

00.052

Message
concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission,
la transformation et le transfert de patrimoine
(Loi sur la fusion; LFus)

du 13 juin 2000

Messieurs les Présidents,
Mesdames et Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons un projet de loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (loi sur la fusion), en vous proposant de l'adopter.

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

13 juin 2000

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Adolf Ogi

La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Condensé

Ce projet règle les aspects de droit privé liés à la fusion, la scission et la transformation de sociétés. Les nouvelles dispositions légales doivent remplacer les quelques règles existantes du code des obligations en matière de fusion et de transformation et combler d'importantes lacunes de la loi. Alors que le droit actuel ne règle la fusion que pour les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions et les sociétés coopératives, la fusion doit à l'avenir être prévue au niveau de la loi pour toutes les sociétés commerciales (sociétés en nom collectif et sociétés en commandite, sociétés anonymes et sociétés en commandite par actions, sociétés à responsabilité limitée), les sociétés coopératives ainsi que pour les associations et les fondations. Par ailleurs, la transformation, qui, jusqu'à ce jour, n'est prévue par la loi que dans l'hypothèse du changement de forme juridique d'une société anonyme en une société à responsabilité limitée, doit être instaurée de manière générale, à la condition toutefois que les formes juridiques en cause soient fondamentalement compatibles quant à leurs structures. Selon la nouvelle conception de la transformation, celle-ci ne nécessite pas le transfert des rapports juridiques, mais consiste en un simple changement de la forme de droit, l'ensemble des rapports patrimoniaux et sociaux de la société étant maintenus. En outre, la modification des structures juridiques des entreprises doit être facilitée par l'introduction de l'institution de la scission, qui permet une nouvelle répartition du patrimoine et du sociétariat d'une société. Enfin, le transfert d'une entreprise ou d'une fraction de celle-ci est facilité par la nouvelle réglementation du transfert de patrimoine.

La nouvelle réglementation de la fusion, de la scission et de la transformation envisage aussi bien les opérations entre sociétés de même forme juridique (p. ex. la fusion entre deux associations) que les opérations entre sociétés de forme juridique différente (p. ex. la fusion entre une association et une société coopérative). La réglementation proposée s'étend également aux opérations transfrontalières, c'est-à-dire aux opérations impliquant des sociétés ayant leur siège dans différents Etats, ainsi qu'aux fusions et transformations ayant pour objet la „conversion“ d'instituts de droit public en sociétés de droit privé (p. ex. la transformation d'une banque cantonale en une société anonyme).

Le but de ce projet est d'améliorer la mobilité entre les différentes formes de droit et de permettre aux entreprises d'adopter des structures juridiques optimales. Le projet garantit également la sécurité du droit et la transparence qui sont nécessaires à ce genre d'opérations, tout en tenant compte des intérêts des créanciers, des travailleurs et des associés minoritaires. Il contribue ainsi à améliorer les conditions-cadres de la place économique suisse.

Afin d'éviter que les nouvelles possibilités offertes par le droit privé ne soient entravées par des obstacles découlant de dispositions de droit fiscal, une révision partielle de la législation fiscale, annexée à ce projet, facilite la restructuration d'entreprises.

<i>Pour un résumé plus complet du message, cf. ch. 1.3</i>
--

Message

1 **Partie générale**

1.1 **Contexte**

1.1.1 **Etat actuel du droit**

La révision du droit de la société anonyme de 1991 (loi fédérale du 4 octobre 1991, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1992; RO 1992 733) n'a pas modifié la réglementation de la fusion et de la transformation de sociétés. Les dispositions du code des obligations (CO; RS 220) en la matière demeurent par conséquent inchangées depuis 1937, date de leur entrée en vigueur. Elles se caractérisent par une approche ponctuelle et casuistique.

Le CO règle uniquement la fusion entre sociétés anonymes (art. 748 ss CO), entre sociétés en commandite par actions (art. 770, al. 3, CO) et entre sociétés coopératives (art. 914 CO). La fusion entre sociétés de forme juridique différente n'est prévue par la loi que dans l'hypothèse (très rare) de la fusion d'une société anonyme avec une société en commandite par actions (art. 750 et 770, al. 3, CO). Par ailleurs, le CO contient des dispositions concernant la reprise du patrimoine d'une société anonyme ou d'une société coopérative par une corporation de droit public (art. 751 et 915 CO). En revanche, il n'existe aucune base légale qui réglemente la fusion de sociétés à responsabilité limitée, de sociétés en nom collectif, de sociétés en commandite, d'associations ou encore de fondations. Il n'existe pas non plus de réglementation légale claire en matière de fusion transfrontalière, c'est-à-dire de fusion entre sociétés ayant leur siège dans différents Etats.

Le CO régit seulement la transformation d'une société anonyme en une société à responsabilité limitée (art. 824 ss CO). Par ailleurs, l'art. 14 de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (LB; RS 952.0) autorise le Conseil fédéral à édicter des prescriptions d'ordre général ou d'espèce afin de faciliter la transformation d'une banque coopérative en société anonyme, en société en commandite par actions ou en société à responsabilité limitée dans le but d'éviter sa liquidation.

Quant à l'institution juridique de la scission de sociétés, elle est totalement inconnue de la législation suisse.

La réglementation actuelle du transfert de patrimoine (art. 181 CO) ne répond plus aux besoins de la pratique, notamment lors du transfert d'un grand nombre d'éléments patrimoniaux (transfert de tout ou partie d'une entreprise)¹.

¹ Voir également ci-dessous ch. 1.3.2.4.

1.1.2 Evolution dans la pratique

La doctrine majoritaire a longtemps considéré que les possibilités de fusion étaient réglées de manière exhaustive par la loi². En revanche, le Tribunal fédéral a, sans pour autant entrer en matière sur la question de l'absence de base légale, admis la fusion entre deux associations (ATF 57 II 1). Dans un arrêt ultérieur (ATF 115 II 415), il a expressément autorisé la fusion entre deux fondations, bien qu'elle ne soit pas prévue par la loi. Il n'est néanmoins pas entré en matière sur les conséquences qui résultaient de cette décision de principe.

Sur la base de la jurisprudence du Tribunal fédéral, une partie de la doctrine a défendu l'opinion selon laquelle la fusion entre personnes morales de forme juridique différente devait être autorisée malgré l'absence de base légale³. En 1992, l'Office fédéral du registre du commerce (OFRC) s'est trouvé pour la première fois confronté à une inscription au registre du commerce prévoyant la fusion entre sociétés de forme juridique différente. Eu égard à la complexité des questions juridiques qui se posaient, l'Office fédéral de la justice (OFJ) donna le mandat au professeur Frank Vischer (Bâle) d'élaborer un avis de droit sur l'admissibilité de la fusion entre sociétés à responsabilité limitée, de la fusion entre sociétés de forme juridique différente et de la fusion transfrontalière. L'expert a reconnu que ces cas de fusion non prévus par la loi devaient en principe être admis. Il s'est notamment basé sur la possibilité d'appliquer par analogie les dispositions légales existantes concernant la fusion (art. 748 ss CO), sur une analyse des intérêts en présence ainsi que sur des considérations de droit comparé⁴.

Suite à cet avis de droit, la pratique des autorités du registre du commerce s'est, dans une large mesure, libéralisée. Aujourd'hui, les fusions entre sociétés de forme juridique différente sont, en principe, autorisées lorsque les conditions suivantes sont réunies:

- les structures juridiques des sociétés qui fusionnent sont fondamentalement compatibles;
- il n'est pas porté atteinte aux intérêts directs ou potentiels des créanciers;
- la continuité du patrimoine est garantie;

² La doctrine en matière de droit des sociétés s'est exprimée unanimement contre l'admissibilité de fusions non prévues par la loi. Voir notamment: Wolfhart F. Bürgi/ Ursula Nordmann, *Die Aktiengesellschaft*, Zürcher Kommentar, Zurich 1979, Vorbemerkungen zu den Art. 748–750 N 11; Christoph von Greyerz, *Schweizerisches Privatrecht VIII/2*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1982, p. 287 s.; A. Janggen / H. Becker, *Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, Berner Kommentar, Berne 1939, Art. 823 N 28; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser, *Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts*, 6^e éd., Berne 1989, par. 14 N 78, par. 16 N 60 (cf. cependant les éditions ultérieures); Rudolf Tschäni, *Unternehmensübernahmen nach Schweizer Recht*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1991, p. 63. En revanche, la littérature concernant le droit de l'association et de la fondation n'exige pas de base légale pour la fusion: Anton Heini, *Das schweizerische Vereinsrecht*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1988, p. 37; Mario M. Pedrazzini / Niklaus Oberholzer, *Grundriss des Personenrechts*, 3^e éd., Berne 1989, p. 262; Hans Michael Riemer, *Die Stiftungen*, Berner Kommentar, Berne 1975, Art. 88–89 N 76 ss; le même auteur, *Die Vereine*, Berner Kommentar, Berne 1990, Art. 76–79 N 71 ss.

³ Cf. Manfred Küng, *Zum Fusionsbegriff im schweizerischen Recht*, *Revue suisse de droit des affaires* 1991, p. 245 ss.

⁴ Cf. Frank Vischer, *Drei Fragen aus dem Fusionsrecht*, *Revue suisse de droit des affaires* 1993, p. 1 ss.

- la continuité du sociétariat des associés est maintenue, et la fusion n'implique pas d'atteinte trop importante à leur statut juridique, sauf lorsque l'ensemble des associés concernés y consent.

La libéralisation de la pratique en matière de fusions fut, par la suite, étendue aux transformations. En effet, la fusion entre sociétés de forme juridique différente peut être décomposée en une transformation de la société transférante en une société revêtant la forme juridique de la société reprenante, suivie de la fusion entre deux sociétés de même forme juridique. En 1994, l'OFRC a donc décidé d'autoriser la transformation de sociétés aux mêmes conditions que la fusion entre sociétés de forme juridique différente et d'approuver les inscriptions au registre du commerce correspondantes. Cette décision a été prise indépendamment de tout cas concret, avant même que l'inscription au registre du commerce de telles transformations ne soit requise.

A ce jour, l'absorption d'une société à responsabilité limitée ou d'une société coopérative par une société anonyme a notamment été inscrite au registre du commerce. Il en va de même de la transformation d'une société à responsabilité limitée⁵, d'une société coopérative en société anonyme ou d'une association en société anonyme⁶. Par ailleurs, la reprise d'un institut de droit public jouissant de la personnalité juridique (une banque cantonale en l'occurrence) par une société anonyme ainsi que la „transformation“ d'un tel institut en société anonyme ont également été admises⁷.

Dans une décision du 20 novembre 1998 (ATF 125 III 18), le Tribunal fédéral a confirmé cette pratique novatrice des autorités du registre du commerce, à tout le moins pour la transformation d'une société à responsabilité limitée en société anonyme. Dans cet arrêt de principe, le Tribunal fédéral reconnaît expressément que la loi ne règle pas de manière exhaustive les possibilités de fusion et de transformation. En ce qui concerne l'admissibilité de telles opérations, le Tribunal fédéral reproduit les conditions générales élaborées par l'OFRC, à savoir (ATF 125 III 18, spéc. consid. 4a, p. 24):

- les formes juridiques en cause doivent être fondamentalement compatibles;
- la continuité du sociétariat et celle du patrimoine doivent être garanties;
- l'opération ne doit pas porter atteinte aux intérêts (même potentiels) des créanciers.

⁵ Concernant les conditions posées à la transformation d'une société à responsabilité limitée en société anonyme, cf. ATF 125 III 18 et Roland von Büren / Johannes Bürgi, Rechtsformwechselnde Umwandlung einer GmbH in eine AG: Das klärende Wort aus Lausanne, REPRAX Revue pour le registre du commerce, 1/99, p. 3 ss.

⁶ Die Praxis des Eidg. Amts für das Handelsregister in Fragen betreffend Umwandlungen und rechtsformüberschreitende Fusionen, REPRAX Revue pour le registre du commerce, 1/99, p. 47 ss.

⁷ Pour plus de détails concernant le changement de pratique des autorités du registre du commerce, voir notamment: Roland von Büren, Die Rechtsformumwandlung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt in eine private Aktiengesellschaft nach OR 620 ff., Revue suisse de droit des affaires 1995, p. 85 ss, spéc. p. 89 ss.

1.2

Elaboration de la loi

1.2.1

Nécessité d'une intervention du législateur

Les règles actuelles concernant la modification des structures juridiques des sociétés peuvent être qualifiées d'incomplètes, de peu flexibles et, en partie, de lacunaires⁸:

- La fusion n'est, pour la plupart des formes juridiques, pas prévue par la loi; c'est le cas des associations, des fondations, des sociétés de personnes (sociétés en nom collectif et sociétés en commandite), des sociétés à responsabilité limitée et des instituts de droit public. Il n'existe pas non plus de base légale pour la fusion entre sociétés de forme juridique différente, à l'exception de la fusion (exceptionnelle en pratique) entre une société en commandite par actions et une société anonyme (art. 750 et 770, al. 3, CO). Il en va de même en ce qui concerne la fusion transfrontalière (c'est-à-dire la fusion entre sociétés ayant leur siège dans différents Etats).
- Les dispositions légales actuelles concernant la fusion doivent en partie être réexaminées du point de vue matériel. Il en va ainsi par exemple de l'exigence d'administrer séparément les patrimoines des sociétés qui fusionnent (art. 748, ch. 2, et 914, ch. 2, CO) jusqu'à ce que les créanciers aient été désintéressés ou aient obtenu des sûretés, exigence qui s'avère difficile à mettre en œuvre en pratique⁹. L'admissibilité de la fusion de sociétés surendettées reste discutée, notamment en raison de la réglementation de l'art. 725 CO et du risque qu'une telle fusion peut faire courir aux créanciers de la société saine¹⁰. Une clarification au niveau de la loi est nécessaire.
- La transformation de la forme juridique d'une société n'est actuellement réglementée que de manière très ponctuelle (art. 824 ss CO et art. 14 LB). Il existe cependant de nos jours un besoin croissant de pouvoir adapter la forme juridique d'une société à de nouvelles circonstances, qui résultent par exemple de la croissance de l'entreprise ou encore de sa volonté d'accéder au marché des capitaux. La pratique a déjà admis certaines opérations, mais il est particulièrement important pour l'économie que les exigences soient clairement déterminées par la loi.
- La scission n'est actuellement pas prévue par la loi et doit être considérée comme illicite¹¹, dans la mesure où elle a pour conséquence la division et la réduction du substrat de responsabilité d'une société. La scission asymétrique – c'est-à-dire la scission qui modifie les rapports entre les participations

⁸ Voir également l'état des lieux dressé par le Groupe de réflexion „Droit des sociétés“ dans son rapport final du 24 septembre 1993, p. 64 (ci-après: rapport final). Ce rapport peut être commandé auprès de l'Office central fédéral des imprimés et du matériel (OCFIM), 3003 Berne (art. n° 407.020.f).

⁹ Voir la critique de Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, Zurich 1996, N 296c, 296g. Cf. également le commentaire concernant l'art. 25.

¹⁰ Voir notamment Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, Zurich 1996, N 294 f.

¹¹ Au sujet de l'illicéité de la scission en droit suisse, voir: Balthasar Bessenich, *Gedanken zu Einführung der Spaltung im schweizerischen Aktienrecht*, *Revue suisse de droit des affaires* 1992, p. 175; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, Berne 1998, 8^e éd., par. 24 N 67; Henry Peter, *La restructuration des entreprises dans une perspective nationale et transfrontalière*, *La Semaine Judiciaire* 1999 II, p. 101 ss, spéc. p. 115; Pierre-Alain Recordon, *La protection des actionnaires lors des fusions et scissions de sociétés*, Genève 1974, p. 49.

des associés¹² – est également exclue en l’absence de base légale, car elle modifie profondément le statut juridique des associés.

- S’il est vrai que la reprise du patrimoine d’une société anonyme ou d’une société coopérative par une corporation de droit public (la Confédération, un canton ou une commune) est prévue par la loi (art. 751 et 915 CO), il n’existe en revanche aucune base légale en droit privé concernant la conversion, par voie de transformation ou de fusion, d’un institut de droit public en une forme juridique de droit privé. Le besoin de réaliser de telles opérations de modification des structures juridiques se fait de plus en plus ressentir dans la pratique, notamment pour les banques cantonales, les hôpitaux et les entreprises électriques étatiques qui souhaitent se transformer en sociétés anonymes.

En résumé, il faut constater que les bases légales pour d’importantes opérations de réorganisation des structures juridiques des entreprises font défaut. Le comblement de ces lacunes par une pratique libérale des autorités du registre du commerce¹³, même soutenue par le Tribunal fédéral (ATF 125 III 18), ne constitue qu’une réponse transitoire à des questions qui, pour des raisons de sécurité du droit, nécessitent impérativement une intervention du législateur.

Par ailleurs et contrairement à certaines opinions émises¹⁴, le principe de l’autonomie privée ne justifie que de manière restreinte un élargissement des possibilités de fusion et de transformation, voire l’introduction de la scission. Le recours à ce principe en droit des sociétés n’est a priori possible que dans certaines limites, en raison des effets à l’égard de tiers. En matière de fusion, de scission et de transformation précisément, le risque d’atteinte aux droits de tiers (créanciers) ne peut pas être écarté. En outre, en cas de modification du statut juridique des associés, l’autonomie privée devrait conduire à l’exigence de l’approbation de la fusion, de la scission ou de la transformation par l’ensemble des associés concernés. Elle a en effet pour fondement un accord contractuel. Le principe de l’autonomie privée ne constitue par conséquent pas une base suffisante pour que les autorités du registre du commerce puissent élargir les possibilités de modification des structures juridiques en droit des sociétés. Ces possibilités reposent davantage sur une application analogique du droit et sur un comblement des lacunes qui réponde aux besoins actuels. De nombreuses questions demeurent cependant ouvertes.

Une réglementation légale de la fusion entre sociétés de forme juridique différente, qui pourrait sans autre être appliquée par analogie, fait cependant défaut dans une large mesure. Il en résulte un manque de transparence et une grande insécurité juridique et, par conséquent, un désavantage pour la place économique suisse. Les projets de modification des structures juridiques nécessitent souvent d’importants frais de consultation en tout genre, qui ne sont pas à la portée de toutes les petites entreprises. En outre, la question de l’admissibilité de la fusion entre sociétés de forme juridique différente peut, selon les cas, s’avérer juridiquement très compliquée, de sorte qu’elle ne peut ni ne doit être laissée à la pratique.

¹² Pour plus de précisions, cf. le commentaire de l’art. 31.

¹³ Voir ci-dessus ch. 112.

¹⁴ En particulier, Manfred Küng, *Zum Fusionsbegriff im schweizerischen Recht*, Revue suisse de droit des affaires 1991, p. 245 ss, spéc. p. 252 s.; Christian J. Meier-Schatz, *Die Zulässigkeit aussergesetzlicher Rechtsformwechsel im Gesellschaftsrecht*, Revue de droit suisse 1994, p. 353 ss, spéc. p. 376.

Malgré les besoins de l'économie, la scission en droit des sociétés n'est pas possible, faute de base légale.

Au vu de ce qui précède, il appartient au législateur de prendre les décisions nécessaires en tenant compte de l'ensemble des intérêts en présence et de créer la sécurité juridique indispensable à ces opérations en fixant des exigences légales claires. En particulier, la protection des créanciers et des associés minoritaires doit être assurée, et son contenu doit être défini par le législateur.

1.2.2 Avant-projet de 1997

Dans le cadre des négociations concernant l'accord sur l'Espace économique européen (EEE) au début des années 90, l'OFJ prit conscience des lacunes de la législation suisse en matière de fusion et de l'absence de règles sur la scission. Simultanément, l'économie manifesta le besoin grandissant de disposer de structures d'entreprises plus flexibles. La fusion entre sociétés de forme juridique différente et la transformation devinrent des nécessités. En 1992, l'OFJ chargea donc le professeur Frank Vischer (Bâle) d'élaborer un projet de nouvelle réglementation de la fusion de personnes morales (y compris les associations et les fondations). L'expert fut également chargé de faire une proposition de réglementation concernant la scission de sociétés. Par la suite, le mandat fut élargi à la transformation.

Une fois la révision du droit de la société anonyme terminée et vu la multitude d'autres postulats de révision, le Département fédéral de justice et police institua en janvier 1993 un Groupe de réflexion chargé d'examiner les besoins dans le domaine du droit des sociétés. Ce groupe de travail s'est également consacré aux questions de la fusion, de la scission et de la transformation de sociétés. Dans son rapport final, il est parvenu à la conclusion que le droit suisse ne réglementait la fusion et la transformation que de manière incomplète et se distinguait par son manque de flexibilité¹⁵. Le Groupe de réflexion a insisté sur la nécessité d'agir dans ce domaine et a salué l'élaboration d'une nouvelle loi sur la fusion, la scission et la transformation. Il a cependant jugé indispensable que la neutralité fiscale de ces mesures de restructuration soit garantie par des modifications du droit fiscal¹⁶.

Conformément à la prise de position du Groupe de réflexion et suite à la remise d'un premier projet du professeur Frank Vischer, le Conseil fédéral chargea l'Administration fédérale des contributions (Département fédéral des finances) d'élaborer des propositions concernant la révision du droit fiscal. A cette fin, l'Administration fédérale des contributions constitua un groupe de travail „Impôts lors de restructurations“. Parallèlement, l'avant-projet de droit privé du professeur Frank Vischer fut retravaillé en collaboration avec l'OFRC, qui dispose d'une grande expérience en matière d'évaluation juridique de cas compliqués de fusions et de transformations. L'avant-projet fut complété par des dispositions concernant le droit du registre du commerce et le droit international privé.

¹⁵ Rapport final p. 64.

¹⁶ Rapport final p. 68 s. et 83; cf. également ci-dessous ch. 1.3.9.

1.2.3 Procédure de consultation

1.2.3.1 Introduction

Par décision du 1^{er} décembre 1997, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de justice et police ainsi que le Département fédéral des finances d'ouvrir la procédure de consultation concernant l'avant-projet de loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation de sujets et le rapport du groupe de travail „Impôts lors de restructurations“. La procédure a duré jusqu'au 31 mai 1998. Le Tribunal fédéral suisse à Lausanne, le Tribunal fédéral des assurances à Lucerne, tous les cantons, les partis représentés à l'Assemblée fédérale, les universités suisses ainsi que 66 organisations ont été invités à y participer. Au total, 72 prises de position ont été enregistrées. Celles-ci se répartissent entre 25 cantons, quatre partis politiques, sept organisations patronales et syndicales, sept autorités fédérales et cantonales ainsi que 29 organisations intéressées et particuliers (dont huit provenant de participants qui n'ont pas été consultés officiellement). Les prises de position de nombreux cantons s'inspirent, plus ou moins fortement du modèle élaboré par la Conférence des fonctionnaires fiscaux d'Etat, ou y renvoient simplement.

1.2.3.2 Appréciation générale de l'avant-projet de loi sur la fusion

1.2.3.2.1 Approbation de principe

Les cercles intéressés ont accueilli très favorablement l'avant-projet de loi sur la fusion. Une seule prise de position (celle du canton de Genève) s'oppose à la nouvelle réglementation sous sa forme actuelle, pour le motif que celle-ci aurait pour conséquence une baisse des recettes fiscales et une augmentation des coûts globaux de l'économie. La nécessité de réviser les quelques dispositions existantes en matière de fusion et de transformation n'est pas contestée. Il en va de même de la nécessité de permettre la fusion, la scission et la transformation d'entreprises d'une manière générale et, en particulier, indépendamment de la forme juridique. Au vu des prises de position enregistrées, la réglementation proposée répond aux besoins de l'économie, améliore la mobilité dans l'organisation des entreprises et garantit la sécurité du droit, primordiale pour ces opérations. Par ailleurs, la question de la création d'une loi spéciale en la matière est accueillie favorablement (seuls deux cantons sont sceptiques). Plusieurs partis politiques et organisations intéressées saluent le travail accompli et la qualité générale de l'avant-projet. Une procédure parlementaire ainsi qu'une entrée en vigueur rapides sont également souhaitées.

En ce qui concerne l'intégration dans l'avant-projet des directives européennes en matière de droit des sociétés, toutes les prises de position y sont, dans la mesure où elles abordent cette question, favorables; seul le Vorort émet certaines réserves.

1.2.3.2.2 Principales critiques

Si l'avant-projet de loi sur la fusion a, dans son ensemble, recueilli une approbation de principe, il a également fait l'objet d'un certain nombre de critiques et de propositions de compléments. Les prises de position abordent notamment les thèmes énumérés ci-après¹⁷.

1.2.3.2.2.1 Densité normative de l'avant-projet

Plusieurs prises de position, émanant principalement de quelques cantons, des partis politiques bourgeois et d'organisations patronales, mettent en cause la densité normative trop forte de l'avant-projet. Son volume (environ 100 articles) et le degré de détail de la réglementation proposée seraient exagérés. Il en résulterait un manque de flexibilité de la nouvelle réglementation; certaines questions devraient être laissées à la pratique ou devraient être réglées au niveau d'une ordonnance du Conseil fédéral.

1.2.3.2.2.2 Elargissement des possibilités de restructuration autorisées

Les opinions divergent quant à l'étendue des opérations de fusion, de scission et de transformation qui doivent être autorisées par la loi. Quelques prises de position se prononcent expressément en faveur de la solution proposée par l'avant-projet, c'est-à-dire une énumération exhaustive („*numerus clausus*“), au niveau de la loi, des possibilités de fusions, de scissions et de transformations; cette solution a pour avantage de garantir la sécurité du droit. D'autres prises de position souhaitent en revanche une ouverture aussi large que possible des opérations de restructuration autorisées; cette ouverture pourrait notamment être réalisée par le biais d'une clause générale en vertu de laquelle l'ensemble de ces opérations seraient admises, sauf incompatibilité manifeste entre les formes juridiques en cause. Une telle réglementation devrait permettre de tenir compte d'éventuels besoins futurs, qui ne sont actuellement pas prévisibles. Une solution intermédiaire est proposée par la Fédération Suisse des Avocats, soit une énumération exhaustive des possibilités de restructuration, assortie d'une clause de délégation en faveur du Conseil fédéral, lequel pourrait octroyer des dérogations.

1.2.3.2.2.3 Procédures simplifiées de restructuration pour les PME

Différents cantons et partis politiques, de même que le Vorort et les organisations agricoles, objectent que la réglementation proposée de la fusion, de la scission et de la transformation ne tiendrait pas assez compte des intérêts et des besoins des petites et moyennes entreprises (PME); celles-ci devraient bénéficier de procédures allé-

¹⁷ Les observations qui portent sur des questions de nature technique sont mentionnées directement en relation avec la disposition légale concernée.

gées. Cette demande est principalement motivée par le fait que les coûts consécutifs à une opération de restructuration (établissement d'un bilan intermédiaire, acte authentique, honoraires des réviseurs, etc.) pourraient être hors de portée des PME.

1.2.3.2.2.4 Aspects sociaux – Protection des travailleurs lors de restructurations

Selon certains cantons, l'avant-projet de loi sur la fusion devrait également se préoccuper des conséquences économiques et sociales liées aux opérations de restructuration et proposer des mesures afin d'en atténuer les effets négatifs. Le Parti socialiste et plusieurs organisations syndicales souhaitent que l'avant-projet soit complété par des mesures visant à atténuer ces effets, en particulier quant à la responsabilité solidaire pour le versement des salaires, au sort des conventions collectives de travail et à la consultation des travailleurs. Des prises de position isolées requièrent que la question de la protection des travailleurs en relation avec les opérations de restructuration soit au moins analysée dans le cadre de l'élaboration de la loi sur la fusion.

1.2.3.2.2.5 Institutions de prévoyance en faveur du personnel et fondations

L'intégration de dispositions concernant la fusion et la scission d'institutions de prévoyance en faveur du personnel dans l'avant-projet est discutée. Des prises de position isolées demandent que ces opérations soient exclusivement régies par la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP; RS 831.40) et par la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (loi sur le libre passage, LFLP; RS 831.42). Outre le siège de la matière, la réglementation proposée pour ces institutions est également critiquée par quelques cantons et organisations intéressées; les dispositions de l'avant-projet ne tiendraient pas assez compte des particularités des institutions de prévoyance et seraient avant tout pensées pour les sociétés commerciales.

Les critiques émises à l'égard de la réglementation proposée pour les institutions de prévoyance sont partiellement valables pour les propositions concernant les fondations en général.

1.2.3.3 Appréciation générale du rapport du groupe de travail „Impôts lors de restructurations“

1.2.3.3.1 Généralités

La plupart des cantons et de nombreux autres participants approuvent l'initiative de réviser les prescriptions fiscales applicables aux restructurations.

1.2.3.3.1.1 Appréciation financière

La plupart des cantons et quelques autres participants soulignent qu'il ne faut pas sous-estimer la diminution des recettes fiscales liée aux propositions du groupe de travail „Impôts lors de restructurations“.

1.2.3.3.1.2 Réforme 1997 de l'imposition des sociétés

La plupart des cantons et de nombreux autres participants relèvent qu'il faut absolument adapter le projet de loi proposé par le groupe de travail en fonction de la réforme 1997 de l'imposition des sociétés.

1.2.3.3.1.3 Entrée en vigueur

La plupart des cantons jugent qu'il n'est pas particulièrement urgent de prendre des mesures. Dans leur majorité, les autres participants attachent une grande importance à une élaboration rapide du message et à l'entrée en vigueur rapide de son volet fiscal.

1.2.3.3.2 Modification de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD)

1.2.3.3.2.1 Généralités

Les propositions de modification qui concernent à la fois la LIFD et la LHID sont commentées dans le chapitre concernant la LIFD.

1.2.3.3.2.2 Paiements de soultes et augmentations de valeur nominale

Le groupe de travail a proposé d'exonérer, dans le cas de fusions, les soultes et les augmentations de valeur nominale de l'impôt sur le revenu et de l'impôt anticipé. Presque tous les cantons réclament au contraire avec force le maintien de l'imposition des soultes et des augmentations de valeur nominale. La plupart des autres participants approuvent l'exonération des soultes et des augmentations de valeur nominale, mais relèvent souvent une contradiction avec le principe de la valeur nominale.

1.2.3.3.2.3 Neutralité fiscale des restructurations

1.2.3.3.2.3.1 Généralités

A part le canton de Genève, tous les cantons acceptent le fait que les restructurations réglées dans le projet de loi sur la fusion soient réalisées sans conséquences sur le plan fiscal. Cinq cantons voient dans le projet du groupe de travail un „mélange“

entre une clause générale et une réglementation de détail. Beaucoup d'autres participants approuvent le projet du groupe de travail, qui n'énumère plus exhaustivement les restructurations. Plusieurs d'entre eux préconisent d'énumérer exhaustivement, à la suite de la clause générale, les exigences auxquelles certaines formes de réorganisation doivent satisfaire.

1.2.3.3.2.3.2 Exploitations indépendantes ou parties distinctes d'exploitation

La plupart des cantons sont d'avis qu'une restructuration fiscalement neutre pourrait déjà être reconnue si une exploitation ou une partie d'exploitation est transférée, mais aussi que l'on pourrait renoncer à l'adjectif „indépendant“. Tous les autres participants qui se sont exprimés sur ce point considèrent que cette exigence est trop restrictive, surtout pour les transformations et les fusions de personnes morales. Pour ce qui est de la terminologie, on propose les notions de „partie d'exploitation“ et „d'unité d'exploitation“.

1.2.3.3.2.3.3 Poursuite de l'exploitation

Pour la plupart des cantons, il est important que les unités économiques issues de la restructuration poursuivent l'exploitation antérieure. La neutralité fiscale de la scission ne devrait toutefois pas être refusée du fait qu'après la scission, la société qui a transféré une exploitation à une filiale ne poursuive plus d'exploitation elle-même. Parmi les autres participants, seuls deux se sont exprimés sur ce point: l'un et l'autre considèrent qu'un assouplissement serait judicieux.

1.2.3.3.2.3.4 Droits de participation ou droits de sociétariat accordés en contrepartie par la personne morale reprenante

Le groupe de travail „Impôts lors de restructurations“ a proposé que la neutralité fiscale de la fusion dépende du fait que la contre-prestation de la personne morale reprenante soit composée principalement de droits de participation ou de droits de sociétariat. Pour les cantons, il suffit de faire dépendre la neutralité fiscale de la création d'un capital propre d'un montant adéquat (et du transfert des actifs à leur valeur pour l'impôt sur le bénéfice). Les autres participants qui se sont exprimés sur ce point considèrent que cette exigence est trop restrictive. La constitution de réserves supplémentaires et la reprise des dettes ne devraient en tout cas pas exclure la neutralité fiscale d'une restructuration.

1.2.3.3.2.3.5 Nouvelle réglementation du délai de blocage

Le groupe de travail „Impôts lors de restructurations“ a proposé une nouvelle réglementation du délai de blocage, fondée sur le renversement de la preuve. La plupart des cantons préconisent de s'en tenir au délai de blocage formel et demandent que ce délai soit inscrit dans la loi. La plupart des autres participants approuvent au

moins le principe de la réglementation proposée par le groupe de travail, mais souhaitent soit des précisions supplémentaires, soit une limitation supplémentaire de l'imposition ultérieure.

1.2.3.3.2.3.6 Réglementation légale de la scission des sociétés immobilières et des holdings

La plupart des cantons sont défavorables à la proposition de considérer la scission de sociétés holding ou de sociétés immobilières comme neutre du point de vue fiscal. Pour ce qui est des sociétés immobilières, il faudrait maintenir l'exigence de la continuation de l'exploitation. Pour les sociétés holding, il n'est pas nécessaire de prendre des mesures en raison de la réforme 1997 de l'imposition des sociétés. La plupart des autres participants qui se sont exprimés sur ce point approuvent la nouvelle réglementation mais souhaitent en général un assouplissement supplémentaire.

1.2.3.3.2.3.7 Transfert de participations ou d'entreprises à l'intérieur d'un même groupe en Suisse

Le groupe de travail „Impôts lors de restructurations“ a proposé de réglementer les transferts de participations ou d'entreprises à l'intérieur d'un même groupe en Suisse. La plupart des cantons rejettent le report proposé de l'imposition, affirmant qu'il n'est encore nécessaire pour les anciennes participations que jusqu'à l'expiration du délai transitoire en raison de la réforme 1997 de l'imposition des sociétés. D'après les cantons, il n'y a pas besoin d'une réglementation particulière pour le transfert d'entreprises au sein d'un groupe.

La plupart des autres participants approuvent le principe des dispositions proposées, mais proposent de nombreux compléments.

1.2.3.3.2.3.8 Traitement des pertes et des bénéfices de fusion

La plupart des cantons se sont prononcés contre la proposition d'exonération des bénéfices de fusion présentée par le groupe de travail „Impôts lors de restructurations“.

La plupart des autres participants approuvent cette exonération (du moins dans son principe), mais il y a d'autres propositions, et on relève la nécessité d'une coordination avec la réforme 1997 de l'imposition des sociétés.

1.2.3.3.3 Modification de la loi fédérale sur l'harmonisation fiscale (LHID)

1.2.3.3.3.1 Report de l'imposition des gains immobiliers et des droits de mutation

La proposition du groupe de travail de ne plus prélever l'impôt sur les gains immobiliers en cas de restructuration privilégiée est largement approuvée par les autres participants que les cantons. De nombreux participants aimeraient que les cantons ne prélèvent pas non plus les droits de mutation dans ces cas de restructuration, du moins lorsque ces droits ne sont pas de véritables émoluments.

1.2.3.3.3.2 Report de l'imposition en cas d'acquisition du statut de holding

La plupart des cantons rejettent les modifications de la LHID proposées par le groupe de travail, en partie parce qu'ils ne veulent pas d'une limitation du report de l'imposition. Ils font également valoir que la réforme 1997 de l'imposition des sociétés a largement vidé ce problème de sa substance. Les autres participants jugent positivement la réglementation proposée ou considèrent qu'il s'agit au moins d'un pas dans la bonne direction.

1.2.3.3.3.3 Adaptation des législations cantonales

La plupart des cantons considèrent que le délai d'adaptation de trois ans est trop court. Les autres participants préconisent en revanche une adaptation aussi rapide que possible des législations cantonales.

1.2.3.3.4 Modification de la loi fédérale sur l'impôt anticipé (LIA)

Les cantons demandent le maintien de l'impôt anticipé sur les soultes et les augmentations de valeur nominale. Les autres participants signalent en revanche qu'ils approuvent le projet du groupe de travail.

1.2.3.3.5 Modification de la loi fédérale sur les droits de timbre (LT)

1.2.3.3.5.1 Droit d'émission

Le groupe de travail a proposé de ne prélever les droits de timbre d'émission lors de la restructuration d'une société de personnes, d'une association, d'une fondation ou d'une entreprise de droit public que sur la valeur nominale des droits de participation nouvellement créés. La proposition du groupe de travail est approuvée. Divers participants préconisent de prélever le droit d'émission uniquement sur la valeur nominale des nouveaux droits de participation, également en cas de transformation d'une raison individuelle en société de capitaux.

1.2.3.3.5.2 Droit de négociation

Le groupe de travail a proposé de renoncer à prélever le droit de négociation pour les fusions, les scissions et les transformations. Cette proposition est approuvée. Divers participants préconisent d'exonérer du droit de négociation la transformation d'une raison individuelle en une société de capitaux.

1.2.3.3.6 Modification de l'ordonnance régissant la taxe sur la valeur ajoutée (OTVA)

Le groupe de travail a également proposé une modification de la disposition de l'OTVA concernant la procédure de déclaration. D'après la tendance qui se dégage, la solution proposée n'est pas satisfaisante. On doute parfois qu'il soit encore judicieux de prévoir des modifications de l'OTVA, alors que cette ordonnance va être bientôt remplacée par une loi fédérale.

1.2.4 Suite des travaux

Le Conseil fédéral a pris connaissance des résultats de la procédure de consultation par décision du 15 septembre 1999¹⁸. Simultanément, il a chargé le Département fédéral de justice et police et le Département fédéral des finances d'élaborer le présent message.

A cette fin, l'avant-projet de loi sur la fusion a été retravaillé et complété par l'OFJ en collaboration avec le professeur Frank Vischer. Il a également été fait appel aux conseils avisés de différents spécialistes du droit de la prévoyance professionnelle et du droit des fondations. Des représentants de l'Association Suisse des Institutions de prévoyance (ASIP), de la Conférence des autorités cantonales de surveillance LPP et des fondations, de l'„Arbeitsgemeinschaft für gemeinnützige Stiftungen“ ainsi que des autorités de surveillance cantonales et fédérales en la matière (autorité de surveillance des institutions de prévoyance du canton de Zurich, Office des assurances sociales et de la surveillance des fondations du canton de Berne, Office fédéral des assurances sociales (OFAS), Secrétariat général du Département fédéral de l'intérieur, chargé de la surveillance des fondations au niveau fédéral) ont été notamment consultés. Des spécialistes dans d'autres domaines du droit ont également eu l'occasion de contribuer à l'élaboration du présent message. Il s'agit en particulier de l'Office fédéral chargé du droit du registre foncier et du droit foncier, de la Section du droit international privé de l'OFJ, de l'OFRC, de l'Administration fédérale des finances, de la Chambre fiduciaire (Chambre suisse des experts-comptables, fiduciaires et fiscaux) et de l'Institut suisse de droit comparé.

