

Les opérations de restructuration selon la nouvelle LFus

Pascal Montavon, Dr en droit, Bossonnens*



I. Généralités

1. Champ d'application et structure de la LFus

Depuis le 1^{er} juillet 2004, les possibilités de modification des structures des entreprises et autres sujets de droit désignés par la loi sont exhaustivement régies par la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion; LFus) du 3 octobre 2003. La LFus, qui eut pu être dénommée « Loi sur les restructurations »¹, s'applique aux sociétés de

LFus; *infra* II), à une scission, sous réserve du cas de disparition de la société source (chapitre 3 de la LFus; *infra* III), à une transformation en une autre entité (chapitre 4 de la LFus; *infra* IV). Le chapitre 5 de la LFus permet en outre de procéder directement à des transferts de patrimoines importants « uno actu », c'est-à-dire sans avoir besoin de céder chaque élément de patrimoine selon les modalités qui lui sont propres (*infra* V). Les chapitres 6 à 8 de la LFus règlent les fusions et transferts de patrimoine de fondations (*infra* VI), les fusions, transformations et transferts de patrimoine d'institutions de prévoyance (*infra* VII) ainsi que la participation d'institutions de droit public dans des opérations de fusion, transformation et transfert de patrimoines (*infra* VIII). La loi est finalisée par des dispositions communes s'appliquant en général à toutes les opérations précitées, elles concernent en particulier le contrôle judiciaire des droits de participation échangés ou maintenus, l'annulabilité des décisions prises et la responsabilité des personnes impliquées dans lesdites opérations (IX). Enfin les dispositions finales font notamment état du droit transitoire.

Résumé

La LFus entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2004. La loi facilitera les opérations de restructuration des entreprises, associations et fondations inscrites au Registre du commerce. L'opération de transfert de patrimoine régie également par la LFus permettra d'atteindre des résultats semblables plus facilement encore. Comme la loi permet des procédures facilitées, tous les praticiens de la fiduciaire sont concernés par cette loi. L'auteur en fait une présentation générale et complète. Les aspects fiscaux feront l'objet d'un autre article.

capitaux, aux sociétés en nom collectif, aux sociétés en commandite, aux sociétés coopératives, aux associations, aux fondations, aux entreprises individuelles inscrites au RC ainsi qu'aux établissements de droit public (art. 1^{er} LFus). Les quelques dispositions du CO consacrées aux opérations de fusion et de transformation ont été en conséquence abrogées avec l'entrée en vigueur de la loi.

La nouvelle loi permet sans liquidation de l'entité opérante de procéder à une fusion (chapitre 2 de la

2. Les développements de la pratique et de la jurisprudence avant l'adoption de la LFus

Jusqu'en juillet 2004, le droit des sociétés commerciales ne traitait que de la fusion entre SA (art. 748–749 aCO), de la fusion d'une SCA avec une SA (art. 750 aCO), de la fusion entre SCA (art. 770 al. 3 aCO), de la fusion entre Scoop (art. 914 aCO), de la transformation d'une SA en Sàrl (art. 824 ss aCO). L'art. 14 de la loi sur les banques et les caisses d'épargne (LB) autorisait en outre la transformation de banques coopératives en SA ou en SCA².

Un mouvement doctrinal, fondé sur le principe de l'autonomie privée³ s'est toutefois développé dans les années 1990 en faveur de la validité de fusions et de transformations de sociétés non prévues par le droit. Dans la même période, l'Office fédéral du registre du commerce (OFRC) a développé une pratique allant dans ce sens, tout en préservant la protection des intérêts de tiers. C'est dans ce cadre que, par exemple, la Rentenanstalt/Swiss Life, société coopérative, a pu se transformer en SA en 1997⁴. Quant au TF, sa jurisprudence a également admis, par le passé, certaines opérations de fusions et de transformations non prévues par le CO⁵: fusion entre associations⁶, transformation sans liquidation d'une Scoop en association⁷ et fusion entre fondations⁸. Ce n'est que dans l'ATF du 20 novembre 1998 («arrêt Beauregard»⁹), admettant la transformation d'une Sàrl en SA, que le TF a tranché la question, controversée en doctrine, de savoir si la réglementation partielle du CO au sujet des fusions et transformations de sociétés constituait un silence qualifié ou une lacune de la loi. Le TF a ainsi déclaré qu'il «n'apparaît pas que le législateur de 1936 ait été conscient des enjeux à venir et ait cherché intentionnellement à interdire d'emblée toute transformation dépourvue de base légale expresse. L'existence d'un silence qualifié ne saurait dès lors être retenue en l'occurrence». Cet arrêt a eu un double effet¹⁰. En premier lieu, il a énoncé les conditions requises pour la transformation d'une Sàrl en SA, ce qui était nécessaire pour la sécurité du droit. La deuxième évolution apportée par cet arrêt est d'avoir ouvert la porte à un grand nombre d'opérations non prévues par le droit jusqu'à l'entrée en vigueur de la Loi sur les fusions. Pour d'autres opérations, telles les scissions et transformations, la pratique se fondait en effet sur l'application – insatisfaisante – d'une succession d'opérations (augmentation ou réduction de capital, liquidation, constitution d'une nouvelle société et transfert d'actifs et passifs selon l'art. 181 CO)¹¹.

Au 1^{er} juillet 2004 l'art. 181 CO ne trouve plus application aux cas de transferts de patrimoines ou d'entreprise appartenant à des sociétés commerciales, à des sociétés coopératives, à des associations, à des fondations ou à des entreprises individuelles inscrites au registre du commerce. La LFus est seule applicable, ce qu'énonce l'art. 181 al. 4 CO révisé. L'art. 181 CO s'appliquera cependant encore s'agissant de sujets de droit non inscrits au RC. Ainsi en est-il par exemple du transfert d'entreprise de commerçants non assujettis à l'inscription au RC ou du patrimoine d'associations non inscrites au RC.

