

NICHOLAS TURIN

Le transfert de patrimoine
selon le projet de loi sur la fusion



COLLECTION NEUCHÂTELOISE
HELBING & LICHTENHAHN

Monsieur Nicholas Turin est autorisé à imprimer
sa thèse de doctorat en droit intitulée:
«Le transfert de patrimoine selon le projet de loi sur la fusion»
Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées

Neuchâtel, le 23 avril 2003

Le Doyen
de la Faculté de droit
et des sciences économiques

Ernest Weibel



Université de Neuchâtel
Suisse

Information bibliographique de la Deutsche Bibliothek

La Deutsche Bibliothek a répertorié cette publication dans la
Deutsche Nationalbibliographie; les données bibliographiques détaillées
peuvent être consultées sur Internet à l'adresse: <http://dnb.ddb.de>

Tous droits réservés. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation
en dehors des limites de la loi requiert l'accord préalable de l'éditeur.

ISBN 3-7190-2223-4

© 2003 by Helbing & Lichtenhahn, Bâle

Conception graphique: Susanne Bolliger, Bâle

A Cristina, Simon et Julie

Avant-propos

Le projet de loi sur la fusion a été adopté par le Conseil fédéral le 13 juin 2000. Le Conseil des Etats (mars 2001), puis le Conseil national (mars 2003), ont approuvé le projet, en y apportant des modifications. Il subsiste encore une vingtaine de divergences entre les textes adoptés par les deux chambres, qui ne touchent cependant pas les fondements de la réglementation relative au transfert de patrimoine. L'élimination des divergences devrait intervenir très prochainement (vraisemblablement lors de la session d'été 2003). A ce stade, il n'est pas possible d'anticiper la date de l'entrée en vigueur de la loi sur la fusion. En effet, celle-ci doit être accompagnée de dispositions d'exécution, notamment en matière de droit du registre du commerce (révision de l'ordonnance sur le registre du commerce).

Même si cette thèse porte techniquement sur un projet de loi, elle tient compte des délibérations au Parlement et, au vu des quelques questions qui font encore l'objet de divergences entre les deux chambres, devrait conserver tout son actualité une fois le projet adopté définitivement par l'Assemblée fédérale.

Remerciements

Je remercie vivement Monsieur le Professeur Roland Ruedin, qui a accepté de diriger ma thèse et qui m'a fait bénéficier de ses judicieux conseils et de ses encouragements, tout en me laissant une grande liberté académique. Ma reconnaissance va aussi aux autres membres du jury, Messieurs les Professeurs Ernst A. Kramer et Thomas Probst. L'intérêt témoigné par le jury fut autant une récompense qu'un grand honneur.

J'adresse également mes remerciements à l'Office fédéral de la justice, qui m'a permis de réaliser étude, et tout particulièrement à Messieurs Hanspeter Kläy et Nicolas Duc.

Berne, le 5 mai 2003

Nicholas Turin

Table des matières

Avant-propos	V
Bibliographie	XVII
Travaux préparatoires	XXXIII
Abréviations	XXXV
Chapitre 1 Généralités	1
§ 1 Aperçu de la question et objectifs	1
I. Introduction	1
II. Révision législative en cours	2
III. Buts du travail	3
§ 2 Terminologie	4
I. Transfert	4
1. Succession à titre singulier	4
2. Succession à titre universel	4
II. Patrimoine	5
Chapitre 2 Transfert de patrimoine en droit actuel	7
§ 1 Cession de patrimoine selon l'article 181 CO	7
I. Introduction	7
II. Notions de patrimoine et d'entreprise	9
1. Définition du patrimoine	9
2. Définition de l'entreprise	9
3. Éléments du patrimoine	10
III. Contrat de cession	12
IV. Exécution du contrat	13
1. Transfert des éléments patrimoniaux actifs	13
2. Reprise des dettes	16
V. Effets de la cession de patrimoine	18

§ 2	Autres bases légales prévoyant un transfert de patrimoine	19
I.	Fusion	19
	1. Introduction	19
	2. Continuité du patrimoine et du sociétariat	20
	3. Fusions autorisées	21
II.	Reprise de patrimoine par une corporation de droit public	22
III.	Lois spéciales	23
	1. Loi sur la surveillance des institutions d'assurance privées	23
	2. Loi sur l'entreprise de télécommunications	25
	3. Loi sur les Chemins de fer fédéraux	25
	4. Loi fédérale sur les entreprises d'armement de la Confédération	25
Chapitre 3	Projet de loi sur la fusion	27
§ 1	Elaboration du projet	27
§ 2	Objet	28
I.	Introduction	28
II.	Fusion	30
	1. Notion	30
	2. Formes de fusion	30
	3. Continuité du patrimoine et du sociétariat	30
	4. Dédommagement	31
	5. Fusion simplifiée	32
	6. Fusions autorisées	33
III.	Scission	33
	1. Notion	33
	2. Formes de scission	34
	3. Continuité du patrimoine et du sociétariat	35
	4. Scissions autorisées	36

IV.	Transformation	37
1.	Notion	37
2.	Continuité du sociétariat	37
3.	Transformations autorisées	38
V.	Transfert de patrimoine	38
§ 3	Principales innovations par rapport à l'avant-projet	40
I.	Abandon de la dissociation	40
II.	Réglementation du "transfert de patrimoine"	41
III.	Titre du projet de loi	42
IV.	Opérations de modification des structures juridiques autorisées	42
V.	Protection des travailleurs	42
VI.	Allègements pour les P.M.E.	43
VII.	Fondations et institutions de prévoyance	43
VIII.	Instituts de droit public	44
IX.	Droit du registre du commerce	44
X.	Droit fiscal	44
§ 4	Procédure parlementaire	45
Chapitre 4	Nature du transfert de patrimoine	49
§ 1	Définition du transfert de patrimoine	49
§ 2	Origines du transfert de patrimoine	51
I.	<i>Numerus clausus</i> du projet de loi sur la fusion	52
II.	Insuffisances de l'article 181 CO	52
III.	Critiques à l'égard de la dissociation	54
IV.	Besoins de la pratique	54
§ 3	Notion de transfert selon inventaire	56
§ 4	Rapports avec la fusion, la scission et la transformation	61
§ 5	Rapports avec l'article 181 CO	63
§ 6	Aperçu de droit comparé	65

Chapitre 5	Cas d'application du transfert de patrimoine	67
§ 1	Introduction	67
§ 2	Succédané de la fusion, de la scission et de la transformation	68
	I. <i>Numerus clausus</i> du projet de loi sur la fusion	68
	1. Introduction	68
	2. Incompatibilité des formes juridiques	70
	3. Restructurations non prévues par le projet de loi	72
	II. Alternative à une fusion, à une scission ou à une transformation	73
	III. Concours de réglementations	76
§ 3	Apport en nature dans une société	79
§ 4	Aliénation d'une entreprise ou d'un ensemble de biens	81
§ 5	Liquidation de la société transférante	83
§ 6	Versement aux associés	85
§ 7	Apport dans une société de personnes	86
Chapitre 6	Transferts de patrimoine autorisés	89
§ 1	Sujet transférant	89
§ 2	Sujet reprenant	92
§ 3	Pluralité de sujets transférants ou de sujets reprenants	96
§ 4	Inscription au registre du commerce	97
	I. Conditions de l'inscription au registre du commerce	97
	II. But de l'inscription au registre du commerce	100
§ 5	Récapitulatif des transferts de patrimoine autorisés	102
Chapitre 7	Objet du transfert de patrimoine	103
§ 1	Notions de patrimoine et de part de patrimoine	103
§ 2	Nature des éléments patrimoniaux actifs et passifs	105
	I. Eléments patrimoniaux actifs	105
	II. Eléments patrimoniaux passifs	107

§ 3	Cessibilité	107
I.	Principe	107
II.	Eléments patrimoniaux inaccessibles	110
III.	Cas particuliers	111
	1. Actions nominatives liées	112
	2. Contrats	114
	3. Rapports juridiques de droit public	117
Chapitre 8	Respect des dispositions légales et statutaires concernant la protection du capital et la liquidation	121
§ 1	Principe	121
§ 2	Dispositions concernant la protection du capital	123
§ 3	Dispositions concernant la liquidation	124
Chapitre 9	Contrat de transfert	127
§ 1	Notion	127
§ 2	Conclusion du contrat	128
I.	Compétence	128
II.	Décision de l'assemblée générale	133
	1. Introduction	133
	2. Modification des statuts ou du contrat de société	133
	3. Liquidation	135
	4. Conflit d'intérêts	135
	5. Consultation facultative	136
	6. Sociétés de personnes	136
	7. Entreprises individuelles et fondations	137
§ 3	Forme du contrat de transfert	137
I.	Projet du Conseil fédéral	137
II.	Modification décidée par le Conseil des Etats	140
III.	Modification décidée par le Conseil national	144

§ 4	Éléments essentiels du contrat	144
I.	Désignation des parties	145
II.	Inventaire	146
	1. Introduction	146
	2. Contenu	148
	3. Objets du patrimoine actif non attribués	150
III.	Valeur des actifs et passifs transférés	152
IV.	Contre-prestation	155
	1. Introduction	155
	2. Bénéficiaire	156
	3. Nature	157
	4. Montant	158
V.	Désignation des rapports de travail transférés	159
§ 5	Vices du contrat de transfert	160
I.	Cas de nullité	160
II.	Cas d'annulabilité	161
III.	Régime applicable	161
	1. Découverte du vice avant l'inscription au registre du commerce	161
	2. Découverte du vice après l'inscription au registre du commerce	162
Chapitre 10 Inscription au registre du commerce		165
§ 1	Introduction	165
§ 2	Fonctions de l'inscription au registre du commerce	169
§ 3	Effets de l'inscription	171
I.	Effets internes	171
	1. Caractère constitutif de l'inscription	171
	2. Effet guérisseur?	173
II.	Effets externes	173
	1. Publicité	173
	2. Effet de foi publique	175

§ 4	Début des effets de l'inscription	176
I.	Effets internes	176
II.	Effets externes	177
III.	Exception	178
§ 5	Contrôle des autorités du registre du commerce	179
I.	Introduction	179
II.	Pouvoir d'examen lors de l'inscription d'un transfert de patrimoine	183
1.	Droit formel	183
2.	Droit matériel	184
Chapitre 11 Droits des associés		187
§ 1	Introduction	187
§ 2	Droit à l'information	188
I.	Principe	188
II.	Champ d'application	192
III.	Forme de l'information	194
1.	Société assujettie à l'obligation d'établir des comptes annuels	194
2.	Société non assujettie à l'obligation d'établir des comptes annuels	195
IV.	Contenu de l'information	195
§ 3	Droit d'attaquer la décision de transfert	197
I.	Principe	197
II.	Conditions	198
1.	Qualité pour agir	198
2.	Tribunal compétent	199
3.	Délai	199
4.	Non-respect des dispositions du projet de loi sur la fusion	200

III.	Conséquences	202
1.	Irrégularités auxquelles il peut être remédié	202
2.	Irrégularités auxquelles il ne peut pas être remédié	202
Chapitre 12	Protection des créanciers et des travailleurs	205
§ 1	Introduction	205
§ 2	Droits des créanciers	209
I.	Responsabilité solidaire	209
II.	Obligation de fournir des sûretés	210
1.	Principe	210
2.	Conditions	212
3.	Nature des sûretés	213
4.	Exception	214
§ 3	Droits des travailleurs	214
I.	Droit d'exiger des sûretés	214
II.	Transfert des rapports de travail	215
1.	Principe	215
2.	Réglementation de l'article 333 CO	215
3.	Etendue des rapports de travail transférés	216
III.	Droit d'être consultés	217
1.	Principe	217
2.	Réglementation de l'article 333a CO	217
3.	Moment de la consultation	219
4.	Sanction	220
Conclusion		221

Bibliographie

- AMONN KURT /
GASSER DOMINIK Grundriss des Schuldbetreibungs- und
Konkursrechts, Berne 1997
- AYER CHLOÉ La transformation d'une société à responsabilité
limitée en société anonyme, Étude selon le droit
actuel et selon la loi sur la fusion, thèse Fribourg,
Genève / Bâle / Munich 2002
- BACHTLER HEINZ Praktische Fragen bezüglich der Beistandschaft
für juristische Personen, in: Probleme und Ziele
der vormundschaftlichen Fürsorge, Festschrift
zum 50-jährigen Bestehen der Vereinigung
schweizerischer Amtsvormünder, Zurich 1963,
p. 217
- BÄR ROLF Kognitionsbefugnisse des Handelsregisterführers,
Le notaire bernois 4/1978, p. 410
- BÄR ROLF Die Kognition des Handelsregisterführers, Zum
Aufsatz von Prof. Dr. Peter Forstmoser in
REPRAX 2/1999 S. 1 ff., REPRAX 1/00, p. 53
- BARANDUN NICOLA Die Übernahme eines Geschäfts mit Aktiven und
Passiven, thèse Berne, Flamatt 1993
- DE BEER ALEXANDER I. Minderheitenschutz durch erweiterte
Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers,
RDS 114 (1995) I, p. 81
- BEHNISCH URS R. Die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften,
Eine rechtsvergleichende Studie, Bâle 1996
- BERETTA PIERA Vertragsübertragungen im Anwendungsbereich
des geplanten Fusionsgesetzes, RSJ 98 (2002)
no. 10, p. 249
- BESSENICH BALTHASAR Gedanken zur Einführung der Spaltung im
schweizerischen Aktienrecht, RSDA 1992, p. 157

Bibliographie

- BINDER PETER** Das Verbot der Einlagerückgewähr im Aktienrecht, thèse Berne, Winterthur 1981
- BLÄSI CHRISTOF** Der Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und die Umwandlung (Fusionsgesetz), Ein erster Überblick über die Bestimmungen betreffend das Handelsregister, *Annuaire du registre du commerce* 1998, p. 99
- BÖCKLI PETER** Schweizer Aktienrecht, 2^e éd., Zurich 1996
- BÖCKLI PETER** Corporate Governance: Stand der Dinge nach den Berichten "Hampel", "Viénot" und "OECD" sowie dem deutschen "KonTraG", *RSDA* 1/1999, p. 1 [cité: PETER BÖCKLI, *RSDA* 1/99]
- BÖCKLI PETER** Corporate Governance auf Schnellstrassen und Holzwegen, *ECS* 3/2000, p. 133 [cité: PETER BÖCKLI, *ECS* 3/2000]
- BOSSARD ERNST** Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Das Obligationenrecht, Teilband V/6/3b, Die kaufmännische Buchführung, Art. 957 -964 OR, Zurich 1984 [cité: ERNST BOSSARD, *ZK Art. ... N ...*]
- BRÄNDLI THOMAS** Outsourcing, Vertrags-, Arbeits- und Bankrecht, thèse Berne 2001
- BRÜCKNER CHRISTIAN** Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zurich 1993
- BRÜCKNER CHRISTIAN** Das Personenrecht des ZGB (ohne Beurkundung des Personenstandes), Zurich 2000 [cité: CHRISTIAN BRÜCKNER, *Personenrecht*]
- BUCHER EUGEN** Schweizerisches Obligationenrecht, 2^{ème} éd., Zurich 1988
- BÜCHI RAFFAEL** Spin-off, Rechtliche Aspekte von Abspaltungen bei Publikumsgesellschaften, thèse Berne 2001

- BUCHLI GUIDO Die Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes nach Artikel 181 OR, these Zurich 1953
- BÜHLER CHRISTOPH B. Die grenzüberschreitende Fusion von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union, Gesellschafts- und steuerrechtliche Rahmenbedingungen mit rechtsvergleichenden Exkursen zum schweizerischen Recht, these Bâle, Zurich 2000
- BÜHLER ALBIN Die Vermögens-, Geschäfts- und Unternehmensübernahme nach schweizerischem Recht, these Zurich, Interlaken 1947
- VON BÜREN ROLAND Die Rechtsformumwandlung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt in eine private Aktiengesellschaft nach DR 620 ff., RSDA 2/1995, p. 85 [cité: ROLAND VON BÜREN, RSDA 2/1995]
- VON BÜREN ROLAND Der Vorentwurf zu einem BG über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz) aus der Sicht des Gesellschaftsrechts, RDS 1998 vol. 117 I, p. 299 [cité: ROLAND VON BÜREN, RDS 1998]
- VON BÜREN ROLAND / KINDLER THOMAS Der Vorentwurf zu einem neuen Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz; FusG), RSDA 1/1998, p. 1
- VON BÜREN ROLAND / BÜRGI JOHANNES Rechtsformwechselnde Umwandlung einer GmbH in eine AG de lege lata: Das klärende Wort aus Lausanne, REPRAX 1/99, p. 3
- BÜRGI WOLFHART F. / NORDMANN ZIMMERMANN URSULA Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Das Obligationenrecht, Teilband 5b/3, Die Aktiengesellschaft und die Kommanditaktiengesellschaft, Art. 739 - 771 OR, Zurich 1979 [cité: BÜRGI / NORDMANN, ZK Art. ... N ...]

Bibliographie

- BURKHALTER THOMAS Einheitsaktien, Ihre Einführung und Existenz im Lichte der Diskussion um Corporate Governance, thèse Bâle, Zurich 2001
- CHAMBRE FIDUCIAIRE Manuel suisse d'audit 1998, Zurich 1998
[cité: MANUEL SUISSE D'AUDIT]
- CUENDET ANDRÉ La fusion par absorption, en particulier le contrat de fusion, dans le droit suisse de la société anonyme, thèse Lausanne, Berne 1974
- DITESHEIM ROLF La représentation de la société anonyme par ses organes ordinaires, fondés de procuration et mandataires commerciaux, thèse Lausanne, Berne 2001
- EBERHARD STEFAN La scission de la société anonyme en droits allemand, américain et suisse, thèse Lausanne 1999
- ECKERT MARTIN KARL Bewilligungspflichtige und verbotene Firmenbestandteile, thèse Zurich, 1992
- ECKERT MARTIN KARL Basler Kommentar zum Schweizerischem Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, 2^{me} éd., Bâle, Genève et Munich 2002
[cité: MARTIN KARL ECKERT, BaK Art. ... N ...]
- ENGEL PIERRE Traité des obligations en droit suisse, 2^{me} éd., Berne 1997
- ESCHER ARNOLD Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band, Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben, Art. 457 - 536 ZGB, Zurich 1959
[cité: ARNOLD ESCHER, ZK ...]
- FORSTMOSER PETER Sachausschüttungen im Gesellschaftsrecht, in: Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zurich 1989, p. 701
[cité: PETER FORSTMOSER, Sachausschüttungen]

- FORSTMOSER PETER Die Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers, Geldende Praxis, Kritik und Lösungsvorschläge, REPRAX 2/99, p. 1
- FORSTMOSER PETER /
MEIER-HAYOZ ARTHUR /
NOBEL PETER Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996
- FRÜH PETER Die Vertragsübertragung im schweizerischen Recht, thèse Zurich, Aarau 1944
- FUHRMANN LAMBERTUS /
SIMON STEFAN Praktische Probleme der umwandlungsrechtlichen Ausgliederung, Erfahrungen mit einem neuen Rechtsinstitut, Die Aktiengesellschaft 2/2000 p. 49 [cité: FUHRMANN / SIMON, AG 2/2000]
- GANTENBEIN BURKHARD K. Die Fusion von juristischen Personen und Rechtsgemeinschaften im schweizerischen Recht, thèse Fribourg 1995
- GASSER URS /
EGGENBERGER CHRISTIAN Vorentwurf zu einem Fusionsgesetz – Grundzüge und ausgewählte Einzelfragen, PJA 4/1998, p. 457 [cité: GASSER / EGGENBERGER, PJA 4/1998]
- GASSER URS /
EGGENBERGER CHRISTIAN Fusionsgesetz auf dem Prüfstand, Akzente aus der Diskussion, ECS 1-2/2000, p. 61 [cité: GASSER / EGGENBERGER, ECS 1-2/2000]
- GIRSBERGER DANIEL Der Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz) - Internationale Aspekte, RDS 1998 vol. 117 1, p. 317 [cité: DANIEL GIRSBERGER, RDS 1998]
- GONZENBACH RAINER Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 2^{ème} éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1996 [cité: RAINER GONZENBACH, BaK Art. ... N ...]

Bibliographie

- GRISEL ANDRÉ Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984
(2 vol.)
- GRÜNINGER HAROLD Basler Kommentar zum Schweizerischen
Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I,
Art. 1 - 456 ZGB, 2^{ème} éd., Bâle, Genève et
Munich 2002
[cité: HAROLD GRÜNINGER, BaK Art. ... N ...]
- GUHL THEO Das Schweizerische Obligationenrecht, 9^{ème} éd.
Zurich 2000 [cité. GUHL / MERZ / KOLLER, p. ...]
- GYGI FRITZ Verwaltungsrecht, Berne 1986
- HAMMER BERNHARD MARTIN Die Teilung der Aktiengesellschaft unter Berück-
sichtigung der steuerlichen Folgen, thèse Zurich,
Diessenhofen 1978
- HÄFELIN ULRICH /
MÜLLER GEORG Allgemeines Verwaltungsrecht, 4^{ème} éd., Zurich
2002
- HEFTI FRITZ Die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine
Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zurich
1938
- HELBLING CARL Bilanz- und Erfolgsanalyse, 10^{ème} éd.,
Berne / Stuttgart / Vienne 1997
- HIS EDUARD Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetz-
buch, Das Obligationenrecht, Band VII, 4.
Abteilung, Handelsregister, Geschäftsfir-
men und kaufmännische Buchführung, Art. 927 - 964 OR,
Berne 1940 [cité: EDUARD HIS, BK Art. ... N ...]
- HONSELL HEINRICH Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer
Teil, 6^{ème} éd., Berne 2001
- HOPF MICHEL Desideratas und Randnotizen zum vorgeschla-
gen Fusionsgesetz, ECS 1-2/2001, p. 49

- ILG WALO C.** Kommentar über das Bundesgesetz über die Information der Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz), Zurich 1999
- KÄCH HANS-JAKOB** Rechtsformwechselnde Umwandlung einer GmbH in eine AG: Musterurkunde, REPRAX 2/00 p. 1 ss
- KACZYNSKI DANIEL
CHRISTIAN** Der aktive Grossaktionär in der Publikumsgesellschaft, thèse Zurich 2000
- KÄFER KARL** Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VIII, 2. Abteilung, 2. Teilband, Die kaufmännische Buchführung, Art. 958 - 964 OR, Berne 1981
[cité: KARL KÄFER, BK Art. ... N ...]
- KAMMERER ADRIAN** Die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates, thèse Zurich 1997
- KINDLER THOMAS /
LANG CHRISTOPH** Flexibles Gesellschaftsrecht – Erleichterte Umstrukturierungen dank neuem Fusionsgesetz, Revue de l'avocat 5/1998 p. 4 [cité: THOMAS KINDLER / CHRISTOPH LANG, Revue 5/1998]
- KLÄY HANSPETER** Die Vinkulierung, Theorie und Praxis im neuen Aktienrecht, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1997
- KLÄY HANSPETER /
TURIN NICHOLAS** Der Entwurf zum Fusionsgesetz, REPRAX 1/01, p. 41 (français), p. 1 (allemand) [cité: TURIN / KLÄY, REPRAX 1/01, p. ... (f), p. ... (d)]
- KOCH JULES** Handelsregisterliche Eintragungen, Zurich 1996

- KRAMER ERNST A. /
SCHMIDLIN BRUNO
Kommentar zum schweizerischen Privatrecht,
Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung,
Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband,
Allgemeine Einleitung in das schweizerische
Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1 - 18
OR, Berne 1986
[cité: ERNST A. KRAMER, BK Art. ... N ...]
- KRNETA GEORG
Praxiskommentar Verwaltungsrat: Art. 707-726,
754 OR und Spezialgesetze, Berne 2001
- KUHN MORITZ
Der Vorentwurf zum Fusionsgesetz beurteilt aus
der Praxis, RDS 1999, p. 241
- KÜNG MANFRED
Die Prüfungspflicht des Handelsregisterführers in
materiellrechtlichen Fragen, RSDA 2/1990, p. 41
[cité: MANFRED KÜNG, RSDA 2/1990]
- KÜNG MANFRED
Zum Fusionsbegriff im schweizerischen Recht,
RSDA 5/1991, p. 245
[cité: MANFRED KÜNG, RSDA 5/1991]
- KÜNG MANFRED
Basler Kommentar zum Schweizerischem
Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186
OR, 2^{ème} éd., Bâle, Genève et Munich 2002
[cité: MANFRED KÜNG, BaK Art. ... N ...]
- KÜNG MANFRED
Kommentar zum schweizerischen Privatrecht,
Das Obligationenrecht, Band VIII, 1. Abteilung,
Handelsregister und Geschäftsfirmer,
1. Teilband, Das Handelsregister, Art. 927 - 943
OR, Berne 2001
[cité: MANFRED KÜNG, BK Art. ... N ...]
- KUNZ PETER V.
Der Minderheitenschutz im schweizerischen
Aktienrecht, Eine gesellschaftsrechtliche Studie
zum aktuellen Rechtszustand verbunden mit
Rückblick und mit Vorausschau sowie mit
rechtsvergleichenden Hinweisen, Berne 2001

- KÖRY ANNELIES Die Universalsukzession bei der Fusion von Aktiengesellschaften, thèse Bâle 1962
- LANZ MARTIN /
TRIEBOLD OLIVER Der Rechtskleidwechsel eines Vereins in eine Aktiengesellschaft, RSDA 2/2000, p. 57
- LEHMANN PETER Missbrauch der aktienrechtlichen Anfechtungsklage, thèse Zurich 2000
- LOSER-KROGH PETER Die Vermögensübertragung, Kompromiss zwischen Strukturanpassungsfreiheit und Vertragsschutz im Entwurf des Fusionsgesetzes, PJA 9/2000, p. 1095
- LUTZ PETER Vinkulierte Namenaktien, Insbesondere ihr Erwerb ohne Rechtsgeschäft, thèse Zurich 1988
- MARBACH EUGEN Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, vol. III, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996
- MEIER ROBERT Die Rechtsnatur des Fusionsvertrages, thèse Zurich 1986
- MEIER ROBERT Barabgeltungen bei Fusionen, in: Festschrift Peter Forstmoser, Zurich 1993, p. 131 [cité: ROBERT MEIER, Barabgeltungen]
- MEIER-HAYOZ ARTHUR Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 1. Teilband, Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641 - 654 ZGB, 5^{ème} éd., Berne 1981 [cité: ARTHUR MEIER-HAYOZ, BK ST N ... / Art. ... N ...]
- MEIER-HAYOZ ARTHUR /
FORSTMOSER PETER Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8^e éd., Berne 1998
- MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J. Funktion und Recht des Handelsregisters als wirtschaftsrechtliches Problem, RDS 1989, p. 433 [cité: CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, RDS 1989]

Bibliographie

- MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J. Die Zulässigkeit aussergesetzlicher Rechtsformwechsel im Gesellschaftsrecht, RDS 1994, p. 353 [cité: CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, RDS 1994]
- MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J. Der Vorentwurf zum Fusionsgesetz aus der Sicht der Familienaktiengesellschaft, RSDA 1/1999, p. 17 [cité: CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, RSDA 1/1999]
- MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J. Fusionsgesetz und KMU, RSJB 1999 vol. 135bis, p. 29 [cité: CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, RSJB vol. 135bis]
- MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J. Europäisches Gesellschaftsrecht und der Schweizer Vorentwurf für ein Fusionsgesetz, in: Der Einfluss des Europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zurich 1999, p. 539 [cité: CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, FS Zäch]
- MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J. Das neue Fusionsgesetz, Zurich 2000
- MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J. Zur Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft, Besprechung von BGE 125 III 18, RSDA 4/2000, p. 191 [cité: CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, RSDA 4/2000]
- MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J. Einführung in das neue Fusionsgesetz, PJA 5/2002, p. 514 [cité: CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, PJA 5/2002]
- MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J. / GASSER URS Der Vorentwurf zum Fusionsgesetz aus der Sicht der Familienaktiengesellschaft, RSDA 1/1999, p. 17
- MEISTERHANS CLEMENS Die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine GmbH, Annuaire du registre du commerce 1995, p. 49 [cité: CLEMENS MEISTERHANS, ARC 1995]

- MEISTERHANS CLEMENS Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörde, thèse Zurich 1996
- MEISTERHANS CLEMENS Der Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Fusion, die Spaltung und die Umwandlung (Fusionsgesetz), *Annuaire du registre du commerce* 1998, p. 79
[cité: CLEMENS MEISTERHANS, ARC 1998]
- MEYER LIENHARD Die Massenentlassung, thèse Bâle 1999
- MOOR PIERRE Droit administratif, vol. 2, 2^{ème} éd., Berne 2002
- NOBEL PETER Der Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz), *RDS* 1998 vol. 117 I, p. 355 [cité: PETER NOBEL, RDS 1998]
- PEDRAZZINI MARIO M. /
OBERHOLZER NIKLAUS Grundriss des Personenrechts, 4^{ème} éd., Berne 1993
- PETER HENRY La restructuration des entreprises dans une perspective nationale et transfrontalière, *La semaine judiciaire* 1999, p. 101
- PETER HENRY /
STUCCHI GIOVANNI Aspetti legali e fiscali della ristrutturazione di aziende de lege lata e ferenda, *ECS* 4/1998, p. 331
- PETER HENRY / CAVADINI-
BIRCHLER FRANCESCA /
STUCCHI GIOVANNI Les restructurations juridiques d'entreprises: un état des lieux du droit suisse, *Annuaire du registre du commerce* 1999, p. 94
- PRIESTER HANS-JOACHIM in: M. Lutter (éditeur), *Umwandlungsgesetz, Kommentar*, 2^{ème} éd., Cologne 2000 [cité: HANS-JOACHIM PRIESTER, § ... N ...]
- REBSAMEN KARL Das Handelsregister, *Ein Handbuch für die Praxis*, 2^{ème} éd., Zurich 1999

Bibliographie

- RECORDON PIERRE-ALAIN La protection des actionnaires lors des fusions et scissions de sociétés, Genève 1974,
- REYMOND PHILIPPE La cession des contrats, Publication CEDIDAC no 14, Lausanne 1989
- RIEMER HANS MICHAEL Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band I, Einleitung und Personenrecht, Das Personenrecht, 3. Abteilung, Die juristischen Personen, 3. Teilband, Die Stiftungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80 - 89^{ter} ZGB, Berne 1981
[cité: HANS MICHAEL RIEMER, BK Art. ... N ...]
- RIEMER HANS MICHAEL Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I, Einleitung und Personenrecht, Das Personenrecht, 3. Abteilung, Die juristischen Personen, 1. Teilband, Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52 - 59 ZGB, Berne 1993
[cité: HANS MICHAEL RIEMER, (1993) BK Art. ... N ...]
- RIEMER HANS MICHAEL Stiftungen und Fusionsgesetz, in: Die Stiftung in der juristischen und wirtschaftlichen Praxis, Zurich 2001 [cité: HANS MICHAEL RIEMER, Stiftungen und Fusionsgesetz]
- RUEDIN ROLAND Droit des sociétés, Berne 1999
- RUEDIN ROLAND La protection des créanciers dans le projet de loi sur la fusion, in: "Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht", Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zurich 2003, p. 687 [cité: ROLAND RUEDIN, Protection des créanciers]
- RUF PETER Notariatsrecht, Langenthal 1995

- RUSSENBERGER MARC Kantonalbanken im Umbruch - vom staatlichen Institut zur privatrechtlichen Aktiengesellschaft, RSDA 1/1995, p. 1
- SAGÄSSER BERND /
BULA THOMAS Umwandlungen, Verschmelzung - Spaltung - Formwechsel - Vermögensübertragung, Munich 1995
- SCHNEIDER THOMAS Der Rechtsschutz in Handelsregistersachen und die Entscheidungskompetenz der Handelsregisterbehörden, thèse Zurich, Aarau 1960
- SPIRIG EUGEN Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Das Obligationenrecht, Teilband V 1k, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, 1. Lieferung, Art. 164 - 174 OR, 3^{ème} éd., Zurich 1993 [cité: EUGEN SPIRIG, ZK Art. ... N ...]
- SPIRIG EUGEN Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Das Obligationenrecht, Teilband V 1k, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, 2. Lieferung, Art. 175 - 183 OR, 3^{ème} éd., Zurich 1994 [cité: EUGEN SPIRIG, ZK Art. ... N ...]
- SPIRO KARL Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatafristen, vol. I, Berne 1975
- STEHLI MARTIN Aktionärschutz bei Fusionen, thèse Zurich 1975
- VON STEIGER WERNER Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Das Obligationenrecht, Teilband 5/c, Art. 772 - 827 OR, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zurich 1965 [cité: WERNER VON STEIGER, ZK Art. ... N ...]

- VON STEIGER WERNER Schweizerisches Privatrecht, VIII. Band, Handelsrecht, 1. Teilband, Gesellschaftsrecht, Die Personengesellschaften, Bâle et Stuttgart 1976
- SUFFERT CHRISTIAN Schutz des Arbeitnehmers beim Betriebsübergang, Ein Vergleich der Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland, thèse Zurich 1999
- SUTER JÖRG Die Fusion von Aktiengesellschaften im Privatrecht und im Steuerrecht, thèse Zurich, Winterthur 1965
- TEICHMANN ARNDT in: M. Lutter (éditeur), Umwandlungsgesetz, Kommentar, 2^{ème} éd., Cologne 2000 [cité: ARNDT TEICHMANN, § ... N ...]
- THOMI GREGOR Fusionsgesetz – Ausgewählte Fragen, in: Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare, Langenthal 2003, p. 443
- TSCHÄNI RUDOLF Unternehmensübernahmen nach Schweizer Recht, 2^{ème} éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1991 [cité: RUDOLF TSCHÄNI, Unternehmensübernahmen]
- TSCHÄNI RUDOLF Basler Kommentar zum Schweizerischem Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, 2^{ème} éd., Bâle, Genève et Munich 2002 [cité: RUDOLF TSCHÄNI, BaK Art. ... N ...]
- TSCHÄNI RUDOLF Kommentar zum Schweizerischem Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, 2^{ème} éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996 [cité: RUDOLF TSCHÄNI, BaK Art. ... N ...]
- TSCHÄNI RUDOLF Übernahme- und Zusammenschlussformen, in: Mergers & Acquisitions, Zurich 1998 [cité: RUDOLF TSCHÄNI, Übernahme]

- TURIN NICHOLAS /
KLÄY HANSPETER La loi sur la fusion en consultation, ECS 1-
2/1998, p. 45 [cité: TURIN / KLÄY, ECS 1-2/1998]
- TURIN NICHOLAS /
KLÄY HANSPETER Le projet de loi sur la fusion, REPRAX 1/01,
p. 41 (français), p. 1 (allemand) [cité: TURIN /
KLÄY, REPRAX 1/01, p. ... (f), p. ... (d)]
- VAN DE SANDT CAROLE L'acte de disposition, thèse Fribourg 2000
- VIANIN GUILLAUME L'inscription au registre du commerce et ses
effets, thèse Fribourg 2000
- VISCHER FRANK Drei Fragen aus dem Fusionsrecht, RSDA
1/1993, p. 1
[cité: FRANK VISCHER, RSDA 1/1993]
- VISCHER FRANK Einführung in das Fusionsgesetz, RSJB 1999
vol. 135bis, p. 9
[cité: FRANK VISCHER, RSJB 1999 vol. 135bis]
- VISCHER FRANK Fusionsgesetz, BJM 6/1999 p. 289
[cité: FRANK VISCHER, BJM 6/1999]
- VISCHER FRANK Fusionsgesetz, documentation à l'appui du
séminaire organisé par la Chambre fiduciaire les
21.09, 25.10 et 5.12 2000
[cité: FRANK VISCHER, Fusionsgesetz]
- VISCHER MARKUS Sachgewährleistung bei Unternehmenskäufen,
RSJ 97 (2001) no. 16/17, p. 361
- WATTER ROLF Die Verpflichtung der AG durch rechtsgeschäftli-
ches Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und
Organe speziell bei sog. "Missbrauch der Ver-
tretungsmacht", thèse Zurich 1985
[cité: ROLF WATTER, Die Verpflichtung der AG]
- WATTER ROLF Unternehmensübernahmen, Zurich 1990

- WEBER ROLF H. Schweizerisches Privatrecht, 2. Band, Einleitung und Personenrecht, 4. Teilband, Juristische Personen, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998
- WEHRLI DANIEL Die Umwandlung einer Genossenschaft in eine Aktiengesellschaft, thèse Zurich 1976
- WETTENSCHWILER SUZANNE Die stille Liquidation der Aktiengesellschaft im Vergleich mit dem gesetzlichen Liquidationsverfahren, thèse Zurich 1982
- WIEGANG WOLFGANG / WICHTERMANN JÜRG Die Überleitung von Rechtsverhältnissen, in: Rechtliche Probleme der Privatisierung, Berne 1998, p. 51
- WINIKER FRANZ Die Übernahme des Vermögens einer Aktiengesellschaft durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechtes ("Verstaatlichung" nach Art. 751 OR), thèse Fribourg, Ruswil 1952
- WINKLER MICHAEL E. Arbeitnehmerschutz nach dem Entwurf zum neuen Fusionsgesetz, RSJ 97 (2001) no. 21, p. 477
- WINKLER MICHAEL E. Unternehmensumwandlungen und ihre Auswirkungen auf Arbeitsverträge, thèse Zurich, Berne 2001
- ZELLWEGER CASPAR Spaltung nach schweizerischem Recht, Annuaire du registre du commerce 1993, p. 24
- ZINDEL GAUDENZ G. / ISLER PETER R. Basler Kommentar zum Schweizerischem Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, 2^{ème} éd., Bâle, Genève et Munich 2002 [cité: ZINDEL / ISLER, BaK Art. ... N ...]

Travaux préparatoires

(dans l'ordre chronologique)

Groupe de réflexion "Droit des sociétés", Rapport final du 24 septembre 1993

Avant-projet de loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation de sujets (loi sur la fusion), novembre 1997

Rapport explicatif concernant l'avant-projet de loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation de sujets (loi sur la fusion), novembre 1997

Classement des réponses suite à la procédure de consultation, Loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation de sujets (loi sur la fusion), Berne 1999

Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion; LFus) du 13 juin 2000, Feuille fédérale 2000 p. 3995

Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des Etats, séance du 21 mars 2001, BO CE 2001 p. 142

Message du Conseil fédéral concernant la révision du code des obligations (Droit de la société à responsabilité limitée; adaptation des droits de la société anonyme, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce) du 19 décembre 2001, Feuille fédérale 2002 p. 2949

Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national, séance du 12 mars 2003, BO CN 2003 p. 227 ss et p. 266 ss

Abréviations

al.	alinéa
AP-LFus	avant-projet de loi sur la fusion soumis à la procédure de consultation, daté de novembre 1997
ARC	Annuaire du registre du commerce
art.	article
ATF	arrêt du Tribunal fédéral
BJM	Basler juristische Mitteilungen
BO CE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BO CN	Bulletin officiel du Conseil national
CC	code civil suisse du 10 décembre 1907
cf.	<i>confer</i>
chap.	chapitre
CO	code des obligations du 30 mars 1911
consid.	considérant
CP	code pénal suisse du 21 décembre 1937
éd.	édition
ECS	L'Expert-comptable suisse
FF	Feuille fédérale
LB	loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934
LBI	loi fédérale sur les brevets d'invention du 25 juin 1954
LCA	loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908
LCart	loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995
LCFF	loi sur les Chemins de fer fédéraux du 20 mars 1998
LDes	loi fédérale sur la protection des designs du 5 octobre 2001

Abréviations

LDIP	loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987
LEAC	loi fédérale sur les entreprises d'armement de la Confédération du 10 octobre 1997
let.	lettre
LET	loi fédérale sur l'organisation de l'entreprise fédérale de télécommunications du 30 avril 1997
LFAIE	loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger du 16 décembre 1983
LFLP	loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 17 décembre 1993
LME	loi sur le marché de l'électricité du 15 décembre 2000
LP	loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889
LPM	loi fédérale sur la protection de marques et des indications de provenance du 28 août 1992
LPP	loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, survivants et invalidité du 25 juin 1982
LSA	loi fédérale sur la surveillance des institutions d'assurance privées du 23 juin 1978
N	note / numéro
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
ORC	ordonnance sur le registre du commerce du 7 juin 1937
ORF	ordonnance sur le registre foncier du 22 février 1910
p.	page
para.	paragraphe
P-CO	projet de modification du code des obligations (annexe au projet de loi sur la fusion) du 13 juin 2000
p. ex.	par exemple

PJA	Pratique juridique actuelle
P-LDIP	projet de modification de la loi fédérale sur le droit international privé (annexe au projet de loi sur la fusion) du 13 juin 2000
P-LFors	projet de modification de la loi fédérale sur fédérale sur les fors en matière civile du 13 juin 2000
P-LFus	projet de loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 13 juin 2000
RDS	Revue de droit suisse
RO	recueil officiel des lois fédérales
RS	recueil systématique du droit fédéral
RSDA	Revue suisse de droit des affaires
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSJB	Revue de la société des juristes bernois
s.	et suivante
SJ	La semaine judiciaire
spéc.	spécialement
ss	et suivantes
UmwG	"Umwandlungsgesetz" du 28 octobre 1994 (droit allemand), modifiée par la loi du 22 juillet 1998
vol.	volume

Chapitre 1

Généralités

§ 1 Aperçu de la question et objectifs

I. Introduction

Le transfert d'une multitude d'éléments patrimoniaux ou d'un ensemble de droits et d'obligations, qui composent un patrimoine ou une entreprise, peut fondamentalement être conçu selon deux modèles:

- Le patrimoine peut être élevé au rang d'objet de droit. Il a alors une existence juridique propre et fait l'objet d'un droit subjectif unique. Dans ce cas, le transfert portera sur le patrimoine en tant que tel. Par un acte juridique unique, la titularité du patrimoine est modifiée. Cette conception n'est pas retenue par l'ordre juridique suisse en raison du principe dit de la spécialité, qui lie chaque chose, et donc chaque élément patrimonial, à un droit propre et distinct¹.
- Le patrimoine n'est pas reconnu par l'ordre juridique comme étant un objet de droit en soi; il est la somme des différents éléments patrimoniaux, ou des droits et des obligations, qui le composent et seuls ces derniers font l'objet de droits subjectifs. Ne disposant pas d'une existence juridique autonome, le patrimoine ne fait pas l'objet d'un droit subjectif unique et ne peut pas non plus être transféré en tant que tel. La réalisation du transfert du patrimoine requiert le transfert de chacun des éléments qui le composent. Ceux-ci peuvent devoir être transférés individuellement, on parle alors de succession à titre singulier², ou bien être transférés "en bloc", on parle alors de succession à titre universel³.

En matière de transfert de patrimoine, l'approche du droit suisse est casuistique. Le patrimoine peut, selon les circonstances, devoir être transféré par voie de succession à titre singulier (comme le prévoit la réglementation de

¹ ARTHUR MEIER-HAYOZ, BK ST N 75 s.; CAROLE VAN DE SANDT, p. 16.

² Concernant cette notion, cf. chap. 1 § 2 I. 1. (ci-dessous).

³ Concernant cette notion, cf. chap. 1 § 2 I. 2. (ci-dessous).

l'art. 181 CO⁴) ou peut bénéficier d'un transfert par voie de succession à titre universel (comme c'est le cas notamment en matière de fusion⁵).

II. Révision législative en cours

Il existe sans doute un besoin pour les entreprises de pouvoir transférer une multitude d'éléments patrimoniaux en un seul acte et selon une procédure simplifiée. Jusqu'à ce jour, la pratique s'est contentée de bases légales très sommaires en la matière. Avec le projet de loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine⁶, une refonte complète de ces dispositions est engagée. Le transfert de patrimoine est élevé au rang d'une institution juridique autonome, dans le but de faciliter la réorganisation des structures juridiques des entreprises et leur offrir de nouveaux outils à ces fins.

Le transfert de patrimoine (art. 69 ss P-LFus) est l'une des principales innovations du projet de loi sur la fusion. Il est très vraisemblable qu'il acquerra rapidement une importance pratique considérable, au point qu'il constituera une véritable alternative à la fusion, à la scission et à la transformation. On peut d'ailleurs légitimement se demander si le projet de loi sur la fusion n'aurait pas pu être élagué et se limiter aux opérations "de base", le solde des restructurations devant être réalisé par un transfert de patrimoine.

La réglementation relative au transfert de patrimoine a été intégrée dans la loi sur la fusion suite à la procédure de consultation relative à l'avant-projet de loi sur la fusion. Son but est de répondre aux besoins de l'économie en ne réglementant que les aspects liés au transfert du patrimoine, sans toucher aux questions ayant trait au sociétariat (comme c'est le cas en matière de fusion, de scission et de transformation). Par conséquent, il s'agit d'une institution juridique dont la réglementation légale est simple et qui présente une grande souplesse, notamment eu égard à son champ d'application très étendu.

A l'initiative de l'administration, le Conseil fédéral a eu le courage de proposer une institution juridique très novatrice, qui doit remédier aux lacunes

⁴ A ce sujet, cf. chap. 2 § 1 (ci-dessous).

⁵ A ce sujet, cf. chap. 2 § 2 I. (ci-dessous).

⁶ FF 2000 p. 3995 ss.

du droit actuel et, en particulier, à la réglementation de l'article 181 CO relative à la cession d'un patrimoine.

La loi sur la fusion est encore "en chantier". Le projet du Conseil fédéral, daté du 13 juin 2000, a été approuvé par le Conseil des Etats le 21 mars 2001 et par le Conseil national le 12 mars 2003. Depuis, le dossier est retourné au Conseil des Etats pour l'élimination des quelques divergences qui subsistent encore. D'une manière générale, le projet de loi sur la fusion a été accueilli très favorablement et ceci tant par la doctrine⁷, que par le Parlement; le peu de modifications décidées par le Conseil des Etats et par le Conseil national en témoigne⁸.

III. Buts du travail

Ce travail porte un regard critique sur la réglementation audacieuse du transfert de patrimoine proposée par le projet de loi sur la fusion. Outre une brève présentation du droit actuel⁹, il détaille la genèse de la nouvelle réglementation¹⁰ et apporte les éléments permettant de mieux la comprendre¹¹. Il tente de répondre à une partie des questions que soulève le projet du Conseil fédéral en précisant les conditions du transfert de patrimoine et ses effets juridiques. Ainsi, cette étude vise à mieux dresser les contours de la nouvelle réglementation et à la situer dans l'ordre juridique suisse, ceci tant dans le cadre du droit actuel que dans la perspective de la loi sur la fusion à venir. Ce travail n'a, en revanche, pas pour ambition de répondre à l'ensemble des questions qui se poseront suite à l'introduction de cette nouvelle institution juridique. Celles-ci sont d'ailleurs, aujourd'hui encore, difficiles à cerner. En prévoyant l'introduction d'un nouveau "véhicule" pour le transfert d'un ensemble d'éléments patrimoniaux, le transfert de patrimoine touche en effet aux fondements du droit privé.

L'examen du droit futur est limité aux questions relevant du droit privé. Les aspects fiscaux ne seront pas traités, bien qu'ils soient également régis par

⁷ Cf. notamment MICHEL HOPF, ECS 1-2/2001, p. 49 ss; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, p. 37 ss, p. 72 ss.

⁸ A ce sujet, cf. chap. 3 § 4 (ci-dessous).

⁹ Cf. chap. 2 (ci-dessous).

¹⁰ Cf. chap. 3 (ci-dessous).

¹¹ Cf. chap. 4 et suivants (ci-dessous).

le projet de loi sur la fusion; l'annexe au projet prévoit une révision partielle de différentes lois fiscales, qui s'étend au transfert de patrimoine.

§ 2 Terminologie

I. Transfert

Il y a transfert lorsqu'un sujet de droit, que ce soit une personne physique ou une personne morale, succède à un autre sujet de droit dans ses droits et ses obligations¹². Par conséquent, le transfert, ou la succession, impliquent un changement de titulaire de droits et d'obligations.

Ce transfert peut être réalisé par voie de succession à titre singulier ou par voie de succession à titre universel.

1. Succession à titre singulier

La succession à titre singulier est le transfert de chaque droit, ou chaque obligation, pris individuellement¹³. Même lorsque plusieurs droits et obligations sont transférés, voire l'ensemble des droits et des obligations d'une personne, le transfert de chacun d'entre eux doit respecter les formes prévues par la loi à cet effet. Ainsi, les règles de forme requises pour le transfert d'immeubles (contrat passé en la forme authentique et inscription constitutive au registre foncier), pour la reprise de dette (accord du créancier), doivent notamment être respectées¹⁴. Ces formes doivent également être observées lorsque les droits et les obligations transférés forment une unité économique, telle qu'une entreprise.

2. Succession à titre universel

La succession à titre universel (ou succession universelle ou encore transfert de par la loi) permet le transfert d'un patrimoine dans son ensemble: la totalité des droits et des obligations formant ce patrimoine est transférée de

¹² ANNELIES KÜRY, p. 3; DANIEL WEHRLI, p. 11.

¹³ ANNELIES KÜRY, p. 39; DANIEL WEHRLI, p. 11.

¹⁴ Pour davantage de détails concernant les formes à respecter, cf. chap. 2 § 1 IV. 1. (ci-dessous).

par la loi et en un seul acte¹⁵. Ainsi, les règles de forme régissant le transfert des droits et des obligations pris individuellement (inscription au registre foncier pour les immeubles, consentement du créancier pour la reprise de dette, etc.) ne sont pas applicables.

La succession à titre universel s'avère bien plus simple et bien plus efficace que la succession à titre singulier¹⁶; un ensemble d'éléments patrimoniaux (indépendamment de leur nature) peut être transféré globalement et simultanément sur la base d'un acte juridique unique. La succession à titre universel ne résout cependant pas toutes les difficultés liées au transfert d'un ensemble d'éléments patrimoniaux. En particulier, elle ne dispense pas le reprenneur de procéder à certaines formalités afin de mettre en œuvre le transfert¹⁷. Il reste par exemple indispensable de requérir les adaptations (qui ont alors un caractère déclaratif et non pas constitutif) auprès du registre foncier afin que l'acquéreur puisse à son tour disposer des immeubles (art. 656, al. 2, CC).

II. Patrimoine

Bien que la notion de patrimoine soit régulièrement utilisée dans le code civil et le code des obligations¹⁸, elle ne fait l'objet d'aucune définition légale ayant une portée générale. Selon la doctrine, le patrimoine est un ensemble de droits et d'obligations pécuniaires appartenant à une personne¹⁹; il peut s'agir de biens corporels et incorporels. La composition du patrimoine et son volume importent peu; il ne s'agit donc pas nécessairement de l'ensemble du patrimoine d'une personne; une partie suffit.

¹⁵ PETER BÖCKLI, N 295z; BÜRGI/NORDMANN, ZK Vorbemerkungen zu den Art. 748-750 N 15 s.; ANNELIES KÜRY, p. 39; ROLAND RUEDIN, N 2153; DANIEL WEHRLI, p. 12; ATF 108 Ib 440, spéc. 445. Cf. également FF 2000 p. 4075.

¹⁶ PETER BÖCKLI (N 295z) qualifie la succession à titre universel de "rechtliches Wunder".

¹⁷ A ce sujet, cf. notamment BERNHARD MARTIN HAMMER, p. 186; RUDOLF TSCHÄNI, BaK Art. 748 N 7 ss.

¹⁸ Cf. notamment les art. 181, al. 1, 182, al. 1, 330, al. 1 et 4, 521, al. 1, 662a, al. 1, CO et les art. 342, al. 3, 403, 481, al. 1, 745, al. 1, 766 CC.

¹⁹ HEINZ BACHTLER, p. 218 s.; NICOLA BARANDUN, p. 26 s.; GUIDO BUCHLI, p. 3 et 7; ALBIN BÜHLER, p. 3 ss; PIERRE ENGEL, p. 905; ARTHUR MEIER-HAYOZ, BK ST N 151 ss; EUGEN SPIRIG, ZK Art. 181 N 71; CAROLE VAN DE SANDT, p. 15 s.

Le patrimoine n'étant pas un objet de droit²⁰, il ne saurait pas non plus fonder un droit subjectif, qui existerait aux côtés des droits de son titulaire sur l'ensemble des différents éléments patrimoniaux qui le composent. Si le patrimoine en tant que tel peut faire l'objet d'un acte générateur d'obligations, il ne peut en revanche jamais être l'objet d'un acte de disposition²¹, notamment en raison du principe de la spécialité qui lie chaque chose à un droit propre et distinct²². Ainsi, le patrimoine n'est que la somme de différents éléments patrimoniaux, qui ont pour caractéristique commune d'appartenir à un même titulaire.

²⁰ GUIDO BUCHLI, p. 8; ALBIN BÜHLER, p. 6; BERNARD MARTIN HAMMER, p. 63.

²¹ CAROLE VAN DE SANDT, p. 16.

²² ARTHUR MEIER-HAYOZ, BK ST N 75 s.; CAROLE VAN DE SANDT, p. 16.

Chapitre 2

Transfert de patrimoine en droit actuel

Le chapitre 2 passe en revue les principales bases légales du droit actuel ayant pour objet un transfert de patrimoine ou un transfert d'entreprise. Cette présentation n'a pas pour ambition d'être exhaustive et se limite à un examen sommaire des principaux éléments de ces institutions juridiques.

L'objectif de ce chapitre est principalement de décrire l'environnement juridique dans lequel viendra s'insérer la nouvelle réglementation du transfert de patrimoine proposée par le projet de loi sur la fusion. La description du droit actuel permet en effet de mieux comprendre les motifs qui ont conduit à l'élaboration des nouvelles dispositions du projet de loi sur la fusion¹. Elle permet aussi de mieux délimiter les différentes institutions juridiques, du droit actuel ainsi que du droit futur, traitant du transfert de patrimoine².

§ 1 Cession de patrimoine selon l'article 181 CO

I. Introduction

La note marginale de l'article 181 CO, qui parle de "Cession d'un patrimoine ou d'une entreprise avec actif et passif", est plutôt ambitieuse. En effet, elle laisse entendre que cette disposition permet le transfert d'une multitude d'éléments patrimoniaux actifs et passifs, formant un patrimoine ou une entreprise, en un seul acte, par le biais d'une succession à titre universel.

En réalité, l'article 181 CO prévoit uniquement que celui qui acquiert un patrimoine ou une entreprise avec actif et passif devient responsable des dettes envers les créanciers, dès que l'acquisition a été portée par lui à leur connaissance ou qu'il l'a publiée dans les journaux (al. 1); l'ancien débiteur reste cependant solidairement responsable des dettes pendant deux ans (al. 2). Ainsi, cette disposition règle les effets de la cession d'un patrimoine ou d'une entreprise en matière de responsabilité pour les dettes des parties.

¹ A ce sujet, cf. chap. 4 § 2 (ci-dessous).

² Cf. chap. 4 § 4 et § 5 (ci-dessous).

Du point de vue systématique, l'article 181 CO est d'ailleurs rangé parmi les dispositions relatives à la reprise de dette (art. 175 ss CO).

La réglementation de l'article 181 CO se limite ainsi à prévoir un transfert global (en un seul acte) de l'ensemble des dettes faisant partie du patrimoine, ou de l'entreprise, transféré³. Les formes ordinaires requises pour la reprise de dettes sont simplifiées; il n'est notamment pas nécessaire de recueillir l'approbation de chacun des créanciers⁴. L'article 181 CO facilite dès lors grandement le transfert des rapports d'obligation lors de la cession d'un patrimoine, tout en tenant compte des intérêts des créanciers par le maintien de la responsabilité solidaire (limitée dans le temps) de l'ancien débiteur.

Alors que l'article 181 CO simplifie le transfert des dettes, il ne prévoit en revanche aucun allègement particulier pour la cession des éléments du patrimoine actif; les formes ordinaires régissant leur transfert doivent donc être respectées⁵. L'article 181 CO ne constitue dès lors pas une base légale permettant une cession de patrimoine par voie de succession à titre universel⁶; seules les dettes liées à un patrimoine ou à une entreprise sont, à certaines conditions, transférées en un seul acte.

Si les effets de l'article 181 CO sont limités, son champ d'application est en revanche très étendu⁷. Cette disposition s'applique principalement lors de l'acquisition ou de la vente d'une entreprise (ou d'un patrimoine) avec actifs et passifs. La nature de la contre-prestation remise en échange de l'entreprise importe peu; il peut s'agir de n'importe quelle prestation patrimoniale. Le patrimoine peut donc également faire l'objet d'un apport en nature dans une société anonyme selon l'article 628, alinéa 1, CO. Dans ce cas, la contre-prestation remise à l'apporteur consistera en des actions de la société. La cession de patrimoine au sens de l'article 181 CO permet également de réaliser des opérations de modification des structures juridiques des sociétés qui, d'un point de vue économique, sont similaires à des fusions, à

³ FF 2000 p. 4015 et les nombreuses références citées à la note 24.

⁴ Cf. la réglementation des art. 175 ss CO, applicables en matière de reprise de dette ordinaire.

⁵ FF 2000 p. 4015. Cf. également ATF 115 II 415, spéc. 418. Pour davantage de détails en ce qui concerne les formes à respecter, cf. chap. 2 § 1 IV. 1. (ci-dessous).

⁶ Concernant la notion de succession à titre universel, cf. chap. 1 § 2 I. 2. (ci-dessus).

⁷ Concernant le champ d'application de l'art. 181 CO, cf. NICOLÀ BARANDUN, p. 40 ss, 131 ss; EUGEN SPIRIG, ZK Art. 181 N 24 ss; RUDOLF TSCHÄNI, BaK Art. 181 N 4.

des scissions⁸ ou à des transformations. Ces transactions basées sur l'article 181 CO permettent, dans une certaine mesure, de pallier l'inadéquation du droit privé suisse des restructurations et, en particulier, les lacunes des dispositions en matière de fusion et de transformation ainsi que l'absence de bases légales régissant la scission⁹.

II. Notions de patrimoine et d'entreprise

L'une des conditions de l'application de l'article 181 CO consiste en l'acquisition d'un patrimoine ou d'une entreprise avec actif et passif. Les notions de patrimoine et d'entreprise nécessitent quelques précisions.

1. Définition du patrimoine

Comme mentionné précédemment¹⁰, la doctrine définit le patrimoine comme étant un ensemble de droits et d'obligations pécuniaires (corporels et incorporels) appartenant à une personne. Selon certains auteurs¹¹, le transfert d'une partie de patrimoine, par le biais de l'article 181 CO, est toutefois soumis à une condition qualifiée: il doit porter sur un patrimoine séparé ("Sondervermögen" selon la terminologie allemande). La part de patrimoine doit donc être affectée à un but spécial.

2. Définition de l'entreprise

La loi ne définit pas l'entreprise. Selon la doctrine relative à l'article 181 CO¹², une entreprise est un ensemble de rapports juridiques qui se rapportent à une activité exploitée en la forme commerciale¹³.

⁸ STEFAN EBERHARD, p. 188 s.

⁹ Pour un aperçu de l'état des lieux du droit actuel, cf. FF 2000 p. 3997. Cf. également NICHOLAS TURIN / HANSPETER KLÄY, REPRAX 1/01, p. 42 s. (f), p. 2 s. (d).

¹⁰ Cf. chap. 1 § 2 II. (ci-dessus).

¹¹ NICOLÀ BARANDUN, p. 27 s. et les références citées à la note 12 (p. 28); EUGEN SPIRIG, ZK Art. 181 N 73.

¹² NICOLÀ BARANDUN, p. 30; ALBIN BÜHLER, p. 6 ss; ARTHUR MEIER-HAYOZ, BK ST N 161; EUGEN SPIRIG, ZK Art. 181 N 76 et les références citées.

¹³ Cette définition est critiquable dans la mesure où elle diverge sur plusieurs points de celle prévue à l'art. 52, al. 3, ORC ("Est réputée entreprise, au sens de la présente

Une part d'entreprise, organiquement fermée, entre également dans le champ d'application de l'article 181 CO¹⁴.

Les notions de patrimoine et d'entreprise ne sont, par conséquent, pas fondamentalement différentes, sans toutefois être synonymiques. Par rapport à celle de patrimoine, la notion d'entreprise est plus restrictive, dans la mesure où les rapports juridiques qui composent l'entreprise doivent être liés à l'exploitation d'un commerce¹⁵. Ainsi, l'entreprise est un patrimoine affecté à un but spécial, ce but étant une activité exploitée en la forme commerciale¹⁶.

3. Éléments du patrimoine

Il est question à l'article 181 CO de la reprise d'un patrimoine ou d'une entreprise "avec actif et passif"¹⁷. Ainsi, l'article 181 CO ne s'applique que si la cession a pour objet un transfert avec actif et passif¹⁸. Lorsque des actifs et des passifs isolés, voire un seul actif ou un seul passif, sont transférés, les règles ordinaires relatives à la cession de créance et à la reprise de dette sont applicables (art. 164 ss CO)¹⁹.

Selon la doctrine, les droits et les obligations composant le patrimoine doivent être cessibles²⁰. Dès lors, un certain nombre de droits et d'obligations ne sauraient faire partie d'un patrimoine: il s'agit en particulier des droits strictement personnels (les droits de la personnalité p. ex.) ainsi que des

ordonnance, toute activité économique indépendante exercée en vue d'un revenu régulier.").

¹⁴ EUGEN SPIRIG, ZK Art. 181 N 78 et les références citées; RUDOLF TSCHÄNI, BaK Art. 181 N 8.

¹⁵ GUIDO BUCHLI, p. 15.

¹⁶ NICOLÀ BARANDUN, p. 30.

¹⁷ Les art. 748 et 914 CO, régissant la fusion entre sociétés anonymes et entre sociétés coopératives, utilisent également la formulation "avec l'actif et le passif". Les effets liés au transfert du patrimoine de la société sont cependant fondamentalement différents en matière de fusion. Alors que l'art. 181 CO se limite au transfert de par la loi des dettes, les dispositions régissant la fusion prévoient le transfert par voie de succession à titre universel de l'ensemble des éléments patrimoniaux actifs et passifs de la société absorbée (ou transférante).

¹⁸ PIERRE ENGEL, p. 905.

¹⁹ EUGEN SPIRIG, ZK Art. 181 N 74.

²⁰ NICOLÀ BARANDUN, p. 27; GUIDO BUCHLI, p. 7 s.; ALBIN BÜHLER, p. 4 s.

droits qui, conformément à la volonté des parties, ont été stipulés incessibles²¹.

Les principaux éléments patrimoniaux qui entrent dans la composition d'un patrimoine ou d'une entreprise sont les suivants:

a) Éléments patrimoniaux actifs

- Les droits réels²². Ceux-ci englobent les droits de propriété foncière (art. 655 CC) et mobilière (art. 713 CC), y compris les droits portant sur des papiers-valeurs, ainsi que la plupart des droits réels restreints.
- Les créances²³. Celles-ci s'étendent également aux droits accessoires²⁴, tels que les sûretés personnelles ou réelles ainsi que le droit de rétention (art. 895 CC).
- Les valeurs immatérielles²⁵. Celles-ci comprennent notamment les droits de la propriété intellectuelle (brevets d'invention, *designs*, droits d'auteur et marques) ainsi que d'autres valeurs telles que la clientèle ou le *goodwill*.

b) Éléments patrimoniaux passifs

Les éléments patrimoniaux passifs sont l'ensemble des dettes liées au patrimoine transféré, y compris les dettes conditionnelles ou prescrites, peu importe qu'elles soient connues ou non de l'acquéreur²⁶. Les dettes transférées peuvent avoir leur cause notamment dans un contrat, les statuts d'une société (p. ex. l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires), un acte illicite ou un enrichissement illégitime. Les dettes faisant partie du patrimoine doivent bien entendu être susceptibles d'être transférées. En particulier, les obligations qui doivent être exécutées personnellement conformément à l'article 68 CO ne sont pas transférables²⁷. De même, selon la

²¹ EUGEN SPIRIG, ZK Art. 181 N 123 s.

²² NICOLÀ BARANDUN, p. 32; GUIDO BUCHLI, p. 17; EUGEN SPIRIG, ZK Art. 181 N 96.

²³ Les créances futures sont également cessibles lorsqu'elles sont suffisamment déterminées ou déterminables. Concernant le droit actuel, cf. ATF 113 II 163.

²⁴ EUGEN SPIRIG, ZK Art. 181 N 101.

²⁵ NICOLÀ BARANDUN, p. 33 ss; GUIDO BUCHLI, p. 18 ss; EUGEN SPIRIG, ZK Art. 181 N 96.

²⁶ RUDOLF TSCHÄNI, BaK Art. 181 N 5.

²⁷ EUGEN SPIRIG, ZK Art. 181 N 123; RUDOLF TSCHÄNI, BaK Art. 181 N 5.

doctrine majoritaire²⁸, les dettes résultant de rapports d'obligation de durée, tels qu'un contrat de bail ou de licence²⁹, ne sauraient pas non plus être transférées. Les dettes réputées incessibles peuvent néanmoins être transférées lorsque le créancier y consent.

