

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT

**LE TRANSFERT DE PATRIMOINE DANS LA LFUS, À LA
LUMIÈRE NOTAMMENT DES NOTIONS DE PATRIMOINE ET
D'INVENTAIRE**

**Mémoire de Master en droit
Sous la direction du Professeur J.-L. Chenux**

Janvier 2008

Nicolas Pellaton

Table des matières

Bibliographie	4
Travaux préparatoires	11
Abréviations	12
1 Introduction	16
1.1 Le transfert de patrimoine a-t-il un avenir?	16
1.1.1 Une nouvelle institution juridique	16
1.1.2 "Chronique d'une mort annoncée"	18
1.2 L'espoir	19
1.2.1 Le point sur la situation	19
1.2.2 Le Projet de mini-révision de la Loi sur la fusion (Prof. A. Binder & al.)	21
1.3 L'importance de l'inventaire dans ce débat	22
1.3.1 Un point essentiel	22
1.3.2 Méthode d'analyse	23
2 Généralités	23
2.1 Les buts de la Loi sur la fusion	23
2.2 La définition générale du transfert de patrimoine	24
2.3 Le champ d'application personnel du transfert de patrimoine	25
2.3.1 La notion de sujet	25
2.3.2 Les transferts de patrimoine autorisés	26
2.4 La notion de patrimoine	27
2.4.1 Le patrimoine en tant qu'objet du transfert	27
2.4.2 L'abandon de la distinction entre patrimoine et entreprise? (part 1)	29
2.4.3 Les contrats en tant qu'éléments patrimoniaux	30
2.5 La notion de transfert	31
2.5.1 Transfert selon inventaire ou succession universelle (partielle)?	31
2.5.2 L'enjeu de la controverse	34
2.6 Le transfert des rapports contractuels	34
2.6.1 Remarques introductives	34
2.6.2 La théorie du consentement modifiée (aperçu)	35
2.6.3 L'abandon de la distinction entre patrimoine et entreprise? (part 2)	36
3 Le contrat de transfert de patrimoine	40
3.1 La compétence de conclure	40
3.1.1 Cas général	40
3.1.2 Cas particuliers (aperçu)	42
3.2 Les exigences formelles	42
3.2.1 La forme écrite	42
3.2.2 La forme authentique (aperçu)	43
3.3 Le contenu du contrat (renvoi)	43
3.4 L'inscription au registre du commerce	43

3.4.1	Le but de l'inscription	43
3.4.2	La réquisition d'inscription	44
3.4.3	Le pouvoir de contrôle du préposé au registre du commerce (part 1)	44
3.4.4	L'inscription et ses effets	47
3.4.5	Le problème de la publicité en particulier	48
4	Le contenu du contrat de transfert	49
4.1	L'identification des participants au transfert	49
4.2	L'inventaire (renvoi)	50
4.3	La valeur totale des éléments patrimoniaux transférés	50
4.3.1	Généralités	50
4.3.2	L'évaluation	51
4.3.3	Les problèmes liés à la nature évolutive du patrimoine	53
4.3.4	L'exigence d'un excédent d'actifs est-elle justifiée?	53
4.4	La contre-prestation	56
4.4.1	En général	56
4.4.2	Les limites posées par la loi (aperçu)	57
4.5	La liste des rapports de travail transférés	58
4.5.1	L'articulation de la Loi sur la fusion et de l'article 333 CO	58
4.5.2	La protection de la personnalité du travailleur (aperçu et renvoi)	59
4.5.3	Petite digression	60
4.6	Les autres clauses (aperçu)	60
5	L'inventaire	61
5.1	Présentation générale	61
5.2	Les enjeux (aperçu)	63
5.2.1	La protection de la personnalité	63
5.2.2	La confidentialité	65
5.3	Le sort des éléments patrimoniaux non attribués	66
5.4	Le degré de précision de l'inventaire	69
5.4.1	Analyse détaillée	69
5.4.2	La question des contrats en particulier	72
5.5	Le pouvoir de contrôle du préposé au registre du commerce (part 2)	73
6	Conclusion	74

Bibliographie

- ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS, Circulaire no 5, « Restructurations », du 1^{er} juin 2004, disponible à l'adresse <http://www.estv.admin.ch/f/dvs/kreisschreiben/1-005-DVS-2004-f.pdf> [cité : AFC, Circulaire restructurations]¹ ;
- AEBERSOLD THOMAS, Umstrukturierung von Unternehmen durch Vermögensübertragung, NB 2004, pp. 147 ss [cité : Aebersold, NB 2004] ;
- ALTENBURGER PETER R. / CALDERAN MASSIMO / LEDERER WEMER, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht : ein Handbuch zum Fusionsgesetz, zur Handelsregisterverordnung und zum Steuerrecht, Zurich, Bâle, Genève 2004 [cité : Altenburger/Calderan/Lederer, Umstrukturierungsrecht] ;
- ASSOCIATION HENRI CAPITANT, Vocabulaire juridique, publié sous la direction de G. Cornu, 6e éd., Paris 2004 [cité : AHC/Cornu, Vocabulaire juridique] ;
- AUBERT JEAN-LUC / FLOUR YVONNE / SAVAUX ÉRIC, Les obligations : Vol. 3, Le rapport d'obligation : la preuve, les effets de l'obligation, la responsabilité contractuelle, transmission, transformation, extinction, 2e éd., Paris 2001 [cité : Aubert/Flour/Savaux, Obligations 3] ;
- BAHAR RASHID, Art. 69-75 LFus, in Commentaire LFus : Commentaire de la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, H. Peter et R. Trigo Trindade éds, Genève, Zurich, Bâle 2005 [cité : Bahar, Commentaire LFus] ;
- BÄR ROLF, Die Kognition des Handelsregisterführers : zum Aufsatz von Prof. Dr. Peter Forstmoser in REPRAX 2/1999 S. 1 ff., REPRAX 2000, pp. 53 ss [cité : Bär, REPRAX 2001] ;
- BAUEN MARC / JEGHER GION / WENGER BORIS / ZEN-RUFFINEN MARIE-NOËLLE, Merger Law / Loi sur la fusion / Fusionsgesetz / Legge sulla fusione, Zurich 2005 [cité : Bauen/Jegher/Wenger/Zen-Ruffinen, Loi sur la fusion] ;
- BAUMANN ROBERT, Die Übertragung von Arbeitnehmerdaten bei Betriebsübergängen, PJA 2004, pp. 638 ss [cité : Baumann, PJA 2004] ;
- BERETTA PIERA, Rem. prélim. aux art. 69-77 LFus ; art. 69-75 LFus, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz : Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003 sowie zu den ergänzenden Erlassen (IRPG, Steuerrecht), F. Vischer et Vischer, Anwälte und Notare éds, Zurich, Bâle, Genève 2004 [cité : Beretta, ZüKo] ;
- BERETTA PIERA, Vertragsübertragungen im Anwendungsbereich des geplanten Fusionsgesetzes, RSJ 2002, pp. 249 ss [cité : Beretta, RSJ 2002] ;
- BERTSCHINGER URS, Die Klagen gemäss Fusionsgesetz : ein Überblick, PJA 2004, pp. 839 ss [cité : Bertschinger, PJA 2004] ;
- BERTSCHINGER URS, Spaltungsvertrag und Vermögensübertragungsvertrag gemäss Fusionsgesetz : neue Nominatkontrakte, in H. Honsell, W. Portmann, R. Zäch et D. Zobl éds, Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts : Festschrift für Heinz Rey, Zurich 2003, pp. 359 ss [cité : Bertschinger, Mél. H. Rey] ;

1 Les liens sont à jour au 15 janvier 2008.

- BINDER ANDREAS, Wege, Irrwege und Umwege für Umstrukturierungen : Situation de lege lata und Vorschläge de lege ferenda, GesKR 2007 pp. 123 ss [cité : Binder, GesKR 2007] ;
- BINDER ANDREAS, Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften bei Spaltung und Vermögensübertragung : Beitrag zu einer sachgerechten Auslegung des Fusionsgesetzes, Zurich 2005 [cité : Binder, Schutz der Gläubiger] ;
- BINDER ANDREAS / ROBERTO VITO / SCHENKER URS / TSCHÄNI RUDOLPH / WATTER ROLPH, Projekt Minirevision Fusionsgesetz, Zurich, Baden, St-Gall 2006, état au 18 février 2006, disponible à l'adresse http://www.binderlegal.ch/publikationen/Projekt_Minirevision_FusG_Stand180206.pdf [cité : Binder/Roberto/Schenker/Tschäni/Watter, PMRFG] ;
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 3e éd., Zurich 2004 [cité : Böckli, Aktienrecht] ;
- BOEMLE MAX, Unternehmungsfinanzierung : Instrumente, Märkte, Formen, Anlässe, 12e éd., Zurich 1998 [cité : Boemle, Unternehmungsfinanzierung] ;
- BOHRER ANDREAS, Übergang von Verträgen bei der Vermögensübertragung : Irrungen und Wirrungen mit Praxisrelevanz, ECS 2004 pp. 933 ss [cité : Bohrer, ECS 2004] ;
- BRUNNER CHRISTIANE / BÜHLER JEAN-MICHEL / WAEBER JEAN-BERNARD / BRUCHEZ CHRISTIAN, Commentaire du contrat de travail (selon le code des obligations), 3e éd., Lausanne 2004 [cité : Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Commentaire CDT] ;
- BUCHER ANDREAS, Personnes physiques et protection de la personnalité, 4e éd., Bâle, Genève, Munich 1999 [cité : Bucher, Personnes physiques] ;
- BÜCHI RAPHAEL, Allgemeine Inventarpflicht für Verträge bei der Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz?, REPRAX 2006, pp. 45 ss [cité : Büchi, REPRAX 2006] ;
- BÜCHI RAPHAEL, Spin-off : Rechtliche Aspekte von Abspaltungen bei Publikumsgesellschaften, thèse Berne 2001 [cité : Büchi, Spin-off] ;
- VON BÜREN BRUNO, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zurich 1964 [cité : von Büren, Obligationenrecht] ;
- CHAMBRE FIDUCIAIRE, Manuel suisse d'audit 1998, tome 1, Zurich 1998 [cité : Chambre fiduciaire, MSA 1998] ;
- CHAPUIS OLIVIER, Loi sur la fusion : Questions choisies (Compte rendu des questions traitées lors de la Conférence nationale des autorités du registre du commerce des 30 septembre et 1er octobre 2004 à Neuchâtel), REPRAX 2004, pp. 18 ss [cité : Chapuis, REPRAX 2004] ;
- VON DER CRONE HANS CASPAR, GERSBACH ANDREAS, La fusion et la scission : procédure et réalisation (dans une perspective pratique), RSDA 2004, pp. 186 ss [cité : von der Crone/Gersbach, RSDA 2004] ;
- VON DER CRONE HANS CASPAR, GERSBACH ANDREAS, KESSLER FRANZ J., DIETRICH MARTIN ET BERLINGER KATJA, Das Fusionsgesetz, Zurich, Bâle, Genève 2004 [cité : von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, Fusionsgesetz] ;
- DESSEMONTET FRANÇOIS, Les accords de confidentialité, in F. Dessemontet et P. Piotet éd., Mélanges Pierre Engel, Lausanne 1989, pp. 27 ss [cité : Dessemontet, Mél. P. Engel] ;
- DUC NICOLAS, Les premières expériences dans l'application de la loi sur la fusion, in M. Blanc et L. Dallèves éd., Coopération et fusion d'entreprises, Travaux de la journée

- d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 6 octobre 2004 (CEDIDAC), Lausanne 2005, pp. 253 ss [cité : Duc, CEDIDAC 2005] ;
- DUCREY PATRIK, Beziehungen zwischen Fusionsgesetz und Kartellrecht, RSDA 2004, pp. 281 ss [cité : Ducrey, RSDA 2004] ;
- EBERHARD STEFAN, La scission de la société anonyme en droits allemand, américain et suisse, thèse Lausanne 1999 [cité : Eberhard, Scission] ;
- ENGEL PIERRE, Traité des obligations en droit suisse : dispositions générales du CO, 2e éd., Berne 1997 [cité : Engel, Traité] ;
- FAVRE PASCAL, Le transfert conventionnel de contrat : analyse théorique et pratique, thèse Fribourg 2005 [cité : Favre, Transfert de contrat] ;
- FISCHER MARC PASCAL, Die Kompetenzverteilung zwischen Generalversammlung und Verwaltungsrat bei der Vermögensübertragung, thèse Zurich 2007 [cité : Fischer, Kompetenzverteilung] ;
- FORSTMOSER PETER, Die Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers : Geltende Praxis, Kritik und Lösungsvorschläge, REPRAX 1999, pp. 1 ss [cité : Forstmoser, REPRAX 1999] ;
- FRICK JOACHIM, Art. 69-72 LFus, in Stämpfli Handkommentar zum Fusionsgesetz, Baker & McKenzie éds, Berne 2003 [cité : Frick, B&M-Ko] ;
- GANTENBEIN PASCAL / GEHRIG MARCO, Moderne Unternehmensbewertung, ECS 2007, pp. 602 ss [cité : Gantenbein/Gehrig, ECS 2007] ;
- GERICKE DIETER, M&A und Datenschutz, RSJ 2003, pp. 1 ss [cité : Gericke, RSJ 2003] ;
- GERSBACH ANDREAS, Die besonderen Transaktionsformen Spaltung und Vermögensübertragung, RNRF 2004, pp. 197 ss [cité : Gersbach, RNRF 2004] ;
- GLANZMANN LUKAS, Die Information der Gesellschafter bei der Vermögensübertragung, in R. Waldburger, C. M. Baer, U. Nobel et B. Bernet éds, Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts : Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Berne 2005, pp. 99 ss [cité : Glanzmann, Mél. P. Nobel] ;
- GLANZMANN LUKAS, Der Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan im neuen Fusionsgesetz, PJA 2004, pp. 815 ss [cité : Glanzmann, PJA 2004] ;
- GWELESSIANI MICHAEL, Handelsregisterliche Aspekte zum neuen Fusionsgesetz, in A. Kellerhals et J. Luginbühl éds, Fusionsgesetz : Auswirkungen auf die Praxis, Zurich 2004, pp. 235 ss [cité : Gwelessiani, Fusionsgesetz 2004] ;
- HALTER ROLAND, Que vaut une entreprise?, in UBS éds, Magazine Wealth Management, 1er trimestre 2005, pp. 28 s., disponible à l'adresse http://www.ubs.com/1/f/ubs_ch/wealth_management_switzerland/relationship/magazine/current/archive.html [cité : Halter, UBS-WM 2005] ;
- HANDELSREGISTERAMT KANTON ZÜRICH, Fragen und Antworten zum neuen Fusionsgesetz, état au 4 octobre 2007, disponible à l'adresse <http://www.hra.zh.ch/internet/ji/hra/de/downloads.SubContainerList.SubContainer1.ContentContainerList.0001.DownloadFile.pdf> [cité : HRA/ZH, FAQ-FusG, partie, question] ;
- HEIZ ROMAN, Das Arbeitsverhältniss im Konzern : ausgewählte individualarbeitsrechtliche Aspekte, thèse St-Gall 2004 [cité : Heiz, Arbeitsverhältniss] ;

- HELBLING CARL, Unternehmensbewertung und Steuern : Unternehmensbewertung in Theorie und Praxis, insbesondere die Berücksichtigung der Steuern aufgrund der Verhältnisse in der Schweiz und in Deutschland, 9e éd., Düsseldorf 1998 [cité : Helbling, Unternehmensbewertung] ;
- HELBLING CARL, L'évaluation d'entreprises : Théorie et pratique, in Publications de la Chambre suisse des Sociétés fiduciaires et des experts-comptables, vol. 10, trad. par F. Magdelaine, 2e éd., Berne et Stuttgart 1987 [cité : Helbling, Evaluation d'entreprises] ;
- HILTY RETO M., Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz : Auswirkungen auf Verträge am Beispiel des Lizenzvertrags, in Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag, Zürich Schulthess 2004, pp. 565 ss [cité : Hilty, Mél. D. Zobl] ;
- KÄCH HANS-JAKOB, Die Praxis des Handelsregisteramtes Kanton Zürich zum Fusionsgesetz, GesKR 2/2007, pp. 133 ss [cité : Käch, GesKR 2007] ;
- KALLMEYER HARALD, § 123-125 et § 126 al. 1 ch. 7-10 UmwG, in H. Kallmeyer éd., Umwandlungsgesetz : Kommentar – Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel bei Handelsgesellschaften, 2e éd., Cologne 2001 [cité : Kallmeyer in Kallmeyer, Commentaire UmwG] ;
- KLÄY HANSPETER, Das Fusionsgesetz : ein Überblick, NB 2004, pp. 185 ss [cité : Kläy, NB 2004] ;
- KUNZ PETER, Umwandlung und Vermögensübertragung im neuen schweizerischen Fusionsrecht : Blicke zurück und nach Vorne, PJA 2004, pp. 802 ss [cité : Kunz P., PJA 2004] ;
- KUNZ SIMON / MAURER-LAMBROU URS, Art. 1^{er} s. LPD, in Basler Kommentar : Datenschutzgesetz, U. Maurer-Lambrou et N.P. Vogt éd., 2e éd., Bâle, Genève, Munich 2006 [cité : Kunz S./Maurer-Lambrou, BaKo-LPD] ;
- LOCHER PETER / AMONN TONI, Vermögensübertragungen im Recht der direkten Steuern, ASA 2003, pp. 763 ss [cité : Locher/Amonn, ASA 2003] ;
- LOMBARDINI CARLO, Droit bancaire suisse, Zurich, Bâle, Genève 2002 [cité : Lombardini, Droit bancaire] ;
- LOSER-KROGH PETER, Die Vermögensübertragung, Kompromiss zwischen Strukturanpassungsfreiheit und Vertragsschutz im Entwurf des Fusionsgesetzes, PJA 2000, pp. 1095 ss [cité : Loser-Krogh, PJA 2000] ;
- MALACRIDA RALPH, Art. 69-74 LFus, in Basler Kommentar : Fusionsgesetz, R. Watter, N.P. Vogt, R. Tschäni et D. Daeniker éd., Bâle, Genève, Munich 2005 [cité : Malacrida, BaKo] ;
- MAROLDA MARTINEZ LARISSA / VON DER CRONE HANS CASPAR, Vermögensübertragung : Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.259/2002 vom 29. November 2002 (BGE 129 III 167) [...], RSDA 2004, pp. 297 ss [cité : Marolda Martinez/von der Crone, RSDA 2004] ;
- MEER MARKUS, Der Übergang vinkulierter Namenaktien durch Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz, Recht 2005, pp. 153 ss [cité : Meer, Recht 2005] ;
- MEISTERHANS CLEMENS, Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörde, thèse Zurich 1996 [cité : Meisterhans, Kognitionsbefugnis] ;

- OFFICE FÉDÉRAL DU REGISTRE DU COMMERCE, *Prise de position du 4 mai 2006 : Vermögensübertragung ins Ausland*, REPRAX 2006, pp. 24 ss [cité : OFRC, REPRAX 2006] ;
- OFFICE FÉDÉRAL DU REGISTRE DU COMMERCE, *Commentaire abrégé des dispositions d'exécution de l'Ordonnance sur le registre du commerce relatives à la Loi sur la fusion*, REPRAX 2004, pp. 40 ss [cité : OFRC, REPRAX 2004] ;
- O'NEILL PATRICK, *Die Faktische Liquidation der Aktiengesellschaft : vor dem Hintergrund des Verkaufs des gesamten Geschäfts durch die Verwaltung*, thèse Zurich 2007 [cité : O'Neill, Faktische Liquidation] ;
- PETER HENRY, *LFus : un nouveau paradigme*, in M. Blanc et L. Dallèves édés, *Coopération et fusion d'entreprises*, Travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 6 octobre 2004 (CEDIDAC), Lausanne 2005, pp. 1 ss [cité : Peter, CEDIDAC 2005] ;
- PETER HENRY, *Le sort des contrats en cas de transfert de patrimoine*, RSDA 2004, pp. 76 ss [cité : Peter, RSDA 2004] ;
- PRIESTER HANS-JOACHIM, § 126 UmwG, in M. Lutter édés, *Umwandlungsgesetz : Kommentar*, 2e éd., Cologne 2000 [cité : Priester in Lutter, Commentaire UmwG] ;
- PROBST THOMAS, Art. 164-183 CO, in *Commentaire romand, Code des obligations I*, Commentaire des art. 1-529, L. Thévenoz et F. Werro édés, Genève, Bâle, Munich 2003 [cité : Probst, CoRo] ;
- RAMPINI CORRADO, Art. 12-15 LPD, in *Basler Kommentar : Datenschutzgesetz*, U. Maurer-Lambrou et N.P. Vogt édés, 2e éd, Bâle, Genève, Munich 2006 [cité : Rampini, BaKo-LPD] ;
- RAMPINI CORRADO, *Händerung von Immobilien durch Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz*, ECS 2006, pp. 164 ss [cité : Rampini, ECS 2006] ;
- REYMOND PHILIPPE, *La cession des contrats*, publication CEDIDAC no 14, Lausanne 1989 [cité : Reymond, CEDIDAC 1989] ;
- RIEDWEG PETER, *Vermögensübertragung auf inländische Betriebsstätten ausländischer Unternehmungen : Steuerrechtliche Aspekte*, ECS 2004, pp. 941 ss [cité : Riedweg, ECS 2004] ;
- RIVIER JEAN-MARC, *La liquidation partielle des sociétés anonymes*, RF 1990, pp. 13 ss [cité : Rivier, RF 1990] ;
- RÜDISÜHLI HEINI, *Steuerliche Aspekte zum Fusionsgesetz*, in A. Kellerhals et J. Luginbühl édés, *Fusionsgesetz : Auswirkungen auf die Praxis*, Zurich 2004, pp. 193 ss [cité : Rüdüsühli, Fusionsgesetz 2004] ;
- RUF PETER / JEITZINER ROLAND, *Verfahrensrechtliche Vereinfachungen für Umstrukturierungstatbestände Einbrüche in die kantonale Beurkundungszuständigkeit*, ECS 2004, pp. 915 ss [cité : Ruf/Jeitziner, ECS 2004] ;
- VON SALIS ULYSSES, *Fusionsgesetz*, Zurich 2004, disponible à l'adresse http://www.fusionsgesetz.ch/fusg_082004.pdf [cité : von Salis, Fusionsgesetz.ch] ;
- SCHENKER URS, *Fusion : Erleichterung oder Erschwerung durch das Fusionsgesetz?*, GerKR 2/2007 pp. 153 ss [cité : Schenker, GesKR 2007] ;
- SCHENKER URS, Art. 36 s. LFus, in *Stämpflis Handkommentar zum Fusionsgesetz*, Baker & McKenzie édés, Berne 2003 [cité : Schenker, B&M-Ko] ;

- SCHMID MARTIN, Vermögensübertragungen im schweizerischen Konzern und ihre gewinnsteuerrechtlichen Folgen, thèse St-Gall 2005 [cité : Schmid, Konzern] ;
- SCHMID-TSCHIRREN CHRISTINA., Sachenrechtliche Aspekte des Fusionsgesetzes, RNRF 2004, pp. 228 ss [cité : Schmid-Tschirren, RNRF 2004] ;
- SCHUMACHER RETO T., Die Vermögensübertragung nach dem Fusionsgesetz, thèse Zurich 2005 [cité : Schumacher, Vermögensübertragung] ;
- STREULI-YOUSSEF MAGDA, Bedeutung des Fusionsgesetzes für die IP-Welt?, sic! 2004, pp. 610 ss [cité : Streuli-Youssef, sic! 2004] ;
- TEICHMANN ARNDT, § 123-125 UmwG, in M. Lutter éd., Umwandlungsgesetz : Kommentar, 2e éd., Cologne 2000 [cité : Teichmann in Lutter, Commentaire UmwG] ;
- TERCIER PIERRE, Le droit des obligations, 3e éd. 2004 [cité : Tercier, Droit des obligations] ;
- TRIGO TRINDADE RITA / GRIESSEN COTTI ANNIE, FusG : Echo aus der Praxis, GesKR 2007 pp. 144 ss [cité : Trigo Trindade/Grisessen Cotti, GesKR 2007]
- TRIGO TRINDADE RITA, Le transfert de patrimoine, RSDA 2004 pp. 215 ss [cité : Trigo Trindade, RSDA 2004] ;
- TSCHÄNI RUDOLF, Vermögenübertragung nach Fusionsgesetz und auf anderen Wegen, GesKR 2007, pp. 170 ss [cité : Tschäni, GesKR 2007] ;
- TSCHÄNI RUDOLF, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zurich, Bâle, Genève 2003 [cité : Tschäni, M&A-Transaktionen] ;
- TSCHÄNI RUDOLF, Vermögensübertragung, RDS 2004 pp. 83 ss [cité : Tschäni, RDS 2004] ;
- VON TUHR ANDREAS, Partie générale du Code fédéral des obligations, traduit de l'allemand par M. de Torrenté et E. Thilo, vol. 1, Lausanne 1929 [cité : von Tuhr, Partie générale] ;
- TURIN NICHOLAS, Le transfert de patrimoine selon le projet de loi sur la fusion, thèse Neuchâtel 2003 [cité : Turin, Transfert de patrimoine] ;
- TURIN NICHOLAS / CHAMPEAUX CHRISTIAN, "Check-list" pour les restructurations d'entreprises selon la loi sur la fusion, REPRAX 2004, pp. 92 ss [cité : Turin/Champeaux, REPRAX 2004] ;
- TURIN NICHOLAS / KLÄY HANSPETER, Le projet de loi sur la fusion, REPRAX 2001, pp. 41 ss [cité : Turin/Kläy, REPRAX 2001] ;
- VIANIN GUILLAUME, L'inscription au registre du commerce et ses effets, thèse Fribourg 2000 [cité : Vianin, Registre du commerce] ;
- VISCHER FRANK, Des principes de la loi sur la fusion et de quelques questions controversées, RSDA 2004 pp. 155 ss [cité : Vischer F., RSDA 2004] ;
- VISCHER MARKUS / GNOS URS P., Erfahrungen mit dem Fusionsgesetz, PJA 2006 pp. 783 ss [cité : Vischer M./Gnos, PJA 2006] ;
- VISCHER MARKUS, Auswirkungen des Fusionsgesetzes auf Share und Asset Deals – zugleich ein Beitrag zur Vermögensübertragung, in R. Tschäni éd., Mergers & Acquisitions VII, Zurich, Bâle, Genève 2005, pp. 211 ss [cité : Vischer M., M&A 2005] ;
- VOGT HANS-UELI, Der öffentliche Glaube des Handelsregisters : Registerrecht, Vertrauenshaftung, Ökonomie der Information, thèse Zurich 2001, Zurich, Bâle, Genève 2003 [cité : Vogt H.-R., Öffentliche Glaube] ;

- WATTER ROLF / BÜCHI RAPHAËL, Die Spaltung nach Fusionsgesetz als Mauerblümchen der Praxis?, GesKR 2007, pp. 164 ss [cité : Watter/Büchi, GesKR 2007] ;
- WATTER ROLF / BÜCHI RAPHAËL, Art. 52 LFus, in Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, R. Watter, N. P. Vogt, R. Tschäni, D. Daeniker édés, Bâle, Genève, Munich 2005 [cité : Watter/Büchi, BaKo] ;
- WATTER ROLF / KÄGI URS, Der Übergang von Verträgen bei Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen, RSDA 2004, pp. 231 ss [cité : Watter/Kägi, RSDA 2004] ;
- WEBER PHILIPPE, Die Vermögenübertragung, in A. Kellerhals et J. Luginbühl édés, Fusionsgesetz : Auswirkungen auf die Praxis, Zurich 2004, pp. 123 ss [cité : Weber, Fusionsgesetz 2004] ;
- WEIBEL THOMAS, Art. 1^{er} LFus, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz : Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003, F. Vischer et Vischer Anwälte und Notare édés, Zurich, Bâle, Genève 2004 [cité : Weibel, ZüKo] ;
- WINIGER BÉNÉDICT, Art. 18 CO, in Commentaire romand, Code des obligations I, Commentaire des art. 1-529, L. Thévenoz et F. Werro édés, Genève, Bâle, Munich 2003 [cité : Winiger, CoRo] ;
- WYLER RÉMY / HEINZER BORIS, La protection des partenaires contractuels dans la loi sur la fusion, in M. Blanc et L. Dallèves édés, Coopération et fusion d'entreprises, Travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 6 octobre 2004 (CEDIDAC), Lausanne 2005, pp. 167 ss [cité : Wyler/Heinzer, CEDIDAC 2005] ;
- Wyssa Gérard, Les effets externes de l'inscription au registre du commerce, thèse Lausanne 1950 [cité : Wyssa, Effets externes].

Travaux préparatoires

Avant-projet de loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation de sujets (loi sur la fusion), novembre 1997 [cité : AP-LFus] ;

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 [cité : Rapport explicatif AP-LFus] ;

Message du Conseil fédéral concernant la loi sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion ; LFus) du 13 juin 2000, FF 2000 pp. 3995 ss [cité : Message] ;

Avant-projet de révision du code des obligations : Droit de la société anonyme et droit comptable, décembre 2005 [cité : AP de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable] ;

Avant-projet de révision du Code des obligations : Droit de la société anonyme et droit comptable – Résumé des résultats de la procédure de consultation, février 2007 [cité : Résumé des résultats de la procédure de consultation de l'AP de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable] ;

Message du Conseil fédéral du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable ; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce) [cité : Message concernant la révision du CO].

Abréviations

Abs.	Absatz (= al.)
AFC	Administration fédérale des contributions
AHC	Association Henri Capitant
al.	alinéa(s)
AP	avant-projet
Art.	Artikel (= art.)
art.	article(s)
ASA	Archives de droit fiscal suisse
AVS	assurance-vieillesse et survivants
B&M-Ko	Stämpflis Handkommentar zum Fusionsgesetz (Baker & McKenzie éds)
BaKo	Basler Kommentar zum Fusionsgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt (Allemagne)
BGH	Bundesgerichtshof (Cour fédérale ; Allemagne)
bzw.	beziehungsweise (= resp.)
CEDIDAC	Centre du droit de l'entreprise (Lausanne)
cf.	<i>confer</i>
ch.	chiffre(s)
chap.	chapitre
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CDT	contrat de travail
CEE	Communauté économique européenne
cit.	cité(e)(s)
CO	Code des obligations des 30 mars 1911 / 18 décembre 1936, RS 220
consid.	considérant(s)
Coop	société coopérative
CoRo	Commentaire romand
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0
Cst. féd.	Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999, RS 101
EBITDA	<i>Earnings before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization</i>

ECS	L'Expert-comptable suisse
éd.	édition
éds	éditeur(s) scientifique(s)
ég.	également
FAQ	<i>Frequently Asked Questions</i> ou Foire aux Questions
ff.	fortfolgende (= ss)
FF	Feuille fédérale
FusG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz ; SR 221.301) (= LFus)
FS	Festschrift (= mél.)
FSA	Fédération suisse des avocats
GesKR	Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
HRA/ZH	Handelsregisteramt Kanton Zürich
IRPG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht, SR 291 (= LDIP)
JOCE	Journal officiel des communautés européennes
LB	Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne, RS 952.0
LBI	Loi fédérale du 25 juin 1954 sur les brevets d'invention (Loi sur les brevets ; RS 232.14
LCart	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels ; RS 251)
LDA	Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins, RS 231.1
LDes	Loi fédérale du 5 octobre 2001 sur la protection des designs, RS 232.12
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, RS 291
let.	lettre(s)
LFus	Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion ; RS 221.301)
LIFD	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct, RS

	642.11
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1
LPCC	Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (Loi sur les placements collectifs ; RS 951.31)
LPD	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données, RS 235.1
LPM	Loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance, RS 232.11
M&A	<i>mergers and acquisitions</i>
mél.	mélanges
MSA	Manuel suisse d'audit
NB	Le notaire bernois
n.b.p.	note(s) de bas de page
not.	notamment
no(s)	numéro(s)
OFRC	Office fédéral du registre du commerce
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 über das Obligationenrecht, RS 220 (= CO)
ORC	Ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce (RS 221.411)
p.	page
par.	paragraphe
P-CO	Projet de modification du Code des obligations du 21 décembre 2007
PDC	Parti démocrate chrétien
p.ex.	par exemple
phr.	phrase(s)
PJA	Pratique juridique actuelle
pp.	pages
PMRFG	<i>Projekt Minirevision Fusionsgesetz</i>
R&D	recherche et développement
RDS	Revue de droit suisse
réf.	référence(s)

rem. pré.	remarque préliminaire
REPRAX	Droit des sociétés et droit du registre du commerce : revue de la législation et de la pratique
reprod.	reproduit
resp.	respectivement
RF	Revue fiscale (= STR)
RNRF	Revue suisse du notariat et du registre foncier
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDA	Revue suisse de droit des affaires
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
s.	et suivant(e)
S.	Seite(n) (= p. ou pp.)
SA	société(s) anonyme(s)
Sàrl	société à responsabilité limitée
SC	sociétés(s) en commandite
SCPC	société(s) en commandite de placements collectifs
sic!	Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence
SICAV	société(s) d'investissement à capital variable
spéc.	spécialement
SR	Systemmatische Sammlung des Bundesrechts (= RS)
ss	et suivant(e)s
STR	Steuer revue (= RF)
TF	Tribunal fédéral
tit. marg.	titre marginal
trad.	traduit ou traduction
UBS-WM	Magazine Wealth Management, publié par UBS SA
UmwG	Umwandlungsgesetz vom 28. Oktober 1994 (Allemagne), BGBl I 1994, p. 3210.
vol.	volume
y.c.	y compris
ZüKo	Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz

1 Introduction

1.1 Le transfert de patrimoine a-t-il un avenir?

1.1.1 Une nouvelle institution juridique

La Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (ci-après : la Loi sur la fusion)², adoptée le 3 octobre 2003, est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004. Elle régit les opérations par lesquelles les entreprises³, indépendamment de la forme juridique qu'elles revêtent⁴, peuvent adapter leurs structures juridiques (art. 1 al. 1 LFus), remplaçant les règles éparses et lacunaires que contenait auparavant le Code des obligations^{5, 6}.