3. Relation avec le droit fiscal et la LCart

La nouvelle Loi sur les fusions, dont le projet législatif a été mis sur pied à la seule initiative de l'administration, sans qu'il y ait eu d'intervention parlementaire dans ce sens, s'est accompagnée d'une série de réformes du droit fiscal, afin d'assurer la «neutralité fiscale» des restructurations d'entreprises. Le but en a été d'éviter que les opérations prévues par la LFus ne soient financièrement irréalisables du fait des dispositions du droit fiscal¹². En revanche, la loi sur les fusions ne modifie pas l'application de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart) qui, cas échéant, s'appliquera simultanément avec la loi sur les fusions lors d'une concentration d'entreprises (LFus art. 1^{er} al. 4)¹³.

Pour un commentaire des dispositions de la LFus, on consultera: Baker & McKenzie (édit.), Fusionsgesetz Handkommentar, Berne 2003; F. Vischer und Vischer Rechtsanwälte und Notare, Kommentar zum Fusionsgesetz, Zurich 2004; H. Peter / R. Trigo Trindade (édit.), Commentaire de la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, Zurich 2004; Water/Vogt/Tschäni/Daeniker, Fusionsgesetz, BSK, Bâle 2004.

II. Les opérations de fusion

1. Généralités

L'art. 3 al. 1 LFus distingue deux formes de fusions:

- La fusion par absorption: une société (dite société absorbante) reprend l'actif et le passif d'une autre entité (dite société absorbée) qui sera dissoute sans liquidation, moyennant généralement l'attribution de droits de participation de la société reprenante aux détenteurs de droits économiques de la société reprise.
- La fusion par combinaison: deux ou plusieurs sociétés, dites sociétés fusionnantes, font apport de leurs actifs et passifs respectifs à une société nouvellement créée pour l'opération de fusion, moyennant l'attribution aux sociétaires des sociétés dissoutes de droits de participation de la nouvelle entité.

L'art. 10 LFus prévoit l'application des dispositions du Code civil et du Code des obligations concernant la fondation de la nouvelle société dans le cadre d'une fusion par combinaison, sauf en ce qui concerne les dispositions concernant le nombre des fondateurs de sociétés de capitaux ainsi que les dispositions concernant les apports en nature, qui ne s'appliquent pas. La

réserve quant au nombre des fondateurs n'aura plus d'application avec l'entrée en vigueur du droit révisé de la SA et de la Sàrl qui permettra la création de sociétés unipersonnelles.

2. Les fusions autorisées

Les diverses possibilités sont énumérées à l'art. 4 LFus, qui peut être résumé dans le tableau suivant¹⁴:

Entité transférante	Entité reprenante	EI	SNC	SC	SA	SCA	SARL	SCOOP	SCOOP#	ASSOCIATION	FONDATION	IP	IDP
EI													
SNC			F	F	F	F	F	F	F				
SC			F	F	F	F	F	F	F				
SA					F	F	F	F	F				
SCA					F	F	F	F	F				
SARL					F	F	F	F	F				
SCOOP					F	F	F	F	F				
SCOOP#					F	F	F	F	F	F*			
ASSOCIATION					F*	F*	F*	F*	F*	F			
FONDATION											F		
IP												F	
IDP					F	F	F	F	F	F	F		

F = fusion autorisée

* Le sujet doit être inscrit au Registre du commerce

Légende des abréviations:

EI	Entreprise individuelle
SNC	Société en nom collectif
SC	Société en commandite
SA	Société anonyme
SCA	Société en commandite par actions
SARL	Société à responsabilité limitée
SCOOP	Société coopérative
SCOOP#	Société coop. sans capital social
ASOC.	Association
FOND.	Fondation
IP	Institution de prévoyance
IDP	Institut de droit public

3. Procédure

La procédure de fusion débute par l'élaboration, la négociation et la conclusion du contrat de fusion établi par écrit (art. 12 s. LFus) qui doit être expliqué et justifié du point de vue juridique et économique par les organes supérieurs de direction ou d'administration dans un rapport de fusion (art. 14 LFus). Le contrat de fusion, le rapport de fusion ainsi que le bilan sur lequel se base la fusion (art. 11 LFus) doivent ensuite faire l'objet d'une révision par un réviseur particulièrement qualifié (art. 15 LFus); ces documents et le rapport de révision doivent être mis à la disposition des associés au siège de la société pendant au moins 30 jours avant la prise de décision (art. 16 LFus). Puis le contrat est soumis aux assemblées générales des sociétés fusionnantes (art. 18 LFus); cas échéant, le capital de la société absorbante sera augmenté (art. 9 LFus).

Une fois la fusion agréée par les assemblées des sociétés concernées et constatée par un acte authen-

tique (art. 20 LFus), elle doit être communiquée au RC du siège de chacune des sociétés fusionnantes (art. 21 LFus). L'opération de fusion se poursuit par l'échange des droits de participation. Le contrat de fusion doit en principe maintenir les droits de participation antérieurs à la fusion ou proposer des droits équivalents; lorsqu'il n'est pas possible de conserver les droits de participations, une soulte (max. 10% de la valeur réelle des droits échangés) ou un dédommagement adéquats doivent être attribués (art. 7 s. LFus). Si le contrat ne prévoit qu'un dédommagement, l'opération doit être approuvée par le 90% des associés de la société transférante disposant du droit de vote (art. 18 al. 5 LFus). L'opération de fusion se conclut par la radiation du RC de la société dissoute et la confusion des patrimoines des sociétés fusionnées.

Un appel aux créanciers de la société absorbée doit être fait (art. 25 LFus). Les créanciers ont alors trois mois pour exiger des garanties de la société reprenante. De plus, l'art. 26 LFus prolonge la responsabilité personnelle des associés pour toutes les dettes nées avant la publication de la décision de fusion ou dont la cause remonte à une période antérieure à cette date, lorsque la fusion entraîne la disparition de cette responsabilité (par ex. SNC, SC, Sàrl, Scoop).