Les nouvelles dispositions réglant le transfert de patrimoine (art. 69 ss) ont été soumises à l'examen critique de deux experts. Les professeurs Roland von Büren (Berne) et Ernst A. Kramer (Bâle) ont été mandatés par l'OFJ afin d'examiner cette

¹⁸ Le classement des réponses suite à la procédure de consultation a fait l'objet d'une publication qui peut être commandée auprès de l'Office central fédéral des imprimés et du matériel (OCFIM), 3003 Berne.

nouvelle institution juridique au regard des principes généraux du droit privé suisse et des autres dispositions du projet de loi sur la fusion.

Le projet de modification des dispositions de droit fiscal présenté par le groupe de travail „Impôts lors de restructurations“ a été remanié par l’Administration fédérale des contributions sur la base des résultats obtenus en procédure de consultation et en collaboration avec les cantons. Les cantons ont approuvé le projet élaboré et soumettent les modifications du droit fiscal présentées dans ce message.

1.3 Remarques générales concernant le projet

1.3.1 Objectifs du projet

A une époque où tout change rapidement, le projet de loi sur la fusion veut, en créant de nouvelles options dans le droit privé, rendre possible une plus grande mobilité dans l’organisation juridique des entreprises, des associations et des fondations. Ce projet doit remédier aux lacunes du droit actuel¹⁹, créer des bases légales claires pour les opérations de modifications des structures juridiques et ainsi garantir la sécurité du droit et la transparence nécessaires à ces opérations. Les nouvelles dispositions élargissent considérablement les possibilités d’action et facilitent l’adaptation des structures juridiques des entreprises aux besoins actuels, sans pour autant négliger les intérêts des créanciers, des travailleurs et des associés minoritaires. En outre, le projet prévoit des bases légales permettant la conversion d’instituts de droit public en sujets de droit privé. Parallèlement, la nouvelle réglementation garantit une certaine harmonisation de l’ordre juridique suisse avec le droit de l’Union européenne et des pays voisins (cf. ci-dessous ch. 1.4 et 5).

1.3.2 Eléments principaux du projet

Le projet contient une nouvelle réglementation de la fusion qui élargit notablement le cercle des opérations admises (cf. ci-dessous ch. 1.3.2.1). Il régit de manière générale au niveau de la loi la scission et la transformation de sociétés (cf. ci-dessous ch. 1.3.2.2 et 1.3.2.3) ainsi que le transfert de patrimoine (cf. ci-dessous ch. 1.3.2.4). Des dispositions spéciales du projet concernent les opérations mettant en cause des fondations, des institutions de prévoyance ou encore des instituts de droit public. Une révision partielle de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP; RS 291) traite des opérations transfrontalières de modifications des structures juridiques.

1.3.2.1 Fusion

Le projet prévoit une nouvelle réglementation de la fusion en droit privé, qui doit remplacer les quelques dispositions existantes du CO. Alors que le droit actuel ne règle la fusion que pour la société anonyme, la société en commandite par actions et la société coopérative (art. 748 ss, 770 et 914 CO), le projet l’introduit au niveau de la loi pour toutes les formes de sociétés commerciales, les sociétés coopératives ainsi

¹⁹ A ce sujet, cf. ch. 1.2.1.

que les associations et les fondations. Les nouvelles dispositions concernent aussi bien les formes juridiques régies par le CO que celles régies par le code civil (CC; RS 210), de même que les instituts de droit public (cf. également ci-dessous ch. 1.3.2.5).

Par la fusion, deux ou plusieurs sociétés sont réunies sans liquidation et par transfert de patrimoine, en général, contre attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat de la société reprenante aux associés de la société transférante. La société qui transfère son patrimoine est dissoute et radiée du registre du commerce (art. 3, al. 2). L'ensemble de son patrimoine actif et passif est transféré par voie de succession à titre universel à la société reprenante (art. 22). La fusion de sociétés peut résulter de la reprise d'une société par une autre, auquel cas il s'agit d'une fusion par absorption, ou de leur réunion au sein d'une nouvelle société; on parle alors de fusion par combinaison (art. 3, al. 1).

Le projet réglemente aussi bien la fusion entre sociétés de même forme juridique (p. ex. la fusion entre deux sociétés à responsabilité limitée) que la fusion entre sociétés de forme juridique différente (p. ex. la fusion entre une société anonyme et une société à responsabilité limitée). Il s'agit par conséquent de créer des normes qui tiennent compte des caractéristiques des différentes formes juridiques en cause et qui protègent aussi bien les créanciers que les associés minoritaires.

D'un point de vue systématique, la fusion de fondations et d'institutions de prévoyance (au sujet de cette notion, cf. l'art. 2, let. i) est désormais réglée de manière exhaustive dans deux chapitres séparés (art. 78 ss et 88 ss). Cette nouvelle structure du projet répond aux objections soulevées dans le cadre de la procédure de consultation (cf. ci-dessus ch. 1.2.3.2.2.5)

Par ailleurs, la LDIP est complétée afin de régler au niveau de la loi la fusion transfrontalière, c'est-à-dire la fusion entre sociétés ayant leur siège dans différents Etats (art. 163a ss P-LDIP).

1.3.2.2 Scission

Le projet introduit une nouvelle institution juridique, la scission. Elle peut être définie comme le transfert de parts du patrimoine d'une société contre attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat des sociétés qui reprennent les parts de patrimoine (sociétés reprenantes) aux associés de la société transférante (art. 29). Le transfert des parts de patrimoine par voie de scission a lieu sans que les règles de forme ordinaires pour le transfert des différents éléments du patrimoine doivent être respectées (à ce sujet, cf. le commentaire de l'art. 52). La scission implique donc une nouvelle répartition du patrimoine d'une société ainsi qu'une nouvelle répartition des parts sociales et des droits de sociétariat.

Le projet prévoit deux formes de scission (art. 29):

- En cas de division, la société est dissoute et son patrimoine est divisé en parts, qui sont transférées à deux ou plusieurs autres sociétés. Les associés de la société qui se scinde reçoivent des parts sociales ou des droits de sociétariat des sociétés reprenantes.
- En cas de séparation, la société transfère une ou plusieurs parts de son patrimoine à d'autres sociétés. Contrairement à ce qui se passe en cas de divi-

sion, la société qui se scinde (société transférante) continue d'exister. Les associés de cette société reçoivent des parts sociales ou des droits de sociétariat des sociétés qui reprennent les parts de patrimoine (sociétés reprenantes).

Pour ces deux formes de scission, les parts de patrimoine peuvent être transférées à une société existante ou à une société nouvellement constituée:

- La scission avec transfert de parts de patrimoine à des sociétés nouvellement constituées est qualifiée de scission à des fins de constituer de nouvelles sociétés. Dans ce cas, la scission implique la fondation d'une ou plusieurs nouvelles sociétés, à qui sont transférées les parts de patrimoine.
- Le transfert à des sociétés déjà existantes est qualifié de scission à des fins de reprise. Elle consiste en une combinaison d'une scission avec une sorte de „fusion“ des parts de patrimoine avec les sociétés reprenantes.

En cas de scission, les associés de la société transférante reçoivent des parts sociales ou des droits de sociétariat des sociétés reprenantes. En ce qui concerne l'attribution de ces parts sociales ou de ces droits de sociétariat, le projet prévoit deux possibilités (art. 31, al. 2):

- Les associés de la société transférante peuvent conserver leurs participations antérieures et recevoir en sus des parts sociales ou des droits de sociétariat de l'ensemble des sociétés reprenantes qui correspondent à leurs participations antérieures (scission symétrique);
- La scission peut également modifier la répartition des participations des associés de la société transférante (scission asymétrique). Les associés de la société transférante peuvent se voir attribuer des participations différentes à certaines ou à l'ensemble des sociétés reprenantes. Il peut également être prévu que certains associés ne reçoivent pas de participation aux sociétés reprenantes et conservent seulement leurs participations à la société transférante, alors que d'autres associés sortent de la société transférante et reçoivent une participation à une ou plusieurs sociétés reprenantes.

Le patrimoine d'une société étant divisé, la scission s'avère bien plus délicate que la fusion en ce qui concerne la protection des créanciers et des associés minoritaires. L'admissibilité de la scission implique dès lors une réglementation légale détaillée. La protection des associés minoritaires en cas de scission asymétrique s'avère particulièrement importante, dans la mesure où il s'ensuit une nouvelle répartition de la participation (indirecte) aux parts de patrimoine d'une société.

Le projet veut créer les nouvelles bases légales pour la scission de sociétés et garantir une protection suffisante des créanciers et des associés. La scission est prévue pour les sociétés de capitaux (société anonyme, société en commandite par actions et société à responsabilité limitée) et les sociétés coopératives (art. 30). Il est également proposé de réglementer la scission transfrontalière (art. 163d P-LDIP).

La réglementation de la scission est complétée par des dispositions concernant le transfert de patrimoine (art. 69; cf. ci-dessous ch. 1.3.2.4). Celles-ci remplacent les règles de l'avant-projet mis en consultation sur la dissociation (cf. l'art. 39, let. c, AP LFus); le transfert de patrimoine connaît cependant un champ d'application beaucoup plus large et ne consiste pas uniquement en une alternative à la scission (à ce sujet, cf. ch. 1.3.2.4.4).

1.3.2.3 Transformation

Le projet veut rendre possible d'une manière générale la transformation de la forme juridique des sociétés. La transformation peut être définie comme la modification de la forme juridique d'une société dans la continuité des rapports patrimoniaux et sociaux²⁰.

Selon le projet, la transformation est conçue comme une transformation par changement de la forme juridique²¹. Alors qu'en matière de transformation par transfert – telle qu'elle est prévue par le droit actuel aux art. 824 ss CO pour la transformation d'une société anonyme en société à responsabilité limitée – la société qui change de forme juridique est dissoute et son patrimoine transféré à une nouvelle société, le projet prévoit que la société continue d'exister et modifie simplement sa forme juridique. Avec cette conception, la transformation n'implique pas de succession; il n'y a donc pas de transfert des rapports juridiques. La transformation constitue un simple changement de la forme juridique. Cette solution a pour avantage que la société qui se transforme demeure économiquement et juridiquement identique.

Au contraire des dispositions légales actuelles, le projet prévoit la transformation, non pas d'une manière exceptionnelle mais de manière générale, pour autant toutefois que les formes juridiques en cause soient fondamentalement compatibles dans leurs structures. Dès lors, il n'est notamment pas possible de transformer une société, qui peut être définie comme un groupement de personnes, en fondation, qui peut être définie comme une simple unité patrimoniale. Une telle transformation doit impérativement être précédée de la dissolution de la société et de sa liquidation²². De même, la transformation d'une société anonyme, qui jouit de la personnalité juridique, en société en nom collectif, qui ne jouit pas de la personnalité juridique, n'est pas possible non plus. Le rôle de garantie en faveur des créanciers que jouent le capital-actions et les réserves légales présuppose en effet que les règles concernant la liquidation de la société anonyme soient respectées. Le même résultat économique qu'une transformation peut cependant être atteint grâce au transfert de patrimoine (à ce sujet, cf. ch. 1.3.2.4.3).

La réglementation de la transformation doit tenir compte des caractéristiques des différentes formes juridiques en cause:

- Certaines formes juridiques prévoient une responsabilité personnelle des associés pour les dettes sociales, alors que, pour d'autres, la responsabilité est strictement limitée au patrimoine de la société. Dans la mesure où la trans-

²⁰ Pour une définition générale de la transformation, cf. Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, Berne 1998, 8^e éd., par. 24 N 69; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser / Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996, par. 58 N 24 ss.

²¹ Concernant les différentes formes de transformations en général, cf. Roland von Büren / Johannes Bürgi, *Rechtsformwechselnde Umwandlung einer GmbH in eine AG: Das klärende Wort aus Lausanne*, REPRAX Revue pour le registre du commerce, 1/99, p. 3 à 5; Christian J. Meier-Schatz, *Die Zulässigkeit aussergesetzlicher Rechtsformwechsel im Gesellschaftsrecht*, Revue de droit suisse 1994, p. 374; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, Berne 1998, 8^e éd., par. 24 N 69 ss; Henry Peter, *La restructuration des entreprises dans une perspective nationale et trans-frontalière*, La Semaine Judiciaire 1999 II, p. 101 ss, spéc. p. 105 à 109; le même auteur, *La transformation des sociétés en droit suisse*, Annuaire du registre du commerce 1995, p. 33.

²² Dans le cadre de la liquidation, le patrimoine pourra être transféré conformément aux art. 69 ss.

formation introduit une modification des rapports de responsabilité pour les dettes sociales, la loi doit prévoir les dispositions nécessaires afin de protéger les créanciers.

- De grandes différences existent quant à la réglementation légale du statut des associés, entre la société anonyme et la société coopérative par exemple. Alors que le droit de vote des actionnaires se détermine en général en fonction de leur participation au capital-actions (art. 692, al. 1, CO), chaque coopérateur dispose impérativement d'un droit de vote à l'assemblée générale (art. 885 CO). Les actionnaires ne sont tenus qu'à la libération du montant fixé pour l'émission de leurs actions; aucune autre obligation ne peut leur être imposée (art. 680, al. 1, CO). En revanche, les statuts de la société coopérative peuvent prévoir une responsabilité limitée ou illimitée des coopérateurs (art. 869 et 870 CO), ainsi qu'une obligation de faire des versements supplémentaires (art. 871 CO)²³. En outre, contrairement aux actionnaires, les coopérateurs assument un devoir de fidélité (art. 866 CO). Vu les réglementations très différentes selon les formes juridiques, l'admissibilité de la transformation doit être accompagnée d'une protection suffisante des associés minoritaires contre les atteintes à leur statut.

1.3.2.4 Transfert de patrimoine

1.3.2.4.1 Droit actuel

Le transfert de patrimoine est actuellement réglé par les dispositions de l'art. 181 CO en tant que cas particulier de reprise de dettes (art. 175 ss CO). Si l'art. 181 CO parle de cession d'un patrimoine ou d'une entreprise avec actif et passif et utilise ainsi la même expression que pour la fusion de sociétés anonymes (art. 748 CO) ou de sociétés coopératives (art. 914 CO), il n'en demeure pas moins que cette disposition prévoit le transfert de par la loi uniquement pour les dettes liées au patrimoine ou à l'entreprise²⁴. Les actifs doivent être transférés individuellement selon les formes de la succession à titre singulier²⁵. Afin de protéger les créanciers contre les effets liés au transfert des dettes de par la loi, l'art. 181, al. 2, CO prévoit la responsabilité solidaire de l'ancien et du nouveau débiteur pendant deux ans. Ce délai péremptoire²⁶ court dès la date à laquelle les créanciers ont été informés du transfert

²³ La responsabilité personnelle ou une obligation d'opérer des versements supplémentaires peut également être introduite ultérieurement. Une telle décision doit recueillir l'approbation des trois quarts au moins de l'ensemble des coopérateurs (art. 889 CO; cf. art. 803 CO pour la société à responsabilité limitée).

²⁴ ATF 108 Ib 447; ATF 109 II 101; ATF 115 II 415, p. 418; Rudolf Tschäni, in Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 2^e éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998, Art. 181 N 1; H. Becker, Berner Kommentar ad Art. 181 N 22 ss; Theo Gohl/ Alfred Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8^e éd., 1991, p. 270; Ingeborg Schwenzer, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Berne 1998, 19.24; Peter Gauch / Walter Schluep / Jürg Schmid / Heinz Rey, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil vol. II, 7^e éd., Zurich 1997, N 3746; Rudolf Tschäni, Unternehmensübernahmen nach Schweizer Recht, 2^e éd., 1991, par. 3 N 19.

²⁵ Il s'agit de la cession civile pour les créances, de l'inscription au registre foncier pour les immeubles, de la tradition pour les biens meubles, de l'endossement pour les papiers-valeurs à ordre, etc.

²⁶ ATF 108 II 107; cf. Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, 2^e éd., Zurich 1988, p. 591 A 79.

ou dès que celui-ci a été publié dans les journaux; pour les créances exigibles ultérieurement, le délai court dès l'exigibilité.

L'art. 181 CO permet à une société de transférer des parts considérables de son patrimoine. Ces parts de patrimoine peuvent par exemple faire l'objet d'un apport en nature lors de la fondation d'une société anonyme ou lors d'une augmentation de capital. Le transfert de l'ensemble du patrimoine d'une société de capitaux ou d'une société coopérative peut, pour des motifs découlant du droit des sociétés, s'avérer problématique. C'est notamment le cas lorsqu'il n'a pas lieu dans le cadre de la liquidation de la société. En effet, lorsque la contre-prestation pour le transfert de patrimoine n'est pas au moins équivalente aux fonds propres liés de la société, le transfert a pour conséquence de réduire son substrat de responsabilité. Lorsqu'un tel transfert a lieu en faveur des associés, il peut également constituer un cas de restitution illicite des apports au sens de l'art. 680, al. 2, CO. D'une manière générale, le transfert de l'ensemble du patrimoine d'une société de capitaux ou d'une société coopérative ne saurait être considéré comme admissible de lege lata que lorsque les dispositions impératives concernant la protection du capital et la liquidation des personnes morales sont respectées²⁷.

Le transfert de tout ou partie du patrimoine d'une société sur la base de l'art. 181 CO n'est aujourd'hui lié à aucune disposition particulière du droit des sociétés. Aucune obligation de procéder à l'examen du contrat de transfert, notamment en ce qui concerne l'adéquation de la contre-prestation, ni aucun devoir d'informer les associés au-delà des dispositions générales concernant la publicité (art. 663b à 663d CO) ne sont prévus. Dès lors, les associés n'ont pas la possibilité de prendre connaissance d'un transfert de patrimoine et des conditions auxquelles celui-ci a eu lieu, notamment eu égard au montant de la contre-prestation.

1.3.2.4.2 Remplacement de la dissociation, en tant que forme de scission, par le transfert de patrimoine

Sous la désignation de dissociation, l'avant-projet prévoyait une troisième forme de scission aux côtés de la division et de la séparation. La dissociation devait permettre aux sociétés de capitaux et aux sociétés coopératives de transférer des parts de leur patrimoine à d'autres sujets contre attribution d'une contre-prestation revêtant la forme de parts sociales du sujet reprenant ou de tout autre dédommagement (art. 39, let. c, AP LFus; rapport explicatif p. 43; contrairement à ce qui se passe en cas de division ou de séparation, les parts sociales devaient revenir à la société transférante elle-même et non pas à ses associés). Conformément à l'avant-projet, la fondation d'une filiale par une société anonyme ou par une société coopérative aurait dû impérativement être réalisée par le biais d'une dissociation (cf. art. 181, al. 4, AP CO); la procédure applicable à la scission aurait donc dû être respectée.

²⁷ Par ailleurs, la question de l'organe compétent pour décider du transfert est également problématique. Il faut partir de l'idée que l'assemblée générale de la société est en principe compétente dans la mesure où le transfert de l'ensemble du patrimoine n'entre pas dans le but de la société, ou a pour conséquence la liquidation de fait de la société. Cf. également ATF 116 II 320; Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 2^e éd., Zurich 1996, N 296g; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser / Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996, par. 57 N 252 s.

Cette proposition de réglementation a posé certains problèmes de compréhension et a soulevé certaines critiques dans le cadre de la procédure de consultation; en particulier, l'assujettissement obligatoire du transfert de parts de patrimoine de sociétés de capitaux et de sociétés coopératives aux dispositions régissant la scission a été critiqué, notamment lorsque les parts transférées sont de peu de valeur pour les sociétés impliquées. La lourdeur de la procédure de scission et les coûts qui en auraient résulté ont été qualifiés de disproportionnés.

Le réexamen approfondi de l'avant-projet a conduit à la conclusion que la réglementation de la dissociation n'était pas entièrement satisfaisante. En effet, la dissociation ne présente que peu d'analogies avec les autres formes de scission. Les parts sociales et les droits de sociétariat des associés ne sont pas directement touchés par cette opération. Par ailleurs, lorsque la contre-prestation pour la dissociation est au moins égale à la valeur de la part de patrimoine transférée, la dissociation n'a aucun effet sur le substrat de responsabilité de la société transférante. Il en découle que la dissociation n'est pas à proprement parler une opération relevant du droit des sociétés (il n'en est pas de même de l'information des associés). La réglementation de la procédure de scission s'avère par conséquent excessive pour les états de fait visés par la dissociation.

Malgré les objections soulevées à l'égard de la dissociation en tant que forme de scission, il s'avère néanmoins indispensable de compléter la réglementation de la cession d'un patrimoine ou d'une entreprise selon l'art. 181 CO:

- L'art. 181 CO ne prévoit pas un transfert de par la loi des actifs; seules les dettes sont transférées. Le respect des règles de forme propres au transfert de chacun des éléments actifs du patrimoine peut, en cas de transfert d'un grand nombre d'éléments patrimoniaux, s'avérer problématique et peut constituer un obstacle à la restructuration.
- L'art. 181 CO ne tient pas compte des besoins légitimes des associés d'obtenir des informations lors d'opérations de restructurations importantes. La nécessité d'une plus grande transparence à l'intérieur de l'entreprise en matière de transfert de parties importantes du patrimoine n'a pas été contestée dans le cadre de la procédure de consultation.

Par conséquent, le projet renonce à la dissociation en tant que forme de scission (cf. art. 39, let. c, AP LFus). En revanche, il est prévu de compléter la réglementation peu satisfaisante de l'art. 181 CO, notamment pour les transactions importantes, par le nouvel institut juridique du transfert de patrimoine. Ce dernier doit permettre le transfert de par la loi d'un patrimoine ou d'une part de celui-ci avec actifs et passifs et doit également garantir la transparence à l'intérieur de l'entreprise lors de transaction économiquement importantes. D'un point de vue fonctionnel, le transfert de patrimoine est conçu de manière beaucoup plus large que la dissociation proposée par l'avant-projet de loi sur la fusion (à ce sujet, cf. ch. 1.3.2.4.4).

1.3.2.4.3 Éléments principaux de la réglementation du transfert de patrimoine

Les art. 69 ss prévoient 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 à un autre sujet de droit privé sur la base d'un contrat de

transfert revêtant la forme écrite. Le transfert peut être opéré à titre onéreux ou gratuit. Les dispositions légales et statutaires concernant la protection du capital et la liquidation des sociétés sont cependant réservées. Avec l'inscription du transfert au registre du commerce, l'ensemble des éléments patrimoniaux actifs et passifs contenus dans l'inventaire intégré au contrat sont transférés en un seul acte (uno actu) au sujet reprenant sans que les règles de formes propres au transfert de chacun de ces éléments doivent être respectées. Le transfert de patrimoine fait l'objet d'un compte rendu à l'attention des associés dans l'annexe aux comptes annuels, ou lors de l'assemblée générale suivante. Les créanciers de la société transférante sont protégés par la responsabilité solidaire du sujet reprenant et de la société transférante pendant une période de trois ans et, lorsque celle-ci n'offre pas une protection suffisante, par le droit d'exiger des sûretés (art. 75).

1.3.2.4.4 Fonction et cas d'application du transfert de patrimoine

Le transfert de patrimoine remplace la réglementation de l'avant-projet relative à la dissociation (cf. ci-dessus ch. 1.3.2.4.2); il ne s'agit cependant pas d'un simple succédané de la dissociation, mais d'un véritable complément de l'art. 181 CO. D'un point de vue fonctionnel, le transfert de patrimoine peut constituer une alternative à une fusion, une scission ou une transformation, alors même qu'il ne régit que les aspects patrimoniaux, à l'exclusion des questions liées au sociétariat (sous réserve des devoirs d'information découlant du droit des sociétés). Il constitue un institut juridique autonome de la loi sur la fusion, qui doit compléter la fusion, la scission et la transformation.

La nouvelle réglementation facilite grandement le transfert d'un patrimoine ou d'une part de celui-ci, sans pour autant négliger les besoins de protection et d'information des associés (minoritaires) et des créanciers. Elle permet une multitude d'opérations de modification des structures juridiques des sociétés, notamment:

- La création d'une filiale. Par un transfert de patrimoine, une société peut transférer, par voie d'apport en nature (art. 628, al. 1, et 634 CO), une partie de son propre patrimoine à une autre société. Dans ce cas, la société reçoit une participation dans la société-fille à titre de contre-prestation pour le transfert.
- La simplification des opérations de liquidation d'une société. En permettant le transfert d'une multitude de biens en une seule opération, la liquidation d'une société dissoute peut, selon les circonstances, être grandement facilitée.
- L'aliénation d'une partie d'une entreprise. Le transfert de patrimoine doit, d'une manière générale, faciliter la vente d'une partie d'entreprise, ce d'autant plus lorsqu'elle est composée d'un grand nombre d'éléments patrimoniaux.

Par ailleurs, le transfert de patrimoine permet de réaliser des opérations qui, d'un point de vue économique, peuvent être similaires à une fusion, une scission ou encore une transformation. Le transfert de patrimoine constitue un succédané pour les opérations de fusion et de transformation qui ne sont pas prévues par le projet de loi en raison de l'incompatibilité qualifiée de certaines formes juridiques; il permet

de réaliser de manière adéquate des opérations de modification des structures juridiques. Il est ainsi possible de transférer l'ensemble du patrimoine d'une société de capitaux à une société de personnes ou à une fondation; une telle opération constitue un succédané à une véritable transformation ou fusion, qui ne sont pas prévues par le projet de loi sur la fusion en raison de l'incompatibilité des formes juridiques en cause²⁸. Le transfert de patrimoine permet de réaliser des opérations de restructuration, indépendamment de la forme juridique des sujets qui y participent, et prévient ainsi les inconvénients (peu nombreux) liés à une réglementation exhaustive des possibilités de fusion, de scission et de transformation (numerus clausus).

1.3.2.5 Fusions, transformations et transferts de patrimoine auxquels participent des instituts de droit public

Une des principales innovations du projet de loi sur la fusion réside dans l'admissibilité de la conversion d'instituts de droit public (pour une définition de cette notion, cf. l'art. 2, let. d) en sujets de droit privé, que ce soit par le biais d'une fusion avec un sujet de droit privé ou d'une transformation en sujet de droit privé (art. 99). Ces dispositions ne règlent toutefois qu'un aspect de l'opération de fusion ou de transformation, à savoir l'aspect de droit privé. En revanche, il appartient au droit public de déterminer si et, le cas échéant, à quelles conditions un institut de droit public peut se soumettre au droit privé. La création de bases légales claires en droit privé doit faciliter l'organisation d'entreprises étatiques dans les formes juridiques du droit privé.

Alors que le droit actuel règle uniquement le transfert du patrimoine d'une société anonyme ou d'une société coopérative à une corporation de droit public (art. 751 et 915 CO), le projet de loi sur la fusion prévoit, d'une manière générale, le transfert du patrimoine d'un sujet inscrit au registre du commerce à une corporation ou un institut de droit public (art. 99, al. 3).

1.3.3 Création d'une loi spéciale

Eu égard à son objet, la réglementation proposée par le projet de loi sur la fusion fait dans une large mesure partie du droit des sociétés. Vue sous cet angle, elle devrait donc être intégrée dans le CO. Le volume de la réglementation s'oppose cependant à une intégration dans ce dernier. Par ailleurs, les dispositions du projet de loi sur la fusion concernent non seulement les sociétés commerciales et les sociétés coopératives, mais également les associations et les fondations, qui sont régies par le CC, ainsi que les instituts de droit public, qui ne sont régis par aucune loi fédérale de caractère général. Il est dès lors préférable de créer une loi spéciale. Vu la connexité intrinsèque de la réglementation, aucune difficulté de technique juridique ne s'y oppose²⁹. Cette solution a du reste été largement approuvée dans le cadre de la procédure de consultation (cf. ci-dessus ch. 1.2.3.2.1).

²⁸ A ce sujet, cf. le commentaire des art. 4, 30 et 54.

²⁹ Frank Vischer, Einführung in das Fusionsgesetz, in: Revue de la société des juristes bernois 1999, vol. 135^{bis}, p. 13.

La réglementation des fusions et des scissions transfrontalières doit quant à elle être incorporée dans la LDIP. En ce qui concerne les dispositions de droit fiscal, il va de soi qu'elles doivent être intégrées dans les différentes lois fédérales en la matière (loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct; LIFD; RS 642.11; loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes, LHID; RS 642.14; loi fédérale du 27 juin 1973 sur les droits de timbre; LT; RS 641.10).

1.3.4 Titre de la loi

Le titre du projet de loi étant particulièrement long, il sied de le compléter par un titre abrégé. A cette fin, la désignation „loi sur la fusion“ est proposée. Le titre abrégé „loi sur l'adaptation des structures“, qui est également entré en considération, n'a pas été retenu en raison du risque de confusion qu'il présentait avec des actes législatifs de politique structurelle. Etant donné qu'il n'existe pas de concept général couvrant l'ensemble des institutions juridiques envisagées par le projet, l'abréviation ne mentionne que la fusion, en tant qu'élément le plus connu de cet acte législatif.

1.3.5 Transfert des rapports de travail

L'actuel art. 333 CO règle le transfert des rapports de travail en relation avec le transfert de l'entreprise ou d'une partie de celle-ci. Selon cette disposition, les rapports de travail passent à l'acquéreur de l'entreprise, au jour du transfert, avec tous les droits et obligations qui en découlent (art. 333, al. 1, CO). Le travailleur peut néanmoins s'opposer au transfert; dans ce cas, les rapports de travail prennent fin à l'expiration du délai de congé légal (art. 333, al. 2, CO). Lorsque les rapports de travail sont régis par une convention collective, ils continuent d'être réglés par celle-ci pendant le délai d'une année, pour autant toutefois que la convention collective ne prenne pas fin avant l'expiration de ce délai (art. 333, al. 1^{bis}, CO). L'ancien employeur et l'acquéreur répondent solidairement des créances des travailleurs échues avant le transfert et jusqu'à la date à laquelle les rapports de travail pourraient normalement prendre fin ou ont pris fin par suite de l'opposition du travailleur (art. 333, al. 3, CO). Par ailleurs, l'employeur ne peut transférer à un tiers les droits découlant des rapports de travail, à moins que le contraire n'ait été convenu ou ne résulte des circonstances (art. 333, al. 4, CO).

Si l'avant-projet de loi sur la fusion mis en consultation ne contient aucune disposition particulière concernant le transfert des rapports de travail, le rapport explicatif y relatif part de l'idée que l'art. 333 CO s'applique sans autre en matière de fusions et de scissions³⁰. Néanmoins, les travaux en relation avec l'initiative parlementaire Jost Gross „Licenciements collectifs. Défense des intérêts des travailleurs³¹“ ont démontré que l'application de cette disposition lors de fusions et de scissions reste discu-

³⁰ Rapport explicatif concernant l'avant-projet de loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation de sujets, novembre 1997, p. 11 et 13.

³¹ N 97.407; BO 1998 N p. 579 ss. Cf. avant tout l'avant-projet et le rapport explicatif de la sous-commission droit du travail à la Commission des affaires juridiques du 16 août 1999.

tée. Afin d'établir la sécurité du droit, cette question nécessite l'intervention du législateur.

Dans ce sens, les art. 27, 49 et 76 prévoient désormais expressément que le transfert des rapports de travail dans le cadre d'une fusion, d'une scission ou d'un transfert de patrimoine est régi par les dispositions de l'art. 333 CO. Cette proposition donne donc suite à l'initiative parlementaire précitée.

En cas de transformation, la question de l'application de l'art. 333 CO ne se pose pas. En effet, le projet de loi sur la fusion conçoit la transformation comme une simple modification de la forme juridique, sans transfert de patrimoine et sans fondation d'une nouvelle société (à ce propos, cf. ch. 1.3.2.3 et le commentaire relatif à l'art. 53). Dès lors, il ne saurait y avoir un transfert au sens de l'art. 333 CO lors d'une transformation.

1.3.6 Information et participation des travailleurs

Les questions de l'information et de la participation des travailleurs lors de fusions, de scissions et de transferts de patrimoine sont principalement réglées par l'art. 333a CO ainsi que par la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (loi sur la participation; RS 822.14). Le projet de loi sur la fusion (art. 28, 50 et 77) précise que les dispositions de l'art. 333a CO s'appliquent en matière de fusion, de scission et de transfert de patrimoine. Selon l'art. 333a CO, la représentation des travailleurs ou, à défaut, les travailleurs ont le droit d'être informés en temps utile avant la réalisation de la fusion, de la scission ou du transfert de patrimoine. L'information doit porter sur le motif ainsi que sur les conséquences juridiques, économiques et sociales de l'opération pour les travailleurs. En matière de fusions, de scissions et de transferts de patrimoine, le devoir d'information est prévu à l'égard de l'ensemble des sociétés qui participent à la transaction (et non seulement pour la société transférante); en effet, les travailleurs de la société transférante et de la société reprenante peuvent être touchés dans la même mesure par la restructuration. L'information doit intervenir avant que l'organe suprême de la société (assemblée générale ou assemblée des associés) ne se soit prononcé sur l'opération.

En cas de non-respect du devoir d'information, la représentation des travailleurs peut exiger du tribunal qu'il interdise l'inscription de la fusion, de la scission ou du transfert de patrimoine au registre du commerce.

Par ailleurs, le rapport de fusion doit prendre position sur les répercussions de la fusion sur les travailleurs et fournir des indications sur un éventuel plan social (art. 14, al. 3, let. i). Des dispositions similaires sont prévues en matière de scission (art. 39, al. 3, let. g) et de transfert de patrimoine (art. 74, al. 2, let. d).

1.3.7 Fusion, scission et transformation de PME

L'avant-projet ne fait aucune distinction basée sur la taille des sociétés qui participent aux opérations de modification des structures juridiques. Lors de la procédure de consultation, il a notamment été objecté que les procédures de fusion, de scission et de transformation étaient trop lourdes et trop coûteuses pour les PME (cf.

ch. 1.2.3.2.2.3). Le projet de loi sur la fusion tient compte au mieux de ces critiques, mais aussi des autres intérêts en présence, notamment ceux des minorités et des créanciers. En effet, les mesures spéciales prévues pour les PME ne doivent pas intervenir au détriment des créanciers et des associés minoritaires.

Le projet de loi sur la fusion crée désormais une catégorie particulière de sociétés: les PME. Cette notion fait l'objet d'une définition légale (art. 2, let. e). Les critères de distinction utilisés s'inspirent de l'art. 727b CO (bilan, chiffre d'affaires, nombre d'employés). Le champ d'application de la définition est naturellement limité au projet de loi. Il faut insister sur le fait que les critères qui permettent de définir les PME sont fixés de telle manière qu'une large majorité des entreprises suisses bénéficieront des allègements qui sont proposés en leur faveur³².

Les PME jouiront dorénavant d'un certain nombre de simplifications ou d'allègements. Ces derniers concernent l'obligation d'établir un rapport de fusion (art. 14, al. 2), l'obligation de faire procéder à la vérification du contrat de fusion, du rapport de fusion et du bilan de fusion (art. 15, al. 2) et l'obligation de permettre aux associés de consulter les documents servant de base à la fusion (art. 16, al. 2). Les PME peuvent, moyennant le consentement de l'ensemble des associés, renoncer à ces exigences. Des allègements identiques sont prévus en matière de scission (art. 39, al. 2, 40 et 41, al. 2) et de transformation (art. 61, al. 2, art. 62, al. 2, et 63, al. 2). Lorsque la PME revêt la forme juridique d'une société anonyme, ces dérogations sont cependant contraires aux dispositions des directives européennes concernant la fusion et la scission, qui s'appliquent à toutes les sociétés anonymes, indépendamment de leur taille.

Des allègements supplémentaires pour les PME résultent du fait que ces dernières remplissent souvent les conditions pour une procédure de fusion simplifiée (art. 23 s.; à ce sujet, cf. ch. 2.1.2.6 ci-dessous). En effet, outre le cas de la fusion d'une société-mère avec une filiale, une fusion simplifiée est autorisée lorsqu'une personne physique ou un groupement de personnes basé sur un contrat ou sur la loi (société simple, hoirie, etc.) détient l'ensemble des parts sociales conférant droit de vote des sociétés qui fusionnent.

1.3.8 Rapports avec la loi sur les cartels

Tout comme le projet de loi sur la fusion, la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart; RS 251) règle également la concentration d'entreprises en la soumettant à un examen du point de vue de la concurrence (art. 9 ss et 32 ss LCart). Au sens de la LCart, on entend par concentration d'entreprises:

- la fusion de deux entreprises ou plus jusque-là indépendantes les unes des autres (art. 4, al. 3, let. a, LCart);

³² Selon l'art. 2, let. e, une entreprise doit remplir deux des trois critères suivants pour ne plus être considérée comme une PME: total du bilan supérieur à 20 millions de francs, chiffre d'affaires supérieur à 40 millions de francs et nombre d'employés supérieur à 200. Il n'existe pas de statistique nationale relative au total du bilan et au chiffre d'affaires. En revanche, selon l'Office fédéral de la statistique, 5544 entreprises ont entre 50 et 250 employés et seules 1020 entreprises ont plus de 250 employés. Les autres entreprises suisses (nombre indéterminé) ont moins de 50 employés.

- toute opération par laquelle une ou plusieurs entreprises acquièrent le contrôle direct ou indirect d'une ou de plusieurs entreprises jusque-là indépendantes, ou d'une partie de celles-ci (art. 4, al. 3, let. b, LCart).

Il ne fait aucun doute que non seulement les fusions, mais aussi certaines scissions, en particulier les scissions à des fins de reprise, ainsi que certains transferts de patrimoine, constituent des concentrations d'entreprises au sens de la LCart. Pour être assujetties au contrôle prévu par la LCart, les opérations de concentration doivent remplir les conditions fixées à l'art. 9 LCart. L'art. 1, al. 4, contient d'ailleurs une réserve en faveur des dispositions de la LCart.

Le fait que certaines opérations de modifications des structures juridiques soient soumises simultanément à la réglementation de la loi sur la fusion et à celle de la LCart ne soulève pas de difficultés particulières. En effet, les objectifs de ces deux actes législatifs sont très différents. La LCart vise à „empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral“ (art. 1 LCart). Ce but doit entre autres être atteint par l'examen des concentrations d'entreprises économiquement importantes sous l'angle de la politique concurrentielle. La loi sur la fusion a pour objectif de réglementer la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine au niveau du droit privé, tout en garantissant une protection suffisante des créanciers et des associés minoritaires. Par conséquent, ces deux domaines de réglementation protègent des intérêts différents. Ainsi, il n'y a pas de véritable incompatibilité lorsque, d'un côté, la LCart empêche les fusions qui entravent une concurrence efficace (art. 10, al. 2, LCart) et, de l'autre côté, le projet de loi sur la fusion élargit et améliore les possibilités de fusion et de scission.

