H. Peter (2005) *ad* art. 56 LFus, N 16 selon lequel l'art. 56 al. 3 ne concerne pas en revanche les titulaires de bons de jouissance qui font l'objet de l'alinéa 5.

⁸³ Message LFus, p. 4056.

⁸⁴ Voir C. M. Pestalozzi (2004) *ad* art. 56 LFus, N 24, qui, à juste titre, fait remarquer que les titulaires de bons de participation sont mieux protégés selon la LFus qu'en vertu de l'art. 656f al. 3 CO; en effet, contrairement au CO, la LFus ne tolère aucune atteinte à la position des participants, même si les actionnaires sont touchés dans la même mesure.

⁸⁵ Voir le Message LFus, pp. 4056 s qui précise que l'attribution de parts sociales avec droit de vote sera par exemple nécessaire pour les cas où l'émission de bons de participation n'est pas admissible (art. 656b al. 1 CO).

⁸⁶ Par ex: art. 692 al. 3 CO.

⁸⁷ L. Glanzmann (2008) N 221.

des anciens titulaires de parts disposant du droit de vote sont péjorés du fait que les anciens titulaires de parts sans droit de vote obtiennent, suite à la transformation, la possibilité de voter. Cela pourrait s'analyser comme une violation du principe de continuité ou, à tout le moins, une violation du principe d'égalité relative. Ce raisonnement montre que dans de nombreux cas de transformation, on ne pourra garantir parfaitement la protection de chaque catégorie d'associé.

Enfin, il nous semble que la rédaction de l'article 56 alinéa 3 LFus n'est pas parfaitement claire. En effet, cet alinéa donne l'impression que la société peut choisir librement d'attribuer des parts sociales avec ou sans droit de vote aux titulaires de parts sans droit de vote. A notre avis, le texte de cette disposition devrait indiquer que l'attribution à ces derniers de parts avec droit de vote ne peut se faire que si l'attribution de parts sans droit de vote n'est pas possible dans la nouvelle forme juridique. Il en va en effet de la protection des associés qui, dans la société sous son ancienne forme juridique, détenaient des droits de vote et qui souhaitent, après la transformation, disposer du même pouvoir dans le processus de prise des décisions sociales⁸⁸.

D. En cas de transformation d'une société ayant des titulaires de droits spéciaux (art. 56 al. 4 LFus)

En vertu de l'alinéa 4 de l'article 56, les associés qui sont titulaires de droits spéciaux attachés aux parts sociales ou aux droits de sociétariat⁸⁹ doivent obtenir des droits équivalents ou, à défaut, un dédommagement adéquat en considération de la perte de leurs droits spéciaux⁹⁰.

Les droits spéciaux sont des privilèges relatifs aux droits de participation classiques qui sont attachés aux parts sociales ou aux droits de sociétariat, tels que des privilèges financiers (par exemple le droit de bénéficier de manière prioritaire de l'excédant d'exploitation), sociaux (par exemple un droit de vote privilégié ou un droit de veto) ou encore mixtes (par exemple un droit préférentiel de souscrire des parts sociales nouvelles)⁹¹.

⁸⁸ Par exemple: lorsqu'une SA avec un capital-participation se transforme en une SeCA, les détenteurs de bons de participations dans la SA n'auront droit, suite à la transformation en SeCA, qu'à des bons de participation. La société ne pourra, selon nous, choisir de leur octroyer des actions.

⁸⁹ Message LFus, p. 4057.

⁹⁰ Message LFus, p. 4057. H. Peter (2005) *ad art. 56 LFus*, N 17.

⁹¹ R. Trigo Trindade (2005) *ad art. 7 LFus*, N 45; voir également C. M. Pestalozzi (2004) *ad art. 56 LFus*, N 26: « Zu denken ist aber auch an andere Stimm-, Dividenden- oder Liquidationsvorrechte, beschränkte Haftungen oder Verlustbeitrags-Begünstigungen ».

Dans les cas où certains associés sont titulaires de tels privilèges, le législateur a voulu qu'une contre-prestation leur soit due lorsque des droits équivalents ne peuvent leur être attribués. Les associés lésés devront donc « être dédommagés pour la perte de (tout ou partie de) leurs privilèges »⁹².