L'art. 27 LFus soumet le transfert des rapports de travail en cas de fusion à l'art. 333 CO. Il en découle que les rapports de travail passent à la société absorbante avec tous les droits et obligations qui y sont rattachés (art. 333 al. 1 CO). Le travailleur a la possibilité de s'opposer à ce transfert, dans ce cas le contrat de travail prend fin dans les délais légaux (art. 333 al. 2 CO)¹⁵. Les travailleurs, au même titre que les autres créanciers, peuvent exiger des garanties pour les créances résultant des rapports de travail. L'art. 28 LFus renvoie à l'art. 333a CO sur la consultation de la représentation des travailleurs lors du transfert des rapports de travail. Cette consultation doit avoir lieu avant la prise de décision de fusion par les assemblées générales. Si cette consultation n'a pas lieu, les travailleurs pourront s'opposer à l'inscription de la fusion au RC par une requête au juge.

4. Cas de sociétés en liquidation, en situation de perte en capital ou de surendettement

Les art. 5 et 6 LFus prévoient à leur sujet des dispositions spéciales qui ont pour but de protéger les créanciers. Nous y renvoyons.

5. Procédures simplifiées

Des allègements sont prévus pour les fusions entre société-mère et société-fille ou entre sociétés-sœurs

(art. 23 LFus) ainsi que pour les petites et moyennes entreprises, telles que définies par l'art. 2 litt. e LFus. S'agissant des PME, si tous les associés y consentent il peut ne pas être établi de rapport de fusion (art. 14 al. 2 LFus) et il peut être renoncé à la vérification du contrat de fusion, du rapport de fusion et du bilan par un réviseur particulièrement qualifié (art. 15 al. 2 LFus). De même, il peut être renoncé à la procédure de consultation des associés si tous y consentent (art. 16 al. 2 LFus).

PME: Aux termes de l'art. 2 litt. e LFus, sont des petites et moyennes entreprises les sociétés qui ne sont pas débitrices d'un emprunt par obligations, et dont les parts ne sont pas cotées en Bourse, et qui en outre ne dépassent pas deux des grandeurs suivantes pendant les deux exercices qui précèdent la décision de fusion, de scission ou de transformation: 1) total du bilan de 20 millions de francs, 2) chiffre d'affaires de 40 millions de francs, 3) moyenne annuelle de 200 emplois à plein temps.

III. Les opérations de scission de sociétés

1. Généralités

Au cours de son existence, une entreprise peut être appelée, pour se développer, à se scinder, afin de donner plus d'autonomie à des centres de profits, ou à se séparer de secteurs économiques non rentables dans sa structure commerciale ou industrielle. Jusqu'en juillet 2004, la scission de société n'était pas réglementée en droit suisse.

2. Les opérations de scission autorisées

La loi sur la fusion distingue entre deux formes de scission:

- les scissions par division: une société transfère à une ou plusieurs autres sociétés la totalité de son patrimoine; la société transférante est dissoute et radiée du registre du commerce.
- les scissions par séparation: une société transfère une ou plusieurs parts de son patrimoine à d'autres sociétés. La société transférante continue d'exister, avec un capital réduit.

L'art. 30 LFus énonce que les sociétés de capitaux et les sociétés coopératives peuvent se scinder en sociétés de capitaux et en sociétés coopératives. Cette disposition peut être résumée dans le tableau suivant¹⁶:

De	En								
	SNC	SC	SA	SCA	SARL	SCOOP	ASSOCIATION	FONDATION	IP
SNC									
SC									
SA			S	S	S	S			
SCA			S	S	S	S			
SARL			S	S	S	S			
SCOOP			S	S	S	S			
ASSOCIATION									
FONDATION									
IP									

S = scission autorisée

Voir les abréviations du tableau précédent p. 134.

3. Procédure

La procédure de scission de société suit le même schéma que la procédure de fusion: élaboration d'un contrat ou d'un projet de scission en la forme écrite (art. 36 s. LFus), établissement d'un rapport de scission (art. 38 LFus), révision du contrat ou projet de scission et du rapport de scission (art. 40 LFus), mise en consultation des documents (art. 41 LFus), vote de l'assemblée générale (art. 43 et 18 LFus) et inscription au RC (art. 51 LFus).

L'échange des droits de participation se fait selon l'art. 31 LFus, qui renvoie à l'art. 7 LFus sur le maintien des participations en cas de fusion. Les possibilités de dérogations au principe du maintien des participations sont cependant moins étendues.

La procédure de protection des créanciers lors d'une scission de société intervient avant la prise de décision de scission par les sociétés concernées. L'art. 45 LFus prévoit l'information des créanciers par une triple publication dans la FOsc qu'ils peuvent exiger des sûretés s'ils produisent leurs créances dans un délai de deux mois (art. 46 LFus). Ce n'est que lorsque les créances ont été garanties ou exécutées que la décision de scission peut être soumise au vote des associés (art. 43 al. 1 LFus). L'art. 47 LFus instaure ensuite une responsabilité subsidiaire des sociétés participant à la scission (sociétés responsables à titre subsidiaire). Celles-ci sont solidairement responsables envers les créanciers qui n'ont pas été désintéressés par la société à laquelle les dettes ont été attribuées en vertu du contrat de scission (société responsable à titre principal). Pour finir, l'art. 48 LFus renvoie à l'art. 26 LFus, qui prolonge la responsabilité individuelle des associés.

Les art. 49 et 50 LFus garantissent la protection des travailleurs dans la même mesure que les art. 27 et 28 LFus en cas de fusion. Des allègements de procédure comme en matière de fusion, sont également prévus pour les petites et moyennes entreprises, telles que définies par l'art. 2 litt. e LFus.

IV. La transformation de sociétés

1. Généralités

La transformation se définit comme la modification de la forme juridique d'une société dans la continuité des rapports patrimoniaux et sociaux. La transformation n'implique pas de succession à titre universelle, il n'y a pas de transfert d'actifs et de passifs. La société qui se transforme, qui change de manteau juridique, demeure économiquement et juridiquement identique¹⁷.

On notera comme le relève l'art. 57 LFus que les actes et documents de transformation doivent prendre en compte les exigences relatives à la fondation d'une société correspondante dont en particulier la certification des apports en nature. Ainsi par exemple la transformation d'une SNC en SA requiert l'observation conjointe des dispositions de la LFus et des dispositions sur la fondation qualifiée de la SA.