III. Contrat de cession

La cession de patrimoine au sens de l'article 181 CO a toujours pour fondement un contrat par lequel l'aliénateur s'oblige à transférer des actifs et des passifs à l'acquéreur³⁰. Ce contrat détermine les obligations réciproques des parties³¹. L'acte générateur d'obligations est le plus souvent un contrat de vente (art. 184 CO). La cession de patrimoine peut néanmoins reposer sur une autre cause³²; il peut s'agir:

- d'un contrat d'échange (art. 237 CO);
- d'une donation (art. 239 CO);
- d'un contrat d'entretien viager (art. 521 CO);
- de l'entrée d'un nouvel associé dans une société de personnes (art. 542, 557, al. 2, et 598, al. 2, CO)³³.

Le contrat de cession n'est soumis à aucune forme particulière³⁴. Demeurent réservés le contrat portant sur une promesse de donner (art. 243 CO), le contrat d'entretien viager (art. 522 CO) et le contrat de vente immobilière (art. 216 CO et 657 CC), qui sont soumis à la forme écrite, voire à la forme authentique.

²⁸ EUGEN SPIRIG, ZK Art. 181 N 41 et les références citées. Selon RUDOLF TSCHÄNI (BaK Art. 181 N 6), cette restriction vaut uniquement pour les obligations qui ont un caractère personnel.

²⁹ Pour le contrat de bail et le contrat de travail, la réglementation spéciale des art. 261, 263 et 333 CO prévaut.

³⁰ EUGEN BUCHER, p. 589.

³¹ NICOLÀ BARANDUN, p. 40.

³² A ce sujet, cf. NICOLÀ BARANDUN, p. 41 ss; EUGEN SPIRIG, ZK Art. 181 N 25 ss et les références citées.

³³ A ce sujet, cf. également NICOLÀ BARANDUN, p. 136 ss.

³⁴ EUGEN BUCHER, p. 590; PIERRE ENGEL, p. 906.

IV. Exécution du contrat

Si les obligations des parties au contrat de cession peuvent partiellement dépendre de la cause du contrat, l'aliénateur s'engage au moins toujours à transférer la propriété des éléments patrimoniaux actifs à l'acquéreur³⁵. Les modalités à respecter pour transférer ces droits diffèrent selon leur nature³⁶.

La cession de patrimoine n'est, en principe, pas inscrite au registre du commerce. Toutefois, lorsque le patrimoine fait l'objet d'un apport en nature ou d'une reprise de biens dans une société de capitaux, une telle inscription est requise³⁷. L'obligation d'inscrire la cession de patrimoine au registre du commerce ne résulte alors pas de l'article 181 CO, mais des dispositions spéciales du droit des sociétés.

Quant au transfert des dettes liées au patrimoine, il est régi par les dispositions spéciales de l'article 181 CO³⁸.

1. Transfert des éléments patrimoniaux actifs

Le transfert des éléments patrimoniaux actifs suit les principes de la succession à titre singulier³⁹. Les formes prévues par la loi pour le transfert de chacun des éléments du patrimoine actif doivent être respectées. L'article 181 CO ne contient d'ailleurs aucune disposition particulière régissant le transfert des actifs.

La succession à titre singulier peut, selon les circonstances, avoir pour conséquence de rendre la réalisation de la cession de patrimoine particulièrement difficile. Lorsqu'un grand nombre d'éléments patrimoniaux actifs les plus divers doivent être transférés, il n'est pratiquement pas possible de procéder au transfert de l'ensemble de ces droits à une date unique; le

³⁵ Concernant d'autres obligations de l'aliénateur, cf. notamment NICOLÀ BARANDON, p. 46 ss.

³⁶ Cf. chap. 2 § I IV. 1. (ci-dessous).

³⁷ Art. 641, ch. 6, CO pour le droit de la société anonyme; art. 781, ch. 6, CO pour le droit de la société à responsabilité limitée.

³⁸ Cf. chap. 2 § I IV. 2. (ci-dessous).

³⁹ NICOLÀ BARANDON, p. 60 et les nombreuses références citées; EUGEN SPIRIG, ZK Art. 181 N 131; RUDOLF TSCHÄNI, BaK Art. 181 N 1; Rapport final du Groupe de réflexion "Droit des sociétés" du 24 septembre 1993, p. 66. Cf. également ATF 115 II 415, spéc. 418.

transfert doit alors réalisé sur une période qui va de quelques jours à plusieurs mois.

Si la réglementation de l'article 181 CO ne prévoit pas une forme simplifiée pour le transfert des éléments patrimoniaux actifs (au contraire des dettes), ce n'est pas sans raison: étant donné que l'aliénateur continue d'exister malgré le transfert de tout ou partie de son patrimoine, on ne saurait exclure qu'il ne dispose une seconde fois des mêmes biens. Ce risque est d'autant plus élevé que la loi ne prévoit pas d'exigences qualifiées quant à la description des éléments patrimoniaux qui seront transférés et n'assujettit pas le transfert à une publicité particulière, dont bénéficierait les tiers. Le risque de double disposition et ses conséquences sur la sécurité du droit justifient les effets juridiques limités de la cession de patrimoine au sens de l'article 181 CO.

Dans le détail, les règles suivantes doivent être observées:

a) Transfert de la propriété mobilière

Conformément à l'article 714, alinéa 1, CC, la mise en possession est nécessaire pour le transfert de la propriété mobilière⁴⁰. La possession est transférée par la remise à l'acquéreur de la chose même ou des moyens qui la font passer en sa puissance (art. 922, al. 1, CC).

b) Transfert de la propriété foncière

La propriété foncière a pour objet les immeubles⁴¹. Selon l'article 656, alinéa 1, CC, l'inscription au registre foncier est nécessaire pour l'acquisition de la propriété foncière. Une réquisition d'inscription au registre foncier est donc requise.

Par ailleurs, lorsqu'il a pour objet le transfert d'un immeuble, le contrat de cession devra revêtir la forme authentique⁴².

⁴⁰ NICOLÀ BARANDUN, p. 60 s.; EUGEN SPIRIG, ZK Art. 181 N 132.

⁴¹ Sont des immeubles au sens de l'art. 655, al. 2, CC: les biens-fonds, les droits distincts et permanents immatriculés au registre foncier, les mines ainsi que les parts de copropriété d'un immeuble.

⁴² Concernant la forme du contrat de cession, cf. chap. 2 § I III. (ci-dessus).

c) Cession de créances

En vertu de l'article 165, alinéa 1, CO, la cession de créances n'est valable que si elle est constatée par écrit. Le débiteur est cependant valablement libéré s'il paie de bonne foi entre les mains du précédent créancier avant que la cession n'ait été portée à sa connaissance par le cédant ou le cessionnaire (art. 167 CO).

En cas de transfert d'un patrimoine ou d'une entreprise, une cession globale de créances est, en principe, admise⁴³: le cédant s'engage par écrit à céder au cessionnaire l'ensemble des créances existantes et futures qui y sont rattachées. Dans ce cas, il est cependant nécessaire que les créances cédées soient suffisamment déterminées ou soient au moins déterminables au moment où elles prennent naissance, et non pas seulement au moment de la conclusion du contrat de cession⁴⁴. Par conséquent, la cession doit contenir toutes les indications permettant la détermination des créances lorsque celles-ci naîtront. Lorsque cette condition est remplie, un acte de disposition ou une spécification ultérieure, telle que la remise d'une liste périodique des débiteurs du cédant, n'est pas nécessaire.

d) Transfert de papiers-valeurs

Le transfert des papiers-valeurs est régi différemment selon s'il s'agit de titre nominatifs, au porteur ou à ordre⁴⁵. Selon l'article 967, alinéa 1, CO, le transfert de la possession suffit pour transférer la propriété d'un papier-valeur au porteur. L'alinéa 2 de la même disposition prévoit que les papiers-valeurs à ordre doivent en outre être endossés. Pour les titres nominatifs, une déclaration écrite, qui ne sera pas nécessairement insérée sur le titre même, est requise en plus de la remise du titre; lorsqu'une pluralité de titres sont transférés, cette déclaration peut être unique et peut consister en la signature du contrat de cession, à la condition toutefois qu'elle se réfère à l'ensemble des papiers-valeurs nominatifs transférés⁴⁶.

⁴³ NICOLÀ BARANDUN, p. 62 ss; EUGEN SPIRIG, ZK Art. 181 N 134. Concernant les détails de la controverse autour des conditions de l'admissibilité de la cession globale de créances, cf. EUGEN SPIRIG, ZK Art. 164 N 47 ss et les nombreuses références citées.

⁴⁴ ATF 113 II 163.

⁴⁵ NICOLÀ BARANDUN, p. 65 s.

⁴⁶ NICOLÀ BARANDUN, p. 66.

e) Transfert de la propriété immatérielle

Pour le transfert de droits de la propriété immatérielle, les formes suivantes doivent être respectées:

– marques

Si l'acte générateur d'obligations n'est pas soumis à une forme particulière, l'acte de disposition doit, conformément à l'article 17, alinéa 2, LPM⁴⁷, revêtir la forme écrite⁴⁸. Dans les rapports internes, c'est-à-dire dans les rapports entre les parties au contrat, la conclusion du contrat est immédiatement suivie d'effets. Le transfert n'est en revanche opposable aux tiers de bonne foi qu'une fois son enregistrement dans le registre des marques opéré (art. 17, al. 2, 2^{ème} phrase, LPM).

– brevets

L'article 33, alinéa 2^{bis}, LBI⁴⁹ soumet le transfert de brevets au respect de la forme écrite. Le transfert du brevet est indépendant de son inscription au registre des brevets. Toutefois, à défaut d'inscription, les actions prévues par la loi sur les brevets pourront être dirigées contre l'ancien titulaire du brevet (art. 33, al. 3, LBI).

– designs

En vertu de l'article 14, alinéa 2, LDes⁵⁰, le transfert du droit sur le design requiert la forme écrite, mais pas l'inscription dans le registre des designs. Toutefois, le transfert n'a d'effet à l'égard des tiers de bonne foi qu'après son enregistrement.

2. Reprise des dettes

Alors que le transfert des éléments patrimoniaux actifs doit respecter les formes régissant la succession à titre singulier, la réglementation de l'article 181 CO facilite grandement le transfert des dettes: cette disposition prévoit la reprise cumulative de l'ensemble des dettes liées à un patrimoine ou

⁴⁷ RS 232.11.

⁴⁸ EUGEN MARBACH, p. 220 s.

⁴⁹ RS 232.14.

⁵⁰ RS 232.12.

à une entreprise sans que les créanciers doivent y donner leur accord. Les dettes sont ainsi transférées de l'aliénateur à l'acquéreur de par la loi⁵¹.

Le transfert global des dettes est cependant soumis à deux conditions⁵²:

a) Reprise d'un patrimoine ou d'une entreprise

Conformément à l'article 181, alinéa 1, CO, celui qui acquiert un patrimoine ou une entreprise avec actif et passif devient responsable des dettes envers les créanciers. L'application de l'article 181 CO dépend donc de l'acquisition d'un patrimoine ou d'une entreprise avec actif et passif. L'acquisition ne doit toutefois pas nécessairement porter sur un patrimoine ou une entreprise dans son ensemble; certains actifs peuvent être exclus du transfert⁵³. De même, les parties peuvent convenir que certaines dettes ne feront pas l'objet du transfert; l'exclusion de passifs n'est cependant opposable aux tiers que si l'avis aux créanciers y fait explicitement référence, faute de quoi l'ensemble des dettes sont réputées reprises⁵⁴.

b) Avis aux créanciers

La reprise de dettes convenue entre les parties au contrat de cession ne déploie ses effets à l'égard des tiers qu'une fois que le transfert a été porté à leur connaissance ou publié dans les journaux. Selon l'article 181, alinéa 1, CO, il incombe à l'acquéreur de procéder à l'avis aux créanciers⁵⁵. La loi ne soumet l'avis aux créanciers à aucune forme particulière; il peut donc notamment s'agir d'une lettre ou d'une communication téléphonique aux créanciers ou encore d'une publication dans un journal officiel (Feuille officielle suisse du commerce p. ex.).

⁵¹ NICOLÀ BARANDUN, p. 82; EUGEN SPIRIG, ZK Art. 181 N 6; RUDOLF TSCHÄNI, BaK Art. 181 N 12. Cf. également FF 2000 p. 4015 et les nombreuses références citées à la note 24.

⁵² NICOLÀ BARANDUN, p. 82; RUDOLF TSCHÄNI, BaK Art. 181 N 7.

⁵³ NICOLÀ BARANDUN, p. 83 et les références citées; RUDOLF TSCHÄNI, BaK Art. 181 N 8. Concernant la définition du patrimoine et de l'entreprise, cf. également chap. 2 § 1 II. (ci-dessus).

⁵⁴ NICOLÀ BARANDUN, p. 83 et 92 s.; EUGEN BUCHER, p. 589; EUGEN SPIRIG, ZK Art. 181 N 118 ss; RUDOLF TSCHÄNI, BaK Art. 181 N 11; ATF 79 II 289, spéc. 292 s.

⁵⁵ L'acquéreur peut naturellement se faire représenter, notamment par l'aliénateur. A ce sujet, cf. NICOLÀ BARANDUN, p. 85 s.; EUGEN BUCHER, p. 590; PIERRE ENGEL p. 907.

L'avis aux créanciers doit simplement mentionner le transfert du patrimoine ou de l'entreprise. Il n'est pas nécessaire qu'il fasse explicitement référence à la reprise des dettes⁵⁶. L'avis doit cependant permettre aux tiers de bonne foi (et, en particulier, aux créanciers) de constater l'intention du repreneur d'acquérir le patrimoine ou l'entreprise, c'est-à-dire avec actifs et passifs⁵⁷.

V. Effets de la cession de patrimoine

Lorsque les conditions énumérées à l'article 181, alinéa 1, CO sont remplies (acquisition d'un patrimoine ou d'une entreprise avec actif et passif et avis aux créanciers), les dettes liées au patrimoine ou à l'entreprise sont transférées de par la loi à l'acquéreur. Ainsi, contrairement à la reprise de dette privative au sens des articles 175 ss CO, le transfert des dettes est réalisé sans que l'accord du créancier soit requis⁵⁸. L'étendue des dettes transférées est déterminée par l'avis aux créanciers et non pas par le contrat de cession⁵⁹. L'acquéreur peut donc devoir reprendre des dettes dont il ignore même l'existence.

Conformément à l'article 181, alinéa 2, CO, l'ancien débiteur (l'aliénateur) reste solidairement responsable des dettes transférées pendant deux ans. Ce délai péremptoire⁶⁰ court dès la date à laquelle les créanciers ont été informés du transfert ou dès que celui-ci a été publié dans les journaux. Lorsque les créances deviennent exigibles ultérieurement, le délai court dès l'exigibilité. Ce délai de deux ans ne peut être abrégé par la convention des parties, ni par une communication aux créanciers⁶¹.

Hormis la responsabilité solidaire, la reprise d'un patrimoine ou d'une entreprise a, selon l'article 181, alinéa 3, CO, les mêmes effets que la reprise de dette ordinaire (cf. les art. 178 ss CO).

⁵⁶ NICOLÀ BARANDUN, p. 91; PIERRE ENGEL, p. 906; ATF 75 II 302.

⁵⁷ NICOLÀ BARANDUN, p. 91 ss; EUGEN BUCHER, p. 590; PIERRE ENGEL, p. 907; EUGEN SPIRIG, ZK Art. 181 N 146 s.

⁵⁸ RUDOLFTSCHÄNI, BaK Art. 181 N 2.

⁵⁹ NICOLÀ BARANDUN, p. 94 s.; EUGEN SPIRIG, ZK Art. 181 N 192 ss; RUDOLFTSCHÄNI, BaK Art. 181 N 11 et 13.

⁶⁰ ATF 108 II 107, spéc. 109 ss. Concernant la nature du délai prévu à l'art. 181, al. 2, CO (délai de péremption ou délai de prescription), cf. également EUGEN BUCHER, p. 591, note 79.

⁶¹ NICOLÀ BARANDUN, p. 98; EUGEN BUCHER, p. 589.

§ 2 Autres bases légales prévoyant un transfert de patrimoine

La réglementation prévue à l'article 181 CO a un champ d'application très large et permet de réaliser les opérations les plus diverses⁶². Cette disposition a dès lors été au centre des réflexions qui ont conduit à l'introduction du transfert de patrimoine dans le projet de loi sur la fusion⁶³. Il n'en demeure pas moins que d'autres dispositions légales du droit actuel permettent également le transfert d'une multitude d'éléments patrimoniaux.

I. Fusion

1. Introduction

L'article 748 CO règle de manière lapidaire la fusion par absorption d'une société anonyme par une autre société anonyme. L'article 749 CO envisage l'hypothèse (rare en pratique) de la fusion par combinaison de deux sociétés anonymes ou plus. Quant à l'article 750 CO, il traite de la fusion par absorption d'une société anonyme par une société en commandite par actions (opération rarissime en pratique). La fusion par absorption d'une société coopérative par une autre société coopérative est régie par l'article 914 CO, qui est le pendant de l'article 748 CO dans le droit de la société coopérative.

La fusion, qu'elle soit réalisée par voie d'absorption ou par voie de combinaison, peut être définie comme la réunion de deux ou plusieurs sociétés en une seule⁶⁴. La fusion a toujours pour effet la dissolution sans liquidation d'au moins une société.

⁶² Cf. chap. 2 § 1 I. (ci-dessus).

⁶³ Cf. chap. 4 § 2 (ci-dessus).

⁶⁴ Au sujet de la notion de fusion, cf. URS R. BEHNISCH, p. 8 s.; PETER BÖCKLI, N 294a; CHRISTOPH B. BÜHLER, p. 44 ss, p. 50 ss; BÜROI / NORDMANN, Vorbemerkungen zu den Art. 748-750 N 10 ss; FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, § 57 N 7 ss; BURKHARD K. GANTENBEIN, p. 41; MANFRED KÜNG, RSDA 5/1991, p. 245 ss; MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, § 24 N 9 ss; PETER / CAVADINI-BIRCHLER / STUCCHI, ARC 1999, p. 101 ss; ROLAND RUEDIN, N 2141 ss; RUDOLF TSCHÄNI, Übernahme, p. 27 ss; JÜRIG SUTER, p. 60 ss. Cf. également ATF 115 II 415, spéc. 418; ATF 108 Ib 450, spéc. 453; ATF 108 Ib 440, spéc. 445.

2. Continuité du patrimoine et du sociétariat

La réunion de sociétés par voie de fusion est, en principe, toujours réalisée dans la double continuité du patrimoine et du sociétariat.

a) Continuité du patrimoine

Le patrimoine de la société dissoute (société transférante) est transféré par voie de succession à titre universel à la société reprenante. L'ensemble des éléments du patrimoine actif et passif sont transférés en un seul acte à la société reprenante. Aucun élément patrimonial ne peut être soustrait au transfert. Ainsi, l'ensemble des relations patrimoniales de la société transférante sont maintenues, malgré le changement de sujet consécutif à la fusion.

b) Continuité du sociétariat

Afin de dédommager les associés de la société transférante de la perte de leurs droits de sociétariat, ceux-ci doivent impérativement se voir attribuer des droits de sociétariat de la société reprenante. En cas de fusion par absorption, ces droits de sociétariat sont en général créés au moyen d'une augmentation de capital de la société reprenante. Le principe de la continuité du sociétariat s'oppose notamment à ce que les associés de la société transférante, ou certains d'entre eux, se voient attribuer un dédommagement en espèces en lieu et place de droits de sociétariat⁶⁵, et cela même si les associés concernés y consentent.

Le principe de la continuité du sociétariat connaît cependant certaines limites. La doctrine⁶⁶ et la pratique des autorités du registre du commerce reconnaissent l'admissibilité d'une fusion sans que de nouveaux droits de sociétariat soient attribués dans les deux hypothèses suivantes:

⁶⁵ ROBERT MEIER, *Barabgeltungen*, p. 141 ss et les références citées; JÜRIG SUTER, p. 51 s., p. 53 ss; RUDOLF TSCHÄNI, *Übernahme*, p. 29. Opinion dissidente: ROLF WATTER, p. 301 ss.

⁶⁶ Cf. notamment URS R. BEHNISCH, p. 71 s; CHRISTOPH B. BÜHLER, p. 58 ss; ANDRÉ CUENDET, p. 57 ss; FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, § 57 N 176 ss; BURKHARD K. GANTENBEIN, p. 26; MANFRED KÜNG, *RSDA 5/1991*, p. 249 ss; JÜRIG SUTER, p. 67 ss; RUDOLF TSCHÄNI, *BaK Art. 748 N 21 s.* Cf. également ATF 108 Ib 450, spéc. 456, qui traite cependant de questions fiscales liées à une fusion.

- la fusion entre une société-mère et une filiale, lorsque la société-mère est associée (ou actionnaire) unique de la filiale; à cet égard, peu importe laquelle des sociétés reprend l'autre;
- la fusion entre sociétés sœurs; l'ensemble des sociétés qui fusionnent ont un ou plusieurs associés (ou actionnaires)⁶⁷ identiques.

L'admissibilité de fusions sans attribution de nouveaux droits de sociétariat (sans augmentation de capital) ne lèse pas les droits des associés. En revanche, elle est, à certains égards, discutable du point de vue de la protection des créanciers. En effet, pour les sociétés de capitaux, le fait de renoncer à l'attribution de nouveaux droits de sociétariat revient également à renoncer à une augmentation du capital de la société reprenante. Ainsi, malgré la réunion de deux patrimoines au moins, le capital de la société reprenante demeure inchangé. Cette solution ne tient pas compte du fait que l'augmentation de capital joue non seulement un rôle dans le maintien des droits de sociétariat, mais également un rôle de garantie en faveur des créanciers. Le risque qui en résulte pour les créanciers doit toutefois être relativisé, du fait que, conformément à l'article 748, chiffres 1, 2 et 5, CO, la société reprenante a l'obligation de procéder à un appel aux créanciers de la société transférante et d'administrer séparément l'actif de la société dissoute jusqu'à ce que ceux-ci aient été payés ou aient reçu des sûretés; en cas de faillite de la société reprenante pendant cette période, l'actif provenant de la société transférante forme une masse distincte servant prioritairement à désintéresser les créanciers de la société transférante. Quant aux créanciers de la société reprenante, ils ne bénéficient, en revanche, d'aucune mesure de protection⁶⁸. Leurs droits sont donc susceptibles d'être lésés, ce d'autant plus que la pratique admet la fusion de sociétés surendettées et, par conséquent, le transfert d'un excédent de passifs dans le cadre d'une fusion.

3. Fusions autorisées

Si la loi se limite à réglementer la fusion de sociétés anonymes et de sociétés coopératives, la pratique libérale des autorités du registre du commerce ainsi que des autorités judiciaires admet certaines opérations de modification des structures juridiques qui ne sont pas expressément prévues par la

⁶⁷ En cas de pluralité d'associés, la participation relative de ces derniers dans les différentes sociétés doit être identique. A défaut, la fusion pourrait porter préjudice à certains associés en modifiant les rapports de participation.

⁶⁸ Cf. également JÖRG SUTER, p. 73 ss.

loi et qui comportent un transfert de patrimoine⁶⁹. Dans le détail, il s'agit des opérations suivantes:

- la fusion entre fondations⁷⁰;
- la fusion entre associations;
- la fusion entre sociétés à responsabilité limitée;
- la fusion entre une société à responsabilité limitée et une société anonyme;
- la reprise par voie de fusion d'une société coopérative par une société anonyme (ou une société à responsabilité limitée)⁷¹;
- la reprise par voie de fusion d'une association par une société anonyme ou par une société coopérative.

Si ces opérations ne sont pas expressément régies par la loi, il n'en demeure pas moins que les dispositions des articles 748 s. CO s'appliquent, du moins par analogie. Les effets de la fusion, notamment en ce qui concerne le transfert de patrimoine (succession à titre universel), sont donc les mêmes qu'en matière de fusion entre sociétés anonymes.

II. Reprise de patrimoine par une corporation de droit public

Les articles 751 et 915 CO règlent le cas (exceptionnel en pratique) de la reprise du patrimoine d'une société anonyme ou d'une société coopérative⁷² par une corporation de droit public. Selon ces dispositions, lorsque les

⁶⁹ Au sujet de l'admissibilité d'opérations de fusion qui ne sont pas expressément prévues par la loi, cf. notamment Die Praxis des Eidg. Amts für das Handelsregister in Fragen betreffend Umwandlungen und rechtsformüberschreitende Fusionen, REPRAX 1/99, p. 41 ss; BURKHARD K. GANTENBEIN, p. 113 ss; MANFRED KÜNG, RSDA 5/1991, p. 252 ss; PETER / CAVADINI-BIRCHLER / STUCCHI, ARC 1999, p. 110 ss; PETER / STUCCHI, ECS 4/98, p. 335; ROLAND RUEDIN, N 2165 ss; FRANK VISCHER, RSDA 1/1993, p. 1 ss; ROLF H. WERER, p. 113 ss.

⁷⁰ Cf. également PATF 115 II 415.

⁷¹ L'opération inverse (absorption d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée par une société coopérative) n'est en revanche pas admise. Cf. Die Praxis des Eidg. Amts für das Handelsregister in Fragen betreffend Umwandlungen und rechtsformüberschreitende Fusionen, REPRAX 1/99, p. 57 s.

⁷² Selon certains auteurs, la même possibilité appartient également à la société à responsabilité limitée, malgré l'absence d'une base légale explicite. Voir notamment: WERNER VON STEIGER, ZK Art. 823 N 41.

biens d'une société sont repris par la Confédération, par un canton ou, sous la garantie du canton, par un district ou une commune, la liquidation de la société peut être conventionnellement exclue si l'assemblée générale y consent. Ces dispositions créent ainsi l'une des prémisses, en droit privé, permettant l'étatisation de sociétés de droit privé. L'étatisation concerne cependant uniquement le patrimoine de la société. En revanche, les droits de sociétariat ne sont jamais maintenus (au contraire de la fusion).

La réglementation des articles 751 et 915 CO s'insère parmi les cas de dissolutions sans liquidation de la société, au même titre que la fusion selon les articles 748 ss et 914 CO et que la transformation d'une société anonyme en une société à responsabilité limitée au sens de l'article 824 CO. La société est dissoute et l'ensemble de son patrimoine est transféré de par la loi à la corporation de droit public contre attribution d'une éventuelle contre-prestation à ses associés (qui ne consiste pas en des droits de sociétariat). En ce qui concerne la nature du transfert de patrimoine, il est constaté que ce dernier est réalisé par voie de succession à titre universel⁷³.

III. Lois spéciales

Un certain nombre d'autres cas de transfert de patrimoine sont admis de manière sporadique. Il sont notamment régis par les lois fédérales suivantes.

1. Loi fédérale sur la surveillance des institutions d'assurance privées⁷⁴

Selon l'article 39, alinéa 1, LSA, "une institution d'assurance peut, avec l'autorisation du Département fédéral de justice et police, transférer son portefeuille suisse, c'est-à-dire les contrats d'assurance qui doivent être exécutés en Suisse (art. 27), en tout ou partie, avec ses droits et obligations, à une autre institution d'assurance soumise à la surveillance." Cette disposition constitue une base légale permettant le transfert de tout ou partie d'un patrimoine (portefeuille d'assurances). Elle autorise également la cession

⁷³ PETER BÖCKLI, N 296j; RUDOLF TSCHÄNI, BaK Art. 751 N 1; FRANZ WINIKER, p. 17. Le texte de l'art. 751, al. 3, CO ("... le transfert de l'actif et du passif est accompli ...") laisse d'ailleurs entendre qu'il s'agit d'une succession à titre universel.

⁷⁴ RS 961.01.

des contrats d'assurance en tant que tels; le transfert du patrimoine provoque la substitution d'une partie au contrat par une autre. Conformément à l'article 39, alinéa 5, LSA, le preneur d'assurance a néanmoins le droit de résilier le contrat de manière anticipée dans le délai de trois mois dès le transfert. Le transfert d'un portefeuille d'assurances doit faire l'objet d'une publicité, qui prend la forme d'une triple publication dans la Feuille officielle suisse du commerce (art. 39, al. 2, LSA), et doit être approuvé par le Département fédéral de justice et police; l'approbation ne peut être donnée que si les intérêts des assurés sont sauvegardés dans leur ensemble (art. 39, al. 3, LSA).

L'article 39 LSA ne fournit pas de réponse claire quant à la nature du transfert de portefeuille. Certes, ce dernier est, selon l'alinéa 1, transféré avec "ses droits et ses obligations". Cette formulation ne permet cependant pas de qualifier le transfert. Le message du Conseil fédéral concernant une nouvelle loi fédérale sur la surveillance des institutions d'assurance privées du 5 mai 1976⁷⁵ renseigne davantage sur l'intention du législateur: "Un accord de transfert de portefeuille fondé sur le droit des obligations est si compliqué, puisqu'il implique une participation des assurés, qu'il n'entre pratiquement pas en considération (art. 175 et 176 CO). L'accord des assurés n'est pas nécessaire dans le cas, prévu par l'article 40 du projet de loi, de transfert fondé sur le droit public du portefeuille d'une institution d'assurance suisse ou étrangère. L'autorisation donnée par le Département fédéral de justice et police remplace en effet celle des assurés qui sont ainsi liés par le transfert de portefeuille. Il convient cependant, avant le transfert, de donner aux assurés la possibilité de s'y opposer, et de procéder pour cela à une publication (art. 40, 2^e al.). Les oppositions ne peuvent cependant pas empêcher le transfert si le département arrive à la conclusion que les intérêts des assurés sont sauvegardés dans leur ensemble (art. 40, 3^e al.)." Il y a lieu d'en conclure que l'article 39 LSA contient une règle spéciale qui facilite le transfert d'un portefeuille d'assurances en dérogeant aux règles ordinaires du droit des obligations relatives non seulement à la cession de créances et la reprise de dette (art. 164 ss CO), mais également à la cession de contrats⁷⁶. Cette disposition constitue une réglementation tout à fait atypique en droit des obligations.

⁷⁵ FF 1976 II p. 851 ss, spéc. p. 889 s.

⁷⁶ A ce sujet, cf. également chap. 7 § 3 III. 2. (ci-dessous).

2. Loi sur l'entreprise de télécommunications⁷⁷

En vertu de l'article 21, alinéa 1, LET, les secteurs de l'Entreprise des PTT qui fournissent des services de télécommunication et de radiodiffusion sont repris par l'entreprise de télécommunications (Swisscom) dès sa constitution. L'alinéa 2 de la même disposition prévoit que le Conseil fédéral arrête le bilan d'ouverture de l'entreprise, désigne les immeubles et détermine les droits réels limités ainsi que les obligations contractuelles qui seront transférés à l'entreprise ou aux filiales désignées par elle dans lesquelles elle détient la majorité. L'article 23 LET précise que, dès l'entrée en vigueur de la présente loi, l'entreprise reprend l'actif et le passif des secteurs de l'Entreprise des PTT qui lui sont transférés en vertu de l'article 21, alinéa 1, LET.

Les dispositions de la LET instituent un transfert de patrimoine selon inventaire (bilan à arrêter par le Conseil fédéral) en faveur d'une société anonyme de droit public (Swisscom SA). L'ensemble des éléments patrimoniaux mentionnés dans l'inventaire sont transférés de par la loi et en un seul acte, sans que les formes de la succession à titre singulier doivent être respectées.

3. Loi sur les Chemins de fer fédéraux⁷⁸

Les articles 24 et 25 LCFF contiennent des dispositions identiques aux articles 21 et 23 LET. Ils prévoient également un transfert à une société anonyme de droit public d'un patrimoine à définir dans un inventaire. Ce transfert est réalisé de par la loi et en un seul acte.

4. Loi fédérale sur les entreprises d'armement de la Confédération⁷⁹

Selon l'article 5, alinéa 1, LEAC, les entreprises d'armement actuelles du Groupement de l'armement sont transformées ("übergeführt" dans le texte allemand) en sociétés anonymes de droit privé. L'article 5, alinéa 2, LEAC prévoit que les actifs et les passifs ainsi que les droits et les obligations contractuels des entreprises d'armement actuelles sont transférés dans ces

⁷⁷ RS 784.11.

⁷⁸ RS 742.31.

⁷⁹ RS 934.21.

sociétés anonymes. En vertu de l'article 5, alinéa 3, LEAC, les modalités sont réglées par le Conseil fédéral.

Ces dispositions sommaires ne régissent en réalité pas une transformation proprement dite de la forme juridique des entreprises d'armement⁸⁰. Elles constituent davantage une base légale permettant le transfert de par la loi d'une part de patrimoine appartenant à la Confédération à une société anonyme. Ce transfert a pris la forme d'un apport en nature⁸¹.

⁸⁰ Au sujet des différentes formes de transformation, cf. CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, RDS 1994, p. 374; DANIEL WEHRLI, p. 15 ss.

⁸¹ Cf. le texte de l'inscription au registre du commerce; Feuille officielle suisse du commerce no 120 du 24.06.1999, p. 4228.

Chapitre 3

Projet de loi sur la fusion

§ 1 Elaboration du projet

Les dispositions légales actuelles en matière de modification des structures juridiques des entreprises sont (très) lacunaires et peu flexibles¹: la fusion et la transformation ne sont prévues par la loi que de manière très ponctuelle (art. 748 ss, 770, al. 3, 824 ss et 914 CO; art. 14 LB), alors que la scission n'est régie par aucune disposition légale. La pratique libérale des autorités du registre du commerce en la matière², suivie par les autorités judiciaires³, a permis de pallier en partie cette réglementation légale peu satisfaisante. Il n'en demeure pas moins que, vu les intérêts en présence, une intervention du législateur reste indispensable, notamment dans le but de rétablir la sécurité du droit en matière de restructurations d'entreprises.

En 1992 déjà, l'Office fédéral de la justice a mandaté le professeur FRANK VISCHER d'élaborer une proposition de réglementation. Ce projet d'expert a ensuite été retravaillé par l'administration (Office fédéral du registre du commerce) et complété par des dispositions de droit international privé. Par ailleurs, l'Administration fédérale des contributions a été chargée par le Conseil fédéral de proposer des adaptations du droit fiscal destinées à assurer la neutralité fiscale des opérations de fusion, de scission et de transformation; un groupe de travail "Impôts lors de restructurations" a été constitué à cet effet. Ce projet législatif a donc été mis sur pied à la seule initiative de l'administration; aucune intervention parlementaire en la matière n'est à relever.

Fin 1997, l'avant-projet de loi sur la fusion, la scission et la transformation de sujets ainsi que le rapport du groupe de travail "Impôts lors de restructurations" ont été soumis à la consultation des milieux intéressés. L'avant-

¹ FF 2000 p. 4000 ss.

² A ce sujet, cf. FF 2000 p. 3998 s.; Die Praxis des Eidg. Amts für das Handelsregister in Fragen betreffend Umwandlungen und rechtsformüberschreitende Fusionen, in: REPRAX 1/99, p. 41 ss; PETER / CAVADINI-BIRCHLER / STUCCHI, ARC 1999, p. 106 ss.

³ Cf. en particulier l'ATF 125 III 18, commenté par CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, RSDA 4/2000, p. 191 ss.

projet de loi sur la fusion a été accueilli très favorablement⁴. Dès lors, le Conseil fédéral a, au mois de septembre 1999, chargé le Département fédéral de justice et police ainsi que le Département fédéral des finances d'élaborer un message à l'attention du Parlement. Ce message a été rédigé par l'administration. Différents spécialistes ont néanmoins été consultés. En particulier, la nouvelle réglementation du transfert de patrimoine a été soumise à l'examen critique des professeurs FRANK VISCHER, ERNST A. KRAMER et ROLAND VON BÜREN⁵. Le texte définitif du message a été adopté par le Conseil fédéral le 13 juin 2000.

§ 2 Objet

I. Introduction

Le projet de loi sur la fusion a pour objet de régler l'adaptation des structures juridiques des sociétés de capitaux, des sociétés en nom collectif, des sociétés en commandite, des sociétés coopératives, des associations, des fondations et des entreprises individuelles⁶. Les opérations régies par la loi sont la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine. Chacune de ces opérations fait l'objet d'un chapitre séparé du projet. La

⁴ Cf. le classement des réponses suite à la procédure de consultation, Loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation de sujets (loi sur la fusion), Berne 1999. Concernant, d'une manière générale, l'avant-projet de loi sur la fusion, cf. CHRISTOP BLÄSI, ARC 1998, p. 99 ss; ROLAND VON BÜREN, RDS 1998, p. 299 ss; VON BÜREN / KINDLER, RSDA 1/1998, p. 1 ss; STEFAN EBERHARD, p. 191 ss; GASSER / EGGENBERGER, PJA 4/1998, p. 457 ss; GASSER / EGGENBERGER, ECS 1-2/2000, p. 61 ss; DANIEL GIRSBERGER, RDS 1998 p. 317 ss; THOMAS KINDLER / CHRISTOP LANG, Revue 5/1998 p. 4 ss; MORITZ KUHN, RDS 1999, p. 241 ss; PETER V. KUNZ, § 13 N 1 ss; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, RSDA 1/1999, p. 17 ss; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, RSJB vol. 135bis, p. 29 ss; MEIER-SCHATZ / GASSER, RSDA 1/1999, p. 17; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, FS Zäch, p. 539 ss; CLEMENS MEISTERHANS, ARC 1998, p. 79 ss; PETER NOBEL, RDS 1998, p. 355 ss; PETER / STUCCHI, ECS 4/98, p. 339 ss; RUDOLF TSCHANI, Übernahme, p. 34 ss; TURIN / KLÄY, ECS 1-2/1998, p. 45 ss; FRANK VISCHER, BJM 6/1999, p. 289 ss; FRANK VISCHER, RSJB 1999 vol. 135bis, p. 9 ss.

⁵ FF 2000 p. 4010 s.

⁶ L'art. 2, let. a, P-LFus régroupé l'ensemble de ces formes juridiques (ainsi que les instituts de droit public) sous le terme générique de "sujet" ("Rechtsträger" en allemand). Concernant la notion de sujet, cf. TURIN / KLÄY, REPRAX 1/01, p. 48 (f), p. 8 (d).

modification des structures juridiques des fondations et des institutions de prévoyance est cependant régie par des dispositions spéciales (art. 78 ss et 88 ss P-LFus). Il en va de même des opérations mettant en présence des instituts de droit public (art. 99 ss P-LFus)⁷. En annexe au projet de loi sur la fusion, il est prévu de modifier la LDIP⁸ afin de réglementer les opérations de restructuration transfrontalières, c'est-à-dire les transactions qui mettent en présence des sujets dont le siège est situé dans des Etats différents. La révision du droit fiscal, également proposée par le projet de loi sur la fusion, doit assurer la neutralité fiscale de la plupart des opérations de restructuration.

Les nouvelles bases légales proposées par le projet de loi sur la fusion doivent permettre d'améliorer la mobilité dans l'organisation juridique des entreprises⁹. Cette réglementation doit garantir la sécurité du droit et la transparence, tout en protégeant les créanciers, les travailleurs et les personnes disposant d'une participation minoritaire¹⁰. Le projet de loi sur la fusion ne vise cependant ni à encourager, ni à restreindre les opérations de modification des structures juridiques, pas plus qu'il n'a pour objectif d'encourager la concentration ou la déconcentration des entreprises¹¹. Il offre uniquement un cadre légal, en droit privé, qui permet la réalisation de ces opérations.

La réglementation proposée par le projet de loi sur la fusion est dense et peut sembler compliquée. Il ne faut cependant pas perdre de vue que la fusion, la transformation et surtout la scission sont des institutions juridiques en soi complexes. Par ailleurs, le projet régit aussi bien les opérations de restructuration entre sujets de même forme juridique que les opérations mettant en présence des sujets de forme juridique différente; il a ainsi fallu créer des règles qui soient applicables indépendamment de la forme juridique que le sujet revêt et qui tiennent compte de ses caractéristiques. Vu

⁷ Concernant la définition des instituts de droit public, cf. art. 2, let. d, P-LFus.

⁸ RS 291.

⁹ FF 2000 p. 4011. FRANK VISCHER, Fusionsgesetz, p. 1.

¹⁰ Art. 1, al. 2, P-LFus. Le Conseil des Etats a décidé, sur proposition de la Commission des affaires juridiques, de également mentionner les travailleurs dans cette disposition (BO CE 2001 p. 147); cet amendement a également été adopté par le Conseil national (BO CN 2003 p. 232).

¹¹ FF 2000 p. 4165. Le discours d'entrée en matière de la Conseillère fédérale RUTH METZLER-ARNOLD devant le Conseil des Etats et le Conseil national va dans le même sens; cf. BO CE 2001 p. 147 et BO CN 2003 p. 231.

sous cet angle, il y a lieu de considérer que le volume de la loi (une centaine de dispositions) reste dans un cadre raisonnable¹² et que le règlementation proposée demeure accessible.

II. Fusion

1. Notioo

La fusion consiste en la réunion de deux ou plusieurs sociétés sans liquidation par transfert à titre universel de patrimoine. En général, la fusion a lieu contre attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat de la société reprenante aux associés de la société transférante (art. 7 P-LFus). La société reprise est dissoute et radiée du registre du commerce (art. 3, al. 2, et 21, al. 3, P-LFus). L'ensemble de son patrimoine (actif et passif) est transféré de par la loi, plus précisément par voie de succession à titre universel, à la société reprenante (art. 22, al. 1, P-LFus).

2. Formes de fusioo

Conformément à l'article 3, alinéa 1, P-LFus, la fusion peut prendre deux formes: elle peut résulter de la reprise d'une société par une autre (fusion par absorption) ou de leur réunion au sein d'une nouvelle société (fusion par combinaison).

3. Coatiouité du patrimoine et de sociétariat

La fusion est réalisée dans la double continuité du patrimoine et, en principe, du sociétariat.

a) Coatiouité du patrimoine

L'ensemble du patrimoine de la société transférante passe de par la loi à la société reprenante (art. 22, al. 1, 2^{ème} phrase, P-LFus); aucun élément patrimonial n'échappe au transfert, ni ne peut y être soustrait.

¹² A titre de comparaison, la loi allemande ("Umwandlungsgesetz", UmwG, du 28.10.1994, modifiée le 27.07.1998) comprend pas moins de 325 articles.

b) Continuité du sociétariat

Conformément à l'article 7 P-LFus, l'ensemble des associés de la société transférante doivent acquérir des droits de sociétariat de la société reprenante, ou alors des parts sociales (au sens large) de la société reprenante, lorsque le sociétariat est incorporé dans une part sociale (p. ex. les actions de la société anonyme)¹³.

4. Dédommagement

Le principe de la continuité du sociétariat, qui résulte de l'article 7 P-LFus, connaît une dérogation: l'article 8, alinéa 1, P-LFus permet aux sociétés qui fusionnent de prévoir dans le contrat de fusion que les associés de la société transférante pourront choisir entre des droits de sociétariat (ou des parts sociales) et un dédommagement. Les associés disposent alors d'un droit d'option. En vertu de l'article 8, alinéa 2, P-LFus, la fusion peut même être convenue uniquement contre attribution d'un dédommagement. Dans ce cas, la fusion doit être approuvée par au moins 90 % des associés disposant d'un droit de vote (art. 18, al. 5, P-LFus). Lorsqu'un dédommagement est prévu, celui-ci peut consister en n'importe quelle prestation patrimoniale, en espèces ou en nature, à l'exception toutefois de droits de sociétariat (ou de parts sociales) de la société reprenante¹⁴.

La possibilité d'offrir un dédommagement est une nouveauté importante du projet de loi sur la fusion¹⁵. Elle permet à la fusion d'interrompre le sociétariat et conduit à une nouvelle définition de la notion de fusion, dans laquelle le principe de la continuité du sociétariat n'est plus systématiquement un élément caractéristique¹⁶.

¹³ Cf. également FF 2000 p. 4047 et 4054 ss.

¹⁴ FF 2000 p. 4058.

¹⁵ Concernant le droit actuel, cf. chap. 2 § 2 I. 2. (ci-dessus).

¹⁶ En droit actuel, le principe de la continuité du sociétariat constitue encore un des éléments caractéristiques de la fusion; ATF 108 Ib 450 spéc. 456. A ce sujet, cf. également PETER BÖCKLI, N 294b; FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, § 57 N 11; BURKHARD K. GANTENBEIN, p. 40 s.; MANFRED KÜNO, RSDA 5/1991, p. 247; PETER V. KUNZ, § 13 N 74; ROBERT MEIER, Barabgeltungen, p. 141 ss; JÜRIG SUTER, p. 66. L'admissibilité de la fusion entre fondations (ATF 115 II 415) a cependant déjà relativisé la portée de ce principe. En effet, la fondation n'ayant pas d'associés, la fusion entre fondations a lieu sans continuité du sociétariat.

5. Fusion simplifiée

Une autre dérogation au principe de la continuité du sociétariat résulte de la réglementation des articles 23 s. P-LFus, qui traitent de la procédure de fusion simplifiée¹⁷. Conformément à l'article 23, alinéa 1, P-LFus, les sociétés de capitaux peuvent fusionner à des conditions simplifiées dans deux situations:

- La société de capitaux reprenante détient l'ensemble des parts sociales de la société de capitaux transférante conférant droit de vote (fusion entre une société-mère et une filiale). L'article 23, alinéa 2, P-LFus étend le champ d'application de la fusion simplifiée aux situations où la société-mère ne détient pas l'ensemble, mais au moins 90 %, des parts sociales conférant droit de vote. La fusion simplifiée est alors soumise à des conditions qualifiées (art. 23, al. 2, let. a et b, P-LFus). D'une part, les associés disposant d'une participation minoritaire doivent se voir proposer un dédommagement qui correspond à la valeur réelle des parts sociales. D'autre part, la fusion ne doit pas avoir pour conséquence d'introduire une obligation d'effectuer des versements supplémentaires, une obligation de fournir d'autres prestations personnelles ou une responsabilité personnelle pour les titulaires de parts minoritaires.
- Un sujet, une personnes physique ou un groupement de personnes basé sur un contrat ou sur la loi¹⁸ détient l'ensemble des parts sociales conférant droit de vote des sociétés de capitaux qui fusionnent (fusion entre sociétés soeurs).

Lorsque les conditions pour une fusion simplifiée sont réunies, ce qui devrait être le cas pour la majorité des fusions¹⁹, le sujet reprenant peut notamment renoncer à augmenter son capital. La possibilité de renoncer à une augmentation de capital résulte de l'article 24 P-LFus, qui prévoit que l'ensemble des dispositions relatives au sociétariat et à l'approbation de la fusion par l'assemblée générale (modification des statuts) ne sont pas applicables. La fusion simplifiée a ainsi lieu sans émission de nouvelles parts sociales. Toutefois, le sociétariat est, en principe, maintenu de manière indirecte. Dans le cas de la fusion entre une société-mère et une filiale, la

¹⁷ Concernant la fusion simplifiée, cf. également FRANK VISCHER, Fusionsgesetz, p. 6 s.

¹⁸ La notion de groupement de personnes basé sur un contrat ou sur la loi est une innovation du projet de loi sur la fusion. A ce sujet, cf. FF 2000 p. 4076 s.

¹⁹ TURIN / KLÄY, REPRAX 1/01, p. 53 (f), p. 13 (d).

société-mère renonce à émettre des actions propres (les droits des associés de la société-mère ne sont, en revanche, pas touchés). Dans l'hypothèse de la fusion entre sociétés sœurs, la composition du cercle des associés participant à l'ensemble des sociétés qui fusionnent n'est pas modifiée; les associés conservent cependant leur participation dans une seule société. La réglementation des articles 23 s. P-LFus codifie la pratique actuelle²⁰ et en élargit le champ d'application.

6. Fusions autorisées

Le projet de loi sur la fusion permet aussi bien la fusion entre sociétés de même forme juridique que la fusion entre sociétés de forme juridique différente. L'article 4 P-LFus règle dans le détail les opérations de fusion autorisées²¹. Si la fusion entre sociétés de même forme juridique est toujours possible, la fusion entre sociétés de forme juridique différente n'est prévue que si les formes juridiques en présence sont fondamentalement compatibles²². Ainsi, il n'est notamment pas admis qu'une société de personnes, qui ne jouit pas de la personnalité juridique, (société en nom collectif ou en commandite) reprenne par voie de fusion une personne morale; l'opération inverse est cependant prévue. La reprise d'une société de capitaux par une association n'est pas non plus envisagée.

III. Scission

1. Notion

D'un point de vue fonctionnel, la scission peut représenter l'opération inverse de la fusion. Dans leur conception, les institutions juridiques de la fusion et de la scission sont cependant très proches et présentent de

²⁰ Au sujet du droit actuel, cf. chap. 2 § 2 I. 2. (ci-dessus). Les réserves faites à l'égard de la pratique actuelle en ce qui concerne la protection des créanciers n'ont ici plus cours dans la mesure où la possibilité de renoncer à une augmentation de capital est désormais expressément prévue par la loi. Par ailleurs, le projet de loi sur la fusion étend les mesures de protection en faveur des créanciers à l'ensemble des sociétés participant à la fusion (art. 25 P-LFus).

²¹ Cf. également les art. 78, al. 1, 88, al. 1, et 99, al. 1, let. a, P-LFus concernant la fusion de fondations, d'institutions de prévoyance et d'instituts de droit public.

²² Pour davantage de détails, cf. FF 2000 p. 4048 ss.

nombreuses analogies. En effet, la scission représente une forme de "fusion partielle" ou de fusion portant sur une (ou plusieurs) part(s) de patrimoine. Ceci est tout particulièrement le cas lorsque la société qui reprend la part de patrimoine existe déjà (scission à des fins de reprise); il y a réunion d'une part de patrimoine dans la continuité du sociétariat²³.

La scission au sens des articles 29 ss P-LFus, peut être définie comme le transfert d'une ou plusieurs parts du patrimoine d'une société contre attribution de droits de sociétariat de la société reprenante, ou des sociétés reprenantes, aux associés de la société transférante²⁴. La scission implique donc une nouvelle répartition du patrimoine d'une société ainsi qu'une nouvelle répartition des droits de sociétariat²⁵.

La réglementation de la scission instaure une des principales innovations du projet de loi sur la fusion²⁶. Ces nouvelles dispositions légales offriront aux entreprises un outil qui permet de nombreuses possibilités de réorganisation des structures juridiques. La variété de formes que peut revêtir la scission est à la base de la complexité de sa réglementation.

2. Formes de scission

L'article 29 P-LFus définit deux formes de scission:

- La division

Une société divise l'ensemble de son patrimoine actif et passif en parts qu'elle transfère à deux autres sociétés ou plus. Les associés de la société transférante deviennent associés des sociétés qui reprennent les parts de patrimoine. Avec la division, la société transférante est dissoute sans liquidation et radiée du registre du commerce.

²³ FF 2000 p. 4085.

²⁴ TURIN / KLÄY, REPRAX 1/01, p. 59 (f), p. 19 (d).

²⁵ FF 2000 p. 4012.

²⁶ La scission n'est actuellement pas régie par la loi. Elle doit être considérée comme illicite *de lege lata*. Cf. FF 2000 p. 4000 s.; URS R. BEHNISCH, p. 75 s.; BALTHASAR BESSENICH, RSDA 1992, p. 157 ss; PETER V. KUNZ, § 13 N 112; MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, § 24 N 67; HENRY PETER, SJ 1999, p. 115; PIERRE-ALAIN RECORDON, p. 49. Opinion dissidente: MANFRED KÜNG, BaK Vorbemerkungen zu Art. 732-735 N 18 s.; CASPAR ZELLWEGER, ARC 1993, p. 24 ss.

– La séparation

Une société sépare une ou plusieurs parts de son patrimoine qu'elle transfère à une ou plusieurs autres sociétés déjà existantes ou nouvellement fondées. Les associés de la société transférante deviennent associés des sociétés reprenantes. Contrairement à la division, la société transférante n'est pas dissoute en cas de séparation. En effet, les parts de patrimoine transférées ne représentent qu'une partie, et non pas l'ensemble, de son patrimoine.

Indépendamment de la réalisation de la scission par voie de division ou de séparation, les parts de patrimoine peuvent être transférées à une société existante ou à une société nouvellement constituée dans le cadre de la scission. Dans la première hypothèse, on parle de "scission à des fins de reprise", et, dans la deuxième, de "scission à des fins de constituer de nouvelles sociétés"²⁷.

3. Continuité du patrimoine et du sociétariat

Tout comme la fusion, la scission a lieu dans la double continuité du patrimoine et du sociétariat.

a) Continuité du patrimoine

Par la scission, une part de patrimoine au moins est transférée. La scission par division implique même toujours le transfert de deux parts de patrimoine au moins. Les objets du patrimoine actif et passif qui composent les parts de patrimoine sont désignés dans un inventaire (art. 37, let. b, P-LFus). Conformément à l'article 52 P-LFus, l'inscription de la scission au registre du commerce provoque le transfert de par la loi de l'ensemble des actifs et des passifs énumérés dans l'inventaire. Le transfert a lieu en un seul acte, sans que les formes propres au transfert individuel des différents éléments patrimoniaux (applicables en matière de succession à titre singulier) doivent être respectées, comme c'est également le cas pour la fusion. Par ailleurs, l'article 38 P-LFus contient des règles supplétives d'attribution pour les valeurs patrimoniales qui ne sont pas, ou qui ne peuvent pas être, attribuées sur la base du contrat de scission. Cette disposition doit garantir qu'aucun élément patrimonial actif ou passif ne soit exclu de la scission.

²⁷ FF 2000 p. 4013.

b) Continuité du sociétariat

L'ensemble des associés de la société qui se scinde doivent conserver des droits de sociétariat dans au moins une des sociétés participant à la scission. Ils ne peuvent pas perdre la qualité d'associé (exclusion ou sortie), pas même contre attribution d'un dédommagement comme le prévoit l'article 8 P-LFus en matière de fusion.

En vertu de l'article 31, alinéa 2, P-LFus, le maintien des droits de sociétariat des associés peut cependant prendre différentes formes:

- Les associés de la société transférante peuvent se voir attribuer des droits de sociétariat ou des parts sociales de l'ensemble des sociétés participant à la scission qui sont proportionnels à leurs participations antérieures (scission symétrique). Ainsi, en cas de séparation, les associés conservent leurs participations antérieures dans la société transférante et reçoivent en plus une participation dans les sociétés reprenantes.
- Les associés de la société transférante peuvent se voir attribuer des droits de sociétariat ou des parts sociales de certaines ou de l'ensemble des sociétés participant à la scission qui ne sont pas proportionnels à leurs participations antérieures (scission asymétrique). Dans cette hypothèse, la scission modifie la répartition des participations des associés de la société transférante. Une multitude de variantes sont envisageables²⁸. Ainsi, l'ensemble des associés peuvent recevoir des droits de l'ensemble des sociétés participant à la scission, mais qui ne correspondent pas à leurs participations antérieures. Il est également envisageable que certains associés "sortent" de la société transférante et deviennent associés d'une ou de plusieurs sociétés reprenantes, alors que les autres associés conservent uniquement leur participation dans la société transférante.

4. Scissions autorisées

L'article 30 P-LFus permet la scission de sociétés anonymes, de sociétés à responsabilité limitée, de sociétés en commandite par actions et de sociétés coopératives. Ces différentes formes de sociétés peuvent être impliquées dans la scission en tant que sociétés transférantes ou en tant que sociétés

²⁸ Pour davantage de détails concernant les différentes possibilités d'attribuer les droits de sociétariat, cf. FF 2000 p. 4013, 4083 s. et 4086 s. Cf. également TURIN / KLAY, REPRAX 1/01, p. 60 s. (f), p. 20 s. (d).

reprentantes. Une société anonyme peut ainsi se diviser en une société à responsabilité limitée et en une société coopérative.

IV. Transformation

1. Notion

L'article 53 P-LFus permet à une société de changer de forme juridique, sans que ses rapports juridiques ne s'en trouvent modifiés. Ainsi, la société conserve, sans interruption, sa personnalité juridique et l'ensemble des ses relations juridiques, tant patrimoniales que sociales. Contrairement à la réglementation actuelle des articles 824 ss CO régissant la transformation d'une société anonyme en une société à responsabilité limitée, la transformation de la forme juridique au sens du projet de loi sur la fusion a, en principe, lieu sans changement de sujet de droit²⁹. Malgré la transformation, le même sujet de droit continue d'exister. Il n'est, dès lors, pas nécessaire de dissoudre la société, ni de la liquider (afin de transférer son patrimoine), ni même de constituer une nouvelle société. La société qui change de forme juridique demeure économiquement et juridiquement identique³⁰, seul l'"habit" juridique de la société titulaire du patrimoine change.

2. Continuité du sociétariat

La transformation ayant lieu, en principe, par simple changement de forme juridique, l'identité du sujet de droit est maintenue et la continuité du sociétariat est également garantie (art. 56 P-LFus). Les droits et les obligations des associés à l'égard de la société sont maintenus, et ce même pour les associés qui n'ont pas consenti à la transformation. Toutefois, les dispositions applicables à la nouvelle forme juridique ainsi que les nouveaux

²⁹ Concernant les différentes formes de transformation, cf. notamment CHLOÉ AYER, p. 13 ss; VON BÜREN / BÜRGI, REPRAX 1/99, p. 3 ss; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, RDS 1994, p. 374; DANIEL WEHRLI, p. 15 ss. Au sujet des détails de la réglementation du projet de loi sur la fusion et, en particulier, des caractéristiques de la transformation des sociétés de personnes, cf. TURIN / KLÄY, REPRAX 1/01, p. 67 s. (f), p. 27 s. (d); BO CE 2001 p. 157 (intervention du rapporteur ROLF SCHWEIGER ad art. 53-55).

³⁰ FF 2000 p. 4099.

statuts régissent le sociétariat une fois que la transformation a déployé ses effets juridiques.

3. Transformations autorisées

L'article 54 P-LFus contient le catalogue des opérations de transformation autorisées³¹. Celui-ci s'aligne sur les opérations de fusions entre sociétés de forme juridique différente prévues par l'article 4 P-LFus. En effet, la fusion entre deux sociétés de forme juridique différente peut toujours être décomposée en une transformation de la société transférante en une société revêtant la forme juridique de la société reprenante, suivie de la fusion entre sociétés de même forme juridique³².

V. Transfert de patrimoine

La réglementation des articles 69 ss P-LFus relative au transfert de patrimoine a été introduite dans le projet de loi sur la fusion suite à la procédure de consultation³³. Cette nouvelle institution juridique permet aux sujets inscrits au registre du commerce de transférer, de par la loi, tout ou partie de leur patrimoine, avec actifs et passifs, à un autre sujet de droit privé³⁴.

L'ensemble des sociétés et des entreprises individuelles (personnes physiques) inscrites au registre du commerce, de même que les fondations, les institutions de prévoyance et les instituts de droit public peuvent procéder à un transfert de patrimoine³⁵.

³¹ Cf. également les an. 97, al. 1, et 99, al. 1, let. b, P-LFus relatifs à la transformation d'institutions de prévoyance et d'instituts de droit public.

³² FF 2000 p. 4099 s.

³³ Certes, le rapport final du Groupe de réflexion "droit des sociétés" du 24 septembre 1993 (p. 66) annonce déjà le transfert de patrimoine en tant qu'objet de la réglementation de la future loi sur la fusion. Il n'est cependant pas encore question d'une réglementation aussi exhaustive que celle proposée par le projet du Conseil fédéral. Il s'agit davantage de la "dissociation", qui était une forme de scission proposée par l'avant-projet de loi sur la fusion mis en consultation. Concernant la dissociation et les motifs qui ont conduit à l'abandon de cet institut juridique, cf. chap. 3 § 3 l. (ci-dessous).

³⁴ Au sujet de la nature de la réglementation du transfert de patrimoine, cf. chap. 4 (ci-dessous).

³⁵ Concernant les transferts de patrimoine autorisés, cf. chap. 6 (ci-dessous).

Pour réaliser un transfert de patrimoine, les parties doivent conclure un contrat³⁶ qui contient notamment un inventaire des éléments patrimoniaux actifs et passifs qui seront transférés ainsi que le montant de la contre-prestation. L'attribution d'une contre-prestation n'est toutefois, en principe, pas une condition pour la réalisation du transfert de patrimoine.

Le transfert de patrimoine doit être inscrit au registre du commerce. Cette inscription a pour effet de transférer au sujet reprenant, de par la loi et en un seul acte, l'ensemble des actifs et des passifs énumérés dans l'inventaire³⁷. Tout comme en matière de scission, le transfert a lieu sans que les formes régissant le transfert individuel des éléments patrimoniaux (propres à la succession à titre singulier) doivent être respectées.

Lorsque le sujet transférant est une société, ses associés doivent, une fois le transfert de patrimoine réalisé, être informés par un compte rendu dans l'annexe aux comptes annuels³⁸, l'information a lieu lors de l'assemblée générale qui suit le transfert de patrimoine si la société transférante n'est pas assujettie à l'obligation d'établir des comptes annuels.

Les droits des créanciers du sujet transférant (peu importe sa forme juridique) sont protégés par la responsabilité solidaire du sujet reprenant et du sujet transférant pendant trois ans pour l'exécution des dettes nées avant le transfert de patrimoine³⁹. Lorsque la responsabilité solidaire n'offre pas une protection suffisante, les créanciers peuvent exiger des sûretés.

Du point de vue fonctionnel, le transfert de patrimoine permet de réaliser une multitude de transactions⁴⁰, notamment lorsqu'il est combiné avec d'autres institutions juridiques. En particulier, il peut servir de succédané à une fusion, à une scission ou à une transformation; il peut également être utilisé lors de la constitution d'une société par apport en nature ou encore afin d'aliéner tout ou partie d'un patrimoine.

³⁶ Au sujet du contrat de transfert, cf. chap. 9 (ci-dessous).

³⁷ Concernant les effets de l'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine, cf. chap. 10 § 3 (ci-dessous).

³⁸ Les droits des associés font l'objet du chap. 11 (ci-dessous).

³⁹ Cf. chap. 12 (ci-dessous) concernant la protection des créanciers.

⁴⁰ Concernant les cas d'application du transfert de patrimoine, cf. chap. 5 (ci-dessous).

§ 3 Principales innovations par rapport à l'avant-projet

L'avant-projet de loi sur la fusion a subi de nombreuses modifications et a été complété suite à la procédure de consultation. Les innovations suivantes méritent notamment d'être mentionnées⁴¹.

I. Abandon de la dissociation

Aux côtés de la division et de la séparation⁴², l'avant-projet de loi sur la fusion prévoyait une troisième forme de scission: la dissociation⁴³. Celle-ci devait permettre le transfert d'une ou plusieurs parts de patrimoine à d'autres sujets contre remise de parts sociales ou de droits de sociétariat des sujets reprenants ou d'un dédommagement. Contrairement à la division et à la séparation, la contre-prestation devait revenir impérativement à la société transférante, et non pas à ses associés. La dissociation était prévue pour les sociétés de capitaux et pour les sociétés coopératives. Le champ d'application de la dissociation visait en particulier la création de sociétés filiales ou de *joint-venture* par un apport en nature⁴⁴. Par ailleurs, une proposition de modification de l'article 181 CO devait contraindre les sociétés de capitaux et les sociétés coopératives à suivre la procédure de la scission (et, en particulier, celle applicable en matière de dissociation) lors de tout transfert de patrimoine, notamment dans le but de constituer une société filiale.

La réglementation de la dissociation a été abandonnée au profit du transfert de patrimoine (art. 69 ss P-LFus). Les raisons de cet abandon sont notamment à chercher dans les résultats de la procédure de consultation⁴⁵. La réglementation de la dissociation a en effet posé certains problèmes de compréhension et a soulevé certaines critiques. En particulier, l'assujettissement obligatoire du transfert de parts de patrimoine de sociétés de capitaux et de sociétés coopératives aux dispositions régissant la scission a été critiqué en raison de la lourdeur de la procédure et des coûts qui en résulteraient.

⁴¹ Cf. également CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, p. 37 ss.

⁴² Au sujet de ces deux formes de scission, cf. chap. 3 § 2 III. 2. (ci-dessus).

⁴³ Art. 39, let. c, AP-LFus. Cf. également STEFAN EBERHARD, p. 201; FRANK VISCHER, BJM 6/1999, p. 299 ss; FRANK VISCHER, RSJB 1999 vol. 135bis, p. 18 ss.

⁴⁴ Rapport explicatif concernant l'avant-projet de loi sur la fusion (novembre 1997), p. 43.

⁴⁵ FF 2000 p. 4017.

Comme le relève le message du Conseil fédéral⁴⁶, la dissociation ne présente que peu d'analogies avec les deux autres formes de scission. En effet, elle ne modifie pas les droits des associés des sociétés qui y participent. Par ailleurs, lorsque la valeur de la contre-prestation versée dans le cadre de la dissociation est au moins égale à la valeur de la part de patrimoine transférée, la dissociation n'a aucun effet sur le substrat de responsabilité de la société transférante. Elle présente donc des risques limités pour les créanciers de la société transférante. L'application de l'ensemble des dispositions relatives à la scission se serait par conséquent avérée excessive pour les états de fait visés par la dissociation.