La rédaction de l'article 56 alinéa 4 LFus, comme celle de son alinéa 3, porte à confusion. A la lecture de cet alinéa, on pourrait se demander si la possibilité de verser un dédommagement peut être décidée librement par la société (indépendamment du fait que, dans la nouvelle forme juridique, des droits équivalents puissent être attribués à l'associé ou non) ou si elle est conditionnée par l'impossibilité pour la société d'attribuer des droits équivalents à l'associé concerné. Cette seconde hypothèse est selon nous la plus plausible. En effet, nous sommes d'avis que l'on ne doit pas admettre la possibilité pour la société de décider librement le versement d'un dédommagement. L'objectif de l'alinéa 4 est en effet de restaurer en quelque sorte la position d'associés qui, suite à la transformation, perdraient certains droits spéciaux, non pas de permettre à la société de retirer ces droits de manière discrétionnaire.

V. Conclusion

Les développements qui précèdent permettent de répondre aux deux questions posées en introduction: (i) dans le cadre d'une opération de transformation, le principe de continuité du sociétariat peut-il être qualifié en quelque sorte d'« illusoire »? et (ii) les garanties prévues par le législateur sont-elles aptes à protéger les associés dans le cadre des exceptions à ce principe?

S'agissant de la première de ces questions, il nous paraît excessif de qualifier le principe de continuité du sociétariat d'illusoire en matière de transformation. En effet, d'une part celui-ci est expressément prévu par l'article 56 LFus et d'autre part la loi tente de protéger les associés (notamment minoritaires) en exigeant, dans certains cas, que la décision de transformation soit prise à une majorité qualifiée.

Malgré ces efforts législatifs, il nous semble que le principe de continuité du sociétariat est loin d'être absolu; il existe en effet de nombreuses exceptions à celui-ci. Certaines sont prévues explicitement par le législateur⁹³, alors que d'autres résultent de la nature même de certains types de transformations⁹⁴.

⁹² R. Trigo Trindade (2005) *ad* art. 13 LFus, N 26, concernant la fusion.

⁹³ Il s'agit du *squeeze-out* des titulaires de bons de jouissance (art. 56 al. 5 LFus); en cas de fusion, il existe même un *squeeze-out* « général » (art. 8 al. 2 LFus).

⁹⁴ Par exemple, la transformation d'une SA en une Scoop.

Concernant la seconde question, celle de savoir si les garanties prévues par le législateur sont aptes à protéger les associés dans le cadre des exceptions au principe de la continuité du sociétariat, le bilan est mitigé. En effet, si certaines dispositions nous paraissent tout à fait aptes à garantir la position des associés⁹⁵, d'autres dispositions semblent n'offrir qu'une protection relative⁹⁶.

De manière générale, les raisonnements auxquels nous avons procédé nous semblent avoir mis en évidence la difficulté, si ce n'est l'impossibilité de garantir dans tous les cas et de manière absolue le principe de continuité du sociétariat.

On peut cependant mettre en doute la pertinence de certaines solutions retenues par le législateur (par exemple l'art. 56 al. 2 LFus) dont nous ne croyons pas qu'elles soient les plus aptes à garantir tous les intérêts en présence⁹⁷.

De la même façon on pourra regretter certaines incohérences au sein de la LFus: (i) d'une part, cette loi prévoit des solutions parfois différentes selon le type de transformation, alors que cela ne se justifie pas toujours, notamment lorsque les conséquences et intérêts à protéger sont semblables⁹⁸, (ii) d'autre part, il existe des règles prévues pour certains types de restructuration (par exemple: la fusion), mais non pour d'autres (par exemple: la transformation), ceci alors même qu'aucune raison ne semble justifier cette différence⁹⁹. S'agit-il de lacunes ou de choix délibérés du législateur? Si l'on ne peut répondre de manière certaine à cette question, on peut néanmoins déplorer certains de ces « vides » législatifs, tel le fait que la loi ne prévoit pas la possibilité de verser une soulte en cas de transformation; cette possibilité, toutefois admise par la majorité de la doctrine, semble en effet constituer un instrument utile, parfois incontournable pour garantir au mieux la position de chaque associé après la transformation.