1.3.9 Droit fiscal

1.3.9.1 Appréciation du droit en vigueur

Le droit en vigueur règle la fusion, la scission et la transformation des entreprises de telle manière que la restructuration de l'entreprise puisse en général se faire sans aucune conséquence du point de vue fiscal. Conformément à l'art. 5, al. 1, let. a, de la loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé (LIA), les réserves et bénéfices d'une société de capitaux ou d'une société coopérative qui, lors d'une fusion, d'une transformation ou d'une scission, passent dans les réserves d'une autre société de capitaux ou société coopérative suisse, ne sont pas soumis à l'impôt anticipé. Depuis le 1^{er} avril 1993, l'art. 6, al. 1, let. abis, de la loi fédérale du 27 juin 1973 sur les droits de timbre (LT) prévoit que les sociétés de capitaux et les sociétés coopératives ne sont pas soumises au droit de timbre d'émission en cas de restructuration ou de concentration équivalant à des fusions.

De même, la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD) et la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID) règlent expressément les restructurations. L'introduction des art. 19 et 61 LIFD (ainsi que des art. 8, al. 3, et 24, al. 3, LHID) a permis de formuler clairement les conditions de l'exonération des réserves latentes qui, au cours d'une restructuration, sont transférées à un autre sujet de l'impôt. L'art. 12, al. 4, LHID a, quant à lui, défini les règles d'imposition des réserves la-

tentes en cas d'aliénation d'immeubles faisant partie de la fortune commerciale dans le cadre de l'impôt sur les gains immobiliers. Dans le cadre des impôts directs de la Confédération, des cantons et des communes, les restructurations peuvent être effectuées sans conséquences fiscales, pour autant que les valeurs déterminantes jusque-là pour l'impôt sur le revenu et pour l'impôt sur le bénéfice soient reprises et que la société concernée reste imposée en Suisse.

Dans le domaine de la taxe sur la valeur ajoutée, l'art. 5, al. 5, et l'art. 6, al. 3, de l'ordonnance du 22 juin 1994 régissant la taxe sur la valeur ajoutée (OTVA), de même que l'art. 47, al. 3, de la loi fédérale du 2 septembre 1999 sur la taxe sur la valeur ajoutée (LTVA), prévoient que, en cas de transfert d'éléments du patrimoine (y compris les prestations fournies dans ce contexte) faisant suite à une restructuration, l'assujetti peut accomplir son obligation fiscale en déclarant la prestation imposable. D'autres questions se posent lorsque la restructuration s'accompagne d'un changement d'usage. Pour les biens immobiliers, l'impôt sur les prestations à soi-même doit être calculé à hauteur de la valeur des dépenses ayant donné droit à la déduction de l'impôt préalable selon l'art. 26, al. 3, let. a, ch. 3, OTVA. L'art. 34, al. 2, LTVA a fixé la même limite à cet impôt. Un autre problème se pose lorsqu'un bien utilisé auparavant dans une activité exclue du champ de l'impôt est utilisé dans le cadre d'une activité imposable suite à une restructuration. L'art. 33 OTVA dispose qu'une déduction ultérieure de l'impôt préalable n'est possible que si le bien concerné a été utilisé. En revanche, l'art. 42 LTVA étend l'exemption aux services et aux biens utilisés.

1.3.9.2 Lignes directrices pour la révision du droit fiscal

Avec l'adoption de la LIFD et de la LHID, le législateur a tenté de réglementer la neutralité fiscale de certaines restructurations. En introduisant les art. 19 et 61 dans la LIFD, il entendait maintenir la pratique jusqu'ici en vigueur. La formulation fixe de la LIFD et de la LHID ne donne pas beaucoup de précision sur les conditions de la neutralité fiscale d'une restructuration: en effet, les conditions liées à l'abandon de l'imposition des réserves latentes en cas de fusion, de transformation et de scission sont énumérées de façon formelle. De même, les dispositions concernant les restructurations de la LIFD et de la LHID donnent faussement l'impression que le droit fiscal fédéral harmonisé est fondé sur une notion purement formelle de la réalisation des réserves latentes, alors que ces dispositions ne règlent l'abandon de l'imposition des réserves latentes que lorsqu'il y a effectivement une réalisation sur la base des dispositions générales de détermination du bénéfice. De plus, la transformation d'une société de capitaux en une entreprise de personnes n'est réglée ni dans la LIFD ni dans la LHID. Un autre problème se pose: la question de la réalisation des réserves des détenteurs des droits de participation à l'entreprise concernée par la restructuration n'est pas réglée non plus.

La création d'une loi sur la fusion permet d'élargir et de moderniser la formulation des prescriptions contenues dans la LIFD et dans la LHID et de se rapprocher du droit civil. Il faut surtout éviter que les possibilités offertes par le droit civil ne soient contrecarrées par le droit fiscal.

La modification du droit fiscal doit être intégrée dans le concept de la LIFD concernant l'imposition des sociétés et dans celui de la LHID. Il ne peut donc être question de renoncer à l'imposition des bénéfices des entreprises. La solution la plus adé-

quate serait de ne pas imposer les réserves latentes au moment de la restructuration, mais de différer leur imposition jusqu'au moment de la réalisation effective des bénéfices de l'entreprise.

Le projet de modification de la LIFD et de la LHID s'appuie donc sur les principes suivants:

- Les dispositions sur les restructurations de la LIFD et de la LHID doivent être conçues d'une manière plus large et plus adaptée à notre époque.
- Les restructurations franches d'impôt doivent être clairement définies et délimitées par rapport aux aliénations imposables.
- Les restructurations prévues dans le projet de loi sur la fusion doivent être facilitées dans la mesure du possible.

1.3.9.3 Modifications en matière d'impôt fédéral direct et d'impôts directs des cantons et des communes

Les propositions de modification de la LIFD et de la LHID peuvent se résumer comme suit:

- La possibilité de transférer des réserves latentes en franchise d'impôt, suite à une restructuration, ne devrait pas seulement être accordée aux sociétés de capitaux et aux sociétés coopératives mais à toute personne morale, c'est-à-dire aussi aux associations et aux fondations.
- Les conditions permettant de différer l'imposition ne devraient pas seulement être applicables aux impôts sur le revenu et sur le bénéfice mais aussi aux impôts sur les gains immobiliers. Ce principe est également prévu pour les restructurations d'institutions de prévoyance dans les dispositions particulières de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité.
- L'échange de parts, inhérent à une fusion ou à une concentration équivalant économiquement à une fusion, ne devrait pas entraîner une imposition des bénéfices en capital au niveau de l'actionnaire (personne physique avec participation dans la fortune commerciale ou personne morale).
- Les réserves latentes ne devraient pas être imposées dans les cas de transfert de participations ou d'exploitations à l'intérieur même d'un groupe.

Suite à la réforme 1997 de l'imposition des sociétés, d'autres modifications sont également prévues:

- L'art. 61 LIFD doit être complété afin que, à l'intérieur même d'un groupe sis en Suisse, des participations ou des entreprises puissent être transmises à une autre société du même groupe sis en Suisse sans qu'il y ait de changement des valeurs déterminantes pour l'impôt sur le bénéfice.
- La scission (scission horizontale incluse, c'est-à-dire le transfert d'actifs à une filiale) ne doit être neutre du point de vue fiscal que lorsqu'il y a transfert d'une exploitation ou d'une branche d'activité et que le délai de blocage de cinq ans est respecté. De plus, ce délai ne doit pas s'appuyer sur la notion d'impôt élué mais sur des bases objectives.

1.3.9.4

Rapport avec le droit civil

L'objectif du présent projet de loi est d'assurer la neutralité fiscale de toutes les formes de restructuration prévues par la loi sur la fusion qui visent à adapter les structures existantes de l'entreprise à un nouvel environnement économique et aux nouveaux besoins de la société. Cette neutralité fiscale ne peut toutefois être garantie que si elle répond à deux conditions essentielles imposées par le système fiscal suisse:

- Les actifs et les passifs doivent être transférés à leur valeur déterminante pour l'impôt sur le revenu et pour l'impôt sur le bénéfice.
- La société doit rester assujettie à l'impôt en Suisse.

Par conséquent, la reprise des biens d'une société de capitaux ou d'une société coopérative par la Confédération, un canton ou une commune (art. 751 et 915 CO) n'entre pas dans la catégorie des fusions privilégiées fiscalement. En effet, ces collectivités étant exonérées d'impôt, il serait injustifié de ne pas prendre en compte les réserves latentes transférées dans le cadre de l'imposition. La situation est analogue pour les sociétés suisses qui sont absorbées au cours d'une fusion par une société domiciliée à l'étranger. Dans ce cas, on ne peut déroger à l'imposition des réserves latentes que si la société reprenante continue d'exploiter la société absorbée en tant qu'établissement stable en Suisse. En revanche, les fusions intercantionales ne posent aucun problème, car la LHID ne prévoit aucune clause d'établissement. Pour ce qui est des pertes des exercices précédents, on peut déduire de l'art. 67, al. 1, LIFD que les pertes d'une personne morale absorbée sans conséquences fiscales font partie, dans le cadre de l'impôt fédéral, des „pertes des sept exercices précédant la période fiscale“. Pour les impôts cantonaux, les cantons ne sont en revanche pas tenus de prendre en compte les pertes enregistrées avant la fusion; c'est la conclusion que l'on peut tirer de la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant l'art. 46, al. 2, aCst. sur le cas comparable du transfert du siège d'un canton à un autre. La Commission pour l'harmonisation des impôts directs de la Confédération, des cantons et des communes (CHID) partage les conclusions du groupe de travail „Répartition intercantonale et internationale“, institué par la Conférence des fonctionnaires fiscaux d'Etat, lequel préconise d'instaurer, dans le cadre d'une révision de la LHID, une nouvelle réglementation pour les cas de changement de domicile fiscal d'une personne morale. Le message concernant les modifications correspondantes de la LHID doit bientôt être présenté aux Chambres fédérales.

Par ailleurs, il reste encore à définir, dans le cadre du droit fiscal, les principes régissant deux autres formes de restructuration que la loi sur la fusion ne traite pas. Il s'agit, d'une part, de la pratique courante de transformation d'une entreprise individuelle en société de capitaux, et, d'autre part, des cas analogues aux transformations de sociétés de capitaux en entreprises de personnes.

D'autres questions se posent spécifiquement pour les transferts de patrimoine prévus par le projet de loi. S'agissant ici d'un simple instrument de transfert des droits qui peut être utilisé pour atteindre différents objectifs économiques, le transfert de patrimoine ne peut être assimilé d'une manière générale à une fusion, une scission ou encore une transformation. Si le transfert de patrimoine peut effectivement être utilisé pour procéder à une restructuration lorsque le droit civil ne propose aucun instrument de droit des sociétés, il peut également être un moyen adéquat pour vendre les biens d'une entreprise à un tiers ou pour distribuer les actifs d'une société

aux actionnaires sous forme de dividendes en nature. Or, il est parfois difficile de délimiter dans quel cadre le transfert de patrimoine est utilisé. Le présent projet de loi tient compte de cette difficulté: il n'énumère pas de façon exhaustive les différentes formes de restructurations neutres fiscalement (fusion, scission, transformation). Les restructurations qui s'appuient sur un transfert de patrimoine peuvent par conséquent être effectuées sans conséquences fiscales, pour autant que le procédé soit analogue à une fusion, une scission ou une transformation, par exemple, le transfert d'une exploitation à une filiale (scission horizontale), la concentration ou la scission de fondations, la reprise d'une société coopérative par une fondation ou encore la transformation d'une société de capitaux en entreprise de personnes.

1.3.9.5 Questions spéciales

1.3.9.5.1 Restructuration d'entreprises de personnes (raisons individuelles, sociétés de personnes)

Dans son projet soumis à consultation, le groupe de travail „Impôts lors de restructurations“ proposait de lier la neutralité fiscale de la restructuration des entreprises de personnes au transfert „d'une exploitation indépendante ou d'une partie de l'exploitation“ au cours de la fusion, de la scission ou de la transformation. Nombre de participants à la consultation ont objecté que cette limitation ne s'imposait pas lorsque les biens d'une entreprise de personnes étaient transmis à une autre société de personnes (p. ex. d'une société individuelle à une société en nom collectif). Le présent rapport maintient toutefois l'exigence du transfert d'une exploitation (ou d'une partie de l'exploitation) pour pouvoir différencier clairement le transfert (imposable) d'un simple actif (et non d'une exploitation) de la fortune d'une société prévue à l'art. 18, al. 2, LIFD de la restructuration d'une société (non imposable) au sens de l'art. 19, al. 1, LIFD.

Si la condition prévoyant que „les éléments commerciaux sont repris à leur dernière valeur déterminante pour l'impôt sur le revenu“ n'est pas remplie, cela signifie, comme dans le cadre du droit en vigueur, que des réserves latentes ont été réalisées, qui sont équivalentes (et seulement équivalentes) aux changements de valeurs. La réalisation de ces réserves peut découler soit de la réévaluation des actifs soit du transfert de certains éléments de fortune dans la fortune privée.

Pour ce qui est du délai de blocage, il est communément admis que les rapports de participation doivent rester les mêmes durant cinq ans, que ce soit à la suite de la reprise d'une société de personnes par une société de capitaux ou de la transformation d'une société de personnes en société de capitaux. On admet également que le transfert gratuit des droits de participation ou des droits de sociétariat (p. ex. par dévolution, par avancement d'hoirie ou par donation) n'est pas imposable. Par contre, le nouveau concept de réglementation du délai de blocage proposé par le groupe de travail „Impôts lors de restructurations“ et basé sur le renversement du fardeau de la preuve a soulevé de nombreuses discussions: les cantons et certains participants à la consultation se sont clairement prononcés contre l'abandon de la réglementation (objective) actuelle. L'art. 19, al. 2, LIFD du présent projet se fonde sur la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle la fixation du délai de blocage ne doit pas répondre à des préoccupations concernant l'évasion fiscale mais que ce délai doit être basé sur „un concept légal de réalisation“ ou un „concept de différenciation“. Lorsqu'une société de personnes est transformée en société de

capitaux, le report de l'impôt suppose que l'entrepreneur reste engagé dans l'entreprise. Si ce n'est pas le cas, voire s'il vend ses actions après peu de temps, il réalise alors les réserves latentes de l'ancienne société de personnes, ce qui est suffisant pour procéder à l'imposition. Il n'est pas nécessaire qu'une intention d'éluder l'impôt soit avérée (arrêt du Tribunal fédéral du 28 décembre 1998, publié dans les Archives de droit fiscal suisse, vol. 68, p. 71). La situation est différente en cas de scission d'une personne morale (cf. ch. 1.3.9.5.2).

Lors de la reprise d'une entreprise de personnes par une personne morale, les propriétaires de la société reprise sont dédommagés par des droits de participation dans la personne morale reprenante ou par des droits de sociétariat (cf. art. 7, al. 1, P LFus). Par conséquent, la vente à titre onéreux de la fortune d'une entreprise de personnes n'entre pas dans le cadre des restructurations neutres fiscalement. Pour que ce soit bien clair, le groupe de travail „Impôts lors de restructurations“ a proposé de formuler l'article correspondant de manière que la contre-prestation de la personne morale reprenante soit principalement composée de droits de participation ou de droits de sociétariat. Lors de la procédure de consultation, il a été justement souligné que, très souvent, la contre-prestation d'une personne morale reprenante – par ex. lors de la transformation d'une entreprise de personnes en une société de capitaux – pouvait être constituée par un avoir sur le compte créanciers. Il a également été rappelé que la reprise des dettes envers des tiers, liée le plus souvent à une restructuration, était également considérée comme une contre-prestation par la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit de timbre de négociation. On a par conséquent fait valoir que ces conditions ne devaient pas empêcher la neutralité fiscale des restructurations. C'est pourquoi le présent projet de loi prévoit uniquement, à l'art. 19, al. 1, let. b, LIFD, que les (éventuelles) contre-prestations de la personne morale reprenante ou transformée comprennent la remise de droits de participation ou de droits de sociétariat.

1.3.9.5.2 Restructuration de personnes morales

Sur la base des travaux du groupe de travail „Impôts lors de restructurations“, nous proposons de considérer le transfert des biens d'une société à une „autre personne morale“ dans le cadre d'une restructuration comme étant en principe une opération neutre du point de vue fiscal. Pour ce faire, il faut accorder un report d'impôt pour les fusions prévues par la loi telles que:

- la reprise d'une association par une société de capitaux ou une société coopérative;
- la fusion de deux associations;
- la fusion de deux fondations;
- la fusion de deux institutions de prévoyance en faveur du personnel;
- la reprise d'une société coopérative sans parts sociales par une association;
- la reprise d'un institut de droit public (p. ex. un établissement) par une association, une fondation, une société de capitaux ou une société coopérative.

Pour ce qui est des scissions, cette mesure devrait également toucher:

- la scission avec dissolution du sujet transférant (division au sens de l'art. 29, let. a, P LFus);

- la scission verticale, au cours de laquelle une exploitation est transférée à une autre société (notamment une société sœur) et les actionnaires de la société scindée sont dédommagés par des actions de la société reprenante (séparation au sens de l’art. 29, let. b, P LFus).
- le cas des „joint venture“, lorsque deux entreprises indépendantes apportent chacune une exploitation à une nouvelle société dominée conjointement.

Dans le cadre des transformations, cette mesure concerne non seulement la transformation d’une société de capitaux ou une société coopérative en une autre société de capitaux ou société coopérative, mais également:

- la transformation d’une société coopérative sans parts sociales en une association;
- la transformation d’une association en une société de capitaux ou une société coopérative;
- la transformation d’un institut de droit public en une association, une fondation, une société de capitaux ou une société coopérative.

Le projet du groupe de travail „Impôt lors de restructurations“ mis en consultation proposait que la neutralité fiscale des restructurations de personnes morales soit liée, également en cas de fusion, au transfert „d’exploitations indépendantes ou de parties distinctes de celles-ci“. Le présent projet maintient l’exigence du transfert d’une exploitation (ou d’une partie distincte de l’exploitation), mais seulement en cas de scission. Les scissions verticales avec transfert d’une exploitation à une société sœur ou à une société parallèle ne peuvent être effectuées sans conséquences fiscales selon le droit et la pratique en vigueur, que si une exploitation (ou une partie de l’exploitation) est transférée.

Pour ce qui est du délai de blocage, le présent projet de loi s’appuie, dans son art. 61, al. 1^{bis}, LIFD, sur la conception discutée par le groupe de travail, conception qui prévoit le renversement du fardeau de la preuve. D’après cette conception, il n’y pas de neutralité fiscale s’il y avait intention de vendre déjà au moment de la scission. On considère qu’il y a intention de vendre lorsque les droits de participation ou les droits de sociétariat concernés sont aliénés dans les cinq ans suivant la scission à un prix supérieur à leur valeur nominale et que l’actionnaire ne peut prouver qu’il n’avait aucune intention de vendre au moment de cette scission.

1.3.9.5.3 Transfert de participations et d’exploitations au sein d’un groupe sis en Suisse

Le groupe de travail „Impôt lors de restructurations“ a proposé que la neutralité fiscale du transfert des participations et d’exploitations au sein d’un groupe sis en Suisse soit également inscrite clairement dans la LIFD et dans la LHID. Lors de la consultation, certains avis ont souligné que la réforme 1997 de l’imposition des sociétés rendait toute nouvelle prescription inutile. Cette position ne peut être suivie, car la réforme de l’imposition des sociétés ne règle que le transfert de participations à une société du même groupe sise à l’étranger. En revanche, elle ne règle en rien le transfert d’une participation au sein d’un groupe sis en Suisse (p. ex. à une société sœur), ni le transfert, à la valeur déterminante pour l’impôt sur le bénéfice, d’une exploitation (ou d’une partie de l’exploitation) à une autre société du groupe. C’est

pourquoi l'art. 61, al. 2, LIFD doit prévoir de manière explicite que, dans le cadre d'une restructuration, les participations importantes ou les exploitations peuvent être transférées à une autre société du même groupe à leur valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice.

D'après la pratique née de l'ancien droit, certains biens d'une société pouvaient être transférés à une filiale sans conséquences fiscales. La réforme 1997 de l'imposition des sociétés prévoit désormais que les bénéfices en capital sur les participations sont considérés comme un rendement de participation et sont (indirectement) exonérés d'impôt. Les apports en capital dissimulés conduisent ainsi en principe à une imposition des réserves latentes et à une augmentation des valeurs pour l'impôt sur le bénéfice et du coût d'investissement de la participation. Renoncer à l'imposition en cas de scission horizontale ne se justifie que si une exploitation (ou une partie de l'exploitation) est transférée à une filiale à la valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice. Contrairement aux scissions verticales, il n'est dans ce cas pas nécessaire que la société (mère) scindée conserve une exploitation après la scission.

Lors du transfert de participations, d'exploitations ou de parties d'exploitation à un groupe de sociétés sis en Suisse, les réserves latentes sont également transférées à une autre sujet fiscal. Lorsque le transfert est effectué vers une société soeur ou vers la société mère, il y a déplacement de la substance fiscale. En cas de transfert à une société fille, cela signifie qu'une réduction pour participation peut être demandée pour le gain réalisé lors d'une aliénation. Si les participations, exploitations et parties d'exploitation transférées sont aliénées durant le délai de blocage, il faut pouvoir garantir que l'impôt sur les bénéfices sera prélevé auprès de la société transférante. C'est pourquoi l'art. 61, al. 2^{bis}, LIFD est basé sur le concept objectif exposé au ch. 1.3.9.5.1. Cette solution correspond à la pratique actuelle qui prévoit un délai de cinq ans pour l'imposition sur le bénéfice en cas de transfert d'exploitations ou de parties d'exploitation à une société fille (cf. circulaire de l'AFC du 9 juillet 1998, ch. 2.5.3, let. d). Ainsi, le droit en vigueur permet déjà d'éviter que des gains en capital imposables ne soient artificiellement transformés en gains de participation exonérés d'impôt. Cela n'exclut pas pour autant que, lors du transfert d'une „nouvelle participation“ au sens de l'art. 270a, al. 1, LIFD en violation du délai de blocage, on puisse faire valoir la réduction pour participation prévue aux art. 69 et 70 LIFD.

1.3.9.5.4 Bénéfice de fusion et perte de fusion

Lorsqu'une maison mère absorbe sa filiale en opérant une fusion, cette concentration peut conduire chez la société mère reprenante – suivant la valeur de la participation qui figurait au bilan de cette dernière – soit à une perte comptable soit à un bénéfice comptable. Si la valeur comptable des actifs et des passifs repris demeure en fin de compte en dessous de la valeur comptable de la participation, on se trouve en présence d'une différence négative de reprise (perte de fusion). Dans le cas contraire, à savoir lors d'une différence positive, on se trouve en présence d'un bénéfice de fusion. Les raisons de ces différences peuvent être de natures variées. Malgré une perte de fusion comptable, il n'y a pas économiquement réalisation de perte lorsque des réserves latentes de la filiale ont passé à la société mère dans une mesure équivalente à la différence comptable (perte de fusion impropre). Mais s'il n'y a pas ou trop peu de réserves latentes, cela veut dire que la participation était surestimée déjà

avant la fusion et que sa valeur aurait dû être rectifiée. Le bénéfice de fusion peut lui aussi avoir diverses causes. Il peut ainsi résulter du fait que les amortissements entrepris autrefois sur les participations se sont avérés surfaits ou qu'ils ont à nouveau été compensés par une augmentation de la valeur intervenue postérieurement. Le bénéfice de fusion peut aussi provenir de bénéfices accumulés qui sont transférés comme réserves apparentes à la maison mère dans le cadre de la fusion.

Pour ce qui est de la perte de fusion, le droit en vigueur (art. 61, al. 3, LIFD) prescrit qu'une perte comptable sur la participation ne peut être déduite sur le plan fiscal. En ce qui concerne le bénéfice de fusion, l'art. 61, al. 3, LIFD prévoit que tout bénéfice comptable sur la participation est imposable. Le groupe de travail estime que cette réglementation est inadéquate. Il avance à ce propos que, dans les cas de bénéfice de fusion, il ne s'agit en principe que d'un montant apparaissant au bilan, tandis que, pour déterminer le bénéfice imposable, il faut se baser sur le solde du compte de résultats (art. 58, al. 1, LIFD). La question, très discutée dans la consultation, de l'imposition des bénéfices de fusion reste théorique, la maison mère reprenante pouvant faire valoir la déduction pour participation à hauteur du bénéfice réalisé. Depuis l'introduction de l'impôt proportionnel sur le bénéfice, l'absence d'imposition du bénéfice de fusion n'est pas de nature à occasionner des pertes pour l'impôt fédéral direct. Il en va autrement pour les cantons qui n'ont pas encore introduit l'impôt proportionnel sur le bénéfice. En réponse aux arguments du groupe de travail, les cantons ont très justement fait remarquer que le bénéfice soumis aux impôts de la Confédération et des cantons englobe également les produits qui ne sont pas inscrits au compte de résultats, tels que les bénéfices en capitaux, les bénéfices de liquidation et les bénéfices de réévaluation (art. 58, al. 1, let. c, LIFD; art. 24, al. 1, let. b, LHID). Dans ce contexte, c'est la réforme 1997 de l'imposition des sociétés qui est déterminante; elle maintient le principe selon lequel les produits et bénéfices de participation ne sont pas exonérés directement, mais indirectement par octroi de la déduction pour participation. On doit donc s'en tenir à la règle qui veut que le bénéfice de fusion constitue une partie du bénéfice net imposable. Le bénéfice de fusion peut d'autre part être considéré comme faisant incontestablement partie, conformément à l'art. 70, al. 1, LIFD, des rendements de participations donnant droit à une réduction de l'impôt sur le bénéfice selon l'art. 69 LIFD.

1.3.9.5.5 Scission d'institutions de prévoyance

Conformément à l'art. 80, al. 2, de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), les institutions de prévoyance de droit privé ou public possédant la personnalité juridique sont exonérées des impôts ordinaires sur le bénéfice de la Confédération, des cantons et des communes, ainsi que des impôts sur les successions et les donations des cantons et des communes, dans la mesure où leurs actifs servent exclusivement à la prévoyance. En revanche, les impôts fonciers sur la valeur brute des immeubles et les droits de mutations peuvent être perçus conformément à l'art. 80, al. 3, LPP. Les impôts ordinaires sur le bénéfice ou un impôt spécial sur les bénéfices immobiliers peuvent être prélevés sur les plus-values immobilières. En revanche, aucun impôt sur le bénéfice ne peut être prélevé sur les fusions ou les scissions d'institutions de prévoyance (art. 80, al. 4, LPP). Est ainsi visé l'impôt sur les gains immobiliers, qu'il faut renoncer à percevoir, selon le groupe de travail „Impôts lors de restructurations“, en cas de fusion ou de scission d'institutions de prévoyance professionnelle.

En revanche, la perception des droits de mutation est permise (cf. ch. 1.3.9.7). La crainte exprimée pendant la consultation, selon laquelle l'exonération de l'impôt sur les gains immobiliers en cas de scission d'une institution de prévoyance pourrait échouer en raison de la clause d'exploitation est par conséquent infondée. Savoir si le droit fiscal peut considérer les institutions de prévoyance comme des exploitations n'est pas déterminant, car la neutralité fiscale de la scission découle directement, sans restriction découlant de la clause d'exploitation, de l'art. 80, al. 4, LPP.

1.3.9.5.6 Transformation d'une société de capitaux ou d'une société coopérative en une société de personnes

D'ordinaire, la dissolution d'une société de capitaux ou d'une société coopérative entraîne l'imposition:

- du bénéfice de liquidation, qui est égal en général à la totalité des réserves latentes (c'est-à-dire la différence entre la valeur vénale des actifs et passifs et la valeur comptable) au niveau de la société de capitaux ou de la coopérative, et
- du dividende de liquidation au niveau de l'actionnaire ou du coopérateur.

La pratique de certains cantons concernant l'impôt fédéral direct et les impôts cantonaux considère que le bénéfice de liquidation est imposable uniquement au niveau de la société de capitaux ou de la société coopérative. D'autres cantons avaient tendance à imposer, à titre de revenu, le dividende de liquidation revenant aux actionnaires ou aux coopérateurs.

Le législateur n'a pas mentionné explicitement ce fait à l'art. 61 LIFD (ni à l'art. 24 LHID). Pour cette raison, la doctrine a conclu que le législateur avait considéré que les réserves reportées étaient imposables aussi bien au niveau de la société qu'au niveau de l'actionnaire.

En nous référant au rapport du groupe de travail „Impôts lors de restructurations“, nous sommes arrivés à la conclusion que le cumul de l'imposition au niveau de la société et de l'actionnaire n'était pas défendable. L'imposition est certes nécessaire pour empêcher que l'actionnaire qui veut liquider une société anonyme ne la transforme en une société de personnes juste avant de procéder à la liquidation prévue. Avec le groupe de travail „Impôts lors de restructurations“, nous estimons que les réserves latentes doivent passer sans imposition au nouveau titulaire des droits (c'est-à-dire à l'entrepreneur), mais qu'il faut décompter chez l'actionnaire le dividende de liquidation ou le dividende en nature qu'il reçoit sous la forme des actifs qui lui sont transférés. Nous proposons donc de régler expressément la transformation d'une personne morale en société de personnes à l'art. 61, al. 1, let. a, LIFD (et à l'art. 24, al. 3, let. a, LHID) et d'affirmer clairement que l'imposition a lieu non pas au niveau de la personne morale, mais exclusivement au niveau de l'actionnaire. Cette réglementation doit également être valable lorsqu'une personne morale est transformée en une association ou en une fondation.

1.3.9.5.7

Soulttes et augmentation de la valeur nominale

Pour tenir compte du changement des rapports de valeur en cas de fusion, les actionnaires de la société reprise reçoivent parfois des actions de la société reprenante ayant une valeur nominale plus élevée ou une soute (cf. art. 7, al. 2, P LFus). D'après la législation et la pratique en vigueur, l'impôt anticipé est prélevé dans les deux cas, pour que le montant correspondant puisse être imposé auprès de l'actionnaire privé en tant que revenu au sens de l'art. 20, al. 1, let. c, LIFD.

Pour que des restructurations n'échouent pas devant cet obstacle fiscal, le groupe de travail „Impôts lors de restructurations“ propose d'exclure les bénéfices sur la valeur nominale et le paiement de soutes aussi bien des impôts sur le revenu de la Confédération, des cantons et des communes que de l'impôt anticipé. Ce groupe de travail estime en revanche que les augmentations de valeur et les soutes sont inutiles en cas de fusions de filiales. En cas de scission au sens de l'art. 37, let. b, P LFus, le groupe de travail „Impôts lors de restructurations“ a proposé un dégrèvement analogue d'éventuelles soutes et augmentations de valeur nominale.

Des cantons et d'autres participants à la consultation ont reproché à la proposition du groupe de travail de s'écarter d'un principe fondamental, celui de la valeur nominale. Selon eux, pour ce qui est des compensations, la détermination objective de la notion de rendement de la fortune est judicieuse aussi longtemps que les bénéfices sur la fortune mobilière privée ne sont pas imposés. Il faut également prendre au sérieux l'avertissement d'après lequel l'imposition d'actions gratuites perdrait toute justification si le principe de la valeur nominale ne s'appliquait plus aux augmentations de la valeur nominale et aux soutes tant pour les impôts sur le revenu que pour l'impôt anticipé. Les cantons rappellent en outre qu'il ne faudrait pas sous-estimer la perte de recettes: le risque que des fonds propres supplémentaires soient constitués aux dépens des réserves en cas de fusion afin de procéder ultérieurement à une réduction de capital (franche d'impôt) ne peut pas être simplement écarté.

1.3.9.5.8

Scission de holdings et de sociétés immobilières

D'après la pratique, la division de sociétés immobilières et de sociétés holding ne peut se faire sans incidences fiscales, car ces sociétés ne possèdent en général pas d'exploitations. Le groupe de travail „Impôts lors de restructurations“ a conclu qu'on pouvait renoncer à ces restrictions et a proposé de traiter la scission de sociétés immobilières et de sociétés holding – sous réserve du délai de blocage – comme des opérations fiscalement neutres.

Le présent projet de loi ne reprend pas cette proposition. Ainsi qu'on l'a relevé au ch. 1.3.9.5.2, la condition de l'exploitation a gagné en importance depuis l'adoption de la réforme 1997 de l'imposition des sociétés. Si un immeuble est transféré à une filiale ou à une société sœur à la suite d'une scission, la neutralité fiscale ne se justifie qu'à la condition que l'immeuble concerné soit affecté à une exploitation qui est transférée dans sa totalité. En revanche, si le transfert se limite à un seul immeuble, on ne peut renoncer à l'imposition des réserves latentes. Pour ce qui est des sociétés holding, la pratique admet l'existence d'une restructuration fiscalement neutre, dans la mesure où la scission d'une société holding est liée au transfert de participations à des sociétés d'exploitation ou de commerce. Cette pratique peut subsister à l'avenir.

1.3.9.5.9 Acquisition du statut de holding

La société mixte qui change de structure et devient une société holding en transférant son exploitation d'origine à une filiale (scission horizontale) acquiert ainsi le statut de société holding pure, qui n'est pas assujettie à l'impôt sur le bénéfice selon l'art. 28, al. 2, LHID. L'acquisition du statut de holding peut aussi découler de l'aliénation par la société holding mixte de son exploitation d'origine ou de la cessation de son exploitation. Dans ces cas, plusieurs cantons avaient jusqu'à maintenant tendance à saisir le prétexte du changement de statut pour imposer les réserves latentes en vertu de la systématique fiscale. Plus récemment, les cantons se sont montrés plus disposés, en se fondant sur de nouvelles dispositions légales ou sur le régime des revers, à différer l'imposition jusqu'à la réalisation effective ou comptable des réserves latentes.

Le présent projet de loi renonce à introduire dans la LHID le différé d'imposition proposé par le groupe de travail „Impôts lors de restructurations“. Lors de la consultation, les cantons ont fait remarquer que le problème était devenu, dans une large mesure, sans objet depuis la réforme 1997 de l'imposition des sociétés. D'après l'avis concordant des cantons, la neutralité fiscale de la scission horizontale ne présuppose d'ailleurs pas que la société mère qui se divise garde une entreprise.

1.3.9.6 Droits de timbre

Pour les droits de timbre, le groupe de travail „Impôts lors de restructurations“ a proposé un allègement du droit de timbre d'émission. Cette proposition visait à ne percevoir le droit d'émission que sur la valeur nominale des droits de participation créés à l'occasion de la restructuration (et non pas sur la valeur vénale de l'entreprise concernée) pour les droits de participation qui sont créés ou augmentés dans le cadre de l'exécution d'une décision de fusion, de scission ou de transformation de sociétés commerciales sans personnalité juridique, d'associations, de fondations ou d'entreprises du droit public. Un tel dégrèvement, qui se traduirait par des diminutions de recettes assez importantes, n'est pratiquement pas compatible avec le postulat d'après lequel les restructurations ne doivent être favorisées que si les entreprises concernées ont déjà dû acquitter ce droit. Du point de vue de l'égalité de droit, un dégrèvement poserait problème dans la mesure où il conduirait à privilégier les nouvelles sociétés de capitaux créées à la suite de la privatisation des établissements de droit public. Pour ce qui est des PME et de la transformation d'entreprises de personnes en sociétés de capitaux, on rappellera que, dans ces deux cas, on applique la franchise de 250 000 francs prévue à l'art. 6, al. 1, let. h, de la loi sur les droits de timbre (LT).

Le droit de timbre de négociation soulève deux autres préoccupations:

- Jusqu'à présent, l'art. 14, al. 1, let. b, LT exonérait l'apport de titres servant à la libération d'actions, de parts sociales de sociétés à responsabilité limitée et de sociétés coopératives, de bons de participation et de parts de fonds de placement suisses. Ainsi, des sociétés anonymes suisses pouvaient, lors d'une fondation de société ou d'une augmentation de capital, libérer le capital-actions d'une société fille suisse sans que le droit de timbre de négociation soit prélevé, pour autant qu'elles apportent des titres. Désormais, la libération d'action étrangères, de parts sociales de sociétés à responsabilité limitée et de sociétés coopératives étrangères, de bons de participation et de

parts de fonds de placement étrangers par apport de titres sera également exclue du champ de cet impôt. Cette disposition permet notamment aux sociétés holding d'utiliser des participations pour libérer des actions de groupes étrangers, sans pour autant être soumises au droit de timbre de négociation. Cet allègement supplémentaire, qui porte sur des opérations se déroulant souvent dans le cadre d'une restructuration, répond par conséquent en grande partie aux demandes formulées dans la motion Bühler du 22 avril 1999 concernant la suppression du droit de négociation en cas de restructuration interne à un groupe.

- Si les entreprises concernées par une restructuration comprennent un commerçant de titres au sens de l'art. 13, al. 3, LT, l'AFC peut – selon une pratique approuvée par le Tribunal fédéral – prélever le droit de timbre de négociation pour autant que la restructuration mène à un transfert de la propriété de titres et qu'elle entraîne une reprise de dettes vis-à-vis de tiers. Le prix déterminant sur lequel se fonde le calcul du droit équivaut dans ces cas à la partie des engagements repris, correspondant au rapport entre la valeur des titres transférés et le total des actifs repris. Le groupe de travail „Impôts lors de restructurations“ a proposé de supprimer cet impôt, car un transfert de fortune lié à une restructuration ne constitue pas une opération de vente. Si on suit ce point de vue, la modification correspondante de la LT serait justifiée. Cette exonération du droit de timbre de négociation porte également sur des opérations effectuées avec l'étranger, ce qui répond à une des principales préoccupations exprimées dans la motion Bühler du 22 avril 1999 concernant la suppression du droit de négociation en cas de restructuration interne à un groupe.

1.3.9.7 Droits de mutation

Le groupe de travail „Impôts lors de restructurations“ souhaiterait que les cantons renoncent à percevoir des droits de mutation en cas de neutralité fiscale pour les impôts directs ou de différé d'imposition sur les gains immobiliers afin de ne pas rendre plus difficiles les diverses formes de restructuration prévues dans le projet de loi sur la fusion.

Les droits de mutation sont des impôts sur les transactions qui frappent le transfert à titre onéreux de la propriété immobilière. L'objet de l'impôt est le transfert en tant que tel et non pas le bénéfice réalisé (contrairement aux impôts sur les gains immobiliers). Les droits de mutation sont en général perçus sur le prix d'achat. Ils sont généralement proportionnels, et leur taux est compris entre 1 et 3 % dans la plupart des cantons et des communes.

L'interprétation de l'art. 129 Cst. (art. 42^{quinquies} aCst.) mène à la conclusion que la Confédération ne peut ordonner une harmonisation des droits de mutation. En effet, d'après l'opinion dominante, les droits de mutation font partie des impôts indirects. Cette opinion n'a pas été contestée pendant la consultation. Quelques avis prétendent que la compétence de la Confédération d'intervenir sur ce point précis dans la législation des cantons peut se déduire de l'art. 122 Cst. (art. 64 aCst.), s'il faut empêcher certains cantons de supprimer le libre choix de la forme juridique par „un impôt constitutionnellement contestable“.