Le transfert de patrimoine (art. 69 ss LFus⁷) est une nouvelle institution juridique⁸ ; il est généralement considéré comme la principale innovation de la Loi sur la fusion⁹. Il permet à une entreprise de transférer, sur la base d'un contrat de transfert déposé au registre du commerce, des éléments patrimoniaux actifs et passifs d'un bloc (*uno actu*, de par la loi), c'est-à-dire sans que les règles de forme propres au transfert individuel de ces éléments doivent être respectées (art. 69 al. 1 phr. 1 et art. 73 al. 2 phr. 2 LFus)¹⁰. Le contrat de transfert contient un inventaire qui désigne les éléments patrimoniaux transférés (art. 71 al. 1 let. b LFus).

Avant le transfert de patrimoine (au sens des art. 69 ss LFus), outre la succession à titre singulier ou la fusion¹¹, la possibilité de céder un patrimoine ou une part de

2 RS 221.301.

3 La loi sur la fusion emploie le terme générique de « sujets » pour désigner les formes d'entreprises qu'elle régit. Cette notion sera étudiée infra, Chap. 2.3, *Le champ d'application personnel du transfert de patrimoine*. Afin de ne pas compliquer inutilement notre exposé à ce stade, le terme d'entreprise sera provisoirement utilisé.

4 Message, p. 4042 ; cf. ég. Turin/Kläy, REPRAX 2001, p. 47, qui précisent à juste titre qu'on ne saurait cependant parler de neutralité de la loi vis-à-vis des formes juridiques.

5 RS 220.

6 Concernant la situation avant l'entrée en vigueur de la Loi sur la fusion, notamment sur l'évolution de la pratique des autorités du registre du commerce et de la jurisprudence du Tribunal fédéral ainsi que sur la nécessité de légiférer (dans un contexte général) : Message, pp. 3997-4001, 4163 s. ; Turin, Transfert de patrimoine, pp. 19-23, 27 ; Turin/Kläy, REPRAX 2001, pp. 41-43 ; Vischer F., RSDA 2004, pp. 155-157.

7 Les Chapitres 6, 7 et 8 de la Loi sur la fusion, qui régissent les transferts de patrimoine de fondations, d'institutions de prévoyance et d'instituts de droit public, ne seront pas traités.

8 Message, p. 4117 (tout comme la scission : Message, p. 4012).

9 Cf. not. Bahar, Commentaire LFus, no 1 ad art. 69 LFus ; Loser-Krogh, PJA 2000, p. 1095 ; Peter, CEDIDAC 2005, p. 7 ; Trigo Trindade, RSDA 2004, p. 215 ; Tschäni, GesKR 2007, p. 170 ; Tschäni, RDS 2004, p. 83.

10 Les possibilités d'utilisation du transfert de patrimoine ne seront pas traitées. Nous mentionnerons simplement que le transfert de patrimoine se distingue en particulier par le fait qu'il peut servir d'alternative (d'un point de vue fonctionnel), voire même, lorsque la loi ne permet pas certains cas de figure, de succédané (d'un point de vue économique) aux autres opérations de restructurations que sont la fusion, la scission et la transformation (Message, pp. 4018 s.). Nous renvoyons p.ex. à Bahar, Commentaire LFus, nos 18-22 ad art. 69 LFus ; Schumacher, Vermögensübertragung, pp. 22-38 ; Trigo Trindade, RSDA 2004, pp. 220 s. ; Tschäni, GesKR 2007, pp. 170 s. ; Tschäni, RDS 2004, pp. 84-86 ; Turin, Transfert de patrimoine, pp. 67-87 ; Turin/Kläy, REPRAX 2001, pp. 73, 76, 78 s.

11 Cf. les anciens art. 748 à 750, art. 770 al. 3, art. 914 CO, abrogés par la Loi sur la fusion ; Turin, Transfert de patrimoine, pp. 19-22. Voir également n.b.p. no 6.

patrimoine avec actifs et passifs était déjà prévue par le Code des obligations (art. 181 al. 1 et 2 CO)¹². Mais la réglementation du Code des obligations ne répondait plus aux besoins de la pratique¹³. En effet, selon l'article 181 CO, seules les dettes liées au patrimoine ou à l'entreprise sont, en réalité, transférées de par la loi ; les actifs doivent être transférés individuellement selon les formes propres à la succession à titre singulier (notamment : inscription au Registre foncier pour le transfert d'immeubles¹⁴, tradition pour le transfert de choses mobilières¹⁵, constatation écrite pour la cession de créances¹⁶, transfert de possession avec éventuellement endossement ou déclaration écrite pour le transfert de papiers-valeurs¹⁷), ce qui peut poser problème en cas de transfert d'un grand nombre d'éléments patrimoniaux. De plus, la procédure de cession au sens de l'article 181 CO se caractérise par son manque total de transparence à l'intérieur de l'entreprise, ce qui peut mettre en danger les intérêts des associés (pas d'obligation *légale* d'information)¹⁸. Le transfert de patrimoine a précisément pour but de remédier à ces lacunes : il complète la réglementation de l'article 181 CO¹⁹.

Il convient encore de préciser qu'à l'origine, le transfert de patrimoine n'était pas prévu par l'avant-projet de loi sur la fusion : celui-ci prévoyait, aux côtés de la division et de la séparation, une troisième forme de scission, appelée « dissociation » (*Ausgliederung* ; art. 39 let. c AP-LFus). Cette forme de scission se caractérise par le fait que c'est la société transférante, et non ses associés, qui reçoit les parts sociales ou les droits de sociétariat (resp. une indemnisation en espèces) de la reprenante en échange de la part de patrimoine transférée²⁰. Suite aux critiques émises lors de la procédure de consultation, la dissociation a été écartée au profit du transfert de patrimoine²¹.

Nous remarquons que la dissociation, telle que prévue par l'avant-projet de loi sur la fusion, correspondait pour l'essentiel à l'*Ausgliederung* du droit allemand (§ 123

12 Pour une présentation de cette disposition dans sa teneur avant l'entrée en vigueur de la Loi sur la fusion, se référer à Probst, CoRo, nos 1, 20 ss ad art. 181 CO ; Turin, Transfert de patrimoine, pp. 7-18.

13 R. Tschäni considère comme « énorme » le besoin pratique de pouvoir transférer des éléments patrimoniaux actifs et passifs (Tschäni, M&A-Transaktionen, p. 91).

14 Art. 656 al. 1 CC.

15 Art. 714 al. 1 CC.

16 Art. 165 al. 1 CO.

17 Art. 967 al. 1 et 2 CO.

18 Sur les insuffisances de l'art. 181 CO et sur la nécessité de légiférer : Message, pp. 4015-4017, 4063 s. ; Probst, CoRo, no 14 ad art. 181 CO ; Turin, Transfert de patrimoine, pp. 52-55.

19 Message, p. 4017. Il convient de relever que les entreprises assujetties aux dispositions des art. 69 ss LFus n'ont plus la possibilité de procéder à une cession de patrimoine ou d'entreprise au sens de l'art. 181 CO. Cette interdiction résulte de l'art. 181 al. 4 CO (cf. not. Bahar, Commentaire LFus, nos 2 s. ad art. 181 CO ; HRA/ZH, FAQ-FusG, partie « *Vermögensübertragung* », question « *Anwendung von Art. 181 OR* »).

20 Rapport explicatif AP-LFus, p. 43.

21 Nous citerons les trois principaux arguments retenus : la procédure lourde et coûteuse de la scission ne se justifie pas toujours, notamment lorsque les parts de patrimoine transférées sont de faible valeur ; la dissociation ne présente que peu d'analogies avec les autres formes de scission car les parts sociales ou les droits de sociétariat ne sont pas directement touchés ; l'art. 40 al. 1 AP-LFus n'autorise que la scission de sociétés de capitaux ou de sociétés coopératives (Message, p. 4016 s.). Cf. ég. Message, pp. 4002, 4010 s. ; Loser-Krogh, PJA 2000, p. 1096 ; Turin, Transfert de patrimoine, pp. 27 s., 40 s., 54 ; Turin/Kläy, REPRAX 2001, pp. 73 s.

al. 3 UmwG²²)²³. En remplaçant la dissociation, en tant que forme de scission, par le transfert de patrimoine, qui est une institution juridique autonome²⁴, le législateur a fait preuve de courage : il a créé une institution juridique unique sur le plan international²⁵.

1.1.2 "Chronique d'une mort annoncée"

Dans un premier temps, la doctrine a, tout en saluant – à juste titre – l'initiative d'une loi sur les restructurations d'entreprises, promis le transfert de patrimoine à un brillant avenir. Elle a immédiatement relevé les problèmes que la réglementation de cette nouvelle institution juridique soulève, mais n'a pas mis en doute le succès pratique de cette dernière²⁶.

Il serait prématuré d'entreprendre une description des différents problèmes liés à l'institution juridique du transfert de patrimoine à ce stade de notre exposé. Nous en citerons simplement les principaux²⁷ : les incertitudes concernant la notion de transfert, le transfert des contrats, les exigences de l'inventaire, le sort des passifs non attribués et le pouvoir d'examen des autorités du registre du commerce ; les inconvénients que présentent la responsabilité solidaire, la publicité du transfert et la subsistance de la voie de la succession à titre singulier²⁸. Quant aux avantages du transfert de patrimoine, relevons simplement qu'ils résident dans la simplification formelle qui est offerte aux parties au transfert. Sur tous ces points, nous renvoyons le lecteur aux chapitres correspondants.

Quelques mois après l'entrée en vigueur de la loi et sur la base des premières expériences pratiques²⁹, la doctrine a changé son discours dans un deuxième temps : elle se borne à constater que les avantages du transfert de patrimoine n'ont finalement pas prévalu contre les multiples inconvénients qu'il présente. Ainsi, on observe que l'« ancienne » technique de la succession à titre singulier reste très utilisée par les entreprises³⁰.

Il n'est pas surprenant qu'une innovation telle que le transfert de patrimoine, malgré toute l'attention portée par le législateur à la rédaction de la loi, puisse être à l'origine de nouveaux problèmes. Le passé nous a appris que le législateur suisse est d'habitude plus enclin à s'inspirer des modèles existant chez nos

22 Umwandlungsgesetz du 28 octobre 1994, BGBl I 1994, p. 3210.

23 Nous relèverons que le champ d'application de l'*Ausgliederung* diffère sensiblement de la dissociation au sens de l'Avant-projet de loi sur la fusion. Pour le droit allemand, se référer p.ex. à Teichmann in Lutter, Commentaire UmwG, nos 22-25 ad § 123 UmwG.

24 Message, p. 4018.

25 Loser-Krogh, PJA 2000, p. 1095.

26 Loser-Krogh, PJA 2000, pp. 1110 s.; Turin, Transfert de patrimoine, pp. 2 s., 223-225 ; Turin/Kläy, REPRAX 2001, p. 75. Plus nuancé : Peter, CEDIDAC 2005, p. 8.

27 P. ex Binder, GesKR 2007, p. 124 ; Tschäni, GesKR 2007, pp. 171 ss ; Vischer M., M&A 2005, pp. 212 ss ; Weber, Fusionsgesetz 2004, pp. 131 ss.

28 La doctrine majoritaire considère en effet que les entreprises assujetties aux dispositions des articles 69 ss LFus conservent la possibilité de transférer des éléments de patrimoine par la voie classique de la succession à titre singulier, c'est-à-dire de procéder au transfert individuel de ces éléments (cf. p.ex. HRA/ZH, FAQ-FusG, partie « *Vermögensübertragung* », question « *Anwendung von Art. 181 OR* » ; Vischer M., M&A 2005, pp. 214-216 et les réf. cit.).

29 Cf. infra, Chap. 1.2.1, *Le point sur la situation*.

30 Cf. not. Binder, GesKR 2007, p. 124 ; Bohrer, ECS 2004, p. 933 ; Vischer M., M&A 2005, p. 234 ; Vischer M./Gnos, PJA 2006 p. 807 ; Weber, Fusionsgesetz 2004, pp. 149 s. Cf. ég. n.b.p. no 28.

voisins européens (en témoigne, par exemple, le droit suisse de la concurrence, largement calqué sur la réglementation européenne en la matière). Nous ne pouvons donc que saluer un tel acte de volonté, et nous efforcer de ne pas tenir rigueur au législateur de ses manques de précision. Mais dès lors que les problèmes décrits, avec toutes les incertitudes qu'ils génèrent, prennent le pas sur les avantages que présente le transfert de patrimoine, il apparaît légitime de s'interroger sur l'avenir de cette institution juridique. Car cet avenir est aujourd'hui compromis.

1.2 L'espoir

1.2.1 Le point sur la situation

Plus de trois ans après l'entrée en vigueur de la Loi sur la fusion, nous disposons aujourd'hui du recul et des données statistiques nécessaires pour apprécier les premières expériences pratiques de l'application de la loi³¹. Cinq constats principaux se dégagent des données recueillies en ce qui concerne le transfert de patrimoine. Nous les commenterons brièvement.

Le premier constat est d'ordre général : contrairement à la fusion et à la transformation, la scission et le transfert de patrimoine n'ont pas rencontré le succès pratique escompté. La scission est peu utilisée, le transfert de patrimoine relativement peu : au 27 février 2007, on dénombrait 2464 fusions et 2004 transformations pour seulement 229 scissions et 1239 transferts de patrimoine³². Certes, la nouveauté des deux institutions juridiques pouvait justifier ce résultat décevant³³ pendant une courte période. Aujourd'hui, la cause de cet échec partiel ne peut plus être recherchée dans un prétendu³⁴ besoin des praticiens de se familiariser avec la loi, mais doit être recherchée à l'évidence dans les nombreux inconvénients que la loi présente et dans toutes les incertitudes qu'elle a laissés subsister³⁵.

Le deuxième constat est tiré du premier : il y a eu 5,4 fois plus de transferts de patrimoine que de scissions. La mise en relation des données de ces deux institutions n'est pas sans importance : elle suggère que le transfert de patrimoine est peut-être moins à considérer comme le substitut à la scission qu'on ne

31 Cf. notamment le numéro spécial de la revue *Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht* 2/2007, *Fusionsgesetz in Praxis*, dont les articles sont repris au gré des développements. Nous signalons également le projet de recherche du Fonds national suisse de la recherche scientifique et de la Fondation Ernest Boninchi intitulé "La loi sur la fusion en application", auquel participent plusieurs Professeurs et chargés de cours des Universités de Genève, Lausanne, Neuchâtel et Fribourg (www.lfus.ch).

32 Tschäni, *GesKR* 2007, p. 170 ; Watter/Büchi, *GesKR* 2007, p. 164. Pour les données statistiques antérieures, cf. Trigo Trindade/Griessen Cotti, *GesKR* 2007, pp. 145 s. (état aux 30 juin 2005 et 30 juin 2006) ; Vischer M./Gnos, *PJA* 2006, p. 783 (état à fin février 2006).

33 Cf. not. Duc, *CEDIDAC* 2005, p. 261.

34 Comme nous le verrons au Chapitre 2.1, *Les buts de la Loi sur la fusion*, un des objectifs de la loi était tout de même de simplifier les restructurations d'entreprises...

35 Cf. supra, Chap. 1.1.2, *Chronique d'une mort annoncée*.

l'imaginait³⁶. Le transfert de patrimoine se situerait alors plutôt dans un rapport de concurrence que de subsidiarité avec la scission³⁷.

Le troisième constat est que seul un transfert de patrimoine sur neuf est réalisé entre des parties indépendantes l'une de l'autre. Cela s'explique par le fait que la Loi sur la fusion prévoit une responsabilité solidaire de trois ans³⁸ du transférant pour les dettes nées avant la publication du transfert de patrimoine (art. 75 al. 1 et 2 LFus)³⁹. En effet, lorsque le transfert de patrimoine a lieu entre deux parties qui sont liées (cf. majorité des voix ou d'une autre manière), la responsabilité solidaire ne présente généralement pas d'inconvénient, contrairement à la situation dans laquelle les parties au transfert sont indépendantes l'une de l'autre. Dans cette dernière situation, on préférera bien souvent la voie de la succession à titre singulier afin d'éviter la responsabilité solidaire⁴⁰, en tout cas pour le transfert des passifs.

Le quatrième constat est lié au troisième : il s'avère que 20 à 25% des transferts de patrimoine s'opèrent entre deux sociétés anonymes (art. 620 ss CO), celles-ci appartenant la plupart du temps au même groupe⁴¹. Le transfert de patrimoine sera ainsi fréquemment utilisé pour des créations de filiales ou pour des transferts entre sociétés soeurs⁴². Dans l'exemple d'un transfert de patrimoine d'une société mère à sa filiale, il faudra être attentif à la responsabilité solidaire de la société mère en cas de vente de la filiale avant l'échéance du délai de trois ans, avec l'inconvénient (dévaluation potentielle) que cela peut représenter en cas de vente subséquente (mais toujours dans ce délai) de la société mère elle-même⁴³.

Le cinquième constat est que 55 à 65% des transferts de patrimoine consistent dans le passage d'une entreprise individuelle à une société anonyme ou à une société à responsabilité limitée (art. 772 ss CO)⁴⁴. Le transfert de patrimoine représente alors un succédané à la transformation, le cas de figure présenté ici ne faisant pas partie de la liste exhaustive des transformations prévues par la Loi sur la fusion (art. 54 LFus)⁴⁵.

Il apparaît clairement que la brèche est double : on est confronté, d'une part, à la multitude d'inconvénients que présente l'institution du transfert de patrimoine, et ne peut que constater, d'autre part, la subsistance de la méthode de la succession à titre singulier⁴⁶. La formule de Binder résume parfaitement la situation actuelle : « *Es gibt zwar in der Praxis [...] relativ wenige Vermögensübertragungen – aber es*

36 Cf. n.b.p. no 10.

37 Tschäni, GesKR 2007, p. 171.

38 Binder, GesKR 2007, p. 124 et Tschäni, GesKR 2007, p. 171, qui citent Binder Andreas/Jaberg Olivier, Memorandum betreffend Vermögensübertragung und Spaltung nach dem Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (FusG) et *idem*, Analyse der Vermögensübertragungen vom 1. Juli 2004 bis 1. April 2005, les deux du 21 avril 2005, non publiés.

39 Le délai étant un délai de prescription et non de péremption, il peut être interrompu. La question de la responsabilité solidaire ne sera que sporadiquement étudiée dans la suite de ce travail. Au surplus, se référer p.ex. à Bahar, CoRo, nos 1-4 ad art. 75 LFus ; Turin, Transfert de patrimoine, pp. 209 s.

40 Binder, GesKR 2007, pp. 124-126 ; Tschäni, GesKR 2007, p. 173. Cf. ég. n.b.p. no 28.

41 Trigo Trindade/Grisessen Cotti, GesKR 2007, p. 146.

42 Cf. n.b.p. no 10.

43 Tschäni, GesKR 2007, p. 175.

44 Trigo Trindade/Grisessen Cotti, GesKR 2007, pp. 146 ss.

45 Cf. n.b.p. no 10.

46 Cf. ég. n.b.p. no 28.

sind trotzdem noch zu viele und nicht zu wenige »⁴⁷. Ne pouvant empêcher directement les transferts par voie de succession à titre singulier, la seule solution dont on dispose consiste à rendre l'institution du transfert de patrimoine plus attractive à l'égard de la succession à titre singulier.

D'aucuns se contentent d'attendre des décisions judiciaires, qui renforceraient la sécurité du droit et favoriseraient l'application de la Loi sur la fusion⁴⁸. Nous sommes d'avis, à la suite de Binder⁴⁹, qu'une interprétation raisonnable de la loi n'est pas propre à éliminer ses multiples inconvénients ; un travail de plus grande envergure est nécessaire. Il est d'ailleurs assez logique de penser qu'une institution peu utilisée ne fera que peu l'objet de décisions judiciaires.

1.2.2 Le Projet de mini-révision de la Loi sur la fusion (Prof. A. Binder & al.)

Un groupe de travail s'est constitué en été 2005 dans le but d'élaborer un projet de révision partielle de la Loi sur la fusion. Ce groupe est composé des Prof. A. Binder (responsable du projet), R. Vito et R. Watter et des Dr. U. Schenker et R. Tschäni. Se fondant sur le but central de la Loi sur la fusion qui est de faciliter les restructurations d'entreprises⁵⁰ et partant du constat que seules deux des quatre opérations prévues par la loi ont rencontré un véritable succès pratique⁵¹, les auteurs du projet se proposent d'agir sur les défauts principaux de la loi en modifiant, complétant ou supprimant certaines parties du texte légal⁵². Concernant le transfert de patrimoine, ce sont la responsabilité solidaire (art. 75 al. 1 et 2 LFus)⁵³, l'obligation de fournir des sûretés (art. 75 al. 3 et 4 LFus)⁵⁴, le transfert des contrats (cf. art. 73 al. 2 phr. 2 LFus) et les exigences de l'inventaire (art. 71 al. 1 let. b LFus)⁵⁵ qui sont visés.

Nous saluons l'initiative d'un tel projet. Il propose des solutions concrètes aux principaux problèmes rencontrés dans l'application de la Loi sur la fusion. La révision partielle de la loi est le seul moyen de changer *efficacement* la situation telle que nous la connaissons aujourd'hui, c'est-à-dire d'augmenter l'attractivité de l'institution du transfert de patrimoine à l'égard notamment de la succession à titre singulier.

A l'heure actuelle, le projet n'a pas encore obtenu de résultats concrets. Il faut mentionner que dans le cadre de la procédure de consultation concernant l'Avant-projet de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable, plusieurs

47 Binder, GesKR 2007, p. 126.

48 Cf. not. Vischer M./Gnos, PJA 2006, p. 807.

49 Binder, GesKR 2007, p. 126.

50 Binder/Roberto/Schenker/Tschäni/Watter, PMRFG, 0.1. Cf. ég. infra, Chap. 2.1, *Les buts de la Loi sur la fusion*.

51 Binder/Roberto/Schenker/Tschäni/Watter, PMRFG, 0.2. Cf. ég. supra, Chap. 1.2.1, *Le point sur la situation*.

52 Binder/Roberto/Schenker/Tschäni/Watter, PMRFG, 0.3 et 0.4 ; Binder, GesKR 2007, pp. 126 s.

53 Cf. Binder/Roberto/Schenker/Tschäni/Watter, PMRFG, V.1. La notion de responsabilité solidaire a été évoquée supra, Chap. 1.2.1, *Le point sur la situation*. Nous nous contenterons de relever que les auteurs du projet proposent la suppression pure et simple des alinéas 1 et 2 de l'art. 75 LFus.

54 Cf. Binder/Roberto/Schenker/Tschäni/Watter, PMRFG, V.2. Cette notion ne sera pas traitée.

55 Cf. Binder/Roberto/Schenker/Tschäni/Watter, PMRFG, V.3 et V.4. Ces notions seront en particulier développées infra, Chap. 2.6, *Le transfert des rapports contractuels* et Chap. 5.4, *Le degré de précision de l'inventaire*.

participants avaient réclamé dans leurs prises de position des modifications de la Loi sur la fusion qui allaient dans le sens du Projet de mini-révision de la Loi sur la fusion, notamment en ce qui concerne la responsabilité solidaire, le transfert des contrats et le degré de précision de l'inventaire⁵⁶. Le texte du Projet de révision du Code des obligations, accompagné d'un Message du Conseil fédéral, a été publié le 21 décembre 2007 ; il n'a pas pris en compte les propositions de modifications de la Loi sur la fusion⁵⁷, ce que nous regrettons.

1.3 L'importance de l'inventaire dans ce débat

1.3.1 Un point essentiel

La notion d'inventaire a déjà été évoquée brièvement dans les chapitres précédents. Nous avons vu que le contrat de transfert contient un inventaire qui désigne les éléments de patrimoine transférés ; que l'incertitude concernant le degré de précision de l'inventaire est une des principales causes du manque d'utilisation pratique du transfert de patrimoine ; qu'un point lui est consacré dans le Projet de mini-révision de la Loi sur la fusion. Il est temps désormais de nous pencher un peu plus sur cette notion.

Aux termes de l'article 71 alinéa 1 LFus, le contrat de transfert doit contenir⁵⁸, entre autres, un inventaire qui désigne les objets du patrimoine actif et passif qui sont transférés (let. b)⁵⁹. L'inventaire constitue l'élément central⁶⁰ du transfert de patrimoine, car il détermine l'étendue des éléments patrimoniaux qui seront transférés⁶¹ : l'article 73 alinéa 2 phrases 1 et 2 LFus dispose en effet que 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.

L'établissement d'un inventaire apparaît ainsi comme le « prix à payer » pour pouvoir bénéficier du transfert de par la loi, c'est-à-dire être dispensé de respecter les règles de forme propres à la succession à titre singulier⁶². Mais comme nous le verrons par la suite, l'inventaire n'est pas sans poser de problèmes dans la pratique : la Loi sur la fusion exige la *désignation claire* des éléments patrimoniaux transférés (*die eindeutige Bezeichnung*). Dès lors, comment apprécier le degré de

56 Cf. Résumé des résultats de la procédure de consultation de l'AP de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable, p. 36 et les prises de position citées (cf. notamment les prises de position de la FSA et du PDC, disponibles sur le site de l'Office fédéral de la Justice : <http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision.html>).

57 Concernant le transfert de patrimoine, le Projet ne prévoit qu'une modification « de nature linguistique » afin d'harmoniser l'art. 70 al. 2 phr. 3 LFus avec l'art. 634 al. 3 P-CO (Message concernant la révision du CO, pp. 50 et 153).

58 D'un point de vue technique, et à l'instar des autres lettres de l'art. 71 al. 1 LFus, l'inventaire est un point objectivement essentiel du contrat (cf. art. 2 al. 1 CO). Cf. ég. infra, Chap. 4, *Le contenu du contrat de transfert*.

59 Le contrat de transfert, qui inclut donc l'inventaire, est une pièce justificative qui doit être jointe à la réquisition d'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce (art. 138 let. a ORC).

60 Cf. not. Bahar, no 3 ad art. 73 LFus ; Bertschinger, Mél. H. Rey, p. 363 ; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, Fusionsgesetz, no 836 ; Turin, Transfert de patrimoine, p. 146.

61 Message, p. 4115.

62 Turin, Transfert de patrimoine, p. 148.

précision nécessaire? Et quel est le pouvoir de contrôle des autorités du registre du commerce à cet égard? Mais aussi, quelles peuvent être les conséquences de la publicité attachée au registre du commerce (art. 930 CO)⁶³? Par ces interrogations, nous sommes à même de percevoir l'importance que revêt l'étude de la notion d'inventaire.

1.3.2 Méthode d'analyse

Le but de notre étude n'est pas de déterminer comment décrire matériellement chaque position devant être portée à l'inventaire, mais plutôt de tracer les contours théoriques de la notion d'inventaire. En effet, comme l'affirme le Conseil fédéral dans son Message (ci-après : le Message), le degré de précision devra, en définitive, être apprécié selon chaque cas d'espèce⁶⁴.

Nous nous contenterons ici de brosser le tableau de la situation : la définition de la notion de patrimoine est déterminante dans la délimitation de l'objet du transfert ; la notion de transfert remet en question la théorie du consentement du tiers pour le transfert des contrats ; le pouvoir de contrôle du préposé au registre du commerce ouvre une autre perspective, plus pragmatique, dans l'étude de la notion d'inventaire.

Après avoir posé quelques notions générales⁶⁵, nous nous attacherons donc à définir les notions de patrimoine⁶⁶ et de transfert⁶⁷, pour ensuite étudier de manière plus détaillée la question du transfert des contrats⁶⁸. Ensuite, nous présenterons les différentes problématiques liées à la conclusion du contrat de transfert et à l'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce⁶⁹. Enfin, nous proposerons une analyse approfondie du contenu du contrat de transfert⁷⁰, et plus particulièrement de l'inventaire⁷¹.

2 Généralités

2.1 Les buts de la Loi sur la fusion

Le but principal de la Loi sur la fusion est de permettre – d'améliorer, plus précisément – la mobilité dans l'organisation juridique des entreprises⁷². Par la réglementation des opérations de modification des structures juridiques, la loi garantit la sécurité du droit et la transparence, tout en tenant compte des intérêts

63 Cf. infra, Chap. 3.4.5, *Le problème de la publicité en particulier*.

64 Message, p. 4115.

65 Cf. infra, Chap. 2.1, *Les buts de la Loi sur la fusion* ; Chap. 2.2, *La définition générale du transfert de patrimoine* ; Chap. 2.3, *Le champ d'application personnel du transfert de patrimoine*.

66 Cf. infra, Chap. 2.4, *La notion de patrimoine*.

67 Cf. infra, Chap. 2.5, *La notion de transfert*.

68 Cf. infra, Chap. 2.6, *Le transfert des contrats*.

69 Cf. infra, Chap. 3, *Le contrat de transfert de patrimoine*.

70 Cf. infra, Chap. 4, *Le contenu du contrat de transfert*.

71 Cf. infra, Chap. 5, *L'inventaire*.

72 Message, p. 4111.

des créanciers, des travailleurs⁷³ et des personnes détenant une participation minoritaire⁷⁴ (art. 1 al. 2 LFus⁷⁵).

Il convient de préciser que la Loi sur la fusion ne vise pas à favoriser les opérations de restructurations⁷⁶ : elle ne fait que faciliter (*erleichtern*) l'exécution d'une décision de restructuration qui a déjà été prise⁷⁷.

Les modifications apportées à la Loi sur le droit international privé⁷⁸ assurent la flexibilité également pour les opérations de restructurations à caractère international⁷⁹; celles apportées aux loi fiscales⁸⁰ tendent à assurer la neutralité fiscale⁸¹.

On peut encore citer d'autre buts : une certaine euro-compatibilité⁸², l'amélioration de l'attractivité de la place économique suisse, ou le but spécifique au transfert de patrimoine qui est de « permettre aux sociétés de réaliser des économies substantielles »⁸³.