II. Réglementation du "transfert de patrimoine"

La nouvelle réglementation des articles 69 ss P-LFus est la conséquence de l'abandon de la dissociation. Elle constitue la principale innovation du projet⁴⁷. Le transfert de patrimoine se distingue de la dissociation essentiellement sur les points suivants:

- Il n'est plus une sous-catégorie de la scission, mais une institution juridique autonome.
- D'un point de vue fonctionnel, la réglementation du transfert de patrimoine est conçue de manière beaucoup plus large⁴⁸ que celle de la dissociation, telle que proposée par l'avant-projet de loi sur la fusion. Elle ne se limite pas à la création de filiales et de *joint-ventures* par un apport en nature, mais peut constituer un succédané, voire une alternative, aux autres formes de restructurations régies par le projet. Elle permet également de réaliser des opérations qui s'apparentent à l'aliénation d'un ensemble de biens.
- Les opérations de restructuration autorisées sont admises très largement. Alors que la dissociation n'était prévue que pour les sociétés de capitaux et les sociétés coopératives, l'ensemble des sujets, indépendamment de leur forme juridique, peuvent participer à un transfert de patrimoine.
- La procédure est simplifiée. Les sujets participants ne doivent pas établir un rapport portant sur le transfert de patrimoine, ni faire vérifier le

⁴⁶ FF 2000 p. 4017.

⁴⁷ Dans le même sens: CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, p. 42.

⁴⁸ Pour davantage de détails concernant les cas d'application du transfert de patrimoine, cf. chap. 5 (ci-dessous).

transfert de patrimoine par un réviseur. Par ailleurs, les dispositions régissant la protection des créanciers sont moins contraignantes (mesures de protection postérieures à la réalisation du transfert de patrimoine; absence d'appel aux créanciers; droit des créanciers d'exiger des sûretés à des conditions restrictives).

III. Titre de projet de loi

Le titre de la loi a été modifié afin de tenir compte de la nouvelle réglementation du transfert de patrimoine. Le titre "loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation de sujets" a été abandonné au profit de "loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine".

IV. Opérations de modification des structures juridiques autorisées

Le catalogue des fusions et transformations autorisées a été complété⁴⁹, notamment afin de tenir compte des critiques émises lors de la procédure de consultation.

V. Protection des travailleurs

Les droits des travailleurs, en cas de modification des structures juridiques de l'employeur, sont précisés (art. 27, al. 2 et 3, 49, al. 2 et 3, 68 et 76, al. 2, P-LFus). En particulier, les travailleurs peuvent exiger que leurs créances futures à l'égard de l'employeur soient, dans certaines limites, garanties. L'application de l'article 333 CO, relatif au transfert des rapports de travail, est expressément prévue en cas de fusion, de scission et de transfert de patrimoine (art. 27, al. 1, 49, al. 1, et 76, al. 1, P-LFus). Par ailleurs, les travailleurs, ou leur représentant, doivent impérativement être consultés avant la fusion, la scission et le transfert de patrimoine conformément à l'article 333a CO. Tant les travailleurs de la société transférante que ceux de la société reprenante doivent être consultés (art. 28, 50 et 77 P-LFus). Si cette

⁴⁹ Art. 4, al. 1, let. d, al. 2, let. c, al. 3, let. c, (fusions autorisées) et art. 54, al. 2, let. b, al. 3, let. b, et al. 5, (transformations autorisées) P-LFus.

norme n'est pas respectée, les travailleurs, ou leur représentation, peuvent exiger du juge qu'il interdise l'inscription au registre du commerce de l'opération de restructuration. Cette "sanction" doit garantir la mise en œuvre du droit de consultation des travailleurs.

VI. Allégements pour les P.M.E.

Alors que l'avant-projet ne faisait aucune distinction fondée sur la taille des sujets, le projet définit désormais les petites et moyennes entreprises (P.M.E.) à l'article 2, lettre e, et prévoit pour celles-ci des procédures de modification des structures juridiques allégées. La fusion de P.M.E. peut, moyennant le consentement de l'ensemble des associés, être réalisée sans qu'il soit nécessaire d'établir un rapport de fusion, de faire vérifier la fusion par un réviseur particulièrement qualifié et d'octroyer un droit de consultation aux associés (art. 14, al. 2, 15, al. 2, et 16, al. 2, P-LFus.)⁵⁰. Des allégements similaires sont également prévus en matière de scission (art. 39, al. 2, 40 et 41, al. 2, P-LFus) et de transformation (art. 61, al. 2, 62, al. 2, et 63, al. 2, P-LFus). Bien que l'ensemble des associés doive consentir à la procédure allégée, il y a lieu d'insister sur le fait qu'un associé minoritaire ne peut jamais bloquer une opération de restructuration; il peut tout au plus exiger que la fusion, la scission ou la transformation soit réalisée sans allégements.

VII. Fondations et institutions de prévoyance

Les dispositions relatives à la modification des structures juridiques des fondations font désormais l'objet d'un chapitre distinct (art. 78 ss P-LFus). Il en va de même des institutions de prévoyance (art. 88 ss P-LFus). Les dispositions applicables aux fondations et aux institutions de prévoyance ont également été amendées matériellement, en particulier eu égard à la nouvelle réglementation du transfert de patrimoine.

⁵⁰ A ce sujet, cf. également CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, p. 37 ss.

VIII. Instituts de droit public

La réglementation concernant la "conversion d'instituts de droit public" en sujets de droit privé a été modifiée, notamment en ce qui concerne le droit applicable⁵¹ et la réglementation de la responsabilité de l'Etat pour les dettes nées antérieurement à la restructuration⁵².

IX. Droit du registre du commerce

La réglementation détaillée relative au pouvoir d'examen des autorités du registre du commerce lors de l'inscription d'une fusion, d'une scission ou d'une transformation (art. 88 AP-LFus) ne fait plus partie du projet de loi sur la fusion. Les principes généraux du droit du registre du commerce sont donc applicables⁵³.

X. Droit fiscal

Les modifications résultant de la loi fédérale du 10 octobre 1997 sur la réforme 1997 de l'imposition des sociétés ont été prises en compte⁵⁴. Un concept différencié pour le délai d'attente de cinq ans qu'il faut respecter lors de restructurations est proposé⁵⁵. L'exonération directe des bénéfices de fusion a été abandonnée; l'exonération indirecte est en revanche maintenue⁵⁶. L'imposition des soultes et des augmentations de valeur nominale est également maintenue⁵⁷. Les allègements prévus en matière de droit de timbre d'émission ainsi que les modifications dans le domaine de la taxe sur la valeur ajoutée ont été abandonnés⁵⁸.

⁵¹ Les dérogations en faveur de l'application du droit public sont plus largement admises; cf. art. 100 P-LFus; FF 2000 p. 4134 ss.

⁵² Art. 101 P-LFus; FF 2000 p. 4136 s.

⁵³ Art. 940 CO; cf. également chap. 10 § 5 (ci-dessous).

⁵⁴ RO 1998 p. 669 ss.

⁵⁵ FF 2000 p. 4027 s.

⁵⁶ FF 2000 p. 4030 s.

⁵⁷ FF 2000 p. 4033.

⁵⁸ FF 2000 p. 4034 ss.

§ 4 Procédure parlementaire

A ce jour, le projet du Conseil fédéral a été adopté, en première lecture, par le Conseil des Etats et par le Conseil national. Il subsiste encore une vingtaine de divergences entre les deux conseils. Celles-ci sont cependant avant tout de nature technique et rédactionnelle.

Le Conseil des Etats a mené ses travaux au pas de charge: quatre séances de la Commission des affaires juridiques⁵⁹ et une discussion d'environ trois heures au plénum ont suffi pour approuver le projet de loi sur la fusion.

D'une manière générale, le projet du Conseil fédéral n'a subi que très peu d'amendements de la part du Conseil des Etats, du moins pour ce qui est de la réglementation de droit privé. En particulier, les dispositions relatives au transfert de patrimoine n'ont, dans leur ensemble, pas été remises en question.

Les principales modifications concernent les dispositions suivantes:

- Article 6 P-LFus: les conditions pour l'admissibilité d'une fusion d'assainissement, c'est-à-dire une fusion à laquelle participe un sujet surendetté ou qui a subi une perte en capital, ont été légèrement assouplies, sans pour autant que les droits des créanciers soient compromis⁶⁰.
- Articles 11, 35 et 58 P-LFus: les exigences relatives à l'établissement du bilan intermédiaire lors de fusions, de scissions et de transformations ont été simplifiées en conformité avec le droit européen⁶¹.
- Article 70, alinéa 2, P-LFus: cette disposition a été complétée de la manière suivante: "Le transfert d'immeubles dans le cadre d'un transfert de

⁵⁹ Les procès-verbaux de la commission parlementaire n'ont malheureusement pas pu être pris en considération, dans la mesure où ils demeureront confidentiels jusqu'au vote final relatif à la loi sur la fusion (art. 27, al. 2, du règlement du Conseil national du 22.06.1990 et art. 20, al. 2, du règlement du Conseil des Etats du 24.09.1986). Ils ne contiennent cependant que peu d'éléments déterminants pour la compréhension du transfert de patrimoine et confirment dans une très large mesure les explications exhaustives contenues dans le message du Conseil fédéral à l'appui de ce projet ainsi que les interventions rapportées par le procès-verbal du Conseil des Etats.

⁶⁰ BO CE 2001 p. 149. L'art. 6, al. 1, P-LFus est complété de sorte que l'exigence relative aux fonds propres librement disponibles ne s'applique pas en cas de postposition de créances d'un montant équivalent à celui de la perte en capital ou du surendettement.

⁶¹ BO CE 2001 p. 150, 153 et 157.

patrimoine doit cependant revêtir la forme authentique. Un acte authentique unique suffit, même lorsque les immeubles sont situés dans différents cantons. L'acte authentique est établi par un officier public au siège de la société transférée.⁶² Curieusement, une modification analogue n'a pas été décidée en matière de scission (art. 36 P-LFus), bien que la problématique soit la même⁶³.

- Article 103 P-LFus: cette norme a été adaptée afin de tenir compte de la modification décidée à l'article 70, alinéa 2, P-LFus⁶⁴.

Pour l'essentiel, le Conseil national a consenti aux modifications adoptées par le Conseil des Etats. Il a néanmoins amendé la réglementation des articles 70, alinéa 2, et 103 P-LFus concernant la forme du contrat de transfert⁶⁵. Par ailleurs, il a modifié les dispositions suivantes:

- Articles 2, lettre h, et 18, alinéa 1, lettre e, P-LFus: la possibilité pour les associations et les sociétés coopératives de prévoir dans leurs statuts qu'une assemblée des délégués intervient en lieu et place de l'assemblée générale a été prise en considération. Le droit de sortie des membres de l'association (art. 19, al. 1, P-LFus) a également été adapté en conséquence.
- Article 17 P-LFus: les devoirs des organes des sociétés en cas de modifications du patrimoine sont précisés.
- Articles 85, alinéa 4, et 96, alinéa 5, P-LFus (nouveaux): ces deux dispositions visent à garantir la protection des travailleurs lors de fusions entre fondations et entre institutions de prévoyance.
- Articles 102a et 109, alinéa 3, P-LFus (nouveaux): la perception de droits de mutations par les cantons et les communes lors de restructurations a été exclue.
- Articles 708, alinéas 1 et 3, 727, alinéa 2, et 740, alinéa 3, P-CO: les exigences de nationalité et de domicile pour les organes de la société anonyme sont adaptées au principe de non-discrimination résultant de l'accord entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des

⁶² BO CE 2001 p. 158.

⁶³ Cf. chap. 9 § 3 II. (ci-dessous).

⁶⁴ BO CE 2001 p. 160 et 168.

⁶⁵ A ce sujet, cf. chap. 9 § 3 III. (ci-dessous).

personnes⁶⁶, ainsi que de la Convention instituant l'Association européenne de libre-échange. Des dispositions correspondantes sont également prévues pour la société à responsabilité limitée (art. 813, al. 1, P-CO) et la société coopérative (art. 895 et 898, al. 2 et 3, P-CO).

⁶⁶ Cf. message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accord sectoriels entre la Suisse et la CE; FF 1999 p. 5440 ss.

Chapitre 4

Nature du transfert de patrimoine

§ 1 Définition du transfert de patrimoine

Le transfert de patrimoine au sens des articles 69 ss P-LFus¹ permet aux sujets inscrits au registre du commerce de transférer, de par la loi et en un seul acte, tout ou partie de leur patrimoine à un autre sujet².

La transfert de patrimoine est caractérisé par les éléments suivants:

- En principe, l'ensemble des sujets, peu importe leur forme juridique, peuvent participer à un transfert de patrimoine, que ce soit en tant que sujet transférant ou que sujet reprenant³.
- Le transfert de patrimoine repose sur un contrat qui contient notamment l'inventaire des éléments patrimoniaux actifs et passifs qui seront transférés⁴. La différence entre la valeur totale des actifs et celle des passifs transférés doit présenter un solde positif⁵.
- Le transfert de patrimoine doit être inscrit au registre du commerce. Cette inscription a pour effet de provoquer le transfert de par la loi de l'ensemble des éléments patrimoniaux actifs et passifs mentionnés dans l'inventaire⁶. Le transfert a lieu en un seul acte, sans que les formes propres au transfert individuel de chacun des éléments patrimoniaux (succession à titre singulier) doivent être respectées.
- Une multitude d'éléments patrimoniaux actifs et passifs peuvent être transférés⁷. Formellement, cette exigence est déjà satisfaite lorsqu'un seul droit est transféré.

¹ Cf. également les art. 86, al. 1, 98, al. 1, et 99, al. 2, P-LFus concernant la participation de fondations, d'institutions de prévoyance et d'instituts de droit public à un transfert de patrimoine.

² Cf. également TURIN / KLÄY, REPRAX I/01, p. 71 s. (f), p. 32 (d).

³ Concernant les transferts de patrimoine autorisés, cf. chap. 6 (ci-dessous).

⁴ Art. 71, al. 1, let. b, P-LFus. Cf. chap. 9 § 4 II. (ci-dessous).

⁵ Art. 71, al. 2, P-LFus. Cf. également chap. 12 § 1 (ci-dessous).

⁶ Art. 73, al. 2, P-LFus. Cf. également chap. 10 (ci-dessous).

⁷ Concernant la définition du patrimoine et de la part de patrimoine, au sens du projet de loi sur la fusion, cf. chap. 7 (ci-dessous).

- Le contrat de transfert doit revêtir la forme écrite⁸.
- L'attribution d'une contre-prestation en échange du patrimoine ou de la part de patrimoine n'est, en principe, pas une condition de la réalisation du transfert de patrimoine⁹.
- Contrairement à la fusion et à la scission, le transfert de patrimoine ne touche pas directement les droits de sociétariat des associés des sujets participants. L'éventuelle contre-prestation revient en effet au sujet transférant lui-même et non pas à ses associés.
- Le sujet transférant demeure solidairement responsable des dettes transférées pendant trois ans¹⁰.
- Les associés du sujet transférant doivent être informés du transfert de patrimoine lorsque celui-ci porte sur une partie importante de son patrimoine¹¹.

Le projet de loi sur la fusion introduit ainsi une nouvelle base légale en droit privé permettant le transfert de par la loi et en un seul acte d'une multitude d'éléments patrimoniaux de différente nature (droits réels, droits obligationnels, droits immatériels, dettes etc.), formant tout ou partie d'un patrimoine.

En tant que nouvelle forme pour le transfert de droits et d'obligations, la réglementation du transfert de patrimoine se substitue aux formes ordinaires du droit privé et, en particulier, aux articles 164 ss CO (cession de créance), aux articles 175 ss CO (reprise de dette), à l'article 967 CO (transfert de papiers-valeurs), à l'article 656, alinéa 1, CC (transfert de la propriété foncière) et à l'article 714, alinéa 1, CC (transfert de la propriété mobilière). Dès lors, les dettes transférées dans le cadre d'un transfert de patrimoine ne doivent pas faire l'objet d'une reprise de dette au sens des articles 175 ss CO; l'accord du créancier au sens de l'article 176 CO n'est pas requis. De même, la propriété des immeubles est transférée sans inscription (constitutive) au registre foncier¹².

⁸ Art. 70, al. 2, P-LFus. Cf. chap. 9 § 3 (ci-dessous).

⁹ A ce sujet, cf. chap. 9 § 4 IV. (ci-dessous).

¹⁰ A ce sujet, cf. chap. 12 § 2 (ci-dessous).

¹¹ Cf. chap. 11 § 2 (ci-dessous).

¹² Le transfert de patrimoine est un cas d'acquisition extratabulaire de la propriété foncière. L'adaptation de l'inscription au registre foncier doit néanmoins être rapidement requise. Elle est également une condition pour que le sujet reprenant puisse, à son

Le projet de loi sur la fusion ne définit pas les cas d'application du transfert de patrimoine. Il n'est, en général, pas une finalité en soi, mais davantage un "véhicule" permettant le transfert d'un ensemble d'éléments patrimoniaux. Son champ d'application n'étant pas prédéterminé, il peut, en combinaison avec d'autres institutions juridiques, servir à réaliser toutes sortes de transactions¹³. Ainsi, le transfert de patrimoine permet l'aliénation de tout ou partie d'un patrimoine, notamment dans le but de constituer une société filiale par voie d'apport en nature¹⁴; en échange de l'apport, le sujet transférant se voit attribuer des parts sociales (des actions p. ex.) de la société reprenante. Le transfert de patrimoine peut être utilisé dans le cadre de restitutions de la société à ses associés prenant la forme de prestations en nature; ces restitutions peuvent notamment avoir lieu suite à une réduction de capital avec remboursement aux associés¹⁵ ou afin d'opérer un versement de parts de liquidation¹⁶. Le transfert de patrimoine sert également de succédané à la fusion, à la scission et à la transformation, en particulier lorsque le projet de loi sur la fusion ne permet pas une fusion, une scission ou une transformation déterminée (*numerus clausus* des opérations de restructuration).

§ 2 Origines du transfert de patrimoine

La réglementation du transfert de patrimoine a été introduite tardivement dans le projet de loi sur la fusion. Elle a été créée par l'administration fédérale (Office fédéral de la justice, Office fédéral du registre du commerce) dans le cadre de l'élaboration du message du Conseil fédéral, suite à la procédure de consultation. De manière sommaire, les racines du transfert de patrimoine sont les suivantes¹⁷.

tour, disposer de l'immeuble. A ce sujet, cf. l'art. 103 P-LFus; cette disposition a été amendée par le Conseil des Etats (BO CE 2001 p. 160) et par le Conseil national (BO CN 2003 p. 266).

¹³ Pour davantage de détails concernant les cas d'application du transfert de patrimoine, cf. chap. 5 (ci-dessous).

¹⁴ Art. 628, al. 1, et 634 CO pour le droit de la société anonyme.

¹⁵ Art. 732 ss CO pour le droit de la société anonyme.

¹⁶ Art. 745 CO pour le droit de la société anonyme.

¹⁷ TURIN / KLÄY, REPRAX 1/01, p. 73 ss (f), p. 33 ss (d).

I. *Numerus clausus* du projet de loi sur la fusion

Le projet de loi sur la fusion, tout comme l'avant-projet d'ailleurs, énoncent de manière exhaustive les opérations de fusion, de scission et de transformation autorisées (*numerus clausus*)¹⁸. Si cette solution permet de garantir de manière optimale la sécurité du droit, tout en respectant la typologie des formes juridiques, elle ne répond en revanche pas à l'ensemble des besoins de la pratique. La reprise par voie de fusion d'une société anonyme par une fondation n'est, par exemple, pas autorisée par le projet de loi. Il en va de même de la scission de sociétés de personnes ou encore de la transformation de personnes morales en sociétés de personnes.

La réglementation du transfert de patrimoine permet de compléter le catalogue exhaustif des fusions, des scissions et des transformations autorisées par le projet de loi sur la fusion. Le transfert de patrimoine constitue un succédané pour ces opérations, qui peut être utilisé indépendamment de la forme juridique des sujets qui y participent. Ainsi, le transfert de patrimoine joue le rôle d'une clause générale permettant de réaliser des opérations économiquement similaires à une fusion, une scission ou une transformation, lorsque celle-ci n'est pas prévue par la loi¹⁹.

II. Insuffisances de l'article 181 CO

L'inadéquation de la réglementation de l'actuel article 181 CO n'est pas contestée. Le message du Conseil fédéral reconnaît d'ailleurs les défauts suivants à cette disposition²⁰:

- L'actuel article 181, alinéa 1, CO prévoit que celui qui acquiert un patrimoine avec actifs et passifs devient responsable des dettes envers les créanciers une fois que l'acquisition a été portée à la connaissance des créanciers²¹. Si les dettes sont ainsi transférées de par la loi à l'acquéreur, il n'en va pas de même des éléments du patrimoine actif: ceux-ci

¹⁸ A ce sujet, cf. également chap. 5 § 2 I. (ci-dessous).

¹⁹ TURIN / KLÄY, REPRAX 1/01, p. 73 (f), p. 33 (d); FRANK VISCHER, Fusionsgesetz, p. 5.

²⁰ FF 2000 p. 4017. Dans le même sens: MICHEL HOPF, ECS 1-2/01, p. 54; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, p. 42 s.

²¹ Concernant les détails de la réglementation de l'art. 181 CO, cf. chap. 2 § 1 (ci-dessus).

doivent être transférés individuellement selon les formes propres à la succession à titre singulier. La réglementation de l'article 181 CO ne prévoit donc aucune simplification en ce qui concerne le transfert des actifs. L'application des règles de la succession à titre singulier peut, en cas de transfert d'un grand nombre d'éléments patrimoniaux, s'avérer problématique et peut constituer un obstacle à la réalisation du transfert²². C'est notamment le cas lorsqu'il s'agit de transférer un grand nombre de titres à ordre ou d'immeubles. Il est dès lors nécessaire de compléter l'article 181 CO par de nouvelles dispositions qui permettent le transfert, de par la loi et en un seul acte, aussi bien des actifs que des passifs²³, comme le prévoit la réglementation du transfert de patrimoine.

- La réglementation de l'article 181 CO ne tient pas compte des besoins légitimes des associés d'être informés lors de transactions économiquement importantes; cette disposition ne prévoit aucune mesure de publicité en faveur des associés des sociétés qui y participent²⁴. Le droit de la société anonyme ne contient pas non plus de disposition allant dans ce sens. Ainsi, les associés ne sont pas informés des transferts portant sur des fractions importantes du patrimoine, sauf lorsque les statuts de la société doivent être préalablement modifiés ou lorsque l'assemblée générale (ou l'assemblée des associés) est préalablement consultée de manière facultative. En particulier, les associés ne sont pas informés des conditions auxquelles a lieu la transaction. Il en résulte un déficit de transparence à l'intérieur de la société. Or, selon les circonstances, l'importance économique d'un transfert de patrimoine peut de loin dépasser celle d'une fusion; c'est le cas, par exemple, lorsqu'une grande société absorbe une petite société²⁵. Dès lors, il s'impose d'améliorer l'information des associés lorsque le transfert porte sur une fraction importante de patrimoine.

Si les lacunes de l'article 181 CO ont contribué à la création de la nouvelle réglementation du transfert de patrimoine, elles ont sans aucun doute également joué un rôle dans le développement de la pratique des autorités du

²² Les insuffisances de la réglementation de l'art. 181 CO ont notamment joué un rôle lors de la privatisation de la *Banque cantonale de Soleure*. Celle-ci a été réalisée par le biais d'une fusion afin de pouvoir bénéficier d'une succession à titre universel. A ce sujet, cf. également chap. 4 § 2 IV. (ci-dessous).

²³ Dans ce sens de *lege ferenda*, cf. BERNHARD MARTIN HAMMER, p. 186.

²⁴ FF 2000 p. 4016; FRANK VISCHER, Fusionsgesetz, p. 8 s.

²⁵ TURIN / KLÄY, REPRAX 1/01, p. 77 (f), p. 37 (d).

registre du commerce et des autorités judiciaires en matière de fusions et de transformations non prévues par la loi²⁶. L'article 181 CO ne constituant pas une alternative praticable pour réaliser des opérations économiquement similaires à des fusions et à des transformations, il s'est avéré d'autant plus nécessaire de pouvoir réaliser des fusions et des transformations au sens technique, malgré l'absence de base légale.

III. Critiques à l'égard de la dissociation

Comme déjà mentionné²⁷, l'avant-projet de loi sur la fusion mis en consultation réglait la scission sous trois formes différentes: la division, la séparation ainsi que la dissociation. La dissociation devait, en particulier, servir à la constitution de sociétés filiales. Selon l'avant-projet, la fondation d'une filiale par une société de capitaux ou une société coopérative aurait même impérativement dû être réalisée par le biais d'une dissociation (art. 181, al. 4, AP-CO). L'assimilation de la dissociation à la scission a été, non sans raisons, critiquée dans le cadre de la procédure de consultation, notamment au vu de la lourdeur de la procédure et des coûts qui en résulteraient.

L'incorporation de la dissociation dans la réglementation de la scission n'étant pas satisfaisante, il a donc fallu trouver une solution plus simple. Un des buts de la réglementation du transfert de patrimoine est de remplacer celle de la dissociation. D'un point de vue fonctionnel, les cas d'application du transfert de patrimoine sont néanmoins beaucoup plus nombreux que ceux de la dissociation, telle que proposée par l'avant-projet²⁸.

IV. Besoins de la pratique

L'Office fédéral du registre du commerce a constaté que la fusion est très fréquemment utilisée afin de réaliser des restructurations dans lesquelles les aspects liés au sociétariat sont sans importance ou ne sont même pas désirés²⁹. Ainsi, la fusion est en quelque sorte "détournée" de son but originel:

²⁶ Cf. chap. 2 § 2 I. 3. (ci-dessus).

²⁷ Cf. chap. 3 § 3 I. (ci-dessus).

²⁸ Cf. également FF 2000 p. 4017. Concernant les cas d'application de la réglementation du transfert de patrimoine, cf. chap. 5 (ci-dessous).

²⁹ TURIN / KLÄY, REPRAX I/01, p. 74 s. (f), p. 35 (d).

elle est utilisée principalement afin de pouvoir transférer le patrimoine de la société absorbée par voie de succession à titre universel. En revanche, les conséquences résultant du principe de la continuité du sociétariat constituent un obstacle à la restructuration souhaitée.

A cet égard, l'exemple de la privatisation de la *Banque cantonale de Soleure* est éloquent. La reprise de cet établissement de droit public cantonal (qui jouissait de la personnalité juridique) a été réalisée par le biais d'une fusion avec une filiale de la *Société de Banque Suisse*, spécialement constituée à cet effet. Bien que non prévu par la loi, ce mode de privatisation a été choisi essentiellement afin de pouvoir bénéficier d'un transfert du patrimoine de la banque cantonale par voie de succession à titre universel. Les conséquences liées à la continuité du sociétariat, inhérentes à toute fusion, n'étaient en revanche pas souhaitées. Une fois la fusion opérée, le canton de Soleure a d'ailleurs cédé à la *Société de Banque Suisse* les actions acquises dans le cadre de la fusion. Les sujets participant à la fusion sont donc revenus en arrière sur les effets de la fusion sur le sociétariat³⁰.

La fusion entre une société-mère et une filiale ainsi que la fusion entre deux sociétés sœurs constituent d'autres exemples de restructurations où les aspects liés à la continuité du sociétariat passent au second plan, voire sont inexistantes. Ces fusions sont, en général, réalisées sans augmentation de capital et, par conséquent, sans attribution de nouveaux droits de sociétariat aux associés (actionnaires) de la société transférante³¹. Le principal objectif de ces fusions est le transfert par voie de succession à titre universel du patrimoine de la société absorbée.

Ces exemples mettent en évidence la nécessité de proposer, aux côtés de la fusion, de la scission et de la transformation, une nouvelle institution juridique qui se limite au transfert d'éléments patrimoniaux actifs et passifs de par la loi et en un seul acte, sans toucher aux droits de sociétariat des associés des sujets qui y participent.

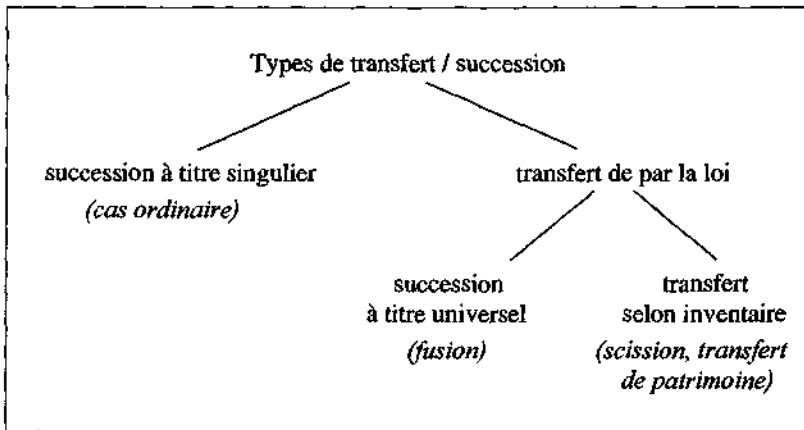
³⁰ A ce sujet, cf. ROBERTO BATTEGAY, *Neue juristische Wege einer Privatisierung, Die Solothurner Kantonalbank - eine Fallstudie*, NZZ du 17.01.1995, p. 27.

³¹ Cf. chap. 2 § 2 I. (ci-dessus).

§ 3 Notion de transfert selon inventaire

La réglementation du transfert de patrimoine introduit une nouvelle forme permettant le transfert, de par la loi et en un seul acte, d'une multitude d'éléments patrimoniaux actifs et passifs³². Conformément à l'article 73, alinéa 2, P-LFus, l'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce provoque le transfert, de par la loi, de l'ensemble des actifs et des passifs énumérés dans l'inventaire du sujet transférant au sujet reprenant. L'inventaire est d'ailleurs un des éléments essentiels du contrat de transfert (art. 71, al. 1, let. b, P-LFus)³³.

L'introduction du transfert de patrimoine en droit suisse impose une nouvelle classification des formes régissant le transfert de droits et d'obligations. Celle-ci dépasse la simple opposition entre la succession à titre singulier et la succession à titre universel³⁴. Aux côtés de la succession à titre singulier, il y a désormais lieu de distinguer deux sous-catégories de "transfert de par la loi" (*ex lege*): la succession à titre universel et le transfert selon inventaire³⁵.



³² Cf. chap. 4 § 1 (ci-dessus).

³³ Cf. également chap. 9 § 4 II. (ci-dessous).

³⁴ A ce sujet, cf. chap. 1 § 2 I. (ci-dessus).

³⁵ TURIN / KLÄY, REPRAX 1/01, p. 64 (f), p. 24 (d).

– La succession à titre universel

Le sujet reprenant acquiert, en principe, l'ensemble des droits et des obligations du sujet transférant. A cet égard, il importe peu que ces droits et obligations soient connus ou non. Par conséquent, le sujet reprenant succède, de par la loi, au sujet transférant dans les rapports juridiques du sujet transférant, qui disparaît. Les deux principaux cas de succession à titre universel sont la dévolution (art. 560 CC) et la fusion (art. 22, al. 1, P-LFus).

Il faut préciser que l'étendue exacte des droits et des obligations transférés peut varier. En matière de dévolution, les héritiers acquièrent uniquement les rapports juridiques qui ne sont pas liés à la personne du défunt³⁶. En revanche, en matière de fusion, le sujet reprenant succède, en principe, au sujet transférant dans l'ensemble de ses rapports juridiques³⁷. Par conséquent, l'étendue de la succession à titre universel n'est pas uniforme; cette dernière n'implique pas nécessairement le transfert de l'universalité des rapports juridiques d'un sujet.

– Le transfert selon inventaire

Ce mode de transfert est introduit par le projet de loi sur la fusion³⁸. Tant la scission que le transfert de patrimoine ont pour effet de transférer une multitude d'éléments patrimoniaux actifs et passifs définis dans un inventaire. Les articles 52 et 73, alinéa 2, P-LFus, traitant des effets juridiques de l'inscription au registre du commerce, utilisent d'ailleurs la même formulation: "l'ensemble des actifs et passifs énumérés dans l'inventaire sont transférés de par la loi".

La notion de transfert selon inventaire est proposée par le message du Conseil fédéral³⁹; cette terminologie doit être préférée à celle de "succession à titre universel partielle" ou de "succession à titre universel portant sur une part de patrimoine". Le transfert selon inventaire est en quelque sorte une "forme atténuée" de succession à titre universel: le sujet reprenant ne succède pas au sujet transférant dans l'ensemble de

³⁶ Au sujet des rapports juridiques qui ne sont pas transférés, cf. ARNOLD ESCHER, ZK Einleitung N 5 ss.

³⁷ ANNELIES KÜRY, p. 74 ss.

³⁸ A cet égard, il faut relever que différentes lois fédérales spéciales ont déjà inauguré, dans des cas très particuliers, un transfert selon inventaire. Cf. chap. 2 § 2 III. (ci-dessus).

³⁹ FF 2000 p. 4117.

ses rapports juridiques; il acquiert uniquement la titularité des éléments patrimoniaux actifs et passifs énumérés dans l'inventaire.

La distinction entre succession à titre universel et transfert selon inventaire n'est pas contestée⁴⁰. L'enjeu de cette controverse est le suivant: si l'on admet que le transfert de patrimoine est un cas de succession à titre universel, n'importe quels droits et obligations peuvent sans autre être transférés, même s'ils sont frappés d'une éventuelle restriction quant à leur transfert⁴¹. Il serait donc possible de transférer des actions nominatives liées sans devoir recueillir le consentement de la société⁴². Par ailleurs, le transfert de patrimoine permettrait de substituer une partie à un contrat par une autre, sans que les autres cocontractants doivent donner leur accord, et ce même si la personne des parties au contrat a joué un rôle déterminant lors de sa conclusion (*intuitu personae*).

Ainsi, PIERA BERETTA et RAFFAEL BÜCHI proposent d'assujettir, sans aucune réserve, le transfert de patrimoine aux règles de la succession à titre universel. Ces auteurs avancent notamment les arguments suivants⁴³:

- Le projet de loi sur la fusion introduirait une forme hybride de succession dont les effets juridiques seraient incertains. Dans l'intérêt de la sécurité du droit, il s'imposerait donc de prévoir un seul régime de succession.
- Le but du projet de loi sur la fusion est de faciliter la restructuration des entreprises. Le fait de renoncer à une véritable succession à titre universel en matière de transfert de patrimoine contredirait ce but, puisque les sujets participants ne seraient pas libérés de l'ensemble des formalités à remplir pour le transfert de certains droits.

Cette argumentation est contestable. D'une part, les problèmes liés à la création d'une nouvelle forme de transfert de par la loi ne sont pas insurmontables. En effet, le critère de distinction (proposé par le message du Conseil fédéral) est clair: seuls les éléments patrimoniaux cessibles peuvent

⁴⁰ Cf. notamment: PIERA BERETTA, RSJ 98, p. 251 ss; RAFFAEL BÜCHI, p. 170 ss.

⁴¹ Pour les détails concernant les éléments patrimoniaux incessibles, cf. chap. 7 § 3 (ci-dessous).

⁴² Cf. art. 685c, al. 2, CO. Au sujet de cette disposition, voir HANSPETER KLÄY, p. 209 ss.

⁴³ PIERA BERETTA, RSJ 98, p. 252. RAFFAEL BÜCHI, p. 165 ss; les autres arguments invoqués par cet auteur, c'est-à-dire le problème de la scission par division ainsi que la relation avec le droit européen, ne sont pas déterminants en matière de transfert de patrimoine.

faire l'objet d'un transfert de patrimoine. D'autre part, s'il est vrai que l'un des objectifs du projet de loi sur la fusion est de rendre plus flexibles les structures juridiques des entreprises, cela ne signifie pas pour autant que les intérêts des sujets participants prévalent d'emblée sur ceux des autres parties prenantes. En effet, il ne faut pas sous-estimer les abus qu'autoriserait le transfert de patrimoine si celui-ci devait être assimilé à un cas de succession à titre universel: il permettrait de passer outre les restrictions au transfert de certains éléments patrimoniaux et, en particulier, de renoncer d'une manière générale au consentement de tiers. Ce risque serait d'autant plus important que le projet de loi sur la fusion pose des exigences très lâches quant à la composition du patrimoine transféré; celui-ci peut être composé de manière discrétionnaire et, formellement, un seul élément patrimonial actif suffit pour constituer un patrimoine⁴⁴.

Il y donc lieu de reconnaître une différence qualitative entre la succession à titre universel et le transfert selon inventaire, comme le fait le Conseil fédéral dans son message⁴⁵. Cette différence ne se manifeste pas au niveau des effets juridiques du transfert de patrimoine: qu'il s'agisse d'une succession à titre universel ou d'un transfert selon inventaire, les éléments patrimoniaux sont transférés de par la loi, sans que les règles de forme propres à la succession à titre singulier doivent être respectées. En revanche, elle influe sur la nature des éléments patrimoniaux actifs et passifs qui sont susceptibles de faire l'objet d'un transfert de patrimoine. Selon la conception du Conseil fédéral, qui est ici défendue, seuls les éléments patrimoniaux cessibles peuvent être portés à l'inventaire et être transférés de par la loi⁴⁶. Ainsi, le transfert de patrimoine ne permet en aucun cas de passer outre les restrictions (légales ou conventionnelles) au transfert de certains droits et obligations.

Si cette conception ne soulève pas de difficultés particulières en matière de transfert de patrimoine et de scission par séparation, elle s'avère plus délicate pour la scission par division. En effet, contrairement au transfert de patrimoine et à la séparation, la division a pour effet la dissolution du sujet transférant et sa radiation du registre du commerce (art. 29, let. a, P-LFus). Il ne subsiste pas de sujet qui puisse assumer les droits et les obligations

⁴⁴ FF 2000 p. 4112. A ce sujet, cf. également chap. 7 § 1 (ci-dessous).

⁴⁵ FF 2000 p. 4117. Cette prise de position n'a du reste pas été contestée lors des débats parlementaires.

⁴⁶ Concernant la cessibilité, cf. chap. 7 § 3 (ci-dessous).

qui n'ont pu être transférés en raison de leur incessibilité. Il s'agit donc de régler le sort des rapports juridiques incessibles.

Il serait envisageable de considérer que le sujet transférant ayant disparu consécutivement à la division, les droits et les obligations incessibles prennent tout simplement fin. Si cette solution a le mérite de la clarté, elle ouvre cependant la porte à de nombreux abus (risque de biens sans maître) et ne peut pour cette raison être suivie. En effet, le législateur a voulu, avec la loi sur la fusion, proposer une réglementation équilibrée en matière de modification des structures juridiques. Une telle solution serait arbitrairement profitable aux seuls sujets participant à la scission, sans que les éventuels tiers lésés n'aient la moindre possibilité d'exiger la protection de leurs droits. Par conséquent, il faut préférer une solution plus différenciée: les sujets reprenants doivent, lorsque les intérêts en présence le justifient, assumer collectivement les droits et les obligations incessibles du sujet transférant (p. ex. une interdiction de faire concurrence). Cette solution présente l'avantage de faire supporter les "risques" résultant de la scission par les sujets qui succèdent au sujet transférant, sans pour autant léser les droits des tiers et, en particulier, des créanciers du sujet transférant.

La question du sort des droits et des obligations incessibles relève en fin de compte de la liquidation de l'éventuel "préjudice" consécutif à la scission par division: il apparaît justifié de choisir la solution la moins inéquitable. Dans cette pesée d'intérêts, les droits des tiers doivent, en principe, prévaloir sur ceux des sujets participant à la division. En effet, les tiers subissent les conséquences d'une opération sur laquelle ils n'ont aucune prise. Il faut constater que la réponse apportée à cette question sensible est de nature à attenter sérieusement à l'attrait de la scission par division, ce d'autant plus qu'il est presque impossible, pour les sujets reprenants, d'exclure conventionnellement tout risque (p. ex. par des clauses de garantie contenues dans le contrat de transfert). En effet, contrairement à la fusion, les sujets reprenants doivent se partager le bénéfice de la scission (ils succèdent au sujet transférant que pour une part de son patrimoine), tout en supportant le risque dans son ensemble. Il faut également relever que, du point de vue des sujets reprenants, le problème ne serait pas très différent si le législateur avait assimilé le transfert de patrimoine et la scission à des cas de succession à titre universel puisqu'ils assumeraient, de part la loi, l'ensemble des droits et des obligations du sujet transférant, même lorsque ceux-ci sont réputés incessibles.

§ 4 Rapports avec la fusion, la scission et la transformation

Bien que le projet de loi sur la fusion règle successivement la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, la nature de ces quatre institutions juridiques n'est pas tout à fait comparable.

La fusion, la scission et la transformation sont des opérations qui relèvent clairement du droit des sociétés (ou du droit des personnes morales en général): elles visent directement la modification des structures juridiques d'un sujet. Leur admissibilité est d'ailleurs étroitement liée à la forme juridique que revêtent les sujets qui y participent. Par ailleurs, aussi bien la fusion, la scission que la transformation ont pour élément commun la continuité du sociétariat (art. 7, 31 et 56 P-LFus). Le maintien des droits des associés est même un de leurs éléments caractéristiques; cette question est du reste au centre de la réglementation légale. En revanche, les effets de la fusion, de la scission, voire de la transformation⁴⁷, sur le patrimoine du sujet sont davantage une conséquence de la modification de ses structures juridiques, que le but immédiat poursuivi par ces opérations de restructuration.

Au contraire de la fusion, de la scission et de la transformation, le transfert de patrimoine a lieu, en principe, sans que les droits des associés, ni de la société transférante, ni de la société reprenante, ne soient touchés, du moins d'une manière directe⁴⁸. En effet, l'éventuelle contre-prestation pour le transfert de patrimoine revient à la société transférante elle-même⁴⁹. Ainsi, le principe de la continuité du sociétariat n'est pas en cause, ce qui est confirmé par la réserve de l'article 69, alinéa 1, P-LFus, dont la deuxième phrase précise que la réglementation de la scission est réservée lorsque les associés de la société transférante reçoivent des parts sociales ou des droits de sociétariat de la société reprenante. Les dispositions régissant la scission

⁴⁷ Art. 22, al. 1, et 52 P-LFus pour la fusion et la scission. En revanche, la transformation (telle que réglée par le projet de loi sur la fusion) ayant, en principe, lieu par simple changement de forme juridique, elle n'a pas pour effet de transférer un patrimoine; à ce sujet, cf. chap. 3 § 2 IV. l. (ci-dessus).

⁴⁸ CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, p. 44; TURIN / KLÄY, REPRAX 1/01, p. 72 (f), p. 32 (d); FRANK VISCHER, Fusionsgesetz, p. 8.

⁴⁹ A ce sujet, cf. chap. 9 § 4 IV. (ci-dessous).

et celles régissant le transfert de patrimoine s'appliquent donc uniquement de manière alternative, et jamais cumulative⁵⁰.

L'essentiel de la réglementation légale du transfert de patrimoine traite des aspects liés au patrimoine, à l'exclusion des aspects liés au sociétariat. Il s'agit donc avant tout d'un "véhicule" permettant le transfert d'éléments patrimoniaux actifs et passifs.

Malgré une conception fondamentalement différente, le transfert de patrimoine peut néanmoins, dans certaines situations, être similaire à une fusion, en particulier lorsque celle-ci est réalisée sans continuité du sociétariat⁵¹. Un tel "concours de réglementations" existe notamment dans les cas suivants:

- la fusion est convenue contre attribution d'un dédommagement aux associés conformément à l'article 8 P-LFus⁵²;
- les conditions pour une fusion simplifiée en vertu des articles 23 s. P-LFus sont réunies; la fusion a alors lieu sans augmentation de capital et sans attribution de nouveaux droits de sociétariat;
- la fusion entre fondations (art. 78, al. 1, P-LFus); celles-ci n'ayant pas d'associés, il ne saurait pas non plus être question de continuité du sociétariat.

Par ailleurs, la fusion d'instituts de droit public avec des sujets de droit privé ainsi que leur transformation en sujets de droit privé (art. 99, al. 1, P-LFus) présente également de fortes analogies avec un transfert de patrimoine.

Cette double réglementation d'états de fait très semblables ne porte cependant pas à conséquence: elle offre uniquement une liberté d'action supplémentaire aux sujets, qui peuvent ainsi choisir en deux institutions juridiques très similaires.

⁵⁰ FF 2000 p. 4113.

⁵¹ Concernant la concurrence entre ces différentes réglementations, cf. chap. 5 § 2 III. (ci-dessous).

⁵² Au sujet de cette disposition, cf. chap. 3 § 2 II. 4. (ci-dessus).

§ 5 Rapports avec l'article 181 CO

Le transfert de patrimoine au sens des articles 69 ss P-LFus et la cession de patrimoine selon l'article 181 CO peuvent, à première vue, sembler très similaires, notamment en raison de leurs dénominations presque identiques. Ils découlent cependant d'une conception fondamentalement différente, qui se manifeste de la manière suivante:

– Mode de transfert des éléments patrimoniaux

Les effets juridiques liés à un transfert de patrimoine au sens du projet de loi sur la fusion se distinguent fondamentalement de ceux de l'article 181 CO. Dans le premier cas, il s'agit d'un transfert de par la loi. Dans le second cas, seules les dettes faisant partie de l'entreprise ou du patrimoine sont transférées de par la loi, c'est-à-dire sans que les articles 175 ss CO concernant la reprise de dette doivent être respectés. En revanche, les actifs doivent être transférés selon les formes ordinaires, propres à la succession à titre singulier.

Dès lors, la portée de la réglementation du transfert de patrimoine en tant que "véhicule" de transfert va au-delà de celle de l'article 181 CO; le transfert de patrimoine au sens du projet de loi sur la fusion s'avère bien plus rationnel que l'article 181 CO en ce qui concerne le transfert d'éléments patrimoniaux⁵³.

– Inscription au registre du commerce

Conformément à l'article 73, alinéa 2, P-LFus, le transfert de patrimoine déploie ses effets juridiques dès son inscription au registre du commerce. Cette disposition est la conséquence du transfert de par la loi, propre au transfert de patrimoine. En effet, il a fallu remplacer les formes de la succession à titre singulier par un autre mode de publicité. La réglementation de l'article 181, alinéa 1, CO ne prévoit par contre pas d'obligation d'inscrire la cession de patrimoine au registre du commerce; seule une publicité à l'égard des créanciers du sujet transférant est requise.

⁵³ Un des principaux objectifs de la nouvelle réglementation du transfert de patrimoine au sens du projet de loi sur la fusion est précisément de combler cette "lacune" de l'actuel art. 181 CO. Cf. chap. 4 § 2 II. (ci-dessus).

— Information des associés

Bien que le transfert de patrimoine ne touche, en principe, pas les droits de sociétariat des associés de la société transférante, l'article 74 P-LPus attribue néanmoins aux associés un droit à l'information lors de transferts économiquement importants. Cette information des associés doit garantir la transparence à l'intérieur de l'entreprise⁵⁴. La cession de patrimoine au sens de l'article 181 CO n'est, en revanche, liée à aucune disposition spéciale de publicité à l'attention des associés; seule une publicité à l'égard des créanciers est prévue par l'article 181, alinéa 1, CO.

Malgré ces différences, la réglementation du transfert de patrimoine selon le projet de loi sur la fusion et celle de la cession de patrimoine conformément à l'article 181 CO sont, dans une certaine mesure, concurrentes, notamment en ce qui concerne leur fonction (cas d'application). Il s'est donc avéré nécessaire de les délimiter. A cet égard, le critère retenu par le projet de loi sur la fusion est celui de l'inscription au registre du commerce du sujet transférant.

Conformément au projet de nouvel alinéa 4 de l'article 181 CO, la cession d'un patrimoine ou d'une entreprise d'un sujet de droit privé inscrit au registre du commerce est impérativement soumise à la réglementation de la loi sur la fusion, quelle que soit la forme juridique du sujet qui acquiert le patrimoine. Une disposition correspondante est prévue aux articles 69, alinéa 1, et 86, alinéa 1, P-LFus, qui réservent le transfert de patrimoine aux sociétés, aux fondations ainsi qu'aux entreprises individuelles qui sont inscrites au registre du commerce. Concrètement, une cession de patrimoine au sens de l'article 181 CO ne sera plus autorisée pour les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite, les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions, les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés coopératives, les associations, les fondations et les entreprises individuelles inscrites au registre du commerce⁵⁵. La réglementation de l'article 181 CO demeurera cependant applicable aux personnes physiques qui ne sont pas inscrites au registre du commerce en tant qu'entreprises individuelles.

Par conséquent, le nouvel article 181, alinéa 4, CO soumet la presque totalité des cessions de patrimoine à la loi sur la fusion. En règle générale, les dispositions des articles 69 ss P-LFus, relatives au transfert de patrimoine,

⁵⁴ A ce sujet, cf. chap. 11 § 2 (ci-dessous).

⁵⁵ FF 2000 p. 4144 s.

devraient trouver application. Il n'est cependant pas exclu que la cession soit réalisée par le biais d'une fusion⁵⁶, voire d'une scission.

Le seul moyen, pour un sujet inscrit au registre du commerce, d'échapper aux dispositions de la loi sur la fusion est de procéder à un transfert de patrimoine en application exclusive des dispositions concernant la succession à titre singulier. Contrairement à la réglementation de l'article 181 CO, il s'agit alors de transférer l'ensemble des actifs et des dettes selon les formes de la succession à titre singulier; les dispositions des articles 175 ss CO s'appliqueront donc à la reprise des dettes.

Cette restriction conséquente du champ d'application de la réglementation de l'article 181 CO doit être saluée car elle garantit une plus grande uniformité dans les procédures ayant pour objet un transfert de patrimoine. En écartant l'application de l'article 181 CO, l'information des associés est également assurée, du moins en cas de cession d'une fraction importante de patrimoine.

§ 6 Aperçu de droit comparé

La réglementation relative au transfert de patrimoine ne s'inspire pas directement d'un modèle tiré d'un autre ordre juridique. Le projet de réglementation du droit suisse ne connaît d'ailleurs pas (encore) d'équivalent à l'étranger. Le Grand-Duché de Luxembourg envisage cependant d'adopter des règles régissant le transfert de patrimoine qui reprennent (presque) intégralement les articles 69 ss P-LFus. Le projet gouvernemental est actuellement en phase d'examen initial auprès du Conseil d'Etat et devrait être prochainement déposé auprès de la Chambre des députés⁵⁷.

Par ailleurs, le droit allemand contient des dispositions qui, à certains égards, s'apparentent à celles régissant le transfert de patrimoine. Selon le § 123 UmwG⁵⁸, la scission peut, en effet, revêtir trois formes différentes: la "Aufspaltung" (qui correspond à la division au sens de l'art. 29, let. a, P-LFus), la "Abspaltung" (qui correspond à la séparation au sens de l'art. 29, let. b, P-LFus) et la "Ausgliederung". Cette dernière forme de

⁵⁶ Cf. l'art. 8 P-LFus concernant la fusion contre attribution d'un dédommagement.

⁵⁷ Le projet est disponible à l'adresse suivante: <http://www.chd.lu/servlet/ShowAttachm ent?mime=application%2fpdf&id=704338&fn>

⁵⁸ "Umwandlungsgesetz" du 28.10.1994, modifiée par la loi du 22.07.1998.

scission est l'équivalent de la dissociation, telle que prévue par l'avant-projet de loi sur la fusion⁵⁹. Elle permet à un sujet de transférer une part (ou plusieurs parts) de son patrimoine à un sujet existant ou nouvellement constitué. A la différence des deux autres formes de scission, le sujet transférant, et non pas ses associés, se voit remettre des parts sociales ou des droits de sociétariat du sujet reprenant en échange du transfert de la part de patrimoine. La "Ausgliederung" se fonde sur un contrat qui contient notamment la désignation précise des objets du patrimoine actif et passif qui seront transférés⁶⁰. Une fois inscrit au registre du commerce, les éléments patrimoniaux énumérés dans le contrat de scission sont transférés en un seul acte au sujet reprenant⁶¹.

Le champ d'application personnel de la "Ausgliederung" est particulièrement large, puisque selon le § 124, alinéa 1, UmwG, il s'étend notamment aux sociétés de personnes, aux sociétés de capitaux, aux sociétés coopératives, aux fondations, aux associations et aux entreprises individuelles⁶².

La "Ausgliederung" du droit allemand présente ainsi des analogies avec le transfert de patrimoine au sens des articles 69 ss P-LFus, notamment au niveau de ses effets juridiques (transfert en un seul acte de l'ensemble des éléments patrimoniaux). D'un point de vue fonctionnel, la "Ausgliederung" ne correspond cependant pas au transfert de patrimoine; elle se limite essentiellement à la création de sociétés filiales ainsi qu'à la conversion d'entreprises individuelles en personnes morales. En effet, la contre-prestation pour le transfert de la part de patrimoine ne peut consister qu'en des parts sociales ou des droits de sociétariat du sujet transférant et non pas en n'importe quelle prestation en nature ou en espèces.

⁵⁹ A ce sujet, cf. chap. 3 § 3 I. (ci-dessus).

⁶⁰ § 126, al. 1, ch. 9, UmwG.

⁶¹ § 131 UmwG; ARNDT TEICHMANN, UmwG, § 123 N 8.

⁶² A ce sujet, cf. également SAGÄSSER/BULA, p. 208 s.

Chapitre 5

Cas d'application du transfert de patrimoine

§ 1 Introduction

Le projet de loi sur la fusion n'a intentionnellement pas arrêté les cas d'application du transfert de patrimoine. La réglementation relative au transfert de patrimoine peut trouver application, le cas échéant de manière cumulative avec d'autres dispositions légales, lors de n'importe quelle transaction ayant pour objet un transfert de droits et d'obligations.

Ainsi, le champ d'application fonctionnel du transfert de patrimoine est bien plus étendu que celui des autres institutions juridiques régies par la loi sur la fusion (fusion, scission et transformation)¹. Il est également beaucoup plus large que celui de la dissociation, telle que proposée par l'avant-projet de loi sur la fusion, qui visait principalement la création de sociétés filiales². En revanche, les cas d'application du transfert de patrimoine ne diffèrent pas notablement de ceux de la cession de patrimoine au sens de l'actuel article 181 CO³.

Parmi les fonctions du transfert de patrimoine, le message du Conseil fédéral mentionne notamment la réalisation de succédanés de fusions, de scissions et de transformations, la création d'une société filiale, l'aliénation d'une partie de l'entreprise ainsi que la simplification de la liquidation d'une société⁴. Ce catalogue non exhaustif, peut être complété par une multitude d'autres cas d'application⁵.

¹ TURIN / KLÄY, REPRAX 1/01, p. 76 (f), p. 36 (d).

² CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, p. 42. Au sujet de la dissociation, cf. également chap. 3 § 3 I. (ci-dessus).

³ Cf. chap. 2 § 1 I. (ci-dessus).

⁴ FF 2000 p. 4018 s. Cf. également MICHEL HOPF, ECS 1-2/01, p. 54; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, p. 47.

⁵ Pour d'autres exemples encore, cf. TURIN / KLÄY, REPRAX 1/01, p. 76 (f), p. 36 (d) et surtout le chap. 5 § 2 et suivants (ci-dessus).

§ 2 Succédané de la fusion, de la scission et de la transformation

I. *Numerus clausus* du projet de loi sur la fusion

Le rôle du transfert de patrimoine en tant que succédané d'une fusion, d'une scission ou d'une transformation est étroitement lié au principe du *numerus clausus* que connaît le projet de loi sur la fusion. Dès lors, il convient à titre liminaire d'expliciter ce principe.

1. Introduction

Du point de vue de la technique législative, il existe différentes manières de définir les opérations de fusion, de scission et de transformation autorisées. Celles-ci peuvent être énumérées au niveau de la loi sous la forme d'un catalogue qui a un caractère exhaustif; on parle alors de *numerus clausus* des opérations autorisées⁶. Il est également possible de prévoir une clause générale en vertu de laquelle l'ensemble des possibilités de restructuration sont admises lorsque des conditions qualifiées sont remplies. Ces conditions peuvent notamment porter sur la compatibilité des formes juridiques en cause. Ces deux principales solutions connaissent également des variantes; un *numerus clausus* assorti d'une délégation de compétence en faveur d'une autorité déterminée⁷, afin qu'elle autorise des opérations non prévues expressément par la loi, serait par exemple envisageable.

En droit positif, il y a lieu de considérer qu'il n'existe pas (ou, plus précisément, qu'il n'existe plus⁸) de *numerus clausus* des opérations de fusion et de transformation⁹. Au cours de ces dernières années, un grand nombre de

⁶ FF 2000 p. 4004, p. 4048 s.

⁷ Lors de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de loi sur la fusion, il a notamment été proposé d'attribuer la compétence au Conseil fédéral d'autoriser les opérations de fusion qui ne sont pas expressément prévues par la loi. Cf. le Classement des réponses suite à la procédure de consultation, Loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation de sujets (loi sur la fusion), Berne 1999, p. 94 s.

⁸ En effet, la doctrine traditionnelle a pendant longtemps été de l'opinion que la loi énumérait exhaustivement les possibilités de fusion et transformation. Cf. ATF 125 III 18, spéc. 22 s. et les très nombreux auteurs cités.

⁹ La scission étant illicite en droit actuel, il ne saurait être question d'un *numerus clausus* des scissions autorisées.

fusions ont en effet été autorisées par les autorités du registre du commerce et les autorités judiciaires, malgré l'absence de bases légales explicites¹⁰. Par ailleurs, de nombreuses transformations ont également été autorisées, bien que non prévues par la loi. Il s'agit notamment des transactions suivantes:

- la transformation d'une société à responsabilité limitée en une société anonyme¹¹;
- la transformation d'une association en une société anonyme¹²;
- la transformation d'une société coopérative en une société anonyme¹³;
- la transformation d'un institut autonome du droit public (jouissant de la personnalité juridique) en une société anonyme¹⁴.

Malgré certaines oppositions dans le cadre de la procédure de consultation¹⁵, le projet de loi sur la fusion s'en tient à une énumération exhaustive des fusions, des scissions et des transformations autorisées (art. 4, 30, 54, 78, al. 1, 88, al. 1, 97, al. 1, et 99, al. 1, P-LFus). Le catalogue des opérations autorisées a cependant été complété par rapport à celui proposé par l'avant-projet de loi sur la fusion. Les opérations de modification des structures juridiques qui ne sont pas expressément prévues par la loi ne sont pas autorisées. Comme le relève le message du Conseil fédéral¹⁶, la solution du *numerus clausus* a pour avantage de garantir la sécurité du droit, en ne laissant planer aucun doute quant à l'admissibilité d'une opération de restructuration déterminée. Elle permet également de tenir compte, dans la mesure nécessaire, des particularités des différentes formes juridiques en cause, tout en étant conforme au système du droit des sociétés, qui

¹⁰ Cf. chap. 2 § 2 I. 3. (ci-dessus).

¹¹ ATF 125 III 18. Cf. également VON BÜREN / BÜRGI, p. 3 ss; HANS-JAKOB KÄCH, REPRAX 2/00, p. 1 ss.

¹² Die Praxis des Eidg. Amts für das Handelsregister in Fragen betreffend Umwandlungen und rechtsformüberschreitende Fusionen, REPRAX 1/99, p. 47 ss; LANZ / TRIEBOLD, RSDA 2/2000, p. 57 ss.

¹³ CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, RDS 1994, p. 353 ss.

¹⁴ ROLAND VON BÜREN, RSDA 2/1995, p. 85 ss; MARC RUSSENBERGER, RSDA 1/1995, p. 1 ss.

¹⁵ Classement des réponses suite à la procédure de consultation, Loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation de sujets (loi sur la fusion), Berne 1999, p. 58 ss, 92 ss, 225 ss, 269 ss et 294 ss. Cf. également la critique de GASSER / EGGENBERGER, ECS 1-2/2000, p. 61.

¹⁶ FF 2000 p. 4048. Cf. également CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, p. 40; TURIN / KLÄY, REPRAX 1/01, p. 57 s. (f), p. 17 s. (d).

est lui-même fondé sur un *numerus clausus* des formes de sociétés¹⁷. Par ailleurs, il faut relever qu'une réglementation fondée sur une clause générale ne résoudrait pas les problèmes concrets, et difficilement surmontables, découlant de l'incompatibilité des formes juridiques; une telle solution présenterait donc un intérêt limité pour la pratique.

L'introduction de la réglementation relative au transfert de patrimoine constitue un argument supplémentaire, et même décisif, à l'appui de la solution fondée sur un *numerus clausus*, telle que proposée par le projet de loi sur la fusion. En effet, le transfert de patrimoine permet, entre autres, de réaliser des opérations de modification des structures juridiques qui, d'un point de vue économique du moins, s'apparentent à des fusions, à des scissions et à des transformations. De ce fait, la portée de la discussion relative à l'étendue des opérations de fusion, de scission et de transformation qui doivent être autorisées par la loi perd de son intérêt. Grâce au transfert de patrimoine, le projet de loi sur la fusion offre, en principe, toujours un instrument au moins qui permet de réaliser la restructuration envisagée¹⁸. Ainsi, la loi sur la fusion couvre l'ensemble des besoins, actuels et futurs, des entreprises. Une éventuelle révision de la loi sur la fusion, dans un avenir plus ou moins lointain, dans le but d'élargir le catalogue des fusions, scissions ou transformations autorisées apparaît donc très peu vraisemblable.

2. Incompatibilité des formes juridiques

En règle générale, les fusions, les scissions et les transformations prévues aux articles 4, 30, 54, 78, alinéa 1, 88, alinéa 1, 97, alinéa 1, et 99, alinéa 1, P-LFus mettent toujours en présence des formes juridiques qui sont fondamentalement compatibles quant à leurs structures. Au sens du projet de loi sur la fusion, l'incompatibilité (qualifiée) entre deux formes juridiques est présumée dans les deux situations suivantes:

- La conversion par voie de fusion, de scission ou de transformation d'un sujet qui jouit de la personnalité juridique en une société de personnes (société en nom collectif ou en commandite) ou en une personne physique.

¹⁷ CHRISTIAN BRÜCKNER, *Personenrecht*, N 1003; MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, § 11 N 2 ss; ATF 104 Ia 440, spéc. 445.

¹⁸ FF 2000 p. 4048 s.

Une société anonyme, une société en commandite par actions, une société à responsabilité limitée, une société coopérative, une association ou une fondation ne peut être reprise par voie de fusion par une société en nom collectif, une société en commandite ou une entreprise individuelle (personne physique). La scission et la transformation d'une personne morale en direction de l'une de ces trois formes juridiques ne sont pas non plus prévues. L'opération inverse n'est en revanche pas systématiquement exclue¹⁹. Ce cas d'incompatibilité vise en particulier à éviter que les dispositions relatives à la liquidation des personnes morales²⁰ ne soient éludées par le biais d'une fusion, d'une scission ou d'une transformation²¹. En effet, les sociétés sans personnalité juridique et les entreprises individuelles ne sont notamment pas contraintes de dresser un bilan de liquidation, de procéder à un triple appel aux créanciers et de respecter le délai d'une année pour répartir l'éventuel solde actif (bénéfice de liquidation) entre les associés²². L'admissibilité de telles restructurations aurait pour conséquence d'introduire une procédure de liquidation simplifiée des personnes morales, au détriment de la protection des droits des créanciers.

- La conversion, que ce soit par voie de fusion, de scission ou de transformation, d'une société de droit privé en un établissement de droit privé et inversement.

Les structures juridiques des sociétés et des établissements sont fondamentalement différentes. Alors que les sociétés (ou corporations) peuvent être définies comme des groupements de personnes basés sur un contrat et qui poursuivent un but commun²³, l'établissement est un patrimoine affecté à un but spécial²⁴. L'unique forme d'établissement régie par le droit privé est la fondation au sens des articles 80 ss CC.

¹⁹ Art. 4, al. 2, let. b et c, 54, al. 2, let. a et b, et 54, al. 3, let. a et b, P-LFus.

²⁰ Cf. les art. 739 ss CO, qui sont non seulement applicables à la société anonyme, mais aussi à la société en commandite par actions (art. 770, al. 2, CO), à la société à responsabilité limitée (art. 823 CO), à la société coopérative (art. 913 CO) et à l'association (art. 58 CC).

²¹ FF 2000 p. 4049 s. Cf. également FRANK VISCHER, Fusionsgesetz, p. 4.

²² Cf. les art. 742 et 745, al. 2, CO pour le droit de la société anonyme.

²³ MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, § 1 N 2 ss; HANS MICHAEL RIEMER, BK (1993) ST N 66 ss; ROLAND RUEDIN, N 402 ss. Cf. également CHRISTIAN BRÜCKNER, Personenrecht, N 1004.

²⁴ CHRISTIAN BRÜCKNER, Personenrecht, N 1005; MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, § 2 N 49; PEDRAZZINI / OBERHOLZER, p. 253; HANS MICHAEL RIEMER, BK ST N 16 ss.

Contrairement à la société, la fondation n'a pas d'associés, auxquels elle pourrait attribuer des droits de sociétariat ou des parts sociales. Cette différence fondamentale entre les sociétés et les établissements a une importance primordiale en matière de fusion, de scission et de transformation. Ces trois opérations de modification des structures juridiques ont en effet pour caractéristique commune d'être réalisées dans la continuité du sociétariat. Les articles 7, 31 et 56 P-LFus prévoient que les droits des associés doivent être maintenus²⁵; aucun associé ne peut, en principe, être exclu de la société, ou ne peut sortir de la société²⁶, à l'occasion d'une fusion, d'une scission ou d'une transformation. L'admissibilité d'opérations de restructuration mettant en présence une société et un établissement soulèverait des difficultés insurmontables eu égard à la continuité du sociétariat; cette situation conduirait à une nouvelle définition de ces institutions juridiques, dans laquelle le principe de la continuité du sociétariat ne serait plus déterminant. Etant donné qu'une fondation ne peut reprendre par voie de fusion une société anonyme en maintenant les droits des actionnaires, une telle opération doit donc être précédée de la dissolution de la société anonyme, suivie du transfert de son patrimoine à la fondation dans le cadre de sa liquidation²⁷.