Traditionnellement, beaucoup de cantons prélèvent, sous forme d'impôt sur les transactions, des impôts indirects s'appuyant sur les opérations de droit privé. Ce

sont notamment les impôts sur les successions et sur les donations et les droits de mutation. L'interprétation historique de l'art. 122 Cst. montre déjà que la Confédération ne peut supprimer ni l'un, ni l'ensemble de ces impôts. Par contre, on peut déduire de l'art. 122 Cst. la compétence de la Confédération d'intervenir dans la législation cantonale lorsque celle-ci restreint excessivement ou vide une norme du droit civil fédéral de son sens. Un conflit général d'objectifs n'est cependant pas suffisant pour admettre l'existence d'une violation du droit fédéral. Pour limiter ou supprimer un tel impôt, il faudrait cependant fixer des exigences élevées.

En cas de restructuration, les droits de mutation sont dus sur la totalité de la propriété immobilière qui est transférée à un autre titulaire dans le cadre de la restructuration. Le dégrèvement important du présent projet de loi en cas de restructuration consiste à renoncer à décompter – dans le cadre de l'impôt sur les gains immobiliers – les réserves latentes parfois importantes sur les immeubles. Vu les taux compris entre 1 et 3 %, le Conseil fédéral considère que les droits de mutation ne sont pas suffisamment restrictifs pour influencer massivement ou pour vider de son sens la réalisation des objectifs de la loi sur la fusion.

En résumé, la Confédération ne saurait interdire aux cantons de prélever des droits de mutation en cas de restructuration, ni en se fondant sur l'art. 129 Cst., ni sur l'art. 122 Cst. (cf. JAAC 63.83, www.vpb.admin.ch/deutsch/doc/63/63.83.html). Les cantons devraient cependant bien voir que l'octroi d'un différé d'imposition faciliterait l'exécution des restructurations.

1.3.9.8 Taxe sur la valeur ajoutée

Dans son rapport, le groupe de travail „Impôts lors de restructurations“ a également examiné une modification de l'ordonnance régissant la taxe sur la valeur ajoutée (OTVA). En l'occurrence, il approuve la modification de l'art. 26, al. 3, OTVA, adoptée le 18 septembre 1995, selon laquelle la taxe sur les prestations à soi-même ne s'applique, en cas de changement d'affectation d'objets immobiliers, qu'à la valeur maximale des impenses qui ont permis précédemment la déduction de l'impôt préalable. En outre, ce groupe de travail a approuvé les adjonctions faites à cette règle à l'art. 34, al. 2, LTVA, d'après lesquelles la taxe sur les prestations à soi-même doit trouver sa limite supérieure dans le montant correspondant à la déduction de l'impôt préalable qui a été faite sur l'objet en cause. Dans le même ordre d'idées, il a approuvé la nouvelle réglementation sur le dégrèvement des investissements, qui figure à l'art. 42 LTVA.

Après l'adoption par les Chambres fédérales de la loi sur la taxe sur la valeur ajoutée le 2 septembre 1999, nous ne voyons pas l'utilité de poursuivre l'examen de la question d'une modification de l'OTVA.

1.4 Droit comparé

1.4.1 En général

De nombreux Etats européens connaissent déjà une réglementation qui facilite la réorganisation des structures des entreprises au niveau du droit des sociétés. D'une manière générale, il faut constater que les ordres juridiques mentionnés ci-dessous

se distinguent par une plus grande flexibilité en ce qui concerne la modification des structures juridiques des entreprises et par une plus grande sécurité juridique par rapport aux dispositions actuelles du droit suisse.

1.4.2 Allemagne

1.4.2.1 Généralités

La „Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts (UmwG)“ du 28 octobre 1994 (loi sur les transformations) règle de manière exhaustive, dans pas moins de 325 articles, la fusion, la scission, le transfert de patrimoine et la transformation de sociétés („Rechtsträger“). Cette loi regroupe les anciennes dispositions concernant la fusion, la scission, le transfert de patrimoine et la transformation qui étaient jusqu’alors réparties dans différentes lois et en élargit le champ d’application. Une des principales innovations de la loi consiste en l’introduction de la „succession universelle partielle“ (par opposition à la succession à titre singulier qui prévalait jusqu’alors), qui simplifie grandement la scission de sociétés.

1.4.2.2 Fusion

La fusion („Verschmelzung“) de sujets („Rechtsträger“) peut résulter de la reprise d’un sujet par un autre („Verschmelzung zur Aufnahme“) ou de leur réunion au sein d’un nouveau sujet („Verschmelzung zur Neugründung“). Dans un cas comme dans l’autre, la fusion a lieu contre attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat du sujet reprenant aux associés des sujets transférants (par. 2 UmwG).

Les sociétés commerciales de personnes („Personenhandelsgesellschaften“), les sociétés de capitaux, les sociétés coopératives et les associations, notamment, peuvent participer à une fusion (par. 3 UmwG). Celle-ci peut mettre en cause des sujets de même forme juridique ou de forme juridique différente.

La fusion se base sur un contrat de fusion revêtant la forme notariée (par. 4 à 6 UmwG), sur un rapport de fusion établi par les organes d’administration (par. 8 UmwG) et, en principe, sur un rapport de vérification établi par un expert (par. 9 UmwG). Le contrat de fusion est ensuite approuvé par l’assemblée des associés (par. 13 UmwG; la décision revêt la forme notariée), puis la fusion est inscrite au registre du commerce afin de pouvoir déployer ses effets (par. 16 UmwG).

1.4.2.3 Scission

La loi (par. 123 UmwG) prévoit trois formes de scissions:

- La „Aufspaltung“: un sujet peut, par suite de sa dissolution sans liquidation, diviser son patrimoine; les associés du sujet transférant se voient attribuer des parts sociales ou le sociétariat des sujets reprenants.
- La „Abspaltung“: un sujet peut séparer une ou plusieurs parts de son patrimoine; les associés du sujet transférant se voient attribuer des parts sociales ou le sociétariat des sujets reprenants.

- La „Ausgliederung“: un sujet peut dissocier une ou plusieurs parts de son patrimoine; le sujet transférant se voit attribuer des parts sociales ou le sociétariat des sujets reprenants.

Les formes de sociétés pouvant participer à une scission sont en principe les mêmes que celles qui peuvent participer à une fusion (par. 124 UmwG).

Les dispositions régissant la fusion s'appliquent normalement par analogie à la scission (par. 125 UmwG). La procédure de scission est très similaire à celle prévue pour la fusion. La scission se base sur un contrat de scission, un rapport de scission et un rapport de vérification. La scission est ensuite approuvée par l'assemblée des associés et inscrite au registre du commerce. L'inscription au registre provoque le transfert des parts de patrimoine, telles que décrites dans le contrat de scission.

1.4.2.4 Transformation

Par la transformation („Formwechsel“), un sujet acquiert une nouvelle forme juridique (par. 190 UmwG).

Les sociétés commerciales de personnes („Personenhandelsgesellschaften“), les sociétés de capitaux, les sociétés coopératives, les associations et les instituts de droit public, notamment, peuvent participer à une transformation.

La procédure de transformation est analogue à la fusion et à la scission. Un rapport de transformation est établi. L'assemblée des associés doit approuver le changement de forme juridique par une décision de transformation revêtant la forme notariée. La transformation déploie ses effets par son inscription au registre du commerce.

1.4.3 France

1.4.3.1 Généralités

En 1966, le législateur a réglé de façon exhaustive les opérations de fusions et de scissions (art. 371 à 389 de la loi n° 66–537 du 24 juillet sur les sociétés commerciales³³). Ces dispositions concernent essentiellement les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée. Elles furent maintes fois complétées³⁴; la réforme de 1988 eut pour objet l'adaptation du droit français aux troisième et sixième directives européennes en matière de droit des sociétés.

1.4.3.2 Fusion

La fusion est l'opération par laquelle deux sociétés se réunissent pour n'en plus former qu'une seule. La fusion peut avoir pour résultat la création d'une nouvelle société ou résulter de l'absorption d'une société par une autre (art. L 371–1).

³³ Appelée également Code des Sociétés.

³⁴ Décret du 23.3.1967 (art. D 254 à D 265), loi 78-9 du 4.1.1978 (introduisant dans le code civil un art. 1844-4 qui reprend presque littéralement la définition de l'art. L 371 de la loi de 1966, mais en l'étendant à toutes les formes de sociétés) et loi 88–17 du 5.1.1988, complétée par le décret n° 88–418 du 22.4.1988.

La fusion provoque la dissolution sans liquidation de la société absorbée (art. L 372–1) et entraîne la transmission universelle de l'ensemble des éléments actifs et passifs composant son patrimoine (art. L 371–1). Elle a pour corollaire l'échange de droits sociaux: les associés de la société dissoute deviennent associés de la société reprenante (art. L 372–1). La fusion peut également être réalisée entre des sociétés de forme juridique différente (p. ex. entre une société anonyme et une société à responsabilité limitée).

La fusion est décidée par chacune des sociétés intéressées au vu du projet de fusion établi par leurs dirigeants et du rapport des commissaires à la fusion. Le projet de fusion (art. L 374–1) est déposé au greffe du tribunal de commerce du lieu du siège des sociétés et doit faire l'objet d'une publicité dans un journal d'annonces légales. Le projet de fusion est ensuite soumis à l'approbation des assemblées. La fusion déploie ses effets (art. 372–1) à la date de l'immatriculation de la nouvelle société au registre du commerce en cas de fusion par création d'une nouvelle société. Dans le cas d'une fusion par absorption, la fusion prend effet, sauf convention contraire, à la date de la dernière assemblée générale ayant approuvé l'opération.

1.4.3.3 Scission

Une société peut, par voie de scission, transmettre son patrimoine à plusieurs sociétés existantes ou à plusieurs sociétés nouvelles. La loi parle de scission sans autre précision. Selon la jurisprudence, pour qu'il y ait scission il faut que la société scindée disparaisse. La scission se caractérise dès lors par trois éléments essentiels qui sont:

- la dissolution sans liquidation de la société scindée;
- la transmission universelle du patrimoine de la société scindée aux sociétés reprenantes;
- l'échange des droits sociaux; les associés de la société recevant des titres des sociétés bénéficiaires des apports.

Une scission peut être opérée au profit de sociétés de forme juridique différente (art. L 372–1 Code des sociétés). Ainsi, une société à responsabilité limitée peut se scinder au profit d'une société anonyme préexistante et d'une société à responsabilité limitée.

Par ailleurs, une société peut, sans procéder à sa dissolution, transférer une part de son patrimoine à une autre société; une telle opération ressemble beaucoup à une scission. Les art. L 387 et 388–1 du Code des sociétés permettent donc de soumettre de tels transferts au régime de la scission.

La procédure de scission en droit français se déroule de la manière suivante: les dirigeants des sociétés intéressées arrêtent un projet de la scission (art. L 374–1 et D 254–1 du décret du 23.3.1967, modifié par décret du 22.4.1988); le projet fait l'objet d'un dépôt au greffe du tribunal de commerce concerné (lieu du siège social de chacune des sociétés) et d'un avis légal inséré dans un journal d'annonces légales (art. L 374); il doit être ensuite soumis à l'approbation des associés des sociétés concernées.

1.4.3.4 Transformation

La transformation d'une société est son changement de forme juridique, tout en maintenant inchangée sa personnalité morale. Elle n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle mais constitue une simple modification des statuts. Elle est prévue pour les sociétés en général, soit les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés par actions et les sociétés civiles (art. 1844-3 du Code civil). Les effets de la transformation sont dominés par le maintien de la personnalité morale; les droits et les obligations que la société a contractés sous son ancienne forme juridique subsistent. Toutefois, les statuts doivent être modifiés pour tenir compte de la nouvelle forme juridique.

1.4.4 Italie

1.4.4.1 Généralités

Le droit italien régit de manière uniforme la fusion et la scission de sociétés depuis 1991. Cette révision législative³⁵ a introduit la scission et révisé les dispositions concernant la fusion, qui était auparavant réglementée de manière lacunaire par le Codice civile (CCI).

1.4.4.2 Fusion

La loi ne définit pas la fusion. Selon la doctrine, cette dernière consiste en la réunion de sociétés contre attribution aux associés de la société dissoute d'une participation à la société reprenante. La fusion peut résulter de la fondation d'une nouvelle société ou de l'absorption d'une société par une société existante (art. 2501, al. 1, CCI).

La fusion est autorisée pour l'ensemble des sociétés commerciales, soit la société anonyme, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée, la société en nom collectif et la société en commandite simple. En l'absence de dispositions légales expresses, la doctrine considère que la fusion entre sociétés de forme juridique différente n'est pas toujours possible; c'est le cas notamment de l'absorption d'une société coopérative par une société anonyme.

La fusion se base sur un contrat de fusion (art. 2501^{bis} et 2504^{octies} CCI), qui est complété par un rapport de fusion et le rapport d'un expert indépendant. Le contrat est ensuite soumis à l'approbation des associés (art. 2502 CCI). La fusion est ensuite inscrite au registre du commerce et publiée dans la Gazzetta Ufficiale.

1.4.4.3 Scission

La scission peut revêtir deux formes (art. 2504^{septies} CCI):

- la société scindée est dissoute, et l'ensemble de son patrimoine est transféré à plusieurs sociétés existantes ou nouvellement fondées; les associés de la société scindée acquièrent des parts sociales des sociétés reprenantes;

³⁵ Decreto legislativo Nr. 22 du 16.1.1991, in Gazzetta Ufficiale 23.1.1991, n° 19.

- la société scindée ne transfère qu’une partie de son patrimoine et continue donc d’exister; ses associés acquièrent des parts sociales des sociétés reprenantes.

La procédure de scission est identique à celle prévue pour la fusion.

1.4.4.4 Transformation

La transformation est l’opération par laquelle une société revêt une nouvelle forme juridique en maintenant son identité (art. 2498, al. 3, CCI). Le Codice civile (art. 2498 CCI) régit uniquement la transformation d’une société en nom collectif ou d’une société en commandite en société anonyme, en société en commandite par actions ou en société à responsabilité limitée. La doctrine unanime admet également la transformation d’une société de capitaux en société de capitaux de forme juridique différente ou en société de personnes. De même, une société simple (art. 2251 ss CCI) peut également participer à une transformation.

La décision de transformation d’une société de personnes en société de capitaux doit contenir les éléments nécessaires à la constitution de la forme juridique souhaitée et doit revêtir la forme authentique (art. 2498, al. 1, CCI). La décision est accompagnée d’un rapport relatif à la valeur de la fortune sociale (art. 2343 CCI) et fait l’objet d’une inscription au registre du commerce (art. 2498, al. 2, CCI).

2.1 Commentaire des dispositions du projet**2.1.1 Chapitre 1 Objet et définitions***Art. 1* **Objet**

L'al. 1 énonce les opérations d'adaptation des structures juridiques qui font l'objet du projet, soit la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine. Chacune de ces opérations est traitée dans un chapitre spécifique. Les opérations mettant en cause des fondations et des institutions de prévoyance sont réglementées dans des chapitres séparés. L'al. 1 contient également la liste des sujets de droit privé concernés par ces opérations (sociétés de capitaux, sociétés en nom collectif, sociétés en commandite, sociétés coopératives, associations, fondations et entreprises individuelles).

Pour un aperçu de l'ensemble des opérations de modification des structures juridiques possible, il y a lieu de se référer au tableau sous ch. 7.3.

L'al. 2 énonce les buts poursuivis par le projet. Celui-ci vise à garantir la sécurité du droit et la transparence tout en protégeant les créanciers et les associés minoritaires. Même si la portée d'une telle disposition peut paraître limitée, elle revêt néanmoins une certaine utilité lors de l'interprétation de la loi. Lorsque plusieurs interprétations sont possibles, il y a lieu de choisir celle qui réalise au mieux les buts poursuivis par le projet de loi sur la fusion.

L'al. 3 concerne la participation d'instituts de droit public (concernant la définition de cette notion, cf. l'art. 2, let. d) aux opérations de modification des structures juridiques impliquant également des sujets de droit privé. Il énonce les opérations auxquelles peuvent participer de tels instituts, soit la fusion avec des sujets de droit privé, la transformation en sujets de droit privé ainsi que le transfert de patrimoine. A cet égard, il faut se référer aux remarques relatives aux art. 99 ss.

L'al. 4 fait une réserve en faveur des dispositions de la loi sur les cartels concernant l'appréciation des concentrations d'entreprises (art. 9 ss LCart). En effet, l'admissibilité d'une opération de fusion, de scission ou de transfert de patrimoine en vertu de la loi sur la fusion ne préjuge pas de son admissibilité du point de vue de la loi sur les cartels (à ce sujet, cf. également ch. 1.3.8 ci-dessus). Cette réserve est de nature à préciser que la loi sur la fusion ne règle pas exhaustivement les questions en relation avec la modification des structures juridiques des entreprises, mais uniquement les aspects de droit privé.

Art. 2 **Définitions**

Le projet de loi sur la fusion réglemente la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine indépendamment de la forme juridique des sujets qui participent à ces opérations. Par conséquent, il est nécessaire de définir un certain nombre de notions afin d'abrégier le texte du projet et de bénéficier d'une terminologie indépendante des formes de droit en cause. Par ailleurs, il existe sans aucun doute un besoin d'unifier la terminologie dans ce domaine du droit. En particulier, la doctrine

et la pratique qualifient différemment des états de fait identiques ou presque³⁶. L'art. 2 définit la plupart des notions utilisées. D'autres dispositions du projet contiennent également des définitions légales. L'art. 3 distingue la fusion par absorption de la fusion par combinaison; l'art. 27 définit la division et la séparation, soit les deux formes de scission; l'art. 31, al. 2, différencie la scission symétrique de la scission asymétrique.

L'art. 2 contient les définitions suivantes:

- Sujets (*let. a*).
Le projet introduit la notion de „sujet“ („Rechtsträger“ en allemand), qui est déjà employée comme désignation générique en droit allemand. Ce terme général désigne abstraitement l'ensemble des formes juridiques qui entrent dans le champ d'application du projet de loi. Les entreprises individuelles inscrites au registre du commerce, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite, les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions, les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés coopératives, les associations et les fondations, ainsi que les instituts de droit public (cf. la let. d) sont des sujets au sens du projet.

Malgré les quelques critiques soulevées lors de la procédure de consultation, le terme français de sujet est conservé faute de mieux. En effet, les autres termes qui entrent en ligne de compte risquent plutôt d'induire en erreur. Il en va ainsi du terme de sujet de droit; les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite ainsi que certains instituts de droit public n'ont en effet pas la personnalité juridique et ne sauraient dès lors être qualifiés de sujets de droit. Par ailleurs, la notion d'entité qui est utilisée comme désignation générique à l'art. 2, al. 3, de l'avant-projet de loi fédérale sur l'établissement et le contrôle des comptes annuels (LECCA) du 29 juin 1998 est peu technique.

- Sociétés (*let. b*).
La notion de „société“ englobe la société en nom collectif, la société en commandite, la société anonyme, la société en commandite par actions et la société à responsabilité limitée, la société coopérative et l'association. Il faut relever que, selon le projet, les associations sont considérées comme des sociétés. L'intégration de l'association dans la notion de société ne soulève pas de problème particulier dans la mesure où l'association remplit les critères posés pour définir la société, tels qu'ils sont proposés par la doctrine³⁷. En revanche, les institutions de prévoyance (cf. la let. i) revêtant la forme juridique de la société coopérative ne sont pas des sociétés au sens de cette disposition. Cette exception est justifiée, car le projet contient des règles spéciales concernant la modification des structures des institutions de prévoyance indépendamment de leur forme juridique (art. 88 ss).

³⁶ Voir par exemple la nouvelle terminologie proposée par Henry Peter in: La restructuration des entreprises dans une perspective nationale et transfrontalière, La Semaine Judiciaire 1999 II, p. 101 ss, spéc. p. 109.

³⁷ L'association est un groupement de personnes qui est basé sur un contrat et qui poursuit un but commun; cf. Anton Heini, Schweizerisches Privatrecht II, Die Vereine, Bâle et Stuttgart 1967, par. 53, p. 518; le même auteur, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996, Vorbemerkungen zu den Art. 60–79 ZGB N 1 s.; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8^e éd., Berne 1998, par. 1 N 2 ss.

La définition de la notion de société est rendue nécessaire de par la structure du projet de loi. Etant donné que les fondations, les institutions de prévoyance et les instituts de droit public font l'objet d'une réglementation séparée (art. 78 ss, art. 88 ss, art. 99 ss), il est indispensable de prévoir un terme générique pour toutes les autres formes de droit.

– Sociétés de capitaux (*let. c*).

Les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions et les sociétés à responsabilité limitée sont réunies sous le terme générique de „sociétés de capitaux“, conformément à la terminologie utilisée par la doctrine³⁸. En revanche, les sociétés coopératives, même lorsqu'elles disposent d'un capital social, ne sont pas considérées comme des sociétés de capitaux.

– Instituts de droit public (*let. d*).

Comme déjà mentionné (cf. ci-dessus ch. 1.3.2.5), le projet de loi sur la fusion régit également la „conversion“ d'instituts de droit public en sujets de droit privé (art. 99 ss). Etant donné qu'aucune terminologie uniforme n'a été adoptée dans la loi ou par la doctrine pour qualifier les entités juridiques de droit public, il est nécessaire de déterminer dans la loi sur la fusion lesquelles d'entre elles entrent dans son champ d'application. A cet égard, la définition proposée à la *let. d* est volontairement formulée de manière très large. Elle couvre l'ensemble des institutions du droit public de la Confédération, des cantons et des communes. Peu importe qu'il s'agisse d'un groupement de personnes (corporation de droit public) ou d'un patrimoine (établissement de droit public). Pour être admis en tant qu'institut de droit public au sens du projet de loi sur la fusion, le sujet de droit public doit uniquement être inscrit au registre du commerce et organisé de manière indépendante. Ce critère a été choisi car, pour participer à une fusion ou à une transformation, l'institut de droit public doit pouvoir être séparé de la Confédération, du canton ou de la commune dont il relève. A cet égard, l'indépendance dans l'organisation ne se recoupe pas forcément avec le critère de la personnalité juridique. Un institut de droit public sans personnalité juridique, mais organisé de manière indépendante, peut participer à une opération prévue par le projet de loi sur la fusion.

– Petites et moyennes entreprises (*let. e*).

Le projet de loi sur la fusion prévoit un certain nombre d'allègements en faveur des petites et moyennes entreprises (P.M.E.), notamment aux art. 14, al. 2, 15, al. 2, 16, al. 2, 39, al. 2, 40, 41, al. 2, 61, al. 2, 62, al. 2, et 63, al. 2. Comme il n'existe pas de définition générale des P.M.E., l'art. 2, *let. e*, définit cette notion. Sont des PME les sociétés:

- qui ne sont pas débitrices d'un emprunt par obligations (art. 1156 ss CO),
- dont les parts ne sont pas négociées en Bourse, et
- qui ne dépassent pas deux des trois grandeurs suivantes pendant les deux exercices qui précèdent la décision de fusion, de scission ou de transformation: total du bilan de 20 millions de francs / chiffre d'affaires de 40 millions de francs / moyenne annuelle de 200 emplois à plein temps.

³⁸ Cf. notamment Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 8^e éd., Berne 1998, par. 3 N 1 ss.

Ces critères, issus de l'art. 727b, al. 1, CO, sont cumulatifs. Les sociétés qui ne remplissent pas ces trois critères ne sont pas des PME au sens de la loi sur la fusion.

- Associés (*let. f*).
La notion „d'associé“ est utilisée comme terme générique pour toutes les formes de participation à une société (y compris les associations) qui confèrent des droits de sociétariat; peu importe que la participation soit incorporée ou non dans une part sociale. Ainsi, les titulaires de parts (cf. la *let. g*), les associés des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite, les coopérateurs sans parts sociales³⁹ ainsi que les membres d'associations sont considérés comme des associés au sens du projet.
- Titulaires de parts (*let. g*).
Les actionnaires, les participants (art. 656b ss CO), les titulaires de bons de jouissance (art. 657 CO), les associés de sociétés à responsabilité limitée ainsi que les associés de sociétés coopératives titulaires de parts sociales entrent dans la définition des titulaires de parts.
- Assemblée générale (*let. h*).
Le terme „d'assemblée générale“ sert de désignation générique pour qualifier l'organe suprême de la société anonyme, de la société en commandite par actions, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative et de l'association. Les sociétés en nom collectif et en commandite ainsi que les fondations ne sont en revanche pas mentionnées, car elles ne disposent pas d'un organe similaire.
- Institutions de prévoyance (*let. i*).
Cette notion englobe toutes les institutions qui sont soumises à la surveillance prévue aux art. 61 ss LPP et qui jouissent de la personnalité juridique. Cette dernière condition ne concerne cependant que les institutions de prévoyance du droit public, celles du droit privé jouissant dans tous les cas de la personnalité juridique, étant donné qu'elles sont organisées sous la forme de fondations ou de sociétés coopératives. Aussi bien les institutions de prévoyance enregistrées au sens de la LPP que les fondations de prévoyance en faveur du personnel au sens de l'art. 89^{bis}, al. 6, CC sont des institutions de prévoyance au sens de la loi sur la fusion. En revanche, les fondations annexes du deuxième pilier (p. ex. les fondations de placement, les fondations de financement et les fondations de libre passage), les fondations pour les salariés, les fondations pour les indépendants et les fondations du pilier 3a sont exclues de la définition.

2.1.2 Chapitre 2 Fusion de sociétés

Le chapitre 2 du projet de loi sur la fusion régit uniquement la fusion de sociétés (au sujet de la notion de société, cf. l'art. 2, *let. b*). Quant à la fusion de fondations, d'institutions de prévoyance ainsi que d'instituts de droit public, elle est régie par les dispositions spéciales des art. 78 ss, 88 ss et 99 ss.

³⁹ Les coopérateurs titulaires de parts sociales entrent dans la définition de la *let. g*.

Art. 3 Principe

La fusion peut être définie comme la réunion juridique de deux sociétés ou plus sans liquidation, par transfert de patrimoine et, en général, contre attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat de la société reprenante aux associés de la société transférante⁴⁰. La société qui transfère son patrimoine est dissoute, et l'ensemble de ses actifs et passifs est transféré par voie de succession à titre universel⁴¹ à la société reprenante.

L'al. 1 reprend les deux formes de fusion prévues par le droit actuel aux art. 748 et 749 CO pour les sociétés anonymes, soit⁴²:

- la fusion par absorption: une ou plusieurs sociétés transférantes sont dissoutes, et leurs patrimoines sont transférés à une société existante (let. a);
- la fusion par combinaison: deux ou plusieurs sociétés sont dissoutes, et leurs patrimoines sont transférés à une société nouvellement constituée (let. b).

La fusion par absorption et la fusion par combinaison fonctionnent selon les mêmes mécanismes. L'unique différence entre ces deux formes de fusion réside dans la constitution ou non d'une nouvelle société ad hoc. Dès lors, le projet prévoit de les soumettre à la même réglementation, sous réserve de quelques règles qui ne concernent que l'une ou l'autre d'entre elles⁴³. A cet égard, il faut relever que, lorsque le projet parle de „société reprenante“, cette dernière peut aussi bien être une société existante (fusion par absorption) qu'une société nouvellement constituée (fusion par combinaison). L'utilisation d'un terme unique pour qualifier la société qui reprend les patrimoines des sociétés dissoutes est justifiée par un souci de simplification et permet d'abréger le texte du projet.

Contrairement aux dispositions actuelles du CO (art. 748, ch. 7, et 914, ch. 7, CO), il est prévu que la société transférante soit radiée du registre du commerce simultanément à l'inscription de la fusion (art. 3, al. 2)⁴⁴. Ce changement de système est lié aux nouvelles dispositions concernant la protection des créanciers⁴⁵ (abandon de l'administration séparée de l'actif au sens de l'art. 748, ch. 2, CO).

Le projet prévoit aussi bien la fusion entre sociétés de même forme juridique (p. ex. la fusion entre deux sociétés en nom collectif), que celle entre sociétés de forme

⁴⁰ Cf. également, en rapport avec les art. 748 et 749 CO: Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 2^e éd. Zurich, 1996, N 294a et 294b; Wolfhart F. Bürgi / Ursula Nordmann, *Die Aktiengesellschaft*, Zürcher Kommentar, Zurich 1979, Vorbemerkungen zu den Art. 748-750, N 10; Burkhard K. Gantenbein, *Die Fusion von juristischen Personen und Rechtsgemeinschaften im schweizerischen Recht*, thèse Fribourg 1995, p. 41 et 209; Manfred Küng, *Zum Fusionsbegriff im schweizerischen Recht*, *Revue suisse de droit des affaires* 1991, p. 245; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 8^e éd., Berne 1998 par. 24 N 9 et N 16; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser / Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996 par. 57 N 7 et N 14 s.; Rudolf Tschäni, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1994, Art. 748 N 1.

⁴¹ Au sujet de la notion de succession à titre universel et de son étendue, cf. le commentaire de l'art. 22, al. 1.

⁴² Une représentation graphique de ces deux formes de fusion est contenue dans l'annexe.

⁴³ Ainsi, les art. 10, 13, al. 1, let. a in fine, et 14, al. 4, concernent uniquement la fusion par combinaison. Inversement, l'art. 9 concerne la fusion par absorption.

⁴⁴ A ce sujet, cf. également les remarques relatives à l'art. 21.

⁴⁵ Cf. les remarques relatives à l'art. 25.

juridique différente (p. ex. la fusion entre une société anonyme et une société coopérative), dans les limites toutefois des opérations autorisées par l'art. 4. En principe, la fusion entre sociétés de forme juridique différente peut également avoir lieu sur la base d'une décision de l'assemblée générale prise à la majorité et non à l'unanimité (art. 18). Ainsi, les associés n'ont pas un droit inaliénable au maintien de la forme juridique antérieure de la société à laquelle ils participent. L'approbation de l'ensemble des associés de la société transférante est cependant requise lorsque la fusion entre sociétés de forme juridique différente peut avoir pour conséquence d'introduire ou d'étendre l'obligation d'opérer des versements supplémentaires, l'obligation de fournir d'autres prestations personnelles ou la responsabilité personnelle des associés (art. 18, al. 1, let. b, et 18, al. 4).

Selon l'opinion dominante en droit actuel⁴⁶, le transfert du patrimoine contre attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat aux associés de la société transférante est l'une des caractéristiques essentielles de la fusion. La troisième directive européenne en matière de droit des sociétés⁴⁷ part également de ce postulat. Il est d'ailleurs surprenant que ce principe ne soit pas expressément mentionné dans les règles actuelles concernant la fusion de sociétés anonymes (art. 748 CO) et qu'il ne soit fait état que du transfert des actifs et des passifs. Certes, l'art. 748, ch. 8, CO dispose que les actions de la société reprenante destinées à désintéresser les actionnaires de la société dissoute doivent leur être remises conformément aux clauses du contrat de fusion. Le principe de continuité du sociétariat en tant que condition indispensable de la fusion reste cependant discuté⁴⁸.

Le projet part du principe que le droit à la continuité du sociétariat ne peut, en règle générale, pas être supprimé contre la volonté des associés. Ainsi, aucun associé ne peut être exclu de la société à l'occasion d'une fusion. Il est toutefois prévu que les sociétés qui fusionnent puissent offrir aux associés un droit d'option entre la continuité de leur sociétariat et un dédommagement (cf. l'art. 8). Lorsque 90 % au moins des associés de la société transférante disposant d'un droit de vote y consentent, il est même possible de renoncer entièrement à l'attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat (art. 8, al. 2, et 18, al. 5).

⁴⁶ Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 2^e éd., Zurich 1996, N 294b; Wolfhart F. Bürgi / Ursula Nordmann, *Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar*, Zurich 1979, Vorbemerkungen zu den Art. 748–750 N 15 ss; Burkhard K. Gantenbein, *Die Fusion von juristischen Personen und Rechtsgemeinschaften im schweizerischen Recht*, thèse Fribourg 1995, p. 32 et les références citées; Manfred Küng, *Zum Fusionsbegriff im schweizerischen Recht*, *Revue suisse de droit des affaires* 1991, p. 246; Robert Meier, *Barabgeltungen bei Fusionen*, in: *Festschrift Peter Forstmoser*, Zurich 1993, p. 131 ss, spéc. 135 ss; le même auteur, *Die Rechtsnatur des Fusionsvertrages*, thèse Zurich 1986, p. 100; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 8^e éd., Berne 1998 § 24 N 12; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser / Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996 par. 57 N 10; Martin Stehli, *Aktionärschutz bei Fusionen*, thèse Zurich 1975, p. 22; Rudolf Tschäni, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1994, Art. 748 N 1.

⁴⁷ 78/855/CEE; JO N° L 295 du 20.10.1978, p. 36 ss; art. 3, par. 1, art. 4, par. 1; ci-après: troisième directive européenne.

⁴⁸ En droit actuel, cf. notamment Wolfhart F. Bürgi / Ursula Nordmann, *Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar*, Zurich 1979, Vorbemerkungen zu den Art. 748–750 N 25; Burkhard K. Gantenbein, *Die Fusion von juristischen Personen und Rechtsgemeinschaften im schweizerischen Recht*, thèse Fribourg 1995, p. 37 ss; Robert Meier, *Barabgeltung bei Fusionen*, in: *Festschrift Peter Forstmoser*, Zurich 1993, p. 141 ss; Rudolf Tschäni, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1994, Art. 748 N 19; Rolf Watter, *Unternehmensübernahmen*, Zurich 1991, p. 301.

Selon cette disposition, toutes les formes de sociétés commerciales, de même que les sociétés coopératives et les associations, peuvent, en principe, participer à une fusion. Des opérations de fusion supplémentaires sont par ailleurs prévues pour les fondations, les institutions de prévoyance et les instituts de droit public (art. 78, 88 et 99).

Les entreprises individuelles sont en revanche exclues du cercle des sujets pouvant fusionner. A l'exception du transfert de patrimoine (art. 69), elles sont d'ailleurs entièrement exclues du champ d'application du projet de loi sur la fusion. La participation de personnes physiques (telles que les entreprises individuelles) à des opérations de fusion, de scission ou de transformation soulèverait de nombreuses difficultés. Les structures des entreprises individuelles et des sociétés sont trop différentes pour pouvoir être converties par le biais d'opérations du droit des sociétés. L'instrument du transfert de patrimoine s'avère beaucoup mieux adapté aux opérations mettant en présence une entreprise individuelle et une société. La restructuration projetée peut ainsi être réalisée tout en tenant compte des différentes formes d'organisation.

La détermination du catalogue des opérations de fusion autorisées soulève des questions de politique juridique et de technique législative. En raison des structures existantes des sociétés, il s'impose de limiter les possibilités de fusion aux cas où il n'existe pas d'incompatibilité qualifiée entre les formes juridiques en cause. Malgré les quelques critiques soulevées lors de la procédure de consultation (cf. ci-dessus ch. 1.2.3.2.2.2), l'art. 4 s'en tient à une énumération étendue, mais exhaustive, des opérations de fusion autorisées. Cette solution a pour avantage la sécurité du droit et tient compte, dans la mesure nécessaire, des particularités des différentes formes juridiques en cause. Elle correspond également à la méthode qui est utilisée dans les ordres juridiques des Etats qui entourent la Suisse⁴⁹.

L'introduction d'une clause générale en vertu de laquelle l'ensemble des possibilités de fusion, quelles que soient les formes juridiques en cause, sont autorisées n'a pas été retenue. En effet, le projet est très peu restrictif dans l'énumération des fusions autorisées; le catalogue a d'ailleurs encore été élargi par rapport à celui de l'avant-projet. Dès lors, l'introduction d'une clause générale ne viserait que des cas pour lesquels il n'existe qu'un besoin limité dans la pratique et qui mettent en présence des formes juridiques dont les structures sont fondamentalement différentes. Une clause générale s'avère totalement inadaptée précisément pour ces cas; en effet, elle laisserait nécessairement ouvertes les questions juridiques délicates qui se posent, et l'admissibilité de telles opérations resterait ainsi problématique.

Le projet a choisi une autre solution afin d'élargir quand même le catalogue exhaustif des fusions, des scissions et des transformations autorisées: ces opérations du droit des sociétés sont complétées par le transfert de patrimoine⁵⁰; ce nouvel institut juridique est flexible et peut être utilisé en toute circonstance. Le transfert de patrimoine permet, au moyen d'un transfert des droits de par la loi, d'atteindre un résultat qui, d'un point de vue économique, est similaire à une fusion, une scission ou une transformation; les questions liées au sociétariat ne sont cependant pas touchées. Le transfert de patrimoine peut constituer une alternative adéquate lorsque les

⁴⁹ Cf. par. 3 Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts (UmwG) du 28.10.1994, pour le droit allemand.

⁵⁰ Art. 69 ss; cf. avant tout le commentaire de ces dispositions ainsi que le ch. 1.3.2.4 ci-dessus.

structures des formes juridiques des sujets en cause sont trop différentes pour réaliser une fusion, une scission ou une transformation. Il permet ainsi de remédier aux inconvénients qui résultent du *numerus clausus* des possibilités de fusion, de scission et de transformation, sans que la sécurité du droit soit mise en péril.

Le catalogue des fusions autorisées par l'art. 4 se recoupe avec celui des transformations autorisées (art. 54). En effet, une fusion entre sociétés de forme juridique différente peut toujours être décomposée en une transformation de la forme juridique de la société transférante (en une société de même forme juridique que la société reprenante), suivie d'une fusion (entre sociétés de même forme juridique). Il est dès lors logique de faire coïncider ces deux catalogues.

Contrairement au droit actuel (art. 914 CO), tant les fusions par combinaison que les fusions par absorption sont admises d'une manière générale. Ainsi, la fusion par absorption d'une association par une société anonyme étant admise, il est également admissible que deux associations soient reprises par une société anonyme dans le cadre d'une fusion par combinaison.

Un tableau synoptique des fusions autorisées en vertu du projet de loi sur la fusion se trouve sous ch. 7.3.2.

Dans le détail, les fusions suivantes sont autorisées en vertu de l'art. 4⁵¹:

– Sociétés de capitaux (*al. 1*).

Les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions et les sociétés à responsabilité limitée bénéficient du plus grand nombre de possibilités de fusion. En vertu de l'*al. 1*, elles peuvent fusionner entre elles, non pas seulement lorsqu'elles ont la même forme juridique, mais également lorsqu'elles revêtent une forme juridique différente. Elles peuvent également fusionner avec une société coopérative et reprendre par voie de fusion une société en nom collectif, une société en commandite ou encore une association.

En revanche, malgré certaines opinions exprimées lors de la procédure de consultation, la reprise par voie de fusion d'une société de capitaux par une société en nom collectif, une société en commandite ou une association n'est pas autorisée. L'admissibilité d'une telle fusion aurait pour conséquence la disparition du capital de la société transférante. Cette disparition du capital s'avère problématique, eu égard à la protection des créanciers de la société de capitaux, car une société de capitaux ne peut pas disposer librement de la part de sa fortune qui correspond au capital social; les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite et les associations ne connaissent en revanche pas une telle sûreté. L'admissibilité de l'absorption d'une société de capitaux par une société en nom collectif ou par une société en commandite permettrait d'éluder les dispositions concernant la liquidation des personnes morales⁵². Au lieu de liquider la société, il pourrait, selon les circonstances, être avantageux pour la société, bien que préjudiciable pour ses créanciers, de procéder directement à la radiation de la société par suite de sa fusion (cf.