2.2 La définition générale du transfert de patrimoine

Le transfert de patrimoine peut être défini comme l'institution juridique qui permet aux sujets inscrits au registre du commerce de transférer, sur la base d'un contrat, tout ou partie de leur patrimoine à un autre sujet de droit privé (art. 69 al. 1 phr. 1 et art. 70 s. LFus). Le transfert peut être opéré à titre onéreux ou à titre gratuit (cf. art. 71 al. 1 let. d LFus), mais doit dans tous les cas être effectué dans le respect des règles légales et statutaires sur la protection du capital et la liquidation (art. 69 al. 2 LFus). Le contrat de transfert doit contenir un inventaire qui définit les éléments de patrimoine transférés (art. 71 al. 1 let. b LFus) ; celui-ci doit présenter un excédent d'actifs (art. 71 al. 2 LFus). Par l'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce, les éléments patrimoniaux contenus dans l'inventaire

73 Sur la protection des créanciers et des travailleurs (art. 75 à 77 LFus) en général, se référer p.ex. à Binder, Schutz der Gläubiger, pp. 7 ss ; Loser-Krogh, PJA 2000, pp. 1105 s.; Turin, Transfert de patrimoine, pp. 205-220 ; Weber Fusionsgesetz 2004, pp. 127-130.

74 Cf. Turin/Kläy, REPRAX 2001, p. 45. Concernant l'information et la protection des associés, cf. not. Glanzmann, Mél. P. Nobel, pp. 99 ss ; Loser-Krogh, PJA 2000, pp. 1103 s.; Turin, Transfert de patrimoine, pp. 187-203.

75 L'art. 1 al. 2 LFus est critiqué – à raison – en doctrine, car il ne mentionne que des buts secondaires de la loi (cf. Binder, GesKR 2007, p. 123 ; Schenker, GesKR 2007, p. 153 avec les références citées à la note no 5).

76 Cf. cependant Peter, RSDA 2004, p. 225.

77 Message, pp. 4025, 4165 ; Turin, Transfert de patrimoine, p. 29 ; Vischer F., RSDA 2004, p. 155.

78 RS 291.

79 Message, pp. 4002, 4011, 4148 ss. Les aspects de droit international privé ne seront pas traités. Concernant le transfert de patrimoine en particulier (art. 163d LDIP ; cf. ég. art. 147 ORC), cf. p.ex. Bauen/Jegher/Wenger/Zen-Ruffinen, Loi sur la fusion, pp. 220-223 ; OFRC, REPRAX 2006, pp. 24-26 ; Tschäni, RDS 2004, pp. 105-107.

80 Loi fédérale sur les droits de timbre, RS 641.10 ; Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, RS 642.11 ; Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes, RS 642.14 ; Loi fédérale sur l'impôt anticipé, RS 642.21.

81 Message, pp. 4002, 4024 s. Par neutralité fiscale, il faut entendre le report de l'imposition des réserves latentes transférées au moment de leur réalisation effective. Les aspects de droit fiscal ne seront pas, ou peu, traités. Nous renvoyons p.ex. à AFC, Circulaire restructurations ; Bauen/Jegher/Wenger/Zen-Ruffinen, Loi sur la fusion, pp. 181-205 ; Locher/Amonn, ASA 2003, pp. 763 ss ; Riedweg, ECS 2004, pp. 941 ss ; Rüdüsühli, Fusionsgesetz 2004, pp. 193 ss ; Schmid, Konzern, pp. 62 ss.

82 Cf. not. Weibel, ZüKo, no 20 ad art. 1 LFus.

83 Message, pp. 4001, 4164 s.

sont transférés en un seul acte, sans que les règles de forme propres au transfert individuel de ces éléments doivent être respectées (art. 73 al. 2 phr. 1 et 2 LFus)⁸⁴. Tous ces éléments seront bien entendu repris dans le cadre de nos développements.

Avant de passer à l'étude du contrat de transfert de patrimoine⁸⁵, et plus particulièrement de l'inventaire⁸⁶, nous nous proposons de présenter, dans un premier temps, le champ d'application personnel du transfert de patrimoine⁸⁷, pour ensuite nous attacher à définir les notions de patrimoine⁸⁸ et de transfert⁸⁹, ces deux notions étant par ailleurs étroitement liées à la question du transfert des contrats⁹⁰.

2.3 Le champ d'application personnel du transfert de patrimoine

2.3.1 La notion de sujet

Jusqu'ici, nous avons utilisé le terme d' « entreprise » (dans le sens d'une activité économique exercée de manière indépendante en vue de réaliser un revenu régulier, cf. art. 2 let. b ORC), pour désigner les parties au contrat de transfert de patrimoine. Nous avons cependant déjà évoqué le fait que la Loi sur la fusion emploie le terme générique de « sujet » pour désigner les formes d'entreprises qu'elle régit⁹¹. Il est temps de considérer plus avant cette notion :

La Loi sur la fusion propose une définition autonome de la notion de sujet⁹² (qui ne doit d'ailleurs pas être confondue avec la notion de sujet de droit⁹³) : par sujets, on entend les sociétés, les fondations, les entreprises individuelles inscrites au registre du commerce, les sociétés en commandite de placement collectif, les sociétés d'investissement à capital variable et les instituts de droit public (art. 2 let. a et d LFus)⁹⁴.

84 Message, pp. 4017 s.; Loser-Krogh, PJA 2000, pp. 1095 s.; Turin, Transfert de patrimoine, pp. 38 s., 49 s.; Turin/Kläy, REPRAX 2001, pp. 71 s.; Schumacher, Vermögensübertragung, pp. 5-9.

85 Cf. infra, Chap. 3, *Le contrat de transfert de patrimoine* et Chap. 4, *Le contenu du contrat de transfert*.

86 Cf. infra, Chap. 5, *L'inventaire*.

87 Cf. infra, Chap. 2.3, *Le champ d'application personnel du transfert de patrimoine*.

88 Cf. infra, Chap. 2.4, *La notion de patrimoine*.

89 Cf. infra, Chap. 2.5, *La notion de transfert*.

90 Cf. infra, Chap. 2.6, *Le transfert des rapports contractuels*. Nous avons délibérément choisi d'inclure partiellement la question du transfert des contrats dans l'étude des notions de patrimoine et d'inventaire. En effet, comme nous le montrerons, la question du transfert des contrats dépend étroitement des notions de patrimoine et de transfert ; selon notre approche, elle peut être résolue par la définition en amont de ces deux notions.

91 Cf. supra, Chap. 1.1.1, *Une nouvelle institution juridique*.

92 La terminologie utilisée par la Loi sur la fusion se veut « indépendante des formes de droit en cause » (Message, p. 4042). Le terme « sujet » est un « terme général qui désigne abstraitement l'ensemble des formes juridiques qui entrent dans le champ d'application [de la] loi » (Message, p. 4043).

93 Message, p. 4043. Voir ég. infra, Chap. 2.3, *Le champ d'application personnel du transfert de patrimoine*.

94 A noter au passage que les succursales ne peuvent être considérées comme sujets (HRA/ZH, FAQ-FusG, partie « Vermögensübertragung », question « Zweigniederlassung : Kann eine Zweigniederlassung bei einer Vermögensübertragung Übertragende oder Übernehmerin sein? » ; Käch, GesKR 2007, p. 141).

Dans les sociétés sont comprises les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions et les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite, les associations et les coopératives qui ne sont pas des institutions de prévoyance (art. 2 let b, c et i LFus). On remarque donc que les associations sont considérées comme des sociétés, tandis que les sociétés simples sont absentes de la définition⁹⁵, ce qui implique que la Loi sur la fusion donne également une définition autonome à la notion de société. On constate au demeurant que les entreprises individuelles non inscrites au registre du commerce et les institutions de prévoyance ne sont pas incluses dans la notion de sujet.

Dorénavant, nous disposerons des termes suivants : « sujets participant au transfert »⁹⁶ (ou encore : « sujets participants » ; « participants au transfert » ; « parties au transfert »), « sujet transférant » (ou simplement « transférant ») et « sujet reprenant » (ou « reprenant »).

2.3.2 Les transferts de patrimoine autorisés

Le transfert de patrimoine bénéficie d'un large champ d'application personnel, ce qui permet notamment de compléter le catalogue des fusions, scissions et transformations autorisées⁹⁷. Voici une brève présentation des formes juridiques que peuvent revêtir les parties au transfert :

Selon l'article 69 alinéa 1 phrase 1 LFus, peuvent être sujets transférants les sociétés et entreprises individuelles inscrites au registre du commerce, les sociétés en commandite de placement collectif et les sociétés d'investissement à capital variable^{98, 99}. Évidemment, une société ou une entreprise individuelle qui ne serait pas inscrite au registre du commerce pourrait requérir son inscription en même temps que la réquisition d'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine¹⁰⁰.

95 Contrairement aux sociétés en nom collectif et aux sociétés en commandite, qui sont dotées de certains attributs de la personnalité juridique sur le plan externe (cf. art. 562 et 602 CO), les sociétés simples ne jouissent d'aucune indépendance juridique par rapport à leurs associés et ne peuvent donc pas participer à un transfert de patrimoine (les associés de la société simple le pourront en revanche : Bahar, Commentaire LFus, no 2 ad art. 69 LFus et les réf. cit.; Turin, Transfert de patrimoine, p. 90).

96 Cf. art. 70 al. 1, art. 75 al. 3 et 4, art. 105 al. 2 LFus.

97 Cf. n.b.p. no 10.

98 Ces deux dernières formes juridiques ne seront pas étudiées. Nous mentionnerons seulement qu'elles sont régies par la Loi sur les placements collectifs de capitaux (LPCC ; RS 951.31) (pour les SICAV, art. 36 ss ; pour les SCPC, art. 98 ss ; cf. ég. art. 2 LPCC pour le champ d'application) et qu'elles constituent en quelque sorte un dérivé de la société anonyme (SICAV) et de la société en commandite (SCPC).

99 Le transfert de patrimoine est une opération essentiellement centrée sur le sujet transférant (Bahar, Commentaire LFus, no 3 ad art. 69 LFus). La Loi sur la fusion prévoit aux Chapitres 6, 7 et 8 des dispositions spéciales pour les transferts de patrimoine de fondations, d'institutions de prévoyance et d'instituts de droit public (cf. art. 1 al. 3, art. 2 let. d et i, art. 86 s., 98, 99-101 LFus). Ces dispositions ne seront pas étudiées. Nous signalons uniquement que la plupart des dispositions du Chapitre 5 de la Loi sur la fusion s'appliquent par analogie à ces autres formes de transfert de patrimoine (renvois des art. 86 al. 2, art. 98 al. 2 et art. 100 al. 2 LFus) et renvoyons le lecteur à : Message, pp. 4019, 4112, 4120-4137 ; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, Fusionsgesetz, nos 877-892 ; Loser-Krogh, PJA 2000, pp. 1108 s. ; Schumacher, Vermögensübertragung, pp. 209 ss ; Turin/Champeaux, REPRAX 2004, pp. 104 s.

100 Turin, Transfert de patrimoine, p. 97 (*idem*, pp. 97-100 pour les conditions de l'inscription au registre du commerce des différentes formes juridiques).

Selon l'article 69 alinéa 1 phrase 1 LFus toujours, le reprenant peut prendre la forme de n'importe quel « sujet de droit privé ». Contrairement à N. Turin, qui dans un premier temps n'opère pas¹⁰¹ de distinction entre les notions de sujet et de sujet de droit (privé), et propose dans un deuxième temps d'interpréter la notion de sujet de droit privé de l'article 69 alinéa 1 phrase 1 LFus afin de lui donner une portée autonome par rapport à la notion de sujet de l'article 2 lettre a LFus¹⁰², nous sommes d'avis, comme nous l'avons vu plus haut¹⁰³, que c'est la notion même de sujet (et non pas celle de sujet de droit) qui doit être interprétée de manière autonome. La notion de sujet de droit privé conserve ainsi son acception usuelle (nul besoin de l'artifice de l'interprétation), ce qui permet d'inclure les entreprises individuelles non inscrites au registre du commerce et les institutions de prévoyance (qui n'entrent pas dans la notion de sujet¹⁰⁴) dans la notion de reprenant.

Au vu des développements précédents, il convient de préciser qu'on ne peut dès lors plus utiliser les termes de « *sujet reprenant* »¹⁰⁵ et de « *sujets participant au transfert* »¹⁰⁶ comme le fait la Loi sur la fusion, car la formule est par trop restrictive ! Pour la suite de ce travail, et à des fins de simplification, nous proposons de donner la préférence aux termes de « transférant », de « reprenant » et de « participants au transfert », même si, pour les deux premiers, les termes de « sujet transférant » et de « sujet de droit reprenant » auraient été plus exacts.

Pour être complet, mentionnons encore que la doctrine évoque la possibilité d'une pluralité de transférants ou de reprenants¹⁰⁷.

2.4 La notion de patrimoine

2.4.1 Le patrimoine en tant qu'objet du transfert

La Loi sur la fusion utilise le terme de « patrimoine », dans le sens d'un « patrimoine avec actifs et passifs » ou « patrimoine actif et passif », sans toutefois définir ce terme¹⁰⁸. Tout au plus prévoit-elle, en ce qui concerne le transfert de patrimoine, qu'il est possible de transférer un patrimoine dans son ensemble ou une part de celui-ci (art. 69 al. 1 phr. 1 LFus) ; que seul un patrimoine ou une part de patrimoine présentant un solde actif peut être transféré

101 A tort : s'il est évident que ces notions se recoupent en bien des points, elles ne peuvent toutefois être assimilées l'une à l'autre, la notion de sujet de droit privé étant plus large que la notion de sujet de l'art. 2 let. a LFus.

102 Turin, Transfert de patrimoine, pp. 92 s. Cf. ég. Gersbach, RNRF 2004, p. 216.

103 Cf. supra, Chap. 2.3.1, *La notion de sujet*.

104 *Ibidem*.

105 Art. 73 al. 2 phr. 2, art. 76 al. 1, art. 77 al. 1 et 3, art. 104 al. 2 et 4 LFus. La mise en évidence résulte du choix de l'auteur et non du texte original.

106 Art. 70 al. 1, art. 71 al. 1 let. a, art. 75 al. 3 et 4 LFus. Mis partiellement en italique par l'auteur.

107 Bahar, no 3 ad art. 69 LFus et les références citées ; Loser-Krogh, PJA 2000, p. 1097 ; Turin, Transfert de patrimoine, pp. 96 s. Le transfert de patrimoine à une pluralité de reprenants semble être plus facilement admis, quoique la loi utilise tout de même le singulier (art. 69 al. 1 phr. 1 LFus). Cf. ég. d'autres institutions : scission par séparation (art. 29 let. b LFus) ; *Ausgliederung* (§123 Abs. 3 UmwG).

108 Art. 17 al. 1, art. 37 let. b, art. 69 al. 1 phr. 1, art. 71 al. 1 let. b *i.i.*, art. 73 al. 2 phr. 2, art. 86 al. 1, art. 98 al. 1, art. 100 al. 2 LFus.

(art. 71 al. 2 LFus)¹⁰⁹ ; que par l'inscription au registre du commerce, l'ensemble des actifs et passifs énumérés dans l'inventaire sont transférés au sujet reprenant (art. 73 al. 2 phr. 1 et 2 LFus). Il est donc nécessaire de définir quels sont les éléments patrimoniaux pouvant faire l'objet d'un transfert de patrimoine, avant d'étudier la manière dont ceux-ci doivent être portés à l'inventaire.

D'une manière générale, le patrimoine peut être défini comme « l'ensemble des droits et obligations à valeur pécuniaire d'une personne, c'est-à-dire l'ensemble des biens corporels et incorporels rattachés à un sujet de droit »¹¹⁰. Le patrimoine est composé de l'actif et du passif ; seuls les droits qui ont une valeur pécuniaire peuvent rentrer dans le patrimoine¹¹¹.

R. Wyler et B. Heinzer relèvent que la notion d'actifs et passifs n'est également pas définie par la Loi sur la fusion. Selon ces auteurs, la notion ne diffère pas du droit comptable : les actifs et les passifs sont des éléments patrimoniaux susceptibles de figurer au bilan d'une société (cf. art. 958 CO). L'actif comprend les droits réels, les créances (y compris les créances futures dans la mesure où elles sont déterminées ou déterminables¹¹²), les papiers-valeurs, les droits de propriété intellectuelle et autres valeurs immatérielles¹¹³ ; le passif comprend les dettes et les charges¹¹⁴. R. Wyler et B. Heinzer admettent que le patrimoine peut encore comprendre d'autres droits et obligations, dans la mesure où ils peuvent être valorisés et mentionnés – même pour mémoire – au bilan¹¹⁵.

Le Message précise que pour pouvoir être transférés, les éléments patrimoniaux doivent être transférables (*übertragbar*)¹¹⁶, ou cessibles, selon la terminologie utilisée par N. Turin¹¹⁷. Cela peut paraître évident à première vue, mais en fait, et comme nous le verrons plus loin, cette conception est loin de faire l'unanimité en doctrine : la validité de l'exigence de cessibilité des éléments patrimoniaux dépend en fait du mode selon lequel les éléments patrimoniaux seront transférés¹¹⁸. Nous pouvons déjà préciser que par l'exigence de cessibilité des droits et obligations, on entend que ceux-ci ne doivent pas être frappés d'une restriction quant à leur transfert¹¹⁹.

109 Concernant l'exigence légale d'un excédent d'actifs, cf infra, Chap. 4.3.4, *L'exigence d'un excédent d'actifs est-elle justifiée?*.

110 Cf. not. Probst, CoRo, no 22 ad art. 181 CO.

111 Cf. not. Engel, Traité, pp. 37 s.

112 Weber, Fusionsgesetz 2004, pp. 141-143. Cf. ég. Chap. 4.3.3, *Les problèmes liés à la nature évolutive du patrimoine*.

113 Les valeurs immatérielles comprennent p.ex. le *know-how* et le *goodwill*. Concernant l'utilisation de la notion de valeurs immatérielles, telle qu'elle ressort de l'art. 71 al. 1 let. b *i.f.* LFus, cf. infra, Chap. 5.4.1, *Analyse détaillée*.

114 Turin, Transfert de patrimoine, pp. 105-107. Cf. ég. Tschäni, RDS 2004, pp. 94-100.

115 Wyler/Heinzer, CEDIDAC 2005, pp. 192 s. L'étude de la notion de droits et obligations sera poursuivie infra, Chap. 2.4.3, *Les contrats en tant qu'éléments patrimoniaux*.

116 Message, p. 4112.

117 Turin, Transfert de patrimoine, pp. 107 ss.

118 Cf. infra, Chap. 2.5, *La notion de transfert*.

119 Turin, Transfert de patrimoine, p. 107.

2.4.2 L'abandon de la distinction entre patrimoine et entreprise? (part 1)

Le Message – suivi par l'Office fédéral du registre du commerce et par la quasi-totalité de la doctrine¹²⁰ – affirme que le transfert peut porter sur une part de patrimoine quelconque, voire même sur un seul actif¹²¹. En évoquant la possibilité de transférer une part de patrimoine composée d'actifs et de passifs hétéroclites, ou encore exclusivement d'actifs, le Conseil fédéral, dans son Message, affirme que la volonté du législateur était de renoncer à exiger, comme le fait l'article 181 CO, que la part de patrimoine soit affectée à un but spécial et qu'elle forme ainsi une unité fonctionnelle (« *einen organisch in sich geschlossenen Teil des Vermögens oder Geschäfts* »¹²²).

Mais une partie de la doctrine, représentée par F. Vischer notamment, n'est pas de cet avis¹²³. Selon elle, la part de patrimoine doit toujours constituer une unité, c'est-à-dire un ensemble complexe et organisé d'actifs et de passifs objectivement liés entre eux¹²⁴. Cette position se fonde sur une interprétation téléologique de la Loi sur la fusion : le transfert de patrimoine doit être considéré comme un moyen de restructuration et d'organisation juridique des entreprises. Le transfert d'éléments isolés ne rentre pas dans ce cadre et ne devrait donc pas être admis¹²⁵.

Selon nous, la position du Conseil fédéral, à laquelle la majorité de la doctrine se rattache, peut donner matière à discussion. En effet, le texte de la loi est, à notre avis, loin d'être univoque : d'une part, il n'est fait mention nulle part de la possibilité de transférer des éléments isolés ; d'autre part, l'utilisation du pluriel dans la formulation de l'article 69 alinéa 1 phrase 1 LFus mérite d'être relevée (« patrimoine avec actifs et passifs »). Cette problématique fera l'objet d'une analyse plus détaillée dans le cadre des développements consacrés au transfert des rapports contractuels¹²⁶.

Une remarque terminologique s'impose : pour la suite de ce travail, et lorsque nous évoquerons la thèse défendue notamment par F. Vischer, nous donnerons la préférence à la notion – propre au droit fiscal, nous en convenons – d'exploitation

120 OFRC, REPRAX 2004, p. 59 (y.c. les réf. aux travaux préparatoires) ; not. Bahar, Commentaire LFus, no 8 ad art. 69 LFus ; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, Fusionsgesetz, no 844 ; Frick, B&M-Ko, no 4 ad art. 69 LFus ; Glanzman, PJA 2004, p. 821 ; Kläy, NB 2004, p. 225 ; Loser-Krogh, PJA 2000, p. 1098 ; Malacrida, BaKo, no 8 ad art. 69 LFus ; von Salis, Fusionsgesetz.ch, pp. 413 s. ; Schumacher, Vermögensübertragung, p. 7 ; Trigo Trindade, RSDA 2004, p. 217 ; Tschäni, RDS 2004, pp. 88 s. ; Turin, Transfert de patrimoine, p. 104 ; Turin/Kläy, REPRAX 2001, p. 72 ; Vischer M., M&A 2005, pp. 212 s. ; Weber, Fusionsgesetz 2004, pp. 137 s. ; Wyler/Heinzer, CEDIDAC 2005, p. 193.

121 Message, pp. 4112 s.

122 Pour la formule : von Büren, Obligationenrecht, p. 352.

123 Vischer F., RSDA 2004, p. 161. Du même avis : Beretta, ZüKo, nos 20-22 ad rem. prélim. aux art. 69-77 LFus ; Böckli, Aktienrecht, no 373 ; Büchi, Spin-off, p. 169 ; Hilty, Mél. D. , pp. 573 s., 579 ; Meer, Recht 2005, p. 162.

124 Bohrer, ECS 2004, p. 937 ; Priester in Lutter, Commentaire UmwG, no 37 ad § 126 UmwG ; Vischer F., RSDA 2004, p. 161.

125 Vischer F., RSDA 2004, p. 161.

126 Voir infra, Chap. 2.6.3, *L'abandon de la distinction entre patrimoine et entreprise? (part 2)*.

ou de partie (distincte) d'exploitation¹²⁷, plutôt qu'à la notion d'entreprise ou de partie d'entreprise, héritée de l'article 181 CO¹²⁸.

2.4.3 Les contrats en tant qu'éléments patrimoniaux

Les contrats passés entre le transférant et des tiers avant la conclusion du contrat de transfert de patrimoine, voire même entre la conclusion du contrat et l'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine¹²⁹, peuvent-ils être transférés? Cette question, nous le verrons plus loin, n'est pas réglée par la loi¹³⁰ et est hautement controversée¹³¹. Son examen suppose d'avoir préalablement défini dans quelle mesure les contrats font partie du patrimoine. En d'autres termes, il convient d'examiner ici si les contrats sont inclus dans les actifs et passifs susceptibles d'être transférés.

Pour la suite de notre analyse, nous donnons la préférence à la notion de droits et d'obligations plutôt qu'à celle d'actifs et passifs. Dans cette approche, et conformément à la théorie générale du droit des obligations, nous proposons d'utiliser le concept d'obligation : l'obligation se définit comme un rapport juridique en vertu duquel une personne est tenue envers une autre de faire une prestation. L'obligation est une créance ou une dette, selon que l'on se place du point de vue de celui qui peut exiger la prestation ou de celui qui doit l'exécuter¹³².

Ainsi, il y a lieu de distinguer l'obligation proprement dite du rapport d'obligation. Le rapport d'obligation – et par extension le rapport contractuel – traduit une approche plus moderne de la relation établie entre deux personnes. Il peut être défini comme un rapport juridique général entre deux personnes qui comprend une ou plusieurs obligations, principales et accessoires. On remarquera notamment que le rapport d'obligation subsiste lorsque l'obligation est transférée¹³³ (individuellement : cf. transfert à titre singulier). Ainsi, on pourrait imaginer le transfert de toutes les obligations (créances et dettes) découlant d'un contrat (« dépeçage »), laissant subsister entre le transférant et le tiers cocontractant « un reliquat de contrat vidé de son substrat »¹³⁴.

127 Cf. p.ex. art. 19 al. 1 let. b et art. 61 al. 1 let. b LIFD, « exploitation ou partie distincte d'exploitation ». Selon l'Administration fédérale des contributions, une exploitation se définit comme un « ensemble d'éléments patrimoniaux de nature organisationnelle et technique qui constitue une entité relativement autonome pour la production d'une prestation fournie par l'entreprise » ; une partie distincte d'exploitation est « la plus petite unité d'une entreprise viable par elle-même » (AFC, Circulaire restructurations, ch. 4.3.2.5). C'est l'occasion de signaler qu'en pratique le transfert de patrimoine devrait être utilisé essentiellement dans le cadre d'opérations de cession d'exploitations ou de parties distinctes d'exploitations, ceci afin d'assurer le report de l'imposition des réserves latentes afférentes au patrimoine transféré (neutralité fiscale ; cf. ég. les réf. cit. à la n.b.p. no 81). Cf. ég. infra, Chap. 2.6.3, *L'abandon de la distinction entre patrimoine et entreprise? (part 2)*.

128 Cf. ég. art. 333 al. 1 CO.

129 Cf. infra, Chap. 4.3.3, *Les problèmes liés à la nature évolutive du patrimoine*.

130 Exception faite des réglementations spéciales des art. 261 (bail – pas traité) et 333 CO (rapports de travail). Cette dernière disposition sera étudiée infra, Chap. 4.5.1, *L'articulation de la Loi sur la fusion et de l'article 333 CO*.

131 Cf. infra, Chap. 2.5, *La notion de transfert* et Chap. 2.6, *Le transfert des rapports contractuels*.

132 Cf. not. Engel, *Traité*, pp. 3 ss ; Tercier, *Droit des obligations*, nos 87 ss.

133 *Idem*. Cf. ég. von Tuhr, *Partie générale*, pp. 7-9 pour des exemples toujours d'actualité.

134 Wyler/Heinzer, *CEDIDAC* 2005, pp. 205 s.

Selon notre conception, il apparaît donc indispensable de considérer le contrat à la lumière de la notion de rapport d'obligation, c'est-à-dire comme un tout, indissociable des obligations qui le composent (théorie de l'unité, par opposition à la théorie de la décomposition)¹³⁵. Selon cette conception, qui tend aujourd'hui toujours plus à s'imposer, le contrat doit être considéré de manière objective et non de manière subjective : le contrat est un *bien* qui peut être cédé comme tout élément de patrimoine, et non un *lien* entre les parties, dépourvu de valeur patrimoniale¹³⁶.

2.5 La notion de transfert

2.5.1 Transfert selon inventaire ou succession universelle (partielle)?

Nous nous attachons à présenter la notion de transfert dans son sens le plus idéal : le transfert s'entend ici davantage comme l'opération juridique de *transmission* des droits et obligations d'une personne à une autre que comme l'opération matérielle d'*exécution* de cette opération de transmission¹³⁷. Pour notre travail, le transfert peut donc être défini de manière générale comme l'opération par laquelle le reprenant *succède* au transférant dans la titularité des droits et obligations qui composent le patrimoine.

Le droit suisse distingue traditionnellement le transfert par la voie de la succession à titre singulier du transfert par la voie de la succession universelle. Dans la succession à titre singulier, chaque droit ou obligation doit être transféré individuellement selon ses propres règles de formes, prévues par la loi (cf. p.ex. art. 656 al. 1 et art. 714 al. 1 CC ; art. 165 al. 1 et art. 967 al. 1 et 2 CO), alors que dans la succession universelle, l'ensemble des droits et obligations sont transférés de par la loi et en un seul acte (cf. p.ex. art. 560 CC)¹³⁸. La fusion et la scission par division sont des cas de succession universelle¹³⁹.

L'article 73 alinéa 2 phrases 1 et 2 LFus prévoit que par l'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine, l'ensemble des droits et obligations énumérés dans l'inventaire sont transférés de par la loi au reprenant. La question du mode de transfert est discutée en doctrine :

Plusieurs auteurs – ainsi que l'Office fédéral du registre du commerce – considèrent que le transfert de patrimoine, contrairement à la fusion et à la scission par division, ne constitue pas à proprement parler un cas de succession universelle : selon eux, le transfert de patrimoine est une *nouvelle forme de*

135 Cf. not. Favre, Transfert de contrat, pp. 99 ss ; Reymond, CEDIDAC 1989, pp. 30 s ; Vischer F., RSDA 2004, p. 160 (manifestement) ; Watter/Kägi, RSDA 2004, p. 232. R. Watter et U. Kägi préconisent toutefois l'application de la théorie de la décomposition, sans que cela ait une réelle incidence sur le résultat : en effet, ils considèrent que le transfert de l'ensemble des créances et des dettes composant un contrat provoque le transfert du rapport contractuel en lui-même (Watter/Kägi, RSDA 2004, pp. 238 s, 234.).

136 Aubert/Flour/Savaux, Obligations 3, pp. 249 ss.

137 P.ex. AHC/Cornu, Vocabulaire juridique, p. 911.

138 Turin, Transfert de patrimoine, pp. 4 s., 57.

139 La fusion et la scission par division se caractérisent par la disparition du transférant (art. 21 al. 3 et art. 29 let. a LFus) ; ce dernier ne peut donc conserver aucun élément patrimonial (cf. p.ex. Glanzmann, PJA 2004, p. 823 ; Vischer F., RSDA 2004, p. 160).

transfert, appelé « transfert selon inventaire »¹⁴⁰. Les arguments à l'appui de la notion de transfert selon l'inventaire sont les suivants :

- La succession universelle exige, traditionnellement, la disparition du sujet transférant (dissolution et radiation du registre du commerce), comme c'est le cas en matière de fusion ou de dévolution¹⁴¹. Dans le cadre du transfert de patrimoine, le transférant continue d'exister, ce qui impose un traitement différent déjà sur ce point ;
- Le transfert selon inventaire constitue une « forme atténuée » de succession universelle¹⁴² : seuls les éléments patrimoniaux énumérés dans l'inventaire sont transférés (texte clair des art. 52 et art. 73 al. 2 phr. 2 LFus). N. Turin fait observer que la différence entre la succession universelle et le transfert selon inventaire est qualitative : « *Cette différence ne se manifeste pas au niveau des effets juridiques du transfert de patrimoine : qu'il s'agisse d'une succession [...] universel[le] 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 [...] qui sont susceptibles de faire l'objet d'un transfert de patrimoine [:] seuls les éléments patrimoniaux cessibles peuvent être portés à l'inventaire et être transférés de par la loi* »¹⁴³.

La doctrine majoritaire – à laquelle nous nous rattachons – estime au contraire que le transfert de patrimoine n'est autre qu'un cas de succession universelle, à tout le moins partielle¹⁴⁴. Nous retenons ici les arguments suivants :

- La Loi sur la fusion utilise des formulations identiques pour la fusion, la scission et le transfert de patrimoine : à la date de l'inscription au registre du commerce, l'ensemble des éléments patrimoniaux sont transférés de par la loi au(x) reprenant(s) (art. 22 al. 1, 52 et 73 al. 2 phr. 1 et 2 LFus). Il apparaît donc que ces opérations de restructuration devraient bénéficier d'un régime de

140 Favre, Transfert de contrat, no 249 ; Kläy, NB 2004, p. 234 ; OFRC, REPRAX 2004, p. 59 ; Probst, CoRo, no 14 ad art. 181 CO ; Ruf/Jeitziner, ECS 2004, p. 919, spéc. note no 45 (pas exclu) ; Schmid-Tschirren, RNRF 2004 pp. 230 s., 235 (manifestement) ; Tschäni, RDS 2004, pp. 93 s., 97 s. (manifestement) ; Turin, Transfert de patrimoine, pp. 56-60 ; Turin/Kläy, REPRAX 2001, p. 63.