⁹⁵ Par exemple: en cas de transformation d'une SA en Sàrl, suite à laquelle les actionnaires devront supporter des obligations nouvelles, la LFus exige l'accord de tous les actionnaires qui seront concernés par ces nouvelles obligations (art. 64 al. 1 let. a LFus).

⁹⁶ Ainsi lorsqu'une société coopérative se transforme en une Sàrl et que cela implique de nouvelles obligations pour les associés, seule la majorité des $\frac{3}{4}$ de tous les coopérateurs est exigée (art. 64 al. 1 let. d LFus), non pas celle de tous les coopérateurs qui se verront imposer des obligations nouvelles.

⁹⁷ Pour une proposition d'alternative (ou précision) à l'art. 56 al. 2 LFus, voir supra pt. IV B 2.

⁹⁸ Par exemple: en cas de transformation d'une SA en Sàrl entraînant des obligations nouvelles pour certains associés, la LFus prévoit l'accord de tous ces associés (art. 64 al. 1 let. a *in fine* LFus), alors que lorsque c'est une Scoop qui se transforme en Sàrl, seule une majorité des $\frac{3}{4}$ des coopérateurs est exigée, voir supra pt. III A.

⁹⁹ Par exemple: la fusion d'une société dans une SeCA nécessite l'approbation de tous les associés qui deviennent indéfiniment responsables (art. 18 al. 3 LFus), alors que l'accord de tous ces associés n'est pas exigé par la LFus lors de la transformation d'une société en une SeCA, voir supra pt. III B.

Enfin, on a pu constater que si, de manière générale, la LFus prévoit des mesures de protection des associés (par le biais d'exigences de majorités qualifiées) en cas de nouvelles obligations qui leur sont imposées suite à la transformation, le législateur semble par contre avoir jugé moins fondamentale la protection des associés contre une altération de leurs droits de vote suite à la transformation¹⁰⁰. Seul le cas particulier de la transformation d'une société de capitaux en une société coopérative semble avoir été jugé en soi trop intrusif à l'égard des droits de vote des associés pour qu'on puisse imposer cette transformation à n'importe lequel d'entre eux (art. 64 al. 1 let. b LFus); l'unanimité des associés est donc exigée dans ce cas.

Ainsi, si nous reconnaissons l'apport bénéfique incontestable que constitue la réglementation prévue par la LFus, notamment pour la transformation, nous estimons qu'une « mise à jour » de cette loi assez récente ne serait pas superflue à propos de certains des thèmes qui nous ont occupés. En effet, les solutions prévues par la loi pour assurer la continuité du sociétariat vont certes dans la bonne direction, mais manquent parfois leur objectif et souffrent d'une carence difficilement explicable d'uniformité. Une révision de la LFus serait l'occasion de préciser les quelques points qui sont incertains ou controversés, d'harmoniser la réglementation concernant les divers types de transformation et d'assurer une plus grande cohérence dans l'ensemble de la loi.

¹⁰⁰ Par exemple: en cas de transformation d'une Scoop en SA, qui se décide à la majorité des $\frac{2}{3}$, voire des $\frac{3}{4}$ (en cas d'obligations nouvelles), suite à laquelle un des actionnaires prendrait le contrôle de la société (voir à ce sujet supra pt. VI B 1).

Tableau récapitulatif:
Exceptions au principe de continuité et solutions du droit en vigueur
(de lege lata) et tel qu'il devrait être selon nous *(de lege ferenda)*

	<i>De lege lata</i>	<i>De lege ferenda</i>
A) Sortie d'un associé		
1) <i>Squeeze-out</i> des titulaires de bons de jouissance	Autorisé (art. 56 al. 5 LFus)	Idem <i>de lege lata</i>
2) <i>Squeeze-out</i> général des associés (art. 8 al. 2 LFus par analogie)	Non prévu	Idem <i>de lege lata</i> (pas prévu → pas admissible)
3) Sortie décidée par l'associé (art. 8 al. 1 LFus par analogie)	Non prévu	Les deux approches (c'est-à-dire: 1) admettre ou 2) refuser le droit de sortie) se justifient
B) Nouvelles obligations des associés		
1) Transformation d'une SA ou SeCA en Srl (si obligations supplémentaires prévues dans statuts)	Majorités usuelles (art. 64 al. 1 let. a LFus) + Accord des actionnaires concernés par ces obligations (art. 64 al. 1 let. a <i>in fine</i> LFus)	Idem <i>de lege lata</i>
2) Transformation d'une Scoop en Srl (si obligations supplémentaires prévues dans statuts)	Majorité des $\frac{3}{4}$ de tous les coopérateurs (art. 64 al. 1 let. d <i>in fine</i> LFus)	Idem <i>de lege lata</i> (→ majorité des $\frac{3}{4}$) + a) Droit de sortie des coopérateurs touchés par les nouvelles obligations ou b) Droit de veto de ces coopérateurs si les nouvelles obligations vont au-delà de ce qui est possible