3. Restructurations non prévues par le projet de loi

En application des deux règles d'incompatibilité susmentionnées, le projet de loi sur la fusion n'autorise pas les opérations de modification des structures juridiques suivantes²⁸:

- la fusion entre une fondation et une société;
- la fusion entre une personne morale et une société de personnes (en tant que sujet reprenant); l'opération inverse est prévue (art. 4, al. 1, let. c, al. 2, let. b et c, al. 3, let. c, P-LFus);

²⁵ Le principe de la continuité du sociétariat connaît cependant certaines dérogations, à ce sujet, cf. chap. 5 § 2 III. (ci-dessous).

²⁶ Cf. cependant la réglementation spéciale de l'art. 19 P-LFus, qui introduit un droit de sortie consécutivement à la fusion d'associations.

²⁷ FF 2000 p. 4121.

²⁸ Pour un aperçu complet des fusions, des scissions et des transformations autorisées, cf. les tableaux synoptiques en annexe au message du Conseil fédéral; FF 2000 p. 4173 ss. Cf. également TURIN / KLÄY, REPRAX 1/01, p. 58 et 71 (f), p. 18 et 31 (d).

- la fusion entre un sujet de droit privé et un institut de droit public (en tant que sujet reprenant)²⁹; l'opération inverse est prévue (art. 99, al. 1, let. a, P-LFus);
- la fusion entre une société commerciale ou une société coopérative avec capital social et une association (en tant que sujet reprenant); l'opération inverse est prévue (art. 4, al. 4, P-LFus);
- la scission de sociétés de personnes, d'associations et de fondations;
- la transformation d'une personne morale en une société de personnes;
- la "transformation" d'une personne physique (entreprise individuelle) en une société ou en une fondation³⁰;
- la transformation d'une fondation en une société;
- la transformation d'une société en une fondation;
- la transformation d'une société commerciale ou d'une société coopérative avec capital social en une association;
- la transformation d'un sujet de droit privé en un institut de droit public.

Malgré la pratique libérale des autorités du registre du commerce et des autorités judiciaires³¹, aucune des opérations énumérées ci-dessus n'est admise en droit actuel. Le projet de loi sur la fusion ne restreint donc pas le cercle des opérations de restructuration déjà autorisées de *lege lata*.

II. Alternative à une fusion, à une scission ou à une transformation

Le projet de loi sur la fusion énumère de manière exhaustive les fusions, les scissions et les transformations autorisées (*numerus clausus*). Bien que ces opérations de restructuration soient généreusement autorisées, il n'en demeure pas moins que la pratique manifeste le besoin de pouvoir réaliser des

²⁹ Cf. cependant les art. 751 et 915 CO, qui ne seront pas abrogés avec l'entrée en vigueur de la loi sur la fusion.

³⁰ Qualifier une telle transaction de transformation (au sens technique) est un abus de langage dans la mesure où une personne physique ne saurait se transformer en une personne morale.

³¹ A ce sujet, cf. chap. 2 § 2 I. 3. et chap. 5 § 2 I. 1. (ci-dessus).

opérations comparables à des fusions, des scissions et des transformations dans les cas non prévus par la loi. Ainsi, une fondation doit pouvoir "reprendre" (au sens économique) une société anonyme, une entreprise individuelle doit pouvoir être convertie ou "transformée" en une société de capitaux.

Au contraire de la fusion, de la scission et de la transformation, la réglementation du transfert de patrimoine ne limite pas les opérations autorisées³². Le projet de loi sur la fusion ne pose presque pas de restrictions fondées sur la forme juridique des sujets participants³³; même les personnes physiques peuvent participer à un transfert de patrimoine, à la condition toutefois qu'elles soient préalablement inscrites au registre du commerce en tant qu'entreprises individuelles. De ce fait, le transfert de patrimoine complète le catalogue des fusions, des scissions et des transformations autorisées³⁴; il est la contrepartie d'une réglementation fondée sur un *numerus clausus*³⁵. Le transfert de patrimoine joue ainsi le rôle d'une "clause générale raffinée". En tant que succédané d'une fusion ou d'une scission, le transfert de patrimoine permet tant la concentration que la déconcentration d'entreprises.

Le transfert de patrimoine peut être utilisé de différentes manières afin de réaliser une restructuration similaire, d'un point de vue économique, à une fusion³⁶, à une scission³⁷ ou à une transformation. Il n'existe pas de procédure qui soit applicable de manière générale. La marche à suivre dépendra du résultat que la restructuration envisagée doit permettre d'atteindre, de la forme juridique des sujets y participant, de la répartition des éventuels droits de sociétariat et, par-dessus tout, de considérations fiscales.

³² Cf. les opérations admises en vertu des art. 69, 86, al. 1, 98, al. 1, et 99, al. 2, P-LFus.

³³ Cf. cependant le chap. 6 (ci-dessous) concernant la forme juridique que doivent revêtir les parties à un transfert de patrimoine.

³⁴ FF 2000 p. 4018 s., p. 4048 s.

³⁵ CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, p. 43.

³⁶ Le transfert de patrimoine remplace l'actuel art. 181 CO dans cette fonction. En effet, cette disposition légale est, entre autres, utilisée afin de réaliser des "fusions improprement dites" (unechte Fusion). Cf. EUGEN SPIRIG, ZK Art. 181 N 24; RUDOLF TSCHÄNI, BaK Art. 181 N 4. ATF 125 III 18, spéc. 20.

³⁷ Concernant l'utilisation du transfert de patrimoine afin de réaliser une scission (*spin-off*), cf. également RAFFAEL BÜCHI, p. 139 s.

A titre d'exemple, une telle restructuration peut se dérouler de la manière suivante:

– Succédané d'une fusion

Une fondation qui est actionnaire unique d'une société anonyme peut "repandre" cette dernière: l'assemblée générale décide la dissolution de la société anonyme selon les règles ordinaires applicables en la matière (art. 736 ss CO). Dans le cadre des opérations de liquidation³⁸, l'ensemble du patrimoine de la société est transféré conformément aux dispositions des articles 69 ss P-LFus à la fondation. Une fois la liquidation terminée, la société anonyme est radiée du registre du commerce.

– Succédané d'une scission

Conformément à la réserve de l'article 69, alinéa 1, 2^{ème} phrase, P-LFus, la réglementation de la scission s'applique si les associés de la société transférante reçoivent des parts sociales ou des droit de sociétariat de la société reprenante. Pour parvenir à un succédané de scission, il est donc nécessaire de procéder en deux étapes³⁹. Dans un premier temps, la société anonyme constitue une filiale au moyen d'un apport en nature réalisé par transfert de patrimoine. Par la suite, la participation dans cette filiale est transférée à l'un de ses actionnaires (ou plusieurs d'entre eux) dans le cadre d'une réduction de capital combinée avec un remboursement en nature. Une transaction de ce type ne contrevient pas à la réserve de l'article 69, alinéa 1, 2^{ème} phrase, P-LFus car la contrepartie pour le transfert de patrimoine revient à la société transférante et non pas directement à ses actionnaires⁴⁰.

– Succédané d'une transformation

Une personne physique inscrite au registre du commerce (entreprise individuelle)⁴¹ peut transférer une part de son patrimoine, correspondant à son patrimoine commercial, à une nouvelle société de capitaux⁴². Un tel

³⁸ Cf. également chap. 5 § 5 (ci-dessous).

³⁹ RAFFAEL BÜCHI, p. 139 s.

⁴⁰ Cf. également URS BEHNISCH et RAFFAEL BÜCHI (Mängel des Fusionsgesetz-Entwurfes, NZZ 15/16.09.2001, p. 22), qui mettent en question l'admissibilité de ce succédané de scission.

⁴¹ L'obligation de s'inscrire au registre du commerce résulte de l'art. 934 CO.

⁴² Le projet de révision du droit de la société à responsabilité limitée prévoit d'admettre la constitution de sociétés anonymes et de sociétés à responsabilité limitée

apport en nature, ou une telle reprise de biens, peut prendre la forme d'un transfert de patrimoine au sens du projet de loi sur la fusion et venir en libération du capital souscrit⁴³. Cette transaction permet aux entreprises individuelles de se convertir en sociétés.

Contrairement à la fusion, à la scission et à la transformation (art. 7, 31 et 56 P-LFus), le transfert de patrimoine n'a pas d'influence directe sur les droits de sociétariat des associés de la société transférante. Néanmoins, lorsque le transfert de patrimoine est utilisé en combinaison avec d'autres instruments du droit des sociétés, tels que la liquidation de la société ou la réduction de capital, les droits des associés peuvent être modifiés de manière indirecte. Il s'agit toutefois de respecter l'ensemble des dispositions applicables à la forme juridique en cause et, en particulier, les dispositions relatives à la protection du capital et à la liquidation des sociétés (art. 69, al. 2, P-LFus)⁴⁴. L'application de ces dispositions doit notamment permettre de prévenir les atteintes aux droits des créanciers et des associés (disposant d'une participation minoritaire).

III. Concours de réglementations

Le transfert de patrimoine facilite la réalisation d'opérations de modification des structures juridiques qui sont économiquement similaires à des fusions, des scissions et des transformations. Dans cette fonction, le transfert de patrimoine permet également de réaliser des succédanés de fusions, de scissions et de transformations, même lorsque ces opérations sont explicitement prévues par le projet de loi sur la fusion. Il est notamment envisageable qu'une société anonyme reprenne, en application des articles 69 ss P-LFus, le patrimoine d'une autre société anonyme, alors même que l'article 4, alinéa 1, lettre a, P-LFus autorise la fusion entre sociétés anonymes. La société transférante doit décider sa dissolution; en échange du transfert de son patrimoine, la société transférante reçoit des actions de la société reprenante, qui sont ensuite remises aux actionnaires au titre de part de liquidation. Le résultat économique d'une telle restructuration⁴⁵ est très pro-

unipersonnelles (FF 2002 p. 2956, 2972, 3022 s.), ce qui facilitera encore la conversion d'entreprises individuelles en sociétés.

⁴³ Pour davantage de détails, cf. chap. 5 § 3 (ci-dessous).

⁴⁴ Cf. également chap. 8 (ci-dessous).

⁴⁵ La doctrine qualifie cette opération de "fusion improprement dite" (unechte Fusion); cf. RUDOLF TSCHÄNI, Unternehmensübernahmen, p. 71.

che d'une fusion au sens strict. Par ailleurs, une transaction similaire à une scission peut également être réalisée. Une société anonyme crée une société filiale en effectuant un apport en nature par le biais d'un transfert de patrimoine⁴⁶. Le capital de la société (mère) est ensuite réduit en application des dispositions du droit de la société anonyme et le remboursement à ses actionnaires prend la forme d'actions de la filiale.

Le projet de loi sur la fusion ne restreint pas le recours au transfert de patrimoine, même lorsqu'une fusion, une scission ou une transformation, au sens strict, serait autorisée. Ainsi, le transfert de patrimoine ne complète pas seulement la réglementation de la fusion, de la scission et de la transformation, il élargit également de manière considérable les possibilités de modifier les structures juridiques des entreprises⁴⁷. Selon les circonstances, les sujets auront le choix entre différents instruments juridiques pour réaliser l'opération de modification des structures juridiques souhaitée.

Alors que le transfert de patrimoine régit uniquement les aspects patrimoniaux, à l'exclusion des questions liées aux droits de sociétariat des associés du sujet transférant⁴⁸, la fusion, la scission et la transformation ont, en principe, comme caractéristique commune le principe de la continuité du sociétariat (art. 7, 31 et 56 P-LFus): tout ou partie des associés de la société transférante acquièrent des droits de sociétariat du sujet reprenant (fusion et scission), respectivement conservent leurs droits de sociétariat suite au changement de forme juridique (transformation). Le projet de loi sur la fusion règle cependant un certain nombre de fusions et de transformations sans continuité du sociétariat. Il s'agit en particulier des opérations suivantes:

- La fusion contre attribution d'un dédommagement au sens de l'article 8 P-LFus⁴⁹.
- La fusion simplifiée. Cette procédure de fusion particulière permet de renoncer à l'augmentation du capital de la société reprenante et, par conséquent, à l'attribution de nouvelles parts sociales. Les droits des

⁴⁶ Cf. chap. 5 § 3 (ci-dessous).

⁴⁷ Selon RUDOLF TSCHÄNI (Übernahme, p. 35 s.), il est même vraisemblable que les alternatives aux "véritables" fusions s'imposent toujours plus dans la pratique.

⁴⁸ FF 2000 p. 4018.

⁴⁹ Cf. chap. 3 § 2 II. 4. (ci-dessus).

associés sont néanmoins maintenus du fait qu'ils participent, en principe, déjà à l'ensemble des sociétés en présence⁵⁰.

- La fusion entre fondations. La fondation étant un établissement, elle n'a pas d'associés⁵¹. Le principe de la continuité du sociétariat ne saurait donc trouver application.
- La transformation d'institutions de prévoyance. L'article 97, alinéa 1, P-LFus autorise la transformation d'institutions de prévoyance en une fondation ou en une société coopérative. Ainsi, une société coopérative de prévoyance peut se transformer en une fondation. Une restructuration de ce type ne peut pas avoir lieu dans la continuité du sociétariat en raison des différences de structures que présentent les sociétés et les fondations.
- La conversion d'instituts de droit public en un sujet de droit privé par voie de fusion et de transformation au sens de l'article 99, alinéa 1, P-LFus. En règle générale, les instituts de droit public n'ont pas d'associés⁵²; les droits de sociétariat ne sauraient donc être maintenus.

Dans toutes ces situations, le concours de réglementation (entre le transfert de patrimoine et une fusion ou une transformation au sens strict) est encore plus frappant: le transfert de patrimoine permet de réaliser une restructuration qui non seulement est économiquement similaire à une fusion ou à une transformation, mais qui lui est également assimilable d'un point de vue dogmatique. Le projet de loi sur la fusion maintient néanmoins cette "double réglementation" dans le souci de ne pas restreindre la liberté d'action des sujets⁵³. Cette situation est également le résultat de l'introduction tardive de la réglementation relative au transfert de patrimoine dans le projet du Conseil fédéral; il n'était plus possible d'examiner à nouveau l'ensemble de la loi dans le seul but d'éviter ces concours de réglementations.

Si ce résultat peut sembler insatisfaisant, il ne devrait cependant pas ouvrir la porte à des abus, car des mesures de protection (en faveur des créanciers, des travailleurs et des associés) sont prévues indépendamment de la forme de restructuration choisie. La suppression de ces concours de réglementa-

⁵⁰ Cf. chap. 3 § 2 II. 5. (ci-dessus).

⁵¹ Cf. chap. 5 § 2 I. 2. (ci-dessus).

⁵² Il existe toutefois certaines exceptions et notamment des sociétés coopératives relevant du droit public cantonal.

⁵³ TURIN / KLÄY, REPRAX 1/01, p. 75 (f), p. 35 (d).

tion (dans le sens d'un assujettissement aux règles du transfert de patrimoine des fusions et des transformations sans continuité du sociétariat) aurait cependant permis d'améliorer la clarté et l'accessibilité du projet de loi sur la fusion. Le volume de la loi aurait aussi pu être réduit d'une manière non négligeable.

§ 3 Apport en nature dans une société

Il y a apport en nature lorsque le capital d'une société anonyme (art. 628, al. 1, et 634 CO), d'une société à responsabilité limitée (art. 778, al. 1, CO) ou d'une société coopérative (art. 833, ch. 2, CO) est libéré en tout ou partie par des valeurs patrimoniales qui ne sont pas des espèces⁵⁴. L'objet de l'apport en nature peut notamment consister en une entreprise ou en une part d'entreprise. En droit actuel, l'apport d'une entreprise est généralement réalisé par le biais d'une cession d'entreprise au sens de l'article 181 CO⁵⁵ et, par conséquent, par voie de succession à titre singulier.

Par rapport au droit actuel, la réglementation du transfert de patrimoine simplifie grandement l'apport en nature de tout ou partie d'un patrimoine dans une société, que ce soit lors de la constitution de la société⁵⁶ ou lors de toute augmentation de capital ultérieure. Les principaux avantages ont trait aux effets juridiques qui sont liés au transfert de patrimoine. Conformément à l'article 73, alinéa 2, P-LFus, l'ensemble des éléments patrimoniaux contenus dans l'inventaire sont transférés en un seul acte, sans que les formes ordinaires soient applicables ("transfert selon inventaire"). En échange de l'apport en nature, le sujet transférant, c'est-à-dire l'apporteur, reçoit des actions ou des parts sociales de la société reprenante.

Ce cas d'application du transfert de patrimoine remplace la réglementation de l'actuel article 181 CO. Il correspond également à la fonction première de la dissociation au sens de l'avant-projet de loi sur la fusion⁵⁷.

⁵⁴ Cf. notamment FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, § 15 N 9. Il y a également apport en nature lorsque la commandite d'une société en commandite n'est pas versée en "argent comptant" (cf. art. 596, al. 3, CO).

⁵⁵ FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, § 15 N 17; RUDOLF TSCHÄNI, *Unternehmensübernahmen*, p. 38 ss. Cf. également chap. 2 § 1 I. (ci-dessus).

⁵⁶ FF 2000 p. 4018.

⁵⁷ A ce sujet, cf. chap. 3 § 3 I. (ci-dessus).

L'apport en nature par voie de transfert de patrimoine permet notamment la réalisation des transactions suivantes:

- La constitution de sociétés filiales. Ce cas d'application du transfert de patrimoine facilite la "conversion" de sociétés d'exploitation en sociétés holding; il faut cependant dans ce cas que la société transférante (future société-mère) adapte préalablement son but social.
- La constitution d'une société en *joint venture*: plusieurs sujets différents font chacun un apport en nature d'une part de leur patrimoine dans une nouvelle société dont ils détiendront chacun une partie des droits de sociétariat.
- La conversion (ou "transformation" au sens économique) d'une entreprise individuelle (personne physique) en une société de capitaux. Un succédané de fusion peut également être réalisé lorsque le transfert de patrimoine a lieu dans le cadre d'une augmentation de capital d'une société existante.

La réalisation d'un apport en nature par le biais d'un transfert de patrimoine soulève la question du droit applicable. Si la réglementation du transfert de patrimoine simplifie les formes à respecter pour le transfert d'un ensemble d'éléments patrimoniaux, elle ne doit pas non plus servir à éluder les règles existantes en matière d'apports en nature⁵⁸. Dans ce but, l'article 69, alinéa 2, P-LFus prévoit que les dispositions légales et statutaires concernant la protection du capital sont réservées⁵⁹. Par conséquent, il y a, en principe, lieu d'appliquer cumulativement la réglementation du transfert de patrimoine au sens du projet de loi sur la fusion et les règles du code des obligations concernant la fondation qualifiée d'une société (ou l'augmentation de son capital par apport en nature). L'application cumulative de ces normes peut néanmoins soulever certaines difficultés. En particulier, l'article 634, chiffre 1, CO prévoit que le contrat d'apport doit revêtir la forme authentique si des immeubles sont apportés, alors que l'article 70, alinéa 2, P-LFus prescrit la forme écrite, quel que soit l'objet du transfert de patrimoine⁶⁰. Par ailleurs, selon l'article 641, chiffre 6, CO, l'objet de l'apport en nature et les actions émises en échange doivent être inscrits au registre du

⁵⁸ Cf. les art. 628, al. 1, 629, al. 2, 634, 635, ch. 1, 635a et 641, ch. 6, CO pour le droit de la société anonyme.

⁵⁹ A ce sujet, cf. chap. 8 (ci-dessous).

⁶⁰ Cette question est examinée dans le chap. 9 § 3 (ci-dessous).

commerce; l'article 73, alinéa 1, P-LFus prévoit que le transfert de patrimoine est inscrit au registre du commerce⁶¹.

§ 4 Aliénation d'une entreprise ou d'un ensemble de biens

Le transfert de patrimoine peut trouver application lors de l'aliénation d'une entreprise⁶² ou de tout ensemble de biens. L'aliénation peut être convenue à titre onéreux (vente, échange) ou à titre gratuit (donation). A la différence d'un apport en nature dans une société⁶³, l'éventuelle contre-prestation pour le transfert peut prendre la forme de n'importe quelle prestation patrimoniale, et non pas seulement de droits de sociétariat ou de parts sociales de la société reprenante⁶⁴. Selon les circonstances, il n'est cependant pas exclu que les dispositions relatives aux reprises de biens (voire envisagées) soient cumulativement applicables⁶⁵. En effet, les reprises de biens peuvent également être réalisées par le biais d'un transfert de patrimoine.

L'aliénation peut porter sur n'importe quel ensemble d'éléments patrimoniaux, même lorsque ceux-ci ne sont pas affectés à un but particulier⁶⁶. Vu la définition très large de la notion de patrimoine, l'aliénation peut même porter sur un élément patrimonial unique ou sur un seul droit. La réalisation d'un transfert de patrimoine présente cependant un intérêt particulier lorsque les formes à respecter pour le transfert de ces éléments patrimoniaux peuvent être simplifiées par un transfert selon inventaire conformément à l'article 73 P-LFus. Ce sera notamment le cas lorsqu'il s'agit de transférer un grand nombre d'éléments patrimoniaux (p. ex. des immeubles ou des papiers-valeurs).

Le transfert de patrimoine apparaît ainsi comme une véritable alternative à la réalisation d'une vente. En effet, il peut, selon les circonstances, s'avérer plus avantageux, notamment du point de vue des coûts, et surtout plus

⁶¹ A ce sujet, cf. chap. 10 § 1 (ci-dessous).

⁶² FF 2000 p. 4018.

⁶³ Cf. chap. 5 § 3 (ci-dessous).

⁶⁴ Cf. chap. 9 § 4 IV. 3. (ci-dessous).

⁶⁵ Cf. les art. 628, al. 2, 635, ch. 1, et 641, ch. 6, CO pour le droit de la société anonyme.

⁶⁶ Cf. chap. 7 § 1 (ci-dessous).

simple, du point de vue des formes à respecter, de transférer la propriété d'un ou plusieurs biens par voie de transfert de patrimoine plutôt que par le biais d'une vente au sens des articles 184 ss CO. En ce qui concerne le transfert d'immeubles, il appartient au conseil juridique de guider son client dans ce choix.

Cette nouvelle concurrence entre la vente et le transfert de patrimoine ne devrait cependant pas porter à conséquence et surtout ne devrait pas favoriser les abus. En effet, il est peu vraisemblable que la vente et, en particulier, la vente immobilière soit "disqualifiée" au profit du transfert de patrimoine. Certes, en prévoyant que le contrat de transfert doit, en principe, revêtir la simple forme écrite (art. 70, al. 2, P-LFus), le projet du Conseil fédéral simplifie les exigences de forme pour le transfert d'immeubles⁶⁷. Le Conseil national a cependant revu les exigences de forme pour le contrat de transfert dans le sens où, lorsque des immeubles sont transférés, les parties correspondantes du contrat doivent revêtir la forme authentique; un acte authentique unique suffit, même lorsque les immeubles sont situés dans différents arrondissements du registre foncier⁶⁸. Par ailleurs, les conséquences liées à l'aliénation d'éléments patrimoniaux par le biais d'un transfert de patrimoine peuvent, selon les circonstances, jouer un rôle décisif lorsqu'il s'agit de choisir entre une vente et un transfert de patrimoine. D'une part, contrairement à la vente immobilière⁶⁹, la réalisation du transfert de patrimoine est entourée de publicité. Le transfert de patrimoine est inscrit au registre du commerce et publié dans la Feuille officielle suisse du commerce (art. 73, al. 1, P-LFus; art. 931, al. 1, CO). Les tiers peuvent, sans devoir justifier d'un intérêt particulier, consulter les documents déposés auprès du registre du commerce et ainsi prendre connaissance des détails de la transaction, notamment du prix payé⁷⁰. D'autre part, le transfert de patrimoine est accompagné de mesures strictes visant à protéger les droits des créanciers et des travailleurs (responsabilité solidaire des sujets pendant 3 ans; droit pour les créanciers d'exiger des sûretés; obligation de consulter les travailleurs ou leur représentation; cf. les art. 75 ss P-LFus).

⁶⁷ L'art. 216, al. 1, CO soumet la vente immobilière à un contrat passé en la forme authentique (cf. également art. 657, al. 1, CC).

⁶⁸ BO CN 2003 p. 242 s.; à ce sujet, cf. également chap. 9 § 3 III. (ci-dessous).

⁶⁹ Cf. cependant l'art. 970a, al. 3, CC, selon lequel les cantons peuvent prévoir la publication de la contre-prestation.

⁷⁰ Art. 930 CO. Cf. également PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1100.

Il est également peu vraisemblable que les personnes physiques, qui ne sont pas assujetties à s'inscrire au registre du commerce en vertu de l'article 934, alinéa 1, CO, fassent le détour par le registre du commerce afin de pouvoir aliéner des éléments patrimoniaux et plus particulièrement des immeubles par un transfert de patrimoine. Conformément à l'article 69, alinéa 1, P-LFus, le sujet transférant doit préalablement être inscrit au registre du commerce⁷¹. Cette inscription a, outre les coûts engendrés, une conséquence qui, dans la plupart des situations, ne sera pas souhaitée: elle soumet la personne physique à la poursuite par voie de faillite (art. 39, al. 1, ch. I, LP). Même si la personne physique requiert sa radiation du registre du commerce immédiatement après la réalisation du transfert de patrimoine, elle demeure sujette à la poursuite par voie de faillite durant les 6 mois qui suivent la publication de sa radiation dans la Feuille officielle suisse du commerce (art. 40, al. 1, LP).

§ 5 Liquidation de la société transférante

La réglementation relative au transfert de patrimoine peut trouver application lors de la liquidation de la société transférante, et ce notamment dans deux situations:

– Liquidation du patrimoine de la société

Une société dissoute entre en principe en liquidation⁷². Conformément à l'article 743, alinéa 1, CO, les liquidateurs de la société anonyme doivent terminer les affaires courantes, réaliser l'actif et exécuter les engagements de la société. Les mêmes règles prévalent pour les autres formes de sociétés⁷³. Dans le cadre des opérations de liquidation, les liquidateurs sont généralement amenés à aliéner individuellement les éléments patrimoniaux de la société. Ils peuvent cependant aussi aliéner

⁷¹ Cf. chap. 6 § 4 (ci-dessous).

⁷² L'art. 738 P-CO réserve cependant la fusion de la société anonyme, la scission par division de la société ainsi que le transfert de son patrimoine à une corporation de droit public.

⁷³ Art. 823 CO pour la société à responsabilité limitée; art. 913, al. 1, CO pour la société coopérative; art. 58 CC et 913, al. 1, CO pour l'association; art. 585, al. 1, CO pour la société en nom collectif; art. 619, al. 1, et 585, al. 1, CO pour la société en commandite.

"en bloc" tout ou partie du patrimoine ou de l'entreprise⁷⁴. Lorsque cette deuxième solution est choisie, le transfert de patrimoine simplifie la liquidation en permettant le transfert d'une multitude d'éléments patrimoniaux en un seul acte⁷⁵. Le sujet reprenant peut être un tiers ou un associé.

– Répartition du bénéfice de liquidation

Une fois la liquidation terminée, les liquidateurs établissent un bilan de liquidation qui constitue la base pour la répartition du produit de la liquidation entre les associés. A l'exception de la société coopérative⁷⁶, les associés de toutes les autres formes de sociétés possèdent, de par la loi, le droit participer au bénéfice de la liquidation⁷⁷. Si, en règle générale, le bénéfice de la liquidation prend la forme d'un versement en espèces, il n'est pas exclu que les associés reçoivent une prestation en nature⁷⁸. Dans ce cas, une décision de l'assemblée des associés et l'accord des associés concernés est nécessaire⁷⁹. La mise en œuvre du versement en nature d'une part de liquidation peut alors être réalisée par un transfert de patrimoine.

Ces deux cas d'application du transfert de patrimoine doivent être mis en relation avec l'une des fonctions premières du transfert de patrimoine, qui est de servir de succédané à une fusion, à une scission ou à une transformation⁸⁰. En effet, le transfert de patrimoine sera le plus souvent précédé de la dissolution de la société, suivie de sa liquidation.

Quel que soit le but poursuivi par le transfert de patrimoine (liquidation du patrimoine ou répartition du produit de la liquidation entre les associés),

⁷⁴ PETER BÖCKLI, N 1959 ss; BÜRGI / NORDMANN, ZK Art. 744 N 43.

⁷⁵ FF 2000 p. 4018.

⁷⁶ Selon l'art. 913, al. 4, CO, l'excédent doit être affecté à des buts coopératifs ou d'utilité publique; les statuts peuvent cependant prévoir une répartition entre les coopérateurs (art. 913, al. 2, CO).

⁷⁷ Art. 588, al. 2, et 619, al. 1, CO pour la société en nom collectif et la société en commandite; art. 660, al. 2, et 745, al. 1, CO pour la société anonyme; art. 823 CO pour la société à responsabilité limitée.

⁷⁸ PETER FORSTMOSER, Sachaussschüttungen, p. 706 ss, 710 s. et les références citées.

⁷⁹ Pour le droit de la société anonyme, cf. PETER BÖCKLI, N 1960g; cet auteur préconise également l'établissement d'un rapport par les liquidateurs ainsi que la vérification du rapport par un réviseur, tout comme en matière de fondation d'une société anonyme lorsque le capital-actions est libéré par un apport en nature (art. 635 et 635a CO).

⁸⁰ Cf. chap. 5 § 2 (ci-dessus).

l'article 69, alinéa 2, P-LFus prévoit que les dispositions légales et statutaires concernant la liquidation de la société sont réservées. L'application de ces normes doit prévenir les atteintes aux droits des créanciers ainsi qu'à ceux des associés (disposant d'une participation minoritaire)⁸¹.

§ 6 Versements aux associés

La société qui procède à des versements en nature à ses associés, que ce soit dans le cadre d'une réduction de capital ou d'une distribution de dividende, peut être amenée à recourir à un transfert de patrimoine.

- Réduction de capital assortie d'un remboursement aux associés sous la forme d'une prestation en nature

Le remboursement aux associés dans le cadre d'une réduction de capital constitutive prend en règle générale la forme d'un versement en espèces. Il n'est cependant pas exclu que la société rembourse son capital par une prestation en nature⁸²: l'ensemble des associés concernés doit cependant donner son accord à ce mode de remboursement. L'exécution du remboursement en nature peut alors être réalisée par le biais d'un transfert de patrimoine au sens des articles 69 ss P-LFus⁸³. Lorsque le remboursement est effectué en espèces, le recours au transfert de patrimoine constitue une complication inutile.

Dans tous les cas, le remboursement par le biais d'un transfert de patrimoine doit être effectué directement en faveur des associés. Il n'est notamment pas possible que les associés souscrivent les actions d'une nouvelle société (ou d'une société existante qui augmenterait son capital), celles-ci étant libérées par la société qui réduit son capital. Une construction de ce type serait en effet contraire à l'article 69, alinéa 1, 2^{ème} phrase, P-LFus qui prévoit que la réglementation de la scission s'applique lorsque les associés de la société transférante reçoivent des parts sociales ou des droits de sociétariat de la société reprenante.

⁸¹ A ce sujet, cf. chap. 8 (ci-dessous).

⁸² RAFFAEL BÜCHI, p. 110 s.; PETER FORSTMOSER, *Sachauschüttungen*, p. 709 s.

⁸³ Les dispositions du code des obligations relatives à la réduction du capital s'appliquent cumulativement. Cf. les art. 732 ss CO pour la société anonyme et l'art. 788 CO pour la société à responsabilité limitée.

La réduction de capital suivie d'un remboursement en nature permet notamment de réaliser un succédané de scission⁸⁴. Une telle mesure peut également être ordonnée par le juge à titre "d'autre solution adaptée aux circonstances et acceptable pour les intéressés" dans le cadre d'une action en dissolution de la société anonyme pour de justes motifs selon l'article 736, chiffre 4, CO.

– Versement de dividendes en nature

Si les dividendes sont en général versés en espèces, il n'est pas exclu qu'ils prennent la forme d'une prestation en nature⁸⁵. Il est notamment envisageable que la société transfère une participation dans une filiale à titre de dividende. Selon les circonstances, le recours à un transfert de patrimoine devrait permettre de faciliter le versement de tels dividendes.

§ 7 Apport dans une société de personnes

Conformément à l'article 531, alinéa 1, CO⁸⁶, les associés indéfiniment responsables de sociétés en nom collectif et de sociétés en commandite doivent faire un apport qui peut consister en argent, en créances, en d'autres biens ou en industrie. Lorsque deux ou plusieurs entreprises individuelles inscrites au registre du commerce (personnes physiques) se réunissent pour constituer une société de personnes, elles peuvent procéder à un transfert de patrimoine afin de réaliser cet apport dans la société. En échange de leur apport, les personnes physiques entrent comme associés dans la société de personnes.

Une transaction de ce type équivalant à une sorte de "fusion" (au sens économique) d'entreprises individuelles. Sous l'empire du droit actuel, l'apport d'une entreprise dans une société de personnes est réalisé en application des articles 181 et 182 CO⁸⁷. Le projet de loi sur la fusion prévoit cependant

⁸⁴ Pour le droit actuel, cf. PETER BÖCKLI, N 296q, 297b (ii) et 297u (5).

⁸⁵ Concernant les conditions auxquelles une société anonyme peut verser un dividende en nature, cf. en particulier PETER BÖCKLI, N 1419b; RAFFAEL BÜCHI, p. 106 ss; PETER FORSTMOSER, *Sachauschüttungen*, p. 702 ss.

⁸⁶ Cette disposition est applicable en vertu du renvoi de l'art. 557, al. 2, et de l'art. 598, al. 2, CO.

⁸⁷ NICOLÀ BARANDUN, p. 126 ss, 142 s. et les références citées.

d'abroger cette dernière disposition⁸⁸ et de restreindre notablement le champ d'application de l'article 181 CO⁸⁹.

⁸⁸ Le texte laconique du message du Conseil fédéral à ce sujet (FF 2000 p. 4145) précise que l'art. 182 CO a une importance pratique limitée et qu'il peut être abrogé vu les nouvelles dispositions régissant le transfert de patrimoine.

⁸⁹ A ce sujet, cf. chap. 4 § 5 (ci-dessus).

Chapitre 6

Transferts de patrimoine autorisés

Les articles 69, alinéa 1, 86, alinéa 1, 98, alinéa 1, et 99, alinéa 2, P-LFus déterminent quels sujets peuvent transférer tout ou partie de leur patrimoine à quels autres sujets. Ces dispositions permettent ainsi de dresser le catalogue des transferts de patrimoine autorisés. D'une manière générale, et contrairement à la fusion, à la scission et à la transformation¹, la réalisation d'un transfert de patrimoine est admise presque sans restriction relative à la forme juridique des sujets qui y participent, à la condition toutefois que le sujet transférant soit inscrit au registre du commerce². Ce large champ d'application personnel du transfert de patrimoine correspond au but de cette nouvelle institution juridique, qui est, entre autres, de suppléer au *numerus clausus* des opérations de fusion, de scission et de transformation autorisées³.

Le projet de loi sur la fusion règle de manière exhaustive les transferts de patrimoine autorisés. Par conséquent, le principe du *numerus clausus* du projet de loi sur la fusion s'étend également au transfert de patrimoine. En effet, un des objectifs principaux du projet est de rétablir la sécurité du droit en introduisant des bases légales claires quant aux opérations de restructuration autorisées⁴. La portée du *numerus clausus* est cependant très limitée en matière de transferts de patrimoine, dans la mesure où ils sont très largement admis par le projet de loi sur la fusion.

§ 1 Sujet transférant

Selon le projet de loi sur la fusion, les sujets transférants qui revêtent les formes juridiques suivantes peuvent participer à un transfert de patrimoine:

- Les sociétés (art. 69, al. 1, P-LFus)

La notion de société est définie à l'article 2, lettre b, P-LFus. Elle

¹ Cf. les art. 4 (fusion), 30 (scission) et 54 s. (transformation) P-LFus.

² Concernant l'exigence de l'inscription préalable au registre du commerce, cf. chap. 6 § 4 (ci-dessous).

³ Cf. chap. 4 § 2 I. et chap. 5 § 2 I. (ci-dessus).

⁴ FF 2000 p. 4011.

englobe les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite, les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions, les sociétés à responsabilité limitée, les associations ainsi que les sociétés coopératives qui ne sont pas considérées comme des institutions de prévoyance au sens de l'article 2, lettre i, P-LFus. Ces dernières peuvent néanmoins transférer tout ou partie de leur patrimoine conformément à l'article 98, alinéa 1, P-LFus.

Par conséquent, toutes les formes de sociétés du droit privé fédéral sont incluses dans la définition, à l'exception de la société simple. En effet, contrairement à la société en nom collectif et à la société en commandite, la société simple ne jouit d'aucune indépendance juridique par rapport à ses associés et ne peut en aucun cas requérir son inscription au registre du commerce⁵. C'est donc à raison que le projet de loi sur la fusion exclut la société simple du champ d'application personnel du transfert de patrimoine. Cette exclusion ne porte cependant pas véritablement à conséquence: les associés de la société simple peuvent, lorsqu'ils sont eux-mêmes inscrits au registre du commerce, participer à un transfert de patrimoine, qui mettra alors en présence une pluralité de sujets transférants⁶.

– Les entreprises individuelles (art. 69, al. 1, P-LFus)

Les entreprises individuelles sont des personnes physiques au sens des articles 11 ss CC qui exploitent une entreprise en la forme commerciale conformément à l'article 934 CO et aux articles 52 ss ORC. Le transfert de patrimoine est la seule institution juridique réglementée par le projet de loi sur la fusion à laquelle peuvent, à certaines conditions, participer des personnes physiques⁷.

– Les fondations (art. 86, al. 1, P-LFus)

Tant les fondations dites classiques que les fondations de famille et les fondations ecclésiastiques sont susceptibles recourir à un transfert de patrimoine.

⁵ ATF 79 I 179; MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, § 6 N 53, § 12 N 77.

⁶ A ce sujet, cf. chap. 6 § 3 (ci-dessous).

⁷ Cf. également l'art. 23, al. 1, let. b, P-LFus, qui règle la fusion entre sociétés de capitaux dont les parts sociales sont détenues par une même personne physique.

- Les institutions de prévoyance (art. 98, al. 1, P-LFus)

Bien que les institutions de prévoyance ne constituent pas une forme juridique en soi, le projet de loi sur la fusion définit séparément cette catégorie de sujets afin de tenir compte de leurs particularités, et notamment du fait qu'elles sont soumises à la surveillance de l'Etat. Conformément à l'article 2, lettre i, P-LFus, les institutions de prévoyance, au sens du projet de loi sur la fusion, sont les institutions soumises à la surveillance des articles 61 ss LPP⁸ et qui jouissent de la personnalité juridique. Elles peuvent revêtir la forme juridique de la fondation ou de la société coopérative, voire une forme juridique régie par le droit public (art. 48, al. 2, LPP). Dans la mesure où les fondations et les sociétés coopératives bénéficient toujours de la personnalité juridique, l'exigence relative à la personnalité juridique concerne uniquement les institutions de prévoyance relevant du droit public⁹.

Dès lors, les institutions actives en matière de prévoyance professionnelle qui ne remplissent pas les deux conditions susmentionnées n'entrent pas dans la définition de l'article 2, lettre i, P-LFus et elles échappent à la réglementation spéciale du chapitre 7 de la loi sur la fusion (art. 88 ss). A cet égard, le message du Conseil fédéral mentionne, à titre exemplatif, les fondations annexes du deuxième pilier, les fondations pour les salariés, les fondations pour les indépendants et les fondations du pilier 3a¹⁰. Ces institutions de prévoyance ne sont cependant pas pour autant exclues du champ d'application de la loi sur la fusion: elles peuvent sans autre entrer dans la définition du "sujet", de la "société" ou de "l'institut de droit public" au sens de l'article 2, lettres a, b ou d, P-LFus. Aucune des trois dispositions précitées n'exclut, expressément ou implicitement, les institutions de prévoyance qui ne rempliraient pas les conditions de l'article 2, lettre i, P-LFus. Ainsi, une société coopérative qui n'est pas soumise à la surveillance des articles 61 ss LPP peut procéder à un transfert de patrimoine au sens de l'article 69, alinéa 1, P-LFus. De même, une institution de prévoyance de droit public non-soumise à surveillance, mais qui remplit les conditions fixées à l'article 2, lettre d, P-LFus, peut entreprendre les restructurations prévues à l'article 99 P-LFus.

⁸ RS 831.40.

⁹ FF 2000 p. 4045.

¹⁰ FF 2000 p. 4045.

– Les instituts de droit public (art. 99, al. 2, P-LFus)

Selon l'article 2, lettre d, P-LFus, les instituts de droit public doivent remplir deux conditions afin d'entrer dans le champ d'application du projet de loi sur la fusion:

- être inscrits au registre du commerce;
- être organisés de manière indépendante.

Il n'est en revanche pas nécessaire que l'institut de droit public jouisse de la personnalité juridique. Les instituts de droit public au sens du projet de loi sur la fusion peuvent relever du droit public de la Confédération, des cantons ou encore des communes. La définition des instituts de droit public est volontairement conçue de manière très large; elle permet de tenir compte de la diversité des entités créées par le droit public et qui résulte de l'absence de *numerus clausus* des formes juridiques du droit public. Les conditions à remplir pour être considéré comme un institut de droit public étant peu contraignantes, pratiquement n'importe quelle unité administrative devrait jouir de l'indépendance requise dans l'organisation. L'exigence relative à l'inscription au registre du commerce peut cependant, dans certaines circonstances, s'avérer quelque peu problématique¹¹.

§ 2 Sujet reprenant

Les exigences relatives à la forme juridique que doit revêtir le sujet reprenant varient selon la forme juridique du sujet transférant:

- a) Lorsque le sujet transférant est une société inscrite au registre du commerce ou une entreprise individuelle inscrite au registre du commerce, le sujet reprenant doit être un "sujet de droit privé" (art. 69, al. 1, P-LFus).

L'interprétation littérale de la notion de sujet de droit privé, à la lumière de l'article 2, lettres a et b, P-LFus, conduit au résultat suivant: les sujets de droit privé englobent les sociétés et les fondations, inscrites ou non au registre du commerce, ainsi que les entreprises individuelles, lesquelles doivent nécessairement être inscrites au registre du commerce.

¹¹ A ce sujet, cf. chap. 6 § 4 (ci-dessous).

Cette interprétation est néanmoins insatisfaisante à deux titres:

- D'une part, les sociétés coopératives de prévoyance au sens de l'article 2, lettre i P-LFus n'entrent pas dans la notion de sujet de droit privé¹². L'exclusion des sociétés coopératives de prévoyance n'est pas justifiée, ce d'autant plus que les fondations de prévoyance sont considérées comme étant des sujets de droit privé (art. 2, let. a, P-LFus). Il en va d'ailleurs de même des sociétés coopératives de prévoyance qui ne sont pas soumises à la surveillance prévue aux articles 61 ss LPP.
- D'autre part, lorsque le sujet reprenant est une personne physique exploitant une entreprise commerciale (entreprise individuelle), celle-ci doit être inscrite au registre du commerce (art. 2, let. a, P-LFus).

Cette exigence constitue une restriction inutile et injustifiée en cas de participation d'une personne physique (en tant que sujet reprenant) à un transfert de patrimoine. Le recours à un transfert de patrimoine dans le cadre de la liquidation de la société transférante¹³ s'en trouve mis en question, du fait que les associés (lorsqu'il s'agit de personnes physiques) doivent préalablement requérir leur inscription au registre du commerce. Cette exigence est d'autant moins justifiée qu'elle se limite aux personnes physiques, alors même que certaines personnes morales non inscrites au registre du commerce peuvent participer, en tant que sujet reprenant, à un transfert de patrimoine (c'est le cas notamment de certaines associations et fondations).

Afin de ne pas aboutir à une définition trop étroite de la notion de sujet de droit privé, il y a lieu de l'interpréter de manière autonome, c'est-à-dire sans avoir recours à l'article 2, lettres a et b, P-LFus. Une telle interprétation permet d'inclure les sociétés coopératives de prévoyance ainsi que les personnes physiques non inscrites au registre du commerce dans la notion de sujet de droit privé. Elle correspond d'ailleurs à la volonté du législateur, qui a voulu poser le moins de restrictions possibles

¹² Conformément à l'art. 2, let. b, P-LFus en relation avec la let. a de la même disposition, les sociétés coopératives considérées comme des institutions de prévoyance (cf. let. i) ne sont pas des sociétés au sens de l'art. 2, let. b, P-LFus.

¹³ Cf. chap. 5 § 5 (ci-dessus).

au champ d'application du transfert de patrimoine¹⁴. Il n'en demeure pas moins qu'il aurait été souhaitable de préciser au niveau de la loi le sens exact de la notion de sujet de droit privé, ceci pour des raisons de sécurité du droit et, en particulier, pour ne pas mettre en question le *numerus clausus* des transferts de patrimoine autorisés.

Une société ou une entreprise individuelle inscrite au registre du commerce peut également transférer tout ou partie de son patrimoine à un institut de droit public (art. 99, al. 2, P-LFus). Seul un institut de droit public au sens de l'article 2, lettre d, P-LFus peut reprendre le patrimoine d'un sujet de droit privé. Il n'est donc pas possible de transférer le patrimoine directement à une corporation de droit public (Confédération, canton ou commune). En revanche, un transfert de patrimoine en faveur d'un institut de droit public qui ne jouit pas de la personnalité juridique et qui, par conséquent, se confond avec la corporation de droit public est admis. Cette réglementation peu cohérente a pour conséquence que les articles 751 et 915 CO¹⁵ ne sont pas abrogés, malgré la nouvelle réglementation du projet de loi sur la fusion. Ainsi, des états de fait très similaires sont, sans raison, réglementés de manière différente dans deux actes législatifs différents¹⁶.

- b) Dans l'hypothèse où une fondation inscrite au registre du commerce procède à un transfert de patrimoine, le projet de loi sur la fusion ne prévoit pas d'exigence particulière quant à la forme juridique que doit revêtir le sujet reprenant. Conformément à l'article 86, alinéa 1, P-LFus, il peut s'agir d'un sujet de droit public, c'est-à-dire un institut de droit public au sens de l'article 2, lettre d, P-LFus¹⁷, ou d'un sujet de droit privé. Comme dans le cadre d'un transfert de patrimoine mettant en présence une société ou une entreprise individuelle (cf. ci-dessus), la notion de sujet de droit privé s'étend non seulement aux formes juridiques énumérées à l'article 2, lettres a et b, P-LFus, mais également aux so-

¹⁴ Le tableau synoptique, contenu dans le message du Conseil fédéral (FF 2000 p. 4177), ne fait d'ailleurs pas de réserve en ce qui concerne les sociétés coopératives de prévoyance, ni ne spécifie que le sujet reprenant doit préalablement être inscrit au registre du commerce lorsqu'il s'agit d'une entreprise individuelle.

¹⁵ Au sujet de ces dispositions, cf. chap. 2 § 2 II. (ci-dessus).

¹⁶ Cette réglementation met en évidence le manque de coordination entre la réglementation du projet de loi sur la fusion et les dispositions du code des obligations (art. 751 et 915), qui demeurent inchangées.

¹⁷ Cf. également l'art. 99, al. 2, P-LFus.

ciétés coopératives de prévoyance ainsi qu'aux personnes physiques non inscrites au registre du commerce.

- c) Selon l'article 98, alinéa 1, P-LFus, une institution de prévoyance, peu importe sa forme juridique, peut transférer tout ou partie de son patrimoine à une autre institution de prévoyance. L'institution de prévoyance reprenante ne doit alors pas nécessairement revêtir la même forme juridique que le sujet transférant. Le transfert du patrimoine d'une institution de prévoyance peut également être opéré en faveur de tout autre sujet, y compris un institut de droit public au sens de l'article 2, lettre d, P-LFus ou encore une personne physique, qui ne doit pas forcément être inscrite au registre du commerce.
- d) L'article 99, alinéa 2, P-LFus permet à un institut de droit public de transférer tout ou partie de son patrimoine à un sujet de droit privé. Tout comme dans le cadre du transfert du patrimoine d'une société ou d'une entreprise individuelle, conformément à l'article 69, alinéa 1, P-LFus, la notion de sujet de droit privé s'étend aussi bien aux formes juridiques énumérées à l'article 2, lettres a et b, P-LFus, qu'aux sociétés coopératives de prévoyance et aux personnes physiques non inscrites au registre du commerce.

Selon l'article 99, alinéa 2, P-LFus, un institut de droit public peut également transférer tout ou partie de son patrimoine à un autre institut de droit public. Ce dernier doit néanmoins être organisé de manière indépendante et doit être inscrit au registre du commerce (art. 2, let. d, P-LFus). Ainsi, un institut de droit public fédéral peut transférer son patrimoine à un institut de droit public cantonal ou communal, et inversement. Par contre, un institut de droit public ne peut pas transférer son patrimoine directement à une corporation de droit public telle que la Confédération, un canton ou une commune. En effet, le sujet reprenant doit impérativement être un autre institut de droit public remplissant les conditions de l'article 2, lettre d, P-LFus; il doit donc être organisé de manière indépendante et doit être inscrit au registre du commerce. Cette solution plutôt formaliste est de nature à compliquer le déroulement de certaines opérations de transfert de patrimoine entre instituts et corporations de droit public, en particulier lorsque l'institut de droit public transférant jouit de la personnalité juridique¹⁸. Pour remédier à cet

¹⁸ Lorsque l'institut de droit public ne bénéficie pas de la personnalité juridique, un transfert de patrimoine est en général superflu, du moins si le sujet transférant et le

inconvenient, il s'agit, le cas échéant, d'inscrire préalablement au registre du commerce un institut de droit public, qui est chargé de reprendre le patrimoine au nom de la corporation de droit public. Cette restriction est d'autant moins compréhensible que, selon les conditions posées à l'article 2, lettre d, P-LFus, l'institut de droit public ne jouit pas toujours de la personnalité juridique. Lorsque tel n'est pas le cas, le patrimoine de l'institut de droit public n'est donc pas distinct de celui de la corporation de droit public dont il relève. Par conséquent, la construction de l'institut de droit public apparaît, dans ce cas du moins, comme étant superflue. En effet, économiquement, le transfert de patrimoine est effectué au profit de la corporation de droit public dont relève l'institut.

§ 3 Pluralité de sujets transférants du de sujets reprenants

En règle générale, le transfert de patrimoine met en présence uniquement deux sujets: le sujet transférants et le sujet reprenant. Il n'est cependant pas exclu que plusieurs sujets transférants, ou que plusieurs sujets reprenants, y participent. Ce sera notamment le cas lorsque les associés d'une société simple, inscrits à titre individuel au registre du commerce, transfèrent tout ou partie du patrimoine acquis à la société en propriété commune (art. 544, al. 1, CO; art. 652 CC). A cet égard, peu importe en quelle qualité les associés sont inscrits au registre du commerce; il peut s'agir d'entreprises individuelles (personnes physiques) ou de personnes morales (p. ex. des sociétés anonymes qui forment un consortium). La réalisation d'un transfert de patrimoine mettant en présence une pluralité de sujets transférants ne va cependant pas sans soulever certaines difficultés, notamment liées à la coordination des inscriptions du transfert de patrimoine au registre du commerce. Ces complications ne sont toutefois pas insurmontables¹⁹. Il suffit pour cela que les sujets transférants requièrent séparément l'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce (art. 73 P-LFus); ces inscriptions sont ensuite suivies d'une publication dans la Feuille officielle suisse du commerce. Le transfert de patrimoine ne devient opposable aux

sujet reprenant sont la même personne (p. ex. un canton et un institut de droit public cantonal).

¹⁹ Contra: PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1097, note 15, qui voit dans l'absence de synchronisation de l'inscription au registre du commerce un empêchement à la réalisation du transfert de patrimoine.

tiers qu'une fois que l'ensemble des inscriptions au registre du commerce ont été publiées. L'opération inverse est également envisageable: une communauté de sujets reprend tout ou partie du patrimoine d'un autre sujet inscrit au registre du commerce. Une seule inscription au registre du commerce est alors requise.

Par ailleurs, un sujet peut procéder simultanément à plusieurs transferts de patrimoine en faveur de plusieurs sujets reprenants différents²⁰. Toutefois, une telle restructuration ne constitue pas une transaction unique avec une pluralité de sujets reprenants comme c'est le cas en matière de scission par division (art. 29, let. a, P-LFus)²¹, mais doit être décomposée en transferts de patrimoine distincts, réalisés de manière concomitante.

§ 4 Inscription au registre du commerce

Pour l'ensemble des transferts de patrimoine autorisés, le projet de loi sur la fusion prévoit que le sujet transférant doit, indépendamment de sa forme juridique, être préalablement inscrit au registre du commerce (art. 69, al. 1, 86, al. 1, et art. 99, al. 2, en relation avec l'art. 2, let. d, P-LFus).

Lorsque l'inscription n'est pas une condition de l'existence du sujet, ce dernier doit, s'il n'est pas déjà inscrit, requérir son inscription. Celle-ci peut intervenir en même temps que la réquisition d'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine. Quant au sujet reprenant, il ne doit pas impérativement être inscrit au registre du commerce, même s'il le sera le plus souvent (ce n'est pas toujours le cas pour les personnes physiques, les fondations et les associations).

I. Conditions de l'inscription au registre du commerce

Les formalités de l'inscription au registre du commerce sont réglées différemment selon la forme juridique du sujet. Les sociétés de capitaux (sociétés anonymes, sociétés en commandite par actions et sociétés à responsabilité limitée) ainsi que les sociétés coopératives sont toujours inscrites au registre du commerce (art. 640, al. 1, 764, al. 2, 780, al. 1, et 835, al. 1,

²⁰ PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1097.

²¹ A ce sujet, cf. également chap. 3 § 2 III. 2. (ci-dessus).

CO). Pour l'ensemble de ces sociétés, l'inscription au registre du commerce est constitutive²²: elles ne peuvent acquérir la personnalité juridique sans inscription préalable (art. 643, al. 1, 764, al. 2, 783, al. 1, et 838, al. 1, CO).

Les autres formes juridiques susceptibles participer à un transfert de patrimoine, en tant que sujet transférant, ne sont pas systématiquement inscrites au registre du commerce. Dans le détail, les règles suivantes sont applicables:

– Entreprises individuelles / personnes physiques

Celui qui fait le commerce, exploite une fabrique ou exerce en la forme commerciale quelque autre industrie est tenu de requérir son inscription au registre du commerce (art. 934, al. 1, CO; art. 10, let. a, et 52, al. 1, ORC). Par ailleurs, celui qui exploite une affaire sans être astreint à l'inscription est autorisé à requérir cette inscription. Ainsi, les personnes physiques qui n'exploitent pas une entreprise en la forme commerciale sont également habilitées à demander leur inscription au registre du commerce (art. 934, al. 2, CO)²³. Toute personne physique peut donc requérir son inscription au registre du commerce en vue de procéder à un transfert de patrimoine (et, le cas échéant, requérir sa radiation du registre une fois celui-ci réalisé).

A la différence des sociétés de capitaux, l'inscription d'entreprises individuelles (ou de personnes physiques) est de nature déclarative. Elle ne fait pas naître une situation de droit, mais elle constate uniquement une situation de fait.

– Sociétés de personnes

Les associés de sociétés en nom collectif et de sociétés en commandite doivent requérir l'inscription de la société au registre du commerce (art. 552, al. 2, et 594, al. 3, CO). Dans la mesure où cette inscription n'a qu'un effet déclaratif, la société existe dès la conclusion du contrat de société. Il en va toutefois autrement lorsque la société n'exploite pas une entreprise en la forme commerciale. L'inscription a alors un effet constitutif et marque le début de l'existence de la société (art. 553 et 595 CO).

²² Au sujet des différentes formes d'inscription au registre du commerce, cf. chap. 10 § 3 II. (ci-dessous).

²³ ROLAND RUEDIN, N 350.

-- Associations

Les associations qui, pour atteindre leur but, exercent une industrie en la forme commerciale sont tenues de requérir leur inscription au registre du commerce (art. 61, al. 2, CC). L'inscription est de nature déclarative²⁴. Les associations qui n'exploitent pas une entreprise en la forme commerciale peuvent s'inscrire au registre du commerce sur une base volontaire.

-- Fondations

Pour acquérir la personnalité juridique, les fondations doivent, en principe, être inscrites au registre du commerce (art. 52, al. 1, et 81, al. 2, CC). Les fondations de famille et les fondations ecclésiastiques sont dispensées de cette formalité (art. 52, al. 2, CC). Il n'en demeure pas moins qu'elles peuvent, librement, requérir leur inscription au registre du commerce.

-- Instituts de droit public

L'art. 2, let. d, P-LFus définit les instituts de droit public comme étant des institutions inscrites au registre du commerce et qui sont organisées de manière indépendante, peu importe qu'elles jouissent ou non de la personnalité juridique. L'inscription au registre du commerce est donc une condition nécessaire pour que l'entité relevant du droit public entre dans le champ d'application du projet de loi sur la fusion.

Il n'existe pas de disposition explicite en droit privé qui régisse l'inscription des entités du droit public au registre du commerce. Seul l'article 10, lettre k, ORC prévoit que le registre du commerce contient les inscriptions se rapportant aux entreprises autonomes de droit public. Cette norme ne statue cependant pas d'obligation de s'inscrire au registre du commerce. En outre, il faut également mentionner l'article 20, alinéa 2, ORC, qui stipule que les faits dont l'inscription n'est pas prévue ne peuvent être inscrits que si l'intérêt public justifie de les rendre opposables aux tiers. Les instituts de droit public qui ne sont pas considérés comme des entreprises autonomes du droit public peuvent remplir cette condition. Il n'en demeure pas moins qu'il s'imposerait de créer une base légale claire en la matière. En particulier, l'article 10, lettre k, ORC mériterait un amendement dans le cadre des dispositions

²⁴ ATF 100 III 19, spéc. 23.

d'exécution relatives à la loi sur la fusion, ceci dans le but de "réceptionner" plus largement les entités de droit public dans le droit du registre du commerce.

Il appartient donc en premier lieu au droit public de régler la question de l'inscription au registre du commerce des entités relevant du droit public²⁵. Ce principe connaît cependant une dérogation importante: les personnes morales du droit public, c'est-à-dire les corporations et les établissements de droit public au sens de l'article 59, alinéa 1, CC, qui exploitent une entreprise commerciale au sens l'article 934 CO (ainsi que des art. 52 ss ORC) sont tenues de requérir leur inscription au registre du commerce²⁶.

- Institutions de prévoyance

Les institutions de prévoyance peuvent être organisées sous la forme juridique de la fondation, de la société coopérative ou d'une institution de droit public (art. 48, al. 2, LPP). Lorsqu'elles revêtent la forme juridique d'une fondation ou d'une société coopérative, les institutions de prévoyance doivent requérir leur inscription au registre du commerce; L'inscription est alors constitutive (cf. art. 52, al. 1, CC et art. 838, al. 1, CO). La situation est moins claire pour les institutions de prévoyance relevant du droit public: ni le droit privé fédéral, ni la LPP ne les assujettissent à s'inscrire au registre du commerce. Tout comme pour les instituts de droit public, il appartient donc en premier lieu au droit public de statuer l'obligation ou la faculté de requérir leur inscription au registre du commerce. Les institutions de prévoyance qui exploitent une entreprise commerciale au sens l'article 934 CO sont toutefois tenues de s'inscrire au registre du commerce.

II. But de l'inscription au registre du commerce

L'exigence de l'inscription au registre du commerce du sujet transférant ne constitue pas une formalité superflue, qui viserait à restreindre indirecte-

²⁵ Cf. p. ex. l'art. 2, al. 2, de la loi fédérale du 30 avril 1997 sur l'organisation de l'entreprise fédérale de la poste (RS 783.1).

²⁶ ATF 57 I 315, spéc. 318 s.; ATF 80 I 383, spéc. 384; HANS MICHAEL RIEMER, BK (1993), ST N 118; ROLF H. WEBER, p. 227.

ment le champ d'application personnel du transfert de patrimoine principalement aux commerçants (ou aux entreprises commerciales).

Elle est indispensable car le transfert de patrimoine doit, pour des raisons de publicité²⁷, obligatoirement faire l'objet d'une inscription au registre du commerce au siège du sujet transférant (art. 73, al. 1, P-LFus). Conformément à l'article 73, alinéa 2, P-LFus, l'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine provoque le transfert de par la loi et en un seul acte des actifs et des passifs énumérés dans l'inventaire. La condition préalable à l'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce est que le sujet transférant y soit lui-même déjà inscrit.

²⁷ PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1097. A ce sujet, cf. chap. 10 § 2 (ci-dessous).

§ 5 Récapitulatif des transferts de patrimoine autorisés²⁸

Sujet représentant / Sujet transférant	Personne physique	Société en nom collectif	Société en commandite	Société anonyme	Société en comman- dite par actions	Société à responsa- bilité limitée	Société coopérative	Association	Fondation	Institution de prévoyance	Institut de droit public*
Entreprise individuelle*	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Société en nom collectif*	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Société en commandite*	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Société anonyme	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Société en commandite par actions	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Société à responsabilité limitée	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Société coopérative	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Association*	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Fondation*	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Institution de prévoyance*	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Institut de droit public*	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓

* le sujet doit être inscrit au registre du commerce

²⁸ Cf. également FF 2000 p. 4177.

Chapitre 7

Objet du transfert de patrimoine

§ 1 Notions de patrimoine et de part de patrimoine

Conformément à l'article 69, alinéa 1, P-LFus, les sujets peuvent transférer "tout ou partie de leur patrimoine avec actifs et passifs". L'article 71, alinéa 1, lettre b, P-LFus spécifie que le contrat de transfert contient un inventaire qui désigne "les objets du patrimoine actif et passif qui seront transférés". Enfin, selon l'article 73, alinéa 2, P-LFus, l'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine a pour effet de transférer de par la loi "l'ensemble des actifs et passifs énumérés dans l'inventaire"¹.

Le projet de loi sur la fusion ne définit pas plus précisément les notions de patrimoine et de part de patrimoine, notamment eu égard aux droits et aux obligations qui peuvent entrer dans leur composition. Quant au message du Conseil fédéral, il souligne que la part de patrimoine peut se composer de n'importe quels éléments patrimoniaux actifs et passifs susceptibles d'être transférés; un seul droit suffit formellement pour constituer une part de patrimoine². Ainsi, le patrimoine (ou la part de patrimoine) transféré ne doit pas impérativement se composer d'une combinaison particulière d'éléments patrimoniaux actifs et passifs. Il peut notamment être formé uniquement d'éléments patrimoniaux actifs. En revanche, le transfert d'un ou plusieurs éléments patrimoniaux passifs, à l'exclusion tout actif, n'entre pas en ligne de compte du fait que l'inventaire doit présenter un excédent d'actifs (art. 71, al. 2, P-LFus)³. La même solution prévaut également en droit allemand: aucune disposition légale ne prévoit que les éléments patrimoniaux transférés dans le cadre d'une "Ausgliederung"⁴ doivent présenter une unité économique ou juridique. Le transfert peut aussi porter sur un seul droit⁵,

¹ Les dispositions applicables en matière de scission utilisent la même terminologie; cf. les art. 37, let. b, et 52 P-LFus.

² FF 2000 p. 4112. Cf. également PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1098; TURIN / KLÄY, REPRAX 1/01, p. 72 (f), p. 32 s. (d).

³ Cf. également PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1098. Au sujet de l'exigence relative à l'excédent d'actifs, cf. chap. 12 § 1 (ci-dessous).

⁴ Au sujet de la notion de "Ausgliederung", cf. chap. 4 § 6 (ci-dessus).

⁵ ARNDT TEICHMANN, UmwG, § 123 N 9.

même si dans la pratique il a généralement pour objet une partie d'une entreprise, ceci pour des motifs fiscaux.

Contrairement à la réglementation relative à la cession de patrimoine au sens de l'article 181 CO, le projet de loi sur la fusion renonce à la distinction entre la notion de patrimoine et celle d'entreprise. Le roessage du Conseil fédéral souligne que seul le concept de patrimoine a été retenu, car il est plus large que celui d'entreprise⁶. Ainsi, le patrimoine, ou la part de patrimoine, ne doit pas former un "patrimoine spécial" (*Sondervermögen*, selon la terminologie allemande), comme l'exige la doctrine pour la cession de patrimoine selon l'actuel article 181 CO⁷. Les actifs et les passifs transférés ne doivent donc pas nécessairement être affectés à un but spécial. N'importe quelle combinaison d'éléments patrimoniaux actifs et passifs est susceptible de faire l'objet d'un transfert de patrimoine. Ce choix du législateur doit être salué⁸, car une telle exigence conduirait inévitablement à des difficultés pratiques et ne permettrait en aucun cas d'empêcher les abus. En particulier, il s'avérerait problématique pour les autorités judiciaires et administratives, et avant tout pour les autorités du registre du commerce⁹, de vérifier si cette condition est remplie dans un cas concret. Les difficultés de mise en œuvre d'une telle exigence conduiraient inévitablement à une certaine insécurité du droit. De plus, du point de vue de la protection des associés et des créanciers, toute restriction relative à l'affectation du patrimoine n'offre aucune garantie.