141 Pour une comparaison de la notion de succession dans le transfert de patrimoine, la fusion et la dévolution, cf. Turin, Transfert de patrimoine, p. 57 ; Schumacher, Vermögensübertragung, pp. 115-118.

142 Turin, Transfert de patrimoine, p. 57.

143 Turin, Transfert de patrimoine, p. 59. Sont considérés comme cessibles les droits et obligations qui ne font pas l'objet de restrictions – de par la loi, la convention des parties ou la nature de l'affaire – quant à leur transfert (Turin, Transfert de patrimoine, p. 107).

144 Cf. not. Bahar, Commentaire LFus, no 12 ad art. 73 LFus (« succession universelle limitée par l'inventaire ») ; Bauen/Jegher/Wenger/Zen-Ruffinen, Loi sur la fusion, p. 166 ; Beretta, ZüKo, no 4 ad rem. prélim. aux art. 69-77 LFus ; Beretta, RSJ 2002, p. 251 ; Bertschinger, Mél. H. Rey, p. 365 ; Büchi, REPRAX 2006, p. 39 ; Büchi, Spin-off, pp. 159-174 (« Partialsukzession ») ; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, Fusionsgesetz, nos 871-875 ; Frick, B&M-Ko, no 1 ad art. 69 LFus ; Gersbach, RNRF 2004, pp. 198, 215, 217 ; Kunz P., PJA 2004, p. 810 (manifestement) ; Loser-Krogh, PJA 2000, p. 1101 ; Marolda Martinez/von der Crone, RSDA 2004, pp. 302 s. ; Peter, RSDA 2004, pp. 228 s. ; Schumacher, Vermögensübertragung, pp. 114 ss ; Streuli-Youssef, sic! 2004, p. 613 ; Vischer F., RSDA 2004, p. 158 ; Vischer M., M&A 2005, p. 223 ; Watter/Büchi, BaKo, no 2 ad art. 52 LFus (scission) ; Watter/Kägi, RSDA 2004, p. 235. T. Aebersold, s'il propose une nouvelle forme de transfert appelée « Kollektivsukzession », ne s'éloigne guère de la succession universelle : à notre sens, la nouvelle catégorie consiste seulement en un ajustement – superflu – de la notion de succession universelle pour le cas du transfert de patrimoine (Aebersold, NB 2004, pp. 160-162).

transfert uniforme¹⁴⁵ : il en va de la sécurité du droit¹⁴⁶. Ce régime ne peut être autre que celui de la succession universelle, eu égard au but de la Loi sur la fusion qui est de faciliter les restructurations d'entreprises¹⁴⁷.

- L'exigence de la disparition du transférant ne suffit pas, à notre avis, pour justifier un traitement différencié du transfert de patrimoine et de la fusion ou de la scission par division. En effet, le transfert de patrimoine, en tant qu'il permet d'atteindre un résultat économiquement analogue, peut être utilisé comme une alternative à – ou un succédané de – la fusion, la scission ou la transformation¹⁴⁸. Et dans la mesure où la totalité d'un patrimoine est transférée, il est alors parfaitement possible de réunir les conditions de la succession universelle pour certaines opérations de transfert de patrimoine : dans le cadre de la « transformation » (ou de la reprise) d'une entreprise individuelle en (par) une société anonyme ou en une société à responsabilité limitée par exemple, l'entreprise individuelle devra, si elle y était inscrite, être radiée du registre du commerce (art. 938 CO). La tradition devra donc être bousculée, car la sécurité du droit commande un régime de transfert unique pour le transfert de patrimoine : la succession universelle devrait prévaloir, quand bien même l'opération de transfert de patrimoine n'emporte pas la disparition du transférant.
- La succession universelle est souvent qualifiée de « partielle » en ce qui concerne le transfert de patrimoine. L'aspect « partiel » de la succession universelle se rapporte à une limitation *quantitative* aux éléments patrimoniaux figurant à l'inventaire, et non pas – comme le préconise N. Turin¹⁴⁹ – à une limitation *qualitative* de la notion de succession universelle. En d'autres termes, la restriction touche l'étendue de la succession, mais pas ses effets : la succession, bien que partielle, reste dogmatiquement universelle¹⁵⁰.

En conclusion, nous pouvons dire que le transfert de patrimoine constitue assurément une nouvelle institution juridique, mais qu'il ne crée par contre pas de nouvelle forme de transfert. Dès lors, quelles sont les conséquences de l'affirmation de la succession universelle comme forme de transfert?

145 Gersbach, RNRF, pp. 225 s.; Peter, RSDA 2004, p. 228 ; Schumacher, Vermögensübertragen, pp. 118-120 ; Watter/Büchi, BaKo, no 3 ad art. 52 LFus (scission) ; Watter/Kägi, RSDA 2004, pp. 234 s.

146 Schumacher, Vermögensübertragen, pp. 121-124 (qui établit par ailleurs un parallèle avec le droit allemand).

147 Cf. supra, Chap. 2.1, *Les buts de la Loi sur la fusion*.

148 Cf. n.b.p. no 10.

149 Turin, Transfert de patrimoine, p. 59. Nous remarquons que la notion de succession universelle partielle est parfois utilisée par certains partisans du transfert selon inventaire. Ainsi, lorsqu'elle défend que le transfert de patrimoine n'est pas un cas de succession universelle, mais utilise la notion de succession universelle partielle, C. Schmid-Tschirren se prévaut manifestement du transfert selon inventaire (Schmid-Tschirren, RNRF 2004 pp. 230 s., 235). Cette impropriété provient apparemment du Message, duquel tant les tenants de la notion de succession universelle que ceux du transfert selon inventaire se réclament (cf. Message, p. 4117 et les réf. cit. aux n.b.p. nos 140 et 144).

150 Arrêt non publié du 31.01.06, 4C.385/2005, consid. 1.2.2 (scission). Dans le même sens, cf. p.ex. von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, Fusionsgesetz, no 872 ; Eberhard, Scission, p. 224 ; Gersbach, RNRF 2004, pp. 212 s.; Peter, RSDA 2004, p. 228 ; Watter/Büchi, BaKo, nos 2 ss ad art. 52 LFus (scission).

2.5.2 L'enjeu de la controverse

Si l'on admet que le transfert de patrimoine est un cas de succession universelle et non de transfert selon inventaire, cela signifie que les droits et obligations composant le patrimoine peuvent être transférés dans leur intégralité, en principe « *sans exception quant à leur nature et sans condition* »¹⁵¹ : il n'y a en effet pas d'exigence de cessibilité des éléments patrimoniaux.

Selon cette conception, il est en particulier possible de transférer des contrats¹⁵² sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement du tiers cocontractant : le transfert est automatique¹⁵³.

On pourrait envisager d'arrêter l'examen de la question du transfert des contrats à ce stade déjà. Mais il convient de reprendre brièvement les développements précédents et de les considérer à la lumière d'autres théories proposées par la doctrine à ce sujet.

2.6 **Le transfert des rapports contractuels**

2.6.1 Remarques introductives

Nous n'avons pas ici l'ambition de traiter la question du transfert des contrats de manière détaillée. En particulier, les différents – et nombreux – avis exprimés par la doctrine ne seront présentés que de manière sommaire¹⁵⁴. Notre objectif reste, comme nous l'avons déjà spécifié, de déterminer dans quelle mesure et selon quel mode les éléments patrimoniaux peuvent faire l'objet d'un transfert (de patrimoine), pour pouvoir étudier, par la suite, la manière dont ceux-ci doivent être portés à l'inventaire.

Nous avons établi que les contrats, en tant que rapports d'obligation (dans le même sens : rapports contractuels), doivent être considérés comme des éléments patrimoniaux. Le transfert d'un contrat par « dépeçage » des droits et obligations qui le composent peut ainsi – et c'est heureux – être évité.

Nous avons également soutenu que le transfert de patrimoine est un cas de succession universelle, et que l'aspect partiel de celle-ci se rapporte à une limitation quantitative aux éléments patrimoniaux portés à l'inventaire, et non à une limitation qualitative de la succession aux seuls éléments cessibles.

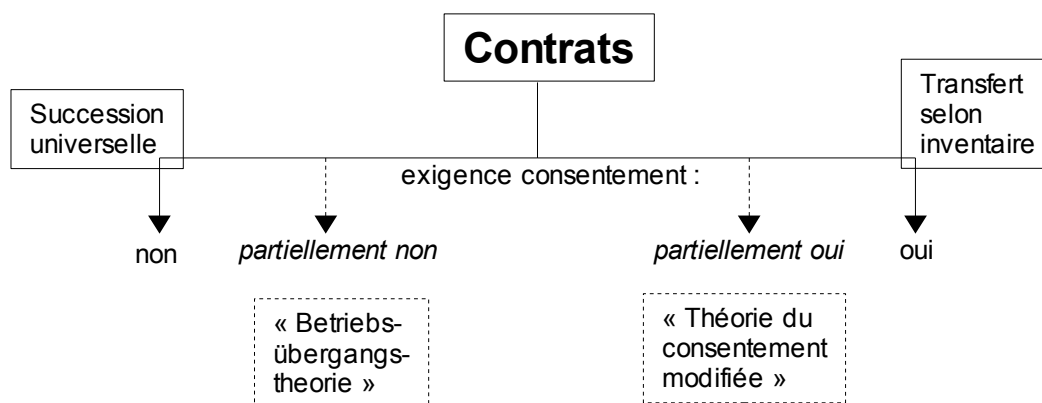
151 Cf. not. Peter, RSDA 2004, pp. 228 s.

152 Il est aussi question en doctrine du transfert des actions nominatives liées (cf. art. 685a ss CO). Cette problématique ne sera pas traitée ; nous renvoyons p.ex. à Meer, Recht 2005, pp. 153 ss.

153 Cf. not. Altenburger/Calderan/Lederer, Umstrukturierungsrecht, nos 861 ss ; Beretta, ZüKo, nos 36 ss ad rem. prélim. aux art. 69-77 LFus ; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, Fusionsgesetz, nos 872, 964 ss ; Gersbach, RNRF 2004, pp. 224-226 ; Glanzmann, PJA 2004, p. 822 ; Marolda Martinez/von der Crone, RSDA 2004, pp. 302 s. ; Streuli-Youssef, sic! 2004, p. 613 ; Vischer M., M&A 2005, p. 224 ; Watter/Büchi, BaKo, no 10 ad art. 52 LFus (scission). Contra : cf. not. Favre, Transfert de contrat, nos 282-286 ; Kläy, NB 2004, pp. 226-228 ; Kunz P., PJA 2004, p. 812 ; Turin, Transfert de patrimoine, p. 116 ; Turin/Champeaux, REPRAX 2004, p. 103.

154 Pour un exposé plus complet des différentes opinions, suivi d'une discussion, cf. Wyler/Heinzer, CEDIDAC 2005, pp. 193-208. Ne sera que peu abordée, en particulier, l'interprétation historique et téléologique de la Loi sur la fusion au regard de la question du transfert des contrats. Nous renvoyons p.ex. à Bahar, Commentaire LFus, nos 19 et 13 ad art. 69 LFus ; Kläy, NB 2004, p. 225 ; Peter, RSDA 2004, pp. 224-226 ; Tschäni, GesKR 2007, p. 173 ; Vischer F., RSDA 2004, pp. 155-157, 160 s.

La polarisation opérée plus haut entre succession universelle et transfert selon inventaire doit cependant être relativisée en ce qui concerne les contrats : chacune de ces deux théories connaît sa forme « atténuée » en doctrine. Ces formes atténuées réunissent d'ailleurs un plus grand nombre d'avis favorables. On peut représenter la situation ainsi :



2.6.2 La théorie du consentement modifiée (aperçu)

La théorie du consentement modifiée¹⁵⁵ est une forme dérivée du transfert selon inventaire. Selon cette théorie, les contrats ne peuvent *par principe* être transférés de manière automatique : le consentement du tiers cocontractant doit demeurer la règle¹⁵⁶.

Le raisonnement est le suivant : en l'absence d'une clause expresse du contrat réglant la question du changement de partenaire contractuel (*change of control clause*¹⁵⁷), il faut combler cette lacune en recherchant, par interprétation, quelle était la volonté des parties au moment de la conclusion du contrat (cf. art. 18 CO)¹⁵⁸. L'examen de la volonté hypothétique conduira dans la plupart des cas à admettre le transfert du contrat¹⁵⁹. Partant de ce constat, et selon l'avis des partisans de cette théorie, le consentement doit donc en quelque sorte être présumé dès lors que le contrat est rattaché de manière fonctionnelle au patrimoine transféré et que les parties n'ont pas prévu conventionnellement les conditions du transfert. Cette présomption de transfert automatique ne pourra être

155 La formule est proposée par Favre, Transfert de contrat, no 271.

156 Cf. Message, p. 4098 (scission) pour l'exigence systématique du consentement du tiers cocontractant : « Les contrats ne sont pas transférés en tant que tels ; l'accord de l'ensemble des parties au contrat est indispensable pour pouvoir procéder à la substitution d'une partie au contrat [...]. Sauf disposition légale spéciale [art. 261 et 333 CO], [le transfert de patrimoine] ne provoque pas une modification unilatérale parmi les parties au contrat ».

157 Une telle clause peut p.ex. fonder le droit pour le tiers cocontractant de résilier le contrat, éventuellement assorti d'une prétention en dédommagement. Il est à noter que les parties peuvent également convenir d'une interdiction pure et simple de cession du contrat (*pactum de non cedendo*).

158 Bahar, Commentaire LFus, nos 15 s. ad art. 69 LFus ; Malacrida, BaKo, nos 18 ss ad art. 73 LFus ; Watter/Kägi, RSDA 2004, p. 238 ; Wylter/Heinzer, CEDIDAC 2005, p. 206.

159 Bahar, Commentaire LFus, no 17 ad art. 69 LFus.

renversée que dans les cas où le changement de partenaire contractuel ne saurait être raisonnablement imposé au tiers cocontractant (contrats conclus *intuitu personae*)¹⁶⁰.

Nous accueillons favorablement l'idée d'un traitement particulier des contrats rattachés de manière fonctionnelle au patrimoine transféré. Toutefois, le consentement, quand bien même il peut être présumé dans certains cas, constitue toujours le fondement de cette théorie. En nous inscrivant en faveur de la succession universelle, nous avons au contraire soutenu que les contrats doivent pouvoir être transférés sans égard au consentement du tiers cocontractant¹⁶¹. Par conséquent, nous proposons, au même titre que le transfert selon inventaire, le rejet de la théorie du consentement modifiée.

2.6.3 L'abandon de la distinction entre patrimoine et entreprise? (part 2)

Nous avons laissée ouverte la question de savoir si le patrimoine à transférer doit constituer une exploitation ou une partie distincte d'exploitation¹⁶². Cette question mérite d'être examinée plus avant, car elle revêt une importance particulière en ce qui concerne les contrats.

En effet, une tendance semble se dégager en doctrine en faveur de la « *Betriebsübergangstheorie* »¹⁶³. Selon cette théorie, les contrats sont transférés automatiquement, mais uniquement dans la mesure où la part de patrimoine transférée constitue une exploitation ou une partie d'exploitation et que les contrats y sont rattachés de manière fonctionnelle.

Cette approche est également celle des auteurs du Projet de mini-révision de la Loi sur la fusion¹⁶⁴. Pour pallier à l'incertitude qui règne en ce qui concerne le transfert des contrats, et ainsi augmenter l'attractivité de l'institution juridique du transfert de patrimoine¹⁶⁵, les auteurs proposent en effet d'ajouter un troisième alinéa à l'article 73 LFus, qui serait formulé comme suit :

« ³ Wird durch die Vermögensübertragung ein Betrieb oder ein Betriebsteil auf den übernehmenden Rechtsträger übertragen, so gehen mit Eintragung der Vermögensübertragung ins Handelsregister auch sämtliche im Inventar aufgeführten Vertragsverhältnisse ohne Zustimmung der Vertragsgegenpartei auf den

160 Bahar, Commentaire LFus, no 17 ad art. 69 LFus ; Malacrida, BaKo, no 20 ad art. 73 LFus ; Watter/Kägi, RSDA 2004, pp. 238 s. ; Wyler/Heinzer, CEDIDAC 2005, p. 206.

161 Cf. supra, Chap. 2.5, *La notion de transfert*.

162 Cf. supra, Chap. 2.4.2, *L'abandon de la distinction entre patrimoine et entreprise? (part 1)*.

163 Bertschinger, Mél. H. Rey, p. 365 (manifestement) ; Böckli, Aktienrecht, nos 372a s., 374 ; Bohrer, ECS 2004, pp. 936-938 ; Frick, B&M-Ko, no 22 ad art. 69 LFus ; Gersbach, RNRF 2004, p. 225 (manifestement) ; Loser-Krogh, PJA 2000, p. 1097 ; Malacrida, BaKo, no 20 ad art. 73 LFus ; von Salis, Fusionsgesetz.ch, p. 433 ; Schumacher, Vermögensübertragung, p. 156 ; Trigo Trindade, RSDA 2004, p. 218 (manifestement) ; Tschäni, GesKR 2007, p. 174 ; Tschäni, RDS 2004, p. 97 ; Vischer F., RSDA 2004, pp. 160 s. (*a fortiori*) ; Weber, Fusionsgesetz 2004, pp. 159 s.

164 Binder/Roberto/Schenker/Tschäni/Watter, PMRFG, V.3.1 et V.3.3.

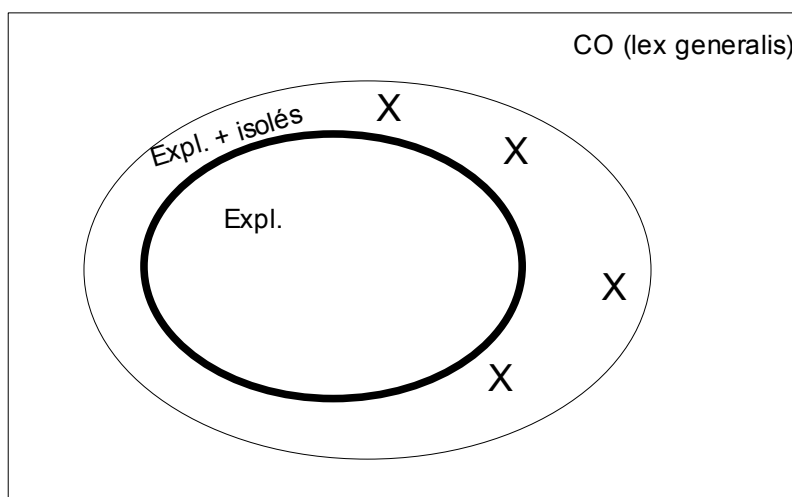
165 Cf. supra, Chap. 1.1.2, *Chronique d'une mort annoncée* et Chap. 1.2.2, *Le Projet de mini-révision de la Loi sur la fusion (Prof. Andreas Binder & al.)*.

übernehmenden Rechtsträger über, sofern diese Vertragsverhältnisse mit dem übertragenden Betrieb oder Betriebsteil verbunden sind »¹⁶⁶.

D'une manière générale, on peut dire que la *Betriebsübergangstheorie*, qui est une forme dérivée de la succession universelle¹⁶⁷, va plus loin que la théorie du consentement modifiée¹⁶⁸, en ce sens qu'elle permet le transfert automatique des contrats.

A l'instar de la théorie du consentement modifiée, la *Betriebsübergangstheorie* consacre l'idée d'un rattachement fonctionnel du contrat au patrimoine transféré, mais elle pose une exigence supplémentaire en ce qui concerne la composition du patrimoine : celui-ci doit former une unité.

Dès lors, qu'advient-il des contrats isolés, c'est-à-dire qui ne sont pas rattachés à une (partie d')exploitation? Bénéficient-ils tout de même de la simplification formelle qu'offre l'institution du transfert de patrimoine? Si oui, par quelle forme de transfert? Ou alors doivent-ils suivre les règles de la succession à titre singulier (règles générales du Code des obligations¹⁶⁹)? La situation se présente ainsi :



Si, d'après la *Betriebsübergangstheorie*, les contrats isolés ne peuvent être transférés automatiquement, cela signifie *a fortiori* que la voie de la succession universelle leur est fermée. De plus, il nous est difficile de concevoir que la théorie

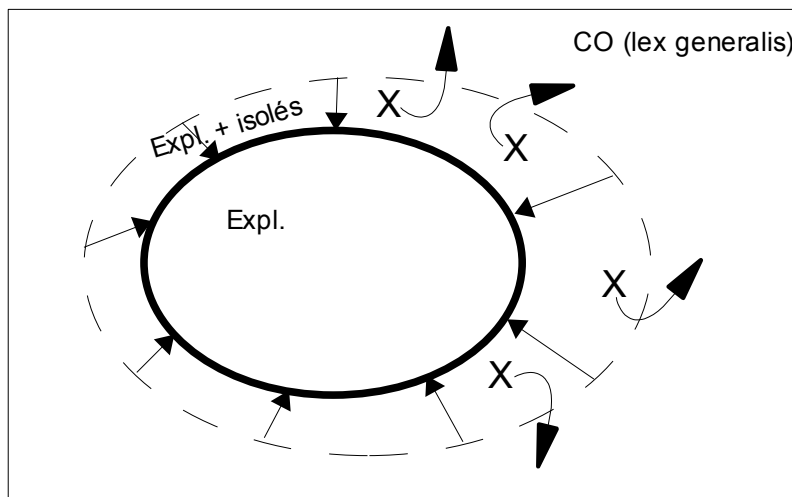
166 Binder/Roberto/Schenker/Tschäni/Watter, PMRFG, V.3.5. Noter au passage l'emploi du terme « *Vertragsverhältnisse* » (rapports contractuels).

167 Pour la notion de succession universelle, cf. supra, Chap. 2.5.1, *Transfert selon inventaire ou succession universelle (partielle)?*.

168 Cf. supra, Chap. 2.6.2, *La théorie du consentement modifiée (aperçu)*.

169 Le transfert des contrats n'est pas réglé de manière générale par le Code des obligations, mais est admis en vertu du principe de la liberté contractuelle. Le contrat de transfert peut être bipartite ou tripartite, mais dans les deux cas le tiers cocontractant (« le restant ») doit pouvoir se déterminer sur le transfert : par la ratification du transfert, si le contrat est bipartite, et par le consentement au transfert, s'il est tripartite. Au surplus, se référer à Favre, *Transfert de contrat*, nos 607 ss, 654 ss, 727 ss, 750 ss.

du consentement modifiée puisse trouver application pour le transfert de ces contrats isolés, tandis que les contrats rattachés fonctionnellement à une exploitation seraient régis par la *Betriebsübergangstheorie* : il n'est objectivement pas possible de « composer » entre ces différentes théories en fonction de la nature et de la composition du patrimoine à transférer ! Il apparaît donc que le transfert des contrats isolés sort du champ d'application matériel des articles 69 et suivants LFus et qu'il doit par conséquent être opéré selon l' « ancienne » voie de la succession à titre singulier¹⁷⁰. Le schéma suivant illustre cette idée :



Les arguments suivants peuvent en outre être apportés à l'appui de la *Betriebsübergangstheorie*:

- Les conditions posées par la *Betriebsübergangstheorie* pour permettre un transfert automatique des contrats constituent une sorte de garde-fou. Elles permettent assurément de dissiper les craintes exprimées en doctrine concernant le risque d'abus dans l'utilisation du transfert de patrimoine (*cherry picking*¹⁷¹)¹⁷², même si la clause générale de l'abus de droit de l'article 2 alinéa 2 CC assure déjà en elle-même une protection suffisante du tiers cocontractant¹⁷³. Nous relevons au surplus que les partisans de la

170 Dans ce sens : Binder, GesKR 2007, pp. 129 s.; Binder/Roberto/Schenker/Tschäni/Watter, PMRFG, V.3.1 et V.3.3 ; Boher, ECS 2004, pp. 936-938. Nous relevons, au surplus, que les auteurs du Projet de mini-révision de la Loi sur la fusion arrivent au même résultat, mais fondent leur argumentation sur le fait que le transfert d'éléments isolés ne correspond pas au but de la Loi sur la fusion qui est de faciliter les opérations de restructuration, et que par conséquent la simplification que représente le transfert sans consentement des tiers cocontractants ne se justifie pas à leur égard (Binder/Roberto/Schenker/Tschäni/Watter, PMRFG, V.3.3).

171 Le *cherry picking* (« picorage » en français) peut être défini ici comme la sélection des seuls éléments qui semblent a priori intéressants dans une opération de transfert (cf. Journal officiel de la République française du 14 août 1998, p. 12'463).

172 Binder, GesKR 2007, pp. 129 s. N. Turin évoque le risque que le transfert de patrimoine soit utilisé dans le but de contourner des dispositions légales ou conventionnelles prévoyant l'incessibilité du contrat (l'incessibilité est qualifiée de relative lorsqu'elle peut être levée par le consentement du tiers cocontractant) : Turin, Transfert de patrimoine, pp. 109 s.

*Betriebsübergangstheorie*¹⁷⁴ accordent un droit de résiliation au tiers cocontractant dans certains cas¹⁷⁵, rejoignant ainsi partiellement, sur ce point, la théorie du consentement modifiée¹⁷⁶ ;

- La distinction entre les notions de patrimoine et d'entreprise (exploitation) est déjà bien connue des praticiens (cf. art. 181 et 333 CO, resp. art. 61 al. 1 let. b LIFD¹⁷⁷)¹⁷⁸ ;
- Aux termes de l'article 333 alinéa 1 CO, « Si l'employeur transfère une entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers, les rapports de travail passent à l'acquéreur avec tous les droits et les obligations qui en découlent, au jour du transfert [...] ». L'adoption de la *Betriebsübergangstheorie* permet par conséquent d'assurer un traitement uniforme du transfert des contrats (réglementation spéciale de l'art. 333 CO pour les rapports de travail et art. 73 al. 2 phr. 1 et 2 LFus pour les autres contrats)¹⁷⁹ ;
- Les intérêts des créanciers sont par ailleurs protégés par l'article 75 LFus (cf. responsabilité solidaire et obligation de fournir des sûretés).

Il faut noter que

La *Betriebsübergangstheorie*, aussi séduisante et applicable soit-elle, ne peut toutefois remporter notre suffrage en tant que telle :

Nous avons déclaré, lors de l'examen de la théorie du consentement modifiée déjà, accueillir favorablement l'idée d'un traitement particulier des contrats rattachés de manière fonctionnelle au patrimoine transféré. En excluant les contrats isolés du champ d'application du transfert de patrimoine, pour n'admettre que le transfert des contrats rattachés à une exploitation, la *Betriebsübergangstheorie* fait un pas supplémentaire.

Nous considérons que la *Betriebsübergangstheorie* va dans la bonne direction, mais proposons d'aller plus loin : dans la mesure où nous avons établi que les contrats, en tant que rapports contractuels, doivent être considérés comme des éléments patrimoniaux¹⁸⁰, il y a lieu de réserver un traitement identique au transfert de l'ensemble des éléments patrimoniaux. Par conséquent, les conditions de la

173 Cf. not. Binder/Roberto/Schenker/Tschäni/Watter, PMRFG, V.3.3 ; Gersbach, RNRF 2004, pp. 226 s.; Peter, RSDA 2004, pp. 225, 229 ; Trigo Trindade, RSDA 2004, p. 218 ; Tschäni, RDS 2004, p. 97.

174 Egalement pour la succession universelle « pure » : p.ex. Beretta, RSJ 2002, p. 255 s.; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, Fusionsgesetz, no 587 ; Streuli-Youssef, sic! 2004, p. 613.

175 Contrat conclu *intuitu personae*, *pactum de non cedendo*, résiliation prévue par une *change of control clause* ou encore *clausula rebus sic stantibus* (cf. Bertschinger, Mél. H. Rey, pp. 366 s.; Binder/Roberto/Schenker/Tschäni/Watter, PMRFG, V.3.3 ; Bohrer, ECS 2004, pp. 936, 938 ; Frick, no 23 ad art. 69 LFus ; Schumacher, pp. 152-156 ; Tschäni, RDS 2004, p. 97 ; Vischer F., RSDA 2004, p. 161). A. Bohrer souligne à juste titre que ce droit de résiliation découle des règles générales du Code des obligations et non pas de la Loi sur la fusion, eu égard au principe de la succession universelle (Bohrer, ECS 2004, p. 938). Voir également le droit d'opposition du travailleur de l'art. 333 al. 2 CO.

176 Cf. supra, Chap. 2.6.2, *La théorie du consentement modifiée* (apeçu), spéc. n.b.p. no 157.

177 Cf. supra, Chap. 2.4.2, *L'abandon de la distinction entre patrimoine et entreprise? (part 1)*.

178 Binder, GesKR 2007, pp. 129 s.; Binder/Roberto/Schenker/Tschäni/Watter, PMRFG, V.3.3 ; Bohrer, ECS 2004, p. 936.

179 Pour plus de détails, cf. infra, Chap. 4.5.1, *L'articulation de la Loi sur la fusion et de l'art. 333 CO*.

180 Cf. supra, Chap. 2.4.3, *Les contrats en tant qu'éléments patrimoniaux*.

Betriebsübergangstheorie doivent être appliquées, *mutatis mutandis*, au transfert de patrimoine dans sa totalité¹⁸¹.

Par ce biais, nous rejoignons la position défendue – entre autres – par F. Vischer¹⁸², et répondons à la question que nous avons laissée en suspens¹⁸³ : à la suite de F. Vischer donc, et contrairement à l'opinion défendue par le Conseil fédéral dans son Message, nous soutenons que le transfert doit obligatoirement porter sur un patrimoine formant une exploitation ou une partie distincte d'exploitation¹⁸⁴.

3 Le contrat de transfert de patrimoine

3.1 La compétence de conclure

3.1.1 Cas général

Aux termes de l'article 70 alinéa 1 LFus, le contrat de transfert doit être conclu par les organes supérieurs de direction ou d'administration des participants au transfert¹⁸⁵.

Il ressort du Message que la notion d'organe supérieur de direction ou d'administration a été choisie afin de tenir compte de l'organisation propre à chaque forme juridique¹⁸⁶. Par organes supérieurs de direction ou d'administration, il faut entendre¹⁸⁷ : le conseil d'administration pour la société anonyme et la société en commandite par actions¹⁸⁸ ; les gérants pour la société à responsabilité limitée¹⁸⁹ ; l'administration pour la société coopérative¹⁹⁰ ; les associés indéfiniment responsables pour la société en nom collectif et la société en commandite (si le contrat n'en dispose pas autrement)¹⁹¹ ; la direction ou le comité pour l'association¹⁹². Pour les entreprises individuelles, dépourvues d'organes, la compétence appartient évidemment à la personne physique titulaire de l'entreprise¹⁹³.

181 Le droit de résiliation trouve également application (cf. n.b.p. no 175).

182 Cf. n.b.p. no 123 pour les autres auteurs.

183 Cf. supra, Chap. 2.4.2, *L'abandon de la distinction entre patrimoine et entreprise? (part 1)*.

184 Nous rappelons que cette position se fonde sur fait que le transfert d'éléments patrimoniaux isolés ne rentre pas dans le cadre du but de la Loi sur la fusion, qui est de permettre la modification de l'organisation juridique des entreprises (cf. supra, Chap. 2.1, *Les buts de la Loi sur la fusion*). Il convient au surplus de remarquer que l'argument téléologique est également invoqué par certains des partisans de la *Betriebsübergangstheorie* pour justifier l'exclusion des contrats isolés du champ d'application du transfert de patrimoine (Binder/Roberto/Schenker/Tschäni/Watter, PMRFG, V.3.3). A notre avis, l'argument téléologique ne peut se limiter aux seuls contrats isolés : il porte à conséquence sur l'ensemble des éléments patrimoniaux isolés, ce qui corrobore la position que nous soutenons ici, selon laquelle le patrimoine transféré doit nécessairement former une unité.