	<i>De lege lata</i>	<i>De lege ferenda</i>
		dans une Scoop
3) Transformation d'une SA ou Sàrl en SeCA	Majorités usuelles de l'art. 64 LFus (SA et Sàrl)	Idem <i>de lege lata</i> (→ majorités usuelles) + Accord des associés qui deviendront indéfiniment responsables (→ même solution que pour la fusion [art. 18 al. 3 LFus])
4) Transformation d'une Scoop en SeCA	Majorité des ¾ de tous les coopérateurs (art. 64 al. 1 let. d <i>in fine</i> LFus)	Idem <i>de lege lata</i> (→ majorité des ¾) + Droit de sortie des coopérateurs touchés par les nouvelles obligations
5) Transformation d'une SA, SeCA ou Sàrl en Scoop	Décision unanime (art. 64 al. 1 let. b LFus)	Idem <i>de lege lata</i>
6) Transformation d'une SNC ou SeC en Sàrl, Scoop ou SeCA	Décision unanime (art. 64 al. 2 1 ^{ère} phrase LFus) ou Majorité des ¾ des associés si prévu dans le contrat de société (art. 64 al. 2 2 ^{ème} phrase LFus)	Idem <i>de lege lata</i> Mais loi doit être précisée → si une clause prévoit la majorité des ¾, elle doit mentionner explicitement qu'elle s'applique à ce type de transformation
7) Transformation d'une association en Sàrl, Scoop ou SeCA	Majorité des ¾ des membres présents à l'AG (art. 64 al. 1 let. e LFus)	Idem <i>de lege lata</i> (→ majorité des ¾) + Soit (alternative 1): accord des associés qui assumeront une responsabilité personnelle pour les per-

	<i>De lege lata</i>	<i>De lege ferenda</i>
		tes ou qui seront soumis à de nouvelles obligations suite à la transformation Soit (alternative 2): accorder un droit de sortie à ces associés dans les 2 mois suivant la transformation (→ même solution que pour la fusion [art. 19 al. 1 LFus])
C) Altération des droits de vote des associés		
1) Transformation d'une SA, SeCA ou Sàrl en Scoop	Décision unanime (art. 64 al. 1 let. b LFus)	Idem <i>de lege lata</i>
2) Transformation d'une SNC, SeC, Scoop ou association en SA, Sàrl ou SeCA	Majorités usuelles: SNC / SeC (art. 64 al. 2 LFus), Scoop (art. 64 al. 1 let. d LFus) et association (art. 64 al. 1 let. e LFus) (→ ces cas spécifiques ne sont pas expressément prévus par la LFus)	Idem <i>de lege lata</i> (→ majorités usuelles) + Soit (alternative 1): accord des associés qui auraient moins de poids dans les décisions suite à la transformation Soit (alternative 2): accorder à ces associés un droit de sortie dans les 2 mois suivant la transformation
2 bis) Transformation d'une SNC, SeC, Scoop (sans capital social) ou association en SA, Sàrl ou SeCA, c'est à dire:	Chaque associé a droit à au moins une part sociale (art. 56 al. 2 LFus)	Idem <i>de lege lata</i> ou Solution alternative (précision): associés dont la participation