Si le projet de loi sur la fusion ne pose aucune exigence quant à la composition (qualitative) du patrimoine, il ne contient pas non plus de règle quant au "volume" qu'il doit présenter¹⁰. La réglementation du transfert de patrimoine peut trouver application lors de toute transaction ayant pour but un transfert de patrimoine, peu importe son importance économique.

⁶ FF 2000 p. 4113. Ce choix est d'ailleurs critiqué par RAFFAEL BÜCHI, p. 169.

⁷ À ce sujet, cf. chap. 2 § 1 II. 1. (ci-dessus).

⁸ Dans ce sens: CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, PJA 5/2002, p. 524 s. Contra: URS BEHNISCH / RAFFAEL BÜCHI qui y voient un risque d'abus, en particulier en ce qui concerne le respect des règles de formes du droit privé, et qui proposent de limiter le champ d'application de l'art. 69 P-LFus au transfert d'entreprises (Mängel des Fusionsgesetz-Entwurfes, NZZ 15/16.09.2001, p. 22).

⁹ Le pouvoir d'examen limité des autorités du registre du commerce (à ce sujet, cf. chap. 10 § 5, ci-dessous) et l'organisation décentralisée du registre du commerce constitueraient des obstacles supplémentaires à la mise en œuvre d'une telle exigence.

¹⁰ PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1098.

Le projet de loi sur la fusion distingue le transfert d'un patrimoine dans son ensemble et le transfert d'une part de celui-ci. Formellement, lorsque l'on soustrait un seul élément patrimonial à un patrimoine, celui-ci devient une part de patrimoine¹¹. Toutefois, vu la définition extrêmement large de la notion de patrimoine, notamment due à l'absence de condition relative à l'affectation des biens qui le composent, la distinction entre patrimoine et part de patrimoine a une portée très limitée. En principe, il n'en résulte aucune conséquence quant à la réglementation applicable¹².

Au vu de ce qui précède, le patrimoine, ou la part de patrimoine, peut être défini comme étant la somme des éléments patrimoniaux (actifs et passifs) qui sont contenus dans l'inventaire et dont le transfert a été convenu par les parties.

§ 2 Nature des éléments patrimoniaux actifs et passifs

Le patrimoine ou la part de patrimoine se compose des éléments patrimoniaux actifs et des passifs énumérés dans l'inventaire. Ceux-ci doivent être cessibles¹³.

I. Éléments patrimoniaux actifs

Le transfert peut notamment porter sur les éléments patrimoniaux actifs suivants¹⁴:

— Droits réels

Les droits réels englobent les droits de propriété foncière (art. 655 CC) et mobilière (art. 713 CC) ainsi que la plupart des droits réels restreints

¹¹ Il va de soi que l'éventuelle contre-prestation (cf. chap. 9 § 4 IV., ci-dessous) pour le transfert de patrimoine ne fait elle-même jamais partie du patrimoine, même lorsque celui-ci est transféré dans son ensemble.

¹² Cf. cependant chap. 9 § 2 II. (ci-dessous); le transfert d'un patrimoine dans son ensemble (ou d'une partie importante de celui-ci) peut fonder la compétence de l'assemblée des associés, qui doit donner son accord au transfert de patrimoine.

¹³ Au sujet des éléments patrimoniaux incessibles, cf. chap. 7 § 3 (ci-dessous).

¹⁴ Le projet de loi sur la fusion (art. 71, al. 1, let. b, P-LFus) mentionne expressément les immeubles, les papiers-valeurs et les valeurs immatérielles comme objet du transfert de patrimoine.

et, en particulier, la servitude foncière (art. 730 CC), le droit de superficie (art. 779 CC), la servitude de source (art. 780 CC), le gage immobilier (art. 793 CC) et le gage mobilier (art. 884 CC). L'usufruit est également susceptible d'être transféré, à la condition toutefois qu'il ne soit pas éminemment personnel (art. 745 et 758, al. 1, CC).

– Créances

Indépendamment de leur cause (contrat, acte illicite, enrichissement illicé ou gestion d'affaires sans mandat), les créances font partie du patrimoine actif. Le transfert de créances s'étend également aux droits accessoires¹⁵, telles que les sûretés personnelles ou réelles ainsi que le droit de rétention (art. 895 CC). Les créances futures sont également cessibles lorsqu'elles sont suffisamment déterminées ou déterminables¹⁶.

– Papiers-valeurs

Les papiers-valeurs peuvent être au porteur, à ordre ou nominatifs.

– Droits de la propriété intellectuelle

Les brevets d'invention, les *designs*, les droits d'auteur et les marques doivent être cités.

– Valeurs immatérielles

Le message du Conseil fédéral mentionne à titre d'exemple le *know-how* et le *goodwill*¹⁷. Il peut également s'agir de la clientèle qui est transférée avec une entreprise.

Par ailleurs, les droits formateurs, les expectatives ou encore les droits de participation à une propriété en main commune peuvent également entrer dans la composition du patrimoine actif¹⁸.

¹⁵ Cf. l'art. 170, al. 1, CO en matière de cession de créance.

¹⁶ Concernant le droit actuel, cf. ATF 113 II 163.

¹⁷ FF 2000 p. 4115.

¹⁸ ARTHUR MEIER-HAYOZ, BK ST N 151; CAROLE VAN DE SANDT, p. 15 s.

II. Eléments patrimoniaux passifs

Le patrimoine, ou la part de patrimoine, peut comprendre des dettes et des charges. La cause de l'obligation peut notamment être un contrat, un acte illicite ou un enrichissement illégitime. La dette peut comprendre des obligations accessoires, telle que l'obligation de verser des intérêts moratoires¹⁹. Elle peut avoir pour objet l'exécution d'une prestation matérielle (p. ex. de payer une somme d'argent) ou d'une prestation personnelle. Dans cette dernière hypothèse, la cessibilité de la dette peut cependant être restreinte. La dette peut également consister en une abstention.

En revanche, le capital social, les réserves (liées et librement disponibles) et le résultat de l'exercice ne sont pas des éléments patrimoniaux passifs. En effet, ces postes du bilan constituent des non-valeurs, qui ne sauraient faire l'objet d'un transfert²⁰.

§ 3 Cessibilité

I. Principe

Le message du Conseil fédéral précise que, pour pouvoir faire l'objet d'un transfert de patrimoine, les éléments patrimoniaux actifs et passifs doivent être transférables²¹. En conséquence, le transfert de patrimoine ne permet pas de modifier la titularité de droits et d'obligations réputés incessibles, peu importe l'origine de l'incessibilité (la loi, la convention entre les parties ou la nature de l'affaire). En d'autres termes, les restrictions au transfert de certains droits et de certaines obligations ne sont pas automatiquement levées. Cette conception n'a pas été remise en question lors de l'examen du projet par le Conseil des Etats et par le Conseil national²².

¹⁹ Cf. également l'art. 178 CO concernant le sort des droits accessoires en matière de reprise de dette. Il y a lieu d'admettre les mêmes effets en matière de transfert de patrimoine.

²⁰ Concernant la définition du capital, cf. PETER BÖCKLI, N 40a s.; MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, § 16 N 36.

²¹ FF 2000 p. 4112. Cf. également TURIN / KLÄY, REPRAX 1/01, p. 72 (f), p. 32 (d).

²² Cf. également BO CN 2003 p. 243 (intervention du rapporteur JEAN-MICHEL CINA ad art. 71 P-LFus).

L'exigence de cessibilité est d'ores et déjà contestée par une partie de la doctrine. En effet, elle peut, selon les circonstances, être de nature à "compliquer" le déroulement du transfert de patrimoine. Les parties peuvent devoir recueillir le consentement de tiers afin de lever les restrictions (conventionnelles) à la cessibilité et ainsi de pouvoir réaliser la restructuration envisagée. Dans ce sens, l'exigence de cessibilité contredit, dans une certaine mesure, l'un des objectifs du projet de loi sur la fusion qui est d'améliorer la mobilité dans l'organisation juridique des entreprises²³.

PETER LOSER-KROGH y voit d'ailleurs un argument qui permettrait de passer outre les restrictions au transfert de certains éléments patrimoniaux²⁴. Ce même auteur propose néanmoins une solution différenciée selon les intérêts en présence, du moins dans les situations où le transfert dépend du consentement d'un tiers²⁵. L'accord du partenaire contractuel ne serait, en principe, pas nécessaire lorsque le transfert de patrimoine porte sur tout ou partie d'une entreprise. En revanche, cet accord serait requis lorsque des éléments patrimoniaux isolés, voire certaines parts de patrimoine, sont transférés. Si cette solution peut sembler élégante, le critère de distinction proposé s'avère cependant problématique et peu praticable dans la mesure où la notion d'entreprise est "élastique" et ne fait l'objet d'aucune définition légale en droit privé. Ainsi, un immeuble isolé ne forme vraisemblablement pas une entreprise, alors même qu'un parc immobilier peut, à certaines conditions, constituer une entreprise. Une difficulté supplémentaire provient du fait que l'on ne saurait exiger des autorités chargées de veiller à l'application correcte de la loi sur la fusion (autorités du registre du commerce) qu'elles mettent en œuvre une telle exigence. L'insécurité juridique qui résulterait d'une distinction fondée sur la notion d'entreprise plaide plutôt en faveur de la position du Conseil fédéral.

Par ailleurs, PIERA BERETTA et RAFFAEL BÜCHI proposent d'aller encore plus loin que PETER LOSER-KROGH et d'assujettir, sans aucune réserve, le transfert de patrimoine aux règles de la succession à titre universel²⁶. Ainsi,

²³ FF 2000 p. 4011.

²⁴ PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000 p. 1101. Dans le même sens (sans toutefois se référer à PETER LOSER-KROGH), cf. également RAFFAEL BÜCHI, p. 169.

²⁵ PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1106 s.

²⁶ PIERA BERETTA, RSJ 98, p. 251 ss; RAFFAEL BÜCHI, p. 170 ss; cf. également URS BEHNISCH / RAFFAEL BÜCHI, Mängel des Fusionsgesetz-Entwurfes, NZZ 15/16.09.2001, p. 22. A ce sujet, voir également chap. 4 § 3 (ci-dessus).

n'importe quel élément patrimonial pourrait sans autre être transféré, même s'il est frappé d'une restriction quant à son transfert.

Malgré ces critiques, il y a lieu de s'en tenir à la position du Conseil fédéral et de considérer que le transfert de patrimoine ne permet pas de lever les restrictions qui peuvent frapper le transfert de certains éléments patrimoniaux. Cette prémisse est voulue par le législateur et il n'y a aucune raison de s'en écarter au prétexte que les éléments patrimoniaux énumérés dans l'inventaire sont transférés de par la loi (art. 73, al. 2, P-LFus), et non pas par voie de succession à titre singulier. La position du Conseil fédéral fait prévaloir les intérêts des tiers, dont les droits peuvent être lésés, sur les besoins de l'économie de pouvoir transférer des éléments patrimoniaux, qui seraient incessibles "hors transfert de patrimoine" ou dont la cession serait soumise au consentement de tiers. En prévoyant que les éléments patrimoniaux faisant l'objet du transfert de patrimoine doivent être cessibles, le projet de loi sur la fusion ne pose pas une exigence supplémentaire par rapport au droit actuel, et notamment à la réglementation de la cession d'entreprise au sens de l'article 181 CO; il renonce uniquement à appliquer les principes qui prévalent en matière de succession à titre universel et en particulier en matière de fusion. Par ailleurs, l'incessibilité, lorsqu'elle dépend du consentement d'un tiers, est relative; elle peut être levée lorsque ce dernier donne son accord.

Si le transfert de patrimoine devait permettre de transférer des droits réputés incessibles, il serait très facile d'éluider ces restrictions par un transfert de patrimoine, au lieu de procéder à un transfert par voie de succession à titre singulier²⁷. En effet, les parties au transfert de patrimoine peuvent composer "à discrétion" le patrimoine qui sera transféré; un seul élément patrimonial actif suffit formellement pour former un patrimoine au sens du projet de loi sur la fusion²⁸. Ainsi, il serait envisageable de procéder à un transfert portant uniquement sur des actions nominatives liées, dans le seul but d'être dispensé de recueillir le consentement de la société conformément à l'article 685b CO²⁹, alors même que celui-ci serait requis en cas d'aliénation des actions par une vente "ordinaire" (succession à titre singulier). Ce résultat serait choquant et ouvrirait la porte à de nombreux abus. Par ailleurs, il serait également envisageable de transférer la qualité de

²⁷ Cf. également BO CN 2003 p. 244 (interventions du rapporteur JEAN-MICHEL CINA et de la Conseillère fédérale RUTH METZLER-ARNOLD ad art. 71 P-LFus).

²⁸ Cf. chap. 7 § 1 (ci-dessus).

²⁹ Au sujet de cette disposition, cf. chap. 7 § 3 III. 1. (ci-dessous).

partie à un contrat sans l'accord de l'ensemble des autres cocontractants, ce qui pourrait avoir des conséquences intolérables pour ces derniers. En effet, renoncer à l'accord des autres cocontractants constituerait une atteinte importante au principe de l'autonomie privée (liberté contractuelle) qui prévaut en matière contractuelle. Selon ce principe, chacun est libre de conclure un contrat et de choisir ses partenaires contractuels. Or, le transfert de patrimoine permettrait de contraindre une partie à un contrat existant de contracter avec un tiers (qui serait le sujet reprenant), même lorsque les parties originaires au contrat ont conventionnellement exclu toute cession de contrat.

II. Éléments patrimoniaux incessibles

Un élément patrimonial peut être incessible en vertu de la loi, de la convention entre les parties ou encore de la nature de l'affaire³⁰. Sont notamment incessibles:

- Droits éminemment personnels

En particulier, les droits de la personnalité (art. 28 CC), le sociétariat dans une société simple (art. 542 CO) et certains droits résultant d'un contrat de mandat (art. 398, al. 3, CO) ont une nature personnelle qui s'oppose à leur cessibilité. Par ailleurs, conformément à l'article 68 CO, le débiteur doit exécuter personnellement son obligation lorsque le créancier a un intérêt à ce qu'elle soit exécutée par le débiteur lui-même.

- Droits et obligations stipulés incessibles par les parties

Les parties à un acte juridique peuvent convenir que leurs droits et leurs obligations réciproques sont intransmissibles³¹. Dans ce cas, une nouvelle convention entre les parties est nécessaire afin qu'ils deviennent à nouveau cessibles.

- Droits incessibles de par la loi

Contrairement à l'usufruit, qui peut être cédé lorsqu'il n'est pas éminemment personnel (art. 758, al. 1, CC), le droit d'habitation est tou-

³⁰ Cf. l'art. 164, al. 1, CO pour la cession de créance.

³¹ La cessibilité peut également être présumée; l'art. 779, al. 2, CC prévoit par exemple que, sauf convention contraire, le droit de superficie est cessible.

jours incessible; il ne peut donc jamais être transféré à un tiers (art. 776, al. 2, CC). Les créances de salaire futur du travailleur (sauf si elles doivent garantir une obligation d'entretien), les créances du travailleur en prestations de prévoyance futures (qui ne sont pas encore exigibles) ainsi que les créances résultant d'un contrat d'entretien viager ne sont pas cessibles non plus³².

– Certains rapports juridiques de droit public

Il appartient au droit public de déterminer si le transfert des rapports de droit public est possible³³.

Avant de procéder au transfert de patrimoine, le sujet transférant doit donc s'assurer que les éléments patrimoniaux portés dans l'inventaire sont cessibles. Le cas échéant, il peut être nécessaire de recueillir le consentement de tiers afin de lever la restriction à la transmissibilité (p. ex. en cas de transfert d'actions nominatives liées³⁴). Si, malgré leur incessibilité, certains éléments patrimoniaux sont pris en considération dans l'inventaire, la titularité des droits reste inchangée, et ceci même si le transfert de patrimoine est valablement inscrit au registre du commerce. En d'autres termes, l'inscription au registre du commerce ne "guérit" jamais l'incessibilité des éléments patrimoniaux.

III. Cas particuliers

La cessibilité d'un certain nombre d'éléments patrimoniaux peut soulever des difficultés et peut dépendre fortement des circonstances du cas concret. C'est le cas notamment des actions nominatives liées, des contrats et des rapports juridiques de droit public.

³² Cf. art. 325, 331b et 529, al. 1, CO. Dans la mesure où seules les personnes physiques inscrites au registre du commerce peuvent transférer tout ou partie de leur patrimoine conformément à l'art. 69, al. 1, P-LFus, la portée de ces restrictions légales à la cessibilité de créances est très réduite.

³³ A ce sujet, cf. chap. 7 § 3 III. 3. (ci-dessous).

³⁴ A ce sujet, cf. chap. 7 § 3 III.1. (ci-dessous).

1. Actions nominatives liées

Conformément à l'article 685a, alinéa 1, CO, les statuts de la société anonyme peuvent prescrire que le transfert des actions nominatives est subordonné à l'approbation de la société. La réglementation diffère selon que les actions sont cotées en bourse ou non:

– Actions non cotées en bourse

En vertu de l'article 685b, alinéa 1, CO, la société peut refuser son approbation au transfert en invoquant un juste motif prévu par les statuts ou en offrant de reprendre les actions à leur valeur réelle. L'alinéa 2 de la même disposition précise que sont considérés comme de justes motifs les dispositions concernant la composition du cercle des actionnaires qui justifient un refus eu égard au but social ou à l'indépendance économique de la société³⁵. En cas d'acquisition des actions par succession, partage successoral, en vertu du régime matrimonial ou dans une procédure d'exécution forcée, l'article 685b, alinéa 4, CO restreint la possibilité pour la société de refuser son approbation au seul cas où elle offre à l'acquéreur de reprendre les actions à leur valeur réelle (*escape-clause*).

La doctrine³⁶, se fondant sur une décision du Tribunal fédéral³⁷, considère que le catalogue de l'article 685b, alinéa 4, CO n'a pas un caractère exhaustif. En particulier, la réglementation spéciale de l'article 685b, alinéa 4, CO peut s'étendre à l'acquisition d'actions nominatives liées dans des situations similaires à celles qui sont énoncées par la loi et notamment dans le cadre de fusions. Il faut alors que les circonstances et les intérêts en présence correspondent aux cas énumérés par la loi, de sorte qu'il apparaisse indiqué d'appliquer par analogie ces dispositions légales³⁸.

³⁵ Au sujet des motifs de refus, cf. HANSPETER KLÄY, p. 157 ss.

³⁶ HANSPETER KLÄY, p. 205 ss; PETER LUTZ, p. 142 ss (traite de l'ancien droit de la société anonyme).

³⁷ ATF 109 II 130, spéc. 135.

³⁸ HANSPETER KLÄY, p. 207. Cf. également le message du Conseil fédéral du 19 décembre 2001 concernant la révision du droit de la société à responsabilité limitée (FF 2002 p. 2987) qui propose une réglementation similaire au droit de la société anonyme pour l'acquisition des parts sociales.

De même, l'acquisition d'actions nominatives liées par suite de transfert de patrimoine (et de scission) peut également être assujettie aux dispositions de l'article 685*b*, alinéa 4, CO, du moins lorsque le transfert de patrimoine sert de succédané à une fusion, voire à une scission ou encore à une transformation^{39, 40}. Il faut cependant se garder de soumettre systématiquement l'acquisition d'actions nominatives liées par suite de transfert de patrimoine à la réglementation spéciale de l'article 685*b*, alinéa 4, CO. Comme c'est le cas en matière de fusion, l'application de cette disposition dépendra bien plus du cas d'espèce et des intérêts en présence.

– Actions cotées en bourse

Selon l'article 685*d*, alinéa 1, CO, la société ne peut refuser comme actionnaire l'acquéreur d'actions nominatives cotées en bourse que si les statuts prévoient une limite en pour-cent des actions nominatives jusqu'à laquelle un acquéreur doit être reconnu comme actionnaire, et que cette limite est dépassée. L'article 685*d*, alinéa 3, CO précise cependant que lorsque les actions ont été acquises par succession, partage successoral ou en vertu du régime matrimonial, l'acquéreur ne peut pas être refusé comme actionnaire. Ainsi, même si les statuts contiennent une clause de pourcentage et que celle-ci est franchie, l'acquéreur doit être reconnu⁴¹. Tout comme pour les actions non cotées en bourse (art. 685*b*, al. 4, CO), la doctrine considère que le catalogue de l'article 685*d*, alinéa 3, CO n'est pas exhaustif et que celui-ci s'étend aux états de faits similaires. Encore faut-il que les circonstances et les intérêts en présence correspondent aux cas énumérés par la loi⁴². En particulier, l'acquisition d'actions nominatives par suite de fusion est susceptible d'entrer dans le champ d'application de l'article 685*d*, alinéa 3, CO. Il peut en aller de même en matière d'acquisition d'actions cotées en bourse par le biais

³⁹ Concernant ce cas d'application du transfert de patrimoine, cf. chap. 5 § 2 (ci-dessus).

⁴⁰ Cf. également PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1107. Selon cet auteur, seuls les transferts de patrimoine qui portent sur une part d'entreprise (ou une entreprise) seraient assimilés à une fusion (et, par conséquent, soumis à la réglementation de l'art. 685*b*, al. 4, CO). Dans son résultat, le critère de la part d'entreprise ne se distingue pas fondamentalement de celui du succédané de fusion, de scission ou de transformation.

⁴¹ HANSPETER KLÄY, p. 290.

⁴² HANSPETER KLÄY, p. 291.

d'un transfert de patrimoine, du moins lorsque celui-ci sert de succédané à une fusion, voire à une scission ou encore à une transformation. Tout comme pour l'acquisition d'actions non cotées en bourse, il faut alors tenir compte des circonstances et de l'ensemble des intérêts en présence.

2. Contrats

Le projet de loi sur la fusion ne contient aucune disposition générale régissant la cession de rapports contractuels dans leur ensemble consécutivement à une fusion, à une scission ou à un transfert de patrimoine. Seul l'article 76, alinéa 1, P-LFus précise que le transfert des rapports de travail est régi par l'article 333 CO⁴³. Selon cette disposition, les rapports de travail passent au sujet reprenant avec tous les droits et toutes les obligations qui en découlent lorsque l'employeur transfère tout ou partie de l'entreprise à un tiers; le travailleur peut néanmoins s'opposer au transfert des rapports de travail.

Certes, le transfert de patrimoine permet à un sujet de transférer tout ou partie de son patrimoine avec actifs et passifs et, par conséquent, également des droits et des obligations ayant leur fondement dans un contrat. Néanmoins, la cession de l'ensemble des droits et des obligations résultant d'un contrat ne provoque pas encore le transfert du rapport d'obligation lui-même ou, en d'autres termes, ne substitue pas une partie à une autre partie⁴⁴. Il faut pour cela que l'ensemble des parties au contrat consentent à la cession de contrat.

Cette conséquence découle de la nuance entre "succession à titre universel" et "transfert selon inventaire": selon la conception proposée par le projet du Conseil fédéral, qui est ici défendue, le transfert de patrimoine est un cas de transfert selon inventaire. Contrairement à la succession à titre universel, il ne permet pas de passer outre les restrictions à la cession de certains éléments patrimoniaux et, en particulier, de renoncer au consentement de tiers⁴⁵. Ainsi, même lorsqu'il a pour objet tous les droits et toutes les obligations résultant d'un contrat, le transfert de patrimoine n'occasionne pas

⁴³ Cf. également les art. 27, al. 1, et 49, al. 1, P-LFus. Au sujet de l'art. 333 CO, cf. chap. 12 § 3 II. (ci-dessous).

⁴⁴ EUGEN BUCHER, p. 592; PETER FRÜH, p. 87 s. Contra: RUDOLF TSCHÄNI, *Unternehmensübernahmen*, p. 24.

⁴⁵ Cf. chap. 4 § 3 (ci-dessus).

encore la substitution d'une partie à une autre⁴⁶. Le message du Conseil fédéral précise d'ailleurs qu'il en va de même en matière de scission⁴⁷. En revanche, la fusion a, en principe, pour effet de provoquer un changement de partie au contrat: le sujet reprenant succède également au sujet transférant dans ses rapports contractuels⁴⁸. Cette conséquence résulte du fait que, contrairement au transfert de patrimoine et à la scission (par séparation), le sujet transférant disparaît (systématiquement) avec la fusion. Toutefois, le transfert de rapports d'obligations de durée peut s'avérer problématique, même lors d'une fusion.

Cette conception est corroborée par les délibérations du Parlement. En effet, la minorité de la Commission des affaires juridiques du Conseil national a proposé de permettre, d'une manière générale, le transfert de contrats, tout en accordant le droit au partenaire contractuel de se départir du contrat une fois le transfert de patrimoine opéré. Cette proposition a été débattue et clairement rejetée par le Conseil national⁴⁹.

Si le transfert de patrimoine ne peut avoir pour effet de substituer les parties à un contrat, un tel résultat peut cependant être souhaité par les sujets participants, en particulier pour ce qui est des rapports d'obligations de durée (contrat de vente avec livraisons successives par exemple). En l'absence de règles particulières du projet de loi sur la fusion régissant la cession de contrats, il y a lieu d'appliquer les principes généraux du droit des obligations. Bien que le code des obligations ne règle pas expressément la cession d'un contrat dans son ensemble⁵⁰, il ne faut pas en conclure que la

⁴⁶ Contra: PIERA BERETTA, RSJ 98, p. 249 ss; PIERA BERETTA, Unstimmigkeiten im Fusionsgesetz-Entwurf, Klarstellung der Behörden nötig, NZZ du 13.11.2001, p. 27; RAFFAEL BÜCHI, p. 170 ss; URS BEHNISCH / RAFFAEL BÜCHI, Mängel des Fusionsgesetz-Entwurfes, NZZ 15/16.09.2001, p. 22; STEFAN EBERHARD, p. 228 s. (concerne la cession de contrats suite à une scission); PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1102.

⁴⁷ FF 2000 p. 4098.

⁴⁸ Au sujet du transfert de contrats lors de fusions en droit actuel, cf. BÜRGI / NORDMANN, ZK Art. 748 N 89 ss; ANNELIES KÜRY, p. 74 ss; JÜRIG SUTER, p. 33 ss; RUDOLF TSCHÄNI, Unternehmensübernahmen, p. 64 s.

⁴⁹ Cf. propositions de la minorité ad art. 71 et 76 P-LFus; BO CN 2003 p. 243 s.

⁵⁰ Cf. cependant la réglementation particulière des art. 261 et 263 CO (cession du bail) et de l'art. 333 CO (transfert des rapports de travail). Par ailleurs, différentes lois spéciales règlent la cession de contrats dans des cas particuliers. Ainsi, l'art. 54, al. 1, LCA prévoit que, si l'objet du contrat d'assurance change de propriétaire, les droits et les obligations qui découlent du contrat d'assurance passent à l'acquéreur. L'art. 39 LSA autorise les institutions d'assurance à transférer leur portefeuille suisse, c'est-à-dire les contrats d'assurance qui doivent être exécutés en Suisse, en tout ou partie.

substitution d'une partie à un contrat est illicite⁵¹. Au contraire, le principe de l'autonomie de la volonté (art. 19, al. 1, CO) autorise les parties à déterminer librement l'objet d'un contrat et, par conséquent, à convenir de la cession de contrats.

La réalisation de la cession d'un contrat se déroulera en général de la manière suivante: les sujets participant au transfert de patrimoine concluent, aux côtés du contrat de transfert selon les articles 70 s. P-LFus, un contrat de cession. Ce dernier est un contrat innommé qui met en présence (au moins) trois parties: les cocontractants originaires (dont fait partie le sujet transférant) ainsi que le sujet reprenant. Les parties conviennent dans le contrat de cession de la substitution d'une partie au contrat original⁵². Le contrat de cession peut être conclu avant ou après la réalisation du transfert de patrimoine. Il est également envisageable de lier le contrat de transfert au contrat de cession, de sorte que l'un ne soit pas valable sans l'autre. La cession de contrat a pour effet de libérer la partie sortante et de conférer au sujet reprenant la place de celle-ci au contrat⁵³. Malgré le changement de cocontractant, le contrat est maintenu sans interruption et avec un contenu identique.

Ainsi, l'accord de l'ensemble des parties au contrat est nécessaire pour pouvoir procéder à la substitution d'une partie au contrat. Le transfert de patrimoine ne permet pas une modification unilatérale des parties à un contrat. Il faut cependant réserver le cas où le contrat original contient une clause permettant aux parties, ou à certaines d'entre elles, de céder le rapport juridique à un tiers. Même si la cession est alors, en général, soumise à certaines conditions, il n'est pas nécessaire de conclure un contrat de cession et le transfert de patrimoine peut alors porter sur le contrat lui-même.

avec leurs droits et obligations, à une autre institution d'assurance; pour davantage de détails cf. chap. 2 § 2 III. 1. (ci-dessus).

⁵¹ PETER FRÜH, p. 78 ss; PHILIPPE REYMOND, p. 28.

⁵² Concernant les détails de la conclusion du contrat de cession et la forme de ce dernier. cf. PETER FRÜH, p. 96 ss; PHILIPPE REYMOND, p. 46 ss. Cf. également PIERA BERETTA, RSJ 98, p. 250 et les nombreuses références citées.

⁵³ Au sujet des effets de la cession de contrat, cf. PHILIPPE REYMOND, p. 65 ss.

En droit allemand, l'admissibilité de la cession de contrats dans le cadre d'une scission est discutée, notamment lorsque les contrats incorporent des obligations strictement personnelles⁵⁴. Pour certains auteurs, les contrats ne sont pas "objets" patrimoniaux⁵⁵. Il n'en demeure pas moins que la doctrine majoritaire admet la possibilité de transférer des rapports contractuels dans le cadre d'une scission, même lorsque celle-ci revêt la forme de la "Ausgliederung"⁵⁶, ceci sans que l'accord de l'ensemble des parties au contrat ne soit requis⁵⁷. Toutefois, la cession est exclue lorsque le contrat contient une condition résolutoire (qui met automatiquement fin au contrat en cas de transfert)⁵⁸. Selon les circonstances et, en particulier, lorsque le contrat est fondé sur un rapport de confiance, la doctrine admet que l'autre partie (qui subit le changement de partenaire contractuel) peut résilier le contrat *ex tunc*⁵⁹.

3. Rapports juridiques de droit public

Le transfert de patrimoine peut porter sur des droits ou des obligations résultant de rapports juridiques de droit public (droits résultant d'une autorisation administrative, d'un contingent, d'une concession, etc.), à la condition toutefois que ces derniers soient cessibles.

La question de l'admissibilité du transfert de rapports juridiques de droit public sort du cadre du projet de loi sur la fusion. En effet, celui-ci se limite à régler les aspects de droit privé liés à la modification des structures juridiques de sujets. Par conséquent, il appartient au droit public de déterminer si les droits et les obligations résultant de rapports juridiques de droit public peuvent être transférés et, le cas échéant, à quelles conditions.

⁵⁴ FUHRMANN / SIMON, AG 2/2000, p. 57; SAGÄSSER/BULA, p. 221. Cette question n'a, pour le moment, pas encore été tranchée par un tribunal.

⁵⁵ FUHRMANN / SIMON, AG 2/2000, p. 57.

⁵⁶ Concernant la notion de "Ausgliederung", cf. chap. 4 § 6 (ci-dessus).

⁵⁷ FUHRMANN / SIMON, AG 2/2000, p. 57; SAGÄSSER/BULA, p. 221; ARNDT TEICHMANN, UmwG, § 132 N 38.

⁵⁸ FUHRMANN / SIMON, AG 2/2000, p. 57.

⁵⁹ FUHRMANN / SIMON, AG 2/2000, p. 57; ARNDT TEICHMANN, UmwG, § 123 N 40 ss.

Bien que le droit public ne contienne pas de disposition générale concernant le transfert de droits et d'obligations de droit public, les principes suivants s'appliquent⁶⁰:

- Droits et obligations personnels. Le transfert peut être exclu, limité, libre ou imposé:
 - L'exclusion du transfert: en raison de leur nature, les droits et les obligations strictement personnels sont incessibles; l'incessibilité ne doit pas même être précisée au niveau de la loi.
 - La limitation du transfert: le transfert peut être limité de différentes manières; il peut notamment être subordonné à un acte administratif, par exemple l'approbation d'une autorité, ou son étendue peut être restreinte, dans ce cas seule une partie du droit ou de l'obligation est cessible.
 - La liberté du transfert: la libre cessibilité de droits et d'obligations personnels peut résulter de leur nature ou de la loi.
 - L'obligation du transfert: le transfert peut être imposé par la loi (p. ex. en cas de décès, les héritiers peuvent se voir transférer des droits et des obligations) ou par un acte administratif.
- Droits et obligations réels. Certains droits et certaines obligations sont fixés eu égard à une chose déterminée⁶¹, de sorte qu'ils ne peuvent être transférés que conjointement (p. ex. une autorisation de construire qui est liée à un immeuble). Cependant, l'approbation d'une autorité administrative peut être requise.
- Droits et obligations "mixtes". Ceux-ci sont attribués eu égard à une personne et à une chose déterminées (une patente d'auberge p. ex.). Le transfert est possible lorsque le sujet reprenant remplit les conditions personnelles pour l'octroi de l'autorisation administrative.

Si les particuliers peuvent, à certaines conditions, transférer des rapports juridiques de droit public, un transfert est également envisageable de la part de la collectivité publique (p. ex. suite à une privatisation). En effet, celle-

⁶⁰ Au sujet du transfert des rapports juridiques de droit public, cf. notamment ANDRÉ GRISEL, vol. 2, p. 624 ss; FRITZ GYGI, p. 294 ss; HÄFELIN / MÜLLER, N 826 ss; PIERRE MOOR, vol. II, p. 65 ss; WIEGANG / WICHTERMANN, p. 86 ss. Cf. également ATF 80 I 402.

⁶¹ ANDRÉ GRISEL, vol. 2, p. 583.

ci peut procéder à un transfert de patrimoine lorsque les conditions de la définition de l'institut de droit public sont remplies (art. 2, let. d, P-LFus). Dans ce cas, une base légale en droit public est toujours nécessaire afin d'opérer un changement de sujet⁶². Dans ce sens, l'article 100, alinéa 3, P-LFus réserve également les dispositions de droit public régissant la décision du sujet de droit public (transférant ou reprenant) relative à la décision de transfert de patrimoine.

⁶² HÄFELIN / MÜLLER, N 827.

Chapitre 8

Respect des dispositions légales et statutaires concernant la protection du capital et la liquidation

§ 1 Principe

Le champ d'application fonctionnel du transfert de patrimoine est particulièrement large et s'étend à de nombreuses opérations lors desquelles le sujet transférant est dissout et liquidé ou encore lors desquelles un versement à ses associés ou à des tiers est opéré¹.

C'est le cas notamment lorsque le transfert de patrimoine sert de succédané à une fusion ou lorsqu'il vise à opérer un versement en nature dans le cadre d'une réduction de capital. La réalisation de transactions de ce type peut entrer en conflit avec les dispositions légales (voire statutaires) concernant la protection du capital de sociétés de capitaux ou encore avec les dispositions concernant la liquidation des sociétés². Ce risque se concrétise dans les situations où le transfert de patrimoine porte sur l'ensemble du patrimoine de la société transférante et correspond à la liquidation de cette dernière. Le transfert d'une part de patrimoine contre attribution d'une contre-prestation dont le montant est inférieur à la valeur de la part de patrimoine est également problématique; il peut en résulter une violation des dispositions légales (et statutaires) concernant le maintien de la fortune sociale.

Lorsque, en revanche, le transfert de patrimoine est utilisé dans le but de constituer une filiale (par un apport en nature) et que la contre-prestation remise au sujet transférant correspond à la valeur du patrimoine transféré, le risque d'atteinte à ces dispositions est, en principe, exclu³.

Afin d'éviter que le transfert de patrimoine ne soit utilisé dans le but d'élu-der les dispositions, légales et statutaires, concernant la protection du capital et la liquidation, l'article 69, alinéa 2, P-LFus réserve expressément ces dispositions. Celles-ci s'appliquent donc cumulativement, aux côtés des

¹ Concernant les cas d'application du transfert de patrimoine, cf. chap. 5 (ci-dessus).

² FRANK VISCHER, Fusionsgesetz, p. 9.

³ FRANK VISCHER, Fusionsgesetz, p. 9.

règles du projet de loi sur la fusion, et ceci tant pour le sujet transférant que pour le sujet reprenant. Le respect des dispositions concernant la protection du capital et la liquidation est ainsi érigé au rang de condition pour la réalisation du transfert de patrimoine⁴. Cette exigence du projet de loi sur la fusion ne représente pas véritablement une restriction supplémentaire à la modification des structures juridiques des sujets. En effet, les dispositions en question doivent, en droit actuel déjà, toujours être respectées, peu importe l'instrument juridique utilisé pour modifier les structures d'un sujet.

Comme le relève le message du Conseil fédéral⁵, la réserve prévue à l'article 69, alinéa 2, P-LFus doit être mise en relation avec l'adéquation de la contre-prestation attribuée en échange du patrimoine transféré. Bien que le transfert de patrimoine puisse, en principe, être convenu sans contre-prestation⁶, le fait d'y renoncer ou de convenir d'une contre-prestation insuffisante (c'est-à-dire inférieure à la valeur du patrimoine transféré) peut, selon les circonstances, constituer une atteinte aux dispositions légales et statutaires relatives au maintien du capital et à la liquidation de la société. Ce sera notamment le cas lorsqu'une société anonyme, qui ne dispose pas de fonds propres librement disponibles en suffisance, transfère une part de son patrimoine à l'un de ses actionnaires sans convenir d'une contre-prestation (ou contre attribution d'une contre-prestation dont le montant est inférieur à la valeur du patrimoine transféré); une telle transaction contrevient alors à l'article 680, alinéa 2, CO.

Par ailleurs, la violation des dispositions concernant la protection du capital et la liquidation de la société peut également constituer une infraction punissable pénalement⁷, que ce soit la gestion déloyale, la diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers ou la gestion fautive⁸.

⁴ FF 2000 p. 4113.

⁵ FF 2000 p. 4113.

⁶ L'art. 71, al. 1, let. d, P-LFus mentionne l'éventuelle contre-prestation. A ce sujet, cf. chap. 9 § 4 IV. (ci-dessous).

⁷ FF 2000 p. 4113.

⁸ Art. 158, 164 et 165 CP. FRANK VISCHER, Fusionsgesetz, p. 9.

§ 2 Dispositions concernant la protection du capital

La réserve de l'article 69, alinéa 2, P-LFus en faveur des dispositions concernant la protection du capital⁹ s'adresse avant tout aux sociétés de capitaux ainsi qu'aux sociétés coopératives qui ont émis des parts sociales. La notion de protection du capital est particulièrement large¹⁰. Elle vise notamment les règles suivantes:

- l'interdiction pour la société transférante de restituer les apports, du moins lorsqu'ils font partie de la fortune liée¹¹;
- l'interdiction pour la société transférante de verser des dividendes en l'absence de bénéfices¹²;
- les dispositions relatives à la procédure de réduction du capital¹³.

L'article 69, alinéa 2, P-LFus réserve non seulement les dispositions légales relatives à la protection du capital, mais également les dispositions statutaires. La référence aux dispositions statutaires s'adresse aux sociétés dont les statuts posent des exigences qui vont au-delà de celles fixées par la loi, ou qui y dérogent, en ce qui concerne la protection du capital (p. ex. au sujet de l'affectation de la fortune sociale libre)¹⁴.

⁹ L'expression "dispositions concernant la protection du capital" s'inspire d'ailleurs du droit de la société anonyme: l'art. 706b, ch. 3, CO prévoit que les décisions de l'assemblée générale de la société anonyme qui *portent atteinte aux dispositions de protection du capital* sont nulles.

¹⁰ L'utilisation de cette notion dans l'art. 706b, ch. 3, CO est d'ailleurs critiquée pour cette raison par PETER BÖCKLI, N 1928, N 1930 ss.

¹¹ FF 2000 p. 4113. Cf. l'art. 680, al. 2, CO pour le droit de la société anonyme et l'art. 802, al. 2, CO pour le droit de la société à responsabilité limitée. Voir également l'art. 800 CO proposé par le projet du Conseil fédéral du 19 décembre 2001 concernant la révision du droit de la société à responsabilité limitée (FF 2002 p. 3073).

¹² Art. 675, al. 2, CO pour le droit de la société anonyme; art. 804, al. 1, CO pour le droit de la société à responsabilité limitée.

¹³ Art. 732 ss CO pour le droit de la société anonyme; art. 788 CO pour le droit de la société à responsabilité limitée; art. 874, al. 2, CO pour le droit de la société coopérative. Cf. également les art. 11 s. LB; ces dispositions soumettent la réduction du capital social de banques à des conditions qualifiées.

¹⁴ FF 2000 p. 4113.

§ 3 Dispositions concernant la liquidation

L'article 69, alinéa 2, P-LFus réserve également les dispositions concernant la liquidation. La réalisation d'un transfert de patrimoine ne constitue donc jamais une alternative à la liquidation du sujet transférant. Le but principal de cette norme est de préserver les droits des associés et des créanciers du sujet transférant. Ainsi, les articles 739 ss CO demeurent applicables en matière de transfert de patrimoine, notamment lorsque ce dernier est utilisé dans le cadre de la liquidation de la société anonyme ou à afin de réaliser un succédané d'une fusion ou d'une transformation¹⁵. Dans le détail, les règles suivantes doivent être respectées¹⁶:

- la dissolution de la société transférante doit être décidée par l'assemblée générale (art. 736, ch. 2, CO);
- une fois la dissolution décidée, le but de la société devient sa liquidation¹⁷ et les pouvoirs des organes sont limités dans ce sens (art. 739, al. 2, CO); une société en liquidation ne peut donc, en principe, pas participer à un transfert de patrimoine en tant que sujet reprenant;
- les liquidateurs doivent établir un bilan (art. 742, al. 1, CO);
- les liquidateurs doivent informer les créanciers par un avis spécial et par un triple appel aux créanciers publié dans la Feuille officielle suisse du commerce (art. 742, al. 2, CO);
- une somme correspondant aux créances qui n'ont pas été produites doit être consignée en justice (art. 744 CO);
- la répartition du produit de la liquidation entre les associés peut, en principe, avoir lieu au plus tôt une année après la publication du dernier appel aux créanciers (art. 745, al. 2, CO);
- la société dissoute ne peut être radiée du registre du commerce qu'une fois la liquidation terminée (art. 746 CO).

Ces dispositions du droit de la société anonyme sont également applicables aux autres formes de sociétés jouissant de la personnalité juridique (société

¹⁵ A ce sujet, cf. chap. 5 § 2 et § 5 (ci-dessus).

¹⁶ Concernant la liquidation de la société, cf. SUZANNE WETTENSCHWILER, p. 33 ss.

¹⁷ PETER BÖCKLI, N 1955q; FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, § 55 N 153 ss.

en commandite par actions, société à responsabilité limitée, société coopérative et association; art. 770, al. 2, 823, 913, al. 1, CO et art. 58 CC)¹⁸. Par ailleurs, le code des obligations prévoit des dispositions particulières pour la société en nom collectif (art. 585 CO) et la société en commandite (art. 619, al. 1, et 585 CO).

Tout comme pour les dispositions concernant la protection du capital, les statuts du sujet transférant peuvent également contenir des dispositions qui vont au-delà de la loi, ou qui y dérogent (p. ex. au sujet de l'affectation de l'éventuel bénéfice de liquidation ou de l'exigence de majorité pour la décision de dissolution)¹⁹.

¹⁸ A ce sujet, cf. également CHRISTIAN BRÜCKNER, *Personenrecht*, N 1051 ss.

¹⁹ FF 2000 p. 4113.

Chapitre 9

Contrat de transfert

§ 1 Notion

Le transfert de patrimoine repose toujours sur un contrat de transfert¹ par lequel le sujet transférant et le sujet reprenant conviennent des modalités du transfert de patrimoine. Les principales obligations des parties au contrat de transfert sont les suivantes:

- Le sujet transférant s'engage à transférer les éléments patrimoniaux actifs et passifs contenus dans l'inventaire. Afin d'exécuter sa prestation, il doit requérir l'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine; cette inscription a alors pour effet de transférer de par la loi les éléments patrimoniaux énumérés dans l'inventaire (art. 73, al. 2, P-LFus)². Lorsque le sujet transférant n'exécute pas sa prestation, le sujet reprenant peut, en vertu des principes généraux du droit des obligations, être autorisé à l'exécution aux frais du débiteur (sujet transférant)³. L'inexécution du contrat peut également fonder l'obligation du sujet transférant de verser des dommages-intérêts.
- Le sujet reprenant s'engage à accepter le transfert des éléments patrimoniaux contenus dans l'inventaire et à fournir une éventuelle contre-prestation⁴. Lorsque les parties conviennent d'une contre-prestation (transfert à titre onéreux), le contrat de transfert est bilatéral: les deux parties s'obligent. Si aucune contre-prestation n'est convenue (transfert à titre gratuit), il s'agit alors d'un contrat unilatéral: seul le sujet transférant s'oblige, le sujet reprenant se contente d'accepter le transfert.

Le contrat de transfert est un acte générateur d'obligations⁵. Il ne suffit pas à lui seul pour provoquer le transfert des éléments patrimoniaux énumérés dans l'inventaire. Il oblige uniquement le sujet transférant à requérir l'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce, laquelle est

¹ FF 2000 p. 4114.

² Au sujet de l'inscription au registre du commerce, cf. chap. 10 (ci-dessous).

³ Art. 98 CO. Dans le même sens: PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1098.

⁴ Au sujet de la contre-prestation, cf. chap. 9 § 4 IV. (ci-dessous).

⁵ PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1098.

translative de droits conformément à l'article 73, alinéa 2, P-LFus. Le transfert des éléments patrimoniaux étant opéré de par la loi, l'acte générateur d'obligation n'est pas suivi d'actes de disposition, comme c'est le cas en matière de succession à titre singulier et, en particulier, lors de la cession de patrimoine selon l'article 181 CO⁶.

§ 2 Conclusion du contrat

I. Compétence

Conformément à l'article 70, alinéa 1, P-LFus, le contrat de transfert doit être conclu par les organes supérieurs de direction ou d'administration des sujets participant au transfert de patrimoine. Une disposition similaire est également prévue pour la conclusion du contrat de fusion et du contrat de scission (art. 12, al. 1, et 36, al. 1, P-LFus). Le message du Conseil fédéral⁷ précise que la notion "d'organe supérieur de direction ou d'administration" a été retenue afin de tenir compte de l'organisation propre à chaque forme juridique. Dans le détail, les organes suivants sont compétents⁸:

entreprise individuelle	personne physique titulaire de l'entreprise ⁹
société en nom collectif	associés ¹⁰
société en commandite	associés indéfiniment responsables ¹¹
société anonyme	conseil d'administration ¹²
société en commandite par actions	administration ¹³
société à responsabilité limitée	gérants ¹⁴

⁶ Concernant l'acte de disposition, cf. EUGEN BUCHER, p. 42 ss; PIERRE ENGEL, p. 145; GUHL / MERZ / KOLLER, p. 96 s.; CAROLE VAN DE SANDT, p. 19 ss.

⁷ FF 2000 p. 4060.

⁸ CHRISTIAN BRÜCKNER, Personenrecht, N 1080.

⁹ FF 2000 p. 4114, note 153.

¹⁰ Art. 535 et 557 CO; le contrat de société peut cependant en disposer autrement.

¹¹ Art. 535 et 599 CO; le contrat de société peut cependant en disposer autrement.

¹² Art. 707 ss CO.

¹³ Art. 765 CO.

¹⁴ Art. 811 ss CO.

société coopérative	administration ¹⁵
association	direction / comité ¹⁶
fondation	organe supérieur de la fondation (conseil de fondation ¹⁷)
institution de prévoyance	organe de gestion
institut de droit public	organe défini par le droit public applicable

Malgré le silence du projet de loi sur la fusion, la compétence de conclure le contrat de transfert ne revient pas à l'organe supérieur de direction ou d'administration dans deux cas particuliers:

- Le transfert de patrimoine est convenu alors que la société transférante est déjà dissoute et se trouve en phase de liquidation¹⁸. Il constitue alors une opération de liquidation de la société, dont la compétence appartient aux liquidateurs¹⁹.
- Le transfert de patrimoine est utilisé afin de constituer une nouvelle société par un apport en nature²⁰. Le contrat de transfert est alors conclu par la société reprenante en formation, représentée par l'ensemble de ses fondateurs. Ces derniers sont également compétents lorsque la société en formation convient d'une reprise de biens, réalisée par le biais d'un transfert de patrimoine.

La conclusion du contrat de transfert entre dans les compétences intransmissibles de l'organe supérieur de direction ou d'administration. Il n'en demeure pas moins qu'il n'est pas exclu que des organes qui lui sont subordonnés (p. ex. la direction de la société anonyme) soient impliqués lors de la réalisation du transfert de patrimoine²¹. Ces derniers peuvent notamment être amenés à participer aux négociations et à la rédaction du contrat de

¹⁵ Art. 894 ss CO.

¹⁶ Art. 69 CC.

¹⁷ FF 2000 p. 4122.

¹⁸ A ce sujet, cf. chap. 5 § 5 (ci-dessus).

¹⁹ Art. 743, al. 3, CO. PETER BÖCKLI, N 1956d; BÜRGI / NORDMANN, ZK Art. 744 N 43; selon ces derniers auteurs, la consultation préalable de l'assemblée générale est cependant recommandable lorsque le transfert porte sur l'entreprise dans son ensemble.

²⁰ A ce sujet, cf. chap. 5 § 3 (ci-dessus).

²¹ RAFFAEL BÜCHI, p. 141. Concernant la conclusion du contrat de fusion, cf. FF 2000 p. 4061.

transfert. Le projet de loi sur la fusion exclut cependant une véritable délégation en leur faveur²². Les organes subordonnés doivent toujours agir sur la base d'une décision de l'organe supérieur de direction ou d'administration (mandat), ou alors leurs actes doivent être ratifiés ultérieurement. En effet, le transfert de patrimoine constitue, en général, une décision stratégique qui relève de la haute direction de la société²³ et qui peut modifier profondément la structure de la société. Il est donc nécessaire et justifié que l'organe supérieur de direction ou d'administration se prononce formellement sur le contrat de transfert.

La signature proprement dite du contrat de transfert appartient à une personne habilitée à représenter le sujet (ou à plusieurs personnes habilitées à le représenter collectivement)²⁴. Cette personne sera en général un membre de l'organe supérieur de direction ou d'administration. Il est toutefois concevable qu'un autre représentant (p. ex. un directeur) signe le contrat pour le compte du sujet.

Comme le précise le message du Conseil fédéral²⁵, l'attribution de la compétence de conclure le contrat de transfert à l'organe supérieur de direction ou d'administration ne modifie en rien les dispositions générales de la loi et des statuts relatives à la représentation des sujets (y compris des fondations). Ainsi, le pouvoir de représentation des organes demeure limité aux actes qui servent à réaliser le but social inscrit au registre du commerce²⁶. La jurisprudence du Tribunal fédéral interprète la notion de but social de manière large: il "embrasse l'ensemble des actes juridiques qui, du point de

²² PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1099 s. soutient en revanche qu'une interprétation téléologique de l'art. 70, al. 1, P-LFus permettrait une délégation de compétence pour les transferts de patrimoine qui ne modifient pas fondamentalement la structure et l'organisation du sujet. Cette interprétation va cependant clairement à l'encontre du texte de la loi et des explications contenues dans le message du Conseil fédéral. A ce sujet, concernant la conclusion du contrat de fusion, cf. FF 2000 p. 4061; les mêmes considérations doivent également prévaloir pour le transfert de patrimoine (le commentaire de l'art. 70 P-LFus y renvoie d'ailleurs; cf. FF 2000 p. 4114).

²³ Cf. également art. 716a, al. 1, ch. 1, CO pour le droit de la société anonyme. Selon cette disposition, le conseil d'administration a notamment pour attribution intransmissible d'exercer la haute direction de la société.

²⁴ Concernant la signature du contrat de fusion, cf. FF 2000 p. 4061.

²⁵ FF 2000 p. 4114. Cf. également PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1098.

²⁶ Art. 564, al. 1, CO pour le droit de la société en nom collectif; art. 718a, al. 1, CO pour le droit de la société anonyme; art. 814, al. 1, CO pour le droit de la société à responsabilité limitée; art. 899, al. 1, CO pour le droit de la société coopérative.

vue objectif, peuvent, ne fût-ce que de façon indirecte, contribuer à atteindre le but social, c'est-à-dire tous ceux que ce but n'exclut pas nettement; il n'est pas nécessaire qu'ils rentrent dans l'activité habituelle de l'entreprise²⁷.

Il s'agit donc d'examiner dans chaque cas concret si le transfert de patrimoine envisagé n'est pas exclu par le but social. La réglementation du projet de loi sur la fusion ne permet donc pas, sans autre, de vider une société ou une fondation de sa substance²⁸. Lorsque la réalisation d'un transfert de patrimoine est exclue par le but social, l'assemblée générale ou les associés doivent se prononcer et, le cas échéant, adapter le but social en conséquence ou alors décider la dissolution de la société transférante afin de créer les conditions nécessaires à la réalisation du transfert de patrimoine²⁹.

En principe, le transfert du patrimoine, ou de l'entreprise, dans son ensemble sort clairement du cadre des opérations couvertes par le but social car elle rend sa réalisation impossible. Ainsi, le conseil d'administration de la société anonyme ne peut, de son propre chef, aliéner l'ensemble de l'entreprise; la sanction serait alors la nullité. Une opération de ce type correspond à la liquidation de fait du sujet transférant et doit impérativement être précédée de la dissolution de ce dernier, laquelle entre dans les compétences de l'assemblée générale ou des associés³⁰. Selon la jurisprudence du

²⁷ ATF 111 II 284, spéc. 288. Cf. également CHRISTIAN BRÜCKNER, *Personenrecht*, N 1092 ss; ROLF DITESHEIM, p. 214 ss; GEORG KRNETA, N 1965 ss; MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, § 9 N 71 s.; ROLAND RUEDIN, N 1700; RUDOLF TSCHÄNI, *Unternehmensübernahmen*, p. 132 ss; ROLF WATTER, *Die Verpflichtung der AG*, p. 130 ss.

²⁸ Dans cette perspective, la critique de HANS MICHAEL RIEMER (*Stiftungen und Fusionsgesetz*, p. 110 s.) apparaît donc injustifiée. Cet auteur semble en effet partir du principe que la réglementation de la loi sur la fusion permet de déroger, du moins en ce qui concerne les fondations, à l'ensemble des dispositions du droit privé relatives à la représentation des personnes morales.

²⁹ Dans ce sens concernant le droit actuel, cf. RUDOLF TSCHÄNI, *Unternehmensübernahmen*, p. 131 ss.

³⁰ Art. 545, al. 1, ch. 4, CO auquel renvoient les art. 574, al. 1, et 619, al. 1, CO, pour la société en nom collectif et la société en commandite; art. 736, ch. 2, CO pour la société anonyme; art. 820, ch. 2, CO pour la société à responsabilité limitée; art. 911, ch. 2, CO pour la société coopérative; art. 76 CC pour l'association; la dissolution de fondations doit être prononcée par l'autorité de surveillance compétente, à ce sujet, cf. notamment HAROLD GRÜNINGER, *BaK Art. 89 N 13 ss*; HANS MICHAEL RIEMER, *BK Art. 88/89 N 67 ss*.

Tribunal fédéral³¹, une dérogation à ce principe est néanmoins admissible lorsqu'il s'impose d'agir sans délai et que des circonstances particulières rendent impossible une décision de l'assemblée générale en temps utile.

L'aliénation de l'entreprise dans son ensemble peut également excéder les pouvoirs de représentation des organes même lorsque le sujet transférant continue d'exister, sa dissolution préalable n'étant donc pas requise. C'est le cas notamment lorsqu'une société anonyme transfère son entreprise à une filiale nouvellement constituée et se contente de détenir une participation dans cette société. Cette opération sort du cadre des actes couverts par le but social car elle équivaut à une modification de fait de ce but, dont la compétence revient à l'assemblée générale ou aux associés³².

Par ailleurs, le but de la société, du moins lorsqu'il est de nature économique, ne couvre pas les actes gratuits tels que les donations. Celles-ci sont toutefois admissibles lorsqu'elles servent les intérêts de la société ou si elles sont faites dans l'espoir d'une contre-prestation ultérieure³³. Ainsi, le fait de renoncer à une contre-prestation pour le transfert de patrimoine peut, le cas échéant, excéder les pouvoirs de représentation des organes.

Lorsque le transfert ne porte que sur une part de patrimoine ou d'entreprise, il est, en principe, couvert par le but social, du moins lorsque la réalisation du but demeure possible malgré le transfert. Si tel n'est pas le cas, le transfert de patrimoine correspond à une liquidation de fait du sujet ou à une modification de fait de son but social et sort, par conséquent, des opérations couvertes par le but social.

³¹ ATF 116 II 320, spéc. 322 - 324. Cf. également PETER BÖCKLI, N 1580a ss; ROLF DITESHEIM, p. 253 ss (qui se montre critique à l'égard de l'argumentation du Tribunal fédéral).

³² Art. 626, ch. 2 et 698, al. 2, ch. 1, CO pour la société anonyme. Art. 776, ch. 2 et 810, al. 1, ch. 1, CO pour la société à responsabilité limitée. Art. 832, ch. 2, et 879, al. 2, ch. 1, CO pour la société coopérative. La compétence de modifier le but de l'association revient à l'assemblée générale, même si le code civil ne contient aucune disposition explicite en la matière. La modification du but de la fondation est décidée par l'autorité compétente conformément à l'art. 86 CC; au sujet des conditions pour la modification du but, cf. notamment HAROLD GRÜNINGER, BaK Art. 86 N 7 ss; HANS MICHAEL RIEMER, BK Art. 85/86 N 6 ss.

³³ ROLF DITESHEIM, p. 218 s. et les références citées.

II. Décision de l'assemblée générale

1. Introduction

L'organe "exécutif", c'est-à-dire l'organe supérieur de direction ou d'administration, du sujet est compétent pour la conclusion du contrat de transfert. Contrairement aux dispositions applicables en matière de fusion, de scission et de transformation (art. 12, al. 2, 36, al. 3, et 59, al. 2, P-LFus), le projet de loi sur la fusion ne prévoit pas que le contrat de transfert doive être soumis à l'approbation de l'assemblée générale ou des associés. Toutefois, l'intervention de l'assemblée générale ou des associés n'est pas pour autant systématiquement exclue, et ceci tant pour le sujet transférant que pour le sujet reprenant.

La notion d'assemblée générale désigne l'organe suprême de la société anonyme, de la société en commandite par actions, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative et de l'association³⁴. Les sociétés en nom collectif et en commandite n'ont pas d'organe similaire à une assemblée générale; ce sont les associés qui doivent, le cas échéant, donner leur accord³⁵.

2. Modification des statuts ou du contrat de société

La réalisation du transfert de patrimoine peut devoir être précédée d'une modification des statuts ou du contrat de société, dont la compétence revient à l'assemblée générale ou aux associés³⁶. La modification requise dépend largement du cadre dans lequel le transfert de patrimoine est utilisé:

- Le but social (qui fait toujours partie des éléments essentiels des statuts) de la société transférante peut devoir être adapté lorsqu'une société

³⁴ Art. 2, let. h, P-LFus. La terminologie proposée par le projet de loi sur la fusion ne concorde pas avec celle du code des obligations, qui prévoit que la société à responsabilité limitée a une assemblée des associés (art. 808 CO). Par ailleurs, elle ne tient pas compte du fait que la société coopérative et l'association peuvent, au lieu d'une assemblée générale, avoir une assemblée des délégués.

³⁵ Cf. également FF 2000 p. 4071.

³⁶ FF 2000 p. 4114. Cf. également RAFFAEL BÜCHI, p. 141 ss; PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1098 s. Concernant la compétence de l'assemblée générale en matière de modification du but de la société anonyme, cf. FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, § 22 N 77 ss.

d'exploitation constitue des filiales par transfert de patrimoine pour devenir une société holding.

L'approbation de l'assemblée générale ou des associés est également nécessaire lorsque, du point de vue de l'indépendance économique de la société, de la réalisation de son but ou de sa position sur le marché, la transaction a une portée similaire à une modification matérielle du but ou à une décision de fusion³⁷. Alors même que l'assemblée générale ou les associés ne sont pas formellement compétents, leur approbation est rendue nécessaire par la portée du transfert de patrimoine. La soumission du transfert de patrimoine à l'organe suprême de la société est une question d'appréciation qu'il appartient à l'organe supérieur de direction ou d'administration de trancher en faisant preuve de prudence.

- La modification du but de la société reprenante peut s'imposer si le transfert de patrimoine a pour conséquence d'élargir le cercle de ses activités.
- Une modification des statuts de la société eu égard au montant de son capital social peut être requise. Ce sera le cas lorsque la société reprenante augmente son capital afin de remettre des parts sociales au sujet transférant à titre de contre-prestation pour le transfert³⁸. Par ailleurs, le sujet transférant peut devoir réduire son capital afin de rembourser ses associés sous la forme d'une prestation en nature³⁹.

Les modifications des statuts ou du contrat de société rendues nécessaires du fait de la restructuration sont régies par les règles ordinaires applicables à la forme juridique du sujet concerné.

La décision de l'assemblée générale ou des associés ne porte pas sur le transfert de patrimoine lui-même, ni ne constitue une approbation du contrat de transfert, elle crée uniquement les conditions permettant sa réalisation.

³⁷ Pour le droit de la société anonyme, cf. PETER BÖCKLI, N 12591.

³⁸ Au sujet de la nature de la contre-prestation, cf. chap. 9 § 4 IV (ci-dessous). Concernant l'apport en nature par transfert de patrimoine, cf. chap. 5 § 3 (ci-dessus).

³⁹ Concernant la réduction du capital assortie d'un remboursement aux associés prenant la forme d'une prestation en nature, cf. chap. 5 § 6 (ci-dessus).

3. Liquidation

Lorsque la réalisation du transfert de patrimoine équivaut à la liquidation (de fait) de la société transférante, l'assemblée générale ou les associés doivent préalablement avoir décidé la dissolution de la société⁴⁰. Cette exigence résulte également de l'article 69, alinéa 2, P-LFus, qui réserve les dispositions concernant la liquidation. La décision de dissolution doit être entrée en force; le délai pour attaquer la décision doit être écoulé⁴¹. Ce principe, qui résulte de la jurisprudence du Tribunal fédéral⁴², connaît cependant une exception: l'organe supérieur de direction ou d'administration peut procéder à un transfert de patrimoine sans décision préalable de l'assemblée générale lorsqu'il s'impose d'agir sans délai et que des circonstances particulières rendent impossible une décision de l'assemblée générale en temps utile.

Ainsi, lorsque le transfert de patrimoine sert à réaliser un succédané de fusion, de scission ou de transformation⁴³, la dissolution de la société doit, en principe, toujours avoir préalablement été décidée par l'assemblée générale ou par les associés. Une société anonyme qui veut transférer l'ensemble de son patrimoine à une société en nom collectif, afin de réaliser une transaction qui, économiquement, correspond à une transformation, doit dans un premier temps décider sa dissolution. Le transfert de patrimoine peut ensuite être réalisé dans le cadre de la liquidation de la société anonyme.

4. Conflit d'intérêts

La soumission du contrat de transfert à l'approbation de l'assemblée générale ou des associés s'impose en cas de conflit d'intérêts. Il y a notamment lieu d'admettre un conflit d'intérêts lorsque les membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration ont des intérêts divergents de ceux de

⁴⁰ FF 2000 p. 4113 s. Cf. également PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1099; FRANK VISCHER, Fusionsgesetz, p. 9. Ce principe prévaut également pour les sociétés en nom collectif et en commandite; concernant le droit actuel, cf. RUDOLF TSCHÄNI, Unternehmensübernahmen, p. 132.

⁴¹ Cf. art. 706a, al. 1, CO pour le droit de la société anonyme.

⁴² ATF 116 II 320, spéc. 322 - 324. Cf. également chap. 9 § 2 I. (ci-dessus).

⁴³ Cf. chap. 5 § 2 (ci-dessus).

la société ou encore lorsque le transfert de patrimoine est conclu avec un associé influent⁴⁴.

5. Consultation facultative

Indépendamment des situations où l'assemblée générale ou les associés doivent impérativement se prononcer afin de créer les conditions permettant la réalisation du transfert de patrimoine, l'organe supérieur de direction ou d'administration peut, dans tous les autres cas, soumettre le transfert de patrimoine au vote consultatif de l'organe suprême de la société⁴⁵. Cette consultation facultative peut également s'imposer eu égard au devoir de diligence et de fidélité des membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration⁴⁶. Les statuts de la société, voire le contrat de transfert de patrimoine lui-même, peuvent aussi réserver une telle consultation. Si la décision de l'assemblée générale donne une plus grande légitimation à l'organe supérieur de direction ou d'administration, elle ne le lie en aucune manière. Elle ne permet pas non plus à l'organe supérieur de direction ou d'administration de restreindre ou d'exclure sa responsabilité.