185 Les art. 12 et 36 LFus contiennent une formulation identique (fusion et scission).

186 Message, p. 4060.

187 Message, p. 4061.

188 Cf. art. 707 ss et 765 CO.

189 Cf. art. 811 ss CO.

190 Cf. art. 894 ss CO.

191 Cf. art. 535, 557 et 599 CO.

192 Cf. art. 69 CC.

193 Message, p. 4114, note no 153.

Le Message précise encore que l'article 70 alinéa 1 LFus ne modifie en rien les règles légales (cf. Code des obligations) et statutaires des sociétés¹⁹⁴ relatives à la compétence de conclure un contrat (de transfert)¹⁹⁵. On peut donc légitimement s'interroger sur l'utilité d'une telle disposition¹⁹⁶, celle-ci n'ayant pas de portée juridique. A notre sens, un renvoi général aux dispositions du Code des obligations¹⁹⁷ eût été plus approprié.

La notion de conclusion, quant à elle, appelle une précision supplémentaire : seule la compétence *décisionnelle* ne peut être déléguée à un organe subordonné. L'organe supérieur de direction ou d'administration peut tout à fait déléguer (par un mandat) la tâche de la négociation et de la rédaction du contrat de transfert (p.ex., pour la société anonyme, à un comité composé de certains membres du conseil d'administration ou à la direction¹⁹⁸)¹⁹⁹. De même, la signature proprement dite du contrat de transfert peut être le fait d'un tiers habilité à représenter la société²⁰⁰.

Il est intéressant de relever que P. Loser-Krogh admet, par réduction téléologique, une délégation de la compétence décisionnelle pour les transferts d'éléments patrimoniaux isolés et les « *Bagatelltransaktionen* »²⁰¹. Dans la mesure où ces transactions ne modifient pas fondamentalement la structure et l'organisation de la société, la décision de procéder à un transfert de patrimoine ne peut être perçue comme « une décision stratégique qui relève de la haute direction de la société »²⁰², et devrait donc, selon l'auteur, pouvoir relever également de la compétence d'autres organes. Dans la mesure où nous défendons que le transfert doit obligatoirement porter sur un patrimoine formant une exploitation ou une partie distincte d'exploitation²⁰³, il nous est aisé de nous déterminer : d'une part, le transfert d'éléments isolés ne rentrant pas dans le champ d'application matériel du transfert de patrimoine, la question est sans objet sur ce point ; d'autre part, la distinction entre les « *Bagatelltransaktionen* » et les autres transactions ne peut raisonnablement être admise, au vu des problèmes évidents que poseraient la définition et la mise en oeuvre de critères de délimitation.

194 La notion de société s'entend ici au sens de l'art. 2 let. b LFus. Elle comprend les associations, mais pas les entreprises individuelles.

195 Message, p. 4114. Voir ég. infra, Chap. 3.1.2, *Cas particuliers (aperçu)*.

196 Bertschinger, Mél. H. Rey, pp. 370 s. en propose la suppression.

197 Et au Code civil, pour les associations.

198 Cf. not. les art. 716 al. 2, art. 716b et art. 718 al. 2 CO.

199 A l'inverse, une délégation en faveur de l'assemblée générale (« délégation vers le haut ») n'est pas admissible (Fischer, Kompetenzverteilung, pp. 64-66).

200 Message, p. 4061 ; cf. ég. p.ex. Bahar, Commentaire LFus, nos 6 à 9 ad art. 70 LFus ; Bertschinger, Mél. H. Rey, p. 370 ; Fischer, Kompetenzverteilung, pp. 59-70 ; Glanzmann, PJA 2004, p. 816 ; Turin, Transfert de patrimoine, pp. 129 s. ; Weber, Fusionsgesetz 2004, pp. 136 s. A noter par ailleurs que la décision doit être basée sur le texte définitif du contrat.

201 Loser-Krogh, PJA 2000, p. 1099 s. Contra : Turin, Transfert de patrimoine, p. 130, note no 22.

202 Message, p. 4061 pour la formule.

203 Cf. supra, Chap. 2.6.3, *L'abandon de la distinction entre patrimoine et entreprise? (part 2)*.

3.1.2 Cas particuliers (aperçu)

Nous l'avons déjà évoqué²⁰⁴ : l'article 70 alinéa 1 LFus ne modifie en rien les règles légales et statutaires des sociétés²⁰⁵ relatives à la compétence de conclure²⁰⁶ un contrat (de transfert). De ce fait, le pouvoir de représentation de l'organe supérieur de direction ou d'administration est limité aux actes qui s'inscrivent objectivement dans la poursuite de la réalisation du but social, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas exclus par ce but²⁰⁷.

Concrètement, cela signifie qu'une décision préalable des associés²⁰⁸ est requise dans les cas où le transfert sort du cadre des opérations couvertes par le but social. Tel sera par exemple le cas lorsque la société reprenante doit augmenter son capital pour financer la reprise du patrimoine (la compétence de l'assemblée générale découle alors de l'augmentation du capital et non du but social)²⁰⁹, lorsque le transfert constitue une modification (aussi de fait) du but social du transférant ou du reprenant²¹⁰ ou encore lorsqu'il entraîne la liquidation (aussi de fait) du transférant²¹¹.

3.2 **Les exigences formelles**

3.2.1 La forme écrite

En principe, le contrat de transfert doit revêtir la forme écrite (art. 70 al. 2 phr. 1 LFus ; cf. ég. art. 12 à 15 CO). Le contrat de transfert est un pièce justificative qui doit être jointe à la réquisition d'inscription au registre du commerce (art. 138 let. a ORC) ; en cette qualité, il peut être produit dans une autre langue que les langues officielles de la Confédération²¹², par exemple en anglais (cf. art. 20 al. 3 ORC).

204 Cf. supra, Chap. 3.1.1, *Cas général*.

205 Voir la n.b.p. no 194.

206 Voir toutefois les précisions faites supra, Chap. 3.1.1, *Cas général*, à propos de l'utilisation de ce terme : seule la compétence décisionnelle est ici visée.

207 Cf. ATF 111 II 284, 228 (le Tribunal fédéral admet toutefois une exception pour les cas d'urgence : ATF 116 II 320, trad. JdT 1991 I 373).

208 Nous préférons la notion d'associés à celle d'assemblée générale, telle qu'elle ressort de l'art. 2 let. h LFus, ceci afin de pouvoir également prendre en compte les sociétés en nom collectif et en commandite. Cf. ég. Turin, Transfert de patrimoine, pp. 133 et 136 s.

209 Cf. art. 650 ss CO pour la SA. Se référer p.ex. à Bahar, Commentaire LFus, no 34 ad art. 69 LFus et no 10 ad art. 70 LFus ; Fischer, Kompetenzverteilung, pp. 103 s. ; Turin, Transfert de patrimoine, p. 134.

210 Dans ce cas, une modification des statuts ou du contrat de société sera nécessaire (cf. art. 704 al. 1 ch. 1 CO pour la SA). Concernant la modification de fait du but social, se référer p.ex. à Bahar, Commentaire LFus, nos 35-42 ad art. 69 LFus et no 10 ad art. 70 LFus ; Fischer, Kompetenzverteilung, pp. 77-83, 101 s. ; Loser-Krogh, PJA 2000, pp. 1098 s. ; Turin, Transfert de patrimoine, pp. 131-134.

211 Concernant la liquidation de fait, cf. p.ex. Bahar, Commentaire LFus, nos 43-48 ad art. 69 LFus et no 10 ad art. 70 LFus ; Fischer, Kompetenzverteilung, pp. 88 s. ; Loser-Krogh, PJA 2000, pp. 1098 s. ; Rivier, RF 1990, pp. 13-15 ; Tschäni, RDS 2004, p. 91 (pour un exemple) ; Turin, Transfert de patrimoine, pp. 129, 131 s., 135. Au surplus, cf. O'Neill, Faktische Liquidation, spéc. pp. 54-58.

212 L'allemand, le français, l'italien et le romanche (art. 4 Cst. féd.).

3.2.2 La forme authentique (aperçu)

Lorsque des immeubles sont transférés, les parties du contrat y relatives doivent revêtir la forme authentique (art. 70 al. 2 phr. 2 LFus). Cela peut poser quelques problèmes en pratique, dans la mesure où la même opération fait cohabiter deux formes d'actes différentes²¹³.

La Loi sur la fusion propose une simplification : un seul acte authentique, établi par un officier public au siège du transférant²¹⁴, suffit, même si des immeubles sont situés dans différents cantons (art. 70 al. 2 phr. 3 et 4 LFus)²¹⁵. Cela permet d'économiser des frais d'actes.

3.3 **Le contenu du contrat (renvoi)**

Nous renvoyons le lecteur au Chapitre 4, *Le contenu du contrat de transfert*. Le contenu du contrat de transfert de patrimoine y fera l'objet d'une étude détaillée.

3.4 **L'inscription au registre du commerce**

3.4.1 Le but de l'inscription

Nous l'avons vu : le transfert de patrimoine permet de transférer un ensemble d'éléments patrimoniaux de par la loi et en un seul acte, c'est-à-dire sans que les règles de forme propres au transfert individuel de ces éléments doivent être respectées. Pour ce faire, le transfert doit être inscrit au registre du commerce (art. 69 al. 1 phr. 1 et art. 73 al. 2 phr. 1 LFus)²¹⁶. En ce sens, l'exigence de l'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine constitue, en quelque sorte, la contre-partie de la simplification que représente l'abandon des règles de forme propres au transfert individuel des éléments patrimoniaux.

Il importe toutefois de relever que l'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce vise avant tout à satisfaire à l'exigence de publicité en ce qui concerne les droits dont la titularité doit être établie par un registre public (propriété foncière et intellectuelle²¹⁷)²¹⁸. A notre avis, une telle exigence ne se justifie plus vraiment à l'égard des autres éléments patrimoniaux. Cependant, par souci de cohésion, et cela tant à l'intérieur de l'institution du transfert de patrimoine

213 Bahar, Commentaire LFus, nos 17 s. ad art. 70 LFus.

214 Cette solution est critiquée en doctrine, car elle entre en contradiction avec la règle selon laquelle les cantons peuvent limiter la compétence locale aux officiers publics du lieu où la chose est située (*locus regit actum* ; ATF 113 II 501, trad. JdT 1988 I 550) : cf. p.ex. Glanzmann, PJA 2004, pp. 818 s.; Rampini, ECS 2006, pp. 164-166 ; Ruf/Jeitziner, ECS 2004, pp. 919-923. Cf. ég. l'arrêt de l'Obergericht du canton de Lucerne du 2 juin 2005, reprod. et brièvement commenté à RNRF 2007 pp. 189 ss.

215 La possibilité de transférer des immeubles situés sur plusieurs cantons est semble-t-il peu utilisée en pratique (Trigo Trindade/Griessen Cotti, GesKR 2007, p. 146).

216 Cf. supra, Chap. 1.1.1, *Une nouvelle institution juridique* ; Chap. 2.2, *La définition générale du transfert de patrimoine* ; Chap. 2.5, *La notion de transfert*. Cf. ég. infra, Chap. 3.4.4, *L'inscription et ses effets*.

217 Cf. art. 9 CC (principe de la force probante des registres publics). Propriété foncière : cf. art. 656, 942 ss CC. Propriété intellectuelle : cf. art. 60 s. LBI (cf. toutefois art. 33 al. 1 LBI) ; art. 5, art. 30 al. 3, art. 37 à 40 LPM ; art. 5, 24 à 27 LDes (cf. toutefois art. 14 LDes). La protection des oeuvres littéraires et artistiques n'est pas soumise à un enregistrement (cf. not. art. 2, 9 s., 16 et 29 LDA).

218 Cf. Message, p. 4116. Concernant l'adaptation, subséquente à l'inscription au registre du commerce, de ces différents registres, cf. ég. infra, Chap. 3.4.4, *L'inscription et ses effets*.

que dans ses rapports avec les institutions de la fusion et de la scission, il convient d'approuver la solution de l'article 73 LFus : d'une part, cela permet d'opérer le transfert des éléments patrimoniaux à une seule et même date²¹⁹ ; d'autre part, cela permet d'appliquer un régime uniforme pour la Loi sur la fusion, le législateur prévoyant également l'exigence de l'inscription au registre du commerce pour la fusion, la scission et la transformation (art. 21 s., 51 s. et 66 s. LFus)²²⁰.

3.4.2 La réquisition d'inscription

C'est à l'organe supérieur de direction ou d'administration du transférant de requérir l'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce (art. 73 al. 1 LFus)²²¹. Hormis les cas où il doit préalablement modifier son but social ou procéder à une augmentation de capital en vue de la reprise de patrimoine²²², l'opération de transfert s'effectue donc sans que le reprenant ne doive procéder à une inscription au registre du commerce.

Le contrat de transfert est une pièce justificative qui doit être jointe à la réquisition d'inscription (art. 138 let. a ORC). A moins que le contrat n'ait été signé par chacun de leurs membres, les organes supérieurs d'administration ou de direction des participants au transfert doivent en outre accompagner ce document des extraits des procès-verbaux établissant l'approbation de l'opération de transfert (art. 138 let. b ORC)²²³.

3.4.3 Le pouvoir de contrôle du préposé au registre du commerce (part 1)

Le pouvoir de contrôle des autorités du registre du commerce, plus particulièrement du préposé²²⁴, trouve son fondement dans le Code des obligations et dans l'Ordonnance sur le registre du commerce : avant de procéder à l'inscription, le préposé doit vérifier si les conditions légales sont remplies (art. 940 al. 1 CO et art. 28 ORC). Le principe fondamental est donc que l'inscription doit être conforme à la loi.

Le Tribunal fédéral, dans une jurisprudence constante – et par une formule devenue standard, distingue le contrôle des conditions formelles, pour lequel le préposé dispose d'un plein pouvoir d'examen, du contrôle des conditions matérielles, qui est limité dans son étendue :

219 Mis à part la mention de ces « autres » éléments patrimoniaux à l'inventaire (cf. infra, Chap. 5.4.1, *Analyse détaillée*), on relèvera par ailleurs que le respect de cette exigence ne requiert pas d'autres formalités supplémentaires pour les participants au transfert.

220 Message, p. 4116. D'ailleurs, si l'on considère que le transfert de patrimoine peut constituer une alternative ou un succédané aux autres opérations que sont la fusion, la scission et le transfert de patrimoine (Message, pp. 4018 s.), alors cet argument trouve toute son autorité. Cf. ég. supra, n.b.p. no 10.

221 Pour la notion d'organe supérieur de direction ou d'administration, cf. supra, Chap. 3.1.1, *Cas général*.

222 Cf. supra, Chap. 3.1.2, *Cas particuliers (aperçu)*.

223 D'autres pièces justificatives peuvent également être exigées, p.ex. la décision de dissolution lorsque le transférant procède au transfert de l'ensemble de son patrimoine (Turin/Champeaux, REPRAX 2004, p. 102).

224 A des fins de simplification, il sera uniquement fait mention du préposé dans la suite de notre travail.

« 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 vérifie aussi, 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 donc la condition indirecte de l'inscription. Selon les art. 940 al. 2 CO et 21 al. 2 [a]ORC, il 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 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 et devra être soumise à l'appréciation du juge »²²⁵.

En matière de restructurations, l'examen des autorités du registre du commerce ne diffère pas de l'examen des autres opérations soumises à l'inscription (cf. renvoi de l'art. 111 al. 1 à l'art. 21 aORC). Le Conseil fédéral, dans son Projet de loi sur la fusion, avait en effet expressément renoncé – cela à juste titre – à régler le pouvoir d'examen du préposé par une disposition spéciale²²⁶. La nouvelle Ordonnance sur le registre du commerce, entrée en vigueur le 1er janvier 2008, confirme cette position (cf. la portée générale de l'article 28 ORC).

Il convient cependant de relever qu'avant l'entrée en vigueur de la Loi sur la fusion, le Tribunal fédéral avait, dans l'arrêt « Beauregard », étendu le pouvoir de contrôle du préposé à l'examen de la conformité au droit matériel de la transformation d'une société à responsabilité limitée en société anonyme²²⁷. En effet, cette opération de restructuration n'était à l'époque pas prévue par la loi. Il s'agissait donc d'examiner si, en l'espèce, le préposé devait néanmoins inscrire l'opération sur le registre du commerce. Après avoir repris la formule reproduite plus haut²²⁸, la Haute Cour considère ce qui suit :

225 ATF 121 III 368, consid. 2a ; ATF 117 II 186, consid. 1 ; cf. ég. ATF 114 II 68, consid. 2 ; ATF 107 II 246, consid. 1 ; ATF 91 I 360, consid. 2. Cf. ég. Forstmoser, REPRAX 1999, pp. 1 ss. Si le libre pouvoir d'examen quant aux conditions formelles fait l'unanimité, il convient de relever que cette jurisprudence, qui restreint le pouvoir d'examen matériel, est contestée par une partie de la doctrine : cf. p.ex. Bär, REPRAX 2001, pp. 53 ss ; Meisterhans, Kognitionsbefugnis, pp. 116-123, 458-462 ; Turin, p. 180 (et les réf. cit.).

226 L'art. 88 AP-LFus n'a pas été repris par le projet de loi. Message, p. 4074 ; Turin, Transfert de patrimoine, p. 181.

227 ATF 125 III 18.

228 ATF 125 III 18, consid. 3b.

« L'inscription de la transformation d'une société sur le registre du commerce constitue un cas particulier à cet égard. L'opération requise relève sans conteste du droit matériel. Au-delà d'une simple modification des statuts, elle implique toutefois un changement de la forme juridique de la société. 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 l'OFRC et de plusieurs registres du commerce cantonaux pour que le préposé se voie contraint d'accepter son inscription sans plus ample examen [...]. 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 [...] ne peu[t] se fonder sur une interprétation plausible, mais doi[t], au bénéfice d'un libre pouvoir d'examen, examiner si la transformation repose, le cas échéant, sur une interprétation correcte de la loi »²²⁹.

N. Turin propose de donner une portée générale à cet arrêt, conférant ainsi un plein pouvoir d'examen au préposé, formel comme matériel, pour les opérations de restructuration²³⁰. A notre avis, il occulte le fait que cet arrêt concerne une situation très particulière, à savoir l'admissibilité d'une opération de restructuration qui, à l'époque, n'était pas prévue par le Code des obligations. D'ailleurs, le Tribunal fédéral précise bien que cette situation constitue un « cas particulier »²³¹.

Aujourd'hui, les possibilités d'adaptation des structures juridiques des entreprises sont réglées de manière exhaustive par la Loi sur la fusion²³². Dès lors, l'arrêt « Beauregard » n'a plus d'autre portée que celle de confirmer la formule jurisprudentielle standard présentée plus haut²³³ : le pouvoir de contrôle du préposé, quant au droit matériel, est limité aux cas de violation manifeste et indiscutable d'une disposition légale impérative édictée dans l'intérêt public ou en

229 ATF 125 III 18, consid. 3c.

230 Turin, Transfert de patrimoine, pp 181 s., 184. Dans le même sens, mais plus réservé : Bahar, Commentaire LFus, no 7 ad art. 73 LFus.

231 ATF 125 III 18, consid. 3c. Cf. ég. Forstmoser, REPRAX 1999, p. 10.

232 Message, p. 4019. Cf. ég. supra, n.b.p. no 10.

233 ATF 125 III 18, consid. 3b, et non 3c.

vue de la protection de tiers. La jurisprudence récente du Tribunal fédéral va également dans ce sens²³⁴.

Au vu de des développements précédents, et notamment de la jurisprudence du Tribunal fédéral, nous pouvons déjà dire que le préposé jouit d'un plein pouvoir d'examen pour contrôler si les conditions formelles de l'inscription d'un transfert de patrimoine au registre du commerce sont remplies, notamment : si le contrat de transfert revêt la forme prescrite ; si la réquisition d'inscription est signée par des personnes autorisées et est accompagnée des pièces justificatives exigées par l'Ordonnance sur le registre du commerce²³⁵.

Les possibilités – fortement restreintes, nous l'avons vu – de contrôler la conformité du transfert de patrimoine au droit matériel seront étudiées au fil de notre exposé. En effet, leur présentation suppose que nous ayons préalablement déterminé le contenu du contrat de transfert²³⁶.

3.4.4 L'inscription et ses effets

A la date de l'inscription au registre du commerce, l'ensemble des éléments patrimoniaux énumérés dans l'inventaire sont transférés de par la loi au reprenant (art. 73 al. 2 phr. 1 et 2 LFus)²³⁷. En tant qu'elle fait naître le transfert de la titularité des éléments patrimoniaux contenus dans l'inventaire, l'inscription est donc constitutive²³⁸.

Si des immeubles sont transférés, le reprenant devra encore requérir, auprès du registre foncier, l'inscription du transfert de la propriété de chacun de ces immeubles, cela immédiatement après la date à laquelle le transfert de patrimoine est inscrit au registre du commerce (art. 104 al. 2 let. c LFus). Cette règle, qui s'inscrit parfaitement dans la logique de l'article 656 CC²³⁹, est destinée à faire

234 Arrêt non publié du 22 juin 2007, 4A_24/2007, consid. 2 ; ATF 132 III 668, consid. 3.1 ; arrêt du 20 avril 2006, 4A.4/2006, consid. 2 (considérant non publié dans la version reproduite à l'ATF 132 III 470, trad. JdT 2006 I 555, mais reproduit partiellement à REPRAX 2006, p. 11).

235 Turin, Transfert de patrimoine, p. 183. Cf. supra, Chap. 3.2, *Les exigences formelles* ; Chap. 3.4.2, *La réquisition d'inscription*.

236 Cf. infra, Chap. 4, *Le contenu du contrat de transfert* et Chap. 5.5, *Le pouvoir de contrôle du préposé au registre du commerce (part 2)*.

237 Concernant le moment exact de l'inscription, cf. Message, pp. 4075 s (y.c. la réserve de l'art. 73 al. 2 phr. 2 LFus en faveur de l'art. 34 LCart, qui ne sera pas traitée : se référer p.ex. à Ducrey, RSDA 2004, p. 284 ; Schumacher, Vermögensübertragung, pp. 43-48 ; cf. ég. art. 129 ORC). Nous relèverons simplement que le transfert rétroagit à la date de la mention sur le journal (art. 932 al. 1 CO ; cf. ég. Turin, pp. 176 s.). Il convient par ailleurs de relever que plusieurs auteurs admettent – à juste titre – que les participants au transfert puissent convenir (sur le plan interne uniquement), nonobstant l'absence d'une disposition similaire à l'art. 13 al. 1 let. g (fusion) et 37 let. g (scission) LFus, de l'effet rétroactif du transfert : cf. p.ex. Bertschinger, Mél. H. Rey, pp. 362 s. ; Turin, Transfert de patrimoine, p. 177 ; Vischer M./Gnos, PJA 2006, p. 802 (sur ce point, cf. ég. infra, Chap. 4.3.3, *Les problèmes liés à la nature évolutive du patrimoine* et Chap. 4.6, *Les clauses autres clauses (aperçu)*).

238 Message, p. 4117. La question – controversée – de l'effet guérisseur de l'inscription ne sera pas traitée (*Pro* : cf. p.ex. von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, Fusionsgesetz, no 869 ; Loser-Krogh, PJA 2000, pp. 1102 s. ; Schumacher, Vermögensübertragung, pp. 124-135. *Contra* : cf. p.ex. Turin, Transfert de patrimoine, pp. 160-163, 173 ; Weber, Fusionsgesetz 2004, p. 132).

239 L'art. 656 al. 2 CC prévoit notamment que celui qui acquiert un immeuble par succession (cf. supra, Chap. 2.5, *La notion de transfert*), bien qu'il en devienne propriétaire avant l'inscription (in casu : depuis l'inscription au registre du commerce du transfert de patrimoine), n'en peut disposer dans le registre foncier qu'une fois l'inscription au registre foncier effectuée.

concorde, a posteriori, les indications du registre foncier avec la réalité juridique. En ce sens, l'inscription au registre foncier n'a donc qu'une portée déclarative²⁴⁰.

Avec M. Streuli-Youssef, nous pensons qu'il est regrettable que le législateur ait oublié de prévoir une disposition similaire à l'article 104 alinéa 2 lettre c LFus en ce qui concerne l'adaptation des registres des brevets, des marques et des designs (lacune de la loi)²⁴¹. Selon nous, l'effet de publicité rattaché à l'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce (art. 933 al. 1 CO)²⁴² peut désormais créer une tension avec les articles 33 alinéas 3 et 4 de la Loi sur les brevets et 14 alinéas 2 et 3 de la Loi sur les designs²⁴³ : dans certains cas²⁴⁴, les tiers ne pourront plus, de bonne foi, se prévaloir de ce qu'ils n'avaient pas connaissance du transfert d'un brevet ou d'un design ! On ne peut donc que leur recommander de se résigner à s'informer régulièrement des changements opérés au registre du commerce.

3.4.5 Le problème de la publicité en particulier

Conformément à l'article 139 ORC, l'inscription au registre du commerce doit mentionner : les participants au transfert²⁴⁵ ; la date du contrat de transfert ; la valeur totale des éléments patrimoniaux transférés²⁴⁶ ; l'éventuelle contre-prestation²⁴⁷. Ces informations constituent l'inscription telle qu'elle est censée être connue des tiers et leur est opposable (cf. art. 933 al. 1 CO, effet de publicité positif de l'inscription au registre du commerce)²⁴⁸.

L'inventaire des éléments patrimoniaux, ainsi que la liste des rapports de travail transférés, en tant qu'ils ne figurent pas à l'article 139 ORC, ne font donc pas partie des informations opposables au tiers au sens de l'article 933 alinéa 1 CO.

240 Message, pp. 4138 s. P.ex. von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, Fusionsgesetz, nos 873 s.; Schmid-Tschirren, RNRF 2004, pp. 234-236.

241 Streuli-Youssef, sic! 2004, pp. 612 s. Cf. ég. les art. cit. à la n.b.p. no 217.

242 Cf. infra, Chap. 3.4.5, *Le problème de la publicité en particulier*.

243 Ces dispositions prévoient, en substance, que le transfert de tout ou partie d'un brevet ou d'un design s'opère indépendamment de l'inscription au registre des brevets ou des designs, mais qu'à défaut d'inscription il n'est pas opposable aux tiers de bonne foi (cf. preneurs de licence).

244 Nous pensons aux cas suivants : lorsque le transfert porte sur la totalité du patrimoine du transférant ; lorsque le reprenant a pour unique but statutaire la recherche et le développement (R&D) et/ou la gestion de brevets, et que la reprise du patrimoine rentre dans le cadre de ce but ; lorsqu'un apport en nature ou une reprise de bien est opéré par le biais d'un transfert de patrimoine. En effet, dans ces situations, l'inscription au registre du commerce donne, implicitement ou explicitement, connaissance aux tiers du transfert des droits en question : dans la première situation, il est évident que les brevets et designs sont transférés au même titre que l'ensemble des droits et obligations formant le patrimoine ; dans la deuxième situation, ces faits sont également censés être connus des tiers puisqu'ils sont inscrits au registre du commerce (art. 641 ch. 3 CO pour la SA, art. 781 ch. 3 CO pour la Sàrl ; art. 832 ch. 2 CO pour la Coop) ; dans la troisième situation, la loi exige expressément que l'objet de l'apport en nature ou de la reprise de biens soit inscrit au registre du commerce (art. 642 ch. 6 CO pour la SA, art. 781 ch. 6 CO pour la Sàrl et art. 836 al. 1 combiné à l'art. 833 ch. 2 et 3 CO pour la Coop).

245 Correspond à l'art. 71 al. 1 let. a LFus. Cf. infra, Chap. 4.1, *L'identification des participants au transfert*.

246 Correspond à l'art. 71 al. 1 let. c LFus. Cf. infra, Chap. 4.3, *La valeur totale des éléments patrimoniaux transférés*.

247 Correspond à l'art. 71 al. 1 let. d LFus. Cf. infra, Chap. 4.4, *La contre-prestation*.

248 L'inscription au registre du commerce crée une présomption quasi absolue de connaissance. Cf. p.ex ATF 96 II 439, consid. 3b ; ATF 106 II 346, consid. 4, trad. JdT 1982 I 77, 81 (exception tirée du principe général de la bonne foi) ; ATF 123 III 220, consid. 3, trad. JdT 1997 I 242. Cf. ég. p.ex. Vianin, *Registre du commerce*, p. 175 ; Wyssa, *Effets externes*, pp. 30-34.

En effet, l'effet de publicité positif se limite aux circonstances inscrites au registre²⁴⁹. Mais il n'en demeure pas moins que le contrat de transfert, qui inclut justement l'inventaire des éléments patrimoniaux et la liste des rapports de travail transférés²⁵⁰, est une pièce justificative qui doit être jointe à la réquisition d'inscription (art. 138 let. a ORC), et qu'en cette qualité, quiconque peut le consulter au registre du commerce sans devoir justifier d'un intérêt particulier (art. 930 CO et art. 10 s. ORC, principe de la publicité du registre du commerce²⁵¹).

Du point de vue de la pratique, on comprend donc aisément que la publicité attachée aux faits qui sont inscrits au registre du commerce ou qui y sont contenus n'est pas sans poser de problèmes²⁵². En effet, les participants au transfert verront souvent d'un mauvais œil le fait que les tiers puissent avoir accès à certaines informations : nous pensons particulièrement à la nature et à la valeur du patrimoine transféré et de l'éventuelle contre-prestation, mais également, dans certains cas, à l'existence même l'opération de transfert entre les protagonistes. Par exemple, la question de la publicité revêt une importance capitale lorsque le transfert porte sur des biens immatériels, notamment lorsqu'ils ne font pas encore l'objet d'une protection. Dans bon nombre de situations, la publicité sera donc considérée comme un inconvénient par les parties, ce qui explique, en partie, qu'elles préfèrent encore souvent passer par la voie du transfert à titre singulier²⁵³.

Concernant notre étude en particulier, il sera donc fondamental de déterminer avec précision la manière dont les éléments patrimoniaux à transférer devront être portés à l'inventaire. Cette question devra être examinée en lien étroit avec la question de l'étendue du pouvoir d'examen du préposé au registre du commerce²⁵⁴.

4 Le contenu du contrat de transfert

4.1 L'identification des participants au transfert

Aux termes de l'article 71 alinéa 1 lettre a LFus, le contrat de transfert doit indiquer la raison de commerce ou le nom, le siège et la forme juridique des participants au transfert²⁵⁵. Ces informations doivent permettre d'identifier les participants au

249 Message, p. 4117. Cf. ég. p.ex. Schumacher, Vermögensübertragung, p. 135 ; Turin, Transfert de patrimoine, p. 174 ; Vianin, Registre du commerce, p. 117 ; Vogt H.-U., Öffentliche Glaube, pp. 355-366 ; Wyssa, Effets externes, pp. 35-40.

250 Art. 71 al. 1 let. b et e LFus. Cf. infra, Chap. 4.5, *La liste des rapports de travail transférés* ; Chap. 5, *L'inventaire*.

251 Il faut donc soigneusement distinguer l'effet de publicité positif, qui a trait à l'inscription au registre d'un fait juridique (art. 933 CO, présomption de connaissance), du principe de publicité, qui concerne le registre du commerce en tant qu'institution étatique (art. 930 CO). Le premier peut être qualifié d'effet de publicité qualifiée, le deuxième d'effet de publicité simple.

252 Cf. not. Loser-Krogh, PJA 2000, p. 1100 ; Tschäni, GesKR 2007, p. 172 ; Weber, Fusionsgesetz 2004, p. 133

253 Cf. ég. n.b.p. no 28.

254 Cf. infra, Chap. 5, *L'inventaire*.

255 Cf. ég. supra, Chap. 2.3, *Le champ d'application personnel du transfert de patrimoine*.

transfert²⁵⁶, et notamment de déterminer leurs positions respectives (transférant ou reprenant)²⁵⁷.