2. Les différents cas de transformation

La loi sur la fusion permet d'avoir recours à la procédure de transformation dans une très large mesure, le critère étant que la structure juridique choisie soit fondamentalement compatible avec la forme actuelle. Les diverses possibilités sont énumérées aux art. 54 et 55 LFus, qui peuvent être résumés dans le tableau suivant¹⁸:

	En											
De	EI	SNC	SC	SA	SCA	SARL	SCOOP	SCOOP#	ASSOCIATION	FONDATION	IP	IDP
EI												
SNC			T	T	T	T	T	T				
SC		T		T	T	T	T	T				
SA					T	T	T	T				
SCA					T	T	T	T				
SARL					T	T	T	T				
SCOOP					T	T	T	T				
SCOOP#					T	T	T		T*			
ASSOCIATION					T*	T*	T*	T*				
FONDATION												
IP								T	T		T	
IDP					T	T	T	T	T	T		

T = transformation autorisée;

* le sujet doit être inscrit au Registre du commerce

Voir les abréviations du premier tableau p. 134.

3. Procédure

La procédure de transformation suit le même schéma que les procédures de fusion et de scission: élaboration d'un projet de transformation établi par écrit (art. 59 s. LFus), rapport de transformation (art. 61 LFus), révision du projet et du rapport de transformation (art. 62 LFus), mise en consultation des documents (art. 63 LFus), vote de l'assemblée générale (art. 64 LFus) et inscription au RC (art. 66 s. LFus). L'art. 56 LFus garantit le maintien des participations des associés dans la

société transformée. Dans la mesure où la transformation n'entraîne pas de division du patrimoine de la société, la loi sur la fusion n'exige pas d'appel aux créanciers ni la fourniture de sûretés. L'art. 68 al. 1 LFus renvoie à l'art. 26 LFus, qui prolonge la responsabilité personnelle des associés. La procédure de consultation de la représentation des travailleurs n'est pas non plus nécessaire, car il n'y a pas de changement d'employeur. Seule la prolongation de la responsabilité personnelle des associés est prévue pour les dettes résultant du contrat de travail à l'art. 68 al. 2, qui renvoie à l'art. 27 al. 3 LFus.

Des allègements de procédure, comme pour les opérations de fusion, sont également prévus pour les petites et moyennes entreprises, telles que définies par l'art. 2 litt. e LFus.

V. Les transferts de patrimoine

1. Généralités

Le chapitre 5 de la LFus introduit la possibilité de procéder directement à des transferts de patrimoines importants «uno actu» avec inscription au RC, c'est-à-dire sans avoir besoin de céder chaque élément de patrimoine selon les modalités qui lui sont propre. Cette opération se distingue de la scission dans la mesure où il n'y a pas création d'une nouvelle entreprise, mais bien la vente d'un patrimoine.

2. Les différents cas de transferts de patrimoine

L'art. 69 al. 1 LFus dispose que les sociétés inscrites au registre du commerce et les entreprises individuelles inscrites au registre du commerce peuvent transférer tout ou partie de leur patrimoine avec actifs et passifs à un autre sujet de droit privé. Le chapitre 3 [scission de sociétés] s'applique si les associés de la société transférante reçoivent des parts sociales ou des droits de sociétariat de la société reprenante. Les diverses possibilités de transferts de patrimoines peuvent être résumées dans le tableau suivant (cf. ég. les art. 86 s., 98 et 99 al. 2 LFus):

Entité repre- nante	Entité transférante	EI	SNC	SC	SA	SCA	SARL	SCOOP	SCOOP#	ASSOCIATION	FONDATION	IP	IDP
EI*		TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP
SNC*		TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP
SC*		TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP
SA		TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP
SCA		TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP
SARL		TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP
SCOOP		TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP
SCOOP#		TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP
ASSOCIATION		TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP
FONDATION*		TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP
IP		TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP
IDP		TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP

TP = transfert de patrimoine autorisé;

* Le sujet doit être inscrit au Registre du commerce

Voir les abréviations du premier tableau p. 134.

L'inscription au RC de l'entreprise transférante est impérative¹⁹, car la publicité du transfert de patrimoine est une condition nécessaire à l'abandon des règles de forme propres à chaque objet lors d'une succession à titre individuel.

Le chapitre 5 de la Lfus est le complément de l'art. 181 CO s'agissant de sujets de droit inscrits au RC. D'un point de vue fonctionnel le transfert de patrimoine peut constituer une alternative à une fusion, une scission, une transformation²⁰. Il trouvera application en cas de création de filiale, de liquidation facilitée de société par transfert de parties d'actifs et en cas d'aliénation de secteurs d'entreprise. Le transfert de patrimoine permet aussi d'effectuer des opérations qui ne seraient pas possibles en raison de l'incompatibilité des formes juridiques des entités concernées, telles par exemple le transfert de l'ensemble du patrimoine d'une société de capitaux à une société de personnes ou à une fondation²¹.

3. Rapports avec l'art. 181 CO

Bien qu'apparemment proches les institutions des art. 69 ss LFus et 181 CO sont totalement différentes²². En application des art. 69 ss LFus le transfert intervient de par la loi tant pour les actifs que les passifs inventoriés. En application de l'art. 181 CO seules les dettes faisant partie de l'entreprise ou du patrimoine sont transférées de par la loi sans application des art. 175 ss CO concernant les reprises de dettes. Selon les art. 69 ss LFus, le transfert intervient «erga omnes» (envers toute personne) dès son inscription au RC. En application de l'art. 181 CO le transfert est opposable aux créanciers dès la communication dudit transfert par voies orales, de lettres et d'annonces. Il n'y a pas d'inscription possible au RC.

Le transfert de patrimoine selon les art. 69 ss LFus ouvre un droit de regard aux associés (art. 74 LFus) et aux

travailleurs par le biais de la consultation de la représentation des travailleurs (art. 77 LFus). Tel n'est pas le cas de l'art. 181 CO.