⁵¹ Les fusions autorisées sur la base des art. 78, 88 et 99 font l'objet de développements dans les commentaires relatifs à ces dispositions.

⁵² Cf. les art. 739 ss CO, qui sont applicables directement ou par renvoi à la société anonyme, à la société en commandite par actions (art. 770, al. 2, CO), à la société à responsabilité limitée (art. 823 CO), à la société coopérative (art. 913 CO) et à l'association (art. 58 ss CC).

l'art. 3, al. 2). Ce risque est réel et ne peut que très difficilement être écarté par des mesures de protection supplémentaires en faveur des créanciers.

Si la reprise par voie de fusion d'une société de capitaux par une société en nom collectif, une société en commandite ou une association n'est pas autorisée, ces trois formes juridiques peuvent cependant acquérir l'ensemble du patrimoine d'une société de capitaux par le biais d'un transfert de patrimoine au sens de l'art. 69. Cette opération se distingue de la fusion par le fait qu'elle ne règle que les aspects patrimoniaux du transfert (à l'exclusion de la continuité du sociétariat) et que l'ensemble des dispositions légales concernant la dissolution et la liquidation de la société de capitaux doivent être respectées. Elle permet néanmoins de parvenir à un résultat qui, d'un point de vue économique du moins, s'approche d'une fusion.

- Sociétés en nom collectif et sociétés en commandite (*al. 2*).

Ces deux formes de sociétés peuvent, en vertu de l'*al. 2*, fusionner avec d'autres sociétés en nom collectif ou en commandite, ou encore être reprises par une société de capitaux ou une société coopérative. L'opération inverse, soit la reprise d'une société de capitaux ou d'une société coopérative par une société en nom collectif ou une société en commandite est en revanche exclue (à ce sujet, cf. le commentaire de l'*al. 1*)⁵³.

- Sociétés coopératives (*al. 3*).

Les sociétés coopératives peuvent, selon l'*al. 3*, fusionner entre elles ou avec une société de capitaux. Elles peuvent également fusionner, en tant que société reprenante, avec une société en nom collectif, une société en commandite ou une association. Une société coopérative sans parts sociales peut en outre être reprise par une association. Pour des raisons de transparence et de sécurité du droit, il est cependant nécessaire que l'association reprenante soit inscrite au registre du commerce au moment de la fusion. En revanche, la reprise par voie de fusion d'une société coopérative par une association est exclue lorsque la société coopérative dispose d'un capital social⁵⁴. Un tel capital ne peut, en effet, être transposé dans une association.

La reprise par voie de fusion d'une société anonyme par une société coopérative ne peut être fondamentalement exclue. Eu égard à la situation totalement différente des associés dans ces deux formes de sociétés, et compte tenu du fait que les anciens actionnaires seraient tenus à des prestations qui sont expressément exclues par le droit de la société anonyme (art. 680 CO), l'approbation de l'ensemble des actionnaires est cependant requise (art. 18, al. 1, let. b)⁵⁵. Il en va de même en cas de reprise d'une société en commandite par actions par une société coopérative et de reprise d'une société à responsabilité limitée par une société coopérative.

⁵³ Il faut relever que, si le droit français autorise la fusion entre une société anonyme et une société de personnes (en tant que sujet reprenant), les sociétés en nom collectif et en commandite jouissent, dans cet ordre juridique, de la pleine personnalité juridique (cf. l'art. 1842 du Code des sociétés, Code civil).

⁵⁴ Le cas échéant, la société coopérative devra réduire son capital social à fr. 0.– avant la fusion.

⁵⁵ Voir également l'art. 784, al. 3, CO, selon lequel l'assentiment unanime des associés est requis pour l'augmentation des prestations des associés ou l'extension de leur responsabilité.

La reprise par voie de fusion d'une société coopérative par une société de capitaux pose également certains problèmes en raison des structures différentes de ces deux formes juridiques. Il existe tout au plus certaines concordan-ces lorsque la société coopérative dispose d'un capital social. Dès lors, on pourrait songer à ne permettre l'absorption d'une société coopérative par une société de capitaux que dans cette hypothèse. On restreindrait cependant trop fortement la possibilité pour les sociétés coopératives de modifier leurs structures; on exclurait ainsi la fusion d'une société coopérative d'assurance sans capital social avec une société anonyme d'assurance. En conséquence, la reprise par voie de fusion d'une société coopérative par une société de capitaux est admise par le projet.

— Les associations (*al.* 4).

Les associations peuvent fusionner entre elles ou être reprises par une société de capitaux⁵⁶ ou par une société coopérative. Par ailleurs, l'absorption d'une société coopérative par une association est prévue à la condition que la société coopérative ne dispose pas d'un capital social; le statut des coopérateurs titulaires de parts sociales ne peut en effet être transposé dans une association sans être modifié. En revanche, la reprise d'une association par une société coopérative est possible indépendamment du fait que la société coopérative dispose d'un capital social.

Si la fusion entre associations est autorisée sans restriction, la fusion d'une association avec une société revêtant une autre forme juridique est soumise à la condition que l'association soit inscrite au registre du commerce. Cette exigence est justifiée par des raisons de transparence et de sécurité du droit. L'inscription au registre du commerce permet notamment de garantir que l'association a acquis valablement la personnalité juridique. Le cas échéant, une association qui veut participer à une fusion devra donc préalablement avoir été valablement inscrite au registre du commerce.

En ce qui concerne la fusion entre associations, il faut préciser que la procédure est simplifiée par rapport aux autres cas de fusion. Les associations qui fusionnent peuvent en particulier renoncer à établir un rapport de fusion (art. 14, al. 5) et à faire vérifier le contrat de fusion par un réviseur (art. 15, al. 1). La décision de fusion ne doit pas faire l'objet d'un acte authentique (art. 20, al. 2), ni d'une inscription au registre du commerce, du moins lorsque les associations ne sont pas elles-mêmes inscrites au registre du commerce (art. 21, al. 4). Si les associations qui fusionnent y sont inscrites, elles doivent alors obligatoirement inscrire la fusion au registre du commerce. Cette dernière ne déploiera ses effets qu'une fois l'inscription opérée et dûment publiée (art. 22). Par ailleurs, des dispositions spéciales tiennent compte des particularités des associations (art. 13, al. 2, 16, al. 4, 19 et 22, al. 2)⁵⁷.

⁵⁶ Cette opération est aujourd'hui déjà tolérée par les autorités du registre du commerce. Pour davantage de détails, cf. Die Praxis des EHRA, in: REPRAX, Revue pour le registre du commerce, 1/99, p. 47 ss.

⁵⁷ Ces particularités découlent essentiellement du but idéal (non économique) de l'association et de son inscription facultative au registre du commerce.

L'al. 1 reprend le contenu de l'art. 3, par. 2, de la troisième directive européenne. Une société en liquidation peut participer à une fusion prévue par l'art. 4 lorsque les deux conditions suivantes sont réunies:

- la société en liquidation assume le rôle de la société transférante, et
- la répartition de l'actif de la société en liquidation entre ses associés n'a pas encore commencé.

Ces deux conditions sont cumulatives. Il s'ensuit de la première qu'une société en liquidation ne peut pas reprendre par voie de fusion une autre société, même lorsque cette dernière est elle-même en liquidation. Une telle opération serait d'ailleurs en totale contradiction avec le but d'une société en liquidation⁵⁸. En revanche, une société en liquidation peut, dans un premier temps et à certaines conditions, révoquer la dissolution⁵⁹, puis procéder à la reprise par voie de fusion d'une autre société.

Le projet permet la fusion d'une société en liquidation jusqu'au moment de la répartition de son actif, c'est-à-dire même lorsque les opérations de liquidation ont déjà débuté (il semble qu'il y ait eu un malentendu à ce sujet lors de la procédure de consultation). Le moment déterminant de la répartition de l'actif de la société en liquidation coïncide avec le critère qu'a posé le Tribunal fédéral pour que la société puisse révoquer la décision de dissolution (ATF 123 III 473); en effet, la reprise d'une société en liquidation par une autre société implique toujours la révocation de la liquidation. Une fois le patrimoine réparti entre les associés, les conditions pour une fusion (au sens propre) ne sont plus réunies, car la continuité du patrimoine et celle du sociétariat ne peuvent plus être garanties. Une fois la répartition du patrimoine commencée, le transfert en un seul acte des actifs et des passifs restants peut être réalisé au moyen de l'institut juridique du transfert de patrimoine (art. 69 ss).

Le champ d'application de cette disposition est clairement limité aux cas où la liquidation de la société fait suite à une décision de dissolution prise par l'assemblée générale. Lorsque la dissolution a été décidée par un tribunal ou par toute autre autorité⁶⁰, il va de soi que la décision de fusion échappe à la seule volonté de la société.

L'al. 2 prévoit que l'organe supérieur de direction ou d'administration (concernant la définition de cette notion, cf. le commentaire de l'art. 12) doit produire, à l'intention du préposé au registre du commerce, une attestation selon laquelle la répartition de l'actif entre les associés n'a pas encore commencé. L'exigence de cette attestation est justifiée, car le préposé n'est pas en mesure de vérifier le respect de la condition prévue à l'al. 1.

⁵⁸ La dissolution a pour conséquence de restreindre le but de la société aux opérations de liquidation; cf. art. 739, al. 2, CO; à ce sujet, cf. Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 2^e éd., Zurich 1996, N 1955q; André Cuendet, *La fusion par absorption*, en particulier le contrat de fusion, thèse Lausanne 1974, p. 37; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser / Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996, par. 55 N 153, § 57 N 58 ss, spéc. N 60.

⁵⁹ Cf. ATF 123 III 473, spéc. p. 482 ss.

⁶⁰ Cf. notamment les art. 625, al. 2, 708, al. 4, et 736, ch. 3 et 4, CO; art. 86 et 88 a de l'ordonnance du 7 juin 1937 sur le registre du commerce (ORC; RS 221.411); art. 23quinquies, al. 2, LB; art. 36 de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (loi sur les bourses, LBVM; RS 954.1).

Dans la pratique, une fusion a parfois lieu afin d'éviter des mesures d'exécution forcée à l'encontre de l'une des sociétés qui y participent. On parle dans ce cas de „fusion d'assainissement“. C'est notamment le cas lorsque les sociétés qui fusionnent sont dominées par la même personne ou font partie d'un même groupe de sociétés. Sous l'empire du droit actuel, la question de l'admissibilité de la fusion d'assainissement semble problématique⁶¹.

Si la fusion d'assainissement peut permettre le „sauvetage“ d'une société, il faut aussi reconnaître qu'elle peut également mettre en danger les prétentions des créanciers. Vu les risques liés à la fusion d'assainissement, son interdiction de principe serait concevable. Une telle interdiction empêcherait cependant des fusions qui, selon les circonstances, seraient tout à fait raisonnables. Tel est par exemple le cas d'une société surendettée dont les perspectives de développement sont favorables.

Lorsque l'ensemble des sociétés qui fusionnent bénéficient d'un excédent d'actifs, la fusion ne met en général pas en danger les prétentions des créanciers. Dans cette optique, le système de protection des créanciers prévu par le projet opère avec retenue; dans l'intérêt d'un déroulement rapide de la fusion, la protection des créanciers n'intervient qu'une fois que celle-ci a déployé ses effets (protection postérieure à la fusion; cf. art. 25). Cette réglementation est cependant inadaptée et insuffisante dans l'hypothèse de fusions d'assainissement; elle ne trouve sa justification qu'à la condition que des normes de protection spécifiques soient prévues pour ces cas. Faute de quoi, les dispositions générales concernant la protection des créanciers lors de fusions devraient être renforcées.

Le projet prévoit l'admissibilité de la fusion d'assainissement lorsque deux conditions qualifiées sont cumulativement remplies: les sociétés transférantes ou reprenantes dont la moitié de la somme du capital-actions ou du capital social et des réserves légales n'est plus couverte, ou qui sont surendettées, ne peuvent fusionner que si les autres sociétés disposent de fonds propres librement disponibles équivalant au montant du découvert et, le cas échéant, au surendettement. Le montant total des pertes en capital et du surendettement des sociétés qui fusionnent doit donc être couvert par le montant total des fonds propres librement disponibles des autres sociétés parties au contrat. La fusion entre deux sociétés surendettées est donc toujours exclue.

Cette solution ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers de sociétés financièrement saines, car, contrairement aux fonds propres liés, les fonds propres librement disponibles n'assument pas une fonction de garantie en faveur des créanciers.

L'art. 6 reprend d'une manière générale les critères définis par le législateur à l'art. 725, al. 2, CO en matière de perte en capital et de surendettement de sociétés anonymes. Cette disposition s'applique par analogie aux sociétés sans capital social uniquement en cas de surendettement; en effet, les conditions pour une perte en capital ne peuvent pas être remplies.

Il faut relever que l'art. 6 ne dispense en aucun cas les organes de la société d'aviser le juge en cas de surendettement (art. 725, 725a, 817 et 903 CO). Lorsque la fusion

⁶¹ Cf. notamment Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 2^e éd., Zurich 1996, N 294f; autre opinion: Manfred Küng, *Fusion mit Passivenüberschuss, Treuhand und Praxis* 3/1991, p. 154 ss; Clemens Meisterhans, *Zur Absorptionsfusion mit Passivenüberschuss*, *Annuaire du registre du commerce* 1995, p. 117 ss.

laisse entrevoir des perspectives d'assainissement au sens de l'art. 725a, al. 1, CO, un ajournement de la faillite peut être requis.

L'assainissement d'une société au moyen d'une fusion peut être mené à bien, quelle que soit la position de la société qui nécessite un assainissement (société reprenante ou transférante). Dans ce sens, l'art. 6 est conçu de manière paritaire.

Même lorsque les conditions qualifiées pour une fusion d'assainissement sont remplies, il va de soi que les dispositions générales concernant la protection des créanciers (art. 25 et 26) demeurent applicables.

La fusion d'assainissement présente des risques non seulement pour les créanciers, mais également pour les associés minoritaires. La fusion avec une société qui a subi une perte en capital ou qui est surendettée peut impliquer une diminution du montant des réserves des autres sociétés qui participent à la fusion, ce qui réduit également la valeur de leurs parts sociales.

L'admissibilité de la fusion d'assainissement ne dispense pas de garantir aux associés de la société dissoute la continuité de leur sociétariat (art. 7, voire art. 8). Lorsque le capital de la société reprenante doit être augmenté dans ce but, celui-ci ne peut pas être libéré au moyen du patrimoine de la société surendettée. Dans la pratique, de telles fusions d'assainissement concernent principalement des fusions entre société-mère et filiale ou entre sociétés sœurs; l'augmentation du capital de la société reprenante n'est alors pas requise (cf. art. 23 s.).

Vu les risques liés à la fusion d'assainissement, l'organe supérieur de direction ou d'administration de la société doit présenter à l'office du registre du commerce une attestation selon laquelle les conditions légales (art. 6, al. 1) sont remplies.

2.1.2.2 Section 2 Parts sociales et droits de sociétariat

Art. 7 Maintien des parts sociales et des droits de sociétariat

Le principe de la continuité du sociétariat constitue l'une des caractéristiques essentielles de la fusion⁶². Les associés de la société transférante doivent acquérir la qualité d'associé de la société reprenante. La fusion ne peut interrompre le sociétariat des associés de la société transférante: ainsi, les droits des membres actifs, passifs ou honoraires (sans droit de vote) d'une association qui est absorbée par une autre association doivent être maintenus dans l'association reprenante. Le principe de la continuité du sociétariat connaît cependant une dérogation importante: selon l'art. 8, le contrat de fusion peut prévoir un droit d'option pour les associés de la société transférante entre la continuité du sociétariat et un dédommagement. La fusion peut même avoir lieu uniquement contre attribution d'un dédommagement.

⁶² Sur le principe en droit actuel, cf. Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 2^e éd., Zurich 1996, N 294b; André Cuendet, *La fusion par absorption*, en particulier le contrat de fusion, thèse Lausanne 1974, p. 40 ss; Burkhard K. Gantenbein, *Die Fusion von juristischen Personen und Rechtsgemeinschaften im schweizerischen Recht*, thèse Fribourg 1995, p. 37 ss, 41; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser / Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996, § 57 N 11; Henry Peter, *La restructuration des entreprises dans une perspective nationale et transfrontalière*, *La Semaine Judiciaire* 1999 II, p. 101 ss, spéc. p. 120; Rudolf Tschäni, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1994, Art. 748 N 19 ss.

Dans cette hypothèse, la fusion devra cependant être approuvée par 90 % des associés de la société transférante, conformément à l'art. 18, al. 5.

Selon l'*al. 1*, les associés de la société transférante ont droit à des parts sociales ou à des droits de sociétariat qui correspondent à leurs parts sociales ou leurs droits de sociétariat antérieurs, compte tenu du patrimoine des sociétés qui fusionnent, de la répartition des droits de vote ainsi que de toute autre circonstance pertinente. La notion de part sociale qualifie le sociétariat qui est incorporé dans une part sociale, soit les actions, les bons de participation, les bons de jouissance, les parts sociales de la société à responsabilité limitée et de la société coopérative. Le sociétariat (droits et obligations des associés) qui n'est pas incorporé dans une part sociale entre dans la notion de droits de sociétariat. Les al. 2 à 6 précisent le principe général énoncé à l'*al. 1*.

Les critères servant à la détermination du rapport d'échange des parts sociales et à l'attribution des droits de sociétariat sont fixés de manière énumérative à l'*al. 1*. Selon cette disposition, la détermination des parts sociales et des droits de sociétariat qui sont attribués aux associés de la société transférante doit avoir lieu notamment sur la base du patrimoine des sociétés qui fusionnent et de la répartition des droits de vote. La valeur des patrimoines des sociétés constitue certainement le critère déterminant, du moins lors de la fusion entre sociétés de capitaux⁶³. Afin de pouvoir mettre en relation la valeur du patrimoine des sociétés qui fusionnent, il faut procéder à l'évaluation de ces patrimoines dans un bilan de fusion (cf. l'art. 11). La notion de répartition des droits de vote permet de tenir compte des différences qui peuvent exister entre les associés des sociétés qui fusionnent quant à la relation entre leur participation financière et leurs droits de vote. Ainsi, les associés de sociétés coopératives avec capital social ont chacun un seul droit de vote (art. 885 CO) alors même que le nombre de parts sociales souscrites peut fortement varier d'un associé à l'autre (art. 853, al. 2, CO). Lors de la fusion d'une telle société coopérative avec capital social avec une société anonyme, il est nécessaire de trouver un nouvel équilibre entre la participation financière et les droits de vote.

Par ailleurs, l'*al. 1* contient une réserve en faveur de toutes les autres circonstances pertinentes qui peuvent entrer en ligne de compte dans la détermination du rapport d'échange. Parmi ces circonstances pertinentes, on peut penser aux perspectives de développement des entreprises qui fusionnent ou à l'intérêt des sociétés à participer à la fusion, notamment au vu des synergies qui en résulteront. Les sociétés qui fusionnent disposent donc d'une certaine latitude dans la détermination du rapport d'échange. Celui-ci fait en général l'objet de négociations entre les sociétés concernées, lors desquelles des éléments subjectifs et difficilement saisissables entrent également en ligne de compte. Dans tous les cas, le rapport d'échange des parts sociales ou les droits de sociétariat attribués ne saurait être fixé arbitrairement et il devra faire l'objet d'explications dans le rapport de fusion (art. 14, al. 3, let. c). Le rapport d'échange des parts sociales ainsi que la méthode qui a servi à sa détermination seront au surplus vérifiés par le réviseur (art. 15, al. 4, let. b).

⁶³ A ce sujet, cf. Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 2^e éd., Zurich 1996, N 294o à 295c.

Dans la pratique, il s'avère souvent nécessaire d'égaliser le rapport d'échange des parts sociales par une soulte en espèces ou en nature⁶⁴. Cette possibilité, qui est tolérée par le droit actuel, est expressément réglementée par l'*al.* 2. Afin que la continuité du sociétariat ne puisse pas être vidée de son sens, le montant de la soulte ne doit pas dépasser un dixième de la valeur réelle des parts sociales attribuées. La troisième directive européenne (art. 3, par. 1) autorise aussi l'égalisation du rapport d'échange; celle-ci est cependant limitée au dixième de la valeur nominale des actions attribuées. Une limitation fondée sur la valeur nominale n'est toutefois guère appropriée dans la mesure où seule la valeur réelle des parts sociales est déterminante pour le rapport d'échange. L'égalisation ne peut donc raisonnablement se baser que sur un pourcentage de la valeur réelle, faute de quoi une société anonyme dont les actions ont par hypothèse une valeur nominale de 20 francs et une valeur réelle de 600 francs, ne pourrait prévoir qu'une soulte de deux francs au maximum, soit un montant largement insuffisant pour l'égalisation du rapport d'échange. La valeur réelle des parts sociales au moment de la conclusion du contrat de fusion est déterminante pour le calcul du montant de la soulte admissible. Le contrat de fusion doit, conformément à l'art. 13, al. 1, let. b, contenir des indications sur la soulte éventuelle.

Selon l'*al.* 3, les associés sans parts sociales ont droit à au moins une part sociale lors de la reprise de leur société par une société de capitaux. Le champ d'application de cette disposition est limité aux fusions lors desquelles une société sans capital social (société en nom collectif, société en commandite, société coopérative sans capital social ou association) est reprise par une société de capitaux (art. 4, al. 1, let. b à d). Cette disposition suit le postulat général du principe de la continuité du sociétariat. Ainsi, il n'est notamment pas possible de n'offrir qu'un droit de souscription préférentiel aux membres d'une association qui est absorbée par une société anonyme. Les membres de l'association doivent se voir remettre au moins une action chacun. Le contrat de fusion ne peut pas prévoir que les membres de l'association seront tenus de libérer personnellement les actions qui leur sont remises dans le cadre d'une fusion. Une telle obligation serait en effet incompatible avec le principe de la continuité du sociétariat. Il n'est en revanche pas exclu que la société reprenante libère les actions au moyen de fonds propres librement disponibles lorsque le patrimoine de la société transférante ne suffit pas pour libérer les actions émises⁶⁵.

L'*al.* 4 concerne les droits à attribuer aux titulaires de parts sans droit de vote, soit aux titulaires de bons de participation. Ces derniers doivent obtenir des droits au moins équivalents. Le projet prévoit expressément qu'ils peuvent également se voir attribuer des parts sociales conférant droit de vote. Cette proposition permet de simplifier la structure du capital lors de la fusion. Par ailleurs, l'attribution de parts

⁶⁴ Cf. Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 2^e éd., Zurich 1996, N 295c; Wolfhart F. Bürgi / Ursula Nordmann, *Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar*, Zurich 1979, Vorbemerkungen zu den Art. 748–750 N 57; Robert Meier, *Barabgeltung bei Fusionen*, in: *Festschrift Peter Forstmoser*, Zurich 1993, p. 131 ss, spéc. 146; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser / Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996, par. 57 N 99; Rudolf Tschäni, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1994, Art. 748 N 20; Frank Vischer, *Einführung in das Fusionsgesetz*, *Revue de la société des juristes bernois* 1999 vol. 135^{bis}, p. 24; Rolf Watter, *Unternehmensübernahmen*, Zurich 1991, p. 301; ATF 108 Ib 451.

⁶⁵ Quant à cette possibilité en droit positif, cf. Robert Meier, *Barabgeltung bei Fusionen*, in: *Festschrift Peter Forstmoser*, Zurich 1993, p. 145; REPRAX, *Revue du registre du commerce*, 1/99, *Die Praxis des Eidg. Amts für das Handelsregister*, p. 49 et 51.

sociales avec droit de vote est nécessaire pour les cas où l'émission de bons de participation n'est pas admissible⁶⁶.

L'*al.* 5 prévoit que les associés qui sont titulaires de droits spéciaux attachés aux parts sociales ou aux droits de sociétariat, tels que les titulaires d'actions à droit de vote privilégié ou d'actions privilégiées, doivent obtenir des droits équivalents ou un dédommagement adéquat pour la perte de leurs droits spéciaux.

Les droits à attribuer aux titulaires de bons de jouissance sont régis par l'*al.* 6. Ces derniers doivent obtenir des droits équivalents ou se voir racheter leurs titres à la valeur réelle au moment de la conclusion du contrat.

Lorsque les droits attribués aux associés de la société transférante (parts sociales ou droits de sociétariat) ne respectent pas les exigences de l'art. 7, l'art. 104 prévoit que le sujet reprenant pourra être condamné à verser une soulte adéquate, sans pour autant que la validité juridique de la fusion soit remise en cause. Il faut également préciser qu'en principe, l'art. 7 ne protège pas les associés de la société transférante contre les modifications du contenu de leurs droits et obligations inhérentes à la fusion avec une société de forme juridique différente. Les modifications importantes du statut juridique des associés sont cependant prises en compte dans le cadre des exigences de majorité pour la décision de fusion (art. 18 et le commentaire de cette disposition). Ainsi, la reprise d'une société anonyme par une société coopérative doit être approuvée par l'ensemble des actionnaires, car la fusion a pour conséquence que les voix se compteront désormais par tête et permet d'introduire une obligation d'opérer des versements supplémentaires.

Art. 8 Dédommagement

Le projet part du principe que le droit à la continuité du sociétariat ne peut pas être supprimé contre la volonté des associés (art. 7). Ainsi, la fusion ne permet en aucun cas d'exclure purement et simplement un associé. Toutefois, l'*al.* 1 prévoit que les sociétés qui fusionnent peuvent offrir aux associés de la société transférante un droit d'option entre la continuité du sociétariat et un dédommagement⁶⁷. En exerçant ce droit formateur, ils peuvent choisir d'acquérir la qualité d'associé de la société reprenante, ou alors de quitter la société transférante au moment de la fusion contre attribution d'un dédommagement. Bien que la troisième directive européenne ne prévoie pas un tel choix, il faut partir du principe que cette solution entre dans le domaine de la liberté de transposition du droit communautaire en droit national. Selon les cas, l'offre d'un dédommagement peut être aussi bien dans l'intérêt de la société reprenante que dans celui des associés de la société transférante.

L'*al.* 2 prévoit la possibilité de renoncer entièrement à l'attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat et de prévoir que seul un dédommagement sera versé aux associés de la société transférante. Dans cette hypothèse, le contrat de fusion devra être approuvé par au moins 90 % des associés de la société transférante disposant d'un droit de vote, conformément à l'art. 18, al. 5. Même si l'accord de l'ensemble

⁶⁶ Cf. art. 656b, al. 1, CO.

⁶⁷ Selon la doctrine majoritaire en droit actuel, les associés de la société transférante doivent impérativement se voir remettre des parts sociales de la société reprenante; cf. Robert Meier, Barabgeltungen bei Fusionen, in: Festschrift Peter Forstmoser, Zurich 1993, p. 131 ss, spéc. p. 146 et les auteurs cités; le même auteur, Die Rechtsnatur des Fusionsvertrages, thèse Zurich 1986, p. 17. Contra: Rolf Watter, Unternehmensübernahmen, Zurich 1990, p. 301 ss, spéc. p. 304.

des associés n'est pas requis, l'attribution d'un dédommagement au lieu de parts sociales ou de droits de sociétariat devrait en général être dans l'intérêt des associés minoritaires ou, du moins, ne pas leur porter préjudice.

L'art. 8 ne fournit aucun précision concernant la nature du dédommagement. Il peut s'agir de n'importe quelle prestation patrimoniale, en espèces ou en nature, à l'exception naturellement de parts sociales et de droits de sociétariat de la société reprenante. Il est donc envisageable de dédommager les associés de la société transférante avec des parts sociales d'une autre société et ainsi de réaliser une sorte de fusion à trois („triangular merger“)⁶⁸. Dans certains cas, cette innovation peut s'avérer particulièrement intéressante, notamment lorsque la société reprenante est la filiale d'une autre société (société-mère). Lorsque la filiale reprend une société extérieure au groupe, les associés de cette dernière (société transférante) peuvent se voir attribuer des parts sociales de la société-mère au lieu de parts sociales de la filiale (société reprenante).

Le désintéressement des associés de la société transférante par un dédommagement est un cas prévu par la loi de remboursement du capital aux associés. Il n'en demeure pas moins que cette opération peut avoir pour conséquence de vider la société de son substrat. Cette situation est bien entendu préjudiciable aux créanciers. Dès lors, les conditions générales du droit des sociétés pour la restitution des apports aux associés doivent être respectées. La société reprenante doit en particulier disposer de fonds propres librement disponibles correspondant au montant total des dédommagements.

Aucune limite légale n'est fixée pour le montant du dédommagement. Les sociétés qui fusionnent disposent à cet égard d'une grande latitude. L'art. 104 permet aux associés éventuellement lésés par un dédommagement qu'ils considèrent insuffisant de recourir au tribunal afin qu'il fixe une soulte adéquate.

2.1.2.3 Section 3 Augmentation de capital, fondation et bilan intermédiaire

Art. 9 Augmentation de capital en cas de fusion par absorption

Sous réserve du versement d'un éventuel dédommagement conformément à l'art. 8, la fusion a toujours lieu contre attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat de la société reprenante aux associés de la société transférante. En cas de reprise d'une société par une société de capitaux existante (fusion par absorption)⁶⁹, cette dernière devra, en vertu de l'*al. 1*, augmenter son capital dans la mesure nécessaire au maintien des droits des associés de la société transférante, conformément à l'art. 7. Le montant exact de l'augmentation de capital ne dépend pas exclusivement du rapport d'échange. Lorsque la société de capitaux reprenante détient déjà une partie de ses propres parts (cf. les art. 659 ss et 807 CO) ou des parts de la société transférante, ou lorsque la société transférante détient déjà une partie de ses propres parts ou des parts de la société reprenante, il peut être renoncé à augmenter le capital dans la même mesure. Sous réserve de ces exceptions, la société de capitaux reprenante

⁶⁸ A ce sujet, cf. Rolf Watter, *Unternehmensübernahmen*, Zurich 1991, p. 304.

⁶⁹ Cf. l'art. 10 en cas de fusion par combinaison.

doit impérativement augmenter son capital. L'augmentation de capital ne vise en effet pas uniquement à garantir la continuité du sociétariat; elle sert également la protection des intérêts des créanciers.

Le montant nominal de l'augmentation de capital ne peut être supérieur à celui de la valeur nette du patrimoine (les actifs moins les fonds étrangers) de la société transférante, faute de quoi les titres seraient émis au-dessous du pair⁷⁰.

Lorsque le contrat de fusion prévoit un droit d'option entre la continuité du sociétariat et un dédommagement (art. 8, al. 1), l'augmentation autorisée de capital (art. 651 ss CO) permet à la société anonyme reprenante de tenir compte de l'incertitude quant au montant exact de l'augmentation requise par la fusion. L'al. 2 prévoit que l'art. 651, al. 2, CO, qui limite le montant de l'augmentation autorisée de capital à la moitié du capital existant, n'est pas applicable dans le cadre d'une augmentation de capital par suite de fusion; ainsi, cette disposition ne restreint pas de manière indirecte la possibilité de prévoir un droit d'option entre un dédommagement et des parts sociales.

Par ailleurs, l'al. 2 prévoit expressément que les dispositions du CO concernant les apports en nature (cf. notamment les art. 634, 635 et 635a CO) ne sont pas applicables en matière de fusion. Les nouvelles dispositions du projet de loi sur la fusion, et en particulier celles concernant le rapport de fusion et la vérification du contrat de fusion (art. 14 s.), rendent superflue l'application des règles concernant les apports en nature.

Art. 10 Fondation d'une nouvelle société en cas de fusion par combinaison

En cas de fusion par combinaison, les patrimoines actifs et passifs des sociétés qui fusionnent sont transférés à une société nouvellement constituée dans le cadre de l'opération de fusion. L'art. 10 précise que la fondation de cette nouvelle société est soumise aux règles ordinaires du CC et du CO. Toutefois, les règles concernant les apports en nature ne s'appliquent pas. Il en va de même des dispositions relatives au nombre de fondateurs pour les sociétés de capitaux (art. 625 et 775 CO). La fusion par combinaison de deux sociétés unipersonnelles en une société unipersonnelle (société anonyme ou société à responsabilité limitée) est donc possible. En revanche, les sociétés coopératives doivent avoir au moins 7 coopérateurs-fondateurs (art. 831, al. 1, CO). Une société coopérative unipersonnelle ne peut en effet poursuivre un but coopératif au sens de l'art. 828 CO (l'action commune ne peut exister). De même, une société en nom collectif ou en commandite unipersonnelle n'est pas concevable.

Art. 11 Bilan intermédiaire

Lors de la détermination du rapport d'échange selon l'art. 7, le bilan des sociétés joue un rôle déterminant dans l'évaluation du patrimoine de celles-ci. Etant donné le rôle central qui est attribué au bilan, il est indispensable qu'il soit actuel au moment de la conclusion du contrat de fusion. Afin de garantir cette actualité, l'art. 11 prévoit l'obligation d'établir un bilan intermédiaire dans deux situations:

⁷⁰ A ce sujet en règle générale, cf. Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 2^e éd., Zurich 1996, N 294f; Rudolf Tschäni, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1994, Art. 748 N 20.

- lorsque les derniers comptes annuels se rapportent à un exercice dont la fin est antérieure de plus de six mois⁷¹ à la conclusion du contrat de fusion, et
- lorsque des modifications importantes sont intervenues dans le patrimoine de la société depuis la date de clôture du dernier bilan.

L'obligation d'établir un bilan intermédiaire lorsque le dernier bilan remonte à plus de six mois est prévue par la troisième directive européenne (art. 11). La deuxième hypothèse dans laquelle un bilan intermédiaire doit être établi vise les situations où des modifications importantes sont intervenues dans le patrimoine de la société. Ce sera notamment le cas lorsque, préalablement à la fusion d'une société coopérative, de nombreux coopérateurs sortent de la société (art. 842 CO) et demandent le remboursement de leurs parts sociales (art. 864 CO), si bien qu'il en résulte une diminution importante du capital social.

Le champ d'application de cette disposition est bien évidemment limité aux sociétés qui sont assujetties à l'obligation de tenir une comptabilité en vertu de l'art. 957 CO, soit aux sociétés qui ont l'obligation de s'inscrire au registre du commerce. En revanche, celles qui n'ont pas l'obligation de s'y faire inscrire ou qui y sont inscrites sans en avoir l'obligation n'ont pas à tenir une comptabilité⁷². C'est le cas des associations qui n'exploitent pas une entreprise en la forme commerciale (art. 61, al. 2, CC). Ces associations ne devant pas établir de comptes annuels, il va de soi qu'elles échappent au champ d'application de l'art. 11.

2.1.2.4

Section 4

Contrat de fusion, rapport de fusion et vérification

Art. 12 Conclusion du contrat de fusion

L'*art. 12* fixe des règles quant à la compétence de conclure le contrat de fusion (al. 1) ainsi que sa forme et son approbation par l'assemblée générale (al. 2).

Selon l'*al. 1*, le contrat de fusion doit être conclu par les organes supérieurs de direction ou d'administration des sociétés qui fusionnent. La notion d'organe supérieur de direction ou d'administration a été retenue afin de tenir compte des organisations internes propres à chaque forme juridique. Ainsi, les organes suivants sont compétents:

⁷¹ Dans le cadre de la procédure de consultation, certaines organisations ont proposé de faire passer ce délai de 6 à 9 mois. Cette proposition n'a pas été retenue, dans la mesure où elle créerait une divergence supplémentaire avec les dispositions de l'Union européenne et des Etats voisins de la Suisse.

⁷² ATF 79 I 57.

Société anonyme	le conseil d'administration
Société en commandite par actions	(art. 707 ss et art. 765 CO)
Société à responsabilité limitée	les gérants (art. 811 ss CO)
Société coopérative	l'administration (art. 894 ss CO)
Société en nom collectif	les associés indéfiniment responsables
Société en commandite	(art. 535, 557 et 599 CO)
	(sauf si le contrat en dispose autrement)
Association	la direction / le comité (art. 69 CC)

Dans le cadre de la procédure de consultation, certaines organisations ont souhaité que des organes subordonnés à l'organe supérieur de direction ou d'administration puissent également conclure un contrat de fusion (p. ex. la direction d'une société anonyme). Si ces organes peuvent être impliqués dans la procédure de fusion, notamment par leur participation aux négociations et à la rédaction du contrat de fusion, ils doivent cependant agir sur la base d'un mandat de l'organe supérieur de direction ou d'administration. En effet, la fusion n'est pas une opération banale, mais une décision stratégique qui relève de la haute direction de la société⁷³. Elle modifie profondément la structure de la société et son organisation, en conduisant même à la radiation du registre du commerce des sociétés transférantes. Il est donc nécessaire que l'organe supérieur de direction ou d'administration se prononce formellement sur le contrat de fusion⁷⁴.

La signature proprement dite du contrat de fusion appartient à une personne habilitée à représenter la société (ou à plusieurs personnes habilitées à la représenter collectivement). Cette personne sera en général un membre de l'organe supérieur de direction ou d'administration. Il est également concevable qu'un tiers signe le contrat pour le compte de la société sur la base d'une délégation de l'organe supérieur de direction ou d'administration⁷⁵.

L'al. 2 prévoit que le contrat de fusion doit revêtir la forme écrite. La forme écrite est requise même lorsque la fusion a pour effet de transférer des immeubles. En revanche, la décision de fusion prise par l'assemblée générale doit, sauf lors de la fusion entre associations, faire l'objet d'un acte authentique (art. 20).

Selon l'al. 2, le contrat de fusion doit être approuvé par les assemblées générales⁷⁶ des sociétés qui fusionnent; les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite ne disposant pas d'un organe similaire à l'assemblée générale, la fusion doit être approuvée par l'ensemble des associés. L'art. 18 règle les exigences de majorité pour l'approbation du contrat de fusion. Les organes supérieurs de direction ou d'administration peuvent renoncer à soumettre le contrat de fusion à l'approbation

⁷³ A titre de comparaison, cf. le catalogue de compétences intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration de la société anonyme de l'art. 716a CO.

⁷⁴ Pour le droit actuel, cf. Martin Stehli, *Aktionärschutz bei Fusionen*, thèse Zurich 1975, p. 66.

⁷⁵ A ce sujet, en droit actuel, cf. Wolfhart F. Bürgi / Ursula Nordmann, *Die Aktiengesellschaft*, Zürcher Kommentar, Zurich 1979, Art. 748 N 38; Robert Meier, *Die Rechtsnatur des Fusionsvertrages*, thèse Zurich, 1986, p. 78; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 8^e éd., Berne 1998, § 24 N 35; Martin Stehli, *Aktionärschutz bei Fusionen*, thèse Zurich 1975, p. 27, 66.

⁷⁶ Concernant la définition de la notion d'assemblée générale, cf. l'art. 2, let. h.

de l'assemblée générale en cas de fusion simplifiée (art. 24, al. 1). Cette exception mise à part, le contrat de fusion conclu par les organes supérieurs de direction ou d'administration est frappé d'une condition suspensive qui porte sur son approbation par l'assemblée générale ou par les associés.