Même si la loi ne l'exige pas, le contrat pourra encore mentionner, lorsqu'il existe, le numéro d'identification des participants au transfert (cf. art. 936a CO)²⁵⁸. Ce point n'appelle pas d'autres remarques particulières.

4.2 L'inventaire (renvoi)

Nous renvoyons le lecteur au Chapitre 5, *L'inventaire*. Cet élément du contrat de transfert, qui est au centre même du transfert de patrimoine, y fera l'objet d'une étude détaillée.

4.3 La valeur totale des éléments patrimoniaux transférés

4.3.1 Généralités

Selon l'article 71 alinéa 1 lettre c LFus, le contrat de transfert doit indiquer la valeur totale des actifs et des passifs transférés²⁵⁹. On constate donc qu'il n'est pas nécessaire de mentionner la valeur individuelle de chaque élément patrimonial²⁶⁰. Mais le problème est le suivant : selon quelles règles faut-il évaluer les éléments patrimoniaux? Quel moment faut-il prendre en compte pour l'évaluation?

L'article 71 alinéa 2 LFus pose une exigence supplémentaire : le transfert de patrimoine n'est autorisé que dans la mesure où l'inventaire présente un excédent d'actifs. Le Message, tout en concédant que l'article 75 LFus prévoit déjà un mécanisme de protection des créanciers (responsabilité solidaire²⁶¹), justifie cette exigence par le fait que « le transfert de patrimoine présente un risque accru pour les créanciers »²⁶². Mais l'exigence légale d'un excédent d'actifs est-elle réellement propre à maîtriser ce risque?

Ce sont les questions auxquelles nous nous attacherons à répondre dans les trois chapitres ci-dessous.

256 Message, p. 4115.

257 Bahar, Commentaire LFus, no 2 ad art. 71 LFus ; Turin, Transfert de patrimoine, p. 146.

258 Cf. not. Bahar, Commentaire LFus, no 2 ad art. 71 LFus ; Beretta, ZüKo, no 3 ad art. 71 LFus ; Schumacher, Vermögensübertragung, p. 72. Noter que le numéro d'identification doit, par contre, figurer à l'inscription au registre du commerce (art. 139 let. a ORC). Cela s'explique par le fait que l'inscription a lieu pour le compte du transférant (cf. supra, Chap. 3.4.2, *La réquisition d'inscription*), et que seul le transférant doit obligatoirement être inscrit au registre du commerce (cf. supra, Chap. 2.3.2, *Les transferts de patrimoine autorisés*).

259 Il faut indiquer les deux valeurs : la valeur totale des actifs et la valeur totale des passifs.

260 Message, p. 4115 ; Turin, Transfert de patrimoine, p. 152. Cet élément sera mis en relation avec la question du degré de précision de l'inventaire (cf. infra, Chap. 5.4, *Le degré de précision de l'inventaire*).

261 Cf. n.b.p. nos 40 et 53.

262 Message, p. 4115.

4.3.2 L'évaluation

N. Turin part du principe qu'à défaut de règles spéciales de la Loi sur la fusion, les règles d'évaluation comptables s'appliquent²⁶³ : l'auteur se réfère aux règles du Code des obligations relatives à l'établissement du bilan²⁶⁴. Cette approche ne peut, par principe, être suivie : en effet, comme le relève R. Bahar, « le transfert de patrimoine correspond à l'aliénation, respectivement à l'acquisition, d'un patrimoine et non à l'évaluation d'un inventaire utilisé dans le cadre d'une entreprise donnée. C'est pourquoi la référence à des valeurs historiques, destinée à garantir une certaine objectivité de l'acquisition, ne se justifie pas dans le cadre d'une opération négociée en principe *at arm's-length* »²⁶⁵.

Le principe de base est donc que les parties sont libres de déterminer la valeur à laquelle les biens seront transférés²⁶⁶. Il est par ailleurs clair que le pouvoir d'examen (matériel) du préposé au registre du commerce ne s'étend pas à l'évaluation des éléments patrimoniaux transférés²⁶⁷.

En tout état de cause, les participants au transfert choisiront naturellement de transférer le patrimoine à la valeur comptable (la valeur s'apprécie, bien entendu, par rapport au transférant) lorsqu'ils ne sont pas indépendants l'un de l'autre²⁶⁸, cela pour des raisons fiscales (cf. art. 19 et 61 LIFD)²⁶⁹. De ce point de vue, la thèse soutenue par N. Turin peut ici trouver application.

Lorsque les participants sont indépendants, en d'autres termes lorsque l'opération consiste dans l'aliénation d'un patrimoine à un tiers²⁷⁰, le transfert sera effectué à la valeur réelle²⁷¹. Dans ce cadre, les règles comptables serviront tout au plus d'indicateur dans la détermination de la valeur du patrimoine transféré²⁷².

263 Turin, Transfert de patrimoine, pp. 153 ss.

264 Pour le droit actuel : art. 958 à 960 CO, spéc. art. 960 al. 2 CO. L'art. 960 al. 3 CO réserve les art. 664-670 CO pour la SA, dispositions qui sont également applicables par les renvois des art. 764 al. 2 (SCA), 805 (Sàrl) et 858 al. 2 CO (Coop). Il convient de relever que les art. 664 à 670 CO ont été supprimés dans l'AP de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable : les nouvelles dispositions sur la comptabilité et les comptes sont regroupées aux art. 957 ss de l'AP, qui ont été entièrement remaniés.

265 Bahar, Commentaire LFus, no 14 ad art. 71 LFus.

266 Cf. not. Altenburger/Calderan/Lederer, Umstrukturierungsrecht, no 927 ; Vischer M., M&A 2005, p. 228.

267 Turin/Champeaux, REPRAX 2004, p. 103 ; Vischer M., M&A 2005, p. 229. Voir ég. supra, Chap. 3.4.3, *Le pouvoir de contrôle du préposé au registre du commerce (part 1)*.

268 Le transfert de patrimoine est utilisé dans le cadre d'une opération de restructuration : p.ex. transfert entre sociétés d'un même groupe, transfert à une filiale, transformation d'une entreprise individuelle en une société anonyme ou société à responsabilité limitée. Cf. ég. supra, n.b.p. no 10.

269 Cf. not. Altenburger/Calderan/Lederer, Umstrukturierungsrecht, no 928. La Loi sur l'impôt fédéral direct permet en effet d'effectuer une opération de restructuration, telle que le transfert de patrimoine, sans incidence fiscale (report de l'imposition des réserves latentes), à condition, notamment, que le principe de continuité comptable soit respecté (art. 19 al. 1 et art. 61 al. 1 LIFD : « et que les éléments commerciaux soient repris à leur dernière valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice »). La Loi sur l'impôt fédéral direct exige encore que le patrimoine transféré reste, d'une manière ou d'une autre, imposable en Suisse (principe de la continuité territoriale) et, dans certains cas, que les réserves latentes continuent à être rattachées à l'exploitation transférée (cf. art. 19 al. 1 et art. 61 al. 1 à 4 LIFD).

270 P.ex. vente d'une entreprise individuelle. A l'évidence, la distinction entre une opération d'aliénation et une opération de restructuration s'appréciera également par rapport à l'existence et à l'étendue de la contre-prestation (cf. infra, Chap. 4.4, *La contre-prestation*).

271 Cf. not. Altenburger/Calderan/Lederer, Umstrukturierungsrecht, no 929.

272 Bahar, Commentaire LFus, no 14 ad art. 71 LFus.

Pour déterminer la valeur réelle du patrimoine transféré²⁷³, les parties²⁷⁴ disposent de plusieurs méthodes, que l'on peut classer en trois grandes approches²⁷⁵ : valeur des actifs, valeur des bénéfices et valeur du marché. La première approche, appelée aussi valeur de substance, consiste à évaluer l'actif net d'une entreprise à un instant « t ». Pour ce faire, il faut retraiter les valeurs telles qu'elles apparaissent au bilan, ceci afin de prendre en compte les réserves latentes, mais aussi la valeur de la clientèle, le savoir-faire, la renommée de l'entreprise, etc. La deuxième approche consiste à valoriser l'entreprise en fonction de sa rentabilité future (valeur de rendement). Elle comprend la méthode dite Discounted Cash Flow, très largement admise par la pratique, qui consiste à actualiser (au moyen d'un taux d'actualisation) les flux de trésorerie qui seront dégagés à l'avenir par l'entreprise (valeur actuelle des *cash flows* futurs). La troisième approche consiste dans l'analyse de la valeur de marché d'entreprises comparables (méthode comparative) : en définissant des multiplicateurs²⁷⁶, on peut appliquer les informations sur le prix d'opérations d'entreprises comparables aux données correspondantes de l'entreprise considérée afin d'obtenir une valeur (méthode des multiples).

Dans tous les cas, en ce qui concerne le transfert de patrimoine, la méthode adoptée s'appuiera sur la prémisse de la continuité de l'exploitation (principe du *going concern*²⁷⁷), mais jamais sur celle de sa liquidation, cela même si le transférant est liquidé à l'issue du transfert²⁷⁸.

La combinaison de différentes méthodes d'évaluation permet généralement d'obtenir un résultat fiable. En particulier, la moyenne, éventuellement pondérée, entre la valeur de substance et la valeur de rendement est fréquemment utilisée par les praticiens (méthode de la valeur moyenne)²⁷⁹. Mais il convient de relever qu'en définitive, c'est aux parties qu'il revient de se mettre d'accord sur un montant. Lorsqu'elles ont chargé un tiers d'effectuer une évaluation indépendante, les parties peuvent s'engager à respecter le résultat obtenu ou considérer celui-ci comme une base de négociation. Si les parties choisissent, comme c'est habituellement le cas en pratique, de négocier la valeur du patrimoine objet du transfert, le montant sur lequel elles s'accordent représente donc une valeur éminemment subjective, qui peut être sensiblement différente de l'évaluation

273 C'est l'occasion de rappeler que nous considérons que le patrimoine transféré doit former une exploitation ou une partie distincte d'exploitation (cf. supra, Chap. 2.6.3, *L'abandon de la distinction entre patrimoine et entreprise? (part 2)*). Par ailleurs, le patrimoine à évaluer doit être considéré comme un tout, et non comme la somme des éléments qui le composent (*Prinzip der Bewertungseinheit*) : Tschäni, M&A-Transaktionen, no 23.

274 Nous signalons qu'en pratique les parties se fondent souvent sur une évaluation indépendante.

275 Pour un aperçu des méthodes d'évaluation, nous renvoyons p.ex. à Gantenbein/Gehrig, ECS 2007, pp. 602-612 ; Helbling, Evaluation d'entreprises, pp. 27-85 ; Helbling, Unternehmensbewertung, pp. 72-200 ; Boemle, Unternehmensfinanzierung, pp. 637-669.

276 P.ex. un multiple de l'EBITDA (*Earnings before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization*) de l'entreprise considérée, ce multiple représentant le rapport entre l'*entreprise value* et l'EBITDA d'entreprises comparables (Halter, UBS-WM 2005, pp. 28 s).

277 Chambre fiduciaire, MSA 1998, p. 52.

278 Bahar, Commentaire LFus, no 23 ad art. 71 LFus. *Contra* : Turin, Transfert de patrimoine, p. 153.

279 Cf. not. Helbling, Evaluation d'entreprises, pp. 44-46.

« objective » telle que déterminée au moyen des différentes méthodes évoquées plus haut²⁸⁰.

4.3.3 Les problèmes liés à la nature évolutive du patrimoine

Nous partons d'un constat : le patrimoine est voué à se modifier avec le temps²⁸¹. En effet, les droits et obligations composant le patrimoine sont naturellement amenés à s'apprécier ou, au contraire, à se déprécier ; certains vont même naître ou disparaître.

Le phénomène de l'évolution doit également être pris en compte dans le cadre de notre analyse : le patrimoine est en effet sujet à se modifier durant la période qui se situe entre la conclusion du contrat de transfert²⁸² et le moment auquel le transfert de patrimoine déploie ses effets²⁸³. D'ailleurs, on comprend d'autant plus ce phénomène que nous avons vu que le patrimoine transféré doit constituer une exploitation ou une partie distincte d'exploitation²⁸⁴.

Selon nous, nous sommes en réalité confrontés à un faux problème. Du point de vue des rapports externes, le transfert déploie ses effets dès son inscription au registre du commerce : à ce moment, l'ensemble des éléments patrimoniaux portés à l'inventaire sont transférés d'un bloc au reprenant (art. 73 al. 2 phr. 1 et 2 LFus). Il suffit donc de ne pas trop détailler l'inventaire, afin que ce dernier puisse absorber les fluctuations patrimoniales qui ont eu lieu depuis la conclusion du contrat de transfert²⁸⁵. Du point de vue des rapports internes, les participants au transfert ont la possibilité de convenir de la date à laquelle le transfert prend effet. Souvent, afin d'éviter tout problème d'attribution²⁸⁶ ou de valeur, ils choisiront de donner un effet rétroactif au transfert²⁸⁷, par exemple à la date de la conclusion du contrat ou, comme nous le préconisons, à la date à laquelle l'évaluation (respectivement l'inventaire) se réfère.

4.3.4 L'exigence d'un excédent d'actifs est-elle justifiée?

Il convient tout d'abord de relever que chacune des parties attribuera, en principe, une valeur différente au patrimoine transféré : en effet, l'utilisation que le reprenant compte faire des ressources transférées sera probablement différente de celle faite jusqu'alors par le transférant. Par exemple, un patrimoine qui présenterait un

280 Voir cependant C. Helbling, qui préfère les notions de valeurs de conciliation ou d'arbitrage et de valeur de décision aux notions de valeur objective et subjective : Helbling, *Unternehmensbewertung*, pp. 43-52 ; Helbling, *Evaluation d'entreprises*, pp. 21-24.

281 Schenker, B&M-Ko, no 6 ad art. 37 LFus (scission).

282 Cf. art. 70 et art. 71 al. 1 LFus, spéc. let. c. Ce moment pourrait même être avancé à l'instant arrêté pour effectuer l'évaluation du patrimoine. C'est l'occasion de préciser qu'en pratique, on devrait considérer, par analogie avec l'art. 11 al. 1 LFus, que les participants au transfert ne devraient pas pouvoir se référer à une évaluation dont la date déterminante serait antérieure de plus de six mois à celle de la conclusion du contrat de transfert.

283 Cf. art. 73 al. 2 phr. 1 et 2 LFus, combiné avec l'art. 932 al. 1 CO. Cf. ég. Chap. 3.4.4, *L'inscription et ses effets*, n.b.p. no 237.

284 Cf. supra, Chap. 2.6.3, *L'abandon de la distinction entre patrimoine et entreprise? (part 2)*.

285 P.ex. von der Crone/Gersbach, RSDA 2004, p. 194 (scission). Le contenu de l'inventaire sera étudié infra, Chap. 5, *L'inventaire*.

286 Cf. ég. infra, Chap. 5.3, *Le sort des éléments patrimoniaux non attribués*.

287 Cf. n.b.p. no 237. Ce point sera également repris infra, Chap. 4.6, *Les autres clauses (aperçu)*.

solde passif auprès du transférant pourrait très bien, en raison des effets de synergie qu'il crée, présenter un solde actif une fois intégré par le reprenant²⁸⁸.

Partant de cette observation, plusieurs auteurs considèrent que pour déterminer si le patrimoine représente un excédent d'actifs, il faut se placer du point de vue du transférant²⁸⁹. Nous sommes d'avis que cette solution, bien que théoriquement admissible, n'est pas réalisable d'un point de vue pratique. En effet, la valeur sur laquelle les participants au transfert se sont mis d'accord²⁹⁰ est la seule dont nous disposons, et il n'est pas concevable de déterminer une autre valeur, telle celle que représente le patrimoine pour le reprenant (d'ailleurs, qui le ferait?)²⁹¹.

On doit donc se résoudre à se tenir aux valeurs telles qu'établies par les parties. En fin de compte, c'est l'expression même du principe de l'autonomie de la volonté (art. 19 CO). En effet, lorsqu'elles établissent un contrat, les parties sont libres de fixer l'étendue de leurs prestations respectives. Peu importe que l'une de ces prestations paraisse déraisonnable : du moment que les parties acceptent, en toute connaissance de cause, de conclure, on peut légitimement considérer que chacune y trouve un avantage propre.

Après cette ultime précision sur la question de l'évaluation du patrimoine, nous pouvons désormais revenir à proprement parler sur l'exigence de l'article 71 alinéa 2 LFus. Selon le Message, cette règle est destinée à protéger les créanciers²⁹². Nous proposons de classer ces derniers en trois catégories : les créanciers du transférant qui demeurent auprès du transférant à l'issue de l'opération (ci-après : les créanciers du transférant), les créanciers qui sont « transférés » (ci-après : les créanciers transférés) et les créanciers du reprenant qui existaient déjà avant l'opération (ci-après : les créanciers du reprenant).

L'exigence de l'article 71 alinéa 2 LFus est critiquée par la doctrine, car elle ne permet pas de remplir le but qu'elle poursuit²⁹³. En effet, l'exigence d'un solde d'actifs n'offre, en tant que telle, aucune protection supplémentaire²⁹⁴ aux créanciers :

288 Gersbach, RNRF 2004, p. 220 ; Schumacher, Vermögensübertragung, p. 86.

289 Cf. not. Bahar, Commentaire LFus, no 23 ad art. 71 LFus ; Gersbach, RNRF 2004, pp. 204 (scission), 220 ; Schumacher, Vermögensübertragung, p. 86.

290 Voir supra, Chap. 4.3.2, *L'évaluation*. Cf. ég. Helbling, Unternehmensbewertung, pp. 25-31 ; Helbling, Evaluation d'entreprises, pp. 19-21.

291 Comme nous l'avons déjà vu, le préposé au registre du commerce n'a d'ailleurs pas à vérifier la valeur des éléments patrimoniaux transférés (cf. supra, Chap. 4.3.2, *L'évaluation*).

292 Message, p. 4115.

293 P.ex von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, Fusionsgesetz, no 847 ; Loser-Krogh, PJA 2000, p. 1105 ; Malacrida, BaKo, no 15 ad art. 71 LFus ; von Salis, Fusionsgesetz.ch, p. 416 ; Schumacher, Vermögensübertragung, pp. 85 s. ; Trigo Trindade, RSDA 2004, p. 217 ; Vischer M., M&A 2005, pp. 230 s. (manifestement) ; Weber, Fusionsgesetz 2004, p. 143. Dans le même sens, mais pour la scission (contrairement au transfert de patrimoine, l'exigence ne ressort pas ici de la loi, mais est posée par le Message : cf. Message, p. 4084) : von der Crone/Gersbach, RSDA 2004, p. 194 ; Gersbach, RNRF 2004, pp. 204 s. ; Trigo Trindade/Griessen Cotti, GesKR 2007, pp. 151 s.

294 Par rapport aux protections offertes par les art. 69 al. 2 (réserve en faveur des dispositions légales et statutaires sur la protection du capital), 75 (responsabilité solidaire ; cf. n.b.p. no 40) et 108 LFus (responsabilité ; cette disposition ne sera pas traitée ; nous renvoyons le lecteur p.ex. à Bertschinger PJA 2004, pp. 843-850). Cf. ég. Loser-Krogh, PJA 2000, p. 1105 ; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, Fusionsgesetz, nos 847 s.

- Les créanciers du transférant ne sont protégés que dans la mesure où la contre-prestation représente une valeur au moins équivalente au solde positif du patrimoine transféré²⁹⁵. Or la loi prévoit que le transfert peut aussi avoir lieu sans contre-prestation (cf. art. 71 al. 1 let. d LFus)²⁹⁶ ;
- Les créanciers transférés et les créanciers du reprenant n'ont pour seule garantie que la situation du reprenant ne sera pas péjorée du fait du transfert proprement dit, le patrimoine repris présentant un solde positif. Mais il faudra encore que la valeur de la contre-prestation soit inférieure²⁹⁷ ou égale au solde positif du patrimoine transféré²⁹⁸ ! Si la valeur de la contre-prestation est plus élevée, alors l'opération est susceptible de porter atteinte aux intérêts de ces deux catégories de créanciers²⁹⁹.
- Il convient de surcroît de tenir compte du fait qu'il est encore possible « que le reprenant présente un plus grand risque d'insolvabilité que le transférant »³⁰⁰, ce qui est également propre à préjudicier la situation des créanciers transférés et des créanciers du reprenant (indépendamment ici de la valeur de la contre-prestation).

Au vu de ces éléments, on constate donc que la valeur du patrimoine transféré ne peut être appréciée qu'en étroite relation avec la valeur de la contre-prestation. Il s'agit, en fait, de trouver un équilibre entre le solde du patrimoine transféré et la valeur de la contre-prestation³⁰¹.

Comme le fait remarquer à juste titre la doctrine, cet équilibre peut être atteint même si le patrimoine transféré présente un excédent de passifs. Ce sera en particulier le cas lorsque le reprenant dispose de fonds propres librement disponibles équivalant à l'excédent de passifs (art. 6 LFus par analogie). Les auteurs qui se sont prononcés sur ce sujet admettent donc le transfert de patrimoine à des fins d'assainissement³⁰².

En ce sens, l'exigence de l'article 71 alinéa 2 LFus ne devrait donc pas être interprétée de manière trop restrictive. Autrement, ne pouvant disposer de l'institution de la cession de patrimoine de l'article 181 CO (cf. art. 181 al. 4 CO)³⁰³, qui elle, permet le transfert d'un patrimoine présentant un solde passif, « le transférant » en serait réduit à transférer chaque élément patrimonial à titre individuel.

Nous avons vu que le pouvoir d'examen du préposé au registre du commerce est limité quant à l'examen des conditions matérielles : le préposé doit se borner à

295 Bahar, no 9 ad art. 69 LFus.

296 Cf. infra, Chap. 4.4, *La contre-prestation*.

297 Si elle est inférieure, on retombe dans le premier cas de figure.

298 Bahar, no 9 ad art. 69 LFus et no 22 ad art. 71 LFus ; Turin, Transfert de patrimoine, p. 206.

299 Trigo Trindade, RSDA 2004, p. 217, note no 22.

300 Bahar, Commentaire LFus, no 22 ad art. 71 LFus.

301 Trigo Trindade, RSDA 2004, p. 217.

302 Cf. not. Bahar, Commentaire LFus, no 22 ad art. 71 LFus ; von der Crone/Gersbach, RSDA 2004, p. 194 (scission) ; Gersbach, RNR 2004, pp. 204 s. (scission) ; Schumacher, Vermögensübertragung, pp. 85 s. ; Trigo Trindade, RSDA 2004, p. 217 (manifestement) ; Turin, Transfert de patrimoine, p. 206 ; Weber, Fusionsgesetz 2004, p. 143.

303 Cf. n.b.p. no 19.

vérifier que l'inscription ne déroge pas à une disposition légale impérative³⁰⁴. Selon nous, et au vu des développements précédents, l'article 71 alinéa 2 LFus ne doit pas être considéré comme une disposition impérative. Par conséquent, le préposé ne devrait en principe pas pouvoir refuser de procéder à l'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce pour la seule raison que le patrimoine présente un excédent de passifs³⁰⁵.

4.4 La contre-prestation

4.4.1 En général

Les participants au transfert doivent déterminer si le transfert aura lieu en échange d'une contre-prestation ou s'il est conclu à titre gratuit ; le législateur leur en laisse le choix (cf. art. 71 al. 1 let. d LFus). Dans les deux cas, la décision des parties doit être portée au contrat de transfert³⁰⁶. Elle sera également inscrite au registre du commerce (art. 139 let. d ORC).

Si le transfert est conclu à titre onéreux, le contrat doit indiquer la nature et le montant de la contre-prestation, mais aussi son bénéficiaire³⁰⁷. Dans le principe, les participants au transfert sont libres de fixer ces conditions comme ils l'entendent :

La contre-prestation peut résider dans une quelconque prestation patrimoniale, en espèces ou en nature³⁰⁸. Elle peut consister, notamment, en des parts sociales ou droits de sociétariat du reprenant³⁰⁹. Eventuellement, elle peut même prendre la forme d'un transfert de patrimoine³¹⁰.

Le montant de la contre-prestation est laissé à la libre appréciation des parties ; il doit être déterminé ou, à tout le moins, déterminable (art. 184 al. 3 CO par analogie)³¹¹. Les participants au transfert peuvent, en particulier, opter pour une clause d'*earn-out*³¹² : une telle clause permet, en l'occurrence, d'indexer tout ou partie du prix de la contre-prestation sur les résultats futurs du patrimoine repris³¹³. Dans ce cadre, le critère d'indexation du prix (p.ex. un multiple du résultat d'exploitation ou de l'excédent brut d'exploitation) devrait être inscrit au registre

304 Cf. supra, Chap. 3.4.3, *Le pouvoir de contrôle du préposé au registre du commerce (part 1)*.

305 *Contra* : Turin/Champeaux, REPRAX 2004, p.102 ; HRA/ZH, FAQ-FusG, partie « *Spaltung* », question « *Abgespalteter Vermögensteil : Darf bei einer Spaltung der abgespaltete Vermögensteil unter bestimmten Voraussetzungen einen Passivenüberschuss aufweisen?* ». Il convient par ailleurs de réserver le cas où le transfert de patrimoine sert à faire un apport en nature (cf. art. 69 al. 2 LFus).

306 Message, p. 4115.

307 Bahar, Commentaire LFus, no 17 ad art. 71 LFus.

308 Message, p. 4115.

309 P.ex dans le cadre de la création d'une filiale : le transfert de patrimoine est utilisé pour effectuer l'apport en nature. Voir toutefois infra, Chap. 4.4.2, *Les limites posées par la loi (aperçu)*.

310 Turin, Transfert de patrimoine, pp. 157 s.

311 P.ex Bahar, Commentaire LFus, no 18 ad art. 71 LFus ; HRA-ZH, FAQ-FusG, partie « *Vermögensübertragung* », question « *Gegenleistung : Wie bestimmt muss die Gegenleistung im Vermögensübertragungsvertrag umschrieben sein?* » ; Vischer M./Gnos, PJA 2006, p. 799. *Contra* : Turin, p. 155. Voir toutefois infra, Chap. 4.4.2, *Les limites posées par la loi (aperçu)*.

312 Cf. not. Bahar, Commentaire LFus, no 18 ad art. 71 LFus ; Vischer M./Gnos, PJA 2006, p. 799.

313 Au surplus, notamment sur le soin particulier à donner à la rédaction de telles clauses, se référer à Vischer M., RSJ 2002, pp. 509-517.

foncier, ceci afin de satisfaire aux exigences de publicité³¹⁴. En outre, la simple indication d'un prix minimum et maximum ne suffit pas, pour les mêmes raisons de publicité que celles évoquées ci-contre³¹⁵.

Le bénéficiaire de la contre-prestation peut être le transférant ou ses associés³¹⁶, mais aussi un tiers (cela en vertu d'une stipulation pour autrui, cf. art. 112 CO)³¹⁷.

4.4.2 Les limites posées par la loi (aperçu)

Il y a tout de même lieu d'apporter quelques restrictions au principe évoqué ci-dessus, selon lequel les participants sont libres de déterminer la nature, le montant et le bénéficiaire de la contre-prestation³¹⁸ :

Lorsque la contre-prestation consiste en des parts sociales ou droits de sociétariat du reprenant, seul le transférant lui-même peut en être le bénéficiaire, mais pas ses associés. Si les associés du transférant reçoivent des parts sociales ou droits de sociétariat du reprenant, alors il y a lieu d'appliquer les dispositions de la Loi sur la fusion qui concernent la scission (art. 69 al. 1 phr. 2 LFus ; art. 29 ss LFus). En effet, les dispositions régissant la scission et celles régissant le transfert de patrimoine s'appliquent de manière alternative³¹⁹.

Quant au montant de la contre-prestation, s'il n'est pas exigé, dans le principe, qu'il soit en adéquation avec la valeur du patrimoine transféré, il doit néanmoins respecter les dispositions concernant la protection du capital et la liquidation (cf. la réserve de l'art. 69 al. 2 LFus)³²⁰. Le respect de ces dispositions est érigé en condition du transfert de patrimoine³²¹. Par exemple, dans le cas où le transfert de patrimoine sert à faire un apport en nature, le montant de la contre-prestation doit être déterminé (et pas seulement déterminable³²²), ceci afin de respecter les règles sur la libération du capital (cf. art. 634 ch. 2 CO)³²³.

Le préposé au registre du commerce refusera l'inscription d'un transfert de patrimoine qui ne satisferait pas aux conditions posées par les articles 69 alinéa 1 phrase 2 et alinéa 2 LFus. Il est important de souligner qu'en ce qui concerne la

314 Cf. supra, Chap. 3.4.1, *Le but de l'inscription*.

315 Chapuis, REPRAX 2005, p. 28 ; Käch, GesKR 2007, p. 141.

316 Voir toutefois infra, Chap. 4.4.2, *Les limites posées par la loi (aperçu)*.

317 Cf. not. Beretta, ZüKo, no 27 ad art. 71 LFus ; Glanzmann, PJA 2004, p. 826 ; Turin, Transfert de patrimoine, p. 157 ; Vischer M./Gnos, PJA 2006, p. 799.

318 Au surplus, se référer p.ex. à Bahar, Commentaire LFus, no 23-34 ad art. 69 LFus ; Turin, Transfert de patrimoine, pp. 121-125, 155-159.

319 Message, p. 4113.

320 Cette disposition ne concerne, en fait, que les sociétés de capitaux au sens de l'art. 2 let. c LFus. Nous citerons, pour la SA, les art. 680 al. 2 CO (interdiction de restituer les apports), 678 al. 2 CO (droit de la société et des actionnaires de demander la restitution des prestations indûment fournies), 652 ss CO (augmentation du capital-actions) et 739 ss CO (dispositions sur la liquidation). Voir également les art. 285 ss LP (action révocatoire). Il ne faut pas oublier que l'opération de transfert de patrimoine peut entraîner des conséquences au niveau du droit pénal et du droit fiscal : cf., p.ex., les art. 158, 163 s. CP (gestion déloyale et dissimulation frauduleuse d'actifs) et l'art. 58 al. 1 let. b et c LIFD (distributions de bénéfice non justifiées par l'usage commercial et renoncations à un produit : [ré]intégration au bénéfice imposable, au besoin par une procédure de rappel d'impôt au sens de l'art. 151 LIFD).

321 Message, p. 4113.

322 Cf. supra, Chap. 4.4.1, *En général*.

323 Chapuis, REPRAX 2005, p. 28 ; Käch, GesKR 2007, p. 141.

contre-prestation, le pouvoir du préposé est limité, quant au droit matériel, à l'examen de ces seules conditions³²⁴.

4.5 La liste des rapports de travail transférés

4.5.1 L'articulation de la Loi sur la fusion et de l'article 333 CO

Aux termes de l'article 71 alinéa 1 lettre e LFus³²⁵, le contrat de transfert de patrimoine doit contenir la liste des rapports de travail qui seront transférés dans l'opération. Quelle est la portée de cette liste? Pourquoi la Loi sur la fusion distingue-t-elle les rapports de travail des autres rapports contractuels?

En réalité, la question du transfert des rapports de travail est réglée par l'article 333 alinéa 1 CO, et non par la Loi sur la fusion, cela en vertu du renvoi de l'article 76 alinéa 1 LFus. Selon l'article 333 alinéa 1 CO, dès lors qu'une exploitation ou une partie d'exploitation³²⁶ est transférée, les rapports de travail qui lui sont rattachés passent automatiquement au reprenant, même contre le gré de ce dernier^{327, 328}. Par conséquent, le transfert automatique (de par la loi) des rapports de travail interviendra en même temps que le transfert des autres éléments patrimoniaux, c'est-à-dire au moment de l'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce (art. 73 al. 2 phr. 1 et 2 LFus)³²⁹, mais cela en vertu de l'article 333 alinéa 1 CO, et non de l'article 73 alinéa 2 LFus ! Les parties ne sont d'ailleurs pas autorisées à exclure le transfert des rapports contractuels par une convention dérogatoire³³⁰.