6. Sociétés de personnes

Lorsqu'une société de personnes (sociétés en nom collectif et en commandite) participe à un transfert de patrimoine, en tant que sujet transférant ou que sujet reprenant, il y a lieu de respecter la réglementation particulière de l'article 535, alinéa 3, CO⁴⁷. Aux termes de cette disposition, l'accord de l'ensemble des associés est requis pour les actes juridiques qui excèdent les opérations ordinaires de la société, à moins toutefois qu'il n'y ait péril en la demeure. Selon son objet, un transfert de patrimoine peut constituer une opération extraordinaire: l'aliénation de l'entreprise dans son ensemble ou d'une partie importante de celle-ci est considérée comme une opération ex-

⁴⁴ Pour le droit de la société anonyme, cf. PETER BÖCKLI, N 1259m et les références citées.

⁴⁵ Au sujet des décisions consultatives en droit de la société anonyme, cf. PETER BÖCKLI, N 1259k; FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, § 30 N 72 ss; ADRIAN KAMMERER, p. 130 s; PETER V. KUNZ, § 12 N 128 ss; ATF 100 II 384, spéc. 387-389.

⁴⁶ Art. 717, al. 1, CO pour le droit de la société anonyme.

⁴⁷ Cette disposition s'applique aux sociétés en nom collectif et aux sociétés en commandite en vertu du renvoi des art. 557, al. 2, et 598, al. 2, CO.

traordinaire, nécessitant l'approbation de l'ensemble des associés⁴⁸. Encore faut-il que le contrat de société ne déroge pas à la réglementation de l'article 535, alinéa 3, CO qui a un caractère dispositif⁴⁹. La portée de cette disposition doit néanmoins être relativisée dans la mesure où la réquisition d'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine devra dans tous les cas être signée par l'ensemble des associés, conformément aux articles 556 et 597 CO. Ainsi, d'une manière ou d'une autre, le consentement de l'ensemble des associés est toujours requis.

7. Entreprises individuelles et fondations

La question de l'éventuelle soumission du contrat de transfert à l'assemblée générale ou aux associés ne se pose pas pour les entreprises individuelles puisqu'elles ne disposent pas d'un organe similaire. La manifestation de volonté du titulaire de l'entreprise est parfaite par la seule conclusion du contrat de transfert. Elle ne se pose pas non plus pour les fondations qui ne connaissent pas non plus un organe équivalent à une assemblée générale. En revanche, le transfert de patrimoine doit être soumis à l'approbation de l'autorité de surveillance des fondations, conformément à l'article 87 P-LFus. Lorsqu'une modification de l'acte de fondation est en outre requise, eu égard à l'organisation de la fondation ou à son but (art. 85 s. CC), l'autorité de surveillance pourra la prononcer dans le cadre de la procédure d'approbation.

§ 3 Forme du contrat de transfert

I. Projet du Conseil fédéral

Conformément à l'article 70, alinéa 2, P-LFus, le contrat de transfert doit revêtir la forme écrite⁵⁰. Une disposition analogue est également prévue pour le contrat de fusion (art. 12, al. 2, P-LFus) ainsi que pour le contrat et

⁴⁸ RUDOLF TSCHÄNI, *Unternehmensübernahmen*, p. 131.

⁴⁹ ROLAND RUEDIN, N 1189 et 1196; WERNER VON STEIGER, p. 392 ss; RUDOLF TSCHÄNI, *Unternehmensübernahmen*, p. 131.

⁵⁰ Le droit allemand prévoit en revanche que le contrat de "Ausgliederung" (concernant cette notion, cf. chap. 4 § 6, ci-dessus) doit revêtir la forme authentique; cf. § 125 UmwG (qui renvoie au § 6).

le projet de scission (art. 36, al. 3, P-LFus). En revanche, le droit actuel de la société anonyme ne soumet le contrat de fusion à aucune forme particulière, même si dans la pratique il revêt le plus souvent la forme écrite⁵¹. Il est dès lors même envisageable de fusionner deux sociétés sur la base d'un contrat de fusion oral. L'exigence de la seule forme écrite pour un contrat du droit des sociétés, comme le prévoit le projet de loi sur la fusion, n'est donc pas atypique.

Selon le projet du Conseil fédéral, le contrat de transfert peut être passé en la forme écrite, même lorsque des immeubles sont transférés. L'exigence relative à la forme écrite s'étend à toutes les modifications du contrat de transfert, hormis les stipulations complémentaires et accessoires qui ne sont pas en contradiction avec le contrat de transfert (art. 12 CO). Ainsi, le projet de loi sur la fusion permet de déroger aux règles de forme ordinaires du droit privé, qui soumettent le transfert d'immeubles à un contrat instrumenté en la forme authentique⁵².

Bien que le contrat doive revêtir la simple forme écrite, lorsque le transfert de patrimoine a pour objet de transférer des immeubles, le transfert de la propriété doit être constaté par un acte authentique afin que les adaptations du registre foncier puissent être requises (art. 103, al. 3, P-LFus). Un seul acte authentique suffit, même lorsque plusieurs immeubles situés dans différents arrondissements du registre foncier ont été transférés⁵³. L'acte authentique est instrumenté une fois que le transfert de propriété a été opéré, c'est-à-dire une fois le transfert de patrimoine inscrit au registre du commerce conformément à l'article 73 P-LFus. Il mentionne le transfert valable de propriété et contient la liste des immeubles qui ont été transférés; ces derniers doivent être définis individuellement et précisément⁵⁴. La fonction de l'acte authentique constatatoire prévu à l'article 103, alinéa 3, P-LFus est principalement de servir de pièce justificative pour les modifications à requérir auprès du registre foncier.

⁵¹ ANDRÉ CUENDET, p. 62 ss; FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, § 57 N 81; ROBERT MEIER, p. 12; JÜRIG SUTER, p. 115 s.

⁵² Cf. art. 657, al. 1, CC (transfert de la propriété foncière) et art. 216, al. 1, CO (vente d'immeubles).

⁵³ FF 2000 p. 4139.

⁵⁴ Le message du Conseil fédéral (FF 2000 p. 4139) précise que l'identification des immeubles s'opère conformément à l'art. 1a, al. 1, ORF.

Lorsque le transfert de patrimoine est utilisé dans le cadre d'un apport en nature dans une société anonyme⁵⁵ et que celui-ci porte sur des immeubles, la règle de forme prévue à l'article 70, alinéa 2, P-LFus entre en conflit avec celle qui résulte de l'article 634, chiffre 1, CO. En application de cette disposition, le contrat d'apport en nature doit revêtir la forme authentique lorsque des immeubles sont transférés à la société⁵⁶; la même exigence est également prescrite en matière de reprise de biens. Par conséquent, il faut déterminer laquelle de ces exigences de forme l'emporte. Cette question délicate doit être examinée sous l'angle de l'article 69, alinéa 2, P-LFus, qui réserve les règles concernant la protection du capital. S'il est clair que le but de l'article 634 CO est de protéger le capital-actions, cette disposition pose cependant comme exigence minimale un contrat passé en la forme écrite; ce dernier a pour principale fonction d'assurer la preuve de l'apport en nature ou de la reprise de biens. La forme authentique est réservée aux seuls apports en nature et reprises de biens portant sur des immeubles. Il faut en conclure que la forme authentique prévue à l'article 634, chiffre 1, CO ne vise pas la protection du capital, mais a été dictée par le souci de préserver les exigences de forme plus contraignantes du droit actuel pour le transfert de certains éléments patrimoniaux (il en irait autrement si l'art. 634, ch. 1, CO soumettait l'ensemble des contrats d'apport en nature et de reprise de biens à la forme authentique). Le projet de loi sur la fusion permettra cependant de déroger à ces dispositions plus contraignantes, tout en maintenant le minimum de la forme écrite, tel qu'exigé par l'article 634, chiffre 1, CO.

Il faut donc admettre que la possibilité de renoncer à un contrat d'apport ou de reprise de biens instrumenté en la forme authentique au profit d'un contrat en la forme écrite au sens de l'article 70, alinéa 2, P-LFus ne constitue pas une violation des règles visant la protection du capital au sens de l'article 69, alinéa 2, P-LFus. Cette interprétation correspond également au but poursuivi par la réglementation du transfert de patrimoine, qui est de simplifier le transfert d'un ensemble d'éléments patrimoniaux⁵⁷.

⁵⁵ Concernant ce cas d'application du transfert de patrimoine, cf. également chap. 5 § 3 (ci-dessus).

⁵⁶ PETER BÖCKLI, N 78; FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, § 15 N 38.

⁵⁷ FF 2000 p. 4018.

II. Modification décidée par le Conseil des Etats

Suivant la proposition de la Commission des affaires juridiques, le Conseil des Etats a modifié la réglementation préconisée par le Conseil fédéral. L'exigence d'un contrat de transfert passé en la forme écrite a été conservée. Toutefois, l'article 70, alinéa 2, P-LFus a été complété de la manière suivante: "Le transfert d'immeubles dans le cadre d'un transfert de patrimoine doit cependant revêtir la forme authentique"⁵⁸. La réglementation de l'article 103, alinéa 3, P-LFus, qui prévoit l'obligation d'établir un acte authentique constatatoire lorsque des immeubles sont transférés, a en revanche été supprimée⁵⁹.

Par ailleurs, le Conseil des Etats a spécifié au niveau de la loi qu'un acte authentique unique suffit, même lorsque les immeubles sont situés dans différents cantons. L'acte authentique doit être instrumenté par un officier public au siège du sujet⁶⁰ transférant. Cette précision concernant la compétence territoriale de l'officier public est la bienvenue car elle permet de limiter le "tourisme des actes notariés". Le critère de rattachement est judicieusement choisi, même s'il est concevable qu'aucun immeuble transféré ne soit situé sur le territoire du canton dont les officiers publics sont compétents.

Sur la base du procès-verbal du Conseil des Etats, la modification de l'article 70, alinéa 2, P-LFus se fonde sur les arguments suivants⁶¹:

- afin de garantir la sécurité du droit, l'officier public doit intervenir au moment de la conclusion du contrat de transfert déjà, et non pas, comme le prévoit le projet du Conseil fédéral à l'article 103, alinéa 3, P-LFus, une fois le transfert de propriété accompli;

⁵⁸ BO CE 2001 p. 158.

⁵⁹ BO CE 2001 p. 160 et 168.

⁶⁰ Le texte adopté par le Conseil des Etats parle de "société transférante". Il s'agit là d'une imprécision terminologique, la notion de société étant plus restrictive que celle de sujet (cf. les définitions prévues à l'art. 2, let. a et b, P-LFus).

⁶¹ BO CE 2001 p. 154 ss (interventions du rapporteur ROLF SCHWEIGER, de JEAN STUDER et de SIMON EPINEY). Bien que ces interventions aient été prononcées dans le cadre de la discussion de l'art. 36, al. 3, P-LFus, qui traite de la forme du contrat de scission, elles ont cependant une portée plus générale et s'étendent également au contrat de transfert.

- la réglementation proposée par le Conseil fédéral crée, en ce qui concerne les exigences de forme pour le transfert d'immeubles, une inégalité de traitement entre les personnes non inscrites au registre du commerce et les sujets qui y sont inscrits, seuls ces derniers pouvant procéder à un transfert de patrimoine⁶²;
- le projet de loi sur la fusion déroge aux dispositions actuelles du code civil qui prévoient que les contrats ayant pour objet le transfert de la propriété foncière doivent être passés en la forme authentique (art. 657, al. 1, CC et art. 216, al. 1, CO).

A ces trois arguments, il y a lieu d'en ajouter un quatrième, avancé par la minorité de la Commission des affaires juridiques⁶³. En tentant de renforcer le rôle de l'officier public lors de la réalisation de transferts de patrimoine (portant sur des immeubles), la modification décidée par le Conseil des Etats viserait en réalité à préserver le monopole des officiers publics en matière d'instrumentation des transferts immobiliers.

La réglementation proposée par le Conseil fédéral et celle décidée par le Conseil des Etats ont pour caractéristique commune un transfert en un seul acte et de par la loi des éléments patrimoniaux énumérés dans l'inventaire (cf. art. 73, al. 2, P-LFus). La conclusion du contrat de transfert et l'inscription au registre du commerce ont pour effet de provoquer le transfert des droits, y compris des immeubles. L'acquisition de la propriété des immeubles intervient donc de manière extra-tabulaire; la modification de l'inscription au registre foncier n'a qu'une valeur déclarative⁶⁴. Pour le reste, il y a lieu d'examiner si la modification décidée par le Conseil des Etats est de nature à atteindre les buts visés et si, d'une manière plus générale, elle est adéquate, notamment au regard de la réglementation applicable en matière de scission.

⁶² Au sujet des transferts de patrimoine autorisés et de la nécessité pour le sujet transférant d'être préalablement inscrit au registre du commerce, cf. chap. 6 (ci-dessus).

⁶³ BO CE 2001 p. 154 (intervention de TONI DETTLING).

⁶⁴ Dans ce sens: BO CE 2001 p. 154 et 156 (interventions du rapporteur ROLF SCHWEIGER et de la Conseillère fédérale RUTH METZLER-ARNOLD). Cf. cependant BO CE 2001 p. 155, intervention de SIMON EPINEY, qui semble partir de l'idée que la modification de l'art. 70, al. 2, P-LFus est de nature à supprimer l'acquisition extra-tabulaire des immeubles. Cette position n'est cependant pas conciliable avec la réglementation de l'art. 73, al. 2, P-LFus, qui ne fait aucune réserve en ce qui concerne le transfert des immeubles.

S'il est indéniable que l'article 103, alinéa 3, P-LFus (dans la version proposée par le Conseil fédéral) prévoit un acte authentique constatatoire, la nature juridique de l'acte authentique introduit par le Conseil des Etats à l'article 70, alinéa 2, P-LFus prête en revanche à discussion. Le texte adopté ne permet pas clairement de déterminer si l'exigence relative à la forme authentique est un élément de la conclusion du contrat de transfert – le contrat devrait alors revêtir la forme authentique⁶⁵ – ou s'il s'agit d'un acte authentique constatatoire. La distinction entre ces deux catégories d'actes authentiques n'est pas sans conséquences. Lorsque l'instrumentation porte sur une déclaration de volonté (contrat instrumenté en la forme authentique), l'officier public doit en particulier rechercher la volonté réelle des parties, doit veiller à ce que cette volonté soit exprimée correctement dans l'acte et doit vérifier l'identité des parties⁶⁶. En revanche, lorsque l'acte authentique constate des faits, l'officier public ne doit pas rechercher la volonté des participants et n'a pas l'obligation de renseigner les parties⁶⁷.

Dans l'hypothèse où le Conseil des Etats aurait choisi de prescrire un contrat instrumenté en la forme authentique, il aurait dû le formuler plus clairement. Concrètement, l'article 70, alinéa 2, P-LFus aurait dû être modifié de la manière suivante:

"Le contrat de transfert doit revêtir la forme écrite ou, lorsque des immeubles seront transférés, la forme authentique."

Or, il apparaît que cette solution n'a volontairement pas été retenue par le Conseil des Etats: l'acte authentique ne fait donc pas partie intégrante du contrat de transfert et peut constituer un acte distinct de celui-ci⁶⁸. Par conséquent, la réglementation de l'article 70, alinéa 2, P-LFus (dans la version décidée par le Conseil des Etats) ne prévoit pas que le contrat de transfert doit revêtir la forme authentique. L'acte authentique prévu par cette disposition correspond davantage à l'acte authentique constatatoire proposé par le Conseil fédéral à l'article 103, alinéa 3, P-LFus: il se limite à reprendre certains éléments (description des immeubles) contenus dans le contrat de

⁶⁵ Le code des obligations retient cette solution en matière de vente immobilière (art. 216, al. 1, CO).

⁶⁶ CHRISTIAN BRÜCKNER, p. 476 ss; PETER RUF, p. 359 s.

⁶⁷ CHRISTIAN BRÜCKNER, p. 770 et p. 882.

⁶⁸ BO CE 2001 p. 154 (intervention du rapporteur ROLF SCHWEIGER).

transfert passé en la forme écrite⁶⁹. Sa fonction est principalement de servir de récapitulatif du contrat de transfert.

Ainsi, la modification décidée par le Conseil des Etats ne permet pas de garantir que l'acte authentique soit établi au moment de la conclusion du contrat de transfert. Il est tout à fait possible que l'officier public n'instrumente l'acte qu'une fois l'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine opérée, ce qui n'est pas de nature à améliorer la sécurité du droit, comme souhaité par le Conseil des Etats.

Par ailleurs, la modification décidée à l'article 70, alinéa 2, P-LFus a pour conséquence peu satisfaisante d'introduire des règles différentes en matière de scission et de transfert de patrimoine. En effet, pour ce qui est de la forme du contrat (ou du projet) de scission, réglée à l'article 36, alinéa 3, P-LFus, le Conseil des Etats a suivi la proposition du Conseil fédéral et a donc maintenu la réglementation de l'article 103, alinéa 3, P-LFus⁷⁰. Or, les risques, que ce soit du point de vue de la sécurité du droit, de l'égalité de traitement entre personnes inscrites au registre du commerce ou non, ou encore du respect des principes du code civil en matière de transfert d'immeubles, sont les mêmes tant pour la scission que pour le transfert de patrimoine⁷¹.

La voie choisie par le Conseil des Etats ne permet vraisemblablement pas d'atteindre les objectifs qu'il s'est lui-même fixés. En fin de compte, l'exigence même d'un acte authentique constatatoire en matière de transfert de patrimoine doit être mise en question. En effet, il s'avère que son objet est uniquement de reproduire une partie du contrat de transfert (revêtant la forme écrite) tout en décrivant les immeubles d'une manière conforme aux principes du droit du registre foncier. L'intérêt de ce document consiste donc principalement à simplifier la tâche des autorités du registre foncier. Il ne garantit par contre pas directement la sécurité du droit. L'alternative, qui est de prévoir que tout ou partie du contrat de transfert doit revêtir la forme authentique lorsque des immeubles sont transférés (comme le prévoit d'ailleurs le droit actuel en matière de vente immobilière) semble donc préférable, tant au projet du Conseil fédéral, qu'à la réglementation adoptée par le Conseil des Etats.

⁶⁹ BO CN 2003 p. 243.

⁷⁰ BO CE 2001 p. 157.

⁷¹ Cf. cependant BO CE 2001 p. 155 s. (interventions de SIMON EPINEY et de EUGEN DAVID).

III. Modification décidée par le Conseil national

Le Conseil national a remédié aux déficiences liées à l'établissement d'un acte authentique constatatoire. S'il a conservé le principe d'un contrat passé en la forme écrite, "les parties correspondantes du contrat doivent revêtir la forme authentique" lorsque des immeubles sont transférés⁷². Pour le reste, le Conseil national a repris la réglementation adoptée par le Conseil des Etats, en particulier en ce qui concerne l'unicité de l'acte authentique. Par ailleurs, la réglementation de l'article 103 P-LFus est adaptée en conséquence⁷³.

Il n'est donc plus question d'un acte authentique constatatoire, comme le proposent le Conseil fédéral et le Conseil des Etats: le texte adopté par le Conseil national prévoit que l'instrumentation porte sur la déclaration de volonté des parties.

Cette solution paraît mieux à même de répondre aux soucis exprimés par le Conseil des Etats et, en particulier, de garantir de manière optimale la sécurité du droit, tout en restant dans le cadre des règles de forme prévues par le code civil. Elle ne facilite cependant pas la restructuration des entreprises dans la même mesure que le fait le projet du Conseil fédéral, qui se contente de la simple forme écrite, même en matière de transferts immobiliers.

§ 4 Eléments essentiels du contrat

L'article 71, alinéa 1, P-LFus mentionne les éléments essentiels du contrat de transfert sur lesquels les parties au contrat de transfert doivent impérativement parvenir à un accord. Outre ces éléments objectivement essentiels, les parties peuvent faire dépendre la conclusion du contrat d'un accord sur d'autres questions encore. Ces éléments subjectivement essentiels peuvent notamment porter sur:

- la soumission du transfert de patrimoine à l'approbation des associés⁷⁴;

⁷² BO CN 2003 p. 242 s.

⁷³ BO CN 2003 p. 266.

⁷⁴ Au sujet de la nécessité d'une décision de l'assemblée générale ou des associés, cf. chap. 9 § 2 II. (ci-dessus).

- le terme pour l'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine⁷⁵;
- les modalités de l'exécution du transfert de patrimoine; bien que le transfert de patrimoine ait pour effet de transférer de par la loi l'ensemble des éléments patrimoniaux énumérés dans l'inventaire, il est recommandable de préciser dans le contrat de transfert comment le sujet reprenant sera "mis en possession" de ces éléments patrimoniaux;
- les modalités du versement de la contre-prestation;
- la garantie des défauts de l'objet du transfert de patrimoine⁷⁶;
- l'effet rétroactif du transfert de patrimoine⁷⁷;
- le consentement de tiers au transfert de certains éléments patrimoniaux, (p. ex. actions nominatives liées et contrats)⁷⁸;
- l'attribution des éléments patrimoniaux actifs et passifs acquis au sujet transférant entre le moment de la conclusion du contrat de transfert et celui de l'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine.

Les parties au contrat peuvent convenir que les éléments subjectivement essentiels feront l'objet d'un acte séparé, notamment dans le but d'éviter la publicité liée au dépôt du contrat de transfert auprès du registre du commerce.

I. Désignation des parties

Selon l'article 71, alinéa 1, lettre a, P-LFus, le contrat de transfert doit contenir la désignation précise de l'ensemble des sujets participant au transfert de patrimoine. Cette désignation inclut la raison de commerce ou

⁷⁵ Concernant le délai pour requérir l'inscription au registre du commerce, cf. également chap. 10 § 1 (ci-dessous).

⁷⁶ PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1098. Concernant le droit actuel, cf. RUDOLF TSCHÄNI, Unternehmensübernahmen, p. 212 ss; MARKUS VISCHER, RSJ 97, p. 361 ss; ROLF WATTER, p. 242 ss.

⁷⁷ Concernant la portée de l'effet rétroactif, cf. chap. 10 § 4 1. (ci-dessous).

⁷⁸ Au sujet des restrictions à la cessibilité de certains éléments patrimoniaux et la nécessité de recueillir le consentement de tiers, cf. chap. 7 § 3 (ci-dessus).

le nom⁷⁹, le siège ainsi que la forme juridique des parties. Ces indications doivent permettre l'identification des parties au contrat⁸⁰. Le contrat mentionnera également le rôle joué par les parties; il s'agit d'indiquer quel sujet transfère son patrimoine et quel sujet le reprend⁸¹.

Lorsqu'une personne morale participe à un transfert de patrimoine, la désignation des parties sera complétée par des indications sur les organes et les représentants qui agissent pour son compte. A cet égard, il est même recommandé de joindre au contrat un extrait du registre du commerce (voire une procuration écrite) afin d'éviter toute ambiguïté quant aux pouvoirs de représentation des organes.

II. Inventaire

1. Introduction

L'article 71, alinéa 1, lettre b, P-LFus prévoit que le contrat de transfert doit contenir "un inventaire qui désigne clairement les objets du patrimoine actif et passif qui seront transférés; les immeubles, les papiers-valeurs et les valeurs immatérielles doivent être mentionnés individuellement". Une disposition similaire est également prévue en matière de scission⁸². L'inventaire constitue l'élément central du contrat de transfert, il détermine les contours du patrimoine transféré ou de la part de patrimoine transférée⁸³.

⁷⁹ Les associations, les fondations et les instituts de droit public ont un nom alors que les autres sujets de droit privé ont une raison de commerce. A ce sujet, cf. MARTIN KARL ECKERT, p. 13 ss; MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, § 7 N 17; ATF 103 Ib 6, spéc. 8; ATF 99 Ib 34.

⁸⁰ FF 2000 p. 4115.

⁸¹ Il en va, en principe, de même pour le contrat de fusion. A ce sujet (en droit actuel), cf. ANDRÉ CUENDET, p. 69; JÜRIG SUTER, p. 114.

⁸² Art. 37, let. b, P-LFus. Au sujet de cette disposition, cf. également CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, p. 62 s. La réglementation de la fusion ne prévoit en revanche pas l'obligation d'établir un inventaire (un bilan de fusion est néanmoins requis). Il serait en effet superflu de définir précisément le patrimoine qui sera transféré car le transfert porte sur l'ensemble du patrimoine du sujet transférant (art. 22, al. 1, P-LFus). Il ne peut donc pas en résulter d'incertitude quant à la titularité de certains éléments patrimoniaux.

⁸³ FF 2000 p. 4115.

Le transfert de patrimoine se distingue de la fusion sur deux points au moins. D'une part, il n'a pas d'effet direct sur la personnalité juridique du sujet transférant (qui continue d'exister), alors que la fusion a toujours pour conséquence la disparition du sujet transférant⁸⁴. D'autre part, l'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine provoque le transfert de par la loi des seuls éléments patrimoniaux énumérés dans l'inventaire (art. 73, al. 2, P-LFus), au contraire de la fusion qui a pour effet une succession à titre universel portant sur l'ensemble du patrimoine du sujet transférant. La limitation du transfert aux seuls éléments patrimoniaux contenus dans l'inventaire vaut également lorsque le transfert de patrimoine porte (prétendument) sur l'ensemble du patrimoine du sujet transférant. Il s'agit alors tout au plus d'une déclaration erronée des parties au contrat, à laquelle il n'y a pas lieu de s'arrêter⁸⁵.

Par son inscription au registre du commerce, le transfert de patrimoine devient opposable à tous⁸⁶. Afin de garantir la transparence⁸⁷ et la sécurité du droit, il s'avère indispensable de pouvoir déterminer sans ambiguïté la nouvelle répartition du patrimoine du sujet transférant. L'exigence d'une désignation claire des éléments patrimoniaux s'oppose à ce que les parties au contrat se réfèrent à un "bilan de transfert" ou se contentent d'une description sommaire du patrimoine qui sera transféré. En effet, les éléments patrimoniaux étant transférés de par la loi, sans que les formes ordinaires du droit privé ne doivent être respectées, il est indispensable que le patrimoine soit clairement déterminable⁸⁸. La finalité de la désignation claire sert, en fin de compte, tant les intérêts des sujets participant au transfert de patrimoine, qui doivent supporter le risque d'un inventaire imprécis, que ceux des tiers (y compris des créanciers)⁸⁹. Elle est également la prémisses pour

⁸⁴ Selon les art. 3, al. 2, et 21, al. 3, P-LFus, la fusion entraîne la dissolution et la radiation du registre du commerce de la société transférante.

⁸⁵ L'intention des parties au contrat de transférer le patrimoine dans son ensemble (et non pas une part de patrimoine) peut néanmoins jouer un rôle dans l'interprétation du contrat de transfert, notamment en cas d'incertitude quant à l'attribution de certains éléments patrimoniaux. Toutefois, lorsque l'interprétation ne permet pas d'attribuer ces éléments, la règle supplétive d'attribution de l'art. 72 P-LFus s'applique. A ce sujet, cf. chap. 9 § 4 II. 3. (ci-dessous).

⁸⁶ Au sujet des effets liés à l'inscription au registre du commerce, cf. chap. 10 § 3 (ci-dessous).

⁸⁷ Dans ce sens (en matière de scission): CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, p. 63.

⁸⁸ A ce sujet (en matière de scission), cf. également FF 2000 p. 4091, note 123.

⁸⁹ FF 2000 p. 4115.

une évaluation précise de la valeur du patrimoine transféré et, par conséquent, pour la détermination du montant de l'éventuelle contre-prestation⁹⁰.

L'exigence d'une description claire du patrimoine transféré par le biais d'un inventaire n'est pas unanimement appréciée dans la doctrine. En particulier, RAFFAEL BÜCHI y voit l'expression d'un formalisme excessif et déplore les frais engendrés⁹¹. Cet auteur propose donc d'interpréter la loi sur la fusion d'une manière souple, ce qui revient à ne pas fixer des exigences trop élevées quant au degré de précision que doit revêtir l'inventaire, du moins pour les transactions économiquement importantes, et à se contenter d'une description sommaire du patrimoine transféré. Si la prise de position de RAFFAEL BÜCHI peut être, dans son résultat, de nature à simplifier la tâche des sujets participant au transfert de patrimoine, elle néglige toutefois le texte clair du projet de loi ainsi que la volonté du législateur⁹². Par ailleurs, il ne faut pas surestimer les exigences posées par le projet de loi sur la fusion: il est tout à fait possible de grouper certains postes de l'inventaire ou encore de se référer à des documents annexes⁹³, de sorte que les frais et la "charge administrative" ne devraient, en règle générale, pas être disproportionnés au regard des avantages qu'offre la réglementation du transfert de patrimoine.

Ainsi, l'exigence d'un inventaire détaillé est en quelque sorte le prix à payer pour pouvoir bénéficier d'un transfert de par la loi (ou d'un "transfert selon inventaire") et pour être dispensé du respect des règles de forme propres à la succession à titre singulier.

2. Contenu

L'inventaire consiste en une liste descriptive des éléments patrimoniaux qui seront transférés. Formellement, l'inventaire peut être annexé au contrat de transfert ou en faire partie intégrante; il peut également être constitué de différents documents (p. ex. des extraits de comptes, des extraits de registres publics notamment pour les immeubles). L'inventaire prévu à l'arti-

⁹⁰ FF 2000 p. 4091 (pour la scission). Concernant la contre-prestation, cf. chap. 9 § 4 IV. (ci-dessous).

⁹¹ RAFFAEL BÜCHI p. 157 ss. Dans le même sens: STEFAN EBERHARD, p. 225 s.

⁹² FF 2000 p. 4090 s. (pour la scission) et p. 4115 (pour le transfert de patrimoine). Cf. également BO CE 2001 p. 157 (intervention du rapporteur ROLF SCHWEIGER ad art. 37 P-LFus).

⁹³ Cf. chap. 9 § 4 II. 2. (ci-dessous).

cle 71, alinéa 1, lettre b, P-LFus n'est donc pas fondamentalement différent de celui prescrit par l'article 958 CO⁹⁴; il ne doit cependant pas mentionner la valeur individuelle de chaque élément patrimonial, seule la valeur totale des actifs et des passifs transférés doit être indiquée conformément à l'article 71, alinéa 1, lettre c, P-LFus.

Le degré de précision de l'inventaire dans la description des éléments patrimoniaux n'est pas réglé de manière uniforme. Aux termes de l'article 71, alinéa 1, lettre b, P-LFus, les immeubles⁹⁵, les papiers-valeurs et les valeurs immatérielles (*know-how*, *goodwill*) doivent être mentionnés individuellement. En ce qui concerne les autres éléments patrimoniaux qui seront transférés, le projet de loi sur la fusion prévoit uniquement que l'inventaire doit les désigner "clairement". Comme le souligne le message du Conseil fédéral⁹⁶, il s'avère difficile de préciser d'une manière générale et abstraite les exigences à remplir pour que la désignation puisse être qualifiée de claire: il s'agit d'une question d'appréciation qui dépend fortement du genre d'éléments patrimoniaux transférés et de la composition de la part de patrimoine. D'une manière générale, la description contenue dans le contrat de transfert doit être suffisamment concrète afin de permettre avec certitude l'attribution des éléments patrimoniaux dans chaque cas d'espèce. Il est, par conséquent, possible de grouper certains éléments patrimoniaux⁹⁷, en particulier lorsqu'il s'agit d'articles d'un même genre, à la condition toutefois qu'ils soient toujours au moins déterminables.

Si l'exigence d'une désignation claire des éléments patrimoniaux garantit la sécurité des transactions en évitant les incertitudes quant à la propriété ou à

⁹⁴ Le MANUEL SUISSE D'AUDIT, tome 1, p. 48 s., définit l'inventaire comme étant "un justificatif indiquant les valeurs des divers biens matériels et immatériels ainsi que des créances, des dettes et des provisions qui sont regroupés dans les rubriques collectives du bilan. (...) Formellement, un inventaire est un état de divers biens ou postes constituant une rubrique du bilan, avec descriptif exact, indication de la quantité et mention du prix unitaire et du montant". Concernant les principes régissant l'établissement de l'inventaire, cf. en particulier ERNST BOSSARD, ZK Art. 958 N 39 ss; KARL KÄFER, BK Art. 958 N 80 ss.

⁹⁵ Le sujet reprenant, s'il est prudent, exigera même que des extraits du registre foncier soient annexés au contrat de transfert afin de connaître les servitudes, charges et autres droits qui grèvent les immeubles.

⁹⁶ FF 2000 p. 4115. Dans le même sens (en matière de scission): BO CE 2001 p. 157 (intervention du rapporteur ROLF SCHWEIGER ad art. 37 P-LFus); TURIN / KLÄY, REPRAX 1/01 p. 64 (f) p. 24 (d).

⁹⁷ FF 2000 p. 4091, note 123 (concerne la scission); BO CE 2001 p. 157 (intervention du rapporteur ROLF SCHWEIGER ad art. 37 P-LFus).

la titularité d'éléments patrimoniaux⁹⁸, elle peut néanmoins représenter une charge importante pour le sujet transférant. Ce sera le cas lorsqu'un très grand nombre d'éléments patrimoniaux sera transféré. Il convient toutefois de relever que, selon le projet de loi sur la fusion, seuls les sujets inscrits au registre du commerce peuvent procéder à un transfert de patrimoine. Ces derniers étant, pour la plupart, astreints à tenir une comptabilité commerciale conformément à l'article 957 CO, ils doivent donc établir un inventaire annuel⁹⁹. Cet inventaire peut, lorsqu'il est actuel, servir de base pour le contrat de transfert, particulièrement lorsque le transfert de patrimoine porte sur un grand nombre d'éléments patrimoniaux.

Le droit allemand prévoit des exigences similaires en matière de "Ausgliederung"¹⁰⁰. Selon le § 126, alinéa 1, chiffre 9, UmwG, le contrat doit contenir la désignation précise et le partage des objets du patrimoine actif et passif qui seront transférés ainsi que l'attribution des entreprises ou des parts d'entreprises aux sujets reprenants. Les immeubles doivent être désignés comme en matière de cession individuelle (mention de l'office du registre foncier, du volume du registre, de la feuille et du numéro de parcelle); les actifs immobilisés doivent être désignés selon les règles ordinaires permettant leur individualisation; les créances et les dettes doivent être désignées de manière à pouvoir être individualisées, c'est-à-dire par l'indication de leur montant, du nom du débiteur (respectivement du créancier) et de la date de leur exigibilité¹⁰¹. En principe le contrat de scission peut renvoyer à des documents existants, tels que des inventaires, lorsque ceux-ci permettent une identification suffisante des éléments patrimoniaux et qu'ils sont annexés au contrat de "Ausgliederung". En revanche, le simple renvoi à un bilan est, en principe, exclu.

3. Objets du patrimoine actif non attribués

Conformément à l'article 72 P-LFus, les objets du patrimoine actif ainsi que les créances et les droits immatériels qui ne peuvent être attribués sur la base de l'inventaire demeurent au sein du sujet transférant. Cette disposi-

⁹⁸ FF 2000 p. 4115.

⁹⁹ Art. 958 CO. Pour davantage de détails concernant l'inventaire, cf. le MANUEL SUISSE D'AUDIT, tome 1, p. 48 ss; ERNST BOSSARD, ZK Art. 958 N 32 - 88; KARL KÄFER, BK Art. 958 N 60 - 112.

¹⁰⁰ Concernant la notion de "Ausgliederung", cf. chap. 4 § 6 (ci-dessus).

¹⁰¹ SAGÄSSER/BULA, p. 220 ss.

tion règle ainsi de manière supplétive la titularité des éléments patrimoniaux actifs dont l'attribution ne peut pas être effectuée sur la base de l'inventaire¹⁰². L'article 72 P-LFus garantit la sécurité du droit en limitant les incertitudes quant à la titularité de certains éléments patrimoniaux. Une disposition analogue est d'ailleurs également prévue en matière de scission par séparation (art. 3§, al. 1, let. b, et al. 2, P-LFus). Le parallélisme entre la réglementation du transfert de patrimoine et celle de la séparation provient du fait que, contrairement à la fusion (art. 3, al. 2, P-LFus) et à la scission par division (art. 29, let. a, P-LFus), ces deux opérations n'ont pas pour effet direct la dissolution du sujet transférant. Ce dernier continuant d'exister, il est légitime qu'il conserve les éléments patrimoniaux dont l'attribution est problématique.

Lorsqu'il existe un doute quant à la titularité d'un élément patrimonial, il faut, dans un premier temps, interpréter le contrat de transfert et, en particulier, l'inventaire. L'interprétation du contrat de transfert suit, en principe, les règles ordinaires en la matière¹⁰³. L'attribution des éléments patrimoniaux litigieux doit être tranchée selon des critères objectifs; il s'agit de se mettre à la place d'un tiers¹⁰⁴. Il y a néanmoins lieu de faire preuve d'une certaine retenue lors de l'interprétation du contrat, en particulier en raison du fait que le projet de loi sur la fusion exige des parties au contrat qu'elles désignent "clairement" les éléments patrimoniaux qui seront transférés, certains éléments patrimoniaux devant même être mentionnés individuellement¹⁰⁵. Ainsi, il ne saurait être question d'attribuer au sujet reprenant la titularité d'un immeuble qui n'est pas mentionné dans l'inventaire, quand bien même les parties auraient eu l'intention de transférer l'immeuble en question; la mention de l'immeuble dans le contrat de transfert est une condition de validité de son transfert. Si l'interprétation du contrat ne permet pas d'attribuer l'élément patrimonial, notamment parce que le contrat est formulé de manière équivoque, celui-ci revient au sujet transférant conformément à la règle supplétive d'attribution.

¹⁰² FF 2000 p. 4116.

¹⁰³ Concernant l'interprétation des contrats, cf., entre autres, EUGEN BUCHER, p. 176 ss; PIERRE ENGEL, p. 235 ss; ERNST A. KRAMER, BK Art. 1 N 100 ss; Art. 18 N 10 ss. Cf. également l'art. 18, al. 1, CO : "... il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention."

¹⁰⁴ PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1100.

¹⁰⁵ Art. 71, al. 1, let. b, P-LFus. A ce sujet, cf. également chap. 9 § 4 II. 2. (ci-dessus).

En prévoyant l'attribution des éléments patrimoniaux résiduels au sujet transférant, la règle de l'article 72 P-LFus doit conduire le sujet reprenant à être particulièrement vigilant lors de l'établissement de l'inventaire. En effet, lorsque celui-ci est formulé de manière ambiguë, certains éléments patrimoniaux, qu'il lui croyait acquis, peuvent lui échapper. Il est alors nécessaire de procéder à un second transfert de patrimoine afin de modifier la titularité de ces droits. Encore faut-il que le sujet transférant y soit disposé.

Curieusement, l'article 72 P-LFus se limite à réglementer la titularité des éléments patrimoniaux actifs. En revanche, aucune règle supplétive d'attribution n'est prévue pour les éléments patrimoniaux passifs (dettes). Lorsque l'interprétation du contrat ne permet pas leur attribution, les éléments patrimoniaux passifs demeurent dans le patrimoine du sujet transférant, comme le prévoit d'ailleurs expressément le message du Conseil fédéral en matière de scission par séparation¹⁰⁶. Une précision au niveau de la loi aurait néanmoins été souhaitable, ce d'autant plus qu'une incertitude au niveau de l'attribution des dettes est susceptible de léser les droits des créanciers¹⁰⁷.

III. Valeur des actifs et passifs transférés

Selon l'article 71, alinéa 1, lettre c, P-LFus, le contrat de transfert doit indiquer la valeur totale des actifs et des passifs transférés. La valeur individuelle de chaque élément patrimonial porté à l'inventaire ne doit, en revanche, pas obligatoirement être mentionnée¹⁰⁸, pas même pour les immeubles, les papiers-valeurs ainsi que les valeurs immatérielles. Le transfert de patrimoine étant soumis à la condition que l'inventaire présente un excédent d'actifs (art. 71, al. 2, P-LFus)¹⁰⁹, la différence entre la valeur totale des actifs et celle des passifs doit impérativement présenter un résultat positif¹¹⁰. Lorsque le patrimoine transféré vient en libération du capital de la société reprenante (augmentation de capital ou constitution d'une nouvelle

¹⁰⁶ Cf. FF 2000 p. 4092.

¹⁰⁷ Dans le même sens: PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1106.

¹⁰⁸ FF 2000 p. 4115.

¹⁰⁹ A ce sujet, cf. chap. 12 § 1 (ci-dessous).

¹¹⁰ FF 2000 p. 4115 s.

société)¹¹¹, l'excédent d'actifs doit être au moins égal au montant du capital ainsi libéré. Le respect des dispositions relatives à la libération du capital résulte également de l'article 69, alinéa 2, P-LFus qui réserve l'application des dispositions concernant la protection du capital.

La détermination de la valeur totale des actifs et des passifs soulève la question de l'évaluation du patrimoine, ou de la part de patrimoine, qui sera transféré. Faute de règles d'évaluation spécifiques fixées par le projet de loi sur la fusion, il y a lieu d'appliquer les règles générales du code des obligations, comme lors de l'établissement d'un inventaire au sens de l'article 958 CO¹¹². Il n'y a, en effet, pas de motif pertinent qui justifierait de déroger à ces dispositions pour le cas particulier du transfert de patrimoine.

Bien que la loi ne le précise pas expressément, l'évaluation doit être basée sur les valeurs d'exploitation (*going concern*)¹¹³. D'ailleurs, le principe de la continuité prévaut également en matière de fusion¹¹⁴. Conformément à l'article 960, alinéa 2, CO, les éléments patrimoniaux actifs ne peuvent être portés à l'inventaire "pour un chiffre dépassant celui qu'ils représentent pour l'entreprise". Bien que l'article 960, alinéa 2, CO permette l'évaluation aux valeurs du jour, ce sont en général les valeurs historiques qui sont retenues; les actifs sont évalués au plus à leur coût d'acquisition ou à leur coût de revient¹¹⁵. Il y a néanmoins lieu de retenir les valeurs de liquidation lorsque le transfert de patrimoine est réalisé dans le but de mettre fin à l'activité du sujet transférant¹¹⁶.

Par ailleurs, aux côtés du principe général de l'article 960, alinéa 2, CO, le droit de la société anonyme contient des règles spéciales d'évaluation qui, en vertu de différents renvois¹¹⁷, s'appliquent également aux sociétés en

¹¹¹ Concernant ce cas d'application du transfert de patrimoine, cf. chap. 5 § 3 (ci-dessus).

¹¹² Concernant l'évaluation des éléments portés à l'inventaire, cf. le MANUEL SUISSE D'AUDIT, tome 1, p. 52 ss; ERNST BOSSARD, ZK Art. 958 N 49 ss; KARL KÄFER, ZK Art. 958 N 98 ss, Art. 960 N 178 ss.

¹¹³ MANUEL SUISSE D'AUDIT, tome 1, p. 52; KARL KÄFER, ZK Art. 959 N 452 ss, Art. 960 N 92; MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, § 8 N 49.

¹¹⁴ Au sujet du droit actuel, cf. PETER BÖCKLI, N 294h; JÜRIG SUTER, p. 141 s.

¹¹⁵ MANUEL SUISSE D'AUDIT, tome 1, p. 53; ERNST BOSSARD, ZK Art. 960 N 28; KARL KÄFER, ZK Art. 960 N 140 ss.

¹¹⁶ A ce sujet, cf. chap. 5 § 5 (ci-dessus).

¹¹⁷ Cf. art. 764, al. 2, art. 805 et art. 858, al. 2, CO. Pour l'ensemble de ces formes juridiques, le renvoi au droit de la société anonyme vise bien entendu le nouveau droit,

commandite par actions, aux sociétés à responsabilité limitée ainsi qu'aux sociétés coopératives de crédit et d'assurance concessionnaires. Ces règles dérogent à l'article 960, alinéa 2, CO sur trois points:

- Articles 665 et 665a CO: l'actif immobilisé peut être évalué au plus à son prix d'acquisition ou à son coût de revient, déduction faite des amortissements nécessaires.
- Article 666 CO: les stocks doivent être évalués à leur valeur d'acquisition ou à leur valeur de revient; la valeur la plus basse doit être retenue, voire la valeur du marché lorsque celle-ci est inférieure (principe de la valeur la plus basse)¹¹⁸.
- Article 667, alinéa 1, CO: les titres cotés en bourse sont évalués à leur cours moyen précédant la date de l'inventaire.

Quant aux dettes, elles sont, en principe, évaluées à leur valeur nominale¹¹⁹.

Les parties au contrat de transfert doivent parvenir à un accord sur la valeur du patrimoine transféré en application des règles d'évaluation du code des obligations. La valeur du patrimoine, telle qu'elle ressort de l'inventaire, jouera également un rôle lors de la détermination du montant de l'éventuelle contre-prestation¹²⁰.

révisé en 1991 (renvoi dynamique). Dans ce sens et pour une synthèse des différentes opinions au sujet des renvois en droit des sociétés, cf. FF 2002 p. 2963 et p. 2966 s.; voir également PETER V. KUNZ, § 16 N 9 et N 37. En totale contradiction avec la doctrine (presque) unanime et sans tenir compte de l'intention du législateur, cf. la décision du Tribunal de commerce du canton de St-Gall du 3.10.2000, publiée dans St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis 2000 p. 122 s. (également reproduite dans la RSJ 2001 p. 523).

¹¹⁸ MANUEL SUISSE D'AUDIT, tome 1, p. 53; PETER BÖCKLI, N 1025; FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, § 50 N 265 ss.

¹¹⁹ MANUEL SUISSE D'AUDIT, tome 1, p. 145; ERNST BOSSARD, ZK Art. 960 N 118 s.; CARL HELBLING, p. 122; KARL KÄFER, BK Art. 960 N 289 ss.

¹²⁰ Concernant le montant de la contre-prestation, cf. chap. 9 § 4 IV. 4. (ci-dessous).

IV. Contre-prestation

1. Introduction

Le transfert de patrimoine peut être convenu à titre onéreux ou à titre gratuit. Les parties au contrat de transfert peuvent, en principe, déterminer librement le montant de la contre-prestation, voire même décider d'y renoncer entièrement. La fixation d'une contre-prestation n'est donc, en général, pas une condition du transfert de patrimoine¹²¹.

Conformément à l'article 71, alinéa 1, lettre d, P-LFus, l'indication du montant de l'éventuelle contre-prestation fait partie des éléments essentiels du contrat de transfert. Ce montant doit être déterminé au moment de la conclusion du contrat de transfert; il ne suffit pas qu'il soit déterminable comme c'est le cas en matière de vente ordinaire¹²². Dans l'éventualité où le sujet transférant renonce à une contre-prestation, il y également lieu de mentionner ce fait dans le contrat de transfert¹²³.

Si la fixation d'une contre-prestation revêt, en principe, un caractère facultatif, elle peut néanmoins, dans certaines situations, s'imposer. En effet, en renonçant à une contre-prestation, le sujet transférant peut, selon les circonstances, violer les dispositions légales et statutaires relatives à la protection du capital et à la liquidation de la société, dont l'application est expressément réservée à l'article 69, alinéa 2, P-LFus¹²⁴. Ces dispositions peuvent également ne pas être respectées lorsque le montant de la contre-prestation s'avère insuffisant, notamment parce qu'il est inférieur à la valeur des éléments patrimoniaux transférés. Ainsi, une société anonyme ne peut pas transférer une part de son patrimoine à ses actionnaires sans contre-prestation, lorsqu'elle ne dispose pas de fonds propres librement disponibles en suffisance¹²⁵. Un remboursement aux actionnaires de ce type

¹²¹ FF 2000 p. 4018 et 4112.

¹²² HEINRICH HONSELL, p. 35 s.

¹²³ FF 2000 p. 4115.

¹²⁴ Au sujet de la réserve de l'art. 69, al. 2, P-LFus, cf. également chap. 8 (ci-dessus).

¹²⁵ Concernant la notion de fonds propres librement disponibles, cf. PETER BÖCKLI, N 382 et les références citées.

contreviendrait à l'article 680, alinéa 2, CO¹²⁶ et serait sanctionné par la nullité¹²⁷.

Bien que la fixation d'une contre-prestation pour le transfert de patrimoine ne soit, en principe, pas impérative, le risque que le patrimoine du sujet soit dilapidé, au détriment des associés et des créanciers, par un organe supérieur de direction ou d'administration malveillant n'est cependant pas plus important que sous l'empire du droit actuel. En effet, la donation (art. 239 ss CO) permet déjà le transfert de valeurs patrimoniales sans contre-prestation. Par ailleurs, le droit de la vente ne contient pas de disposition relative au montant du prix de vente¹²⁸; les parties à un contrat de vente peuvent donc convenir d'une contre-prestation notablement inférieure à la valeur de la chose vendue. La réglementation relative à la responsabilité civile des organes, consécutive à la violation de leurs devoirs et, en particulier, de leur devoir de diligence, et à la responsabilité pénale constituent des garde-fous suffisants pour prévenir les abus. En outre, les dispositions de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite traitant de la révocation (art. 285 ss LP) sont réservées lorsque le transfert de patrimoine est utilisé afin de soustraire des biens à l'exécution forcée¹²⁹. Ainsi, les dispositions à titre gratuit sont révocables si elles ont été faites par le débiteur dans l'année qui précède la saisie ou la déclaration de faillite (art. 286, al. 1, LP). Les actes par lesquels le débiteur a accepté un prix notablement inférieur à la valeur de sa prestation sont également révocables dans les mêmes délais (art. 286, al. 2, ch. 1, LP).

2. Bénéficiaire

La contre-prestation pour le transfert de patrimoine revient au sujet transférant et non pas aux associés de ce dernier, comme c'est le cas en matière de scission. L'article 69, alinéa 1, deuxième phrase, P-LFus réserve d'ailleurs expressément la réglementation de la scission lorsque les associés du sujet transférant se voient remettre des droits de sociétariat ou des parts sociales du sujet transférant.

¹²⁶ L'art. 680, al. 2, CO exclut non seulement le droit pour les actionnaires d'exiger la restitution de leurs apports, mais également le droit pour la société de rembourser les apports aux actionnaires. Cf. ATF 109 II 128; ATF 65 I 147.

¹²⁷ PETER BINDER, p. 38; FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, § 50 N 108.

¹²⁸ HEINRICH HONSELL, p. 36.

¹²⁹ Dans le même sens: FF 2000 p. 4116.

Les sujets participant au transfert de patrimoine peuvent cependant convenir que la contre-prestation sera versée à une autre personne que le sujet transférant. Le transfert de patrimoine est, dans ce cas, associé à une stipulation pour autrui au sens de l'article 112 CO¹³⁰. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral¹³¹, la stipulation pour autrui peut, en effet, se combiner avec n'importe quel rapport contractuel. Ainsi, les parties au contrat de transfert peuvent convenir que la contre-prestation, qui ne consiste pas en des droits de sociétariat ou des parts sociales du sujet reprenant¹³², sera versée directement aux associés de la société transférante. Une transaction de ce type peut être réalisée lorsque le sujet transférant dispose de fonds propres librement disponibles en suffisance ou encore lorsqu'il réduit son capital, préalablement au transfert de patrimoine; le remboursement du capital aux associés est alors opéré par le sujet reprenant.

3. Nature

Le projet de loi sur la fusion ne pose aucune exigence particulière quant à la nature de l'éventuelle contre-prestation. Cette dernière peut consister en toute prestation patrimoniale en espèce ou en nature¹³³. Lorsqu'elle est en nature, la contre-prestation peut notamment résider en parts sociales ou en droits de sociétariat du sujet reprenant. Ce sera le cas lorsque le transfert de patrimoine est utilisé dans le but de constituer une société filiale par un apport en nature¹³⁴. La contre-prestation peut également prendre la forme d'un patrimoine ou d'une part de patrimoine au sens du projet de loi sur la fusion. Le transfert de patrimoine permet alors l'échange de deux patrimoines, ceux-ci étant transférés de par la loi. Dans ce cas, les sujets participant au transfert de patrimoine sont à la fois sujet transférant et sujet

¹³⁰ Au sujet de la stipulation pour autrui, cf. EUGEN BUCHER, p. 473 ss; PIERRE ENGEL, p. 417 ss; RAINER GONZENBACH, BaK Art. 112 N 1ss.

¹³¹ ATF 100 II 368, spéc. 375. Cf. également RAINER GONZENBACH, BaK Art. 112 N 2 s.

¹³² Lorsque les associés reçoivent des droits de sociétariat ou des parts sociales du sujet transférant, la réglementation de la scission est applicable en vertu de l'art. 69, al. 1, 2^{ème} phrase, P-LFus.

¹³³ FF 2000 p. 4115.

¹³⁴ A ce sujet, cf. chap. 5 § 3 (ci-dessus).

reprenant¹³⁵. Les éléments patrimoniaux qui forment la contre-prestation doivent alors également faire l'objet d'un inventaire.

4. Montant

La détermination du montant de la contre-prestation pour le transfert du patrimoine, ou de la part de patrimoine, est, en principe, laissée à la discrétion des parties au contrat, qui doivent néanmoins respecter les dispositions légales et statutaires concernant la protection du capital et la liquidation de la société¹³⁶. Afin de garantir un minimum de transparence lors de la fixation de la contre-prestation, l'article 74, alinéa 2, lettre c, P-LFus prévoit que les organes supérieurs de direction ou d'administration des sujets participant doivent expliquer et justifier, à l'attention des associés, le montant de la contre-prestation dans l'annexe aux comptes annuels ou lors de la prochaine assemblée générale¹³⁷.

Lors de la détermination du montant de la contre-prestation, les parties au contrat prendront en considération la valeur totale des actifs et des passifs contenus dans l'inventaire (art. 71, al. 1, let. c, P-LFus). Elles ne sont cependant pas liées par ces valeurs et peuvent notamment s'en détacher lorsque celles-ci ne permettent pas de déterminer la valeur réelle du patrimoine, ou de la part de patrimoine, qui sera transféré. En particulier, le *goodwill*, la capacité de rendement et les perspectives d'avenir peuvent exercer une influence sur le montant de la contre-prestation¹³⁸. Ces facteurs peuvent, selon les circonstances, représenter des plus-values ou des moins-values.

Contrairement à la réglementation de la fusion (art. 15 P-LFus) et de la scission (art. 40 P-LFus), le projet de loi sur la fusion ne prévoit pas qu'un réviseur indépendant doive vérifier l'évaluation du patrimoine transféré et l'adéquation de la contre-prestation. Toutefois, lorsque le transfert de pa-

¹³⁵ Le transfert de patrimoine nécessitera une double inscription au registre du commerce (art. 73, al. 1, P-LFus) et l'ensemble des sociétés participant au transfert de patrimoine devront informer leurs associés (art. 74 P-LFus).

¹³⁶ Art. 69, al. 2, P-LFus. A ce sujet, cf. également chap. 8 et chap. 9 § 4 IV, 1. (ci-dessus).

¹³⁷ Au sujet de l'information des associés, cf. chap. 11 § 2 (ci-dessous).

¹³⁸ Concernant l'évaluation du patrimoine de sociétés anonymes participant à une fusion, cf. ANDRÉ CUENDET, p. 72; PETER BÖCKLI, N 294f; JÜRIG SUTER, p. 132 ss; MARTIN STEHLI, p. 43 ss.

trimoine est utilisé dans le cadre de la constitution d'une société anonyme par un apport en nature (ou lors d'une augmentation de capital ultérieure), les dispositions du code des obligations s'appliquent de manière concurrente de sorte qu'une vérification par un réviseur est requise¹³⁹.

V. Désignation des rapports de travail transférés

Conformément à l'article 333, alinéa 1, CO, lorsque l'employeur transfère l'entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers, les rapports de travail passent automatiquement à l'acquéreur, à la condition toutefois que le travailleur ne s'y oppose pas. L'article 76, alinéa 1, P-LFus réserve expressément l'application de cette disposition en matière de transferts de patrimoine. Ainsi, les transferts de patrimoine qui portent sur une entreprise ou sur une part d'entreprise peuvent avoir pour effet de transférer des rapports de travail¹⁴⁰.

Afin de pouvoir clairement déterminer le nouvel employeur, l'article 71, alinéa 1, lettre e, P-LFus prévoit que le contrat de transfert doit renfermer la liste des rapports de travail qui seront transférés. La réglementation de la scission connaît également une disposition identique (art. 37, let. i, P-LFus). Les parties au contrat ne doivent pas nécessairement désigner individuellement les rapports de travail qui seront transférés. Lorsque ceux-ci restent déterminables, il est admissible de désigner de manière globale les rapports de travail transférés.

La mention des rapports de travail dans le contrat de transfert n'est pas constitutive pour leur transfert au sujet reprenant. L'article 333, alinéa 1, CO prévoit en effet un transfert de par la loi de l'ensemble des rapports de travail rattachés à l'entreprise ou à la part de celle-ci. Les parties au contrat de transfert ne sauraient donc en limiter l'étendue, mais peuvent tout au plus y apporter des précisions.

¹³⁹ Art. 635a et 652f CO. Ces dispositions s'appliquent en vertu de la réserve de l'art. 69, al. 2, P-LFus; à ce sujet, cf. également chap. 8 (ci-dessus).

¹⁴⁰ Au sujet du transfert des rapports de travail, cf. chap. 12 § 3 II. (ci-dessous).

§ 5 Vices du contrat de transfert

I. Cas de nullité

L'article 20 CO frappe de nullité le contrat qui a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs; la nullité peut cependant ne concerner que certaines clauses du contrat. En particulier, le contrat de transfert peut être nul lorsqu'il ne respecte par les normes impératives du projet de loi sur la fusion, notamment parce que les sujets participants ne revêtent pas l'une des formes juridiques prévues par la loi, parce que le patrimoine transféré ne présente pas un excédent d'actifs ou encore parce que les dispositions concernant la protection du capital et la liquidation n'ont pas été respectées.

La nullité peut également résulter de l'article 26, alinéa 2, LFAIE¹⁴¹. Un contrat de transfert portant sur des immeubles soumis à la LFAIE peut être (partiellement) nul, en particulier lorsque l'acquéreur exécute l'acte juridique sans demander une autorisation ou avant que celle-ci n'entre en force. Pratiquement, de tels cas de nullité devraient cependant demeurer très rares. En effet, conformément à l'article 18 LFAIE, le préposé au registre du commerce doit suspendre la procédure d'inscription lorsqu'il ne peut d'emblée exclure que l'acquisition soit soumise au régime d'autorisation. Etant donné que les immeubles doivent, en vertu de l'article 71, alinéa 1, lettre b, P-LFus, être mentionnés individuellement dans l'inventaire annexé au contrat de transfert (faute de quoi, ils ne sont pas transférés), le contrôle par les autorités du registre du commerce est particulièrement aisé.

Par ailleurs, un vice de forme peut être à l'origine de la nullité. L'article 70, alinéa 2, P-LFus prescrit que le contrat de transfert doit revêtir la forme écrite. Selon le texte adopté par le Conseil national, les parties correspondantes du contrat doivent même revêtir la forme authentique lorsque des immeubles sont transférés¹⁴². La violation de ces exigences de forme entraîne la nullité du contrat conformément à l'article 11 CO. D'autres vices encore peuvent entraîner la nullité du contrat, par exemple la simulation (art. 18 CO) ou l'absence de discernement dont aurait été atteint le représentant d'un sujet au transfert de patrimoine au moment de la conclusion du contrat. Ces dernières hypothèses restent cependant très théoriques.

¹⁴¹ RS 211.412.41.

¹⁴² BO CN 2003 p. 242 s. A ce sujet, cf. également chap. 9 § 3 III. (ci-dessus).

La nullité peut être invoquée par les parties au contrat ainsi que par toute personne qui y a un intérêt, y compris les associés des sociétés participant au transfert de patrimoine. Elle doit être constatée d'office par le juge. Les autorités du registre du commerce doivent, en principe, refuser les inscriptions qui se fondent sur des actes nuls, du moins lorsque ces derniers violent des dispositions impératives de la loi qui sont édictées dans l'intérêt public ou en vue de la protection de tiers¹⁴³.

II. Cas d'annulabilité

Les vices du consentement constituent les principaux cas d'annulabilité. Cette notion regroupe l'erreur, le dol et la crainte fondée (art. 23 - 31 CO).

Les causes d'annulabilité peuvent uniquement être invoquées par l'une des parties au contrat contre son cocontractant. Par conséquent, les associés des sociétés participant au transfert de patrimoine n'ont pas la qualité pour agir.

III. Régime applicable

1. Découverte du vice avant l'inscription au registre du commerce

Entre le moment de la conclusion du contrat et celui de l'inscription (constitutive) du transfert de patrimoine au registre du commerce, le régime des vices du contrat est le même que pour tout autre contrat. Les règles générales du code des obligations sont applicables¹⁴⁴. Ces cas devraient être plutôt rares dans la pratique et ne devraient pas soulever de difficultés particulières.

Lorsque le sujet reprenant invoque un vice du consentement, il peut, le cas échéant, faire bloquer l'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce (dont la réquisition émane du sujet transférant) par le biais d'une opposition de droit privé conformément à l'article 32, alinéa 2, ORC¹⁴⁵.

¹⁴³ Au sujet du pouvoir d'examen des autorités du registre du commerce et des limites posées par le Tribunal fédéral, cf. chap. 10 § 5 (ci-dessous).

¹⁴⁴ Dans le même sens en ce qui concerne le contrat de fusion (en droit actuel): ANDRÉ CUENDET p. 124; ROBERT MEIER, p. 116 et 121 s.

¹⁴⁵ Au sujet de cette disposition, cf. PETER V. KUNZ, § 11 N 177 ss; PETER LEHMANN, p. 254 ss; KARL REBSAMEN, N 71 s.; THOMAS SCHNEIDER, p. 118 ss.

2. Découverte du vice après l'inscription au registre du commerce

La constatation du vice après l'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine peut soulever des difficultés presque insurmontables. D'une part, il est souvent, pour des raisons pratiques, très difficile de faire marche arrière: la confusion des patrimoines a été réalisée et de nouveaux droits et obligations sont nés entre le moment de la réalisation du transfert de patrimoine et celui de la découverte du vice. D'autre part, la sécurité du droit et la protection des tiers qui se sont fiés à l'inscription au registre du commerce et à la publication subséquente dans la Feuille officielle suisse du commerce entrent en considération.

Ainsi, faute de dispositions spéciales du projet de loi sur la fusion en la matière¹⁴⁶, PETER LOSER-KROGH n'hésite pas à assujettir le transfert de patrimoine à la réglementation de l'article 643, alinéa 2, CO¹⁴⁷. Cette disposition prévoit que la société anonyme acquiert la personnalité juridique de par l'inscription au registre du commerce, même si les conditions de celle-ci n'étaient pas remplies¹⁴⁸. L'inscription a en quelque sorte un effet guérisseur: elle empêche que les vices entraînent la sanction de la nullité de la société. L'existence de la société est reconnue malgré les vices (qui subsistent). Selon la doctrine, le champ d'application de l'article 643, alinéa 2, CO va au-delà de la seule fondation de la société anonyme¹⁴⁹. Il s'étend à d'autres actes juridiques viciés pour lesquels l'inscription au registre du commerce est constitutive, tels que la fondation de personnes morales autres que la société anonyme (société à responsabilité limitée, société coopérative), l'augmentation du capital de la société anonyme et la fusion.

La thèse soutenue par PETER LOSER-KROGH ne peut cependant pas être suivie. En effet, elle revient à créer une discrimination entre la succession à titre singulier (vente "ordinaire") et le transfert de par la loi (transfert de

¹⁴⁶ Cf. cependant les art. 105 s. P-LFus qui régissent l'annulabilité du transfert de patrimoine (uniquement) sur requête d'un associé.

¹⁴⁷ PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1102 s.

¹⁴⁸ Le projet du Conseil fédéral du 19 décembre 2001 concernant la révision du droit de la société à responsabilité limitée (FF 2002 p. 2978) propose une disposition identique pour cette forme de société; cf. art. 779, al. 2, du projet de révision du CO.

¹⁴⁹ BÜRGI / NORDMANN, ZK Art. 748 N 50; ANDRÉ CUENDET, p. 130 s.; MARTIN KARL ECKERT, BaK Art. 933 N 4; FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, § 17 N 14 ss; ERNST A. KRAMER, BK Art. 1 N 243 ss; MANFRED KÜNG, BK Art. 933 N 32 ss; MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, § 6 N 64 ss; GUILLAUME VIANIN, p. 288 ss. Contra (en matière de fusion): ROBERT MEIER, p. 115 ss.

patrimoine). Cette distinction est d'autant moins fondée qu'elle pourrait ouvrir la porte à de nombreux abus: certains sujets pourraient être amenés à aliéner des éléments patrimoniaux par le biais d'un transfert de patrimoine dans le seul but d'éviter la sanction de la nullité qui interviendrait si les mêmes éléments patrimoniaux étaient transférés par voie de succession à titre singulier (p. ex. en cas de simulation portant sur le montant de la contre-prestation).