4. Procédure

Le transfert de patrimoine d'une société n'entraîne pas de modification des droits sociaux des associés des sociétés concernées. Si, dans le cadre du transfert de patrimoine, une modification des participations des associés est prévue, l'art. 69 al. 1 LFus renvoie à la procédure de scission. La procédure du transfert de patrimoine ne doit pas servir à éluder les règles de protection des associés, des créanciers et des travailleurs lors d'une scission d'entreprise.

La procédure de transfert de patrimoine commence par l'élaboration d'un contrat écrit de transfert (art. 70 s. LFus) contenant notamment l'inventaire des biens transférés. La forme authentique n'est requise que pour les parties correspondantes à des immeubles. Le transfert du patrimoine n'est autorisé que si l'inventaire présente un excédent d'actifs. L'inventaire détermine l'étendue du transfert de patrimoine. La propriété des éléments de la liste sera en effet transférée automatiquement à la société reprenante par l'inscription du transfert au RC.

La contre-prestation doit être indiquée dans le contrat²³. Un transfert à titre gratuit est possible; il doit également être mentionné dans le contrat. Les parties peuvent décider librement de la nature de la contre-prestation, mais si celle-ci consiste en parts sociales ou droits de sociétariat, les règles de la scission d'entreprise devront s'appliquer (art. 69 al. 1 LFus).

La procédure de transfert de patrimoine ne requiert pas d'acceptation du contrat de transfert par les assemblées générales des sociétés concernées (art. 70 al. 1 LFus). Les associés doivent cependant être informés du transfert de patrimoine dans l'annexe aux comptes annuels, ou, lorsque l'annexe n'est pas exigée, par une information lors de la prochaine assemblée générale (art. 74 al. 1 LFus). L'information intervient postérieurement au transfert de patrimoine, car les droits sociaux des associés ne sont pas touchés.

En vertu de l'art. 73 al. 1 LFus, l'organe supérieur de direction ou d'administration du sujet transférant doit requérir l'inscription au registre du commerce. L'inscription au RC est constitutive²⁴. L'ensemble des actifs et passifs mentionnés dans l'inventaire sont donc transférés à l'entreprise reprenante au jour de l'inscription, sans qu'une inscription des immeubles au registre foncier ou l'endossement des papiers-valeurs ne soit nécessaire.

Les intérêts des créanciers sont protégés par l'art. 71 al. 2 LFus, selon lequel le transfert de patrimoine n'est autorisé que si l'inventaire présente un excédent d'actif, et l'art. 75 LFus, qui établit une responsabilité solidaire pendant trois ans entre l'entreprise transférante et l'entreprise reprenante pour les dettes nées avant le transfert de patrimoine. La solidarité instaurée est celle des art. 143 ss CO²⁵. L'art. 75 al. 2 LFus fait partir le délai au jour de la publication du transfert dans la FOSC, ou au moment de l'exigibilité de la dette lorsqu'elle devient exigible après la publication. L'art. 75 al. 3 LFus prévoit en outre que les sujets participants au transfert de patrimoine doivent garantir les créances si la responsabilité solidaire s'éteint avant la fin du délai de trois ans ou si les créanciers rendent vraisemblable que la responsabilité solidaire ne constitue pas une protection suffisante.

L'art. 76 LFus soumet le transfert des rapports de travail résultant du transfert de patrimoine à l'art. 333 CO. De plus, l'art. 76 al. 2 LFus prévoit en outre que l'art. 75 LFus s'applique à l'ensemble des dettes résultant du contrat de travail qui deviennent exigibles jusqu'à la date à laquelle les rapports de travail pourraient normalement prendre fin ou prendront fin si le travailleur s'oppose au transfert. L'art. 77 LFus renvoie à l'art. 333a CO sur la consultation de la représentation des travailleurs lors du transfert des rapports de travail.

VI. Fusion et transfert de patrimoine de fondations

1. Généralités

L'art. 2 litt. a LFus inclut les fondations dans la liste des sujets au sens de la loi sur la fusion. La structure particulière de la fondation nécessite cependant des aménagements propres à cette forme juridique, car les fondations sont des patrimoines affectés à un but particulier et n'ont pas de membres. Dans ce cadre, la scission et la transformation sont sans objet; la fusion d'une fondation avec une corporation (société ayant la personnalité morale) est également impossible, faute de compatibilité entre les formes juridiques²⁶. Deux sortes d'opérations sont donc seules autorisées pour les fondations: la fusion entre fondations et le transfert de patrimoine.

2. La fusion de fondations

L'art. 78 al. 1 LFus pose pour principe que les fondations peuvent fusionner entre elles, et exclusivement entre elles. L'art. 78 al. 2 LFus pose deux conditions qualifiées à l'admissibilité de la fusion:

- La fusion est objectivement justifiée et en particulier favorise le maintien et la réalisation du but de la fondation.
- Les éventuelles prétentions juridiques des destinataires des fondations participantes doivent être maintenues.

Les buts des fondations qui participent à la fusion doivent donc être similaires ou complémentaires. L'art. 78 al. 2 LFus renvoie à la procédure de l'art. 86 CC pour le cas où un changement de but d'une des fondations fusionnante est nécessaire.

Le contrat de fusion est conclu par les organes supérieurs des fondations qui fusionnent (conseils de fondation; art. 79 s. LFus). Il doit revêtir la forme écrite, voire la forme authentique si des fondations de famille ou des fondations ecclésiastiques participent à la fusion. Le contrat et les bilans sur lesquels il se base sont ensuite soumis à la vérification d'un réviseur, chargé d'établir si le contrat de fusion maintient les prétentions juridiques des destinataires et si les créances connues ou escomptées peuvent être exécutées au moyen de la fortune des fondations qui fusionnent (art. 81 LFus). Contrairement à l'art. 15 LFus, le réviseur ne doit pas être particulièrement qualifié.