Les rapports de travail suivent donc obligatoirement le patrimoine auquel ils sont rattachés³³¹. Et dès lors que l'on exige, ainsi que nous le soutenons, que le patrimoine transféré constitue une exploitation ou une partie d'exploitation³³², la réglementation de l'article 333 alinéa 1 CO s'accorde parfaitement et naturellement avec celle du transfert de patrimoine : on assiste à un traitement uniforme de tous les rapports contractuels³³³. Au vu de ces éléments, on constate

324 Turin/Champeaux, REPRAX 2004, pp. 102 s.

325 Les art. 27 al. 1 (fusion) et 49 al. 1 (scission) LFus prévoient une disposition identique.

326 Au sujet de l'utilisation de la notion d'exploitation, préférée à celle d'entreprise, cf. supra, Chap. 2.4.2, *L'abandon de la distinction entre patrimoine et entreprise? (part 1)*.

327 Codification du principe dégagé par la jurisprudence du Tribunal fédéral dans l'ATF 123 III 466, consid. 3b (revirement de jurisprudence). Pour un aperçu historique, cf. ATF 132 III 32, consid. 4.1.

328 Les travailleurs concernés peuvent tout de même manifester leur opposition au transfert ; dans ce cas, les rapports de travail prennent fin à l'expiration du délai de congé légal (art. 333 al. 2 CO). La subtilité réside dans le fait que le délai légal (art. 335b al. 1 et 335c al. 1 CO) s'applique même si les parties étaient convenues d'un délai ou d'une échéance plus long (Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Commentaire CDT, no 11 ad art. 333 CO). Au surplus, se référer p.ex. à Heiz, Arbeitsverhältnis, pp. 149-154.

329 Turin, Transfert de patrimoine, p. 216. Cf. ég. supra, Chap. 3.4.4, *L'inscription et ses effets*.

330 ATF 132 III 32, consid. 4.2 (précision jurisprudentielle).

331 Bahar, Commentaire LFus, no 2 ad art. 76 LFus.

332 Cf. supra, Chap. 2.6.3, *L'abandon de la distinction entre patrimoine et entreprise? (part 2)*.

333 Il n'y a donc pas lieu d'examiner la controverse qui touche au sort des rapports de travail ne se rapportant pas à une exploitation ou partie d'exploitation. Au sujet de cette controverse, cf. p.ex. Weber, Fusionsgesetz 2004, pp. 128 s. (et les réf. cit.).

donc que la liste des rapports de travail transférés n'a aucune portée propre : elle a un effet purement déclaratif³³⁴.

4.5.2 La protection de la personnalité du travailleur (aperçu et renvoi)

Si la liste des rapports de travail transférés de l'article 71 alinéa 1 lettre e LFus revêt un caractère purement déclaratif, il n'en demeure pas moins que celle-ci fait partie du contrat de transfert et qu'à ce titre, elle est accessible aux tiers³³⁵.

Se pose dès lors la question du contenu exact de cette liste. En tout état de cause, la description des rapports de travail transférés doit tenir compte de la protection de la personnalité et de la protection des données. En effet, les informations fournies au registre du commerce sont susceptibles de porter atteinte à la personnalité des travailleurs concernés (cf. art. 28 CC et art. 12 LPD). Certes, l'article 13 alinéa 1 LPD prévoit que la loi (en l'occurrence l'art. 71 al. 1 let. e LFus) est un motif justificatif propre à lever l'illicéité de l'atteinte³³⁶. Mais il faut encore que les informations fournies ne dépassent pas le cadre du strict nécessaire : à notre avis, la protection tirée de l'article 13 alinéa 1 LPD ne devrait pas s'étendre au-delà de ce cadre.

Il convient par conséquent d'interpréter restrictivement l'article 71 alinéa 1 lettre e LFus. Si le transférant divulgue des informations non nécessaires sur les travailleurs (p.ex. le montant du salaire³³⁷), il s'expose alors à des actions, défensives ou réparatrices, de la part de ces derniers (cf. art. 28 ss CC, applicables également en vertu du renvoi de l'art. 15 LPD)³³⁸.

Quelles sont donc les informations, quant aux rapports de travail transférés, que les parties peuvent, respectivement doivent, faire figurer au contrat? Cette question se pose en des termes identiques en ce qui concerne l'inventaire³³⁹. C'est pourquoi nous nous contenterons ici de reproduire la solution proposée par N. Turin et de renvoyer le lecteur, au surplus, aux développements relatifs à l'inventaire³⁴⁰. Les remarques qu'il y trouvera s'appliqueront *mutatis mutandis* à la liste des rapports de travail transférés.

Selon N. Turin, donc : « Les parties au contrat ne doivent pas nécessairement désigner individuellement les rapports de travail qui seront transférés. Lorsque

334 Cf. not. Bahar, Commentaire LFus, no 21 ad art. 71 LFus et no 2 ad art. 76 LFus ; Beretta, ZüKo, no 13 ad art. 71 LFus ; Bertschinger, Mél. H. Rey, p. 362 ; Turin, Transfert de patrimoine, pp. 159, 216 s. *Contra* : Altenburger/Calderan/Lederer, Umstrukturierungsrecht, no 934.

335 Nous rappelons que le contrat est une pièce justificative qui doit être jointe à la réquisition d'inscription (art. 138 let. a ORC), et que la publicité du registre du commerce s'étend à ces pièces (art. 930 CO et art. 10 s. ORC). Cf. supra, Chap. 3.4.5, *Le problème de la publicité en particulier*.

336 Nous signalons au passage que les autorités du registre du commerce ne sont pas soumises à la Loi sur la protection des données, cela en vertu de l'art. 2 al. 2 let. d LPD. Cf. n.b.p. no 376.

337 On pourrait penser également à des informations sur la santé, l'appartenance ethnique ou la race, ou encore à l'appartenance à un syndicat ; les informations citées ici sont par ailleurs considérées comme des données sensibles au sens de l'art. 3 let. c LPD.

338 Actions défensives : actions en prévention, en cessation du trouble ou en constatation du caractère illicite de l'atteinte (art. 28a al. 1 CC). Actions réparatrices : actions en dommages-intérêts et éventuellement en réparation du tort moral (art. 28a al. 2 CC). Cf. ég. les art. 28c à 28f CC pour les éventuelles mesures provisionnelles.

339 Schumacher, Vermögensübertragung, p. 90.

340 Cf. infra, Chap. 5, *L'inventaire*.

ceux-ci restent déterminables, il est admissible de désigner de manière globale les rapports de travail transférés »³⁴¹.

4.5.3 Petite digression

Le traitement des données concernant les travailleurs passe au reprenant au moment de l'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce³⁴² : selon l'article 333 alinéa 1 CO, en effet, les rapports de travail rattachés à l'exploitation passent au reprenant « avec tous les droits et les obligations qui en découlent ».

A l'évidence, les données concernant les rapports de travail transférés, telles qu'elles figurent dans le contrat de transfert, ne représentent qu'une partie des données qui doivent être transmises au reprenant (cela, à plus forte raison, du fait que nous avons plaidé pour une interprétation restrictive de l'art. 71 al. 1 let. e LFus³⁴³). D'autres données devront être transmises au reprenant, comme les termes exacts des contrats passés entre le transférant et chaque travailleur, ou encore les adresses, numéros AVS, âges, états civils, évaluations, éventuelles mises à pied, etc., de ces derniers³⁴⁴.

Ces données devront être transmises séparément. Elle ne doivent en aucun cas être déposées au registre du commerce. Par ailleurs, il faudra être particulièrement attentif au fait que le transférant doit « purger » les données transférées afin que seules les données qui, envisagées *sous la perspective du reprenant*, « portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail » (cf. art. 328b CO), soient transférées³⁴⁵.

4.6 Les autres clauses (aperçu)

L'article 71 alinéa 1 LFus définit les éléments que doit au moins contenir le contrat de transfert. Il est inexact de prétendre, comme le fait, entre autres, le Message³⁴⁶, que ce sont tous des éléments essentiels du contrat : comme nous l'avons vu, la liste des rapports de travail transférés (art. 71 al. 1 let. e LFus) n'a qu'une portée déclarative, car le transfert de par la loi des rapports de travail s'effectue en vertu de l'article 333 alinéa 1 CO et non en vertu de l'article 73 alinéa 2 LFus (cf. art. 76

341 Turin, Transfert de patrimoine, p. 159. Dans le même sens : Bahar, Commentaire LFus, no 21 ad art. 71 LFus. Cf. toutefois OFRC, REPRAX 2004, p. 60 et Beretta, ZüKo, no 13 ad art. 71 LFus, qui exigent une désignation nominative (d'autres indications sont proposées : date de naissance, fonction, lieu de travail). Noter au passage que l'art. 119 ORC, qui prévoit qu'il faut, pour chaque personne physique mentionnée à un titre quelconque sur le registre du commerce, indiquer notamment les nom et prénom(s), la nationalité ou le lieu d'origine pour les citoyens suisses et le domicile, n'est pas pertinent dans le cas d'espèce, puisque les informations concernant les travailleurs figureront uniquement dans les pièces justificatives (cf. n.b.p. no 335).

342 Cf. ég. supra, Chap. 3.4.4, *L'inscription et ses effets*.

343 Cf. supra, Chap. 4.5.2, *La protection de la personnalité du travailleur (aperçu et renvoi)*.

344 Brunner/Bühler/Waerber/Bruchez, Commentaire CDT, no 3 ad art. 328b CO.

345 Sur ce point, mais également sur la question de la protection des données concernant les travailleurs lors de la phase de négociation, se référer à Baumann, PJA 2004, pp. 638-648. Nous relevons toutefois que le problème de la protection des données concernant les travailleurs se pose en des termes différents (moins stricts) lors d'opérations, internes, de restructuration.

346 Message, p. 4115.

al. 1 LFus)³⁴⁷. Cette liste n'est donc pas un élément essentiel du contrat de transfert de patrimoine³⁴⁸ ; tout au plus peut-elle être considérée comme une source d'informations pour les tiers.

Quoi qu'il en soit, les participants au transfert ont la possibilité de convenir d'autres points ; ils peuvent même faire dépendre la conclusion du contrat d'un accord sur ces points (éléments subjectivement essentiels ; cf. art. 2 al. 1 CO)³⁴⁹. Selon certains auteurs, il serait d'ailleurs possible, pour les participants au transfert, de « convenir que les éléments subjectivement essentiels [et les autres points, dits secondaires ou subjectivement non 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 »³⁵⁰. Nous considérons, pour notre part, que les éléments essentiels devraient impérativement faire partie du contrat de transfert déposé au registre du commerce. Pour le reste, il faudra être attentif au fait que les clauses contenues dans des documents séparés ne déploieront pas d'effets externes³⁵¹.

Nous avons déjà évoqué la possibilité qu'ont les participants au transfert de prévoir une convention portant sur l'effet rétroactif du transfert (p.ex. à la date de référence de l'inventaire ou de l'évaluation du patrimoine transféré)³⁵². Nous rappelons qu'une telle convention n'a de portée, pour les participants au transfert, que du point de vue de leurs rapports internes. On peut encore citer, comme exemples de clauses dont les participants au transfert peuvent convenir : la clause de rupture anticipée du contrat (p.ex. *break up fees*³⁵³), la convention portant sur les modalités d'exécution, la clause de garantie, la clause de non-concurrence, la clause de confidentialité³⁵⁴.

5 L'inventaire

5.1 Présentation générale

L'article 71 alinéa 1 lettre b *in initio* LFus prévoit que le contrat de transfert doit contenir « un inventaire qui désigne clairement les objets du patrimoine actif et

347 Cf. supra, Chap. 4.5.1, *L'articulation de la Loi sur la fusion et de l'article 333 CO*.

348 Bertschinger, Mél. H. Rey, pp. 362 s. Dans le même sens : Beretta, ZüKo, no 1 ad art. 71 LFus ; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, Fusionsgesetz, no 842 (manifestement) ; Bahar, Commentaire LFus, no 1 ad art. 71 LFus (manifestement). On pourrait la qualifier de point objectivement secondaire.

349 Cf. not. Altenburger/Calderan/Lederer, Umstrukturierungsrecht, no 917.

350 Turin, Transfert de patrimoine, p. 145. Dans le même sens : Bahar, Commentaire LFus, no 1 ad art. 71 LFus ; Beretta, ZüKo, no 33 ad art. 71 LFus.

351 Cf. not. Schumacher, Vermögensübertragung, p. 79.

352 Cf. supra, Chap. 3.4.4, *L'inscription et ses effets*, n.b.p. no 237 et Chap. 4.3.3, *Problèmes liés à la nature évolutive du patrimoine*.

353 Indemnité contractuelle due en cas de rupture des négociations avant la conclusion du contrat de transfert, destinée à couvrir les frais engagés en pure perte.

354 Au surplus, se référer p.ex. à Beretta, ZüKo, nos 33-40 ad art. 71 LFus ; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, Fusionsgesetz, no 843 ; Glanzmann, PJA 2004, pp. 827-829 ; Schumacher, Vermögensübertragung, pp. 90-94 ; Turin, Transfert de patrimoine, pp. 144 s.

passif qui sont transférés »³⁵⁵. En tant qu'il détermine l'étendue du patrimoine transféré, l'inventaire représente l'élément central du transfert de patrimoine³⁵⁶.

La désignation claire des éléments patrimoniaux transférés doit permettre de lever toute incertitude quant à la propriété et à la titularité du patrimoine. En ce sens, l'inventaire vise à garantir la sécurité des transactions et, de manière générale, la sécurité du droit³⁵⁷.

L'inventaire fait partie des éléments objectivement essentiels du contrat de transfert³⁵⁸. Il convient d'ailleurs de rappeler que le contrat de transfert, qui inclut donc l'inventaire, est une pièce justificative qui doit être jointe à la réquisition d'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce (art. 138 let. a ORC)³⁵⁹. D'un point de vue formel, les participants au transfert peuvent, dans le contrat de transfert, se référer à des documents annexes³⁶⁰. Quoiqu'il en soit, d'un point de vue matériel, ces documents doivent être considérés comme faisant partie intégrante du contrat.

L'article 71 alinéa 1 lettre b *in fine* LFus pose une exigence supplémentaire : il dispose que « les immeubles, les papiers-valeurs et les valeurs immatérielles doivent être mentionnés individuellement ». A contrario, les autres éléments patrimoniaux peuvent donc être désignés de manière groupée³⁶¹. Par ailleurs, il n'est pas inutile de rappeler que la Loi sur la fusion exige seulement que le contrat de transfert contienne la valeur totale des actifs et des passifs transférés (art. 71 al. 1 let. c LFus)³⁶². Il n'est donc pas nécessaire d'indiquer la valeur individuelle de chaque élément patrimonial (quand bien même l'article 71 alinéa 1 lettre b *in fine* LFus exigerait la mention individuelle de cet élément patrimonial à l'inventaire) ou la valeur de chaque groupe d'éléments patrimoniaux.

Même si, en définitive, le contenu de l'inventaire ne peut être déterminé qu'en tenant compte des circonstances propres à chaque cas d'espèce³⁶³, nous allons nous efforcer de définir cette notion de manière générale et abstraite.

- Nous présenterons d'abord les enjeux que représente le contenu de l'inventaire pour les participants au transfert, mais aussi pour les tiers cocontractants³⁶⁴, en particulier dans la mesure où les rapports contractuels

355 La Loi sur la fusion prévoit une disposition similaire pour la scission (art. 37 let. b LFus).

356 Message, p. 4115. Cf. ég. p.ex. Bahar, Commentaire LFus, no 3 ad art. 71 LFus ; Bertschinger, Mél. H. Rey, p. 363 ; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, Fusionsgesetz, no 836 ; Turin, Transfert de patrimoine, p. 146.

357 Message, p. 4115.

358 Cf. ég. supra, Chap. 4.6, *Les autres clauses (aperçu)*.

359 Cf. supra, Chap. 3.4.2, *La réquisition d'inscription* et Chap. 3.4.5, *Le problème de la publicité en particulier*.

360 Beretta, ZüKo, no 5 ad art. 71 LFus ; Malacrida, BaKo, no 5 ad art. 71 LFus ; Turin, Transfert de patrimoine, p. 148.

361 Cf. not. OFRC, REPRAX 2004, pp. 59 s. ; Malacrida, BaKo, nos 5 s. ad art. 71 LFus ; Schumacher, Vermögensübertragung, pp. 76 s. ; Tschäni, GesKR 2007, p. 174 ; Turin, Transfert de patrimoine, pp. 148 s.

362 Cf. ég. supra, Chap. 4.3.1, *Généralités*.

363 Message, p. 4115.

364 Dans la suite des développements, les travailleurs seront compris dans la notion de tiers. En effet, mis à part la question de la protection des données concernant les travailleurs (cette question, qui fait l'objet d'une disposition spéciale à l'art. 328b CO, a évoquée supra, Chap. 4.5.3, *Petite digression*), les rapports de travail peuvent être considérés de la même manière que les autres rapports contractuels.

que ces derniers entretenaient jusqu'alors avec le transférant passent de plein droit au reprenant^{365, 366}. En effet, l'inventaire, en tant qu'il fait partie du contrat de transfert, est accessible au public³⁶⁷, ce qui est propre à porter atteinte à la personnalité des personnes concernées, d'une part³⁶⁸, et à poser des problèmes de confidentialité, d'autre part³⁶⁹.

- Nous examinerons ensuite la sanction d'un inventaire « pathologique », c'est-à-dire qui ne permet pas l'attribution de tout ou partie des éléments patrimoniaux³⁷⁰. Nous proposerons une analyse critique de la solution légale.
- Puis nous nous attacherons à définir, dans l'abstrait, quel doit être le degré de précision de l'inventaire, notamment sous la perspective d'autres institutions juridiques³⁷¹. Le problème des contrats fera l'objet d'un examen particulier³⁷².
- Enfin, nous mettrons ces développements en relation avec le pouvoir de contrôle du préposé au registre du commerce, ouvrant par là une nouvelle perspective, plus pragmatique, dans l'étude du contenu de l'inventaire³⁷³.

5.2 Les enjeux (aperçu)

5.2.1 La protection de la personnalité

La notion de protection de la personnalité doit être comprise dans son sens large, car elle inclut également la protection des données. En effet, la Loi sur la protection des données, en tant qu'elle a précisément pour but de « protéger la personnalité [...] des personnes qui font l'objet d'un traitement de données » (art. 1^{er} LPD), constitue un complément des dispositions du Code civil relatives à la protection de la personnalité (art. 27 à 30 CC, spéc. art. 28 à 28f CC).

Le propos n'est pas de présenter de manière détaillée le système de la protection de la personnalité tel qu'il résulte des articles 28 et suivants CC et de la Loi sur la protection des données. Nous nous contenterons d'exposer quelques notions fondamentales³⁷⁴, en lien étroit avec la problématique du contenu de l'inventaire.

La protection de la personnalité concerne aussi bien les personnes physiques que les personnes morales (cf. tit. marg. ad art. 27 CC et art. 53 CC ; art. 2 al. 1 et art. 3 let. b LPD). La sphère privée (et à plus forte raison la sphère intime ; cf. art. 3 let. c ch. 2 LPD) fait partie de la composante sociale de la personnalité ; elle est particulièrement en cause dans notre étude. Dans la mesure où elle vise les

Cf. ég. supra, Chap. 4.5.2, *La protection de la personnalité du travailleur (aperçu et renvoi)*.

365 Cf. supra, Chap. 2.5, *La notion de transfert*, Chap. 2.6, *Le transfert des rapports contractuels* et Chap. 3.4.4, *L'inscription et ses effets*.

366 Cf. infra, Chap. 5.2, *Les enjeux (aperçu)*.

367 Cf. supra, Chap. 3.4.5, *Le problème de la publicité en particulier*.

368 Cf. infra, Chap. 5.2.1, *La protection de la personnalité*.

369 Cf. infra, Chap. 5.2.2, *La confidentialité*.

370 Cf. infra, Chap. 5.3, *Le sort des éléments patrimoniaux non attribués*.

371 Cf. infra, Chap. 5.4.1, *Analyse détaillée*.

372 Cf. infra, Chap. 5.4.2, *La question des contrats en particulier*.

373 Cf. infra, Chap. 5.5, *Le pouvoir de contrôle du préposé au registre du commerce (part 2)*.

374 Au surplus, nous renvoyons p.ex. à Bucher, *Personnes physiques*, pp. 453-670, spéc. nos 476-490 ; Rampini, *BaKo-LPD*, art. 12, 13 et 15 LPD.

mêmes objectifs et protège le même cercle de personnes, on peut considérer que la Loi sur la protection des données remplace largement l'article 28 CC pour ce qui est de la protection de la sphère privée.

L'opération de transfert de patrimoine est susceptible de porter une atteinte à la personnalité des tiers cocontractants, dans la mesure où les rapports contractuels qu'ils entretenaient jusqu'alors avec le transférant passent au reprenant par l'effet du transfert (art. 73 al. 2 phr. 1 et 2 LFus). L'atteinte peut en particulier résulter du transfert de données entre les participants au transfert³⁷⁵ ou de la communication des données au registre du commerce qui est, nous le rappelons, public³⁷⁶. L'article 12 alinéa 2 LPD contient une liste non exhaustive d'atteintes. De cette liste, nous tirons deux exemples qui se rapportent à notre problématique : la communication³⁷⁷ de données sensibles (art. 3 let. c LPD) à des tiers (art. 12 al. 2 let. c LPD) ; le transfert de données qui, sous la perspective du reprenant³⁷⁸, vont au-delà des données indispensables pour atteindre le but poursuivi (principes de la proportionnalité et de la finalité du traitement des données ; cf. art. 12 al. 2 let. a et art. 4 al. 2 et 3 LPD³⁷⁹).

Les articles 28 alinéa 2 *in initio* CC et 13 alinéa 1 *in initio* LPD posent le principe de l'illicéité de l'atteinte. Une fois que la victime établit³⁸⁰ qu'elle subit ou qu'elle a subi une atteinte à sa personnalité, il appartient alors à l'auteur de lever l'illicéité de l'atteinte en apportant la preuve de l'existence d'un motif justificatif. L'article 13 alinéa 1 *in fine* LPD reprend à l'identique les trois motifs justificatifs de l'article 28 alinéa 2 *in fine* CC : l'atteinte peut être justifiée par le consentement de la victime (cf. art. 12 al. 3 LPD), par un intérêt prépondérant (cf. la liste non exhaustive de l'art. 13 al. 2, spéc. let. a à c, LPD) ou par la loi.

En ce qui concerne les atteintes résultant de la communication des données au registre du commerce, la loi apparaît ici comme le motif justificatif pertinent (art. 73 LFus, exigence de l'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce ; cf. ég. les art. 139 ORC et 71 LFus³⁸¹). Cependant, la loi ne doit permettre de lever l'illicéité d'une atteinte que dans la mesure du strict nécessaire. Par exemple, elle ne devrait constituer un motif justifiant la levée de l'illicéité de la

375 Concernant l'application de la Loi sur la protection des données aux transactions de M&A en général, notamment sur la question de la protection des données lors de la procédure de due diligence, se référer à Gericke, RSJ 2003, pp. 1-13.

376 Cf. supra, Chap. 3.4.5, *Le problème de la publicité en particulier*. Il convient par ailleurs de préciser qu'en vertu de l'art. 2 al. 2 let. d LPD, la Loi sur la protection des données « ne s'applique pas aux registres publics relatifs aux rapports juridiques de droit privé ». On ne pourra donc pas tenir rigueur au registre du commerce des informations qu'il conserve (cf. Kunz S./Maurer-Lambrou, BaKo-LPD, no 39 ad art. 2 LPD).

377 La notion de communication est définie à l'art. 3 let. f LPD : elle consiste dans le fait de rendre des données personnelles accessibles, par exemple en les transmettant ou en les diffusant. Dans le cadre de notre analyse, la communication de données sensibles s'entend donc aussi bien comme le transfert de ces données entre les participants au transfert que comme leur divulgation au registre du commerce.

378 L'idée de la « purge » des données transférées a déjà été évoquée supra, au Chap. 4.5.3, *Petite digression*.

379 Cf. ég. l'ATF 125 II 473, consid. 4b.

380 Les voies de droit (actions défensives et réparatrices, mesures provisionnelles) ne seront pas traitées. Nous relevons toutefois que la Loi sur la protection des données renvoie pour l'essentiel aux art. 28 à 28/ CC (art. 15 LPD).

381 Cf. supra, Chap. 3.4, *L'inscription au registre du commerce*.

communication de données sensibles à des tiers qu'à titre exceptionnel (cf. art. 12 al. 2 let. c LPD). En effet, les participants au transfert n'auront généralement pas besoin de traiter de telles données³⁸². Force est donc de constater qu'en définitive, la question de la protection de la personnalité exigera toujours un examen au cas par cas.

5.2.2 La confidentialité

Nous l'avons vu : certaines informations relatives à l'opération de transfert de patrimoine seront inscrites au registre du commerce (cf. art. 139 ORC), d'autres ne seront déposées qu'en qualité de pièces justificatives (cf. art. 138 ORC) ; toutes sont au moins consultables au registre du commerce (principe de la publicité du registre du commerce : art. 11 s. ORC et art. 930 CO)³⁸³.

Nous avons par ailleurs déjà évoqué une partie des problèmes liés à la publicité du transfert de patrimoine : l'identité des participants au transfert, l'existence, la nature et le montant de la transaction (patrimoine transféré et contre-prestation) sont des renseignements commerciaux que les participants au transfert ne peuvent tenir secrets³⁸⁴.

Mais davantage que les rapports entre les participants au transfert, la question de la confidentialité concerne les rapports que le transférant entretenait avec des tiers et qui sont transférés au reprenant. En effet, les secrets d'affaires pourraient se trouver compromis par l'opération de transfert : du point de vue du transférant, on peut déjà penser au simple fait que les listes de clients et de fournisseurs, de preneurs et de donneurs de licences sont susceptibles d'être dévoilées ; du point de vue des tiers cocontractants, il faut être attentif au fait que ces derniers emportent avec eux un certain nombre de renseignements sur le transférant. Dès lors, nous proposons de classer les rapports contractuels en trois catégories, les deux premières faisant l'objet de réglementations spécifiques : les rapports de travail, de mandat et les autres rapports contractuels. Chaque catégorie fera l'objet d'une étude en deux temps : nous définirons l'obligation d'adopter un certain comportement (qui peut être une obligation de faire ou d'abstention), puis exposerons la sanction du non-respect de cette obligation.

- Selon l'article 321a alinéa 4 CO³⁸⁵, « pendant la durée du contrat, le travailleur ne doit pas utiliser ni révéler des faits destinés à rester confidentiels, tels que les secrets de fabrication et d'affaires dont il a pris connaissance au service de l'employeur ; il est tenu de garder le secret même après la fin du contrat en tant que l'exige la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur ». Il convient de préciser que dans le cadre d'un transfert de patrimoine, les rapports de travail suivent le patrimoine auquel ils sont rattachés. Les contrats ne prennent donc pas fin : ils sont repris – automatiquement – par le reprenant

382 En ce sens, nous rejoignons dans cet exemple la question, vue plus haut, de la proportionnalité et de la finalité du traitement des données.

383 Cf. supra, Chap. 3.4.5, *Le problème de la publicité en particulier*.

384 La voie de la succession à titre individuel, faut-il le rappeler, reste bien entendu ouverte (cf. n.b.p. no 28).

385 L'art. 418d al. 1 CO prévoit une disposition similaire pour le contrat d'agence.

(cf. art. 333 al. 1 CO)³⁸⁶. Par conséquent, l'utilisation et la révélation, dans la sphère du reprenant, des secrets de fabrication ou industriels et des secrets commerciaux afférents au patrimoine transféré ne doivent pas être considérées comme une divulgation à un tiers. Par contre, la divulgation de toute autre information confidentielle sera sanctionnée contractuellement (action du transférant en dommages-intérêts en vertu des art. 97 s. CO ; éventuellement, peine conventionnelle en vertu des art. 160 à 163 CO³⁸⁷) et pénalement (art. 162 CP).

- Selon l'article 398 alinéa 2 CO, « le mandataire est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat ». Le secret professionnel, réservé aux professions mentionnées aux articles 321 CP et 47 LB³⁸⁸ (avocat, notaire, médecin, pharmacien, « banquier »), découle sur le plan privé du devoir de fidélité de l'article 398 alinéa 2 CO. Les articles 321 CP et 47 LB fixent également les conséquences pénales de la violation du secret professionnel. Concernant la responsabilité contractuelle du mandataire, l'article 398 alinéa 1 CO renvoie de manière générale aux dispositions sur la responsabilité du travailleur.
- De manière générale, les parties au contrat ont la possibilité de prévoir des clauses de confidentialité³⁸⁹. L'obligation de confidentialité qui en découle peut être unilatérale ou bilatérale ; dans ce dernier cas, on parle d'obligations mutuelles de confidentialité. En pratique, ces clauses régleront en principe également la question de la confidentialité pour la période, plus ou moins longue, qui suit la fin du contrat³⁹⁰. Les clauses de confidentialité sont de règle dans les contrats de licence, par exemple³⁹¹. Contrairement aux deux premières catégories, l'obligation d'adopter un certain comportement résulte ici du contrat et non de la loi. La sanction, civile et pénale, du non-respect de cette obligation, est identique à celle vue plus haut concernant les rapports contractuels.

5.3 Le sort des éléments patrimoniaux non attribués

L'article 72 LFus dispose que « les objets du patrimoine actif [...] qui ne peuvent être attribués sur la base de l'inventaire demeurent au sein du [...] transférant ». L'article 38 alinéa 1 lettre b prévoit une disposition similaire en ce qui concerne la scission par séparation³⁹². On remarque que la Loi sur la fusion présente une

386 Cf. supra, Chap. 4.5.1, *L'articulation de la Loi sur la fusion et de l'article 333 CO*.

387 Mentionnons également la possibilité, dans les cas graves, d'une résiliation immédiate pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO.

388 Le secret bancaire repose non seulement sur les art. 398 al. 2 CO et 47 LB, mais également sur les dispositions du Code civil relatives à la protection de la personnalité (art. 27 à 30 CC) et de la Loi sur la protection des données (cf. p.ex. Lombardini, *Droit bancaire*, pp. 629-634, 644 s.).

389 Il sied de préciser que les travailleurs et mandataires doivent également être compris dans cette troisième catégorie, dans la mesure où les parties à ces contrats peuvent très bien convenir d'autres clauses de confidentialité.

390 Pour une approche générale des accords de confidentialité, nous renvoyons à Dessemontet, *Mél. P. Engel*, pp. 27-37.

391 Concernant les licences, cf. art. 34 al. 1 LBI, art. 18 al. 1 LPM, art. 15 al. 1 LDes.

392 Cette institution est définie à l'art. 29 let. b LFus. On remarquera que dans le cadre du transfert de la totalité du patrimoine (p.ex. passage d'une entreprise individuelle à une SA ou à une Sàrl), l'opération se rapproche davantage de la scission par division (art. 29 let. a LFus) que de la scission par

lacune : elle ne règle pas l'attribution des éléments patrimoniaux passifs³⁹³. En réponse à ce problème, la doctrine largement majoritaire – à laquelle nous nous rallions – propose l'application par analogie de l'article 72 LFus³⁹⁴.

Toutefois, l'article 72 LFus ne s'appliquera qu'en dernier ressort. En effet, il convient au préalable d'interpréter le contrat de transfert de patrimoine, afin de déterminer quelle était la volonté réelle des parties au moment de la signature du contrat³⁹⁵. Ce n'est que lorsque l'interprétation ne permet pas de décider de l'attribution des éléments patrimoniaux qu'il faudra avoir recours à l'article 72 LFus.