Dans le cadre de la procédure de consultation, certaines organisations intéressées ont demandé que la possibilité de modifier le contrat de fusion après sa conclusion au sens strict soit prévue par la loi. Cette possibilité devrait même s'étendre aux modifications ultérieures à l'approbation du contrat par les assemblées générales des sociétés qui fusionnent. Une telle norme devrait notamment permettre d'adapter le contrat de fusion aux exigences d'autorités administratives (autorités du registre du commerce, autorités cartellaires, autorités fiscales, etc.). Le projet ne donne pas suite à cette proposition. En vertu du parallélisme des formes, toute modification du contrat de fusion doit suivre la même procédure d'adoption par les organes de l'ensemble des sociétés qui fusionnent. Cette proposition pourrait s'avérer pratique, mais elle empiéterait sur les compétences des organes de la société; elle serait par ailleurs totalement atypique en droit suisse des contrats, et ses conséquences seraient difficiles à évaluer.

Art. 13 Contenu du contrat de fusion

Le droit actuel ne contient aucune disposition particulière concernant le contenu du contrat de fusion. Seul l'art. 748, ch. 8, CO mentionne que les actions destinées à désintéresser les actionnaires de la société dissoute leur sont remises „conformément aux clauses du contrat de fusion“. Dès lors, la nécessité d'un contrat de fusion est présumée par le CO.

Les sociétés arrêtent dans le contrat de fusion les principes applicables à l'opération concrète de fusion. Comme pour tout contrat, les parties doivent, pour que celui-ci soit conclu, s'accorder sur un certain nombre de points essentiels⁷⁷. L'art. 13, al. 1, énumère les éléments objectivement essentiels. Il est également loisible aux sociétés qui fusionnent de soumettre la conclusion du contrat de fusion à un accord sur d'autres questions encore (éléments subjectivement essentiels). L'art. 13 ne contient donc pas une liste exhaustive des éléments essentiels du contrat de fusion. Le contenu minimal du contrat de fusion prévu par le projet s'inspire de la réglementation européenne (art. 5 de la troisième directive) et la complète eu égard aux particularités du droit suisse. A cet égard, il faut mentionner les let. f (montant du dédommagement) et i (désignation des associés indéfiniment responsables).

Al. 1, let. a: le contrat de fusion doit contenir la désignation précise des sociétés qui fusionnent; la raison de commerce ou le nom (pour les associations), le siège et la forme juridique doivent être indiqués. En cas de fusion par combinaison, ces indications concerneront également la nouvelle société.

⁷⁷ Sur les éléments essentiels en droit positif, cf. Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 2^e éd. Zurich 1996, N 294c et 294d; Wolfhart F. Bürgi / Ursula Nordmann, *Die Aktiengesellschaft*, Zürcher Kommentar, Zurich 1979, Art. 748 N 47; Burkhard K. Gantenbein, *Die Fusion von juristischen Personen und Rechtsgemeinschaften im schweizerischen Recht*, thèse Fribourg 1995, p. 220; Robert Meier, *Die Rechtsnatur des Fusionsvertrages*, thèse Zurich 1986, p. 67; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 8^e éd., Berne 1998, § 24 N 36; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser / Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996, § 57 N 69 à 79; Rudolf Tschäni, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1994, Art. 748 N 24.

Al. 1, let. b à d: ces dispositions ont trait à la continuité du sociétariat et à ses modalités. La let. b doit être mise en relation avec les al. 1 à 3 de l'art. 7, et la let. c avec les al. 4 à 6 de la même disposition. Le contrat de fusion doit contenir des indications sur le rapport d'échange des parts sociales (y compris le montant de l'éventuelle soulte), ou sur le sociétariat des associés de la société transférante au sein de la société reprenante. Il mentionnera également les droits attribués aux titulaires de parts sociales sans droit de vote (bons de participation), de droits spéciaux (parts sociales privilégiées ou à droit de vote privilégié) et de bons de jouissance. La let. d prévoit que les modalités de l'échange des parts sociales font partie du contrat de fusion. Il s'agit notamment de déterminer auprès de qui et à partir de quel moment les associés pourront échanger leurs parts sociales.

Al. 1, let. e: le contrat de fusion doit indiquer la date à partir de laquelle les associés de la société transférante ont droit à une participation au bénéfice de la société reprenante, ainsi que toute modalité particulière relative à ce droit.

Al. 1, let. f: en vertu de l'art. 8, le principe de la continuité du sociétariat peut être abandonné au profit de l'attribution d'un dédommagement aux associés de la société transférante. Dans cette hypothèse, le contrat de fusion devra bien entendu indiquer le montant du dédommagement.

Al. 1, let. g: cette disposition permet aux sociétés qui fusionnent de donner un effet rétroactif à la fusion, notamment pour des raisons comptables et fiscales. La rétroactivité n'a d'effet qu'entre les sociétés qui fusionnent. La fusion ne pourra être opposée aux tiers qu'après son inscription au registre du commerce, ou sa publication dans la Feuille officielle suisse du commerce, conformément aux art. 22 LFus et 932 CO.

Al. 1, let. h: le contrat de fusion mentionne les avantages particuliers attribués aux membres d'un organe de direction ou d'administration, aux associés gérants ou aux réviseurs⁷⁸. En général, de tels avantages particuliers sont octroyés aux personnes qui ont rendu des services particuliers aux sociétés dans le cadre de la fusion. Conformément aux dispositions de la directive européenne (art. 5, par. 2, let. g, de la troisième directive), le champ d'application de la *let. h* s'étend également aux réviseurs. Il faut préciser que l'attribution d'avantages particuliers aux réviseurs est dans tous les cas illicite car incompatible avec les exigences d'indépendance du réviseur (art. 727c CO). Le simple fait de mentionner ces avantages particuliers dans le contrat de fusion ne saurait les rendre licites.

Al. 1, let. i: dans certaines formes de sociétés, les associés assument, en vertu de la loi ou des statuts, une responsabilité personnelle illimitée pour les dettes sociales. Une telle responsabilité est imposée par la loi aux associés de sociétés en nom collectif (art. 552 et 568 CO) et de sociétés en commandite (art. 594 et 604 CO), à l'exception des commanditaires (art. 608 CO), ainsi qu'aux associés-administrateurs de sociétés en commandite par actions (art. 764, al. 1, CO). De même, les statuts de la société coopérative peuvent prévoir une responsabilité personnelle des coopérateurs (art. 869 CO). En droit de l'association (art. 71 CC), une solution identique est également envisageable. La fusion d'une société dont les associés répondent indéfiniment de ses dettes peut, en fonction de la forme juridique de la société reprenante, conduire à l'extension de la responsabilité des associés aux dettes de l'autre société. Vu les éventuelles répercussions de la fusion sur la responsabilité personnelle des

⁷⁸ Cf. les art. 627, ch. 9, et 628, al. 3, CO concernant l'attribution d'avantages particuliers lors de la fondation d'une société anonyme.

associés, le contrat de fusion doit désigner les associés qui assument une responsabilité personnelle illimitée pour les dettes sociales.

L'*al.* 2 prévoit que les let. c à f de l'*al.* 1 ne s'appliquent pas lors de la fusion entre associations. Ces dispositions concernent principalement le rapport d'échange des parts sociales et ses modalités. Dans la mesure où la fusion entre associations ne soulève pas de problèmes particuliers quant aux droits à attribuer aux membres de l'association transférante, le contrat de fusion peut être réduit d'une partie importante de son contenu essentiel. Conformément à la let. b, il devra cependant contenir des indications sur le sociétariat (droits et obligations des membres) au sein de l'association reprenante. La dérogation de l'*al.* 2 concerne uniquement la fusion entre associations, à l'exclusion de la fusion d'une association avec une société qui revêt une autre forme juridique (société de capitaux ou société coopérative).

Art. 14 Rapport de fusion

En conformité avec l'art. 9 de la troisième directive européenne, l'*al.* 1 prévoit que les organes supérieurs de direction ou d'administration des sociétés qui fusionnent doivent établir un rapport écrit qui explique et justifie la fusion du point de vue économique et juridique. Ce rapport contraint la société à fournir des explications à l'attention de ses associés. Les sociétés qui fusionnent peuvent rédiger chacune un rapport séparé ou rendre un rapport rédigé en commun.

Selon l'*al.* 2, les petites et moyennes entreprises (P.M.E.)⁷⁹ peuvent renoncer à l'établissement d'un rapport de fusion lorsque l'ensemble des associés y consent⁸⁰. Il appartient à chaque société qui fusionne de décider si elle veut renoncer à l'établissement du rapport de fusion. L'accord de l'ensemble des associés est nécessaire en raison du rôle que joue le rapport de fusion dans la protection des associés minoritaires. La fusion peut, selon les cas, impliquer une mutation fondamentale du statut des associés, que ce soit par l'introduction de nouveaux droits et obligations pour les associés ou par une nouvelle répartition des droits de vote, par exemple. Il est donc essentiel que les modifications engendrées par la fusion fassent l'objet d'une information détaillée à l'intention des associés. Dans ce sens, le rapport de fusion peut notablement influencer la formation de la volonté des associés.

Une deuxième dérogation est prévue par l'*art.* 14, *al.* 5, pour la fusion entre associations, à l'exclusion de la fusion entre une association et une société revêtant une autre forme juridique (cf. l'art. 4, *al.* 4). En raison de l'existence du droit de sortie de l'association que chaque membre peut exercer (art. 70, *al.* 2, CC⁸¹; art. 19), le besoin de protection des associés est cependant moindre, et la dérogation est justifiée.

Dans le détail, le rapport de fusion doit contenir les éléments suivants:

Al. 3, *let.* a: le rapport doit informer les associés d'une manière générale sur le but poursuivi par la fusion et les conséquences de celle-ci. Il s'agit par exemple d'informer sur les motifs qui poussent les sociétés à fusionner, sur les modifications au niveau des structures des sociétés qui résultent de la fusion (extension du but

⁷⁹ Cf. la définition de cette notion à l'art. 2, *let.* e.

⁸⁰ Cet allègement prévu pour les P.M.E. n'est pas compatible avec les directives européennes, du moins lorsque la P.M.E. est une société anonyme.

⁸¹ Cf. Hans-Michael Riemer, *Die Vereine*, Berner Kommentar 3/II, Berne 1990, Art. 70 N 270 ss.

social de la société reprenante p. ex.) ainsi que sur les conséquences économiques et autres pour les sociétés qui fusionnent.

Al. 3, let. b: selon les cas, le contenu du contrat de fusion peut être relativement technique (cf. l'art. 13). Par conséquent, le rapport de fusion doit fournir aux associés les explications nécessaires à sa compréhension. Une partie de ces explications font également l'objet de rubriques particulières du rapport de fusion (let. c et d).

Al. 3, let. c: les organes supérieurs de direction ou d'administration des sociétés disposent d'une certaine latitude dans la détermination du rapport d'échange des parts sociales, y compris l'éventuelle soulte; ils doivent donc exposer et justifier la manière dont le rapport d'échange (y compris l'éventuelle soulte) a été fixé. Ces explications peuvent d'ailleurs jouer un rôle considérable pour les associés, car elles leur permettent de juger si le sociétariat est maintenu de manière adéquate au sens de l'art. 7; des explications convaincantes dans le rapport de fusion devraient permettre de limiter les cas d'examen judiciaire (cf. l'art. 104).

Lorsque la société reprenante n'a pas de capital divisé en parts sociales, le rapport de fusion doit justifier le sociétariat attribué aux associés de la société transférante au sein de la société reprenante. Si nécessaire, il y a lieu d'exposer la manière dont le statut juridique des associés est maintenu (notamment lors de la fusion entre sociétés de forme juridique différente).

Al. 3, let. d: l'organe supérieur de direction ou d'administration doit également justifier le montant du dédommagement attribué aux associés de la société transférante en lieu et place de parts sociales ou de droits de sociétariat de la société reprenante (art. 8). Lorsque les associés n'ont pas de droit d'option entre la continuité du sociétariat et l'attribution d'un dédommagement (art. 8, al. 2), les raisons qui ont conduit à l'interruption du sociétariat doivent également être exposées dans le rapport de fusion.

Al. 3, let. e: en vertu de l'art. 7, le rapport d'échange des parts sociales est notamment déterminé sur la base du patrimoine des sociétés qui fusionnent. Si l'évaluation des parts en vue de la détermination du rapport d'échange présente des particularités, celles-ci doivent faire l'objet d'un compte rendu dans le rapport de fusion (cf. également l'art. 15, al. 4, let. e).

Al. 3, let. f: lorsque la société reprenante est une société de capitaux, le maintien de la continuité du sociétariat ne peut avoir lieu que par l'attribution de parts sociales aux associés de la société transférante. Dans ce sens, l'art. 9 prévoit que la société a, en règle générale, l'obligation d'augmenter son capital. Le montant de l'augmentation de capital peut être influencé du fait que les sociétés qui fusionnent détiennent une partie de leurs propres parts sociales ou sont titulaires de parts sociales de l'une ou de l'autre des sociétés qui fusionnent. De ce fait, le montant exact de l'augmentation de capital ne peut être déduit du rapport d'échange des parts sociales. Dès lors, il s'impose de prévoir une rubrique, dans le rapport de fusion, qui explique et justifie le montant de l'augmentation de capital requise pour réaliser la fusion.

Al. 3, let. g: la fusion peut avoir pour conséquence d'introduire l'obligation pour les associés de la société transférante d'opérer des versements supplémentaires ou de fournir d'autres prestations personnelles, voire l'introduction de leur responsabilité personnelle. De telles obligations peuvent par exemple résulter de l'absorption d'une société anonyme par une société à responsabilité limitée ou par une société coopérative. L'introduction de ces obligations modifie profondément le statut des

associés et peut jouer un rôle déterminant dans la formation de la volonté des associés quant à la fusion. Ceux-ci doivent donc être correctement informés des obligations ou de la responsabilité personnelle qu'ils peuvent devoir assumer suite à la fusion.

Al. 3, let. h: la fusion entre sociétés de forme juridique différente peut toujours être décomposée en une transformation de la forme juridique de la société transférante suivie d'une fusion entre sociétés de même forme juridique. La transformation conduit invariablement à la modification des droits et des obligations des associés. Ainsi, la fusion entre sociétés de forme juridique différente peut imposer de nouvelles obligations aux associés de la société transférante. Selon l'al. 3, let. g, le rapport de fusion doit expliquer les obligations de faire des versements supplémentaires, les obligations de fournir d'autres prestations personnelles et la responsabilité personnelle qui résultent de la fusion (cf. ci-dessus). Il est cependant aussi possible qu'une fusion entre sociétés de forme juridique différente ne modifie pas directement les obligations des associés de la société transférante, mais que de nouvelles obligations puissent être introduites ultérieurement, alors que tel n'était pas le cas dans la forme juridique de la société transférante. Afin de protéger les associés, la let. h prévoit que le rapport de fusion doit, lors de fusions entre sociétés de forme juridique différente, expliquer quelles obligations peuvent être imposées aux associés de la société transférante dans la nouvelle forme juridique de la société reprenante. Par exemple, lors de l'absorption d'une association par une société coopérative, les membres de l'association doivent être avisés des obligations qui découlent des art. 866 ss CO (obligation de bonne foi, éventuelle obligation de souscrire des parts sociales, éventuelle responsabilité personnelle, pour autant que les statuts de l'association ne l'aient pas prévue, etc.).

Al. 3, let. i: la fusion peut avoir des répercussions sur les travailleurs. Il existe sans aucun doute un besoin légitime des travailleurs eux-mêmes, mais aussi des associés, de connaître les conséquences de la fusion sur l'emploi (déplacement, suppression ou garantie de postes de travail, etc.). Si le droit à l'information des travailleurs est régi par l'art. 28 (qui renvoie à l'art. 333a CO), la let. i prévoit que le rapport de fusion doit rendre compte des répercussions de la fusion sur les travailleurs des sociétés qui fusionnent ainsi que du contenu d'un éventuel plan social. Cette disposition ne crée aucune obligation pour les sociétés d'établir un plan social.

Al. 3, let. j: la fusion, et en particulier la fusion entre sociétés de forme juridique différente, peut modifier le régime de responsabilité pour les dettes de la société. Ainsi, lorsqu'une société en nom collectif est absorbée par une société à responsabilité limitée, la responsabilité personnelle des associés de la société en nom collectif n'est pas maintenue telle quelle dans la société à responsabilité limitée (pour les dettes de la société nées avant la publication de la décision de fusion; cf. l'art. 26). La let. j vise à informer des répercussions de la fusion sur les créanciers et en particulier de celles qui résultent de la modification du régime de responsabilité.

Al. 3, let. k: la réalisation d'une opération de fusion peut dépendre de l'octroi d'une autorisation administrative. Ainsi, la Commission de la concurrence (art. 10, al. 2, LCart) ou la Commission fédérale des banques (art. 3 LB; art. 10, al. 3, LCart) notamment sont habilitées à se prononcer sur l'admissibilité d'une fusion, que ce soit sous l'angle du droit de la concurrence ou du droit bancaire. L'absence d'octroi de ces autorisations administratives peut, le cas échéant, bloquer la fusion. La let. k

prévoit que des indications concernant les autorisations administratives délivrées ou en passe de l'être font partie intégrante du rapport de fusion⁸².

En vertu de l'*al. 4*, le projet de statuts de la société créée suite à une fusion par combinaison doit être annexé au rapport de fusion.

Art. 15 Vérification du contrat de fusion et du rapport de fusion

Selon l'*al. 1* de cette disposition, les sociétés qui fusionnent doivent faire vérifier le contrat de fusion, le rapport de fusion et le bilan sur lequel se base la fusion par un réviseur particulièrement qualifié. Le champ d'application de cette disposition est cependant doublement limité:

- La vérification de la fusion ne doit avoir lieu que si la société reprenante est une société de capitaux ou une société coopérative disposant de parts sociales (al. 1). Cette restriction trouve sa justification dans l'objet de la vérification selon l'*al. 4*, qui s'adresse principalement aux sociétés ayant des parts sociales.
- Les petites et moyennes entreprises (P.M.E.)⁸³ peuvent renoncer à la vérification moyennant l'approbation de l'ensemble des associés (al. 2)⁸⁴. D'une manière générale, l'intervention du réviseur vise principalement à garantir les droits des associés et, en particulier, des associés minoritaires. Dès lors, la renonciation à cette mesure de protection doit recueillir l'accord de tous. Par ailleurs, comme le relève le Groupe de réflexion „Droit des sociétés“, les associés minoritaires de petites sociétés dépendent tout spécialement des normes visant à les protéger, car c'est dans ce type d'entreprises que surviennent souvent des situations propices aux abus⁸⁵.

En vertu de l'*al. 4*, le résultat de la vérification fait l'objet d'un rapport écrit qui est à la disposition des associés de l'ensemble des sociétés qui fusionnent (art. 16, al. 1).

Le réviseur chargé de la vérification doit disposer de qualifications particulières. L'art. 727b, al. 2, CO et l'ordonnance du 15 juin 1992 sur les qualifications professionnelles des réviseurs particulièrement qualifiés (RS 221.302) définissent les qualifications requises. Le réviseur doit également être indépendant de la société, des membres de son organe d'administration, voire d'un associé majoritaire (cf. l'art. 727c CO par analogie).

Contrairement à l'élection de l'organe de révision de la société anonyme, qui revient à l'assemblée générale (art. 727, al. 1, CO), le choix du réviseur relève de la compétence de l'organe supérieur de direction ou d'administration de la société.

⁸² Pour les fondations et les institutions de prévoyance, cf. les art. 83 et 95, au sujet de la procédure d'approbation par l'autorité de surveillance ou l'OFAS.

⁸³ L'art. 2, let. e, définit la notion de P.M.E. au sens de la présente loi.

⁸⁴ L'exemption de la vérification pour les P.M.E. revêtant la forme juridique de la société anonyme n'est pas conforme aux exigences de la troisième directive européenne en matière de droit des sociétés (art. 10).

⁸⁵ Rapport final, p. 41.

Chacune des sociétés qui fusionnent peut faire vérifier séparément les documents servant de base à la fusion. Les sociétés qui fusionnent peuvent également désigner un réviseur commun (al. 1)⁸⁶.

L'al. 3 prévoit l'obligation pour la société de fournir au réviseur tous les renseignements et documents utiles⁸⁷. Cette obligation s'étend à l'ensemble des sociétés qui fusionnent. Ainsi, le réviseur de la société reprenante peut exiger de la part des sociétés transférantes qu'elles lui fournissent les renseignements et les documents nécessaires à l'accomplissement de ses tâches.

L'al. 4 contient une liste des questions sur lesquelles le réviseur doit se prononcer dans le rapport de révision. Cette liste s'inspire de l'art. 10, par. 2, de la troisième directive européenne; elle est adaptée aux particularités du droit suisse, par exemple eu égard au dédommagement (let. b). La liste de l'al. 4 n'est pas exhaustive; le réviseur peut prendre position sur d'autres questions.

Dans le détail, le rapport de révision doit contenir les éléments suivants:

Al. 4, let. a: en vertu de l'art. 9, la société de capitaux reprenante doit augmenter son capital dans la mesure nécessaire au maintien des droits des associés de la société transférante, conformément à l'art. 7. Ce principe concerne la fusion par absorption. En cas de fusion par combinaison, le capital de la nouvelle société doit également être suffisant pour garantir le maintien des droits des associés des sociétés transférantes. Le montant exact de l'augmentation dépend de différents paramètres, tels que le rapport d'échange des parts sociales, la détention d'actions propres, l'existence d'une participation de la société reprenante dans la société transférante, l'offre d'un dédommagement au sens de l'art. 8⁸⁸. Le montant de l'augmentation de capital fait l'objet d'une rubrique du rapport de fusion (art. 14, al. 2, let. f). Le réviseur doit exposer si le montant de l'augmentation de capital prévue est suffisant pour garantir le maintien des droits des associés de la société transférante au sens de l'art. 7.

Al. 4, let. b: la détermination du rapport d'échange des parts sociales fait l'objet d'explications dans le rapport de fusion (art. 14, al. 3, let. c; cf. le commentaire de cette disposition ainsi que de l'art. 7). Vu l'importance du rapport d'échange pour les associés et les questions techniques que soulève sa détermination, il est indispensable que le réviseur se prononce sur son adéquation. A cette fin, la let. b prévoit que le réviseur doit exposer si le rapport d'échange est soutenable. Il en va de même lorsque le contrat de fusion prévoit un dédommagement conformément à l'art. 8.

⁸⁶ La troisième directive européenne prévoit que le réviseur commun doit être désigné ou agréé par une autorité judiciaire ou administrative. Contrairement à l'avant-projet (art. 15, al. 4, AP LFus), le projet renonce à cette exigence.

⁸⁷ Cf. également l'art. 10, par. 3, de la troisième directive européenne.

⁸⁸ Lors de fusions simplifiées (art. 24, al. 1), l'augmentation de capital n'est pas obligatoirement nécessaire.

Al. 4, let. c: il existe différentes méthodes pour déterminer le rapport d'échange des parts sociales⁸⁹. La méthode choisie fera l'objet d'explications dans le rapport de fusion (art. 14, al. 3, let. c). La let. c dispose que le réviseur doit examiner selon quelle méthode le rapport d'échange a été fixé et pour quelles raisons la méthode appliquée est adéquate.

Al. 4, let. d: il est envisageable que différentes méthodes soient combinées afin de déterminer le rapport d'échange des parts sociales. Lorsque c'est le cas, le réviseur doit exposer quelle est l'importance donnée aux différentes méthodes utilisées.

Al. 4, let. e: la valeur des parts sociales des sociétés qui fusionnent doit être déterminée afin de fixer le rapport d'échange. Selon la let. e, le réviseur doit exposer à quelles particularités il a fallu veiller lors de l'évaluation des parts sociales eu égard à la détermination du rapport d'échange.

Art. 16 Droit de consultation

Cette disposition prévoit la publicité des documents servant de base à la fusion, avant que ceux-ci ne soient soumis à l'approbation des assemblées générales. La publicité prend la forme d'un droit pour les associés de consulter ces documents et d'en exiger des copies (al. 1 et 3). Afin que le droit de consultation puisse être exercé, il est nécessaire que la société informe les associés de leurs droits (al. 4). Les PME peuvent renoncer à la procédure de consultation avec l'accord de l'ensemble des associés (al. 2).

Selon l'*al. 1*, chacune des sociétés qui fusionnent doit permettre aux associés, pendant les 30 jours qui précèdent la prise de décision par l'assemblée générale, de consulter à son siège les documents suivants⁹⁰:

- le contrat de fusion (art. 13);
- le rapport de fusion (art. 14);
- le rapport de révision (art. 15);
- les comptes annuels et les rapports annuels des trois derniers exercices ainsi que le bilan intermédiaire lorsque ce dernier est requis (art. 11).

La possibilité de consulter ces documents permet aux associés de se former une opinion sur la fusion et de voter en connaissance de cause lors de l'assemblée générale appelée à se prononcer ultérieurement sur la fusion. Le droit de consultation garantit ainsi la transparence de l'opération de fusion à l'intérieur de la société. Il revêt également une importance particulière pour les associés minoritaires; ceux-ci peuvent examiner si leurs droits sont maintenus de manière adéquate avec la fusion.

⁸⁹ Cf. Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 2^e éd., Zurich 1996, N 294o à 295c; Wolfhart F. Bürgi / Ursula Nordmann, *Die Aktiengesellschaft*, Zürcher Kommentar, Zurich 1979, Art. 748 N 56; André Cuendet, *La fusion par absorption*, en particulier le contrat de fusion, thèse Lausanne 1974, p. 78 ss; Robert Meier, *Die Rechtsnatur des Fusionsvertrages*, thèse Zurich, 1986, p. 67 et les références citées; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser / Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996, par. 57 N 86 ss; Pierre-Alain Recordon, *La protection des actionnaires lors de fusions et scissions de sociétés*, thèse Genève 1974, p. 140 à 152; Martin Stehli, *Aktionärschutz bei Fusionen*, thèse Zurich 1975, p. 36 à 61 (prix du marché, cours en Bourse, valeur au bilan, valeur réelle, valeur d'acquisition, etc.); Rolf Watter, *Unternehmensübernahmen*, Zurich 1991, p. 226 ss (sur le „prix d'achat“).

⁹⁰ L'art. 11, par. 1, de la troisième directive européenne prévoit un droit de consultation similaire.

Le droit de consultation des associés s'étend aux documents de l'ensemble des sociétés qui fusionnent. Ainsi, les associés de la société reprenante peuvent notamment consulter les comptes annuels de la société transférante. Par ailleurs, ils peuvent exercer leur droit à l'égard de n'importe laquelle des sociétés qui fusionnent. En vertu de l'*al.* 3, les associés peuvent exiger des copies gratuites des pièces soumises à consultation⁹¹.

Vu la complexité des questions que soulève une fusion, le délai pour exercer le droit de consultation commence au plus tard 30 jours avant que la décision de fusion ne soit prise. Ce délai correspond à celui prévu par le droit européen (art. 11, par. 1, de la troisième directive).

Selon l'*al.* 2, les PME peuvent renoncer à la procédure de consultation prévue à l'*al.* 1. Vu le rôle que doit jouer le droit de consultation dans la protection des associés minoritaires, cet allègement est possible uniquement lorsque tous les associés de la PME en question y consentent. La renonciation au droit de consultation par une décision majoritaire permettrait certains abus de la majorité.

L'*al.* 4 introduit l'obligation pour les sociétés qui fusionnent d'annoncer la possibilité de consultation de manière appropriée. A cet égard, il y a lieu de considérer le mode de communication comme approprié lorsqu'il est de nature à atteindre les associés. L'organe de publication usuel de la société remplit en général cette condition. Une publication dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) n'est donc pas systématiquement requise; une lettre aux associés peut suffire, lorsque les associés sont connus de la société.

Contrairement à l'avant-projet mis en consultation (art. 17, al. 1, AP LFus), l'art. 16 ne prévoit plus de droit de consultation en faveur des tiers avant la réalisation de l'opération de fusion. La proposition visant à introduire une procédure de dépôt des documents servant de base à la fusion a en effet été passablement critiquée, notamment en raison du fait qu'elle pourrait léser les intérêts de la société et qu'elle est de nature à retarder la fusion.

Il n'en demeure pas moins que les tiers peuvent consulter les pièces déposées au registre du commerce (art. 930 CO), une fois la fusion inscrite au registre du commerce. Cette publicité postérieure à la réalisation de la fusion n'est pas de nature à porter préjudice aux créanciers. En effet, les mesures de protection des droits des créanciers n'interviennent qu'une fois que la fusion a déployé ses effets (protection des créanciers postérieure à la réalisation de la fusion; cf. l'art. 25). Ainsi, les créanciers qui craignent que la fusion ne compromette l'exécution de leurs créances peuvent exiger que la société fournisse des sûretés. Il appartient ensuite à la société qui ne veut pas fournir de sûretés d'établir que la fusion ne présente aucun risque pour les créanciers. Cette preuve peut notamment être apportée en permettant aux créanciers de consulter les comptes annuels de la société. Il y a également lieu de mentionner le droit de consultation des créanciers de sociétés anonymes conformément à l'art. 697h, al. 2, CO; en cas de fusion, ceux-ci ont sans aucun doute un intérêt digne de protection au sens de cette disposition.

Art. 17 Information quant aux modifications du patrimoine

Aux termes de cette disposition, l'organe supérieur de direction ou d'administration doit informer son assemblée générale, ainsi que les organes supérieurs de direction

⁹¹ L'art. 11, par. 3, de la troisième directive européenne prévoit une règle identique.

ou d'administration des autres sociétés qui fusionnent, des modifications importantes intervenues dans son patrimoine actif ou passif entre la date de la conclusion du contrat de fusion et celle de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la fusion. Les organes supérieurs de direction ou d'administration des autres sociétés en informent à leur tour leur propre assemblée générale. Cette disposition vise à informer les associés des événements postérieurs à la conclusion du contrat de fusion et qui sont de nature à influencer la formation de leur volonté. Les organes supérieurs de direction ou d'administration doivent en particulier vérifier si les bases de la fusion, telles qu'elles sont arrêtées dans le contrat de fusion, ont encore cours au moment de la tenue de l'assemblée générale, s'il s'impose de conclure un nouveau contrat, ou encore s'il faut renoncer purement et simplement à la fusion.

Le non-respect de cette disposition est soumis à l'annulabilité de la fusion selon l'art. 105. En outre, la responsabilité des membres des organes supérieurs de direction ou d'administration pourra également être engagée (art. 107).

2.1.2.5 Section 5

Décision de fusion et inscription au registre du commerce

Art. 18 Décision de fusion

Le contrat de fusion doit être approuvé par l'assemblée générale. Pour les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite, le contrat de fusion sera approuvé par les associés. En effet, ces deux formes de sociétés n'ont pas d'organe similaire à une assemblée générale⁹². La notion de décision de fusion consiste en l'approbation du contrat de fusion. Le projet part du principe que le contrat de fusion doit toujours faire l'objet d'une décision de l'organe suprême de la société. En effet, la fusion a pour conséquence de modifier profondément les structures des sociétés qui y participent. Les sociétés transférantes sont dissoutes, et la société reprenante doit en général augmenter son capital (art. 9). Une seule exception est prévue dans le cadre de la procédure de fusion simplifiée (art. 23 s.), soit lors de l'absorption d'une société filiale par la société-mère ou lors de la fusion entre deux sociétés sœurs. Dans ces deux cas, la décision de l'organe supérieur de direction ou d'administration suffit.

L'art. 18 détermine les exigences de majorité requises pour l'approbation du contrat de fusion. Les *al. 1 et 2* posent des exigences générales selon la forme juridique de la société. Les *al. 3 à 6* règlent certains cas particuliers. Les exigences de majorité proposées s'en tiennent aux prescriptions existantes en matière de décisions importantes.

Pour la société anonyme et la société en commandite par actions, la *let. a* prévoit que le contrat de fusion doit recueillir l'approbation des deux tiers au moins des voix attribuées aux actions représentées à l'assemblée générale et de la majorité absolue des valeurs nominales des actions représentées. Cette exigence de majorité correspond à celle de l'art. 704 CO pour les décisions importantes.

Selon la *let. c*, les trois quarts au moins de l'ensemble des associés de la société à responsabilité limitée représentant également au moins les trois quarts du capital

⁹² La notion d'assemblée générale est définie à l'art. 2, let. h.

social doivent approuver le contrat de fusion; l'art. 784, al. 2, CO prévoit, d'une manière générale, la même exigence de majorité pour la modification des statuts de la société.

Sur la base de la *let. d*, la fusion d'une société coopérative requiert l'approbation des deux tiers au moins des voix émises, ou, en cas d'introduction ou d'extension d'une obligation d'opérer des versements supplémentaires ou de fournir d'autres prestations personnelles ou de la responsabilité personnelle, les trois quarts au moins de l'ensemble des coopérateurs; l'art. 888, al. 2, CO et l'art. 914, ch. 11, CO prévoient des exigences de majorité identiques.

La *let. e* soumet la fusion d'associations à l'approbation des trois quarts des membres présents à l'assemblée générale.

En plus de ces exigences générales de majorité, l'approbation de l'ensemble des associés est requise dans deux situations:

- en cas de reprise d'une société de capitaux par une société coopérative (al. 1, *let. b*);
- en cas de reprise d'une société anonyme ou d'une société en commandite par actions par une société à responsabilité limitée, lorsque la fusion introduit une obligation d'opérer des versements supplémentaires ou de fournir d'autres prestations personnelles pour les actionnaires; lorsque ces obligations ne concernent que certains actionnaires, seuls les actionnaires concernés doivent donner leur accord (al. 4).

Dans ces deux cas, la fusion peut avoir pour effet immédiat ou subséquent d'introduire une obligation d'opérer des versements supplémentaires ou de fournir d'autres prestations personnelles, ou encore la responsabilité personnelle des associés de la société transférante. Par ailleurs, la reprise d'une société de capitaux par une société coopérative provoque le passage à un système où les droits de vote sont comptés par tête. Il est dès lors nécessaire d'exiger l'approbation de l'ensemble des associés. A défaut de cette exigence, les associés minoritaires qui ont refusé la fusion pourraient se voir imposer une obligation de faire des versements supplémentaires ou une responsabilité personnelle contre leur volonté. Toute autre réglementation serait contraire aux principes du droit des sociétés⁹³.

L'exigence de l'approbation de l'ensemble des associés ne devrait dans la pratique concerner qu'un nombre limité de cas de fusion. En outre, il n'est pas exclu d'offrir aux associés qui se déclarent opposés à la fusion l'acquisition de leurs parts sociales afin d'atteindre l'exigence de majorité requise.

L'*al. 2* soumet le contrat de fusion à l'approbation de l'ensemble des associés de sociétés en nom collectif ou de sociétés en commandite. Le contrat de société peut cependant abaisser cette exigence de majorité jusqu'aux trois quarts des associés. Cette solution est conforme au simple fondement contractuel de la société en nom collectif et de la société en commandite. Le contrat de société ne saurait, sauf disposition contraire du même contrat, être modifié sans l'accord de l'ensemble des autres parties.

Lorsque, suite à la fusion d'une société avec une société en commandite par actions, le contrat de fusion prévoit qu'un associé de la société transférante acquerra la qualité d'associé indéfiniment responsable, ce dernier doit, en vertu de l'*al. 3*, y con-

⁹³ Cf. art. 680, al. 1, 784, al. 3, et 889 CO.

sentir par écrit. Cette disposition permet de ne pas imposer aux associés de nouvelles obligations contre leur volonté et s'applique en plus des exigences de majorité pour la décision de fusion.

L'art. 8, al. 2, prévoit que la fusion peut avoir lieu sans assurer la continuité du sociétariat mais contre attribution d'un dédommagement aux associés de la société transférante. Dans cette hypothèse, l'al. 5 soumet le contrat de fusion à l'approbation de 90 % au moins des associés. L'avant-projet de loi sur la fusion prévoyait dans ce cas l'approbation de l'ensemble des associés. Cette exigence de majorité a été abaissée afin de satisfaire aux objections soulevées dans le cadre de la procédure de consultation. Il est cependant discutable que cette norme soit compatible avec le droit européen; en effet, celui-ci ne prévoit pas la possibilité d'offrir un dédommagement, et son admissibilité se laisse tout au plus justifier lorsque l'ensemble des personnes concernées y consentent.

Lorsque la fusion implique une modification du but social et que des dispositions statutaires ou légales soumettent la modification de ce but à des exigences de majorité autres que celles prévues pour la décision de fusion, les deux exigences de majorité doivent, selon l'al. 6, être respectées de manière cumulative. Cette disposition permet d'éviter que les exigences de majorité concernant la modification du but social ne soient éludées par le biais d'une fusion.

Art. 19 Droit de sortie en cas de fusion d'associations

En vertu de cette disposition, les membres d'associations qui n'approuvent pas le contrat de fusion peuvent librement sortir de l'association dans les deux mois qui suivent la décision de fusion et avec effet rétroactif à cette date. Ce droit de sortie est la conséquence du caractère personnel du sociétariat lié au but que poursuit l'association⁹⁴. Il permet également de renoncer à l'approbation de l'ensemble des associés en cas de fusion entre une association et une société coopérative dont les statuts prévoient une obligation de faire des versements supplémentaires (art. 803 CO).

Art. 20 Acte authentique

Aux termes de cette disposition, la décision de fusion – c'est-à-dire l'approbation du contrat de fusion par l'assemblée générale, ou par les associés (art. 18) – doit faire l'objet d'un acte authentique. L'exigence d'un acte authentique de constatation garantit la sécurité du droit; elle permet notamment de déterminer sans ambiguïté la date et le contenu de la décision de fusion. Elle correspond également au droit actuel, qui soumet la dissolution de sociétés de capitaux à une décision de l'assemblée générale revêtant la forme authentique (art. 736, ch. 2, et 820, ch. 2, CO). En cas de fusion entre associations, un acte authentique n'est pas requis.

⁹⁴ Cf. également l'art. 70, al. 2, CC. La jurisprudence (ATF 71 II 194) reconnaît également aux associés un droit de sortie immédiate pour de graves motifs.

Art. 21 Inscription au registre du commerce

Comme le prévoit déjà le droit actuel, la fusion est inscrite au registre du commerce. Conformément au principe général de l'art. 931, al. 1, CO, cette inscription est ensuite publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC).

L'al. 1 introduit l'obligation pour les organes supérieurs de direction ou d'administration des sociétés de requérir l'inscription de la fusion au registre du commerce; la réquisition d'inscription au registre du commerce a lieu une fois le contrat de fusion approuvé par l'ensemble des sociétés qui fusionnent. Les dispositions propres à chaque forme juridique régissent la signature de la réquisition.

Lorsque le capital d'une société anonyme, d'une société en commandite par actions ou d'une société à responsabilité limitée doit être augmenté en raison de la fusion (cf. art. 9), l'inscription de l'augmentation de capital au registre du commerce doit, selon l'al. 2, avoir lieu simultanément avec la fusion⁹⁵.

Pour la société transférante, l'inscription au registre du commerce se limite, selon l'al. 3, à la radiation de celle-ci par suite de sa fusion. La radiation de la société transférante intervient simultanément avec l'inscription de la fusion. Cette innovation de la loi sur la fusion doit être mise en relation avec le nouveau système de protection des créanciers de l'art. 25, qui est postérieur à la réalisation de la fusion. Le maintien de l'inscription au registre du commerce de la société transférante après l'entrée en force de la fusion, comme c'est le cas selon le droit actuel, est en contradiction avec la succession universelle provoquée par la fusion.