Avant de requérir l'approbation de l'autorité de surveillance, l'organe supérieur de la fondation transférante informe les destinataires ayant des prétentions juridiques de la fusion projetée ainsi que de ses répercussions sur leur statut juridique (art. 82 LFus). Dans le cas de fondations de famille et de fondations ecclésiastiques, l'information a lieu avant la prise de décision de fusion. Le contrat de fusion est ensuite soumis à l'approbation de l'autorité de surveillance (art. 83 LFus) par un requête écrite exposant que les conditions de la fusion sont réunies. L'autorité compétente est l'autorité de surveillance de la fondation transférante. Si l'autorité de surveillance approuve la fusion, elle requière l'inscription de la fusion au registre du commerce (art. 83 al. 3 LFus). Selon l'art. 84 LFus, la fusion de fondations de famille et de fondations ecclésiastiques déploie ses effets une fois la décision prise par les organes supérieurs des fondations qui fusionnent. Les destinataires ayant des prétentions juridiques ainsi que les membres de l'organe supérieur de la fondation qui n'ont pas approuvé la décision de fusion peuvent, si les conditions ne sont pas réunies, l'attaquer auprès du tribunal dans le délai de trois mois à compter de la prise de la décision.

L'art. 85 LFus assure la protection des créanciers des fondations fusionnantes en prévoyant une triple publication dans la FOSC les informant qu'ils peuvent exiger

des sûretés s'ils produisent leurs créances. Cette disposition ne s'applique pas aux destinataires ayant des prestations juridiques. La disposition assure également la protection des travailleurs en rendant applicable les dispositions sur les transferts de contrats de travail et la consultation des travailleurs.

3. Le transfert de patrimoine

Selon l'art. 86 al. 1 LFus, les fondations inscrites au registre du commerce peuvent transférer tout ou partie de leur patrimoine avec actifs et passifs à un autre sujet. La fondation transférante doit impérativement être inscrite au registre du commerce; les fondations de famille et les fondations ecclésiastiques devront donc se faire inscrire au RC avant de pouvoir procéder à un transfert de patrimoine²⁷. Les modalités du transfert sont les mêmes que pour les autres sujets; l'art. 86 al. 2 LFus renvoie donc aux art. 70 à 72 et 75 à 77. Le transfert doit être approuvé par l'autorité de surveillance de la fondation transférante lorsque la fondation est soumise à une telle surveillance (art. 87 LFus).

VII. Fusion, transformation et transfert de patrimoine d'institutions de prévoyance

1. Généralités

Les institutions de prévoyance telles que définies par l'art. 2 litt. i LFus peuvent participer à des opérations de fusion, de transformation et de transfert de patrimoine, aux conditions posées par les art. 88 ss. LFus.

2. Fusion

Les fusions auxquelles participent des institutions de prévoyance sont soumises à la même procédure que les fusions des art. 3 ss LFus, sous réserve de quelques particularités propres à de telles institutions. L'art. 88 LFus pose comme principe que les institutions de prévoyance peuvent fusionner entre elles. Il n'y a pas d'autres cas de figures possibles; les sujets participants à la fusion doivent donc tous répondre à la définition de l'art. 2 litt. i LFus. De plus, les institutions doivent remplir deux conditions pour que la fusion puisse avoir lieu²⁸: le but de prévoyance doit être maintenu et les droits et prétentions des assurés doivent être maintenus.

Un contrat écrit basé sur un bilan conforme à l'art. 11 LFus est conclu par les organes supérieurs de direction des institutions de prévoyance qui fusionnent (art. 89 s. LFus). Ces organes dirigeants doivent ensuite établir un rapport écrit sur la fusion (art. 91 LFus). Le contrat, les bilans et le rapport de fusion doivent faire l'objet de

vérifications, d'une part par les organes de contrôle respectifs des institutions qui fusionnent, et d'autre part par un expert agréé en matière de prévoyance professionnelle (art. 92 LFus; cf. les art. 53 al. 1 et 4 LPP). Les deux contrôleurs établissent un rapport dans lequel ils exposent si les droits et les prétentions des assurés sont maintenus.

La fusion requiert l'approbation de l'organe supérieur de direction et, en outre, dans le cas d'une société coopérative, de l'assemblée générale (art. 94 LFus). L'art. 18 al. 1 litt. d s'applique pour ce qui est des majorités requises. Dans le cas des institutions de prévoyance de droit public, l'art. 100 al. 3 LFus est réservé. Le projet de fusion est ensuite soumis à l'approbation de l'autorité de surveillance de l'institution de prévoyance transférante (art. 95 LFus). Avant de soumettre le projet de fusion à l'autorité de surveillance, l'art. 93 LFus impose aux organes compétents des institutions de prévoyance qui fusionnent d'en informer leurs assurés. Ceux-ci ont le droit de consulter le contrat de fusion et le rapport de fusion pendant les 30 jours qui précèdent la requête à l'autorité de surveillance. La protection des créanciers est assurée par l'art. 96 LFus, selon lequel l'autorité de surveillance doit, avant de rendre sa décision, informer les créanciers des institutions de prévoyance qui fusionnent, par une triple publication dans la FOOSC, qu'ils peuvent exiger des sûretés s'ils produisent leurs créances.

3. Transformation

Selon l'art. 48 al. 2 LPP, les institutions de prévoyance revêtent impérativement l'une des trois formes juridiques suivantes: fondation, société coopérative ou institut de droit public. L'art. 97 al. 1 LFus énonce donc que les institutions de prévoyance peuvent se transformer en une fondation ou une société coopérative. L'art. 97 al. 2 LFus pose deux conditions: le but de prévoyance ainsi que les droits et les prétentions des assurés sont maintenus. L'art. 97 al. 3 LFus renvoie pour le surplus à la procédure des art. 89 à 95 LFus par analogie, c'est-à-dire à la procédure de fusion entre institutions de prévoyance.

4. Transfert de patrimoine

En vertu de l'art. 98 LFus, les institutions de prévoyance peuvent transférer tout ou partie de leur patrimoine avec actifs et passifs à une autre institution de prévoyance ou à un autre sujet. Le transfert se fait selon la procédure des art. 70 à 77 LFus (art. 98 al. 2 LFus), sous réserve de l'art. 23 de la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage (LFLP) et des art. 53a à 53c LPP, qui concernent la liquidation partielle d'institutions de pré-

voyance, et qui restent donc applicables en cas de transfert de patrimoine.