	<i>De lege lata</i>	<i>De lege ferenda</i>
passage d'une société sans capital social à une société disposant d'un tel capital social		dans l'ancienne forme juridique était insuffisante pour leur attribuer une part sociale dans la nouvelle société obtiennent le droit de souscrire une telle part (le prix tient compte de la valeur de leur participation dans l'ancienne société)
3) Transformation d'une société ayant des titulaires de parts sans droits de vote	Titulaires de parts sans droits de vote dans l'ancienne société ont droit à des parts sans droits de vote ou à des parts avec droits de vote dans la nouvelle forme juridique (art. 56 al. 3 LFus)	Idem <i>de lege lata</i> (mais rédaction de l'art. 56 al. 3 LFus à clarifier)
4) Transformation d'une société ayant des titulaires de droits spéciaux	Titulaires de droits spéciaux doivent recevoir des droits équivalents ou être dédommagés pour la perte de ceux-ci dans la nouvelle forme juridique (art. 56 al. 4 LFus)	Idem <i>de lege lata</i> (mais rédaction de l'art. 56 al. 4 LFus à clarifier)

Bibliographie

Textes officiels

- Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) (cité: CO).
- Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (cité: Loi sur la fusion ou LFus).
- Message du Conseil fédéral du 13 juin 2000 concernant la LFus, FF 2000 3995 (cité: Message LFus).
- Message du Conseil fédéral du 19 décembre 2001 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société à responsabilité limitée; adaptation des droits de la société anonyme, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF 2001 2949 (cité: Message 2001).

Jurisprudence

- Arrêt du Tribunal fédéral du 21 décembre 2006, ATF 133 III 105 = SJ 2007 I 522.
- Arrêt du Tribunal fédéral du 8 avril 1999, publié à la SJ 2001 I p. 165.
- Arrêt du Tribunal fédéral du 6 novembre 1996, ATF 123 III 220, traduit à la SJ 1998 p. 277.
- Arrêt du Tribunal fédéral du 21 avril 1987, ATF 113 II 31, traduit au JdT 1988 I 20.
- Arrêt du Tribunal fédéral du 31 août 1976, ATF 102 III 165.

Doctrine

- AMSTUTZ, MARC ET MABILLARD, RAMON, *Fusionsgesetz (FusG): Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003*, Bâle, Genève, Munich: Helbing & Lichtenhahn, 2008 (cité: 2008a).
- AMSTUTZ, MARC ET MABILLARD, RAMON, *Introduction à la Loi sur la fusion*, in: *Commentaire romand, Code des obligations II, art. 530–1186 CO*, P. Tercier et M. Amstutz eds, Bâle: Helbing Lichtenhahn, 2008 (cité: 2008b).
- BÖCKLI, PETER, *Schweizer Aktienrecht*, 4^{ème} éd, Zurich: Schulthess, 2009.
- BURCKHARDT BERTOSSA, JACQUELINE, *Art. 32-35, 43-44, 51, 52, 64-67 FusG*, in: *Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz: Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003 sowie zu den ergänzenden Erlassen (IPRG, Steuerrecht)*, F. Vischer et Vischer Anwälte und Notare eds, Zurich, Bâle, Genève: Schulthess, 2004.
- CALEFF, JOSEF, *Art. 43-44, 51-52, 64-67, 73, 88-100, 109-111 FusG*, in: *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, M. Amstutz, P. Breitschmid, A. Furrer, D. Girsberger, C. Huguenin, M. Müller-Chen, V. Roberto, A. Rumo-Jungo, A. K. Schnyder eds, Zürich: Schulthess, 2007.
- CHAIX, FRANÇOIS, *Art. 530–551 CO*, in: *Commentaire romand, Code des obligations II, art. 530–1186 CO*, P. Tercier et M. Amstutz eds, Bâle: Helbing Lichtenhahn, 2008.