La radiation de la société transférante du registre du commerce soulève certaines questions pratiques qu'il s'agira de régler au niveau de l'ordonnance sur le registre du commerce⁹⁶. Les modalités de la radiation doivent faire l'objet de dispositions d'exécution, notamment lorsque les sociétés qui fusionnent ont leur siège dans différents arrondissements du registre du commerce. Il faut éviter que la société transférante soit radiée du registre du commerce avant même que la fusion ne soit inscrite au registre du commerce du siège de la société reprenante.

L'inscription au registre du commerce soulève la question du pouvoir d'examen des autorités du registre du commerce. Contrairement à l'avant-projet mis en consultation (art. 88 AP LFus), le présent projet ne contient plus de disposition spéciale relative au pouvoir d'examen lors de l'inscription de fusions, de scissions et de transformations. La disposition de l'avant-projet a en effet été contestée dans le cadre de la procédure de consultation. Par ailleurs, une nouvelle réglementation du pouvoir d'examen devrait avoir une portée générale et non pas être limitée aux opérations régies par la loi sur la fusion. Elle aurait donc sa place dans le CO. Dès lors, le pouvoir d'examen des autorités du registre du commerce lors de l'inscription de fusions est régi par l'art. 940 CO et par la jurisprudence du Tribunal fédéral⁹⁷.

⁹⁵ Le capital social de la société coopérative ne faisant pas l'objet d'une inscription au registre du commerce (en effet, il est variable de par la loi), l'émission de nouvelles parts sociales par suite de fusion ne fait pas non plus l'objet d'une inscription.

⁹⁶ L'art. 102, let. a, renferme une norme de délégation de compétence au Conseil fédéral à cet effet.

⁹⁷ Un arrêt récent du Tribunal fédéral traitant de la transformation d'une société à responsabilité limitée en une société anonyme (ATF 125 III 18) précise le pouvoir d'examen des autorités du registre du commerce en la matière.

L'al. 4 dispense les associations qui ne sont pas elles-mêmes inscrites au registre du commerce de requérir l'inscription de la fusion⁹⁸. En effet, lorsque l'association n'est pas inscrite au registre du commerce, les tiers (créanciers p. ex.) ne peuvent pas non plus s'attendre à ce que la fusion y soit inscrite. Cette limitation du champ d'application de l'art. 21 rend la disposition de l'art. 22, al. 2, nécessaire, qui prévoit que la fusion d'associations non inscrites au registre du commerce déploie ses effets une fois le contrat approuvé par l'ensemble des associations qui y participent. Dans les faits, cette dérogation au principe de l'inscription de la fusion au registre du commerce concerne uniquement la fusion entre associations non inscrites. Lorsque l'une des associations qui fusionnent est néanmoins inscrite au registre du commerce, il va de soi qu'il y a lieu de procéder à l'inscription correspondante, soit l'inscription de la fusion s'il s'agit de l'association reprenante, ou la radiation s'il s'agit de l'association transférante. Dans les autres cas de fusion mettant en présence des associations, celles-ci doivent toujours être préalablement inscrites au registre du commerce (cf. l'art. 4, al. 4).

Art. 22 Effets juridiques

L'al. 1 confère un effet constitutif à l'inscription de la fusion au registre du commerce. L'inscription permet à la fusion de déployer ses effets.

Parmi les effets de l'inscription, il faut mentionner le transfert de par la loi et en un seul acte (uno actu) de l'ensemble des actifs et passifs de la société transférante à la société reprenante⁹⁹. Les droits et les obligations de la société transférante, y compris ceux qui sont inconnus de la société transférante (p. ex. les dettes découlant d'actes illicites), entrent dans le patrimoine de la société reprenante. Le transfert de l'ensemble des droits et des obligations de la société (droits obligationnels, droits réels, droits immatériels, droits sociaux, autres créances et dettes de la société, incombances, exceptions de procédure, droits de la personnalité, droits découlant des raisons de commerce, notamment) est opéré sans que les formes propres au transfert de chacun de ces droits (forme écrite, cession de créance, acte authentique, etc.) doivent être observées. L'art. 103 règle l'inscription du transfert des immeubles au registre foncier.

La fusion confère également la qualité d'associé de la société reprenante aux associés de la société transférante (principe de la continuité du sociétariat; art. 7). Ce n'est qu'avec l'inscription de la fusion au registre du commerce que les associés deviennent titulaires des droits et des obligations découlant du sociétariat de la société reprenante. Lorsque le sociétariat est incorporé dans une part sociale, les associés pourront exiger l'échange de leurs parts sociales.

Les dispositions générales du CO relatives au registre du commerce déterminent le moment exact de l'inscription. En vertu de l'art. 932, al. 1, CO, la date de l'inscription correspond à celle de la mention faite sur le journal. L'inscription au journal est cependant soumise à la condition que l'OFRC approuve l'inscription opérée par le registre cantonal (art. 115 ORC). Avec cette approbation, l'inscription déploie ses effets rétroactivement au jour de la mention sur le journal. Par ailleurs, le moment de l'inscription au registre du commerce doit être soigneusement distingué du moment de l'opposabilité de l'inscription aux tiers. Selon l'art. 932, al. 2, CO,

⁹⁸ Il s'agit donc des associations qui n'exploitent pas une industrie en la forme commerciale et qui n'ont pas requis leur inscription sur une base volontaire (art. 61, al. 2, CC).

⁹⁹ L'art. 19, al. 1, de la troisième directive européenne contient une règle analogue.

l'inscription n'est opposable qu'à partir du jour ouvrable qui suit celui dont la date figure sur le numéro de la FOSC où est publiée l'inscription. Bien que cette réglementation soit plutôt complexe, il n'y a pas lieu d'y déroger dans le cadre de la loi sur la fusion.

Conformément à l'art. 34 LCart, les effets de droit civil sont suspendus lorsque la fusion constitue une concentration d'entreprises soumise à l'obligation de notifier selon l'art. 9 LCart. Cette réglementation de la LCart est bien entendu réservée.

L'al. 2 règle le cas particulier de la fusion d'associations qui ne sont pas inscrites au registre du commerce. En vertu de l'art. 21, celles-ci ne doivent pas requérir l'inscription de la fusion au registre du commerce. Dès lors, les effets juridiques de la fusion ne sauraient dépendre de cette inscription. La fusion déploie donc ses effets dès qu'elle a été approuvée par les assemblées générales de l'ensemble des associations qui fusionnent.

2.1.2.6 **Section 6** **Fusion simplifiée de sociétés de capitaux**

Art. 23 Conditions

Dans certaines situations, l'application des dispositions concernant la protection des associés est rendue superflue du fait qu'il n'existe pas de risque d'atteinte à leurs droits. C'est notamment le cas lorsqu'une société reprend une filiale détenue à 100 % et lorsque deux sociétés „sœurs“ fusionnent. Il s'impose dès lors de prévoir une procédure de fusion simplifiée. Les allègements prévus par l'art. 24 sont notables. Ils permettent notamment de renoncer à l'établissement d'un rapport de fusion (art. 14), à la vérification de la fusion (art. 15), au droit de consultation (art. 16) et à la décision de l'assemblée générale (art. 18).

Selon l'al. 1, une fusion simplifiée est autorisée:

- lorsque la société de capitaux reprenante détient l'ensemble des parts sociales conférant droit de vote de la société de capitaux transférante (absorption par voie de fusion d'une filiale par la société-mère);
- lorsqu'un sujet, une personne physique ou un groupement de personnes basé sur un contrat ou sur la loi détient l'ensemble des parts sociales conférant droit de vote des sociétés de capitaux qui fusionnent (fusion entre sociétés soeurs).

Malgré l'absence de toute disposition légale en la matière, ces deux états de fait font déjà l'objet de certains allègements sous l'empire du droit actuel. Ceux-ci portent principalement sur l'absence d'augmentation de capital de la société reprenante¹⁰⁰ et de décision de l'assemblée générale de cette dernière. Dans ce sens, les art. 23 et 24 codifient dans une certaine mesure la pratique actuelle.

La notion de „groupement de personnes basé sur un contrat ou sur la loi“ (al. 1, let. b) recouvre les formes de groupements de personnes physiques et morales sans personnalité juridique. Les sociétés simples (art. 530 CO), les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite (art. 552 et 594 CO), les communautés héréditaires

¹⁰⁰ Par exemple, sur les 31 fusions inscrites au registre du commerce du canton de Genève en 1999, seules 9 ont fait l'objet d'une augmentation de capital de la société reprenante.

taires (art. 602 CC) et l'union conjugale (art. 159 CC) en font notamment partie. Cette notion permet d'englober toutes les situations dans lesquelles les associés des sociétés qui fusionnent sont identiques.

L'*al.* 2 étend le champ d'application de l'*al.* 1, let. a. Une fusion simplifiée est autorisée lorsque la société de capitaux reprenante détient non pas l'ensemble des parts sociales conférant droit de vote de la société transférante, mais au moins 90 % de celles-ci. Deux conditions doivent cependant être remplies:

- les associés minoritaires doivent avoir le choix entre l'attribution de parts sociales (continuité du sociétariat) et le versement du dédommagement prévu à l'art. 8; ce dernier doit, contrairement aux règles générales, correspondre à la valeur réelle des parts sociales;
- la fusion ne doit pas avoir pour conséquence d'introduire ou d'aggraver une obligation d'opérer des versements supplémentaires, de fournir d'autres prestations personnelles, ou une responsabilité personnelle pour les associés minoritaires.

Conformément à la troisième directive européenne (art. 24 ss), la reprise par voie de fusion de la société-mère par une société filiale n'entre pas dans le champ d'application de la fusion simplifiée.

Art. 24 Allégements

Lorsque l'un des états de fait mentionnés à l'art. 23 est réalisé, la fusion peut avoir lieu à des conditions simplifiées. A cet égard, il y a lieu de distinguer les hypothèses prévues à l'art. 23, al. 1 et 2.

L'*al.* 1 prévoit que les dispositions suivantes ne s'appliquent pas dans les cas régis par l'art. 23, al. 1:

- art. 13, let. b à e: le contrat de fusion est amputé des dispositions concernant la continuité du sociétariat (attribution de droits de sociétariat, échange des parts sociales);
- art. 14: il peut être entièrement renoncé à l'établissement du rapport de fusion;
- art. 15: la fusion ne doit pas être vérifiée par un réviseur particulièrement qualifié;
- art. 16: les associés n'ont pas de droit de consultation;
- art. 18: le contrat de fusion n'est pas soumis à l'approbation de l'assemblée générale.

L'*al.* 2 prévoit des allégements pour les cas régis par l'art. 23, al. 2. Il s'agit de fusions où la société de capitaux reprenante ne détient pas l'ensemble, mais au moins 90 % des parts sociales de la société transférante. Le projet prévoit, dans une large mesure, les mêmes allégements que dans les cas régis par l'art. 23, al. 1. Néanmoins, eu égard aux associés minoritaires, les distinctions suivantes doivent être faites:

- art. 13, let. b: le contrat de fusion doit mentionner le rapport d'échange des parts sociales et le montant de l'éventuelle soulte (ainsi que le montant du dédommagement obligatoire selon l'art. 13, let. f);

- art. 15: un réviseur doit vérifier la fusion afin de garantir le maintien des droits des associés minoritaires;
- art. 16: le droit de consultation des associés doit être maintenu. Le contrat de fusion n'étant pas soumis à l'approbation de l'assemblée générale (cf. l'art. 16, al. 1), il s'agit de fixer un autre point de référence pour le délai de consultation. Dans ce but, l'*al.* 2 prévoit que le droit de consultation doit pouvoir être exercé au moins pendant les 30 jours qui précèdent la réquisition d'inscription de la fusion au registre du commerce.

2.1.2.7 **Section 7** **Protection des créanciers et des travailleurs**

Art. 25 Garantie des créances

Les règles actuelles applicables à la fusion entre sociétés anonymes et à la fusion entre sociétés coopératives contiennent des dispositions détaillées concernant la protection des créanciers. Ainsi, la loi (art. 748 et 914 CO) prévoit que les organes d'administration des sociétés anonymes et des sociétés coopératives reprenantes doivent sommer les créanciers de produire leurs créances (avis aux créanciers) et doivent administrer de manière séparée le patrimoine de la société transférante jusqu'à ce que les créanciers aient été payés ou aient reçu des sûretés. Une fois les créanciers désintéressés ou garantis, la société transférante peut être radiée du registre du commerce. En cas de faillite de la société reprenante, le patrimoine de la société transférante forme une masse distincte.

Au demeurant, on ne trouve nulle part ailleurs à l'étranger un système de protection des créanciers équivalant à celui connu en Suisse. La protection des créanciers est conçue de manière différente dans les autres Etats. Le droit français (art. 381 Code des sociétés, Loi 66-537 du 24 juillet 1966) et le droit italien (art. 2503 Codice civile) prévoient que les créanciers peuvent faire opposition à la fusion dans un délai déterminé. Le jugement du tribunal peut lever l'opposition sans réserve ou ordonner que les créanciers soient désintéressés ou obtiennent des garanties de la société reprenante. Le droit allemand (par. 22 Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts du 28 octobre 1994) prévoit que les créanciers ont droit à l'obtention de sûretés et renonce ainsi à une collaboration judiciaire.

Vu ces différents systèmes de protection des créanciers, il est compréhensible que la troisième directive européenne ne renferme pas de dispositions particulières à ce sujet. L'art. 13 exige uniquement „un système de protection adéquat des intérêts des créanciers des sociétés qui fusionnent“. L'exigence minimale consiste à prévoir que les créanciers ont droit à des garanties adéquates „lorsque la situation financière des sociétés qui fusionnent rend cette protection nécessaire et que ces créanciers ne disposent pas déjà de telles garanties“ (art. 13, par. 2). Par ailleurs, la protection peut être différente pour les créanciers de la société reprenante et ceux de la société transférante (art. 13, par. 3).

D'une manière générale, l'importance des mesures de protection en faveur des créanciers lors de fusions ne doit pas être surestimée. La plupart des fusions ne portent en aucune façon atteinte aux droits des créanciers. En effet, la fusion a pour

conséquence la réunion de deux patrimoines ou plus (art. 22). Aussi longtemps que ces patrimoines présentent un excédent d'actifs¹⁰¹, la somme des patrimoines après fusion ne peut mathématiquement être que supérieure à chacun de ces patrimoines pris individuellement. Par conséquent, outre les fusions mettant en présence des sociétés dont le rendement est faible, les fusions susceptibles de causer un préjudice aux créanciers se limitent principalement à celles qui mettent en présence des sociétés surendettées ou présentant une perte en capital. Dans ces hypothèses, des dispositions spéciales posent des conditions qualifiées pour l'admissibilité de la fusion d'assainissement; les autres sociétés qui fusionnent doivent en particulier disposer de fonds propres librement disponibles correspondant au montant du découvert ou du surendettement (cf. l'art. 6 et son commentaire).

La réglementation actuelle de la protection des créanciers ne tient pas suffisamment compte du fait que, selon les circonstances, la fusion ne constitue pas une réelle mise en danger. L'administration séparée du patrimoine paraît absurde en matière de fusion et s'avère difficile à mettre en œuvre en pratique¹⁰².

La solution proposée par l'art. 25 consiste à protéger les droits des créanciers après la réalisation de l'opération de fusion. Ce système de protection des créanciers trouve sa justification dans le fait que les fusions présentant des risques particuliers pour les créanciers font l'objet de la réglementation spéciale de l'art. 6.

En vertu de l'*al. 1*, la société reprenante doit garantir les créances lorsque les créanciers l'exigent dans le délai de trois mois¹⁰³ à compter de la date à laquelle la fusion déploie ses effets selon l'art. 22. Seule la société reprenante est tenue de fournir des sûretés; en effet, la protection des créanciers étant postérieure à la réalisation de la fusion, les sociétés transférantes n'existent plus. L'obligation de garantir les créances s'étend aux créances de l'ensemble des sociétés qui fusionnent; encore faut-il qu'elles soient nées avant que la fusion ne déploie ses effets.

Selon l'*al. 2*, les créanciers doivent être informés de leurs droits par une triple publication dans la FOSC. Les sûretés à fournir peuvent prendre la forme d'une garantie personnelle (cautionnement, art. 492 ss CO; porte-fort, art. 111 CO; reprise cumulative de dette) ou d'une garantie réelle (gage, art. 793 ss et 884 CC). Lorsqu'un réviseur particulièrement qualifié atteste que l'ensemble des créances connues ou escomptées pourront être exécutées au moyen de la fortune disponible des sociétés qui fusionnent, la publication n'est pas obligatoire. Cette possibilité de dispenser les sociétés qui fusionnent de procéder aux avis aux créanciers a été introduite afin de tenir compte des fusions qui mettent en cause des sociétés financièrement saines.

¹⁰¹ Il y a excédent d'actifs lorsque les actifs sont supérieurs aux fonds étrangers.

¹⁰² Cf. la critique de Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 2^e éd., Zurich 1996, N 296c, 296g; Wolfhart F. Bürgi / Ursula Nordmann, *Die Aktiengesellschaft*, Zürcher Kommentar, Zurich 1979, Art. 748 N 98 ss; Burkhard K. Gantenbein, *Die Fusion von juristischen Personen und Rechtsgemeinschaften im schweizerischen Recht*, thèse Fribourg 1995, p. 267 ss; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 8^e éd., Berne 1998, par. 24 N 48 ss; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser / Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996, § 57 N 192 ss; Rudolf Tschäni, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1994, Art. 748 N 324 ss; ATF 115 II 272 et les références citées.

¹⁰³ A titre de comparaison, le droit allemand prévoit un délai de six mois (par. 22 Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrecht du 28 octobre 1994).

L'*al.* 3 libère la société reprenante de son obligation de fournir des sûretés lorsqu'elle prouve que la fusion ne compromet pas l'exécution de la créance. Le créancier qui estime que la preuve fournie n'est pas suffisante peut en appeler au tribunal pour que celui-ci tranche. Cette solution a été retenue car seule la société reprenante dispose de l'ensemble des informations concernant sa situation financière. En effet, il serait très difficile pour les créanciers d'apporter eux-mêmes la preuve, ou du moins de rendre vraisemblable, que la fusion met en danger l'exécution de leurs créances. Il faut préciser que l'exécution de la créance peut être compromise en raison d'une multitude d'éléments. C'est le cas lorsque des faiblesses structurelles mettent, à terme, l'existence de la société en danger, alors même que la société ne présente pas une perte en capital ou un surendettement au jour de la fusion. La fusion entre sociétés de forme juridique différente peut également être de nature à compromettre l'exécution des créances. Ainsi, la reprise d'une société anonyme par une société coopérative implique notamment l'application de dispositions moins strictes concernant la constitution et le maintien du capital; ces conséquences peuvent, selon les circonstances, justifier l'octroi de sûretés.

L'*al.* 4 permet à la société tenue de fournir des sûretés d'exécuter la créance au lieu de la garantir. Encore faut-il qu'il n'en résulte aucun dommage pour les autres créanciers¹⁰⁴. Par ailleurs, l'exécution anticipée de la créance n'est possible que si l'intention contraire des parties ne ressort ni des clauses ou de la nature du contrat, ni des circonstances (art. 81 CO).

Art. 26 Responsabilité personnelle des associés

La fusion peut mettre fin à la responsabilité des associés pour les dettes de la société, en particulier lorsqu'elle a lieu entre sociétés de forme juridique différente. Ainsi, lorsqu'une société anonyme reprend une société en nom collectif (art. 4, al. 1, let. c), les associés de cette dernière deviennent actionnaires de la société anonyme. En acquérant la qualité d'actionnaire, ils n'assument plus aucune responsabilité pour les dettes sociales (cf. l'art. 680, al. 1, CO). Or, la limitation ou la suppression de la responsabilité personnelle des associés de la société transférante suite à une fusion peut porter préjudice aux créanciers de cette dernière. Il est donc nécessaire qu'ils puissent se fier à la continuité de la responsabilité personnelle des associés pour les dettes existantes.

Dès lors, l'*al.* 1 perpétue la responsabilité personnelle des associés de la société transférante pour ses dettes; ils continuent de répondre dans la même mesure des dettes nées avant la publication de la décision de fusion ou dont la cause remonte à une période antérieure à cette date. La formulation large de l'*al.* 1 permet notamment d'englober les prétentions découlant d'actes illicites, alors que le dommage n'est pas encore survenu au moment de la fusion. La continuité de la responsabilité personnelle vise les associés de sociétés en nom collectif (art. 568 CO), de sociétés en commandite (art. 604 CO), de sociétés en commandite par actions (art. 764, al. 1, CO) et de sociétés à responsabilité limitée pour le montant du capital social (art. 802 CO) ainsi que les associés de sociétés coopératives (art. 869 CO) et d'associations (art. 70 CC) lorsque les statuts prévoient une telle responsabilité.

Selon l'*al.* 2, les prétentions à l'envers des associés de la société transférante qui n'assument plus une responsabilité personnelle au sein de la société reprenante se

¹⁰⁴ Cf. également les art. 285 ss LP.

prescrivent au plus tard par trois ans¹⁰⁵ à compter de la date à laquelle la fusion déploie ses effets au sens de l'art. 22. Lorsque la prétention ne devient exigible qu'après la publication de la décision de fusion, la prescription court toutefois dès l'exigibilité. Le système de la prescription a été préféré à celui de la péremption afin de rendre possible, par son interruption, la prolongation de la durée de la responsabilité¹⁰⁶.

L'al. 3 traite de l'émission publique d'emprunts par obligations et de titres d'obligation semblables. Dans ces hypothèses, la continuité d'une éventuelle responsabilité personnelle des associés jusqu'au remboursement s'impose, sous réserve des conditions d'émission contenues dans le prospectus. Les dispositions concernant la communauté des créanciers dans les emprunts par obligations (art. 1157 ss CO) sont également réservées.

Art. 27 Transfert des rapports de travail, garantie et responsabilité personnelle

L'al. 1 prévoit que le transfert des rapports de travail à la société reprenante est régi par l'art. 333 CO. En application de cette disposition, les rapports de travail passent à la société reprenante avec tous les droits et obligations qui en découlent (art. 333, al. 1, CO). Le travailleur peut néanmoins s'opposer au transfert des rapports de travail; dans ce cas, les rapports de travail prennent fin à l'expiration du délai de congé légal (art. 333, al. 2, CO). Lorsque les rapports de travail sont régis par une convention collective, ils continuent d'être réglés par celle-ci pendant le délai d'une année, pour autant toutefois que la convention collective ne prenne pas fin avant l'expiration de ce délai (art. 333, al. 1^{bis}, CO).

Les travailleurs peuvent, au même titre que les autres créanciers de la société, exiger que la société reprenante garantisse les créances résultant du contrat de travail (art. 25). Selon l'al. 2, ce droit ne concerne pas uniquement les créances existantes, mais s'étend aux créances 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. En ce qui concerne les modalités pour obtenir des sûretés, l'art. 25 s'applique.

L'al. 3 régit la responsabilité personnelle des associés de la société transférante pour les dettes résultant du contrat de travail. Conformément à l'art. 26, les associés qui répondaient des dettes de la société avant la fusion continuent de répondre des dettes antérieures à la publication de la fusion. En matière de dettes résultant du contrat de travail, la continuité de la responsabilité personnelle s'étend également aux dettes 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.

Art. 28 Consultation de la représentation des travailleurs

L'al. 1 prévoit que l'art. 333a CO, qui concernent la consultation de la représentation des travailleurs, s'applique lors d'une fusion. Selon cette disposition, la société doit consulter en temps utile, soit avant la réalisation de la fusion, la représentation des travailleurs ou, à défaut, les travailleurs. L'information des travailleurs doit

¹⁰⁵ Ce délai de trois ans correspond également à celui prévu par l'art. 181, al. 2, P CO.

¹⁰⁶ Cf. Karl Spiro, *Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen*, Berne 1975, vol. 1, par. 318, p. 759 ss (concernant l'art. 181 CO). Le projet de loi sur la fusion suit les considérations de Karl Spiro.

porter sur le motif de la fusion ainsi que sur ses conséquences juridiques, économiques et sociales pour les travailleurs.

Lorsque la fusion a des conséquences pour les travailleurs, celles-ci peuvent toucher aussi bien les travailleurs de la société transférante que ceux de la société reprenante. Par conséquent, le projet prévoit que l'obligation de consulter les travailleurs s'adresse non seulement à la société transférante, mais également à la société reprenante.

L'al. 2 précise le moment de la consultation de la représentation des travailleurs. Pour qu'elle ait un sens, la consultation doit intervenir à un stade où la fusion n'est pas encore définitivement réalisée, c'est-à-dire avant que l'assemblée générale ou les associés ne se soient prononcés sur la fusion conformément à l'art. 18. En revanche, la représentation des travailleurs ne doit pas nécessairement être consultée avant la conclusion du contrat de fusion (art. 12). En effet, selon les circonstances, le secret des affaires et les négociations relatives au contrat pourraient être affectés et un risque de délit d'initié pourrait en résulter.

Par ailleurs, l'organe supérieur de direction ou d'administration rendra compte des résultats de la consultation des travailleurs lors de la prise de décision selon l'art. 18. En cas de fusion simplifiée, aucune décision de l'assemblée générale n'est requise (cf. l'art. 24); l'information des associés n'a donc pas lieu. Il n'en demeure pas moins que l'organe supérieur de direction ou d'administration doit consulter la représentation des travailleurs avant l'approbation formelle du contrat de fusion.

L'al. 3 doit garantir la mise en œuvre de la consultation de la représentation des travailleurs. Selon cette disposition, la représentation des travailleurs peut, si les al. 1 et 2 n'ont pas été respectés, exiger du tribunal qu'il interdise l'inscription de la fusion au registre du commerce. Selon le projet d'art. 29a de la loi fédérale sur les fors en matière civile (annexé au projet de loi sur la fusion), le tribunal compétent est celui du siège de l'une des sociétés qui fusionnent. La requête de la représentation des travailleurs peut notamment intervenir par le biais de l'art. 32 ORC. Lorsque l'inscription au registre du commerce a été interdite, les sociétés doivent, pour pouvoir fusionner, procéder à l'ensemble des formalités nécessaires afin de rétablir la situation légale. Par conséquent, elles devront consulter la représentation des travailleurs et provoquer une nouvelle décision de fusion de l'organe suprême de la société (art. 18).

L'al. 4 prévoit que les règles relatives à la consultation de la représentation des travailleurs s'appliquent également aux sociétés reprenantes dont le siège est à l'étranger. Il s'agit donc d'une loi d'application immédiate au sens de l'art. 18 LDIP. L'al. 4 doit permettre une meilleure protection des droits des travailleurs lors de fusions transfrontalières, en particulier lorsque le droit étranger contient des dispositions relatives à la consultation des travailleurs qui vont moins loin que celles prévues par le droit suisse.

2.1.3

Chapitre 3 Scission de sociétés

Le chapitre 3 du projet de loi sur la fusion régit uniquement la scission de sociétés de capitaux et de sociétés coopératives, que ce soit par division ou par séparation. En ce qui concerne les moyens de scinder une fondation, une institution de prévoyance ou un institut de droit public, il faut se référer aux dispositions spéciales des art. 86, 98 et 99 et à leur commentaire.

2.1.3.1

Section 1 Dispositions générales

Art. 29 Principe

Par la scission, une société (société transférante) transfère des parts de son patrimoine à d'autres sociétés (sociétés reprenantes)¹⁰⁷ contre attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat de ces dernières à ses associés. L'art. 29 définit les deux formes de scission autorisées¹⁰⁸:

- La *division* (*let. a*). Une société divise l'ensemble de son patrimoine actif et passif en parts qu'elle transfère à deux autres sociétés existantes ou plus (scission à des fins de reprise) ou nouvellement fondées (scission à des fins de fonder de nouvelles sociétés). Les associés de la société transférante deviennent associés des sociétés qui reprennent les parts de patrimoine. Avec la division, la société transférante est dissoute et radiée du registre du commerce.
- La *séparation* (*let. b*). Une société sépare une ou plusieurs parts de son patrimoine qu'elle transfère à une ou plusieurs autres sociétés existantes ou nouvellement fondées. Les associés de la société transférante deviennent associés des sociétés reprenantes. Contrairement à la division, la société transférante continue à exister en cas de séparation; en effet, les parts de patrimoine transférées ne représentent qu'une partie et non l'ensemble de son patrimoine.

La scission présente donc dans tous les cas deux aspects:

- La continuité du sociétariat. La scission a toujours lieu contre attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat des sociétés reprenantes aux associés de la société transférante. Ceux-ci ne sauraient perdre leur qualité d'associé ou être exclus de la société transférante lors de la scission. Si la scission a lieu dans la continuité du sociétariat, elle implique cependant une nouvelle répartition du sociétariat, qui peut prendre différentes formes:

¹⁰⁷ Afin d'alléger le texte, la forme plurielle est utilisée par la suite pour qualifier les sociétés reprenantes, ce bien qu'une scission puisse n'impliquer qu'une seule société reprenante.

¹⁰⁸ L'avant-projet de loi sur la fusion (art. 39 AP LFus) prévoyait une troisième forme de scission: la dissociation. Cette dernière permettait à une société de séparer une ou plusieurs parts de son patrimoine et de les transférer à une ou plusieurs autres sociétés. Contrairement au cas de figure de la séparation, la contre-prestation (les parts sociales ou les droits de sociétariat) devait être attribuée à la société transférante elle-même et non pas à ses associés. Cette forme de scission aurait notamment dû servir à la fondation de sociétés filiales. La dissociation a été remplacée par la nouvelle réglementation du transfert de patrimoine (art. 69 ss). Au sujet des motifs de ce changement, il faut se référer au ch. 1.3.2.4.2.

- l'ensemble des associés de la société transférante peuvent recevoir des parts sociales ou des droits de sociétariat de chacune des sociétés reprenantes (p. ex.: les trois actionnaires d'une société anonyme qui se divise se voient chacun attribuer des actions des deux sociétés anonymes reprenantes);
- les associés de la société transférante peuvent recevoir chacun des parts sociales ou des droits de sociétariat de l'une ou de l'autre des sociétés reprenantes mais pas des deux (p. ex.: les deux associés d'une société à responsabilité limitée qui se divise deviennent chacun actionnaire unique des deux sociétés anonymes reprenantes);
- une partie des associés de la société transférante peut recevoir des parts sociales ou des droits de sociétariat des sociétés reprenantes, alors que les autres associés augmentent leur participation dans la société transférante (p. ex.: une société anonyme procède à une séparation lors de laquelle un seul actionnaire acquiert une participation dans la société à responsabilité limitée reprenante et renonce à sa participation dans la société transférante; les autres actionnaires restent associés de la société anonyme);
- les associés de la société transférante peuvent recevoir une participation dans l'ensemble des sociétés reprenantes au prorata de leur participation antérieure (scission symétrique) ou peuvent se voir attribuer une participation dans une ou plusieurs sociétés reprenantes qui n'est pas proportionnelle à leur participation antérieure (scission asymétrique)¹⁰⁹.
- La continuité patrimoniale. La scission a toujours pour effet de transférer au moins une part de patrimoine; la division implique par définition le transfert de deux parts de patrimoine au moins. Les éléments patrimoniaux (actifs et passifs) qui forment les parts de patrimoine font l'objet d'un inventaire (art. 37, let. b). La part de patrimoine peut se composer de n'importe quels éléments patrimoniaux actifs et passifs susceptibles d'être transférés; un seul droit suffit formellement pour constituer une part de patrimoine. Il est cependant indispensable que la part de patrimoine présente un actif net. On ne saurait en effet augmenter le capital de la société reprenante (art. 33) ou fonder la société reprenante (art. 34) en transférant une part de patrimoine présentant un solde passif (la valeur nominale des parts sociales émises doit être couverte par la valeur de la part de patrimoine transférée). Une société ne peut donc être scindée de sorte que ses actifs soient transférés dans une société et ses passifs dans une autre société. Avec l'inscription de la scission au registre du commerce, l'ensemble des droits et des obligations mentionnés dans l'inventaire sont transférés par un seul acte (uno actu) aux sociétés reprenantes (art. 52). Il n'est donc pas nécessaire de respecter les règles propres au transfert de chacun des éléments de ce patrimoine¹¹⁰.

La continuité patrimoniale et celle du sociétariat permettent de délimiter la scission par rapport à d'autres instruments juridiques existants, notamment la vente d'une

¹⁰⁹ Cf. l'art. 31, al. 2, et le commentaire y relatif.

¹¹⁰ Inscription au registre foncier pour les immeubles; cession civile pour les créances notamment. A ce sujet, cf. le commentaire de l'art. 49.

part de patrimoine (art. 184 ss CO) et la cession d'un patrimoine ou d'une entreprise avec actif et passif (art. 181 CO)¹¹¹.

L'introduction de la scission dans l'ordre juridique suisse constitue l'une des principales innovations du projet de loi sur la fusion. Comme déjà mentionné dans la partie générale (cf. ch. 1.1.1), la scission ne fait actuellement l'objet d'aucune disposition légale et doit être considérée comme illicite de lege lata¹¹². La scission est une institution juridique particulièrement complexe, qui ne se résume pas à l'opération inverse de la fusion. Les raisons de cette complexité résident notamment dans la variété de formes que peut prendre la scission, celles-ci pouvant par ailleurs se combiner. Les différentes formes de scission (division, séparation, scission symétrique, scission asymétrique) font l'objet de représentations graphiques sous ch. 7.2.

La scission présente à certains égards des analogies avec la fusion. C'est notamment le cas lorsque les parts de patrimoine sont transférées à des sociétés existantes (scission à des fins de reprise); il y a réunion d'une part de patrimoine dans la continuité du sociétariat. En raison de ces analogies, la réglementation de la scission est très similaire à celle de la fusion. Par rapport à la fusion, la scission présente néanmoins des risques accrus pour les créanciers et pour les associés minoritaires (il serait envisageable de répartir les bons et les mauvais risques entre deux sociétés, au détriment des créanciers et des associés minoritaires). De ce fait, le système de protection des créanciers est fondamentalement différent de celui applicable en matière de fusion (art. 45 ss). Les exigences de majorité sont également supérieures à celles prévues pour la fusion lorsque les droits des minorités sont susceptibles d'être lésés (scission asymétrique; cf. l'art. 43, al. 3).

Art. 30 Scissions autorisées

Tout comme en matière de fusion, la loi doit déterminer de manière exhaustive le cercle des sociétés qui peuvent participer à une scission. L'art. 30 permet la scission de sociétés de capitaux (sociétés anonymes, sociétés en commandite par actions et sociétés à responsabilité limitée) et de sociétés coopératives. La disposition ne doit pas être interprétée de manière restrictive, dans le sens où seule la scission d'une société en sociétés de même forme juridique est autorisée; une société anonyme peut tout à fait se scinder en une société coopérative et une société à responsabilité limitée. Pour des raisons identiques à celles évoquées à l'appui de l'art. 4 (fusions autorisées), la scission d'une société de capitaux ou d'une société coopérative avec transfert de parts de patrimoine à une société de personnes ou à une fondation n'est pas autorisée; de telles scissions permettraient en effet d'éluder les dispositions concernant la liquidation des personnes morales, ou mettraient en présence des formes juridiques fondamentalement incompatibles¹¹³.

Un tableau synoptique des scissions autorisées en vertu du projet de loi sur la fusion se trouve sous ch. 7.3.3.

Les opérations de scission qui, pour une raison ou une autre, ne sont pas prévues par l'art. 30 peuvent être réalisées, d'un point de vue économique, par un transfert de patrimoine (art. 69 ss). Une société anonyme peut ainsi transférer une part de son patrimoine à une fondation. Une société à responsabilité limitée avec quatre associés

¹¹¹ Cf. également la réglementation proposée par l'art. 181, al. 4, P CO (nouveau).

¹¹² A ce sujet, cf. la littérature citée sous ch. 1.2.1.

¹¹³ Cf. le commentaire de l'art. 4.

peut se dissoudre et, en respectant les dispositions concernant la liquidation propres au droit de la société à responsabilité limitée, transférer la moitié du solde de son patrimoine à deux sociétés en nom collectif. Ces opérations ont bien entendu lieu sans que la continuité du sociétariat soit assurée.

2.1.3.2 Section 2 Parts sociales et droits de sociétariat

Art. 31 Maintien des parts sociales et des droits de sociétariat

Comme évoqué dans le commentaire de l'art. 29, la scission a toujours lieu dans la continuité du sociétariat. Les associés de la société transférante doivent impérativement se voir attribuer des parts sociales ou des droits de sociétariat des sociétés reprenantes. En cas de scission asymétrique, l'attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat des sociétés reprenantes peut cependant ne concerner que certains associés de la société transférante; les autres associés conservent toutefois leur participation dans la société transférante. Le principe de la continuité du sociétariat est commun à la fusion et à la scission. De ce fait, l'*al. 1* renvoie à l'art. 7, qui réglemente les modalités de la continuité du sociétariat dans ses détails.

L'*al. 2* prévoit deux possibilités lors de l'attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat aux associés de la société transférante:

- Les associés de la société transférante peuvent se voir attribuer une participation aux sociétés reprenantes proportionnelle à leur participation à la société transférante. On parle dans ce cas de scission symétrique; la participation relative des associés de la société transférante n'est pas modifiée par la scission. L'ensemble des associés de la société transférante sont traités de manière strictement égale. Ainsi, un actionnaire qui détient 10 % du capital de la société anonyme transférante recevra 10 % du capital de la société à responsabilité limitée constituée dans le cadre d'une séparation; l'autre actionnaire, qui détient 90 % du capital, en recevra autant du capital de la société reprenante. En principe, la scission symétrique ne modifie donc pas les rapports entre les associés.

Si la participation relative des associés de la société transférante est toujours maintenue, leur participation effective à la société reprenante peut bien entendu être modifiée. C'est le cas lorsque la part de patrimoine est transférée à une société existante. Ainsi, lorsqu'une société anonyme unipersonnelle reprend, suite à une séparation, une part de patrimoine d'une société à responsabilité limitée avec deux associés détenant chacun la moitié du capital social, ces associés recevront chacun la moitié des actions émises suite à la scission; il n'auront cependant pas chacun la moitié de l'ensemble du capital social, mais un quart seulement.

- La scission peut modifier la répartition des participations des associés de la société transférante (scission asymétrique). Les parts sociales ou les droits de sociétariat des sociétés reprenantes ne sont pas nécessairement attribués proportionnellement aux participations antérieures. La scission asymétrique offre différentes variantes:

- Les associés de la société transférante peuvent recevoir chacun une participation dans chacune des sociétés reprenantes, mais qui n'est pas proportionnelle à leur participation antérieure (p. ex.: les deux associés qui détiennent chacun 50 % du capital d'une société à responsabilité limitée peuvent, suite à sa division, recevoir chacun 70 % de l'une des sociétés anonymes reprenantes et 30 % de l'autre).
- Les associés de la société transférante peuvent se voir attribuer chacun une participation dans l'une des sociétés reprenantes. Cette possibilité peut également présenter un intérêt dans le cadre de l'art. 736, ch. 4, CO: le tribunal peut, dans le cadre d'une action en dissolution, prononcer une scission asymétrique à titre „d'autre solution adaptée aux circonstances“.
- Certains associés de la société transférante reçoivent une participation dans la société reprenante et perdent leur participation dans la société transférante. Le solde des associés conserve uniquement sa participation dans la société transférante. Cette forme de scission asymétrique permet d'organiser la sortie de la société pour une partie des associés.