Dès lors, il y a lieu de considérer que le vice affectant le contrat de transfert peut être invoqué alors même que l'inscription au registre du commerce a été opérée. Cette dernière n'a donc pas pour effet de "guérir" les vices affectant le contrat de transfert¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Lorsque le transfert de patrimoine est couplé avec une augmentation de capital, cette dernière pourra, en revanche, bénéficier de l'effet guérisseur de l'inscription au registre du commerce.

Chapitre 10

Inscription au registre du commerce

§ 1 Introduction

Une fois le contrat de transfert conclu, le sujet transférant doit, conformément à l'article 73, alinéa 1, P-LFus, requérir l'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine¹. La réquisition d'inscription est adressée à l'office du registre du commerce du lieu où le sujet transférant a son siège, qui est seul compétent pour inscrire les mutations concernant le sujet.

L'inscription au registre du commerce parfait le transfert de patrimoine. A elle seule, elle lui permet de déployer ses effets juridiques et, en particulier, de provoquer le transfert de par la loi de l'ensemble des éléments patrimoniaux énumérés dans l'inventaire (art. 73, al. 2, P-LFus).

La réquisition d'inscription au registre du commerce émane de l'organe supérieur de direction ou d'administration du sujet transférant. En principe, l'inscription doit être requise immédiatement après la conclusion du contrat de transfert. La convention des parties peut néanmoins prévoir un terme pour l'inscription. La réquisition d'inscription ne devrait cependant pas être différée pour une trop longue période, car les bases du contrat et, en particulier, l'évaluation du patrimoine peuvent rapidement évoluer.

La loi sur la fusion ne contient pas de disposition particulière concernant la compétence pour signer la réquisition. Celle-ci est régie par les dispositions légales applicables selon la forme juridique du sujet transférant:

entreprise individuelle	la personne physique titulaire de l'entreprise
société en nom collectif	l'ensemble des associés (art. 556, al. 1, CO)
société en commandite	l'ensemble des associés (art. 597, al. 1, CO)

¹ Sur ce point, la réglementation du transfert de patrimoine diffère de celle de la cession de patrimoine au sens de l'actuel art. 181 CO, qui ne doit pas faire l'objet d'une inscription obligatoire (et constitutive) au registre du commerce.

société anonyme	les membres du conseil d'administration (art. 640, al. 2, CO); lorsque l'administration comprend plusieurs personnes, la réquisition doit être signée par le président ou son remplaçant, ainsi que par le secrétaire ou un second membre du conseil d'administration (art. 22, al. 2, ORC) ²
société en commandite par actions	l'administration (art. 764, al. 2, CO, qui renvoie au droit de la société anonyme); lorsque l'administration comprend plusieurs personnes, la réquisition doit être signée par le président ou son remplaçant, ainsi que par le secrétaire ou un second membre de l'administration (art. 22, al. 2, ORC)
société à responsabilité limitée	les gérants (art. 780, al. 2, CO); lorsque l'administration comprend plusieurs personnes, la réquisition doit être signée par le président ou son remplaçant, ainsi que par le secrétaire ou un second membre de l'administration (art. 22, al. 2, ORC)
société coopérative	deux administrateurs au moins (art. 835, al. 3, CO); lorsque l'administration comprend plusieurs personnes, la réquisition doit être signée par le président ou son remplaçant, ainsi que par le secrétaire ou un second membre de l'administration (art. 22, al. 2, ORC)
association	le président du comité ou son remplaçant, ainsi que par le secrétaire ou un second membre du comité (art. 22, al. 2, ORC)
fondation	le président du conseil de fondation ou son remplaçant, ainsi que par le secrétaire ou un second membre du conseil (art. 22, al. 2, ORC)
institut de droit public	l'organe défini par le droit public applicable

Le projet du Conseil fédéral du 19 décembre 2001 concernant la révision du droit de la société à responsabilité limitée³ propose d'harmoniser les règles concernant la signature de la réquisition d'inscription au registre du commerce de personnes morales. A l'avenir, la réquisition devra, indépen-

² L'ORC déroge partiellement aux règles plus contraignantes du code des obligations (art. 640, al. 2, CO). Dans le même sens: ROLAND RUEDIN, N 1094.

³ FF 2002 p. 3023 et 3034.

damment de la forme juridique du sujet, être signée par deux membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration ou par un membre autorisé à représenter la personne morale par sa signature individuelle⁴.

Bien que le transfert de patrimoine mette en présence deux sujets au moins, seul le sujet transférant est, en principe, tenu de requérir une inscription au registre du commerce. Dans certaines situations, le sujet reprenant peut toutefois également devoir procéder à une inscription au registre du commerce:

- Fondation d'une société dont le capital est libéré par un apport en nature effectué sous la forme d'un transfert de patrimoine⁵

Conformément aux articles 641, chiffre 6. et 781, chiffre 6, CO, l'objet de l'apport en nature est inscrit au registre du commerce lors de la fondation d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée. Il en va de même pour les reprises de biens. Une inscription au registre du commerce est également requise en matière d'augmentation de capital, lorsque ce dernier est libéré par un apport en nature ou lorsque les conditions pour une reprise de biens sont réunies. L'inscription au registre du commerce mentionne l'objet de l'apport en nature ou de la reprise de biens ainsi que les actions émises en échange, respectivement la contre-prestation de la société⁶.

L'obligation, pour le sujet reprenant, de procéder à une inscription au registre du commerce découle alors des dispositions du code des obligations et non pas du projet de loi sur la fusion. Elle n'est donc pas déterminante pour le transfert des éléments patrimoniaux énumérés dans l'inventaire.

- Contre-prestation sous la forme d'un patrimoine ou d'une part de patrimoine

Les parties au contrat de transfert peuvent convenir que la contre-prestation pour le patrimoine transféré prendra elle-même la forme d'un

⁴ Art. 931a, al. 2, du projet de révision du code des obligations. Les art. 640, al. 2, 780, al. 2, et 835, al. 3, CO devraient être abrogés.

⁵ A ce sujet, cf. chap. 5 § 3 (ci-dessus).

⁶ Concernant la fondation de la société anonyme, cf. art. 641, ch. 6, CO. Concernant l'augmentation de capital, cf. ZINDEL / ISLER, BaK Art. 652h N 5.

patrimoine ou d'une part de patrimoine⁷. Le transfert de patrimoine sert alors à réaliser un échange de patrimoines (ou de parts de patrimoine), ceux-ci étant transférés de par la loi. Une double inscription au registre du commerce est rendue nécessaire en raison du fait que les sujets participants sont à la fois sujet transférant et sujet reprenant.

Malgré une éventuelle double inscription au registre du commerce, seule celle à laquelle procède le sujet transférant est déterminante pour les effets juridiques du transfert de patrimoine au sens de l'article 73, alinéa 2, P-LFus.

En vertu du principe général de l'article 931, alinéa 1, CO, l'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine est suivie d'une publication dans la Feuille officielle suisse du commerce. Comme le précise le message du Conseil fédéral⁸, la publication concerne uniquement le principe du transfert de patrimoine. En revanche, elle ne doit pas reproduire la liste complète des éléments patrimoniaux énumérés dans l'inventaire. En effet, une publication extensive serait, selon les circonstances, beaucoup trop volumineuse. Conformément à l'article 102, lettre a, P-LFus, il appartient au Conseil fédéral d'édicter des dispositions d'exécution relatives aux modalités de l'inscription au registre du commerce. Par conséquent, l'ordonnance sur le registre du commerce devra être complétée afin de régler les détails de la procédure d'inscription au registre du commerce⁹. Le texte de l'inscription au registre du commerce et de la publication subséquente devrait toutefois avoir la teneur suivante¹⁰:

"Sujet X, à ... [siège] [référence à la dernière publication dans la Feuille officielle suisse du commerce]. Transfert de patrimoine: selon contrat de transfert daté du jj.mm.aaaa, le sujet X transfère des actifs pour CHF ... et des passifs pour CHF ..., soit un actif net de CHF ... au sujet Y conformément aux articles 69 ss de la loi sur la fusion. Comme contre-prestation, il est remis au sujet X ..."

Le projet de loi sur la fusion n'énumère pas les pièces justificatives que le sujet transférant doit produire lors de la réquisition d'inscription au registre

⁷ Au sujet de la nature de la contre-prestation pour le transfert de patrimoine, cf. chap. 9 § 4 IV. 3. (ci-dessus).

⁸ FF 2000 p. 4116.

⁹ FF 2000 p. 4138.

¹⁰ Cette proposition de texte d'inscription au registre du commerce s'inspire directement de la pratique en matière de fusion (en droit actuel).

du commerce. L'article 102, lettre a, P-LFus se limite à déléguer au Conseil fédéral la compétence d'édicter les dispositions nécessaires en la matière. Il apparaît néanmoins indispensable que le contrat de transfert soit annexé à la réquisition d'inscription, faute de quoi les autorités du registre du commerce ne sauraient procéder aux vérifications préalables à l'inscription et la publicité liée à l'inscription au registre du commerce (et qui s'étend également aux pièces justificatives) serait considérablement restreinte¹¹.

§ 2 Fonctions de l'inscription au registre du commerce

A première vue, l'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine peut être perçue comme étant une formalité superflue, qui complique inutilement le transfert de patrimoine. Cette inscription s'impose néanmoins pour plusieurs raisons:

- Le projet de loi sur la fusion introduit une nouvelle procédure permettant le transfert de par la loi d'un ensemble d'éléments patrimoniaux énumérés dans un inventaire¹². Les règles de forme de cette procédure se substituent aux règles de forme ordinaires de la succession à titre singulier et, en particulier, à la mise en possession pour le transfert de la propriété mobilière (art. 714, al. 1, CC), à l'inscription au registre foncier pour le transfert de la propriété foncière (art. 656, al. 1, CC)¹³, à l'endossement pour le transfert de papiers-valeurs à ordre (art. 967, al. 2, CO) et à la cession civile pour les créances (art. 164 CO). Ces règles de forme prévoient toutes une certaine publicité du transfert des droits. Leur abandon doit, par conséquent, être compensé par un autre mode de publicité¹⁴.

L'inscription au registre du commerce doit garantir la publicité nécessaire au transfert d'éléments patrimoniaux et ainsi suppléer aux règles de forme ordinaires dans cette fonction. Le but poursuivi par l'inscription

¹¹ Dans le même sens: RAFFAEL BÜCHI, p. 146, qui précise, à juste titre, que certaines données sensibles peuvent ainsi être rendues accessibles au public (et à la concurrence).

¹² Au sujet de la définition du transfert de patrimoine, cf. chap. 4 § 1 (ci-dessus).

¹³ Le sujet reprenant ne peut toutefois disposer des immeubles qu'une fois l'inscription (déclarative) opérée.

¹⁴ FF 2000 p. 4116. RAFFAEL BÜCHI, p. 145; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, p. 44 et p. 46, note 318; TURIN / KLÄY, REPRAX 1/01, p. 79 (f), p. 39 (d).

au registre du commerce du transfert de patrimoine est également compatible avec la fonction principale du registre du commerce, qui est d'assurer, d'une manière générale, la publicité des faits pertinents pour les sujets exerçant une activité économique et ainsi de garantir la sécurité des transactions¹⁵. Faute d'une forme de publicité alternative, les tiers n'auraient notamment pas la possibilité de vérifier si le contenu des inscriptions au registre foncier concorde avec la situation de droit. En effet, conformément à l'article 103, alinéa 2, P-LFus, le transfert des immeubles est reporté ultérieurement au registre foncier. En prévoyant l'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine, les tiers peuvent dans tous les cas procéder aux vérifications nécessaires.

La publicité du transfert des éléments patrimoniaux est garantie aussi bien par l'inscription au journal et au registre principal (art. 11 ORC), que par la publication dans la Feuille officielle suisse du commerce (art. 931, al. 1, CO) et par la possibilité pour les tiers de consulter les pièces servant de base à l'inscription (art. 930 CO). Les pièces déposées au registre du commerce peuvent d'ailleurs être consultées par tous, sans devoir justifier d'un intérêt particulier¹⁶.

- Une des fonctions principales du transfert de patrimoine est de permettre la réalisation de transactions économiquement similaires à une fusion, à une scission ou à une transformation; il peut servir d'alternative ou de succédané à ces transactions¹⁷. Or, tant la fusion, la scission que la transformation doivent être inscrites au registre du commerce pour déployer leurs effets juridiques¹⁸. Il est donc cohérent de faire concorder

¹⁵ Au sujet du but du registre du commerce, cf. EDUARD HIS, BK Art. 927 N 12 ss; MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, § 6 N 6; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, RDS 1989, p. 436 s.; THOMAS SCHNEIDER, p. 167 ss; ATF 75 I 74, spéc. 78; ATF 104 Ib 321, spéc. 322.

¹⁶ KARL REBSAMEN, p. 5; GUILLAUME VIANIN, p. 168.

¹⁷ Cf. chap. 5 § 2 (ci-dessus).

¹⁸ Art. 21 s. (pour la fusion), 51 s. (pour la scission) et 66 s. (pour la transformation) P-LFus. Par ailleurs, le droit actuel prévoit déjà que la fusion et la transformation doivent être inscrites au registre du commerce. Au sujet de la fusion entre sociétés anonymes (art. 748 s. CO), cf. PETER BÖCKLI, N 295w; BURG / NORDMANN, ZK Art. 748 N 76 ss; ANDRÉ CUENDET, p. 110 ss; FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, § 57 N 123 ss; ROBERT MEIER, p. 16; JÜRIG SUTER, p. 117 ss. Au sujet de la transformation d'une société anonyme en une société à responsabilité limitée (art. 824 ss CO), cf. FRITZ HEFTI, p. 79 ss; CLEMENS MEISTERHANS, ARC 1995, p. 53 ss.

les règles de publicité du transfert de patrimoine avec celles des autres institutions juridiques régies par le projet de loi sur la fusion.

- La publicité liée à l'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine permet d'établir sans ambiguïté la date du transfert¹⁹. Cette date est notamment décisive pour l'opposabilité aux tiers du transfert de patrimoine (art. 932, al. 2, CO)²⁰ et doit, pour des raisons de sécurité du droit, être clairement déterminée.

§ 3 Effets de l'inscription

Les effets juridiques liés à l'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine sont de différentes natures. Les effets internes s'adressent principalement aux sujets participant au transfert de patrimoine, c'est-à-dire au sujet reprenant et au sujet transférant, alors que les effets externes se manifestent à l'égard des tiers²¹.

I. Effets internes

1. Caractère constitutif de l'inscription

Les effets juridiques liés à une inscription au registre du commerce peuvent être de deux ordres²². D'une part, l'inscription peut être déclarative; elle ne crée pas une situation de droit, mais se borne à constater son existence et à la rendre publique. D'autre part, l'inscription peut être constitutive; elle fait alors naître une situation de droit. L'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine appartient à cette deuxième catégorie²³. Conformément à l'article 73, alinéa 2, P-LFus, elle permet au transfert de patrimoine de déployer ses effets. Par l'inscription, l'ensemble des actifs et des passifs

¹⁹ FF 2000 p. 4116.

²⁰ Cf. également chap. 10 § 4 II. (ci-dessous).

²¹ THOMAS SCHNEIDER, p. 170.

²² Au sujet des inscriptions déclaratives et constitutives, cf. MARTIN KARL ECKERT, BaK Art. 933 N 1 ss; EDUARD HIS, BK Art. 933 N 12 ss, N 32 ss; MANFRED KÜNG, BK Art. 933 N 16 ss; MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, § 6 N 60 ss; KARL REBSAMEN, p. 3; GUILLAUME VIANIN, p. 176 ss.

²³ FF 2000 p. 4117.

énumérés dans l'inventaire sont transférés de par la loi au sujet reprenant. L'article 52 P-LFus, qui utilise la même formulation que l'article 73, alinéa 2, P-LFus, attache d'ailleurs les mêmes effets à l'inscription de la scission au registre du commerce. Le transfert global, de par la loi, de l'ensemble des éléments patrimoniaux actifs et passifs énumérés dans l'inventaire est au cœur de la réglementation du transfert de patrimoine. Il permet au sujet reprenant de succéder au sujet transférant dans l'ensemble des droits et des obligations faisant l'objet du transfert de patrimoine. Par conséquent, l'inscription au registre du commerce est translatrice de la titularité des éléments patrimoniaux contenus dans l'inventaire. Encore faut-il que ces éléments patrimoniaux soient susceptibles de faire l'objet d'un transfert de patrimoine et soient, en particulier, cessibles²⁴. Lorsque tel n'est pas le cas, la titularité des droits et des obligations demeure inchangée, malgré leur mention dans l'inventaire et malgré l'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine.

Par ailleurs, l'inscription au registre du commerce peut également avoir des effets sur la personne des parties à un contrat. Même si le transfert de patrimoine ne permet, en principe, pas de substituer directement une partie à un contrat²⁵, il faut cependant réserver la réglementation spéciale de l'article 333 CO, qui est applicable en vertu du renvoi de l'article 76, alinéa 1, P-LFus. Selon cette disposition, le sujet reprenant se substitue au sujet transférant dans ses rapports de travail lorsque le transfert de patrimoine a pour objet de transférer tout ou partie d'une entreprise²⁶.

Contrairement à la fusion et à la scission par voie de division, l'inscription au registre du commerce n'a aucun effet direct sur la personnalité juridique du sujet transférant: ce dernier continue, en principe, d'exister, tout comme en matière de scission par séparation²⁷. Il n'est cependant pas exclu que le sujet transférant soit dissout en relation avec la réalisation du transfert de patrimoine. Ce peut notamment être le cas lorsque le transfert de patrimoine est utilisé dans le but de réaliser un succédané de fusion, de scission ou de transformation²⁸. Dans cette hypothèse, l'éventuelle dissolution du

²⁴ Cf. également chap. 7 § 3 (ci-dessus).

²⁵ Concernant la cession de contrats, cf. chap. 7 § 3 III. 2. (ci-dessus).

²⁶ Pour davantage de détails au sujet de l'art. 333 CO, cf. chap. 12 § 3 II. (ci-dessous).

²⁷ Cf. FF 2000 p. 4117. En revanche, les art. 21, al. 3, (pour la fusion) et 51, al. 3, (pour la scission par division) P-LFus prévoient que le sujet transférant est radié du registre du commerce par l'inscription de la fusion ou de la division; il cesse donc d'exister.

²⁸ A ce sujet, cf. chap. 5 § 2 (ci-dessus).

sujet transférant ne résulte cependant pas directement du transfert de patrimoine.

Dans le but de protéger les tiers et de garantir la sécurité du droit, l'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine revêt un caractère irrévocable dès que l'office du registre du commerce cantonal a porté l'inscription au journal et que celle-ci a été approuvée par l'Office fédéral du registre du commerce conformément aux articles 115 ss ORC²⁹. Une fois l'inscription opérée, les sujets participant au transfert de patrimoine doivent, s'ils souhaitent revenir en arrière, convenir d'un nouveau transfert de patrimoine (qui porte sur les mêmes éléments patrimoniaux) en échangeant leurs rôles.

2. Effet guérisseur?

La question de l'effet guérisseur de l'inscription au registre du commerce se pose lorsque le transfert de patrimoine est affecté d'un vice, peu importe qu'il s'agisse d'un cas d'annulabilité ou de nullité. La problématique des vices affectant le contrat de transfert et les conséquences juridiques qui en découlent ont été traitées ci-dessus³⁰. Bien que la découverte d'un vice, une fois l'inscription au registre du commerce opérée, puisse soulever des difficultés importantes, il y a lieu d'admettre que cette inscription n'a pas pour effet de "guérir" les vices affectant le transfert de patrimoine.

II. Effets externes

1. Publicité

L'effet de publicité lié à l'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine est régi par les règles ordinaires de l'article 933 CO. Cette disposition distingue deux types d'effets.

²⁹ MARTIN KARL ECKERT, BaK Art. 932 N 19.

³⁰ Cf. chap. 9 § 5.

– Effet de publicité positif (art. 933, al. 1, CO)

Les tiers auxquels une inscription est devenue opposable³¹ ne peuvent se prévaloir de ce qu'ils l'ont ignorée. Ainsi, les tiers doivent se laisser opposer le transfert de patrimoine une fois celui-ci inscrit de manière régulière au registre du commerce.

L'inscription au registre du commerce crée une présomption générale de connaissance. Selon le message du Conseil fédéral, cette présomption se limite cependant au principe même du transfert de patrimoine³². En revanche, elle ne s'étend pas au fait que chacun des éléments patrimoniaux contenus dans l'inventaire a été transféré. En effet, l'inscription au registre du commerce ainsi que le texte publié dans la Feuille officielle suisse du commerce ne mentionnent pas de manière exhaustive la liste des éléments patrimoniaux faisant l'objet du transfert de patrimoine.

Le contenu de l'inventaire ne faisant pas l'objet d'une présomption de connaissance, le sujet reprenant doit prendre la précaution d'informer individuellement les débiteurs du sujet transférant dont la dette a été transférée³³. Faute d'une notification, les débiteurs peuvent, en principe, s'exécuter de bonne foi auprès de l'ancien créancier, c'est-à-dire le sujet transférant. A cet égard, il convient de reconnaître que le débiteur agit de bonne foi même s'il avait la possibilité de consulter l'inventaire auprès du registre du commerce et ainsi de savoir auprès de quel sujet il doit s'exécuter³⁴. Toute autre solution privilégierait de manière injustifiée les parties au contrat de transfert au détriment des débiteurs. Il y a néanmoins lieu d'admettre que les débiteurs ne sauraient se prévaloir de leur bonne foi lorsque le transfert porte sur le patrimoine dans son ensemble et que cette circonstance a été inscrite au registre du commerce et publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce. En effet, dans ces conditions, les débiteurs peuvent partir du principe que leurs obligations ont, sans autres, été transférées au sujet reprenant.

³¹ Le moment auquel une inscription devient opposable aux tiers est régi par l'art. 932, al. 2 et 3, CO. A ce sujet, cf. chap. 10 § 4 II. (ci-dessous).

³² FF 2000 p. 4117.

³³ PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1106. Cf. également l'art. 167 CO en cas de cession de créance. Dans le même sens de *lege lata* en matière de fusion, cf. RUDOLF TSCHÄNI (BaK Art. 748 N 9) et de *lege ferenda* en matière de scission, cf. STEFAN EBERHARD (p. 227).

³⁴ PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1106.

– Effet de publicité négatif (art. 933, al. 2, CO)

Les tiers peuvent se fier à l'intégralité du registre du commerce. Les faits qui n'ont pas été inscrits au registre du commerce, alors même qu'ils auraient dû l'être, ne sont opposables aux tiers que s'il est établi qu'ils en ont eu connaissance. Les tiers sont donc protégés en cas de silence du registre du commerce.

2. Effet de foi publique

L'inscription au registre du commerce a un effet de foi publique lorsque les tiers peuvent se prévaloir des faits inscrits alors même qu'ils ne sont pas conformes à la réalité³⁵. Les rapports juridiques entre la personne inscrite et les tiers de bonne foi sont ainsi déterminés par l'état de fait tel qu'il ressort du registre du commerce.

Contrairement au droit du registre foncier (art. 973, al. 1, CC), le droit du registre du commerce ne contient pas de disposition prévoyant de manière générale l'effet de foi publique. L'absence de disposition en droit positif a donné lieu à une controverse dans la jurisprudence et la doctrine. La jurisprudence du Tribunal fédéral, qui ne suit pas une ligne claire, a tantôt reconnu l'effet de foi publique, tantôt elle l'a nié ou du moins relativisé³⁶. La doctrine est également divisée sur cette question, même si un courant dominant reconnaît l'effet de foi publique dans son principe³⁷.

Suivant la doctrine récente³⁸, il convient de reconnaître l'effet de foi publique du registre du commerce. Celui-ci s'impose notamment en raison de la fonction du registre du commerce qui est de garantir la sécurité du droit dans les relations commerciales, en assurant la publicité des faits juridiquement importants pour les sujets exerçant une activité économique. Le registre du commerce ne saurait assumer cette fonction que si les tiers de bonne foi peuvent partir du principe qu'il est complet et exact. Lorsque tel

³⁵ GUILLAUME VIANIN, p. 346.

³⁶ Pour les détails et pour de nombreuses références à la jurisprudence, cf. en particulier GUILLAUME VIANIN, p. 348 ss.

³⁷ A ce sujet, cf. GUILLAUME VIANIN, p. 350 ss.

³⁸ Cf. notamment: MANFRED KÜNG, BK Art. 933 N 47; CLEMENS MEISTERHANS, p. 69 ss; GUILLAUME VIANIN, p. 352 ss. MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, § 6 N 80, rejettent en revanche le principe de l'effet de foi publique.

n'est pas le cas, le sujet auquel incombe l'inscription doit en supporter les conséquences.

Ainsi, les tiers de bonne foi doivent pouvoir se fier aux inscriptions opérées au registre du commerce, même lorsque ces dernières ne sont pas conformes à la réalité. Ce principe prévaut également en ce qui concerne l'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine.

§ 4 Début des effets de l'inscription

L'article 73, alinéa 2, P-LFus prévoit que le transfert de patrimoine déploie ses effets juridiques dès son inscription au registre du commerce. Le moment exact où l'inscription devient effective est déterminé par la réglementation, différenciée³⁹, de l'article 932 CO. Bien que le message du Conseil fédéral ne renvoie pas expressément à cette disposition en matière de transfert de patrimoine, son application est en revanche affirmée pour la fusion⁴⁰ et la scission⁴¹. Il n'y aurait cependant aucune raison objective d'y déroger uniquement pour le transfert de patrimoine.

La réglementation de l'article 932 CO distingue entre les effets internes et les effets externes. Par ailleurs, la loi fédérale sur les cartels contient une disposition particulière dont l'application est expressément réservée par le projet de loi sur la fusion.

I. Effets internes

L'article 932, alinéa 1, CO arrête la date de l'inscription au registre du commerce au jour où la mention est faite sur le journal. L'inscription au journal est cependant soumise à la condition que l'Office fédéral du registre du commerce approuve l'inscription opérée par l'autorité du registre du

³⁹ Le message du Conseil fédéral qualifie cette réglementation comme étant "plutôt complexe" (FF 2000 p. 4076). On peut dès lors se demander si, lors d'une future révision du droit du registre du commerce, il n'y aurait pas lieu de simplifier cette réglementation et de faire concorder la date de l'inscription au registre du commerce (art. 932, al. 1, CO) avec celle de l'opposabilité aux tiers (art. 932, al. 2, CO). Dans le même sens: GUILLAUME VIANIN, p. 214 s.

⁴⁰ FF 2000 p. 4075 s.

⁴¹ FF 2000 p. 4098, note 137.

commerce cantonale conformément à l'article 115 ORC⁴². Une fois l'approbation accordée, l'inscription déploie ses effets rétroactivement au jour de la mention sur le journal⁴³. L'approbation est également nécessaire afin que l'inscription soit publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce (art. 931, al. 2, CO et art. 115 ORC).

Ainsi, la date l'inscription au journal est déterminante pour les effets entre les sujets participant au transfert de patrimoine. Il n'en demeure pas moins que, dans la pratique en matière de fusions, les parties au contrat conviennent régulièrement que la fusion a un effet rétroactif⁴⁴. L'article 13, alinéa 1, lettre g, (pour la fusion) et l'article 37, lettre g, (pour la scission) P-LFus tiennent d'ailleurs compte de cette circonstance en prévoyant que le contrat peut contenir une clause relative à "la date à partir de laquelle les actes de la société transférante sont considérés comme accomplis pour le compte de la société reprenante". Une disposition contractuelle de ce type peut s'imposer pour des raisons fiscales ou comptables⁴⁵. Le projet de loi sur la fusion ne mentionne pas la clause relative à l'effet rétroactif parmi les éléments essentiels du contrat de transfert au sens de l'article 71, alinéa 1, P-LFus. Il n'est cependant pas exclu que les sujets participant au transfert de patrimoine s'accordent pour attribuer un effet rétroactif à la transaction. Celui-ci ne lie que les parties au contrat de transfert et n'est pas opposable aux tiers. Pour ces derniers, seule l'inscription au registre du commerce est déterminante⁴⁶. Selon la pratique actuelle des autorités du registre du commerce en matière de fusions, l'éventuel effet rétroactif n'est d'ailleurs pas inscrit au registre du commerce, afin de ne pas induire les tiers en erreur.

II. Effets externes

Si les effets juridiques résultant d'un transfert de patrimoine remontent à la date de son inscription au journal, cette inscription ne devient opposable aux tiers qu'ultérieurement. Selon l'article 932, alinéa 2, CO, l'inscription n'est opposable aux tiers que dès le jour ouvrable qui suit celui dont la date

⁴² MARTIN KARL ECKERT, BaK Art. 932 N 19; MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, § 6 N 88.

⁴³ FF 2000 p. 4075. MARTIN KARL ECKERT, BaK Art. 932 N 19; GREGOR THOMI, p. 448.

⁴⁴ Cf. p. ex. le modèle de contrat de fusion proposé par JULES KOCH, p. 161 s.

⁴⁵ FF 2000 p. 4063.

⁴⁶ FF 2000 p. 4063.

figure sur le numéro de la Feuille officielle suisse du commerce où est publiée l'inscription⁴⁷. Ainsi, les effets externes de l'inscription au registre du commerce débutent postérieurement à la publication du transfert de patrimoine dans la Feuille officielle suisse du commerce.

III. Exception

Si le transfert de patrimoine déploie, en principe, ses effets juridiques par son inscription au registre du commerce, l'article 73, alinéa 2, dernière phrase, P-LFus réserve cependant la réglementation spéciale de l'article 34 LCart⁴⁸, qui s'applique cumulativement. Cette dernière disposition stipule que les effets de droit civil et, par conséquent, ceux prévus par l'article 73, alinéa 2 (deux premières phrases), P-LFus, sont suspendus lorsque la concentration d'entreprises est soumise à l'obligation de notifier conformément à l'article 9 LCart.

Si l'article 34 LCart garantit que la concentration ne soit pas mise en œuvre, au niveau du droit civil, avant qu'elle ne soit examinée par la Commission de la concurrence, cette norme s'avère néanmoins problématique du point de vue de la sécurité du droit et de la protection des intérêts des tiers. Ceux-ci devraient en effet pouvoir se fier au contenu des inscriptions au registre du commerce. Une meilleure solution eût été de coordonner l'activité des autorités du registre du commerce et de la Commission de la concurrence en prévoyant que le préposé au registre du commerce doit bloquer d'office l'inscription au registre du commerce lorsqu'il apparaît que le transfert de patrimoine est soumis à l'obligation de notifier selon l'article 9 LCart⁴⁹. Une réglementation de ce type présenterait l'avantage de ne pas perturber les dispositions ordinaires régissant le début des effets de l'inscription au registre du commerce.

⁴⁷ Au sujet de l'art. 932, al. 2, CO, cf. notamment MARTIN KARL ECKERT, BaK Art. 932 N 22 ss; MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, § 6 N 89 s.

⁴⁸ RS 251.

⁴⁹ Cf. également la critique de GREGOR THOMI (p. 448 s.), qui propose de résoudre le conflit entre la LCart et les règles générales sur les effets de l'inscription au registre du commerce par le biais de dispositions d'exécution dans l'ordonnance sur le registre du commerce.

§ 5 Contrôle des autorités du registre du commerce

I. Introduction

Aux termes des articles 940 CO et 21 ORC, les autorités du registre du commerce⁵⁰ doivent vérifier si les conditions légales pour l'inscription sont réunies. Lors de l'inscription de personnes morales, elles doivent en particulier rechercher si les statuts ne dérogent pas à des dispositions légales de caractère impératif et s'ils contiennent les clauses exigées par la loi.

Si le droit positif confère, en principe, un plein pouvoir (et devoir) d'examen aux autorités du registre du commerce⁵¹, la jurisprudence du Tribunal fédéral est en revanche beaucoup plus restrictive, en particulier, en ce qui concerne le droit matériel. L'ATF 125 III 18 (p. 21)⁵² précise le pouvoir d'examen de la manière suivante:

"Selon la jurisprudence, le préposé vérifie d'abord les conditions formelles posées par le droit en matière de registre du commerce, soit la portée des normes qui régissent immédiatement la tenue du registre. Il jouit à cet égard d'un plein pouvoir d'examen. Il contrôle également, mais avec un pouvoir limité, les conditions matérielles, soit l'interprétation des règles, de droit civil ou de droit public, qui fondent la conformité de la réalité constatée avec la loi et dont le respect constitue la condition indirecte de l'inscription. Selon les art. 940 al. 2 CO et 21 al. 2 ORC, le préposé examine, avant de procéder à l'inscription de modifications statutaires, si celles-ci ne dérogent pas à des dispositions légales de caractère impératif et si elles contiennent les éléments exigés par la loi. Il se borne à vérifier le respect des dispositions impératives de la loi qui sont édictées dans l'intérêt public ou en vue de la protection de tiers. Il doit renvoyer à agir devant le juge civil les justiciables qui invoquent des prescriptions de droit dispositif ou concernant uniquement des intérêts privés. Comme la délimitation entre les unes et les autres peut s'avérer

⁵⁰ La notion d'autorités du registre du commerce englobe le préposé, l'autorité de surveillance cantonale et l'Office fédéral du registre du commerce.

⁵¹ HANSPETER KLÄY, p. 328 s.; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, RDS 1989, p. 447; CLEMENS MEISTERHANS, p. 458.

⁵² Cf. également ATF 121 III 368, spéc. 371, ATF 117 II 186, spéc. 188, ATF 114 II 68, spéc. 69 s.; ATF 107 II 246, spéc. 247 s.

difficile, l'inscription ne sera refusée que s'il est manifeste et indiscutable qu'elle est contraire au droit; elle ne devra en revanche pas l'être si elle repose sur une interprétation plausible de la loi, dont l'appréciation doit être laissée en définitive au juge."

Cette jurisprudence constante du Tribunal fédéral, qui ne trouve aucun fondement dans le code des obligations, ni même dans l'ORC, a été, à juste titre, fortement contestée par la doctrine au cours de ces dernières années⁵³, à tel point que l'on peut légitimement se demander si la doctrine majoritaire n'y est pas désormais opposée. Par ailleurs, la restriction du pouvoir d'examen est en contradiction avec la fonction de publicité du registre du commerce et avec les effets qui sont attachés à l'inscription (caractère constitutif, opposabilité aux tiers, foi publique).

Il convient également de relever que toute limitation du pouvoir d'examen aux seules violations manifestes et indiscutables de normes impératives édictées dans l'intérêt public ou en vue de la protection de tiers est souvent impraticable. En effet, vu la profusion de prises de position dans la doctrine, il n'existe presque plus de questions juridiques d'importance qui ne soient pas contestées. Dès lors, eu égard à la nécessité de protéger les droits de tiers, le critère de la violation manifeste du droit ne doit pas être interprété de telle sorte que les autorités du registre du commerce disposent d'un pouvoir d'examen uniquement lorsque les opinions ne divergent pas⁵⁴. Ce d'autant plus que les tiers (créanciers), qui sont protégés par les dispositions légales en question, ne bénéficient d'aucune voie de droit dans la procédure d'inscription au registre du commerce. Ils n'ont pas la possibilité de porter devant le juge une décision trop laxiste du préposé au registre du commerce. Une décision positive d'inscription au registre du commerce est donc définitive pour les tiers.

⁵³ ROLF BÄR, *Le notaire bernois* 4/1978 p. 410 ss; ROLF BÄR, *REPRAX* 1/00, p. 53 ss; ALEXANDER I. DE BEER, *RDS* 1995, p. 81 ss; MARTIN KARL ECKERT, *BaK Art. 940 N 1 ss, N 18 ss*; HANSPETER KLÄY, p. 328 ss; MANFRED KÜNG, *BK Art. 940 N 37 ss*; MANFRED KÜNG, *RSDA* 2/1990, p. 41 ss; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, *RDS* 1989, p. 446 ss; CLEMENS MEISTERHANS, p. 116 ss, p. 458 ss. Cf. cependant PETER V. KUNZ, § 6 N 254; PETER FORSTMOSER, *REPRAX* 2/99, p. 1 ss; PETER LEHMANN, p. 251 ss; ces auteurs soutiennent la jurisprudence du Tribunal fédéral, respectivement proposent de modifier la loi.

⁵⁴ Dans ce sens, voir la communication de l'Office fédéral du registre du commerce du 15.09.2001 relative aux apports en nature et aux reprises de biens, publiée dans *REPRAX* 2/01, p. 66 s.

Afin de répondre aux critiques de la doctrine à l'égard de la jurisprudence du Tribunal fédéral et de garantir la mise en œuvre de la loi⁵⁵, l'avant-projet de loi sur la fusion proposait une nouvelle réglementation de la question du contrôle des autorités du registre du commerce⁵⁶. Le champ d'application de ces nouvelles dispositions très détaillées était cependant limité aux opérations régies par l'avant-projet. Les réactions dans le cadre de la procédure de consultation ayant été plutôt négatives⁵⁷, ces dispositions ont été abandonnées lors de l'élaboration du projet du Conseil fédéral.

Toutefois, le mouvement en direction d'un élargissement du pouvoir d'examen des autorités du registre du commerce a été, dans l'intervalle, engagé par le Tribunal fédéral lui-même. Dans l'ATF 125 III 18, spéc. 21 s., il a reconnu un plein pouvoir d'examen (pour le droit matériel) aux autorités du registre du commerce lors de l'inscription de la transformation d'une société à responsabilité limitée en une société anonyme, opération qui n'est pas expressément prévue par le droit actuel.

A cet égard, le Tribunal fédéral constate que:

"Vu sa portée, il ne suffit pas que la transformation en cause soit admise par une large part de la doctrine récente ainsi que dans la pratique de

⁵⁵ Rapport explicatif concernant l'avant-projet de loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation de sujets (loi sur la fusion), novembre 1997, p. 64 s.

⁵⁶ L'avant-projet a la teneur suivante:

"Art. 88 Examen par l'office du registre du commerce

¹ L'office du registre du commerce examine:

- a. si la fusion, la scission ou la transformation dont l'inscription est requise est autorisée en vertu de la présente loi;
- b. si les pièces justificatives requises sont réunies;
- c. si les contrats et projets requis, ainsi que les rapports des organes et des révisseurs, sont complets;
- d. si les décisions des organes sont complètes et si les majorités requises sont réunies;
- e. si les dispositions impératives du droit civil fédéral sont respectées;
- f. si les approbations de la fusion, de la scission ou de la transformation nécessaires en vertu de la présente loi ou d'autres lois fédérales sont entrées en force.

² Les contrats et projets soumis qui sont manifestement incorrects peuvent être refusés. L'exacritude des rapports n'a pas à être vérifiée."

⁵⁷ Classement des réponses suite à la procédure de consultation. Loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation de sujets (loi sur la fusion), Berne 1999, p. 305 ss; FF 2000 p. 4074. La proposition de réglementation du pouvoir d'examen a également été critiquée par la doctrine. A ce sujet, cf. GASSER / EGGENBERGER, ECS 1-2/2000, p. 63; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, p. 26 s.

l'OFRC⁵⁸ et de plusieurs registres du commerce cantonaux pour que le préposé se voie contraint d'accepter son inscription sans plus ample examen. Comme l'OFRC le fait observer avec pertinence dans sa détermination, la transformation d'une société à responsabilité limitée en société anonyme est de nature à porter atteinte aux intérêts de tiers et à violer des dispositions impératives sur la structure de base des différentes formes juridiques en cause ou édictées dans l'intérêt public. Il ne peut dès lors être question de laisser le soin à un hypothétique tiers ou associé minoritaire d'attaquer la nouvelle forme juridique empruntée par la personne morale. De même qu'il ne peut pas inscrire sur le registre du commerce une société dont la forme n'est pas prévue par la loi, le préposé ne saurait inscrire une transformation de société en se bornant à constater que l'opération n'est «pas manifestement et indubitablement contraire au droit». L'inscription suppose que la transformation requise soit autorisée par la loi, expressément ou par interprétation. Sur ce point, le préposé et, à sa suite, l'autorité de surveillance cantonale et le Tribunal fédéral statuant comme Chambre administrative, ne peuvent se fonder sur une interprétation plausible, mais doivent, au bénéfice d'un libre pouvoir d'examen, examiner si la transformation repose, le cas échéant, sur une interprétation correcte de la loi."

Il convient de conférer une portée générale à ces considérations du Tribunal fédéral; elles doivent également valoir lors de l'inscription au registre du commerce d'un transfert de patrimoine, ou de toute opération de restructuration au sens du projet de loi sur la fusion. Par conséquent, les autorités du registre du commerce doivent refuser les inscriptions au registre du commerce qui ne reposent pas sur une interprétation correcte de la loi (et non pas seulement plausible) lorsque la transaction "est de nature à porter atteinte aux intérêts de tiers et à violer des dispositions impératives sur la structure de base des différentes formes juridiques en cause ou édictées dans l'intérêt public"⁵⁹. Lorsque cette dernière condition est remplie, les autorités du registre du commerce peuvent librement examiner si l'inscription requise est conforme au droit matériel. Elles ne doivent pas se limiter aux violations de la loi qui sont manifestes et indubitables; elles jouissent ainsi d'un plein pouvoir d'examen.

⁵⁸ OFRC est l'abréviation pour "Office fédéral du registre du commerce".

⁵⁹ ATF t25 III 18, spéc. 22.

II. Pouvoir d'examen lors de l'inscription d'un transfert de patrimoine

Dans l'attente d'un clair revirement de jurisprudence de la part du Tribunal fédéral ou d'une nouvelle réglementation au niveau de la loi, le pouvoir d'examen des autorités du registre du commerce lors de l'inscription de transferts de patrimoine doit être défini à la lumière des considérations de l'ATF 125 III 18, spéc. 21 s. Le message du Conseil fédéral y renvoie d'ailleurs expressément, en particulier pour l'inscription au registre du commerce de la fusion et de la scission⁶⁰.

Dès lors, le pouvoir d'examen est différencié selon s'il s'agit de droit formel ou de droit matériel.

1. Droit formel

Les autorités du registre du commerce peuvent examiner sans restriction si les conditions formelles posées par le droit en matière de registre du commerce sont réunies⁶¹. Elles jouissent à cet égard d'un plein pouvoir d'examen, qui est par ailleurs incontesté dans la doctrine et la jurisprudence.

La vérification porte notamment sur les éléments suivants⁶²:

- La réquisition d'inscription au registre du commerce doit être correcte et complète du point de vue formel. Elle doit, en particulier, être signée par des personnes autorisées.
- Le contrat de transfert doit revêtir la forme prescrite.
- L'ensemble des pièces justificatives exigées doivent être annexées à la requête. Conformément à l'article 102, lettre a, P-LFus, il appartient au Conseil fédéral d'édicter des dispositions d'exécution concernant les pièces justificatives à fournir. Dès lors, l'ordonnance sur le registre du commerce devra être adaptée afin de préciser quelles sont les pièces justificatives à produire en matière de transfert de patrimoine (p. ex. contrat de transfert, autorisation de l'autorité de surveillance de la

⁶⁰ FF 2000 p. 4074, note 97, et p. 4097, note 134.

⁶¹ ATF 125 III 18, spéc. 21.

⁶² Cf. également MARTIN KARL ECKERT, BaK Art. 940 N 14 ss; CLEMENS MEISTERHANS, p. 139 ss; THOMAS SCHNEIDER, p. 238 ss.

fondation transférante selon l'article 87 P-LFus, autorisation de l'autorité de surveillance en matière de prévoyance professionnelle en vertu de la réserve prévue à l'article 98, alinéa 3, P-LFus⁶³).

2. Droit matériel

Il s'agit de déterminer dans quelle mesure les autorités du registre du commerce doivent, sur la base de l'article 940 CO et de l'article 21 ORC, examiner la conformité du transfert de patrimoine au droit matériel. Les considérations contenues dans l'ATF 125 III 18, spéc. 21 s., s'appliquant également à l'inscription au registre du commerce d'un transfert de patrimoine⁶⁴, il y a lieu, en principe, de reconnaître aux autorités du registre du commerce un plein pouvoir d'examen. Toutefois, lorsque la violation du droit ne porte pas sur des normes impératives édictées dans l'intérêt public ou en vue de la protection de tiers, le pouvoir d'examen est restreint aux violations qui revêtent un caractère manifeste et indubitable. Il faut cependant relever que les dispositions légales régissant les conditions du transfert de patrimoine sont toutes de nature impérative. De même, elles visent la protection des tiers et, en particulier, des créanciers.

Les autorités du registre du commerce jouissent donc de larges compétences lors de l'examen de la conformité au droit du transfert de patrimoine. De cette manière, la mise en œuvre de la nouvelle réglementation du transfert de patrimoine est garantie.

L'examen des autorités du registre du commerce porte notamment sur les éléments suivants:

- Les sujets participant au transfert de patrimoine doivent revêtir une forme juridique prévue aux articles 69, alinéa 1, 86, alinéa 1, 98, alinéa 1, et 99, alinéa 2, P-LFus⁶⁵, le sujet transférant devant être préalablement inscrit au registre du commerce. Dès lors, l'inscription d'un transfert de patrimoine qui mettrait en présence une société simple⁶⁶ ou

⁶³ L'art. 98, al. 3, P-LFus a été modifié, d'un point de vue rédactionnel, par le Conseil des Etats; cf. BO CE 2001 p. 159 s.

⁶⁴ Cf. chap. 10 § 5 l. (ci-dessus).

⁶⁵ A ce sujet, cf. chap. 6 (ci-dessus).

⁶⁶ Lorsque l'ensemble des associés de la société simple sont inscrits au registre du commerce, ils peuvent cependant participer au transfert de patrimoine à titre collectif. A ce sujet, cf. chap. 6 § 3 (ci-dessus).

un fonds de placement⁶⁷ doit être refusée. En effet, le catalogue des transferts de patrimoine autorisés par le projet de loi sur la fusion revêt un caractère exhaustif.

- L'objet du transfert de patrimoine doit remplir les conditions légales. Il doit en particulier être composé d'éléments patrimoniaux susceptibles d'être transférés. Les autorités du registre du commerce doivent refuser l'inscription d'un transfert de patrimoine portant sur des éléments patrimoniaux qui sont clairement inaccessibles⁶⁸.
- Les dispositions concernant la protection du capital et la liquidation des sociétés doivent être respectées (art. 69, al. 2, P-LFus)⁶⁹. Les moyens d'investigation des autorités du registre du commerce sont cependant limités aux pièces justificatives qui sont en leur possession.
- La différence entre les actifs et les passifs transférés doit présenter un résultat positif (art. 71, al. 2, P-LFus)⁷⁰. En revanche, il n'appartient, en principe, pas aux autorités du registre du commerce d'examiner le bien-fondé de l'évaluation du patrimoine, ou de la part de patrimoine, sauf en cas de surévaluation manifeste⁷¹.
- Le contrat de transfert doit contenir l'ensemble des éléments essentiels prescrits par la loi (art. 71, al. 1, P-LFus)⁷². En particulier, l'inventaire doit désigner les éléments patrimoniaux de manière suffisamment précise⁷³.
- La réalisation du transfert de patrimoine ne doit pas être clairement exclue par le but social⁷⁴.

⁶⁷ Cf. la loi fédérale du 18 mars 1994 sur les fonds de placement (RS 951.31).

⁶⁸ A ce sujet, cf. chap. 7 § 3 (ci-dessus).

⁶⁹ Le respect de ces dispositions est érigé en condition du transfert de patrimoine. A ce sujet, cf. chap. 8 (ci-dessus).

⁷⁰ Cf. également chap. 12 § 1 (ci-dessous).

⁷¹ Cf. également CLEMENS MEISTERHANS, p. 410 (et les références citées) concernant l'évaluation des apports en nature en droit de la société anonyme.

⁷² Dans ce sens en ce qui concerne les éléments essentiels des statuts de la société anonyme, cf. CLEMENS MEISTERHANS, p. 396. Cf. également ATF 69 I 51.

⁷³ A ce sujet, cf. chap. 9 § 4 II. (ci-dessus). Dans le même sens, en ce qui concerne le degré de précision dans la description de l'objet d'un apport en nature, cf. CLEMENS MEISTERHANS, p. 408 ss.

⁷⁴ Cf. chap. 9 § 2 I. (ci-dessus).

Chapitre 11

Droits des associés

§ 1 Introduction

Contrairement à la fusion, à la scission et à la transformation, le transfert de patrimoine ne touche pas directement les droits de sociétariat des associés, ni du sujet transférant, ni du sujet reprenant; en effet, seule la composition du patrimoine change. Par conséquent, aucune disposition du projet de loi sur la fusion ne règle les droits de sociétariat à attribuer aux associés suite au transfert de patrimoine¹, ni ne prévoit la possibilité d'exiger un examen judiciaire des parts sociales ou des droits de sociétariat².

Il n'en demeure pas moins que les associés jouissent de certains droits lors de la réalisation du transfert de patrimoine. En particulier, les associés de la société transférante ont, à certaines conditions, le droit d'être informés des détails du transfert de patrimoine (art. 74 P-LFus)³. Par ailleurs, les associés du sujet transférant et du sujet reprenant peuvent, en vertu de l'article 105 P-LFus, attaquer la décision de l'organe supérieur de direction ou d'administration relative au transfert de patrimoine lorsque celle-ci ne respecte pas les dispositions du projet de loi sur la fusion⁴.

En outre, les associés jouissent d'autres droits dans certaines circonstances particulières. Ils peuvent avoir le droit (et le devoir) de collaborer à la décision de transfert de patrimoine, notamment lorsque le contrat de société ou les statuts doivent être modifiés ou encore lorsque le transfert de patrimoine équivaut à la liquidation (de fait) de la société transférante⁵. Les associés peuvent, aux conditions posées par l'article 107 P-LFus, également exiger la réparation du dommage subi lorsque les personnes qui s'occupent du transfert de patrimoine manquent à leur devoirs.

¹ FF 2000, p. 4140.

² Cf. art. 104 P-LFus pour la fusion, la scission et la transformation. Cf. également PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1104, note 73.

³ Cf. chap. 11 § 2 (ci-dessous).

⁴ Cf. chap. 11 § 3 (ci-dessous).

⁵ A ce sujet, cf. chap. 9 § 2 II. (ci-dessus).

§ 2 Droit à l'information

I. Principe

La publicité des transferts de patrimoine correspond sans aucun doute à un intérêt légitime des associés⁶. L'information des associés est justifiée par le fait que le transfert de patrimoine permet, entre autres, de réaliser des opérations qui, d'un point de vue économique, sont similaires à une fusion, à une scission ou à une transformation⁷ et pour lesquelles le projet de loi sur la fusion prévoit une information circonstanciée des associés.

Conformément à l'article 74 P-LFus, l'organe supérieur de direction ou d'administration de la société transférante doit informer les associés de manière détaillée lors de transferts de patrimoine économiquement importants. Le droit à l'information est limité aux associés, à l'exclusion des autres parties prenantes et, en particulier, des créanciers. Toutefois, lorsque l'information est contenue dans l'annexe aux comptes annuels⁸, les tiers peuvent y avoir accès aux conditions de l'article 697h CO. En vertu de cette norme, les sociétés anonymes (ainsi que les sociétés en commandite par actions, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés coopératives de crédit et d'assurance concessionnaires⁹) débitrices d'un emprunt par obligations ou dont les actions sont cotées en bourse doivent publier leur comptes annuels; les autres sociétés doivent autoriser les créanciers qui ont un intérêt digne de protection à consulter les comptes annuels. Cette dernière condition est

⁶ Dans ce sens: cf. CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, p. 45. Le droit à l'information des associés de la société transférante est d'ailleurs à la base de la nouvelle réglementation de l'art. 181, al. 4, P-CO, qui exclut l'application alternative des règles de l'art. 181 CO et de celles du projet de loi sur la fusion. Lorsque le sujet transférant est un sujet de droit privé inscrit au registre du commerce, le transfert de patrimoine doit impérativement être réalisé en application des dispositions du projet de loi sur la fusion. Le principal but poursuivi par l'application contraignante des dispositions de la loi sur la fusion et, en particulier, de celles régissant le transfert de patrimoine est en effet de garantir l'information des associés. A ce sujet, cf. FF 2000 p. 4144; FRANK VISCHER, Fusionsgesetz, p. 8 s.

⁷ FF 2000 p. 4118. A ce sujet, cf. chap. 5 § 2 (ci-dessus). Concernant l'importance du droit à l'information en matière de fusions, cf. notamment JÜRIG SUTER, p. 107.

⁸ Au sujet de la forme de l'information des associés, cf. chap. 11 § 2 III. (ci-dessus).

⁹ L'art. 697h CO est également applicable à ces formes de droit en vertu des renvois des art. 764, al. 2, 805 et 858, al. 2, CO. Au sujet du caractère dynamique des renvois au droit de la société anonyme, cf. chap. 9 § 4 III. note 117 (ci-dessus).

notamment remplie lorsque le créancier veut rendre vraisemblable que la responsabilité solidaire des sujets participant au transfert de patrimoine ne constitue pas une protection suffisante au sens de l'article 75, alinéa 3, lettre b, P-LFus¹⁰. Il convient également de préciser que les travailleurs jouissent d'un droit à l'information et à la consultation particulier qui fait l'objet des dispositions spéciales de l'article 77 P-LPus¹¹.

L'article 74, alinéa 3, P-LFus restreint le droit à l'information des associés aux transferts de patrimoine qui ont une certaine importance économique pour le sujet transférant. En vertu de cette disposition, le droit à l'information prend naissance uniquement lorsque la valeur des actifs transférés représente 5 %, ou plus, du total du bilan de la société transférante. Conformément à l'article 71, alinéa 1, lettre c, P-LFus, la valeur totale des actifs transférés fait d'ailleurs partie des éléments essentiels du contrat de transfert. Comme le précise le message du Conseil fédéral¹², le dernier bilan établi par la société constitue la base de calcul pour déterminer si les associés ont un droit à l'information; ce bilan doit bien entendu avoir été approuvé par l'assemblée des associés et, le cas échéant, préalablement vérifié par l'organe de révision. De plus, la notion de total du bilan comprend uniquement l'ensemble des actifs circulants et des actifs immobilisés; une éventuelle perte au bilan n'en fait pas partie¹³. Lorsque le seuil de 5 % du total du bilan n'est pas atteint, l'organe supérieur de direction ou d'administration peut toujours, de manière non contraignante, informer les associés. En effet, selon la taille de la société transférante, un transfert de patrimoine dont la valeur des actifs transférés est inférieure à 5 % du total du bilan peut déjà constituer une transaction économiquement très importante.

La mise en œuvre du droit à l'information ne soulève pas de difficultés particulières. Les associés peuvent relativement facilement se rendre compte si leur droit a été respecté. En effet, le transfert de patrimoine devant être inscrit au registre du commerce pour déployer ses effets juridiques (art. 73, al. 2, P-LFus) et, consécutivement, publié dans la Feuille officielle suisse du commerce, chaque associé a la possibilité de vérifier si l'organe supérieur de direction ou d'administration a respecté ses devoirs. En cas de non-respect du droit à l'information, il convient d'appliquer l'article 697,

¹⁰ A ce sujet, cf. chap. 12 § 2 II. 2. (ci-dessous).

¹¹ A ce sujet, cf. chap. 12 § 3 III. (ci-dessous).

¹² FF 2000 p. 4117.

¹³ FF 2000 p. 4117. L'art. 12, para. 3, de la 4^{ème} directive européenne (78/660/CEE) retient la même définition.

alinéa 4, CO par analogie¹⁴ et ce même si le message du Conseil fédéral ne réserve pas expressément cette éventualité; cette disposition permet aux associés d'exiger du tribunal qu'il ordonne les mesures nécessaires. Au surplus, la responsabilité des membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration peut, lorsqu'il résulte un dommage de l'inobservation du droit à l'information, être engagée conformément à l'article 107 P-LFus¹⁵. Si l'information doit faire partie intégrante de l'annexe¹⁶, le défaut d'information peut également constituer une infraction pénale (art. 325 CP). Par ailleurs, le non-respect du droit à l'information peut, pour les sociétés anonymes, justifier l'institution d'un contrôle spécial (art. 697a ss CO)¹⁷.

La réglementation de l'article 74 P-LFus constitue la principale source d'information des associés, mais pas la source exclusive. La publicité entourant la réalisation du transfert de patrimoine peut également résulter d'autres circonstances:

- Selon l'article 70, alinéa 1, P-LFus, la compétence de conclure le contrat de transfert revient à l'organe supérieur de direction ou d'administration des sujets participants. Si le projet de loi sur la fusion ne prévoit pas d'une manière générale que, une fois conclu, le contrat de transfert doit être soumis à l'approbation de l'assemblée générale ou de l'assemblée des associés, sa collaboration n'est, toutefois, pas systématiquement exclue. En particulier, lorsque la réalisation du transfert de patrimoine nécessite une modification du contrat de société (ou des statuts) ou encore la dissolution du sujet transférant, la compétence concurrente de l'assemblée générale ou des associés est toujours réservée¹⁸. Par ailleurs, l'organe supérieur de direction ou d'administration peut également soumettre le transfert de patrimoine à la consultation facultative des associés. Si l'assemblée générale ou l'assemblée des associés collabore, d'une manière ou d'une autre, à la réalisation du transfert de patrimoine, les associés seront, en principe, informés par ce biais des détails et des modalités de la transaction.
- L'article 73 P-LFus prévoit que le transfert de patrimoine doit être inscrit au registre du commerce afin de déployer ses effets juridiques. En

¹⁴ PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1103.

¹⁵ FF 2000 p. 4118.

¹⁶ A ce sujet, cf. chap. 11 § 2 III. (ci-dessous).

¹⁷ FF 2000 p. 4118.

¹⁸ Cf. chap. 9 § 2 II. (ci-dessus).

vertu du principe général de l'article 930 CO, les demandes d'inscription et l'ensemble des pièces justificatives sont publiques. Les associés, comme d'ailleurs les tiers, ont la possibilité de consulter le contrat de transfert auprès de l'office du registre du commerce compétent.

- Les dispositions générales de publicité et, en particulier, les articles 663b - 663d et 697 CO (pour le droit de la société anonyme) demeurent applicables.

Si le droit à l'information des associés permet de combler les lacunes du droit actuel¹⁹ et de garantir la publicité des transferts de patrimoine à l'égard des associés, il répond également à la recommandation de l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE) relative à la transparence des opérations de cession de fractions importantes des actifs d'une société²⁰. L'OCDE a édicté des principes, non contraignants, relatifs au gouvernement d'entreprise²¹ qui doivent permettre aux Etats d'améliorer le cadre juridique, institutionnel et réglementaire régissant l'organisation du pouvoir dans l'entreprise²². S'ils visent principalement les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, ces principes peuvent également contribuer à améliorer le gouvernement d'entreprise dans les autres sociétés. Le chiffre 1 des principes précise que "Les règles régissant le gouvernement d'entreprise devraient protéger les droits des actionnaires".

Parmi les recommandations à l'appui de ce principe, la lettre E 1 prévoit que:

"Les règles et procédures régissant l'acquisition sur les marchés financiers d'une participation de contrôle dans une société, ainsi que

¹⁹ FF 2000 p. 4017 et 4144.

²⁰ FF 2000 p. 4118.

²¹ Principes de l'OCDE relatifs au gouvernement d'entreprise SG/CG(99)5 du 29 avril 1999. Concernant le "gouvernement d'entreprise", cf. notamment PETER BÖCKLI, RSDA 1/99, p. 1 ss; PETER BÖCKLI, ECS 3/2000, p. 133 ss; THOMAS BURKHALTER, p. 209 ss; CHRISTIAN KACZYNSKI, p. 11 ss; PETER V. KUNZ, § 2 N 111 ss; Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise du 20.03.2002 (<http://www3.economiesuisse.ch/ff/downloads/ACF6485.pdf>); directive SWX concernant les informations relatives au Corporate Governance du 17.04.2002 (http://www.swx.com/admission/trcg_02_fr.pdf). Voir également la motion Felix Walker 01.3329 (Société par actions. Principes de la "corporate governance"), adoptée par le Conseil national le 05.10.2001 et transformée en postulat par le Conseil des Etats le 04.06.2002.

²² Préambule aux principes de l'OCDE, p. 2.

les opérations à caractère exceptionnel comme les fusions et *les cessions de fractions importantes des actifs d'une société*, devraient être clairement définies et donner lieu à publicité de sorte que les investisseurs aient connaissance de leurs droits et de leurs possibilités de recours. Les transactions devraient s'effectuer dans la transparence au regard du prix et dans des conditions loyales qui protègent les droits de tous les actionnaires, quelle que soit la catégorie à laquelle ils appartiennent."

II. Champ d'application

L'application des dispositions relatives à l'information des associés est doublement restreinte. Seuls les associés de sujets transférants, qui sont au surplus organisés sous la forme d'une société, en bénéficient:

- La réglementation de l'article 74, alinéa 1, P-LFus se limite à prévoir un droit à l'information pour les associés de la société transférante²³. En revanche, les associés de la société reprenante ne disposent d'aucun droit à l'information spécifique, qui irait au-delà de la possibilité de consulter le contrat de transfert auprès de l'office du registre du commerce au siège du sujet transférant²⁴. Sur ce point, le projet de loi sur la fusion aurait mérité d'être complété afin de régler le droit à l'information de la même manière pour l'ensemble des associés. En effet, les mêmes besoins en information existent tant pour les associés de la société transférante que pour ceux de la société reprenante. Cette restriction au droit à l'information est d'autant moins justifiée que la réglementation en matière de fusion et de scission ne fait aucune distinction entre les associés du sujet reprenant et ceux du sujet transférant en matière de droit à l'information²⁵. Or, le transfert de patrimoine sert notamment à réaliser des

²³ Lorsque le transfert de patrimoine sert à réaliser un échange de patrimoine ou de parts de patrimoines par voie de transfert selon inventaire (au sujet de la nature de la contre-prestation, cf. chap. 9 § 4 IV. 3. ci-dessus), les sujets participants sont à la fois sujet transférant et sujet reprenant; l'information des associés de l'ensemble des sociétés est ainsi garantie.

²⁴ Conformément à l'art. 73, al. 1, P-LFus, seul le sujet transférant doit requérir l'inscription du transfert de patrimoine. A ce sujet, cf. chap. 10 § 1 (ci-dessus).

²⁵ En vertu des art. 14 et 39 P-LFus, l'information des associés prend la forme d'un rapport spécial, destiné aux associés de l'ensemble des sujets participants.

restructurations qui, d'un point de vue économique, peuvent être équivalentes à des fusions et à des scissions.

- Seuls les sujets qui sont organisés sous la forme d'une société doivent informer leurs associés. Conformément à l'article 2, lettres b et c, P-LFus, la notion de société regroupe les associations, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite, les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés coopératives. En revanche, les sujets revêtant une autre forme juridique (entreprise individuelle et fondation) sont dispensés de cette formalité. Pour l'entreprise individuelle, le titulaire est lui-même compétent pour conclure le contrat de transfert²⁶; il est donc superflu qu'il s'informe soi-même. Les fondations n'ayant ni associés, ni titulaire, aucune information n'est prévue, pas même à l'attention des destinataires²⁷. En ce qui concerne les instituts de droit public, une solution différenciée s'impose. Conformément à l'article 100, alinéa 1, P-LFus, la réglementation du projet de loi sur la fusion s'applique par analogie aux transferts de patrimoine auxquels participent des instituts de droit public. Lors de l'application des dispositions de l'article 74 P-LFus, il convient d'examiner si l'institut est organisé de manière corporative²⁸. Lorsque tel est le cas, l'institut de droit public doit être assimilé à une société de droit privé et ses "associés" doivent bénéficier du droit à l'information au même titre que les associés d'une société de droit privé. Un tel droit à l'information pourra notamment être reconnu aux associés de certaines sociétés coopératives relevant du droit public cantonal. En revanche, si l'institut de droit public a le caractère d'un établissement (sans associés), il y a lieu de nier un éventuel droit à l'information.

²⁶ Cf. chap. 9 § 2 I. (ci-dessus).

²⁷ Il en va autrement en matière de fusion. Selon l'art. 82 P-LFus, les destinataires ayant des prétentions juridiques doivent être informés de la fusion projetée ainsi que de ses répercussions sur leur statut juridique.

²⁸ Au sujet des différentes formes de personnes morales du droit public, cf. CHRISTIAN BRÜCKNER, *Personenrecht*, N 1008 ss; MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, § 1 N 22 ss; ROLF H. WEBER, p. 60 et 69 ss.

III. Forme de l'information

L'information des associés de la société transférante peut prendre deux formes différentes. L'article 74, alinéa 1, P-LFus fait une distinction selon que la société transférante doit établir des comptes annuels ou non.

Dans les deux cas, elle est toujours postérieure à la réalisation du transfert de patrimoine²⁹. En particulier, la société transférante ne doit pas préalablement établir un "rapport de transfert", comme c'est le cas en matière de fusion, de scission et de transformation³⁰. Les associés ne bénéficient pas non plus d'un droit de consultation spécial au siège de la société³¹.