Du point de vue de la technique rédactionnelle, nous relevons que l'interprétation est suggérée implicitement par la formulation de l'article 72 LFus : la loi parle bien d'objets du patrimoine « qui ne peuvent être attribués » et non pas, par exemple, d'objets « qui ne sont pas attribués ». De la même manière, le Message opère bien cette distinction lorsqu'il évoque les « objets du patrimoine [...] non attribués et [...] non attribuables par interprétation »³⁹⁶.

La doctrine admet généralement que les participants au transfert peuvent déroger à la règle de répartition de l'article 72 LFus. Ainsi, les participants au transfert peuvent prévoir, dans le contrat de transfert, une clause (plus précisément : une règle d'interprétation en cas de lacune du contrat) selon laquelle les éléments patrimoniaux *qui ne sont pas attribués* dans l'inventaire passent au reprenant³⁹⁷. L'Office fédéral du registre du commerce n'est cependant pas de cet avis :

« En raison de la *publicité* de l'inventaire, [l'article 72 LFus est], pour des motifs de sécurité des transactions, de nature absolument impérative. Toute convention contraire est nulle et doit être rejetée par les offices du registre du commerce [...]. D'une part, le devoir d'établir un inventaire pourrait [...] être éludé et, d'autre part, les tiers qui considèrent de bonne foi que les objets non contenus dans l'inventaire – par exemple des

séparation, même si formellement le transféré n'est pas immédiatement dissout et radié du registre du commerce. En ce sens, l'art. 38 al. 1 let. a LFus aurait ici vocation à s'appliquer ; mais le législateur en a décidé autrement.

393 Nous relevons au passage que l'art. 58 AP-LFus prévoyait la responsabilité solidaire des participants à la scission pour les *dettes* qui n'ont pas été attribuées par le contrat ou le projet de scission. Cette disposition n'a pas été reprise dans le texte définitif.

394 Bahar, Commentaire LFus, no 2 ad art. 72 LFus ; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, Fusionsgesetz, nos 846 et 930s. ; Gersbach, RNRF2004, p. 219 ; Malacrada, BaKo, no 3 ad art. 72 LFus ; Tschäni, RDS 2004, p. 89 ; Turin, Transfert de patrimoine, p. 152 ; Weber, Fusionsgesetz, p. 145. *Contra* : Loser-Krogh, PJA 2000, p. 1106, qui considère, par analogie avec la solution qui prévalait sous le régime de l'art. 181 CO, que les éléments patrimoniaux passifs passent au reprenant.

395 Cf. not. Bahar, Commentaire LFus, nos 1 s. ad art. 72 LFus ; Turin, Transfert de patrimoine, p. 151. Concernant l'interprétation du contrat en général, nous renvoyons p.ex. à Winiger, CoRo, nos 5-59, 132-144 ad art. 18 CO.

396 Message, p. 4091. Afin d'être complet, nous relevons que l'art. 3 par. 3 de la sixième directive 82/891/CEE du Conseil du 17 décembre 1982 concernant les scissions des sociétés anonymes (JOCE n° L 378 du 31.12.1982, pp. 0047-0054 ; ci-après : la directive 82/891/CEE) mentionne expressément l'interprétation du contrat.

397 Cf. not. Bahar, Commentaire LFus, nos 3 s. ad art. 72 LFus ; Beretta, ZüKo, no 3 ad art. 72 LFus ; Malacrada, BaKo, no 4 ad art. 72 LFus ; Weber, Fusionsgesetz 2004, p. 144. Ces clauses, appelées « All-Klauseln » dans la mesure où elle prévoient une répartition en faveur du seul reprenant, sont également admises en droit allemand (BGH, arrêt du 8 octobre 2003, XII ZR 50/02, en relation avec § 123 al. 3 UmwG). Pour un exemple de clause, cf. Kallmeyer in Kallmeyer, Commentaire UmwG, no 40 ad § 126 UmwG.

papiers-valeurs – n'ont pas été transférés, seraient trompés »³⁹⁸.

Nous ne partageons pas l'opinion de l'Office fédéral du registre du commerce. En effet, la clause d'attribution au reprenant des éléments patrimoniaux omis, dans la mesure où elle est insérée dans le contrat de transfert, figure au contrat au même titre que l'inventaire des éléments patrimoniaux transférés. Partant, cette clause sera donc tout aussi « publique » que l'inventaire. En ce sens, les craintes formulées par l'Office fédéral du registre du commerce quant à la sécurité des transactions et à la protection des tiers s'avèrent non fondées.

Il convient toutefois d'approuver la remarque de l'Office fédéral du registre du commerce concernant les papiers-valeurs : l'article 71 alinéa 1 lettre b *in fine* LFus exige (cette disposition-là doit bien être considérée comme impérative³⁹⁹) en effet que les immeubles, les papiers-valeurs et les valeurs immatérielles soient mentionnées individuellement à l'inventaire. Par conséquent, les éléments patrimoniaux appartenant à l'une de ces trois catégories, s'ils ne sont pas portés à l'inventaire, ne pourront pas être attribués au reprenant sur la base d'une règle d'interprétation convenue par les participants au transfert et figurant au contrat⁴⁰⁰.

Nous soulignons que la clause d'attribution au reprenant des éléments patrimoniaux omis permet même, en réalité, de garantir plus efficacement la sécurité des transactions. En effet, en l'absence d'une telle convention entre les participants au transfert, l'interprétation du contrat devrait en principe⁴⁰¹ déjà conduire au même résultat : le transfert de patrimoine porte sur une exploitation, et les éléments patrimoniaux suivent l'exploitation à laquelle ils sont fonctionnellement rattachés⁴⁰². Dans ces conditions, la clause permet donc de lever toute incertitude quant à l'attribution des éléments patrimoniaux⁴⁰³. De ce fait, nous ne pouvons qu'encourager les participants au transfert à prévoir une telle clause.

Au vu des développements qui précèdent, nous arrivons à la conclusion suivante : la règle d'attribution de l'article 72 LFus n'a pas de véritable portée. En effet, de deux choses l'une : si les éléments patrimoniaux omis sont rattachés à l'exploitation transférée, l'interprétation du contrat devrait permettre de les attribuer au reprenant, puisqu'ils suivent le patrimoine auquel ils se rattachent ; si les éléments patrimoniaux omis ne sont pas rattachés à l'exploitation transférée, alors ils demeurent effectivement au sein du transférant, mais cela en vertu du fait que le transfert d'éléments patrimoniaux isolés sort du champ d'application matériel du transfert de patrimoine (le transfert doit être opéré selon la voie de la succession à titre singulier)⁴⁰⁴, et non pas en vertu de l'article 72 LFus.

398 OFRC, REPRAX 2004, p. 60.

399 Nous réservons les développements proposés au Chapitre 5.4.1, *Analyse critique*.

400 Dans ce sens : Turin, Transfert de patrimoine, p. 151.

401 Sous réserve de l'exigence de l'art. 71 al. 1 let. b *i.f.* LFus.

402 Cf. supra, Chap. 2.6.3, *L'abandon de la distinction entre patrimoine et entreprise? (part 2)*.

403 Dans ce sens, pour le droit allemand (scission) : Kallmeyer in Kallmeyer, Commentaire UmwG, no 20 ad § 126 UmwG ; Priester in Lutter, Commentaire UmwG, no 43 ad § 126 UmwG.

404 Cf. supra, Chap. 2.6.3, *L'abandon de la distinction entre patrimoine et entreprise? (part 2)*.

5.4 Le degré de précision de l'inventaire

5.4.1 Analyse détaillée

Ainsi que nous l'avons aperçu⁴⁰⁵, les éléments patrimoniaux, tels qu'ils doivent figurer à l'inventaire, peuvent être classés en deux catégories : ceux dont la loi exige expressément qu'ils fassent l'objet d'une mention individuelle (cf. art. 71 al. 1 let. b *i.f.* LFus) ; tous les autres, qui, par un raisonnement a contrario, peuvent être désignés de manière groupée (ci-après : les autres éléments patrimoniaux).

Une première remarque s'impose quant à l'exigence de l'article 71 alinéa 1 lettre b *in fine* LFus. Selon cet article, les immeubles, les papiers-valeurs et les valeurs immatérielles doivent être mentionnés individuellement. La notion de valeurs immatérielles comprend les droits de propriété intellectuelle et les autres valeurs immatérielles, telles que le *goodwill* et le *know-how*⁴⁰⁶. A notre avis, et comme nous tenterons de le démontrer, l'exigence de l'article 71 alinéa 1 lettre b *in fine* LFus n'est que partiellement justifiée.

En effet, nous avons établi plus haut⁴⁰⁷ que l'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce constitue, en quelque sorte, la contre-partie de la simplification que représente l'abandon des règles de forme propres au transfert individuel des éléments patrimoniaux ; en ce sens, elle vise avant tout à satisfaire à l'exigence de publicité en ce qui concerne les droits dont la titularité doit être établie par un registre public (propriété foncière et intellectuelle). Nous en avons conclu que l'exigence de l'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce ne se justifie plus vraiment à l'égard des autres éléments patrimoniaux, mais avons cependant admis, par souci de cohésion, l'application d'un seul régime de transfert pour l'ensemble des éléments patrimoniaux.

L'exigence de l'article 71 alinéa 1 lettre b *in fine* LFus se situe dans la même logique : d'après R. Bahar, « le but de l'individualisation de ces [éléments patrimoniaux] est de garantir l'identité du titulaire avec un degré de certitude comparable à celui des registres publics »⁴⁰⁸. Par conséquent, il est permis de remettre en cause, dans son étendue, l'exigence de l'article 71 alinéa 1 lettre b *in fine* LFus : si la mention individuelle des immeubles et des droits de propriété intellectuelle dont la protection dépend d'un enregistrement (brevets, marques, designs)⁴⁰⁹ apparaît comme parfaitement légitime, il en va à notre avis autrement des papiers-valeurs, des droits d'auteurs et des « autres valeurs immatérielles » telles que le *goodwill* ou le *know-how*. En effet, aucune forme de publicité n'est requise dans le cadre d'un transfert à titre singulier de ces derniers éléments patrimoniaux⁴¹⁰. Dès lors, et en l'absence notamment de justifications

405 Cf. supra, Chap. 5.1, *Présentation générale*.

406 Message, p. 4115. Par « droits de propriété intellectuelle », nous entendons les biens (ou valeurs) immatériel(le)s que le législateur entend protéger en conférant un droit exclusif sur ces biens en faveur de leurs titulaires : marques, inventions, designs, oeuvres littéraires et artistiques (cf. resp. art. 13 LPM, art. 8 LBI, art. 9 LDes, art. 10 LDA). Concernant la notion de valeurs immatérielles, telle qu'elle figure dans la Loi sur la fusion, cf. Hilty, Mél. D. Zobl, pp. 568-571.

407 Cf. supra, Chap. 3.4.1, *Le but de l'inscription*.

408 Bahar, Commentaire LFus, no 4 ad art. 71 LFus.

409 Cf. n.b.p. no 217.

convaincantes résultant des travaux préparatoires⁴¹¹, il conviendrait selon nous, nonobstant le texte clair de la loi, d'interpréter restrictivement l'article 71 alinéa 1 lettre b *in fine* LFus, de façon à ne pas poser, en matière de publicité, d'exigences supplémentaires par rapport à celles du transfert à titre singulier.

Au vu des développements précédents, nous considérons donc que seuls les immeubles, les brevets, les marques et les designs doivent être désignés individuellement à l'inventaire. Par ailleurs, les informations fournies dans le cadre de la description de ces éléments se limiteront aux données figurant dans les registres respectifs et permettant leur identification⁴¹².

Nous avons défini les éléments patrimoniaux devant faire l'objet d'une mention individuelle à l'inventaire. Il convient à présent de déterminer, dans l'abstrait, le degré de précision avec lequel les autres éléments patrimoniaux doivent y être portés⁴¹³.

Il est unanimement reconnu que les autres éléments patrimoniaux peuvent être désignés de manière groupée⁴¹⁴. Les auteurs du Projet de mini-révision de la Loi sur la fusion⁴¹⁵ proposent d'ailleurs, pour plus de clarté, d'ajouter cette possibilité expressément dans le texte de l'article 71 alinéa 1 lettre b LFus (plus précisément : entre les deux propositions que contient la lettre b) :

« *eine generische Bezeichnung der Aktiven und Passiven [...]
ist zulässig* »⁴¹⁶.

En réalité, cette possibilité devrait même être utilisée de manière systématique par les participants au transfert. En effet, comme nous l'avons vu, le patrimoine objet du transfert est destiné inexorablement à évoluer entre le moment de la conclusion du contrat de transfert et le moment auquel le transfert de patrimoine déploie ses effets⁴¹⁷. Pour éviter tout problème, il faut donc formuler l'inventaire en des termes suffisamment larges, afin que celui-ci puisse absorber les fluctuations survenues pendant ce laps de temps⁴¹⁸.

Par ailleurs, il convient de remarquer qu'à l'inverse, une exigence trop stricte quant au degré de précision de l'inventaire pourrait entrer en conflit avec le but de la Loi

410 Le transfert des papiers-valeurs requiert dans tous les cas le transfert de possession du titre (titres au porteur, à ordre et nominatifs), et en plus un endossement pour les titres à ordre ou une déclaration écrite pour les titres nominatifs (cf. not. art. 967 à 969 CO). Concernant le transfert du droit d'auteur, se reporter à la n.b.p. no 217.

411 Seul le Message, p. 4115, évoque un objectif transparence, mais sans donner d'autres explications.

412 Description sommaire (telle qu'elle ressort du registre), numéro au registre, arrondissement ou étendue de la protection. Cf. Beretta, ZüKo, nos 8 et 10 ad art. 71 LFus ; Schumacher, pp. 81 s. Nous nous permettons de rappeler au lecteur que nous n'avons pas pour but dans ce travail de déterminer les informations devant matériellement figurer à l'inventaire (cf. supra, Chap. 1.3.2, *Méthode d'analyse*).

413 En conformité avec notre proposition d'une interprétation restrictive de l'art. 71 al. 1 let. b *i.f.* LFus, nous considérons que les papiers-valeurs, les droits d'auteur et les autres valeurs immatérielles (p.ex. *goodwill*, *know-how*) sont inclus dans les « autres éléments patrimoniaux ».

414 Cf. ég. n.b.p. no 341. Cela ressort par ailleurs expressément du Message (scission), p. 4091, note 123. Concernant le droit allemand, cf. Priester in Lutter, nos 38-42 ad § 126 UmwG.

415 Cf. supra, Chap. 1.2.2, *Le Projet de mini-révision de la Loi sur la fusion (Prof. Andreas Binder & al.)*.

416 Binder/Roberto/Schenker/Tschäni/Watter, PMRFG, V.4.5 (cf. ég. V.4.1 et V.4.3).

417 Cf. supra, Chap. 4.3.3, *Les problèmes liés à la nature évolutive du patrimoine* (et les réf. cit.).

418 Dans ce sens : p.ex. Malacrida, BaKo, no 6 ad art. 71 LFus.

sur la fusion qui est de faciliter les opérations de restructurations⁴¹⁹. En particulier, si les participants au transfert ont la possibilité, comme l'indique N. Turin⁴²⁰, de fonder l'inventaire au sens de l'article 71 alinéa 1 lettre b LFus sur l'inventaire exigé par le droit comptable (cf. art. 958 CO)⁴²¹, il ne devrait en aucun cas être exigé d'eux qu'ils fournissent un tel document à l'appui de la réquisition de transfert. En effet, la notion d'inventaire, telle qu'elle ressort de l'article 71 alinéa 1 lettre b LFus, doit être interprétée de façon autonome⁴²².

Il reste à évaluer dans quelle mesure ces regroupements peuvent être considérés comme conformes aux exigences de l'inventaire. Pour ce faire, il faut examiner ce que prescrit la loi : selon l'article 71 alinéa 1 lettre b *in initio* LFus, l'inventaire doit *désigner clairement* les éléments patrimoniaux transférés⁴²³. Le Message précise le sens de cette formulation générale : « La description contenue dans le contrat de transfert doit être suffisamment concrète afin de permettre avec certitude l'attribution de valeurs patrimoniales dans chaque cas d'espèce »⁴²⁴. En d'autres termes, « il suffit que les éléments patrimoniaux transférés soient déterminables sur la base de l'inventaire »⁴²⁵.

Et attendu que le patrimoine objet du transfert doit, comme nous l'avons vu⁴²⁶, former une exploitation ou une partie distincte d'exploitation, il sera donc en général aisé, pour les participants au transfert, et surtout pour les tiers (cocontractants)⁴²⁷, de déterminer les éléments patrimoniaux transférés : les

419 Cf. supra, Chap. 2.1, *Les buts de la loi sur la fusion*. R. Bahar considère qu'une telle exigence reviendrait à « vider le transfert *uno actu* de toute sa substance et [à] réintroduire le principe de la spécialité dans la loi sur la fusion » (Bahar, Commentaire LFus, no 5 ad art. 71 LFus, citant Eberhard, Scission, pp. 225, 230). Nous sommes d'avis que cette idée devrait être exprimée en des termes différents : il faut bien comprendre que le fait d'exiger un degré extrême de précision de l'inventaire ne remet pas directement en cause la notion de succession à titre universel. En effet, quand bien même l'intégralité des éléments patrimoniaux transférés devraient être mentionnés individuellement à l'inventaire, ces éléments seraient toujours transférés en bloc (cf. art. 73 al. 2 phr. 2 LFus), c'est-à-dire sans que les règles de forme propres au transfert individuel de ces éléments doivent être respectées (transfert de possession, endossement, reprise de dette, etc.). Selon nous, le mode de transfert des éléments patrimoniaux n'est lié au contenu de l'inventaire que dans la stricte mesure où l'inventaire doit satisfaire aux exigences de publicité pour le transfert des immeubles, des brevets, des marques et des designs.

420 Turin, transfert de patrimoine, p. 150.

421 Le transférant, en tant qu'il doit obligatoirement être inscrit au registre du commerce (art. 69 al. 1 phr. 1 LFus ; cf. supra, Chap. 2.3.2, *Les transferts de patrimoine autorisés*), sera en effet astreint à tenir des livres, notamment à dresser un inventaire, un compte d'exploitation et un bilan à la fin de chaque exercice (cf. art. 957 s. CO).

422 Beretta, no 5 ad art. 71 LFus.

423 La version allemande correspondant à l'art. 71 al. 1 let. b *i.i.* LFus utilise les termes suivants : « die eindeutige Bezeichnung ». Le droit allemand et la réglementation européenne prévoient, en matière de scission, que le contrat ou le projet de scission doit contenir la *désignation précise* du patrimoine à transférer (§ 126 al. 1 ch. 9 UmwG : « die genaue Bezeichnung » ; art. 3 par. 2 let. h de la directive 82/891/CEE : « la description précise »). La teneur de l'art. 71 al. 1 let. b *i.i.* LFus, plus large, semble meilleure. Nous verrons cependant, au gré des références citées, que les conclusions tirées de l'interprétation des textes allemand et suisse sont très similaires.

424 Message, p. 4115.

425 Bahar, Commentaire LFus, no 6 ad art. 71 LFus. Cf. ég. Message (scission), p. 4091, note 123 ; Altenburger/Calderan/Lederer, Umstrukturierungsrecht, no 921 ; Malacrida, BaKo, no 6 ad art. 71 LFus ; Schumacher, Vermögensübertragung, p. 77 ; Tschäni, GesKR 2007, p. 174 ; Turin, Transfert de patrimoine, pp. 147, 149. La notion de « déterminabilité » ressort également de la doctrine allemande : cf. Kallmeyer in Kallmeyer, no 19 ad § 126 UmwG ; Priester in Lutter, nos 38 s. ad § 126 UmwG.

426 Cf. supra, Chap. 2.6.3, *L'abandon de la distinction entre patrimoine et entreprise? (part 2)*.

427 Message, p. 4115.

éléments patrimoniaux qui sont fonctionnellement rattachés à une exploitation suivent, par essence, cette exploitation. Par conséquent, les exigences posées quant à la désignation des autres éléments patrimoniaux ne devraient pas être trop élevées⁴²⁸.

En conclusion, la solution que nous préconisons est la suivante : en ce qui concerne les autres éléments patrimoniaux, un renvoi au bilan⁴²⁹ devrait suffire dans la plupart des cas^{430, 431}, complété au besoin par les éléments qui ne sont pas portés au bilan (p.ex. le *goodwill*⁴³²)⁴³³. Nous rappelons que les immeubles, les brevets, les marques et les designs sont, quant à eux, désignés individuellement.

5.4.2 La question des contrats en particulier

La question de la désignation des rapports contractuels se pose en des termes identiques à celle, vue plus haut, de la désignation des « autres éléments patrimoniaux ». En effet, selon nous, aucun motif ne justifie le traitement différencié de ces éléments patrimoniaux⁴³⁴. Dès lors, il suffit que les rapports contractuels soient *déterminables* sur la base de l'inventaire⁴³⁵.

C'est d'ailleurs précisément l'avis de l'Office du registre du commerce du canton de Zurich :

*« Wird im Rahmen einer Vermögensübertragung ein Betriebsteil samt den dazu gehörigen Verträgen übertragen, müssen die Verträge aufgrund des Inventars auch für Dritte zumindest bestimmbar sein »*⁴³⁶.

Les rapports contractuels, dans la mesure où ils n'y figurent pas, devront donc être ajoutés en complément du bilan⁴³⁷. Il pourront être regroupés⁴³⁸, par exemple selon

428 Dans ce sens (partiellement) : Bahar, Commentaire LFus, no 7 ad art. 71 LFus ; Malacrida, BaKo, no 6 ad art. 71 LFus ; Schumacher, Vermögensübertragung, p. 78 ; Turin, Transfert de patrimoine, p. 225. Cette position apparaît encore plus nettement dans la doctrine allemande : cf. Kallmeyer in Kallmeyer, no 20 ad § 126 UmwG ; Priester in Lutter, nos 37 et 41 ad § 126 UmwG. Cf. ég. l'arrêt non publié du 31.01.06, 4C.385/2005, consid. 1.3 (scission), qui semble assez permissif.

429 La structure minimale du bilan, pour la SA, est définie à l'art. 663a CO (cet article ne sera pas traité).

430 HRA/ZH, FAQ-FusG, partie « *Vermögensübertragung* », question « Übertragung eines Geschäfts oder Geschäftsbereich : *Wie detailliert muss das Inventar ausgestaltet sein?* » ; Käch, GesKR 2007, p. 141 ; Priester in Lutter, nos 41 s. ad § 126 UmwG ; Tschäni, GesKR 2007, p. 174. *Contra* : Message (scission), p. 4091, note 123 ; cf. ég. Bahar, Commentaire LFus, no 6 ad art. 71 LFus.

431 Dans cette approche, nous considérons que la jurisprudence rendue sous le régime de l'art. 181 CO peut s'appliquer, mutatis mutandis, au transfert de patrimoine : « Selon la jurisprudence se rapportant à l'art. 181 CO, lorsque la publication de la reprise d'une entreprise avec actifs et passifs renvoie au bilan de cette dernière, les créanciers de bonne foi peuvent – et doivent – admettre qu'il y a eu transfert global des passifs à l'acquéreur (ATF 129 III 167 consid. 2.2 p. 170). De même, on admettra généralement que les parties ont voulu que tous les actifs soient transférés en vertu du contrat de reprise, y compris ceux qui ne figurent pas au bilan et ne sont ainsi pas spécifiés » (arrêt non publié du 24.10.2005, 2P.55/2005, consid. 1.1).

432 Cf. ég. Chap. 5.4.2, *La question des contrats en particulier*.

433 Priester in Lutter, no 41 ad § 126 UmwG.

434 Cf. ég. supra, Chap. 2.4.3, *Les contrats en tant qu'éléments patrimoniaux*.

435 Cf. supra, Chap. 5.4.1, *Analyse détaillée*.

436 HRA/ZH, FAQ-FusG, partie « *Vermögensübertragung* », question « *Vertragsübergang : Wie genau müssen bei einer Vermögensübertragung übergehende Verträge umschrieben werden?* ». Cf. ég. (partiellement) Käch, GesKR 2007, p. 142 ; Tschäni, GesKR 2007, pp. 172 s.

437 Cf. supra, Chap. 5.4.1, *Analyse détaillée*.

les types de contrats. Les auteurs du Projet de mini-révision de la Loi sur la fusion⁴³⁹ proposent d'adjoindre cette possibilité au texte de l'article 71 alinéa 1 lettre b LFus :

« *eine generische Bezeichnung der Aktiven und Passiven sowie der zu übertragenden Vertragsverhältnisse ist zulässig* »⁴⁴⁰.

Cette formule, bien que non nécessaire, aurait cependant le mérite de clarifier la situation une fois pour toutes.

5.5 Le pouvoir de contrôle du préposé au registre du commerce (part 2)

La désignation claire des éléments patrimoniaux transférés fait partie des conditions matérielles du transfert de patrimoine (cf. art. 71 al. 1 let. b *i.i.* LFus). Comme nous l'avons déjà exposé⁴⁴¹, le pouvoir d'examen du préposé au registre du commerce est limité quant à l'examen de ces conditions matérielles. En effet, le préposé doit se borner à vérifier que l'inscription ne déroge pas aux dispositions impératives de la loi.

Par conséquent, pour ce qui concerne le contenu de l'inventaire, les motifs permettant au préposé de refuser l'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce devraient être limités aux cas suivants⁴⁴² :

- lorsque l'inventaire inclut des éléments qui ne sont manifestement pas cessibles (art. 148 ORC), à l'exemple des droits de la personnalité (cf. art. 28 ss CC), du droit d'habitation (cf. art. 776 al. 2 CC) ou encore de certains rapports de droit public comme les concessions⁴⁴³ ;
- lorsque l'inventaire ne contient pas la désignation individuelle des immeubles, des brevets, des marques et des designs transférés (cf. art. 71 al. 1 let. b *i.f.* LFus interprété restrictivement)⁴⁴⁴ ;
- Lorsque l'inventaire ne permet pas, dans chaque cas d'espèce, d'attribuer avec certitude les autres éléments patrimoniaux, en d'autres termes lorsque les autres éléments patrimoniaux transférés ne sont pas clairement déterminables sur la base de l'inventaire (cf. art. 71 al. 1 let. b *i.i.* LFus)⁴⁴⁵.

438 Dans ce sens (partiellement) : Watter/Büchi (scission), BaKo, no 10 ad art. 52 LFus. *Contra* : p.ex. Beretta, ZüKo, no 14 ad art. 71 LFus.

439 Cf. supra, Chap. 1.2.2, *Le Projet de mini-révision de la Loi sur la fusion* (Prof. Andreas Binder & al.).

440 Binder/Roberto/Schenker/Tschäni/Watter, PMRFG, V.4.5 (cf. ég. V.4.1 et V.4.3). La mise en évidence résulte du choix de l'auteur et non du texte original.

441 Cf. supra, Chap. 3.4.3, *Le pouvoir de contrôle du préposé au registre du commerce (part 1)*.

442 OFRC, REPRAX 2004, p. 60 ; Turin/Champeaux, REPRAX 2004, p. 103. Dans ce sens ég.: HRA/ZH, FAQ-FusG, partie « *Vermögensübertragung* », question « *Vertragsübergang : Können – wenn mittels Vermögensübertragung Verträge übertragen werden sollen – die Vertragsparteien der zu übertragenden Verträge aus Geheimhaltungsgründen im Inventar nur mit Abkürzungen oder nur mit Nummern aufgeführt werden?* ».

443 Turin, Transfert de patrimoine, pp. 110 s. A noter que l'art. 148 ORC (= art. 111 al. 2 aORC) ne s'applique pas aux interdictions de céder découlant d'un contrat (*pactum de non cedendo* ; cf. Bahar, Commentaire LFus, no 9 ad art. 73 LFus). L'art. 148 ORC ne sera pas commenté au surplus.

444 Cf. supra, Chap. 5.4, *Le degré de précision de l'inventaire*.

445 *Idem*.

Selon nous, ce n'est qu'avec une grande retenue que le préposé devrait pouvoir se prévaloir de ce dernier motif pour refuser l'inscription. En effet, ce n'est en principe pas le rôle du préposé au registre du commerce de se prononcer sur le contenu matériel de l'inventaire⁴⁴⁶. Le préposé ne doit intervenir que dans les cas manifestes et indiscutables de violation d'une disposition légale impérative⁴⁴⁷.

A cet égard, il convient de rappeler que les conséquences d'un inventaire « pathologique » sont expressément réglées par l'article 72 LFus⁴⁴⁸. Nous avons vu que l'interprétation du contrat de transfert doit en principe suffire à attribuer les éléments patrimoniaux qui ne peuvent *a priori* pas être attribués sur la base de l'inventaire : tout élément patrimonial suit le sort du patrimoine auquel il se rattache. Par conséquent, nous considérons que le préposé n'est fondé à intervenir que dans les cas extrêmes (et d'ailleurs peu probables) où l'interprétation des documents fournis à l'appui de la réquisition d'inscription ne permettra à l'évidence pas l'attribution des éléments patrimoniaux au transférant ou au reprenant (par exemple si l'inventaire ne contient pas la structure minimale du bilan⁴⁴⁹)⁴⁵⁰. Pour le reste, toute controverse entre les participants au transfert concernant l'interprétation du contrat devra être portée, au besoin, devant les instances judiciaires.

6 Conclusion

L'étude de la notion d'inventaire fait apparaître un décalage entre le texte de la loi, que l'on peut considérer comme très clair de prime abord, et la réalité qui démontre que le transfert de patrimoine est un instrument peu utilisé par les entreprises.

En effet, l'examen approfondi de la notion de transfert, du degré de précision auquel l'inventaire doit satisfaire, de la question de l'évaluation d'un patrimoine qui par nature évolue, du sort des éléments patrimoniaux ou encore du pouvoir de contrôle du préposé au registre du commerce, peut se révéler pour les agents économiques comme un enchevêtrement de problèmes juridiques.

Toutefois, ces difficultés ne sont de loin pas insurmontables. En effet, selon notre approche, il est tout à fait possible d'intégrer les dispositions concernant le transfert de patrimoine dans le cadre des autres règles du droit privé. Nul besoin de définir des concepts spécifiques : le transfert de patrimoine, bien qu'il représente une nouvelle institution juridique en tant que telle, se fonde parfaitement dans ce cadre. Par exemple, le transfert n'est en définitive qu'une forme de succession universelle ; la compétence de conclure est fixée par les règles propres à chaque entité ; la délimitation du pouvoir de contrôle du préposé au registre du commerce fait appel aux principes dégagés par une jurisprudence constante du Tribunal fédéral.

446 Gwelessiani, Fusionsgesetz 2004 (scission), p. 243.

447 Cf. supra, Chap. 3.4.3, *Le pouvoir de contrôle du préposé au registre du commerce (part 1)*.

448 Cf. supra, Chap. 5.3, *Le sort des éléments patrimoniaux non attribués*.

449 Cf. supra, Chap. 5.4, *Le degré de précision de l'inventaire*.

450 Dans ce sens : Bertschinger, Mél. H. Rey, p. 373. Par ailleurs, il sied de considérer que les tiers sont suffisamment protégés par le régime de responsabilité solidaire de l'art. 75 LFus (cf. Büchi, Spin-off, pp. 156 s.).

Cette approche suppose, pour chaque difficulté ressortant directement ou indirectement des dispositions relatives au transfert de patrimoine, de procéder, en surimpression à l'interprétation conforme aux buts de la Loi sur la fusion, à une interprétation à la lumière des autres concepts du droit privé.

Ainsi, nous avons notamment pu constater que le degré d'exigence en matière d'inventaire s'avère, après interprétation de l'article 71 alinéa 1 lettre b et de l'article 72 LFus, relativement supportable pour les entreprises.

A ce titre, l'idée d'une refonte partielle des dispositions concernant le transfert de patrimoine nous paraît pertinente. Certaines dispositions, dépourvues de portée propre, pourraient être écartées au profit de renvois. D'autres, trop incertaines, pourraient faire l'objet de précisions.