VIII. Fusion, transformation et transfert de patrimoine auxquels participent des instituts de droit public

Le but des art. 99 à 101 LFus est de créer «une base légale en droit privé permettant aux instituts de droit public, au sens de l'art. 2 litt. d [LFus], de participer à une fusion, à une transformation ou à un transfert de patrimoine»²⁹. En vertu de l'art. 2 litt. d LFus, sont des instituts de droit public les institutions de droit public de la Confédération, des cantons et des communes inscrites au registre du commerce et organisées de manière indépendante, qu'elles jouissent ou non de la personnalité juridique. L'inscription dans le registre du commerce est impérative, car elle garantit la publicité du transfert des droits.

En application de l'art. 99 LFus, les instituts de droit public peuvent donc:

- transférer leur patrimoine par voie de fusion à des sociétés de capitaux, à des sociétés coopératives, à des associations ou à des fondations;
- se transformer en sociétés de capitaux, en sociétés coopératives, en associations ou en fondations;
- transférer tout ou partie de leur patrimoine à d'autres sujets;
- reprendre tout ou partie du patrimoine d'autres sujets par voie de transfert de patrimoine.

Il découle de cette disposition que les instituts de droit public ne peuvent pas participer à des opérations de scission³⁰. En outre, l'art. 99 LFus ne règle que la conversion d'instituts de droit public en sujets de droit privé. Les opérations inverses («étatisation») ne sont pas visées.

L'art. 100 al. 1 LFus soumet donc les opérations autorisées par l'art. 99 LFus aux dispositions de la loi sur la fusion, sous réserve des art. 100 al. 2 et 3 et 101 LFus:

- Les instituts de droit public n'ayant pas forcément un patrimoine juridiquement distinct du patrimoine de la corporation de droit public dont ils relèvent, un inventaire précis du patrimoine transféré doit être établi et vérifié par un réviseur particulièrement qualifié (art. 100 al. 2 LFus).
- La décision du sujet de droit public relative à la fusion, à la transformation ou au transfert de patrimoine est régie par les dispositions de droit public de la corporation de droit public dont ils relèvent

(art. 100 al. 3 LFus).

- La corporation de droit public dont relève l'institut qui participe à une telle opération doit prendre les mesures nécessaires afin que les prétentions des créanciers au sens des art. 26, 68 et 75 LFus puissent être satisfaites; la corporation est responsable du dommage causé par le manque de mesure lors de l'opération (art. 101 LFus).

IX. Dispositions communes

1. Les dispositions d'exécution de l'ORC

Pour déployer leurs effets, la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine doivent faire l'objet d'une inscription au registre du commerce. L'ORC règle en conséquence dans le détail les pièces justificatives nécessaires à produire et les modalités des inscriptions. Notamment lorsque le siège des entités participant à une opération n'est pas situé dans le même arrondissement du registre du commerce, la radiation doit être coordonnée avec l'inscription de la fusion auprès du registre du commerce de la société reprenante. L'art. 102 LFus renvoie dès lors aux dispositions d'application de l'ORC.

2. Les inscriptions au registre foncier

Si l'inscription au RC suffit à faire passer l'ensemble des droits et obligations de l'entité sans que les formes propres au transfert des droits en question ne doivent être respectées, y compris pour les immeubles (sous réserve de l'art. 104 al. 3 LFus qui prévoit dans certains cas l'établissement d'un acte authentique constatatoire), le registre foncier doit néanmoins être adapté afin de refléter la situation exacte des droits réels sur les immeubles. En effet selon l'art. 656 al. 2 CC l'acquéreur ne peut disposer de l'immeuble qu'une fois l'inscription opérée, or à défaut de modification l'ancien propriétaire serait formellement toujours habilité à en disposer bien que juridiquement il ne serait plus autorisé à le faire (cf. l'art. 963 al. 1 CC). L'art. 104 LFus et les dispositions d'application de l'ORF règlent donc les modalités d'inscription des modifications impliquées par une opération de fusion, de scission, de transformation ou de transfert de patrimoine.

3. Examen des parts sociales et des droits de sociétariat

L'art. 105 LFus constitue la base légale permettant aux associés d'exiger un contrôle judiciaire des droits sociaux ou pécuniaires qui ont été maintenus ou attribués dans le cadre d'une fusion, d'une scission ou

d'une transformation. A qualité pour agir tout associé, tant d'une société transférante que d'une société reprenante le cas échéant, indépendamment du fait qu'il se soit ou non opposé à l'opération car la question du principe de l'opération est une chose et celle de son application (après réflexion) une autre³¹. On notera qu'en matière de transfert de patrimoine la question du maintien du sociétariat ne se pose pas.

Selon le message du CF le recours à l'art. 105 Lfus devrait être assez rare du fait du contrôle du rapport d'échange par un réviseur particulièrement qualifié et de la nécessité d'un rapport explicatif sur l'échange des parts sociales³². Tel est en effet le cas si un rapport d'échange contrôlé par un réviseur particulièrement qualifié est nécessaire ou requis. A notre avis la voie de droit de l'art. 105 Lfus peut être un moyen stratégique des initiants d'une opération de restructuration en invitant les associés à accepter une opération de restructuration dans les meilleurs délais et en les rendant attentifs que cette voie de droit leur permet de revenir sur les modalités financières de l'opération, ce à quoi la société prêterait largement son concours dans un esprit d'équité conciliant les intérêts de tous les associés.

4. Annulabilité des décisions entachées d'irrégularités

4.1. Principe

En application de l'art. 106 Lfus, si les dispositions de la loi sur la fusion ne sont pas respectées, les associés des sujets participants qui n'ont pas approuvé la décision de fusion, de scission ou de transformation peuvent l'attaquer en justice dans le délai de deux mois à compter de la publication dans la FOSC. Si la publication n'est pas requise, le délai court dès la date de la prise de la décision. La qualité pour agir appartient aux associés qui n'ont pas approuvé la décision prise en assemblée générale³³. Les associés peuvent également attaquer la décision si elle a été prise par l'organe supérieur de direction ou d'administration s'agissant d'une fusion simplifiée (art. 23 s. Lfus) ou d'un transfert de patrimoine (art. 69 ss Lfus). La restriction de la qualité pour agir ne s'applique pas dans ces deux derniers cas.