1. Société assujettie à l'obligation d'établir des comptes annuels

Lorsque la société transférante doit établir des comptes annuels, l'information des associés fait l'objet d'une nouvelle rubrique dans l'annexe aux comptes annuels³². Ce mode d'information concernera la majorité des transferts de patrimoine. En effet, l'article 957 CO statue l'obligation de tenir une comptabilité commerciale pour l'ensemble des sociétés qui sont assujetties à s'inscrire au registre du commerce. Par conséquent, seules les sociétés qui se font inscrire au registre du commerce sans en avoir l'obligation ne doivent pas établir des comptes annuels³³. C'est le cas des associations qui n'exploitent pas une industrie en la forme commerciale, pour lesquelles l'inscription est facultative (art. 61 CC)³⁴.

En tant que partie intégrante de l'annexe aux comptes annuels, l'information des associés est soumise au contrôle de l'éventuel organe de révision de la société transférante. En particulier, pour la société anonyme³⁵, l'or-

²⁹ FF 2000 p. 4118; RAFFAEL BÜCHI, p. 146 s. Critique: CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, PJA 5/2002, p. 525, note 173.

³⁰ Art. 14 (pour la fusion), 39 (pour la scission) et 61 (pour la transformation) P-LFus.

³¹ Art. 16 (pour la fusion), 41 (pour la scission) et 63 (pour la transformation) P-LFus.

³² Art. 663b CO pour le droit de la société anonyme. Cette disposition est également applicable à la société en commandite par actions, à la société à responsabilité limitée et à la société coopérative de crédit et d'assurance concessionnaire en vertu des renvois des art. 764, al. 2, 805 et 858, al. 2, CO.

³³ ATF 79 I 57.

³⁴ Cf. également chap. 6 § 4 I. (ci-dessus).

³⁵ Pour la société à responsabilité limitée, cf. l'art. 819 CO. Pour la société coopérative, cf. les art. 906 ss CO.

gane de révision doit, conformément à l'article 728, alinéa 1, CO vérifier si les comptes annuels sont conformes à la loi et aux statuts; son examen s'étend également à l'annexe³⁶. Les indications contenues dans l'annexe doivent être complètes et correctes³⁷.

Ainsi, lorsque l'information des associés est contenue dans l'annexe aux comptes annuels, le transfert de patrimoine peut, a posteriori, faire l'objet d'une vérification par un réviseur³⁸.

2. Société non assujettie à l'obligation d'établir des comptes annuels

Si la société transférante ne doit pas établir de comptes annuels, l'organe supérieur de direction ou d'administration doit informer les associés lors de la prochaine assemblée générale, ordinaire ou extraordinaire. Il devra également mentionner l'information dans la convocation de l'assemblée générale à titre d'objet à l'ordre du jour³⁹. L'information peut être orale ou prendre la forme d'un rapport écrit. Cette forme d'information constitue l'exception: elle concerne uniquement les associations qui n'exploitent pas une industrie en la forme commerciale, pour lesquelles l'inscription au registre du commerce est facultative (cf. l'art. 61 CC).

IV. Contenu de l'information

Si la forme de l'information des associés lors d'un transfert de patrimoine diffère de celle statuée en matière de fusion, de scission et de transformation, son contenu est, en principe, similaire à celui prévu pour le rapport de fusion et le rapport de scission (art. 14, al. 3, et 39, al. 3, P-LFus). Etant donné que le transfert de patrimoine ne touche pas directement les droits des associés, les explications relatives à leur maintien font cependant défaut.

³⁶ MANUEL SUISSE D'AUDIT, tome 2, p. 65; PETER BÖCKLI, N 1799; MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER / NOBEL, § 33 N 6 ss.

³⁷ PETER BÖCKLI, N 1802.

³⁸ La fusion, la scission et la transformation sont, en revanche, vérifiées par un réviseur avant leur réalisation; cf. les art. 15, 40 et 62 P-LFus.

³⁹ FF 2000 p. 4118.

Conformément à l'article 74, alinéa 2, P-LFus, l'information vise à expliquer et justifier, du point de vue juridique et économique⁴⁰, les éléments suivants:

– But et conséquences du transfert de patrimoine (let. a)

Il s'agit notamment de préciser dans quel cadre le transfert de patrimoine est utilisé et quelles sont ses conséquences sur les structures juridiques des sujets qui y participent. Ainsi, lorsque le transfert de patrimoine sert à réaliser une restructuration similaire (du point de vue économique) à une fusion, à une scission ou à une transformation, des indications sur son déroulement doivent être fournies.

– Contrat de transfert (let. b)

Selon les circonstances, le contrat de transfert peut contenir des indications de nature technique; il s'agit donc de fournir les explications nécessaires à sa compréhension⁴¹.

– Contre-prestation pour le transfert de patrimoine (let. c)

Le montant et la nature de l'éventuelle contre-prestation doivent, en particulier, faire l'objet d'explications détaillées. Lorsque aucune contre-prestation n'est convenue, ce fait devra également être justifié⁴².

– Répercussions du transfert de patrimoine sur les travailleurs ainsi que le contenu d'un éventuel plan social (let. d)⁴³

Ces explications s'adressent uniquement aux associés de la société transférante; elles doivent être distinguées de la consultation des travailleurs prévue à l'article 77 P-LFus⁴⁴.

⁴⁰ La notion de "point de vue juridique et économique" (également utilisée pour les rapports de fusion, de scission et de transformation) s'inspire des directives européennes en matière de fusion et de scission; cf. l'art. 9 de la troisième directive (78/855/CEE) et l'art. 7, para. 1, de la sixième directive (82/891/CEE).

⁴¹ Concernant le rapport de fusion, cf. FF 2000 p. 4065.

⁴² FF 2000 p. 4118.

⁴³ Contrairement à la réglementation en matière de fusion (art. 28, al. 2, P-LFus) et de scission (art. 50 P-LFus, qui renvoie à l'art. 28 P-LFus), aucun compte-rendu à l'assemblée générale sur la consultation de la représentation des travailleurs conformément à l'art. 77 P-LFus n'est prévu pour le transfert de patrimoine. En effet, le transfert de patrimoine ne doit pas systématiquement être soumis à l'approbation de l'assemblée générale.

§ 3 Droit d'attaquer la décision de transfert

I. Principe

Le projet de loi sur la fusion ne prévoit pas de contrôle préventif de l'admissibilité du transfert de patrimoine par les associés. En revanche, les associés de l'ensemble des sujets participants peuvent, conformément à l'article 105 P-LFus, attaquer la décision de transfert lorsque celle-ci ne respecte pas les dispositions de la loi sur la fusion. Le projet de loi sur la fusion ne statuant pas d'obligation générale de soumettre le transfert de patrimoine à l'approbation des associés, la décision attaquée est celle prise par l'organe supérieur de direction ou d'administration. L'action de l'associé est donc dirigée contre le sujet transférant, respectivement contre le sujet reprenant.

L'article 105 P-LFus régit de manière générale l'annulabilité de l'ensemble des opérations de modification des structures juridiques prévues par le projet de loi sur la fusion. Si son application en matière de transferts de patrimoine ne ressort pas clairement de l'alinéa 1, elle résulte en revanche de l'alinéa 2 ainsi que du titre de la section 4 du chapitre 9 du projet de loi sur la fusion ("Annulabilité des décisions de fusion, de scission, de transformation ou de transfert de patrimoine")⁴⁵.

La réglementation de l'article 105 P-LFus s'inspire des articles 706 s. CO, relatifs à l'annulabilité des décisions de l'assemblée générale de la société anonyme. Le champ d'application de ces dispositions est élargi à l'ensemble des sociétés, peu importe leur forme juridique. Par ailleurs, selon l'article 105, alinéa 2, P-LFus, la décision peut également être annulée sur requête d'un associé lorsqu'elle a été prise par l'organe supérieur de direction ou d'administration (que ce soit lors d'un transfert de patrimoine ou d'une fusion simplifiée au sens des art. 23 s. P-LFus). Sur ce point, le projet de loi sur la fusion est particulièrement novateur. En effet, en droit actuel, les actionnaires peuvent uniquement faire constater la nullité des décisions du

⁴⁴ Au sujet de l'information des travailleurs et de l'application de l'art. 333a CO lors de transferts de patrimoine, cf. chap. 12 § 3 III. (ci-dessous).

⁴⁵ Le message du Conseil fédéral (FF 2000 p. 4141) confirme également l'application des art. 105 s. P-LFus lors de transferts de patrimoine. Cf. également RAFFAEL BÜCHI, p. 151; PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1103 s.

conseil d'administration (art. 714 CO). Aucune action en annulation n'est, en revanche, prévue⁴⁶.

II. Conditions

1. Qualité pour agir

Conformément à l'article 105, alinéa 1, P-LFus, chaque associé peut attaquer en justice la décision de transfert de patrimoine qui ne respecte pas les dispositions de la loi sur la fusion; il ne doit cependant pas avoir approuvé la décision de transfert de patrimoine. La qualité pour agir appartient aux seuls associés. Les fondations ainsi que la plupart des institutions de prévoyance n'ayant pas d'associés, l'article 105 P-LFus ne s'applique donc pas aux transferts de patrimoine réalisés par ces formes de droit. En revanche, les voies de droit ordinaires prévues par le droit des fondations et le droit des institutions de prévoyance restent ouvertes⁴⁷.

Si seuls les associés de la société transférante bénéficient du droit à l'information⁴⁸, tant les associés de la société transférante que ceux de la société reprenante peuvent exiger l'annulation du transfert de patrimoine. En vertu de l'article 105, alinéa 2, P-LFus, ce droit leur appartient même si, comme c'est le cas en matière de transfert de patrimoine, la compétence pour décider du transfert revient à l'organe supérieur de direction ou d'administration et non pas à l'assemblée générale ou aux associés. Il n'en demeure pas moins que la compétence de l'organe supérieur de direction ou d'administration n'exclut pas systématiquement la participation de l'assemblée générale ou de l'assemblée des associés⁴⁹. Lorsque les associés ont collaboré au transfert de patrimoine, par exemple parce qu'une modification des statuts ou la dissolution de la société était un préalable nécessaire, ceux-ci ne doivent, en principe, pas l'avoir approuvé s'ils entendent requérir son annulation⁵⁰.

⁴⁶ PETER V. KUNZ, § 11 N 89 ss et les nombreuses références citées; MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER / NOBEL, § 31 N 41. ATF 109 II 239, spéc. 243 s.

⁴⁷ FF 2000 p. 4141 s. Cf. les art. 73 s. LPP.

⁴⁸ Cf. chap. 11 § 2 II. (ci-dessus).

⁴⁹ Cf. chap. 9 § 2 II. (ci-dessus).

⁵⁰ Dans le même sens, cf. PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1104, note 72. Le message du Conseil fédéral (FF 2000 p. 4141) postule en revanche un droit sans réserve

2. Tribunal compétent

La compétence territoriale en matière d'action en annulation du transfert de patrimoine ne fait pas l'objet d'une disposition spécifique du projet de loi sur la fusion. Celle-ci est, en revanche, réglée par le projet de modification de la loi fédérale sur les fors en matière civile (LFors). L'article 29a P-LFors prévoit une compétence alternative au siège de chacune des sociétés participant au transfert de patrimoine. De cette manière, le risque de voir un for supprimé par la réalisation d'un transfert de patrimoine est écarté⁵¹.

3. Délai

Conformément à l'article 73, alinéa 1, P-LFus, l'organe supérieur de direction ou d'administration du sujet transférant doit requérir l'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine. Cette inscription est suivie d'une publication dans *Peuille officielle suisse du commerce* (art. 931, al. 1, CO)⁵². L'action en annulation doit être intentée dans le délai de deux mois dès la date de la publication. Cette date marque le point de départ du délai pour l'ensemble des associés des sujets participants y compris ceux du sujet reprenant, alors même que ce dernier n'est, en principe, pas tenu de requérir l'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine.

Ce délai de deux mois est jugé problématique par certains auteurs car l'information des associés, prévue à l'article 74 P-LFus, peut n'intervenir qu'une fois le délai écoulé (annexe aux prochains comptes annuels ou compte-rendu lors de la prochaine assemblée des associés)⁵³. S'il est vrai que l'information des associés peut, selon les circonstances, être différée pour une plus ou moins longue période (voire jusqu'à un an), celle-ci porte sur les détails du transfert de patrimoine. En revanche, le transfert de patrimoine est, selon l'article 932, alinéa 2, CO, opposable aux tiers, y compris aux associés, dès le jour ouvrable qui suit celui de la publication du transfert de patrimoine dans la *Feuille officielle suisse du commerce*. Par

des associés d'attaquer la décision de transfert. Il ne tient cependant pas compte de l'éventuelle collaboration des associés à la réalisation du transfert de patrimoine.

⁵¹ FF 2000 p. 4158.

⁵² Au sujet de l'inscription au registre du commerce, cf. chap. 10 (ci-dessus).

⁵³ RAFFAEL BÜCHI, p. 151; PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1104.

ailleurs, il serait problématique du point de vue de la sécurité du droit de prévoir un délai supérieur à deux mois⁵⁴.

4. Non-respect des dispositions du projet de loi sur la fusion

Suivant l'article 105, alinéa 1, P-LFus, la décision de transfert de patrimoine doit, pour pouvoir faire l'objet d'une action en annulation, ne pas avoir respecté les dispositions du projet de loi sur la fusion. Il convient également d'admettre une violation des dispositions de la loi sur la fusion lorsque la décision de transfert de patrimoine ne respecte pas les dispositions d'autres lois auxquelles renvoie la loi sur la fusion. Un renvoi de ce type est notamment prévu à l'article 69, alinéa 2, P-LFus, qui réserve l'application des dispositions concernant la protection du capital et la liquidation.

La réglementation de l'article 105 P-LFus ne fixe aucune exigence "qualitative" quant à la nature de la violation de la loi qui est requise afin que la décision soit annulable. Dès lors, n'importe quelle violation de la loi est susceptible de fonder une action en annulation. La nature de la violation de la loi invoquée par l'associé influencera cependant la suite que le tribunal donnera à la requête⁵⁵.

La décision de transfert de patrimoine peut notamment faire l'objet d'une action en annulation dans les situations suivantes:

- Les sujets participant au transfert de patrimoine ne revêtent pas l'une des formes juridiques prévues aux articles 69, alinéa 1, 86, alinéa 1, 98, alinéa 1, et 99, alinéa 2, P-LFus⁵⁶.
- Les dispositions concernant la protection du capital et la liquidation des sociétés n'ont pas été respectées (art. 69, al. 2, P-LFus)⁵⁷. Ainsi, la décision sera annulable lorsque le transfert de patrimoine équivaut à la liquidation de fait de la société transférante et que l'assemblée générale ou l'assemblée des associés n'y a pas donné son approbation, respecti-

⁵⁴ Ainsi, l'art. 706a, al. 1, CO prévoit également un délai de deux mois pour l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale de la société anonyme.

⁵⁵ Cf. chap. 11 § 3 ch. III. (ci-dessous).

⁵⁶ Concernant les transferts de patrimoine autorisés, cf. chap. 6 (ci-dessus).

⁵⁷ Cf. également chap. 8 (ci-dessus).

vement n'a pas préalablement décidé la dissolution de la société⁵⁸. De même, elle peut être annulable lorsque la contre-prestation est insuffisante (ou lorsqu'aucune contre-prestation n'est convenue) en violation des prescriptions relatives à la protection du capital⁵⁹. Ce sera le cas lorsqu'une société anonyme, qui ne dispose pas de fonds propres librement disponibles en suffisance, transfère une part de son patrimoine à l'un de ses actionnaires sans attribution d'une contre-prestation (ou contre attribution d'une contre-prestation dont la valeur est inférieure au patrimoine transféré); une telle transaction contreviendrait alors à l'article 680, alinéa 2, CO.

- Le contrat de transfert n'a pas été conclu par les organes supérieurs de direction ou d'administration des sujets participants conformément à l'article 70, alinéa 1, P-LFus.
- Le contrat de transfert ne contient pas l'ensemble des éléments essentiels prescrits à l'article 71, alinéa 1, P-LFus.
- Le patrimoine transféré ou la part de patrimoine transférée ne présente pas un excédent d'actifs en violation de l'article 71, alinéa 2, P-LFus⁶⁰.
- Le droit à l'information des associés, prévu à l'article 74 P-LFus, n'a pas été respecté⁶¹. Encore faut-il que cette information ait dû intervenir dans le délai de deux mois dès l'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine.

Même si elle est contestée par certains⁶², l'importance pratique de l'action en annulation ne doit pas être sous-estimée. Il n'en demeure pas moins que dans la plupart des cas d'annulabilité énumérés ci-dessus, les autorités du

⁵⁸ Contra: RAFFAEL BÜCHI, p. 151 note 993; PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1104. Ces deux auteurs excluent, sans autre argumentation, toute action en annulation lorsque le transfert de patrimoine a été réalisé sans l'approbation des associés, alors même que celle-ci était requise. Cette position n'est pas conciliable avec l'art. 105 P-LFus et prive, de manière injustifiée, les associés de toute voie de droit.

⁵⁹ Contra: PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1104, qui exclut, en principe, toute action en annulation fondée sur l'inséquation de la contre-prestation.

⁶⁰ RAFFAEL BÜCHI, p. 151 note 993.

⁶¹ RAFFAEL BÜCHI, p. 151 note 993.

⁶² En particulier, RAFFAEL BÜCHI (p. 151) et PETER LOSER-KROGH (PJA 9/2000, p. 1104) considèrent que l'action en annulation aura une portée limitée en raison du fait que le projet de loi sur la fusion ne prévoit que très peu de dispositions impératives susceptibles d'être lésées.

registre du commerce devraient intervenir et refuser l'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine⁶³.

III. Conséquences

En vertu de l'article 106 P-LFus, les conséquences de l'action en annulation diffèrent selon qu'il peut être remédié à l'irrégularité ou non. Ainsi, le tribunal saisi doit, dans un premier temps, examiner si le (ou les) sujet(s) participant au transfert de patrimoine peut (peuvent) pallier la violation de loi invoquée par l'associé. Cette réglementation différenciée doit limiter les cas d'annulation de transferts de patrimoine en permettant le "sauvetage" de transactions, certes annulables, mais qui ne mettent pas en question les fondements du transfert de patrimoine.

1. Irrégularités auxquelles il peut être remédié

Lorsqu'il peut être remédié à l'irrégularité, le tribunal doit, selon l'article 106, alinéa 1, P-LFus, surseoir à l'annulation du transfert de patrimoine et accorder un délai aux sujets afin qu'ils y procèdent⁶⁴. Le projet de loi sur la fusion ne fixe aucune exigence quant à la durée du délai à accorder; celle-ci dépendra du cas concret et, en particulier, de la nature de l'irrégularité. Le tribunal doit fixer un délai même lorsque l'associé-demandeur requiert uniquement l'annulation de la décision de transfert de patrimoine; il n'est donc pas lié par les conclusions du demandeur.

2. Irrégularités auxquelles il ne peut pas être remédié

Lorsque les sujets n'ont pas remédié à l'irrégularité dans le délai fixé par le tribunal (art. 106, al. 1, P-LFus) ou lorsque, en raison de sa nature, il ne peut pas y être remédié, le tribunal doit, en vertu de l'article 106, alinéa 2, P-LFus annuler la décision de transfert de patrimoine⁶⁵. L'annulation du

⁶³ A ce sujet, cf. chap. 10 § 5 II. (ci-dessus).

⁶⁴ L'art. 22, para. 1, let. d, de la troisième directive européenne (78/855/CEE) et l'art. 19, para. 1, let. d, de la sixième directive européenne (82/891/CEE) contiennent une disposition analogue en matière de fusion et de scission.

⁶⁵ Contra: PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1102 s. Cet auteur conteste la possibilité pour le tribunal d'annuler avec effet rétroactif le transfert de patrimoine, sauf dans des situations exceptionnelles. Cette position n'est pas soutenable dans la me-

transfert de patrimoine est ainsi la mesure ultime et il est vraisemblable que la plupart des tribunaux feront preuve de réticence à son égard.

Lorsqu'il annule la décision de transfert, le tribunal doit également ordonner les mesures nécessaires. Celles-ci doivent permettre de rétablir la situation antérieure au transfert de patrimoine. Il s'agit en particulier de rectifier l'inscription au registre du commerce⁶⁶, notamment dans le but d'informer les tiers.

sure où elle va à l'encontre du texte clair de l'art. 106, al. 2, P-LFus ainsi que des explications sans équivoque contenues dans le message du Conseil fédéral (FF 2000 p. 4142).

⁶⁶ FF 2000 p. 4142.

Chapitre 12

Protection des créanciers et des travailleurs

§ 1 Introductinn

Le transfert de patrimoine peut présenter des risques pour les créanciers, y compris les travailleurs, de l'ensemble des sujets qui y participent¹. Les risques les plus importants sont encourus par les créanciers du sujet transférant dont la créance fait partie des éléments patrimoniaux transférés: ils subissent un changement de débiteur auquel ils ne peuvent s'opposer. L'atteinte aux droits des créanciers peut notamment résulter du fait que la solvabilité du nouveau débiteur (sujet reprenant) est moins bonne que celle de l'ancien débiteur (sujet transférant).

Les risques pour les créanciers sont atténués par certaines des conditions matérielles que doit remplir le transfert de patrimoine. C'est, en particulier, le cas des exigences résultant des dispositions suivantes du projet de loi sur la fusion:

- Article 69, alinéa 2, P-LFus: le transfert de patrimoine ne permet pas de déroger aux dispositions légales et statutaires concernant la protection du capital et la liquidation². Une partie importante de ces dispositions vise la protection des droits des créanciers.
- Article 71, alinéa 2, P-LFus: l'inventaire des éléments patrimoniaux actifs et passifs qui sont transférés doit présenter un excédent d'actifs³. Ainsi, le montant total des actifs transférés doit être supérieur à celui des passifs (fonds étrangers)⁴. Lorsque le patrimoine transféré vient en libération d'actions (constitution d'une société ou augmentation de

¹ Au sujet des risques pour les créanciers, cf. ROLAND RUEDIN, Protection des créanciers, p. 689 s.

² Cf. chap. 8 (ci-dessus).

³ En droit allemand, aucune disposition ne prévoit expressément que la part de patrimoine transférée dans le cadre d'une "Ausgliederung" (concernant cette notion, cf. chap. 4 § 6, ci-dessus) doit présenter un excédent d'actifs. Toutefois, conformément au § 135, al. 2, UmwG, les dispositions concernant la fondation du sujet reprenant demeurent applicables. Le capital nominal de la société reprenante doit ainsi être couvert un excédent d'actifs. Cf. HANS-JOACHIM PRIESTER, UmwG, § 126 N 53.

⁴ FF 2000 p. 4113.

capital ultérieure), cette exigence résulte également des dispositions du code des obligations concernant la protection du capital en matière de fondation qualifiée et d'augmentation de capital⁵.

Comme le relève le message du Conseil fédéral, le but de l'article 71, alinéa 2, P-LFus est de protéger les créanciers⁶. L'exigence relative à l'excédent d'actifs garantit que la solvabilité du sujet reprenant ne sera pas moins bonne une fois le transfert de patrimoine réalisé. Ce postulat ne vaut cependant que si le montant de la contre-prestation pour le transfert de patrimoine est égale (ou inférieure) à la valeur des éléments patrimoniaux transférés. A défaut d'exigence relative à l'excédent d'actifs, le transfert d'un patrimoine composé uniquement de dettes serait admissible, ce d'autant plus que le transfert de patrimoine peut, en principe, également être convenu sans attribution d'une contre-prestation.

En prévoyant que le patrimoine transféré doit toujours présenter un excédent d'actifs, le projet de loi sur la fusion protège de manière trop absolue les créanciers du sujet reprenant. Il est en effet concevable que, dans certaines circonstances, le transfert d'un patrimoine présentant un excédent de dettes ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers⁷. C'est notamment le cas lorsque le sujet reprenant dispose de fonds propres librement disponibles du montant de l'excédent de dettes (aucune contre-prestation n'étant due). La réglementation du projet de loi sur la fusion admet d'ailleurs la fusion d'une société surendettée, ou qui présente une perte en capital, à la condition que l'autre société participant à la fusion dispose de fonds propres librement disponibles du montant du découvert ou du surendettement⁸. Ainsi, en matière de fusion, il est admissible, à certaines conditions, de transférer un patrimoine présentant un excédent de dettes. Une solution différenciée du type de celle applicable en matière de fusion aurait été également envisageable pour le transfert de patrimoine.

⁵ RAFFAEL BÜCHI, p. 148; PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1105.

⁶ FF 2000 p. 4115 s.

⁷ Dans le même sens, cf. PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1105. L'exigence relative à l'excédent d'actifs est également mise en doute, pour des raisons pratiques, par CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ (p. 45).

⁸ Art. 6, al. 1, P-LFus. Cette disposition a par ailleurs été complétée par le Conseil des Etats dans le sens où l'exigence relative aux fonds propres librement disponibles ne s'applique pas en cas de postposition de créances d'un montant équivalent; cf. BO CE 2001 p. 149. Cette modification a été adoptée par le Conseil national (BO CN 2003 p. 233 ss).

- Article 73, alinéa 2, P-LFus: le transfert de patrimoine déploie ses effets par son inscription au registre du commerce⁹. La publicité du transfert à l'égard des tiers et, en particulier, des créanciers est ainsi garantie.
- Article 74 P-LFus: l'organe supérieur de direction ou d'administration de la société transférante doit informer ses associés du transfert de patrimoine. Lorsque cette information est contenue dans l'annexe aux comptes annuels, le transfert de patrimoine peut devoir faire, a posteriori, l'objet d'une vérification par le réviseur¹⁰. Encore faut-il que les comptes annuels de la société soient assujettis à une révision.

Il n'en demeure pas moins que les exigences susmentionnées ne visent pas spécifiquement la protection des créanciers et que, même lorsqu'elles sont respectées, les droits de certains créanciers peuvent être lésés suite à la réalisation du transfert de patrimoine. A cette fin, les articles 75 ss P-LFus prévoient des mesures de protection supplémentaires. Ces dispositions instituent la responsabilité solidaire du sujet transférant pour les dettes transférées¹¹ ainsi que le droit pour les créanciers d'exiger des sûretés lorsque cette responsabilité solidaire ne constitue pas une mesure de protection suffisante¹². Toutefois, seuls les créanciers du sujet transférant dont la créance est transférée bénéficient de ces mesures de protection. En revanche, les créanciers dont la créance ne fait pas partie des éléments patrimoniaux transférés ainsi que les créanciers du sujet reprenant ne bénéficient d'aucune protection particulière, bien que le transfert de patrimoine puisse les désavantager¹³. Il faut cependant réserver les dispositions relatives à la responsabilité des personnes qui ont collaboré à la réalisation du transfert de patrimoine, lorsqu'il en résulte un dommage pour les créanciers (art. 107 P-LFus).

La cohérence de la réglementation relative à la protection des créanciers en matière de transfert de patrimoine fait l'objet de certaines critiques¹⁴. Le manque d'harmonisation avec les mesures prévues pour les autres formes

⁹ Concernant l'inscription au registre du commerce, cf. chap. 10 (ci-dessus).

¹⁰ Cf. chap. 11 § 2 III. f. (ci-dessus).

¹¹ Cf. chap. 12 § 2 I. (ci-dessus).

¹² Cf. chap. 12 § 2 II. (ci-dessus).

¹³ PETER LOSER-KROGH, PJA 9/2000, p. 1105. La réglementation du droit allemand relative à la "Ausgliederung" prévoit d'ailleurs des mesures de protection en faveur des créanciers dont la créance n'est pas transférée (§ 133, al. 1, UmwG).

¹⁴ ROLAND RUEDIN, Protection des créanciers, p. 701 s.

de restructuration est en cause. Ainsi, il y aurait lieu de prévoir la continuation de la responsabilité personnelle des associés, comme c'est le cas en matière de fusion, de scission et de transformation (art. 26, 48 et 68, al. 1, P-LFus). S'il est vrai que la réglementation de l'article 75 P-LFus s'oriente davantage sur celle de l'actuel article 181 CO que sur celle des autres formes de restructuration, l'absence de disposition explicite concernant le maintien de la responsabilité personnelle des associés ne devrait néanmoins pas porter à conséquence. En effet, lorsque les associés de la société transférante répondaient de ses dettes avant la réalisation du transfert de patrimoine, leur responsabilité personnelle est maintenue dans le cadre de la responsabilité solidaire du sujet transférant au sens de l'article 75 P-LFus. Le créancier peut donc, le cas échéant, s'en prendre au patrimoine des associés.

A certains égards, les besoins de protection des droits des travailleurs sont les mêmes que ceux des créanciers "ordinaires" des sujets; c'est en particulier le cas de leurs droits patrimoniaux. Le projet de loi sur la fusion prévoit d'ailleurs expressément que les dispositions de l'article 75 P-LFus sont applicables aux dettes résultant de contrats de travail; celles-ci s'appliquent également à une partie des prétentions futures¹⁵. Bien que d'une manière générale le droit des sociétés ne se préoccupe que très marginalement des questions liées à la protection des travailleurs, la nouvelle réglementation du projet de loi sur la fusion ne se limite pas uniquement à régler leurs droits patrimoniaux. D'une part, elle prévoit que le transfert des rapports de travail est régi par l'article 333 CO¹⁶. D'autre part, elle instaure le droit pour les travailleurs, ou leur représentation, d'être consultés conformément à l'article 333a CO¹⁷. Si le projet de loi sur la fusion se contente de renvoyer aux dispositions existantes du code des obligations, il ne faut cependant pas sous-estimer la portée de la nouvelle réglementation¹⁸. En effet, elle permet notamment de garantir la mise en œuvre des droits des travailleurs, en particulier pour ce qui est de leur droit à être consultés.

¹⁵ Cf. chap. 12 § 3 I. (ci-dessous).

¹⁶ Cf. chap. 12 § 3 II. (ci-dessous).

¹⁷ Cf. chap. 12 § 3 III. (ci-dessous).

¹⁸ Contra: CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, p. 49 s.

§ 2 Droits des créanciers

I. Responsabilité solidaire

Lorsque le patrimoine transféré comprend des dettes, la réalisation du transfert de patrimoine a pour effet une substitution de débiteur, sans que le créancier doive y donner son accord. Cette réglementation déroge aux dispositions générales du code des obligations relatives à la reprise de dette: selon l'article 175, alinéa 1, CO, la dette ne peut être transférée sans le consentement du créancier.

La substitution de débiteur, inhérente à la réglementation du transfert de patrimoine, peut constituer une atteinte importante aux droits des créanciers, notamment lorsque le nouveau débiteur (sujet reprenant) jouit d'un moins bon crédit que le débiteur originaire (sujet transférant), lorsque sa solvabilité est douteuse ou encore lorsqu'il est surendetté¹⁹. C'est donc à juste titre que le projet du Conseil fédéral propose de régler au niveau de la loi la responsabilité des sujets participant au transfert de patrimoine pour les dettes qui sont transférées.

L'article 75, alinéa 1, P-LFus prévoit que les anciens débiteurs²⁰, soit le sujet transférant, restent solidairement obligés pendant trois ans avec le nouveau débiteur, soit le sujet reprenant, de l'exécution des dettes nées avant le transfert de patrimoine. Cette responsabilité s'étend uniquement aux dettes qui font l'objet du transfert de patrimoine. En revanche, les créanciers du sujet transférant dont la créance n'est pas transférée ne profitent pas de la responsabilité solidaire²¹. La réglementation de l'article 75 P-LFus s'inspire de celle de l'actuel article 181, alinéa 2, CO, qui prévoit également une responsabilité solidaire lors de la cession de patrimoine. La principale modification par rapport à cette disposition concerne la durée de la responsabilité solidaire, qui est portée de deux à trois ans²².

¹⁹ FF 2000 p. 4119.

²⁰ L'art. 75, al. 1, P-LFus utilise vraisemblablement la forme plurielle afin d'englober les situations où il y a déjà une solidarité passive avant la réalisation du transfert de patrimoine. Voir aussi ROLAND RUEDIN, Protection des créanciers, p. 700, note 27.

²¹ Cf. également FF 2000 p. 4119.

²² L'annexe au projet de loi sur la fusion propose également d'adapter l'art. 181, al. 2, CO afin de prolonger la durée de la responsabilité solidaire de deux à trois ans.

Comme le précise le message du Conseil fédéral²³, la solidarité prévue à l'article 75 P-LFus constitue un cas de solidarité parfaite entre les deux débiteurs conformément aux articles 143 ss CO. Le sujet transférant et le sujet reprenant répondent des dettes transférées dans leur ensemble²⁴. Le paiement effectué par l'un des débiteurs solidaires libère l'autre (art. 147, al. 1, CO)²⁵. La responsabilité solidaire est automatique, inconditionnelle et directe (pas subsidiaire)²⁶.

Selon l'article 75, alinéa 2, P-LFus, les prétentions envers les anciens débiteurs (sujet transférant) se prescrivent au plus tard trois ans après la publication du transfert de patrimoine dans la Feuille officielle suisse du commerce. Si la créance n'est pas encore exigible au moment de la publication, le délai de prescription commence à courir dès l'exigibilité de la créance; cette réglementation permet d'éviter que le créancier ait encore des prétentions à l'égard de l'ancien débiteur, alors qu'il n'en a plus envers le nouveau débiteur. Contrairement à la doctrine et à la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'actuel article 181 CO²⁷, l'article 75, alinéa 2, P-LFus prévoit expressément un délai de prescription et non pas de péremption. Ce délai peut donc être interrompu conformément aux dispositions de l'article 135 CO et notamment lorsque le créancier fait valoir ses droits par des poursuites.

II. Obligation de fournir des sûretés

1. Principe

Dans certaines situations, la responsabilité solidaire des sujets participant au transfert de patrimoine prévue à l'article 75, alinéas 1 et 2, P-LFus n'offre qu'une protection limitée aux créanciers, voire ne les protège d'aucune manière. C'est le cas lorsque le transfert de patrimoine sert à réaliser un succédané de fusion, de scission ou de transformation²⁸. En général, le su-

²³ FF 2000 p. 4119.

²⁴ EUGEN BUCHER, p. 494; PIERRE ENGEL, p. 839; GUHL / MERZ / KOLLER, p. 32 ss.

²⁵ Cf. également EUGEN BUCHER, p. 495; PIERRE ENGEL, p. 842 ss.

²⁶ ROLAND RUEDIN, Protection des créanciers, p. 700.

²⁷ EUGEN BUCHER, p. 591, note 79; PIERRE ENGEL, p. 908; EUGEN SPIRO, ZK Art. 181 N 244 s. et les autres références citées; RUDOLF TSCHANI, BaK Art. 181 N 14. ATF 108 II 107, spéc. 109 ss. Contra: KARL SPIRO, p. 759 ss.

²⁸ A ce sujet, cf. chap. 5 § 2 (ci-dessus).

jet transférant disparaît suite à la réalisation du transfert de patrimoine; il est dissout, liquidé et, par la suite, radié du registre du commerce. La responsabilité solidaire ne constitue pas non plus une mesure de protection suffisante lorsque, suite au transfert de patrimoine, le sujet transférant est vidé de sa substance économique, sans être formellement dissout et liquidé. La fortune sociale est alors proche de CHF 0,- et les créanciers ne bénéficient alors même pas des mesures de protection applicables dans le cadre de la liquidation de la société²⁹. Dans ces deux exemples, la responsabilité solidaire du sujet transférant pour les dettes transférées ne fournit aucune garantie aux créanciers dont les créances ne seraient pas exécutées par le sujet reprenant.

Afin de limiter les risques d'atteinte aux droits des créanciers dans les situations où la responsabilité solidaire est inopérante, l'article 75, alinéa 3, P-LFus prévoit, sous certaines conditions, le dmit pour ces derniers d'exiger des sûretés. En tant que mesure de protection subsidiaire, le droit d'exiger des sûretés n'est pas précédé d'un appel aux créanciers, comme c'est le cas en matière de fusion (art. 25, al. 2, P-LFus) et de scission (art. 45 P-LFus).

La réglementation du transfert de patrimoine restreint le droit d'exiger des sûretés aux créanciers dont la créance fait l'objet du transfert de patrimoine: les autres créanciers n'en bénéficient pas. A titre de comparaison, les dispositions concernant la protection des créanciers en matière de fusion (art. 25 P-LFus) et de scission (art. 46 P-LFus) prévoient que les créanciers de l'ensemble des sujets participants peuvent exiger des sûretés, y compris les créanciers du sujet reprenant. En limitant le droit d'exiger des sûretés aux créanciers dont la créance est transférée, la réglementation du transfert de patrimoine n'est pas cohérente et nécessiterait d'être harmonisée avec celle applicable lors de fusions et de scissions. En effet, les risques d'atteintes aux droits des créanciers sont similaires, indépendamment de l'opération de modification des structures juridiques envisagée. La nouvelle réglementation de la loi sur la fusion constitue néanmoins, du point de vue des créanciers, une amélioration par rapport à celle de l'actuel article 181 CO, qui ne prévoit elle aucune possibilité d'exiger des sûretés.

²⁹ Cf. les art. 742 ss CO pour le droit de la société anonyme. Ces dispositions sont également applicables à la société en commandite par actions (art. 770, al. 2, CO), à la société à responsabilité limitée (art. 823 CO), à la société coopérative (art. 913, al. 1, CO) et à l'association (art. 58 CC et 913, al. 1, CO).

2. Conditions

L'article 75, alinéa 3, P-LFus prévoit l'obligation de fournir des sûretés dans deux situations:

- La responsabilité solidaire prend fin avant l'expiration du délai de trois ans prévu à l'article 75, alinéa 1, P-LFus (let. a)

Cette condition est remplie lorsque l'un des sujets participant au transfert de patrimoine disparaît dans les trois années qui suivent l'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine. La disparition du sujet peut notamment être consécutive à sa faillite³⁰ ou à sa liquidation ordinaire³¹. En vertu de la réserve en faveur des dispositions concernant la liquidation de l'article 69, alinéa 2, P-LFus, les règles visant la protection des créanciers prévues aux articles 742 ss CO s'appliquent cumulativement lors de la liquidation du sujet. Ces dispositions du droit de la société anonyme sont également applicables à d'autres formes de sociétés (société en commandite par actions, société à responsabilité limitée, société coopérative et association)³². L'application cumulative de ces dispositions renforce la protection des créanciers. En effet, ces derniers peuvent exiger des sûretés de la part du sujet solidairement responsable de leur choix: l'article 75, alinéa 3, P-LFus prévoit, sans autre précision, que "les sujets participant au transfert de patrimoine" sont tenus de fournir des sûretés.

- Les créanciers rendent vraisemblable que la responsabilité solidaire au sens de l'article 75, alinéa 1, P-LFus ne constitue pas une protection suffisante (let. b)

La formulation très large de cette disposition doit permettre d'envisager l'ensemble des hypothèses où, bien que le sujet transférant continue d'exister, la responsabilité solidaire s'avère ne pas protéger de manière suffisante le créancier contre le changement de débiteur consécutif au transfert de patrimoine. Il appartient cependant au créancier de prouver que la responsabilité solidaire n'est pas suffisante. Par rapport à la

³⁰ FF 2000 p. 4119.

³¹ C'est notamment le cas lorsqu'un sujet procède, par le biais d'un transfert de patrimoine, à une opération économiquement similaire à une fusion, à une scission ou à une transformation (à ce sujet, cf. chap. 5 § 2, ci-dessus). Toutefois, la dissolution du sujet sera, en général, décidée avant la réalisation du transfert de patrimoine.

³² Art. 770, al. 2, 823, 913, al. 1, CO et art. 58 CC.

réglementation de la protection des créanciers dans le cadre d'une fusion, le fardeau de la preuve est donc inversé: selon l'article 25, alinéa 3, P-LFus, la société doit, pour se libérer de son obligation de fournir des sûretés, prouver que la fusion ne compromet pas l'exécution de la créance³³. Il n'en demeure pas moins que le sujet appelé à fournir des sûretés dans le cadre d'un transfert de patrimoine peut devoir collaborer à l'établissement de la preuve et notamment devoir autoriser les créanciers à consulter ses comptes annuels: l'intérêt digne de protection, au sens de l'article 697h, alinéa 2, CO, doit être reconnu dans ce cas³⁴.

Contrairement à l'hypothèse envisagée par l'article 75, alinéa 3, lettre a, P-LFus, les sûretés sont attribuées uniquement au créancier qui en fait la demande. En cas de litige quant au droit à l'obtention de sûretés, il appartient au tribunal de trancher³⁵.

Dans ces deux hypothèses les sûretés sont fournies postérieurement à la réalisation du transfert de patrimoine³⁶. En effet, le but de l'article 75, alinéa 3, P-LFus est de protéger les créanciers contre les éventuelles atteintes à leurs droits qui se produisent tant simultanément que postérieurement à la réalisation du transfert de patrimoine.

3. Nature des sûretés

Les sûretés que peuvent devoir fournir les sujets participant au transfert de patrimoine sont les mêmes qu'en matière de fusion (art. 25 P-LFus). A cet égard, le message du Conseil fédéral³⁷ précise qu'elles peuvent prendre deux formes:

- garanties personnelles: cautionnement (art. 492 ss CO), porte-fort (art. 111 CO) ou reprise cumulative de dette;
- garantie réelle: gage (art. 793 ss et 884 ss CC).

³³ Au sujet de la justification de cette réglementation, cf. FF 2000 p. 4080.

³⁴ Cf. également l'art. 963 CO.

³⁵ Il en va de même lorsque les sûretés sont refusées suite à une fusion; cf. FF 2000 p. 4080.

³⁶ FF 2000 p. 4119. L'art. 25 P-LFus prévoit également que les sûretés sont fournies une fois la fusion réalisée. La demande en vue d'obtenir des sûretés doit cependant être déposée dans les 3 mois qui suivent l'inscription au registre du commerce de la fusion.

³⁷ FF 2000 p. 4079.

4. Exception

Conformément à l'article 75, alinéa 4, P-LFus, les sujets tenus de fournir des sûretés peuvent, en lieu et place, exécuter la créance de manière anticipée³⁸. Il ne doit cependant en résulter aucun dommage pour les autres créanciers, y compris ceux dont la créance ne fait pas l'objet du transfert de patrimoine. En principe, l'exécution anticipée de la créance est toujours plus favorable aux créanciers que l'octroi de sûretés. Dans tous les cas, elle ne doit pas contrevenir à l'intention des parties, telle qu'elle ressort des clauses ou de la nature du contrat, ou encore des circonstances³⁹.

§ 3 Droits des travailleurs

I. Droit d'exiger des sûretés

En principe, le projet de loi sur la fusion protège de la même manière les droits patrimoniaux des travailleurs (créances résultant de rapports de travail) et ceux des créanciers "ordinaires" du sujet transférant. En effet, l'article 76, alinéa 2, P-LFus renvoie à l'article 75 P-LFus en ce qui concerne la responsabilité solidaire des sujets participant au transfert de patrimoine et l'éventuel droit des créanciers à l'obtention de sûretés. Selon cette disposition, l'ancien employeur (sujet transférant) répond solidairement pendant trois ans de l'exécution des dettes qui font l'objet du transfert de patrimoine⁴⁰. Lorsque la responsabilité solidaire prend fin avant l'écoulement du délai de trois ans ou qu'elle ne constitue pas une protection suffisante, le travailleur peut alors exiger des sûretés⁴¹.

Conformément à l'article 76, alinéa 2, P-LFus, la responsabilité solidaire et l'éventuel droit d'exiger des sûretés ne visent pas uniquement les dettes exigibles au moment de la réalisation du transfert de patrimoine; ils s'étendent également à l'ensemble des dettes résultant du contrat de travail qui deviendront exigibles jusqu'à la date à laquelle les rapports de travail pourraient normalement prendre fin ou prendront fin si le travailleur s'oppose

³⁸ Les art. 25, al. 4, et 46, al. 3, P-LFus contiennent une disposition identique en matière de fusion et de scission.

³⁹ Art. 81 CO. Cf. également FF 2000 p. 4119.

⁴⁰ Cf. également MICHAEL E. WINKLER, RSJ 97, p. 484 s.

⁴¹ Cf. chap. 12 § 2 II. (ci-dessus).

au transfert des rapports de travail conformément à l'article 333, alinéas 1 et 2, CO. Ainsi, la protection des droit patrimoniaux des travailleurs porte aussi sur une partie de leurs prétentions futures, postérieures à la réalisation du transfert de patrimoine⁴².

II. Transfert des rapports de travail

1. Principe

Le transfert de patrimoine peut, tout comme la fusion et la scission⁴³, impliquer le transfert de rapports de travail du sujet transférant au sujet reprenant⁴⁴. A cet effet, l'article 76, alinéa 1, P-LFus prévoit expressément que le transfert des rapports de travail est régi par l'article 333 CO. Avec ce renvoi au code des obligations, le projet de loi sur la fusion met un terme à la controverse dans la doctrine quant à l'application de l'article 333 CO lors de transferts d'entreprises de par la loi⁴⁵.

2. Réglementation de l'article 333 CO

Conformément à l'article 333 CO, si l'employeur transfère tout ou partie de l'entreprise à un tiers, les rapports de travail passent au sujet reprenant avec

⁴² FF 2000 p. 4120. Les prétentions futures des travailleurs sont également protégées lors de fusions (art. 27, al. 2, P-LFus) et de scissions (art. 49, al. 2, P-LFus). La réglementation du projet de loi sur la fusion n'est donc pas fondamentalement différente de celle de l'actuel art. 333, al. 3, CO, qui prévoit également la responsabilité solidaire de l'ancien employeur pour les prétentions futures en cas de transfert des rapports de travail.

⁴³ Cf. les art. 27, al. 1, (fusion) et 49, al. 1, (scission) P-LFus. L'application de l'art. 333 CO lors de fusion est d'ailleurs discutée en droit actuel. A ce sujet, cf. notamment l'initiative parlementaire JOST GROSS (97.407) BO CN 1998 p. 579 ss.

Les dispositions relatives à la protection des travailleurs lors de transformations (art. 68 P-LFus) ne traitent en revanche pas du transfert des rapports de travail. En effet, selon la conception du projet de loi sur la fusion, la transformation consiste en un simple changement de la forme juridique du sujet; son patrimoine n'est pas transféré (cf. également art. 53 P-LFus). Il est donc superflu de régler le transfert des rapports de travail; cf. FF 2000 p. 4111.

⁴⁴ FF 2000 p. 4119.

⁴⁵ Cf. notamment THOMAS BRÄNDLI, p. 146 ss; STEFAN EBERHARD, p. 256 s. et les références citées; CHRISTIAN SUFFERT, p. 46 ss; MICHAEL E. WINKLER, p. 33 ss.

tous les droits et les obligations qui en découlent (al. 1)⁴⁶. Le transfert des rapports de travail intervient au jour du transfert de patrimoine, c'est-à-dire à la date de l'inscription au registre du commerce prévue à l'article 73 P-LFus. Le travailleur peut néanmoins s'opposer au transfert des rapports de travail. Dans cette hypothèse, les rapports de travail prennent fin à l'expiration du délai de congé légal; jusqu'à cette date, le sujet reprenant et le travailleur sont tenus d'exécuter leurs obligations résultant du contrat (al. 2). Lorsque les rapports de travail sont régis par une convention collective, ils continuent d'être réglés par celle-ci pendant le délai d'une année, pour autant toutefois que la convention collective ne prenne pas fin avant l'expiration de ce délai (al. 1bis).

L'article 333 CO règle un cas particulier de cession de contrat. Par conséquent, l'application de cette disposition en matière de transferts de patrimoine déroge au principe général qui veut que le transfert de patrimoine ne permette pas, à lui seul, de substituer une partie à une autre⁴⁷.

3. Étendue des rapports de travail transférés

Afin de garantir la sécurité du droit et, notamment de limiter les incertitudes quant à l'étendue des rapports de travail transférés, les sujets participant au transfert de patrimoine doivent déterminer les rapports de travail qui seront transférés. Conformément à l'article 71, alinéa 1, lettre e, P-LFus, le contrat de transfert doit contenir la liste des rapports de travail transférés. La mention des rapports de travail dans cette liste n'est cependant pas décisive pour leur transfert au sujet reprenant. En effet, selon l'article 333, alinéa 1, CO, les rapports de travail rattachés à l'entreprise, ou à la part d'entreprise, qui fait l'objet du transfert de patrimoine sont transférés automatiquement au sujet reprenant (qui a l'obligation de les reprendre); il ne peut s'y opposer⁴⁸. Dès lors, la mention des rapports de travail dans le contrat de transfert n'a qu'une valeur déclarative⁴⁹; elle ne s'oppose pas au

⁴⁶ Concernant la réglementation de l'art. 333 CO, cf. THOMAS BRÄNDLI, p. 156 ss; CHRISTIAN SUFFERT, p. 49 ss; MICHAEL E. WINKLER, p. 62 ss.

⁴⁷ Le transfert d'un contrat est, en principe, assujéti à la conclusion d'un contrat de cession supplémentaire, qui met en présence l'ensemble des parties au contrat cédé. A ce sujet, cf. chap. 7 § 3 III. 2. (ci-dessus).

⁴⁸ ATF 123 III 466, spéc. 468. STEFAN EBERHARD, p. 256.

⁴⁹ MICHAEL E. WINKLER, RSJ 97, p. 479 s. (concerne la scission).

transfert des rapports de travail rattachés à l'entreprise, ou à la part d'entreprise, transférée que les parties au contrat ont omis de mentionner.

III. Droit d'être consultés

1. Principe

En vertu du renvoi de l'article 77, alinéa 1, P-LFus, les travailleurs ont le droit d'être consultés lors de transferts de patrimoine conformément à l'article 333a CO⁵⁰. Le premier alinéa de cette disposition statue l'obligation pour l'employeur d'informer en temps utile la représentation des travailleurs ou, faute de représentation, les travailleurs en cas de transfert de l'entreprise ou d'une partie de celle-ci. Les modalités de la consultation des travailleurs font l'objet de précisions dans la loi sur la participation⁵¹.

2. Réglementation de l'article 333a CO

L'article 333a CO⁵² prévoit que l'employeur doit informer la représentation des travailleurs ou, à défaut, les travailleurs eux-mêmes. Dans les entreprises occupant au moins 50 travailleurs, ceux-ci peuvent élire parmi eux des représentants, regroupés en une ou plusieurs représentations⁵³. Dans les entreprises sans représentation des travailleurs, ces derniers bénéficient directement du droit à l'information⁵⁴.

⁵⁰ Cf. également MICHAEL E. WINKLER, RSJ 97, p. 485 ss.

⁵¹ Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises du 17 décembre 1993; RS 822.14.

⁵² Cf. également l'art. 10, let. b, de la loi sur la participation.

⁵³ Art. 3 de la loi sur la participation. Cf. également WALO C. ILG, p. 42 s; LIENHARD MEYER, p. 16 s.

⁵⁴ Art. 4 de la loi sur la participation.

Le contenu de l'information porte sur les éléments suivants⁵⁵:

- Le motif du transfert de l'entreprise

Il s'agit d'apporter des précisions sur le contexte dans lequel le transfert de patrimoine est réalisé, notamment lorsqu'il sert à réaliser une transaction économiquement similaire à une fusion, une scission ou une transformation, ainsi que sur ses conséquences sur les structures juridiques des sujets qui y participent.

- Les conséquences juridiques, économiques et sociales du transfert pour les travailleurs

L'information doit également porter sur les mesures qui touchent les travailleurs, telles que les licenciements et le déplacement du siège de l'exploitation⁵⁶.

L'information des travailleurs implique également le droit pour ces derniers de faire des propositions; celles-ci ne lient pas l'employeur, mais doivent être examinées avec la diligence requise. Ces propositions peuvent notamment viser à atténuer les conséquences juridiques, économiques et sociales qui peuvent résulter du transfert de patrimoine. Afin que l'employeur ait au moins la possibilité de donner suite à ces propositions, l'article 333a, alinéa 1, CO prévoit que l'information doit intervenir en temps utile, c'est-à-dire à un stade où le transfert de patrimoine n'a pas encore déployé ses effets juridiques.

Contrairement à la réglementation de l'article 333a CO, qui s'adresse uniquement à l'employeur qui transfère son entreprise, l'article 77, alinéa 1, P-LFus précise que le sujet reprenant doit également informer sa propre représentation des travailleurs ou, à défaut de représentation, les travailleurs. Le message du Conseil fédéral justifie la consultation de la représentation des travailleurs de l'ensemble des sujets participants par le fait que les conséquences du transfert de patrimoine pour les travailleurs peuvent toucher aussi bien les travailleurs du sujet transférant que ceux du su-

⁵⁵ Les travailleurs ont un droit à l'information en partie similaire à celui dont bénéficient les associés de la société transférante. L'art. 74, al. 2, let. a et d, P-LFus prévoit que les associés doivent être informés du but et des conséquences du transfert de patrimoine ainsi que de ses répercussions sur les travailleurs. A ce sujet, cf. chap. 11 § 2 IV. (ci-dessus).

⁵⁶ WALO C. ILG, p. 65.

jet reprenant⁵⁷. Par ailleurs, l'article 77, alinéa 3, P-LFus étend également le champ d'application de l'article 333a CO aux sociétés reprenantes dont le siège est à l'étranger⁵⁸. Selon le message du Conseil fédéral, l'article 77, alinéa 3, P-LFus doit être considéré comme une loi d'application immédiate au sens de l'article 18 LDIP⁵⁹. Le but de cette disposition est de permettre une meilleure protection des droits des travailleurs lors de transferts de patrimoine mettant en présence des sujets ayant leur siège dans différents Etats⁶⁰, notamment lorsque le droit étranger applicable contient des dispositions relatives à la consultation des travailleurs qui sont moins contraignantes que celles prévues par le droit suisse.

3. Moment de la consultation

Selon l'article 333a, alinéa 1, CO, l'employeur doit informer la représentation des travailleurs ou les travailleurs en temps utile. Cette même disposition précise encore que la consultation doit intervenir avant la réalisation du transfert de l'entreprise.

Ainsi, la consultation de la représentation des travailleurs doit avoir lieu avant que le transfert de patrimoine ne soit devenu effectif, c'est-à-dire entre le moment de la conclusion du contrat de transfert selon l'article 70, alinéa 1, P-LFus et celui de la réquisition d'inscription au registre du commerce au sens de l'article 73, alinéa 1, P-LFus⁶¹. L'employeur peut bien entendu consulter préalablement, par exemple lors de la phase des pourparlers contractuels entre les sujets participant au transfert de patrimoine. La consultation des travailleurs à ce stade déjà peut cependant soulever certaines difficultés. Le secret des affaires et les négociations relatives au

⁵⁷ Cf. FF 2000 p. 4120. Il en va de même lors de fusions et de scission; cf. les art. 28, al. 1, et 50 (qui renvoie à l'art. 28) P-LFus.

⁵⁸ La même réglementation est prévue en matière de fusion (art. 28, al. 4, P-LFus) et de scission (art. 50 P-LFus, qui renvoie à l'art. 28 P-LFus).

⁵⁹ FF 2000 p. 4082.

⁶⁰ Concernant l'admissibilité du transfert de patrimoine auquel sont parties un sujet suisse et un sujet étranger, cf. art. 163d P-LDIP.

⁶¹ En matière de fusion, le message du Conseil fédéral précise que l'information des travailleurs doit avoir lieu avant la décision de l'assemblée générale (FF 2000 p. 4082). Le projet de loi sur la fusion ne prévoyant pas que le transfert de patrimoine doit être soumis à l'approbation de l'assemblée générale (cf. chap. 9 § 2, ci-dessus), le moment déterminant doit être celui de son inscription au registre du commerce.

contrat pourraient être affectés; il pourrait également en résulter un risque de délit d'initié au sens de l'article 161 CP⁶².

4. Sanction

Conformément à l'article 77, alinéa 2, P-LFus, la représentation des travailleurs ou les travailleurs eux-mêmes peuvent exiger du tribunal qu'il interdise l'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine lorsque leur droit à la consultation n'a pas été respecté⁶³. La possibilité de bloquer l'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine doit garantir la mise en œuvre du droit à la consultation⁶⁴.

L'action visant à interdire l'inscription au registre du commerce doit être intentée auprès du tribunal au siège de l'un des sujets participant au transfert de patrimoine (art. 29a P-LFors). La requête de la représentation des travailleurs peut intervenir par le biais d'une opposition de droit privé au sens de l'article 32 ORC⁶⁵. Lorsque l'inscription au registre du commerce a été interdite par un tribunal, les sujets doivent procéder à l'ensemble des formalités requises afin de rétablir une situation conforme au droit.

⁶² CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, p. 49. Au sujet de la fusion, cf. également FF 2000 p. 4082.

⁶³ Une réglementation identique est prévue en matière de fusion (art. 28, al. 3, P-LFus) et de scission (art. 50 P-LFus qui renvoie à l'art. 28 P-LFus).

⁶⁴ FF 2000 p. 4082, concernant la fusion.

⁶⁵ GREGOR THOMI, p. 451; FF 2000 p. 4082 concernant la fusion. Au sujet de l'art. 32 ORC, cf. PETER V. KUNZ, § 11 N 177 ss; PETER LEHMANN, p. 254 ss; KARL REBSAMEN, N 71 s.; THOMAS SCHNEIDER, p. 118 ss; MICHAEL E. WINKLER, RSJ 97, p. 487.

Conclusion

La réglementation du "transfert de patrimoine" proposée par le projet de loi sur la fusion est cohérente et globalement réussie. Il faut ici saluer le courage du législateur d'avoir osé l'innovation et de s'être risqué à élaborer une réglementation sans s'inspirer d'un modèle existant. Cette nouvelle institution juridique s'intègre parfaitement dans la loi sur la fusion et complète judicieusement la réglementation de la fusion, de la scission ainsi que de la transformation. Elle permettra également de combler les lacunes du droit actuel et, en particulier, de l'article 181 CO.

Grâce à un transfert de par la loi (transfert selon inventaire), le projet de loi sur la fusion répond aux besoins de la pratique en simplifiant grandement la procédure à suivre lors de cessions d'ensembles d'éléments patrimoniaux. La nouvelle réglementation ne fait cependant pas prévaloir aveuglément les intérêts des sujets participant au transfert de patrimoine sur ceux des autres parties prenantes. En particulier, les associés, les créanciers et les travailleurs bénéficient de mesures de protection ainsi que d'une information adéquates.

A juste titre, le projet du Conseil fédéral ne pose presque pas de restrictions au champ d'application personnel du transfert de patrimoine: tout sujet inscrit au registre du commerce peut en faire usage et n'importe quel ensemble d'éléments patrimoniaux (voire même un seul droit) peut être transféré par ce biais. Par ailleurs, les formalités à respecter sont particulièrement simples: elles se limitent à la conclusion d'un contrat de transfert revêtant, en principe, la forme écrite, à une inscription au registre du commerce, à la consultation des travailleurs et, selon l'importance économique du transfert de patrimoine, à l'information des associés.

Il faut, par conséquent, s'attendre à ce que le transfert de patrimoine acquière rapidement une importance pratique considérable. Il devrait même bouleverser les habitudes en matière de cession d'ensembles d'éléments patrimoniaux et ouvrir des perspectives jusqu'alors inconnues en matière de réorganisation des structures juridiques des entreprises.

La nouvelle réglementation n'est cependant pas sans failles et laisse entrevoir un certain nombre de problèmes qui, pour certains, font d'ores et déjà l'objet de discussions dans la doctrine. Pour l'essentiel, il s'agit des questions suivantes:

- **Etendue du transfert selon inventaire:** suivant la prise de position du Conseil fédéral, confirmée par les délibérations au Parlement, il y a lieu

de considérer que seuls les éléments patrimoniaux susceptibles d'être transférés (cessibles) peuvent faire l'objet d'un transfert de patrimoine¹. En particulier, les restrictions (légales et conventionnelles) au transfert de certains éléments patrimoniaux (contrats, actions nominatives liées p. ex.) ne sont pas automatiquement levées. Sur ce point, le transfert selon inventaire se distingue donc de la succession à titre universel, telle qu'elle est prévue en matière de fusion.

- **Transferts de patrimoine autorisés:** le sujet reprenant, lorsqu'il s'agit d'une personne physique, ne doit pas nécessairement être préalablement inscrit au registre du commerce afin de pouvoir participer au transfert de patrimoine².
- **Objet du transfert de patrimoine:** les éléments patrimoniaux transférés ne doivent pas obligatoirement être affectés à un but spécial et ne doivent notamment pas servir à l'exploitation d'une entreprise³. N'importe quelle combinaison d'éléments patrimoniaux peut donc être transférée.
- **Soumission du transfert de patrimoine à l'approbation de l'assemblée générale ou aux associés:** le transfert de patrimoine peut être valablement réalisé par l'organe supérieur de direction ou d'administration du sujet. La question d'une éventuelle intervention de l'assemblée générale ou des associés doit être examinée à la lumière des circonstances du cas concret et plus spécialement au regard du but statutaire du sujet. La collaboration de l'assemblée générale ou des associés demeure également réservée lorsque le transfert de patrimoine équivaut à la liquidation de fait du sujet⁴.
- **Forme du contrat de transfert de patrimoine:** selon le projet du Conseil fédéral, le contrat doit revêtir la simple forme écrite. Le Conseil des Etats a amendé cette réglementation dans l'idée d'introduire la forme authentique lorsque le transfert de patrimoine porte sur des immeubles. Le texte peu satisfaisant adopté par le Conseil des Etats a été modifié de manière judicieuse par le Conseil national⁵.

¹ Cf. chap. 4 § 3 et 7 § 3.

² Cf. chap. 6 § 2.

³ Cf. chap. 7 § 1.

⁴ Cf. chap. 9 § 2.

⁵ Cf. chap. 9 § 3.

- **Degré de détail de l'inventaire:** l'ensemble des éléments patrimoniaux qui seront transférés doivent être désignés clairement dans un inventaire. Cette exigence, en soi justifiée, ne doit pas être interprétée de manière trop restrictive. Si la description doit être suffisamment concrète afin de permettre l'attribution des éléments patrimoniaux avec certitude, il s'agit néanmoins de prendre en considération les circonstances du cas d'espèce et notamment de permettre certains regroupements et des renvois à des documents annexes⁶.
- **Effets de l'inscription au registre du commerce:** l'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine a un effet constitutif et provoque le transfert, de par la loi, des droits énumérés dans l'inventaire. Lorsque le transfert de patrimoine est affecté d'un vice, ce dernier n'est pas "guéri" par l'inscription au registre du commerce⁷.
- **Information des associés:** les associés ont, sous certaines conditions, le droit d'être informés des détails du transfert de patrimoine. Toutefois, le projet du Conseil fédéral restreint, de manière peu conséquente, ce droit aux seuls associés de la société transférante⁸.
- **Excédent d'actifs:** en stipulant que la valeur des éléments patrimoniaux transférés doit, dans tous les cas, présenter un excédent d'actifs, le projet de loi sur la fusion pose une exigence trop absolue⁹.
- **Responsabilité solidaire et droit d'obtenir des sûretés:** seuls les créanciers dont la créance est transférée bénéficient de ces mesures de protection. En revanche, les autres créanciers, dont les droits peuvent également être lésés du fait du transfert de patrimoine, ne sont pas protégés¹⁰.

⁶ Cf. chap. 9 § 4 II.

⁷ Cf. chap. 9 § 5 et 10 § 3.

⁸ Cf. chap. 11 § 2.

⁹ Cf. chap. 12 § 1.

¹⁰ Cf. chap. 12 § 2.

COLLECTION NEUCHÂTELOISE

Roland Ruedin (éd.)

Mélanges en l'honneur de
Carlo Augusto Cannata
1999

François Bohnet

La théorie générale des papiers-valeurs
Passé, présent, futur
2000

Pierre-Henri Bolle (éd.)

Mélanges en l'honneur de
Henri-Robert Schüpbach
2000

Sibilla Giselda Cretti

Les relations de trust et la fiscalité suisse
nationale et internationale
2001

Pierre-Henri Bolle / Heinz Steffen (éd.)

La criminalité financière –
Finanzkriminalität – Financial Crime
Actes du 60^e Cours international de
criminologie
2002

François Bohnet

Code de procédure civile neuchâtelaise
CPCN commenté
2003

Bernhard Pulver

L'interdiction de la discrimination
Etude de l'article 8 alinéa 2 de la
Constitution fédérale du 18 avril 1999
2003

Il existe sans doute un besoin pour les entreprises de pouvoir transférer une multitude d'éléments patrimoniaux, en un seul acte et selon une procédure simplifiée. Jusqu'à ce jour, la pratique s'est contentée de bases légales très sommaires en la matière. Avec le projet de loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, une réforme complète de ces dispositions est engagée.

Le transfert de patrimoine est élevé au rang d'une institution juridique autonome, dans le but de faciliter la réorganisation des structures juridiques des entreprises et de leur offrir de nouveaux outils à ces fins.

En tant que principale innovation du projet de loi sur la fusion, le transfert de patrimoine devrait rapidement acquies une importance pratique considérable.

À l'initiative de l'administration, le Conseil fédéral a eu le courage de proposer une institution juridique très novatrice, qui doit remédier aux lacunes du droit actuel et répondre aux besoins de l'économie.

Le présent ouvrage expose les contours de la nouvelle réglementation et l'état dans l'ordre juridique suisse, ceci tant dans le cadre du droit actuel que dans la perspective de la future loi sur la fusion.

L'auteur

Nicholas Juret est directeur supérieur de l'Office fédéral du registre du commerce et chef du projet «loi sur la fusion» à l'Office fédéral de la justice.

ISBN 3-7190-2223-4



9 783719 022235