ATF 148 III 362 | TF, 16.08.2022, 4A_110/2022*

La fusion simplifiée au sens de l'art. 23 al. 1 LFus présuppose que la société reprenante détienne directement les parts de la transférante (fusion « mère-fille ») ou que les parts des sociétés qui fusionnent soient détenues directement par une même personne (fusion entre « soeurs »). Elle ne s'applique pas en cas de rapports de participation indirects (p. ex. fusion d'une société « grand-mère » avec sa « petite-fille » ou fusion d'une société « tante » avec sa « nièce »).

Faits

Un individu détient directement toutes les actions d'une société anonyme. Il détient également toutes les parts d'une société à responsabilité limitée, 60% directement et 40% indirectement via une troisième société.

L'actionnaire ultime dépose auprès du registre du commerce du Canton de Zoug une requête d'inscription de la fusion simplifiée de la Sàrl dans la SA. Le registre du commerce retient que les conditions d'une fusion simplifiée ne sont pas remplies et rejette la requête d'inscription. Sur recours, le *Verwaltungsgericht* du Canton de Zoug confirme la décision du registre du commerce.

Suite au recours de l'actionnaire ultime, le Tribunal fédéral est appelé à déterminer si la procédure de fusion simplifiée s'applique lorsque les parts sociales des sociétés fusionnantes sont indirectement détenues par le même actionnaire.

Droit

La LFus prévoit une procédure de fusion simplifiée lorsque (a) la société reprenante détient l'ensemble des parts sociales conférant droit de vote de la société transférante; ou (b) un même actionnaire détient l'ensemble des parts sociales conférant droit de vote des sociétés qui fusionnent (art. 23 al. 1 LFus).

En l'espèce, un même actionnaire détient directement toutes les actions de la reprenante et pour partie directement et pour partie indirectement toutes les actions de la transférante.

Le registre du commerce du Canton de Zoug a retenu que dans de telles circonstances, la voie de la fusion simplifiée n'est pas ouverte. Ceci correspond à la pratique de l'Office fédéral du registre du commerce (OFRC) selon laquelle la fusion simplifiée présuppose des rapports de participation directs. Certains auteurs soutiennent également cette position, notamment par souci de protection des créanciers des sociétés « intermédiaires ».

Par opposition, la doctrine majoritaire se prononce en faveur de l'application de la fusion simplifiée en cas de rapports de participation indirects (fusion entre sociétés de différents « étages » au sein d'un même groupe). Les auteurs pertinents argumentent qu'une telle fusion ne peut porter atteinte aux intérêts des actionnaires ultimes, puisque ceux-ci restent économiquement propriétaires de tous les actifs et passifs des entités fusionnantes. Ils soulignent au demeurant que les règles de protection des créanciers de la LFus s'appliquent pleinement en cas de fusion simplifiée au sens de l'art. 23 al. 1 LFus. Les créanciers des sociétés « intermédiaires » seraient ainsi tout aussi bien protégés en cas de fusion simplifiée que de fusion ordinaire. En tout état, l'approche restrictive de l'OFRC serait facile à contourner au sein d'un groupe, par exemple en procédant en plusieurs étapes (p. ex. fusion simplifiée de la « mère » avec sa « fille » puis fusion simplifiée de la « grand-mère » avec la « mère » afin d'éviter une fusion ordinaire entre la « grand-mère » et sa « petite-fille ») et s'avérerait dès lors peu convaincante.

Le Tribunal fédéral reconnaît qu'il semble y avoir des raisons plausibles pour permettre la fusion simplifiée en cas de rapports de participation indirects. Quoi qu'il en soit, telle n'est pas l'approche suivie par la LFus.

Du point de vue littéral et systématique, l'art. 23 LFus ne mentionne pas la détention « directe ou indirecte » de participations, à la différence d'autres dispositions du droit des sociétés (p. ex. art. 697j, 790a et 963 CO). L'interprétation historique mène également à une lecture restrictive de cette disposition: la possibilité de permettre la fusion simplifiée en cas de rapports de participation indirects a été expressément débattue et rejetée lors des débats parlementaires.

Dans ces circonstances, il n'appartient pas aux tribunaux de se substituer au législateur. Le législateur est libre de se saisir de la question s'il entend remédier à une situation juridique

jugée insatisfaisante par la majorité des praticiens.

En l'espèce, le recourant ne détient pas directement toutes les parts des sociétés fusionnantes. C'est donc à bon droit que le registre du commerce puis le *Verwaltungsgericht* zougois ont nié la possibilité d'une fusion simplifiée.

Le recours est ainsi rejeté.

Proposition de citation : EMILIE JACOT-GUILLARMOD, La fusion simplifiée en cas de rapports de participation indirects, in: https://lawinside.ch/1271/