- CHAPPUIS, FERNAND, *Le nouveau droit de la Sarl: introduction pour le praticien*, Bâle: Helbing Lichtenhahn, 2008.
- CHAPPUIS, FERNAND ET JACCARD, MICHEL, Art. 772–801 CO, in: Commentaire romand, Code des obligations II, art. 530–1186 CO, P. Tercier et M. Amstutz eds, Bâle: Helbing Lichtenhahn, 2008.
- CHAUDET, FRANÇOIS, *Droit suisse des affaires*, 2ème éd, Bâle: Helbing Lichtenhahn, 2004.
- CHENAUX, JEAN-LUC, Art. 675–682 CO, in: Commentaire romand, Code des obligations II, art. 530–1186 CO, P. Tercier et M. Amstutz eds, Bâle: Helbing Lichtenhahn, 2008.
- VON DER CRONE, HANS CASPAR, GERSBACH, ANDREAS, KESSLER, FRANZ J., DIETRICH, MARTIN ET BERLINGER, KATJA, *Das Fusionsgesetz*, Zurich, Bâle, Genève: Schulthess, 2004.
- DAENIKER, DANIEL ET FRICK, JÜRIG, Art. 64–67 FusG, in: *Basler Kommentar, Fusionsgesetz*, R. Watter, N. P. Vogt, R. Tschäni, D. Daeniker eds, Bâle, Genève, Munich: Helbing & Lichtenhahn, 2005.
- FORSTMOSER, PETER, MEIER-HAYOZ, ARTHUR ET NOBEL, PETER, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne: Stämpfli, 1996.
- GERICKE, DIETER, Art. 56–58 FusG, in: *Basler Kommentar, Fusionsgesetz*, R. Watter, N. P. Vogt, R. Tschäni, D. Daeniker eds, Bâle, Genève, Munich: Helbing & Lichtenhahn, 2005.
- GLANZMANN, LUKAS, *Umstrukturierungen*, 2ème éd, Berne: Stämpfli, 2008.
- JERMINI, DAVIDE, Art. 18, 20, 43–45, 64–65 FusG, in: *Fusionsgesetz: Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts (Stämpfli's Handkommentar)*, Baker & McKenzie eds, Berne: Stämpfli, 2003.
- LOMBARDINI, CARLO, Art. 620–647 CO, in: Commentaire romand, Code des obligations II, art. 530–1186 CO, P. Tercier et M. Amstutz eds, Bâle: Helbing Lichtenhahn, 2008.
- MONTAVON, PASCAL, *Droit suisse de la SARL*, Lausanne: Ed. juridiques AMC, 2008.
- OLGIATI, LORENZO, Art. 7–8, 18–22, 29–31, 56 FusG, in: *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, M. Amstutz, P. Breitschmid, A. Furrer, D. Girsberger, C. Huguenin, M. Müller-Chen, V. Roberto, A. Rumo-Jungo, A. K. Schnyder eds, Zürich: Schulthess, 2007.
- PERRIN, JEAN-FRANÇOIS ET CHAPPUIS, CHRISTINE, *Droit de l'association*, 3ème ed, Genève: Schulthess, 2008.
- PESTALOZZI, CHRISTOPH M., Art. 56–58 FusG, in: *Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz: Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003 sowie zu den ergänzenden Erlassen (IPRG, Steuerrecht)*, F. Vischer et Vischer Anwälte und Notare eds, Zurich, Bâle, Genève: Schulthess, 2004.
- PETER, HENRY, Art. 53–67 LFus, in: *Commentaire LFus: Commentaire de la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine ainsi que des dispositions des lois fédérales modifiées par la LFus (LDFR, CO, LFors, LDIP, CP, LT, LIFG, LHID, LIA, LPP, LB, LSA)*, H. Peter et R. Trigo Trindade eds, Genève, Zurich, Bâle: Schulthess, 2005.
- RECORDON, PIERRE-ALAIN, Art. 557–573 CO, in: Commentaire romand, Code des obligations II, art. 530–1186 CO, P. Tercier et M. Amstutz eds, Bâle: Helbing Lichtenhahn, 2008.

- REYMOND, JACQUES-ANDRÉ, *La coopérative*, in: *Traité de droit privé suisse*, vol. VIII, tome III/1, Bâle et Francfort-sur-le-Main: Helbing & Lichtenhahn, 1996.
- TRIGO TRINDADE, RITA, Art. 3–26 LFus, in: *Commentaire LFus: Commentaire de la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine ainsi que des dispositions des lois fédérales modifiées par la LFus (LDFR, CO, LFors, LDIP, CP, LT, LIFG, LHID, LIA, LPP, LB, LSA)*, H. Peter et R. Trigo Trindade eds, Genève, Zurich Bâle: Schulthess, 2005.
- VISCHER, FRANK, « Einführung in das Fusionsgesetz », *RJB Sonderband 135^{bis}* (1999), p. 9.
- VOGEL, ALEXANDER, HEIZ, CHRISTOPH ET BEHNISCH, URS R., *Fusionsgesetz, Kurzkommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung*, Zurich: Orell Füssli, 2005.