La Lfus ne prévoit pas d'annulation des décisions de transfert de patrimoine qui ne respecteraient pas les art. 69 ss Lfus. Les associés ne peuvent qu'agir en vertu des voies de droit propres à la forme juridique du sujet de droit dont ils sont membres. Le droit de la SA permet, par exemple, l'instauration d'un contrôle spécial (art. 697a ss CO). En outre, la responsabilité des membres de l'organe supérieur de direction ou d'ad-

ministration pourra également être engagée si un dommage résulte de l'irrégularité³⁴.

S'agissant des fondations et institutions de prévoyance professionnelle qui n'ont pas de membres qui pourraient contester une opération, les voies de droit ordinaires de chacune des entités sont ouvertes. Celles-ci permettent aux personnes ayant un intérêt juridique légitime de contester les actes des organes de la fondation et de son autorité de surveillance. Sont ainsi notamment légitimés les bénéficiaires des dites entités.

4.2. Conséquence d'une irrégularité

L'art. 107 Lfus prévoit que s'il peut être remédié à une irrégularité, le tribunal accorde aux sujets concernés un délai pour le faire. S'il n'a pas été remédié à l'irrégularité dans le délai imparti, ou s'il ne peut pas y être remédié, le tribunal annule la décision et ordonne les mesures nécessaires dont l'annulation des inscriptions au RC et au RF.

5. Responsabilité

Selon l'art. 108 Lfus, toutes les personnes qui s'occupent de la fusion, de la scission, de la transformation ou du transfert de patrimoine répondent envers les sujets, de même qu'envers chaque associé et chaque créancier, du dommage qu'ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs. La responsabilité des fondateurs est réservée. Cette réserve concerne les cas où une nouvelle société est constituée dans le cadre des opérations de fusion, de scission ou de transformation³⁵. La norme est dans le prolongement des art. 752 ss CO. L'al. 2 de cette disposition détermine dans les mêmes termes la responsabilité des réviseurs. L'al. 3 renvoie pour le surplus aux dispositions topiques du Code des obligations pour les sociétés privées, soit les art. 756, 759 et 760 CO, et en cas de faillite d'une société de capitaux ou d'une société coopérative, aux art. 757, 764 al. 2, 827 et 920 CO. D'une manière générale le droit de la responsabilité en matière de SA s'applique aux opérations effectuées en application de la Lfus. Selon l'al. 4, la responsabilité des personnes qui agissent pour le compte d'un institut de droit public est régie par le droit public.

6. For des actions

Selon l'art. 29a Lfors, le tribunal du siège de l'un des sujets participants est compétent pour les actions fondées sur la Lfus.

7. Droit international privé

Parallèlement à l'entrée en vigueur de la Lfus sont entrées en vigueur les dispositions correspondantes en

matière de droit international privé, soit les art. 161 ss LDIP.

X. Droit transitoire

La LFus s'applique aux fusions, aux scissions, aux transformations et aux transferts de patrimoine dont l'inscription au registre du commerce est requise après le 1^{er} juillet 2004 (art. 110 LFus). Les décisions de restructuration décidées avant le 1^{er} juillet 2004 mais inscrites au RC après cette date y sont donc entièrement soumises. ■

* Pascal Montavon, Dr en droit, chargé de cours à l'Institut romand d'études fiduciaires, Bossonnens.

¹ H. Peter, La loi fédérale sur la fusion in JdT 2002 I 329.

² cf. ATF 125 III 86, RNRF 2000 p. 234, spéc. 238.

³ Lanz/Triebold, Der Rechtskleidwechsel eines Vereins in eine Aktiengesellschaft in RDSA 2000 p. 58.

⁴ Lanz/Triebold, op. cit. in RSDA 2000, p. 59).

⁵ Lanz/Triebold in RSDA 2000, p. 59.

⁶ ATF 57 II 1.

⁷ ATF 87 I 301.

⁸ ATF 115 II 415.

⁹ ATF 125 III 18 (f), SJ 1999 I 233.

¹⁰ C. J. Meier-Schatz, Zur Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft, Besprechung von BGE 125 III 18 in RSDA 2000, p. 191.

¹¹ cf. Baker & McKenzie, Fusionsgesetz, Berne 2003, art. 29 n° 1; art. 53–68 n° 11; Peter, Loi sur la fusion in JdT 2002 I 330, 334.

¹² FF 2000 p. 4024 s.

¹³ FF 2000 p. 4022.

¹⁴ cf. ég. FF 2000 p. 4174.

¹⁵ FF 2000 p. 4081.

¹⁶ FF 2000 p. 4175.

¹⁷ FF 2000 p. 4014, 4099.

¹⁸ cf. ég. FF 2000 p. 4176.

¹⁹ FF 2000 p. 4112.

²⁰ FF 2000 p. 4018; Peter, Loi sur la fusion in JdT 2002 I 343; N. Turin, Le transfert de patrimoine selon le projet de loi sur la fusion, Neuchâtel, 2003, p. 51, 67 ss.

²¹ FF 2000 p. 4019.

²² Turin, p. 63 s.

²³ FF 2000 p. 4115.

²⁴ FF 2000 p. 4117; (FF 2000 p. 4117).

²⁵ FF 2000 p. 4119.

²⁶ FF 2000 p. 4120.

²⁷ FF 2000 p. 4126.

²⁸ FF 2000 p. 4128.

²⁹ FF 2000 p. 4133.

³⁰ FF 2000 p. 4133.

³¹ *contra* Trigo Trindade, Nouveau droit des fusions in SJ 2003 II p. 480, qui limite la qualité pour agir aux opposants.

³² FF 2000, p. 4140.

³³ cf. ATF 99 II 55, spéc. 57; FF 2000 p. 4141.

³⁴ FF 2000 p. 4118.

³⁵ FF 2000 p. 4142.