Ces deux formes de scission (symétrique et asymétrique) sont fondamentalement soumises aux mêmes règles. Une exception est cependant prévue en ce qui concerne les majorités exigées pour l'approbation de la scission par l'assemblée générale. En effet, la scission asymétrique peut présenter des risques importants pour les associés minoritaires; ils peuvent par exemple se voir attribuer une participation à la société qui reprend la part de patrimoine la moins rentable. Il s'avère donc nécessaire de prévoir des exigences de majorité supérieures (art. 43).

2.1.3.3

Section 3 Réduction de capital, augmentation de capital, fondation et bilan intermédiaire

Art. 32 Réduction de capital en cas de séparation

Lorsque la scission a lieu par voie de division, la société transférante ne doit jamais réduire son capital puisqu'elle est dissoute et radiée du registre du commerce avec la scission (art. 29, let. a). En revanche, la scission par séparation ne mène pas à la dissolution de la société transférante, mais elle est généralement liée à une réduction de capital. Le capital doit même impérativement être réduit lorsque la société transférante ne dispose pas de fonds propres librement disponibles d'un montant correspondant à celui de la valeur (comptable) de la part de patrimoine transférée. A défaut, la scission aurait pour conséquence de mettre la société transférante dans une situation de perte de capital ou de surendettement (art. 725, 817 et 903 CO). Le montant exact de la réduction de capital dépend de différents éléments, notamment de la valeur de la part de patrimoine transférée et du montant des fonds propres librement disponibles de la société transférante¹¹⁴.

¹¹⁴ Pour cette raison, le montant nominal de la réduction de capital de la société transférante ne correspond pas toujours au montant nominal de l'augmentation de capital des sociétés reprenantes (art. 33) ou au montant du capital des sociétés fondées dans le cadre de la scission (art. 34).

Selon l'art. 32, les dispositions du CO concernant la réduction de capital (cf. les art. 733 et 734 CO pour la société anonyme et la société en commandite par actions, l'art. 788, al. 2, CO pour la société à responsabilité limitée et l'art. 874, al. 2, CO pour la société coopérative) ne s'appliquent pas en matière de réduction de capital par suite de séparation. En effet, les dispositions du CO visent principalement à sauvegarder les intérêts des créanciers et feraient par conséquent double emploi avec les dispositions concernant la protection des créanciers applicables en matière de scission (art. 45 ss).

Art. 33 Augmentation de capital

Si la société de capitaux transférante doit, selon les cas, réduire son capital lors d'une séparation (art. 32), la société de capitaux reprenante doit, en vertu de l'art. 33, augmenter son capital (division et séparation). En effet, lorsque la société reprenante n'existe pas encore, il y a fondation d'une nouvelle société au sens de l'art. 34.

Comme le prévoit également l'art. 9, al. 1, en matière de fusion, l'*al. 1* fait dépendre la mesure de l'augmentation de capital du maintien des droits des associés de la société transférante au sens de l'art. 31 (disposition qui renvoie à l'art. 7). Le montant exact de l'augmentation de capital pourra également dépendre du fait que la société reprenante détient déjà des parts sociales de la société transférante ou de ses propres parts sociales¹¹⁵. Dans ce cas, une augmentation dans la même proportion n'est pas nécessaire, et il est possible d'y renoncer. Sous réserve de ces exceptions, la société de capitaux reprenante doit impérativement augmenter son capital; en effet, l'augmentation de capital n'est pas uniquement destinée à garantir la continuité du sociétariat, mais sert également à protéger les intérêts des créanciers (rôle de garantie indirecte du capital social).

Le montant nominal de l'augmentation de capital sera toujours inférieur ou égal à la valeur nette de la part de patrimoine transférée. En effet, le principe général de l'interdiction de l'émission de parts sociales au-dessous du pair (art. 624 et 779, al. 2, ch. 2, CO) s'applique également lors d'une augmentation de capital par suite de scission. La valeur nominale des actions émises doit donc être couverte par l'apport de la part de patrimoine.

La réglementation de l'*al. 2* est identique à celle applicable en matière de fusion (cf. l'art. 9, al. 2). Elle prévoit que les dispositions du CO concernant les apports en nature ainsi que l'art. 651, al. 2, CO ne s'appliquent pas en cas d'augmentation de capital par suite de scission. L'application des dispositions concernant les apports en nature, notamment les art. 634, 635, 635a et 652e, ch. 1, CO, feraient double emploi avec les règles prévues en matière de scission. Par ailleurs, l'art. 651, al. 2, CO, qui limite le montant maximal de l'augmentation autorisée de capital à la moitié du capital existant, pourrait, selon les circonstances, constituer un obstacle à l'augmentation de capital¹¹⁶.

¹¹⁵ Cf. aussi le commentaire de l'art. 9.

¹¹⁶ Cf. le commentaire de l'art. 9, al. 2.

Art. 34 Fondation d'une nouvelle société

La scission peut avoir pour objet de transférer une part de patrimoine à une société existante ou à une société nouvellement fondée dans ce but. L'art. 34 prévoit que, lorsque le transfert de patrimoine a lieu en faveur d'une nouvelle société, celle-ci doit être fondée en conformité avec les dispositions du CO relatives à la fondation de cette forme de société¹¹⁷. Une exception est cependant prévue pour les dispositions concernant le nombre des fondateurs de société de capitaux¹¹⁸ et celles concernant les apports en nature.

Lorsque la société reprenante est une société de capitaux, le montant de son capital doit être suffisant pour maintenir les droits de sociétariat des associés de la société transférante (art. 31). Le montant du capital doit par ailleurs être couvert par l'apport de la part de patrimoine transférée.

Art. 35 Bilan intermédiaire

Cette disposition est en tous points identique à l'art. 11, relatif à l'obligation d'établir un bilan intermédiaire dans le cadre d'une fusion¹¹⁹. On peut donc se référer au commentaire de cette disposition.

2.1.3.4

Section 4

Contrat de scission, projet de scission, rapport de scission et vérification

Art. 36 Contrat de scission et projet de scission

La réalisation de l'opération de scission peut se baser sur un contrat de scission ou sur un projet de scission:

- lorsque les parts de patrimoine sont transférées à des sociétés existantes, les sociétés qui participent à la scission doivent, selon l'*al. 1*, conclure un contrat de scission; dans cette hypothèse, la scission a un caractère bilatéral, voire multilatéral lorsque trois sociétés au moins y sont parties; les sociétés qui participent à la scission devront également conclure un contrat de scission lorsque les parts de patrimoine sont transférées en partie à des sociétés existantes et en partie à des sociétés à constituer.
- lorsque les parts de patrimoine sont transférées à des sociétés nouvellement constituées dans le cadre de la scission, la société transférante doit, en vertu de l'*al. 2*, établir un projet de scission; la scission revêt dans ce cas un caractère unilatéral.

¹¹⁷ L'art. 10 contient une réglementation identique pour la fusion par combinaison.

¹¹⁸ Art. 625 et 775 CO. Les sociétés coopératives doivent en revanche respecter l'exigence concernant le nombre des fondateurs (sept personnes selon l'art. 831, al. 1, CO) afin que la particularité de cette forme de droit soit maintenue (action commune; cf. l'art. 828, al. 1, CO).

¹¹⁹ Cf. également l'art. 9, al. 1, let. c, de la sixième directive européenne du 17 décembre 1982 en matière de droit des sociétés (82/891/CEE; ci-après: sixième directive européenne).

Dans ces deux hypothèses, il appartient aux organes supérieurs de direction ou d'administration¹²⁰ des sociétés qui participent à la scission de conclure le contrat de scission¹²¹ ou à la société transférante d'établir le projet de scission. Cette règle de compétence correspond à celle prévue en matière de fusion (art. 12).

L'al. 3 soumet le contrat de scission ou le projet de scission à la forme écrite. Selon cette même disposition, une fois le contrat conclu ou le projet établi, il doit encore être soumis à l'approbation des assemblées générales des sociétés participant à la scission conformément à l'art. 43.

Art. 37 Contenu du contrat de scission ou du projet de scission

Cette disposition énumère les clauses objectivement essentielles du contrat de scission ou du projet de scission. Les sociétés qui concluent le contrat de scission (art. 36, al. 1) ou la société qui établit le projet de scission (art. 36, al. 2) peuvent bien entendu prévoir d'autres clauses encore (subjectivement essentielles). Le catalogue des éléments objectivement essentiels formant le contenu minimal du contrat de scission ou du projet de scission s'inspire largement de la réglementation européenne (art. 3, par. 2, de la sixième directive) et se recoupe également en partie avec le contenu minimal du contrat de fusion (art. 13).

Let. a: le contrat de scission ou le projet de scission doit désigner précisément les sociétés qui participent à la scission (raison de commerce, siège et forme juridique). En cas de scission à des fins de fonder de nouvelles sociétés, ces dernières doivent également être identifiées de la même manière.

Let. b: le contrat de scission ou le projet de scission contient un inventaire qui désigne clairement les objets du patrimoine actif et passif qui sont transférés à l'occasion de la scission; les immeubles, les papiers-valeurs et les valeurs immatérielles doivent être mentionnées individuellement. L'inventaire détermine également le partage des objets du patrimoine actif et passif entre les différentes parts de patrimoine et l'attribution de ces parts aux différentes sociétés reprenantes. L'inventaire est au cœur de la scission, du moins pour ce qui concerne ses aspects patrimoniaux. Pour des raisons de sécurité du droit, il est indispensable que les objets patrimoniaux (actifs et passifs) transférés soient mentionnés dans l'inventaire¹²². Par l'inscription de la scission au registre du commerce (art. 52), la part de patrimoine est transférée, et la scission devient opposable à tous. Il n'est ni dans l'intérêt des sociétés qui participent à la scission, ni dans celui des tiers, que la scission ait pour conséquence de créer une incertitude quant à la titularité des éléments patrimoniaux des sociétés impliquées. Ainsi, les sociétés qui participent à la scission ne peuvent se contenter

¹²⁰ Cette notion est précisée dans le commentaire de l'art. 12.

¹²¹ Sur la notion de conclusion du contrat, cf. le commentaire à l'art. 12.

¹²² Le droit allemand prévoit également une solution similaire: par. 126 Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts du 28 octobre 1994. Cf. également Bernd Sagasser/Thomas Bula, *Umwandlungen*, Munich 1995, p. 220 ss.

de décrire sommairement les parts de patrimoine transférées¹²³. Seule une description précise des éléments patrimoniaux transférés garantit la sécurité du droit. Elle est également la prémisse pour l'évaluation précise de la valeur des parts de patrimoine transférées; l'évaluation sert entre autres à déterminer le rapport d'échange des parts sociales (art. 31, qui renvoie à l'art. 7).

Let. c: la scission ayant toujours lieu contre attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat (art. 31), le contrat de scission ou le projet de scission doit également déterminer les parts sociales de la société reprenante qui reviennent aux associés de la société transférante (rapport d'échange des parts sociales) ou renseigner sur le sociétariat au sein de la société reprenante.

Let. d à h: ces dispositions correspondent aux lettres c, d, e, g et h de l'art. 13, au commentaire desquelles il est renvoyé.

Let. i: la scission d'une société peut impliquer le transfert de rapports de travail. Le contrat ou le projet de scission doit receler la liste des rapports de travail transférés. Au sujet du transfert des rapports de travail en général, il y a lieu de se référer à l'art. 49.

Art. 38 Valeurs patrimoniales non attribuées

Cette disposition règle l'attribution des valeurs patrimoniales qui ne sont pas ou qui ne peuvent être attribuées sur la base du contrat de scission ou du projet de scission.

L'al. 1 règle l'attribution des objets du patrimoine actif non attribués (et non attribuables par interprétation du contrat ou du projet de scission). En cas de scission par division, ils appartiennent en copropriété à l'ensemble des sociétés reprenantes, proportionnellement à l'actif net qui leur revient en vertu du contrat ou du projet de scission. Par contre, en cas de séparation, ces objets demeurent dans le patrimoine de la société transférante.

L'al. 2 prévoit que les dispositions de l'al. 1 concernant l'attribution des objets du patrimoine actif s'appliquent également par analogie aux créances et aux droits immatériels. Seule une application analogique est prévue, car la terminologie de l'al. 1 („...appartiennent ... en copropriété...“) ne convient pas aux créances et aux autres droits immatériels.

L'al. 3 concerne les dettes de la société transférante qui ne peuvent être attribuées sur la base du contrat de scission ou du projet de scission. En cas de division, les sociétés reprenantes répondent solidairement des dettes omises de l'inventaire. La

¹²³ Lors de la procédure de consultation, certains cantons et certaines organisations intéressées ont soulevé la question de l'opportunité d'exiger un inventaire. Il a notamment été proposé de remplacer l'inventaire par un bilan de scission et par une description des fractions d'entreprises transférées. Cette proposition n'a pas été suivie. En effet, l'identification des objets patrimoniaux transférés ne peut être opérée sur la base d'un simple bilan de scission. La structure minimale du bilan (cf. l'art. 663a CO) est insuffisante pour l'attribution des valeurs patrimoniales. La scission provoque le transfert d'une part de patrimoine sans que les règles de forme prévues par la loi doivent être respectées; cette problématique a en partie été méconnue dans le cadre de la procédure de consultation. La simplification des règles de forme pour le transfert a impérativement pour préalable que les valeurs patrimoniales transférées soient clairement déterminables. L'inventaire peut bien entendu contenir des postes groupés, pour autant qu'ils restent déterminables. Par ailleurs, il n'est pas certain que l'établissement d'un bilan de scission soit moins coûteux et prenne moins de temps que l'établissement d'un inventaire: selon l'art. 958 CO, un bilan se base nécessairement sur un inventaire.

responsabilité solidaire s'étend à l'ensemble des dettes qui ne peuvent être attribuées, quelle que soit leur cause et peu importe que l'omission soit intentionnelle ou fortuite. Ainsi, la société reprenante assumera une responsabilité solidaire pour une dette de la société transférante consécutive à un acte illicite de cette dernière, dont l'existence était inconnue de tous au moment de la décision de scission.

En matière de séparation, la société transférante continue d'exister et donc de répondre des dettes qui n'ont pas été clairement transférées à une autre société dans le cadre de la scission.

Art. 39 Rapport de scission

La réglementation prévue par cette disposition correspond en tous points à celle de l'art. 14, concernant le rapport de fusion. Les remarques relatives à l'art. 14 peuvent donc être étendues à l'art. 39. Cette disposition tient également compte des exigences de l'art. 7, par. 1 et 2, de la sixième directive européenne.

Art. 40 Vérification du contrat de scission ou du projet de scission ainsi que du rapport de scission

L'art. 40, concernant la vérification du contrat de scission ou du projet de scission ainsi que du rapport de scission, renvoie aux dispositions analogues de l'art. 15 en matière de fusion. L'application par analogie de l'art. 15 à la vérification de la scission soulève quelques problèmes de compatibilité avec le droit européen¹²⁴. La solution retenue correspond néanmoins aux avis exprimés dans le cadre de la procédure de consultation.

Art. 41 Droit de consultation

Les dispositions concernant la publicité de la scission s'inspirent en grande partie de l'art. 16, relatif au droit de consultation des associés en matière de fusion. Il y a donc lieu de se référer principalement au commentaire de cette disposition. L'art. 41 en diverge cependant sur deux questions:

- Le délai pour exercer les différents droits de consultation (*al. 1*) est porté de 30 jours à deux mois. En effet, les créanciers disposent, selon l'art. 46, al. 1, d'un délai de deux mois pour exiger que leurs créances soient garanties. La scission étant susceptible de porter gravement atteinte aux droits des créanciers, il est impératif qu'ils disposent du temps nécessaire à l'exercice de leurs droits, avant que l'opération de scission ne déploie ses effets. Ce délai de deux mois ne saurait être considéré comme étant particulièrement long, bien au contraire.
- L'information relative à la possibilité de consultation doit faire l'objet d'une publication dans la FOSC (*al. 4*).

Art. 42 Information quant aux modifications du patrimoine

Selon cette disposition, l'art. 17, concernant le devoir d'information en cas de modification importante du patrimoine, s'applique par analogie en matière de scission.

¹²⁴ A ce sujet, cf. le commentaire de l'art. 15.

L'art. 7, par. 3, de la sixième directive prévoit une règle analogue. Pour les détails, il y a lieu de se référer au commentaire de l'art. 17.

2.1.3.5 Section 5 Décision de scission et acte authentique

Art. 43 Décision de scission

La scission modifie profondément les droits des associés (nouvelle répartition du sociétariat, création de nouveaux droits de sociétariat), réduit (parfois substantiellement) le patrimoine de la société transférante, entraîne la dissolution de la société transférante (cas de la division) ou du moins une réduction de son capital et occasionne une augmentation de capital des sociétés reprenantes. Vu sa portée, la décision de scission doit donc revenir aux organes suprêmes, soit aux assemblées générales des sociétés qui y participent (cf. l'art. 36, al. 3).

Aux termes de l'*al. 1*, l'approbation du contrat de scission ou du projet de scission, par l'assemblée générale ne peut intervenir qu'une fois que les sûretés ont été fournies conformément à l'art. 46 (cf. ci-dessous le commentaire de l'art. 45). En effet, le respect des dispositions concernant la protection des créanciers est, en matière de scission, une condition de la réalisation de celle-ci. On évite ainsi que des scissions „précipitées“ puissent porter, intentionnellement ou fortuitement, préjudice aux créanciers.

L'*al. 2* renvoie aux dispositions de l'art. 18 quant aux exigences de majorité pour l'approbation de la décision de scission. Vu les risques considérables que la scission asymétrique (au sujet de cette notion, cf. l'art. 31, al. 2, et le commentaire relatif à cette disposition) peut faire courir aux associés minoritaires¹²⁵, une exigence de majorité particulière est cependant prévue pour cette situation. Selon l'*al. 3*, la scission asymétrique doit recueillir l'approbation d'au moins 90 % de l'ensemble des associés de la société transférante qui disposent d'un droit de vote. L'avant-projet de loi sur la fusion exigeait dans ce cas l'approbation de l'ensemble des associés de la société transférante (art. 53, al. 2, AP LFus)¹²⁶. Au vu des critiques exprimées lors de la procédure de consultation, cette exigence a été abaissée à 90 % des associés possédant un droit de vote. Il n'en demeure pas moins que les associés minoritaires dont les droits sont lésés à l'occasion d'une scission asymétrique disposent de la voie de droit prévue à l'art. 104. Cette disposition permet au tribunal d'attribuer une compensation financière aux associés dont les droits n'ont pas été maintenus de manière adéquate. Par ailleurs, les limites générales de l'art. 2, al. 2, CC, qui interdit l'abus manifeste d'un droit, doivent être respectées lors de toute scission. Ainsi, il n'est pas autorisé de procéder délibérément à une scission afin de

¹²⁵ Il serait notamment envisageable de diviser la société de telle manière que les associés minoritaires acquièrent une participation dans une société qui reprend une part de patrimoine peu rentable (voire déficitaire) de la société transférante, alors que la majorité conserve la partie la plus rentable.

¹²⁶ Cette solution correspond également à celle retenue par le droit allemand; par. 128 Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts.

porter atteinte aux intérêts des associés minoritaires, même lorsque leurs intérêts financiers ne sont pas lésés¹²⁷.

Par ailleurs, il va de soi que, dans l'hypothèse de la scission à des fins de fonder de nouvelles sociétés, les assemblées générales des sociétés reprenantes nouvellement constituées n'ont pas à approuver séparément la scission car elles n'acquièrent la personnalité juridique qu'après l'inscription de la scission au registre du commerce. L'approbation de la scission par la société transférante suffit dans ce cas.

Art. 44 Acte authentique

Tout comme la décision de fusion (art. 20), la décision de scission doit, selon l'art. 44, faire l'objet d'un acte authentique.

2.1.3.6 Section 6 Protection des créanciers et des travailleurs

Art. 45 Avis aux créanciers

Au contraire de la fusion¹²⁸, la scission prive les créanciers de la société transférante d'une partie du substrat de responsabilité. La division a toujours pour conséquence la substitution du débiteur; l'ancien débiteur (société transférante) disparaît et il est remplacé par les sociétés reprenantes. La séparation réduit le patrimoine de la société transférante d'un montant correspondant à la valeur de la part de patrimoine transférée; le substrat de responsabilité est donc réduit d'autant, souvent en relation avec une réduction de capital (art. 32). Par ailleurs, les créanciers des sociétés reprenantes déjà existantes peuvent également subir un préjudice consécutif à la scission; il en va ainsi lorsque la reprise de la part de patrimoine en question a pour conséquence une dégradation de la solvabilité de la société reprenante. Il s'avère donc nécessaire de prévoir une protection accrue des créanciers par rapport à celle qui vaut lors de fusions (art. 25 s.). Au vu des risques considérables que la scission fait courir aux créanciers, les mesures de protection doivent intervenir avant que la scission ne déploie ses effets (contrairement à la fusion). L'organe supérieur de direction ou d'administration ne peut soumettre le contrat de scission ou le projet de scission à l'assemblée générale qu'une fois que les créanciers qui en ont fait la demande ont reçu des sûretés (art. 43 et 46).

L'art. 45 prévoit que les créanciers de l'ensemble des sociétés qui participent à la scission doivent être informés par une triple publication dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) qu'ils peuvent exiger des sûretés s'ils produisent leurs créances. Cet avis aux créanciers aura en général lieu en même temps que la publication dans la FOSC informant de la possibilité de consulter les documents servant de base à la scission (art. 41, al. 4).

¹²⁷ Il est par exemple concevable qu'un associé ait investi dans une société en raison de l'intérêt qu'il porte à l'une des activités de celle-ci. La scission asymétrique peut constituer un abus de droit lorsqu'elle est réalisée dans le but de pousser l'associé en dehors de la société en lui attribuant une participation difficile à aliéner dans une société qui poursuit d'autres activités.

¹²⁸ Cf. le commentaire de l'art. 25.

Les créanciers n'ont pas l'obligation de produire leurs créances; s'ils ne le font pas, ils perdent cependant le droit d'exiger des sûretés conformément à l'art. 46. Lorsque la société à laquelle leur créance a été attribuée en vertu du contrat de scission ou du projet de scission ne les désintéresse pas, ils peuvent encore actionner les sociétés responsables à titre subsidiaire et solidaire (art. 47).

Art. 46 Garantie des créances

Cette disposition est dans une large mesure similaire à l'art. 25, applicable en cas de fusion. L'*al. 1* prévoit l'obligation pour toutes les sociétés participant à la scission de garantir¹²⁹ les créances lorsque leurs créanciers en font la demande dans le délai de deux mois à compter de la dernière publication de l'avis aux créanciers selon l'art. 45. Le droit des créanciers d'exiger des garanties vaut uniquement à l'égard de la société débitrice. La sixième directive européenne contraint également les Etats membres à prévoir au moins le droit pour les créanciers d'obtenir des garanties adéquates lorsque la situation financière de la société transférée et des sociétés reprenantes rend cette protection nécessaire (art. 12, par. 2).

Selon l'*al. 2*, la société tenue de fournir des sûretés peut se libérer de cette obligation en prouvant que la scission ne compromet pas l'exécution de la créance. Cette inversion du fardeau de la preuve est rendue nécessaire du fait que seule la société peut exposer sa situation financière.

Tout comme en matière de fusion, la société peut se libérer de son obligation de fournir des sûretés en exécutant la créance. Encore faut-il qu'il n'en résulte aucun dommage pour les autres créanciers (al. 3)¹³⁰. Par ailleurs, l'exécution anticipée de la créance peut être exclue lorsqu'elle est contraire à l'intention des parties, telle qu'elle ressort des clauses ou de la nature du contrat ou des circonstances (art. 81 CO).

En cas de litige entre la société et un créancier quant au principe de l'attribution de sûretés ou quant à la nature des sûretés à attribuer, il appartient au tribunal de trancher avant que la décision de scission puisse être prise.

Art. 47 Responsabilité subsidiaire des sociétés participant à la scission

Outre le droit d'exiger des sûretés (art. 46), la protection des créanciers est renforcée par la responsabilité subsidiaire et solidaire de toutes les sociétés participant à la scission (al. 1)¹³¹. Lorsqu'un créancier de la société transférée n'a pas été désintéressé par la société à laquelle la dette a été attribuée en vertu du contrat de scission ou du projet de scission (société responsable à titre principal), les autres sociétés participant à la scission (sociétés responsables à titre subsidiaire) sont solidairement tenues de son exécution. Chaque société peut donc être recherchée pour le tout. Les règles de recours internes sont réservées.

Les sociétés responsables à titre subsidiaire ne peuvent cependant être recherchées que lorsque les conditions de l'*al. 2* sont réunies. D'une part, la créance ne doit pas

¹²⁹ Pour des exemples de garanties, cf. le commentaire de l'art. 25.

¹³⁰ Cf. également les art. 285 ss LP.

¹³¹ La sixième directive européenne prévoit également une responsabilité subsidiaire et solidaire des autres sociétés participant à la scission (art. 12, par. 3).

être garantie, notamment suite à une requête fondée sur l'art. 46. D'autre part, la société responsable à titre principal doit¹³²:

- avoir été déclarée en faillite;
- avoir obtenu un sursis concordataire ou un ajournement de faillite;
- avoir été l'objet de poursuites ayant abouti à la délivrance d'un acte de défaut de biens définitif;
- avoir transféré son siège à l'étranger et ne plus pouvoir être recherchée en Suisse;
- avoir transféré son siège d'un Etat étranger dans un autre, à la suite de quoi l'exercice du droit du créancier est sensiblement entravé.

La responsabilité subsidiaire des sociétés participant à la scission (art. 47), combinée avec le droit des créanciers d'exiger des sûretés (art. 46), offre donc aux créanciers de la société qui se scinde une protection efficace contre les risques qui peuvent être liés à une opération de scission.

Art. 48 Responsabilité personnelle des associés

Tout comme en matière de fusion, la scission ne saurait avoir d'effet rétroactif quant à la responsabilité personnelle des associés de la société transférante pour ses dettes. Les tiers, et en particulier les créanciers, doivent pouvoir se fier à la continuité de leur responsabilité personnelle pour les dettes nées avant la publication de la scission. Dans ce but, l'art. 47 prévoit que les dispositions de l'art. 26 s'appliquent par analogie en matière de scission. Pour les détails, il y a lieu de se référer au commentaire relatif à l'art. 26.

Art. 49 Transfert des rapports de travail, garantie et responsabilité personnelle

La réglementation relative au transfert des rapports de travail, à la garantie des créances résultant de rapports de travail ainsi qu'à la responsabilité personnelle des associés pour les dettes résultant du contrat de travail est fondamentalement la même en matière de fusion et en matière de scission. L'art. 49 correspond donc dans une large mesure à l'art. 27, applicable lors de fusions. En raison des différents systèmes de protection des créanciers (art. 25 et 46), la société doit, comme condition de la scission, (également) garantir les créances résultant du contrat de travail (art. 46 en relation avec l'art. 43). Au surplus, il y a lieu de se référer au commentaire de l'art. 27 pour les détails de la réglementation.

Art. 50 Consultation de la représentation des travailleurs

La réglementation relative à la consultation de la représentation des travailleurs est la même lors de fusions et lors de scissions. L'art. 50 prévoit que l'art. 28 s'applique par analogie.

¹³² Cette disposition reprend les conditions applicables en matière de cautionnement de l'art. 495, al. 1, CO.

Art. 51 Inscription au registre du commerce

Tout comme la fusion, la scission doit être inscrite au registre du commerce¹³³ et ensuite publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC), conformément à l'art. 931, al. 1, CO. L'inscription au registre du commerce est déterminante pour la validité juridique de la scission; elle permet à la scission de déployer ses effets (art. 52)¹³⁴.

Selon l'*al. 1*, la réquisition d'inscription au registre du commerce est opérée par les soins des organes supérieurs de direction ou d'administration des sociétés qui participent à la scission; l'inscription de la scission ne peut logiquement être requise qu'une fois l'opération approuvée par l'ensemble des sociétés qui y participent. L'inscription de la scission à des fins de fonder de nouvelles sociétés peut et doit être requise immédiatement après la décision de l'assemblée générale de la société transférante; la réquisition d'inscription des sociétés nouvellement constituées doit être faite simultanément à l'inscription de la décision de scission de la société transférante; c'est en effet une opération unilatérale. L'inscription de la scission à des fins de reprise ne peut être requise qu'une fois l'opération approuvée par la société transférante et par l'ensemble des sociétés reprenantes existantes; une telle scission a un caractère bilatéral ou multilatéral. La signature de la réquisition est régie par les dispositions propres à chaque forme juridique¹³⁵.

L'avant-projet de loi sur la fusion prévoyait d'exiger une attestation d'un réviseur particulièrement qualifié relative au respect des dispositions concernant la protection des créanciers (art. 61 AP LFus). Toutefois, seul l'organe supérieur de direction ou d'administration serait en mesure de fournir une telle attestation. Celle-ci ne fait cependant pas un grand sens, car elle n'apporterait rien de plus du point de vue de sa responsabilité en cas de non-respect des dispositions concernant la protection des créanciers. Le contrat de scission ou le projet de scission ne peut être soumis à l'approbation de l'assemblée générale qu'une fois que le délai pour exiger des sûretés est écoulé et que les sûretés requises ont été fournies (art. 43, al. 1, et 46). En soumettant le contrat de scission ou le projet de scission à l'approbation de l'assemblée générale, l'organe supérieur de direction ou d'administration atteste implicitement que les dispositions concernant la protection des créanciers ont été respectées.

L'inscription de la scission de la société transférante au registre du commerce mentionne le transfert des parts de patrimoine aux différentes sociétés reprenantes. En cas de séparation, l'*al. 2* prévoit qu'elle porte également sur la réduction de capital

¹³³ La sixième directive européenne (art. 16, qui renvoie à l'art. 3 de la directive 68/151/CEE) prévoit également l'inscription dans un registre public et la publication de l'inscription.

¹³⁴ Concernant le pouvoir d'examen des autorités du registre du commerce, cf. les remarques relatives à l'art. 21.

¹³⁵ Art. 640, al. 2, CO pour la société anonyme; art. 780, al. 2, CO pour la société à responsabilité limitée; art. 835, al. 3, CO pour la société coopérative; cf. également la disposition générale de l'art. 22 ORC.

de la société transférante¹³⁶. En cas de division, l'inscription indique la dissolution de la société transférante et sa radiation du registre du commerce.

Selon l'art. 102, let. a, il appartient au Conseil fédéral de régler au niveau de l'ORC les détails de la procédure d'inscription au registre du commerce. Ces dispositions concerneront notamment la radiation de la société transférante en cas de division (ordre dans lequel les inscriptions doivent être opérées) ainsi que l'inscription de la scission lorsque les sociétés qui y participent ont leur siège dans différents arrondissements de registre du commerce.

L'al. 3 prévoit que la société transférante est radiée du registre du commerce en cas de division. Cette réglementation correspond à celle prévue en matière de fusion pour la société transférante (art. 21, al. 3). La radiation peut intervenir à ce stade déjà, car les créanciers de la société transférante ont eu l'occasion d'exercer leur droit à l'obtention de sûretés avant que la scission ne soit approuvée par l'assemblée générale (art. 43, al. 1, et 46).

Art. 52 Effets juridiques

Cette disposition confère un effet constitutif à l'inscription de la scission au registre du commerce¹³⁷. Les parts de patrimoine définies dans l'inventaire intégré au contrat de scission ou au projet de scission (art. 37, let. b) sont transférées en un seul acte (uno actu) aux sociétés reprenantes. Le transfert a lieu sans que les règles de forme propres au transfert individuel des différents objets patrimoniaux doivent être respectées.

En revanche, 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. Des règles spéciales sont cependant contenues dans les art. 261 CO et 333 CO. Ces normes légales, qui sont applicables lors de scissions (cf. notamment le renvoi de l'art. 49), prévoient la substitution d'une partie au contrat de bail ou au contrat de travail. Sauf disposition légale spéciale, la scission ne provoque pas une modification unilatérale parmi les parties à un contrat.

Un autre effet de la scission concerne le sociétariat; par l'inscription de la scission au registre du commerce, les associés de la société transférante acquièrent les parts sociales ou les droits de sociétariat des sociétés reprenantes, tels que définis dans le contrat de scission ou le projet de scission (art. 37, let. c et e).

Tout comme en matière de fusion (art. 22, al. 1), l'art. 34 LCart est réservé. Cette disposition prévoit que les effets de droit civil d'une concentration d'entreprises soumise à l'obligation de notifier sont suspendus; la fusion tout comme la scission à des fins de reprise (cf. le commentaire de l'art. 29) peuvent tomber sous cette norme.

2.1.4 Chapitre 4 Transformation de sociétés

Le chapitre 4 du projet de loi sur la fusion règle la transformation de la forme juridique des sociétés. La transformation d'institutions de prévoyance est régie par les dispositions spéciales du chapitre 7 (art. 97). La transformation d'instituts de droit

¹³⁶ Cf. l'art. 32.

¹³⁷ Les remarques relatives à l'art. 22 contiennent des précisions relatives au moment exact de l'inscription au registre du commerce.

public est pour sa part régie par la réglementation particulière du chapitre 8 (art. 99 ss).

2.1.4.1 Section 1 Dispositions générales

Art. 53 Principe

Selon cette disposition, la transformation est définie comme la modification de la forme juridique d'une société, ses rapports juridiques ne s'en trouvant pas modifiés. Malgré le changement de forme juridique, la société conserve son identité et la personnalité. Ainsi définie, la transformation ne suppose donc pas la constitution d'une nouvelle société revêtant la nouvelle forme juridique: la société change de forme de droit dans la continuité de ses rapports, notamment patrimoniaux et sociaux.

La transformation au sens du projet de loi sur la fusion se distingue fondamentalement de la réglementation actuelle des art. 824 ss CO pour la transformation d'une société anonyme en une société à responsabilité limitée. Selon les dispositions précitées, la société anonyme qui change de forme juridique est dissoute, et son patrimoine est transféré à une nouvelle société à responsabilité limitée. Par conséquent, cette transformation met toujours en présence deux sociétés.

En prévoyant une transformation par changement de la forme juridique¹³⁸, le projet de loi sur la fusion privilégie la simplicité. Cette solution permet notamment de renoncer au transfert par succession universelle des rapports juridiques de la société ainsi qu'à la fondation d'une nouvelle société. La société qui change de forme juridique demeure économiquement et juridiquement identique.

Art. 54 Transformations autorisées

Tout comme en matière de fusion et de scission (art. 4 et 30), la loi doit déterminer de manière exhaustive quelles possibilités de transformation de la forme juridique sont autorisées. Si le droit actuel (art. 824 ss CO, art. 14 LB) régit les transformations autorisées de manière très isolée¹³⁹, le projet de loi permet la transformation d'une manière générale, pour autant toutefois que les formes juridiques en cause soient fondamentalement compatibles dans leurs structures. A cet égard, l'art. 54 s'aligne sur les possibilités de fusion entre sociétés de forme juridique différente autorisées par l'art. 4. En effet, la fusion entre deux sociétés de forme juridique différente peut être décomposée en la transformation de la société transférante en une société revêtant la forme juridique de la société reprenante, suivie de la fusion

¹³⁸ Au sujet des différentes formes de transformation en général, cf. notamment Christian Meier-Schatz, *Die Zulässigkeit aussergesetzlicher Rechtsformwechsel im Gesellschaftsrecht* in: *Revue de droit suisse* 1994, p. 353 ss, spéc. p. 374; Henry Peter, *La restructuration des entreprises dans une perspective nationale et transfrontalière* in: *La Semaine Juridique* 1999 II, p. 105 à 109; ATF 125 III 18, spéc. consid. 3a, p. 20.

¹³⁹ L'ATF 125 III 18 a apporté quelques précisions à ce sujet, en autorisant notamment la transformation par simple changement de la forme juridique d'une société à responsabilité limitée en société anonyme, alors même que cette opération n'est pas prévue par la loi; au sujet de cette décision, cf. également Roland von Büren / Johannes Bürgi, *Rechtsformwechselnde Umwandlung einer GmbH in eine AG de lege lata: Das klärende Wort aus Lausanne* in: *REPRAX*, *Revue pour le registre du commerce* 1 / 99, p. 3 ss et les références citées.

entre deux sociétés de même forme juridique. La réglementation des fusions autorisées et des transformations autorisées doit donc être coordonnée.

Un tableau synoptique des transformations autorisées se trouve sous ch. 7.3.4.

Dans le détail, les opérations suivantes sont autorisées:

– Sociétés de capitaux (al. 1).

Les sociétés de capitaux (sociétés anonymes, sociétés en commandite par actions et sociétés à responsabilité limitée; cf. la définition de l'art. 2, let. c) peuvent se transformer en société de capitaux de forme juridique différente. Une société anonyme peut donc se transformer en société à responsabilité limitée et inversement. Les sociétés de capitaux peuvent également se transformer en société coopérative. Conformément à l'art. 64, al. 1, let. b, la transformation d'une société de capitaux en société coopérative est soumise à l'approbation de l'ensemble des associés. En effet, la transformation a, ou peut avoir, pour effet d'introduire une obligation d'opérer des versements supplémentaires ou de fournir d'autres prestations personnelles, ou encore la responsabilité personnelle des associés de la société. Par ailleurs, la transformation d'une société de capitaux en société coopérative présuppose que cette dernière émette des parts sociales.

La transformation d'une société de capitaux en société en nom collectif ou en société en commandite (société de personnes) n'est en revanche pas prévue. En effet, cette transformation soulève les mêmes difficultés que celles qui conduisent à l'inadmissibilité de la reprise par voie de fusion d'une société de capitaux par une société de personnes (pour les détails, se référer au commentaire de l'art. 4, al. 1). L'opération inverse, soit la transformation d'une société de personnes en société de capitaux, ne soulève par contre pas les mêmes objections (cf. ci-dessous, al. 2 et 3).

La transformation d'une société de capitaux en une association n'est pas prévue. Les mêmes raisons que celles invoquées à l'appui de l'inadmissibilité de l'absorption par voie de fusion d'une société de capitaux par une association justifient cette solution (cf. le commentaire de l'art. 4, al. 1).

– Sociétés en nom collectif (al. 2).

Les sociétés en nom collectif peuvent être transformées en sociétés de capitaux ou en sociétés coopératives. La transformation d'une société en nom collectif en société de capitaux ou en société coopérative présente une particularité par rapport aux autres opérations de transformation prévues par l'art. 54; elle implique la création d'un nouveau sujet de droit.

Les sociétés en nom collectif peuvent également se transformer en société en commandite (cf. l'al. 3, let. c). Ces deux formes juridiques sont en effet très similaires. La transformation entre sociétés en nom collectif et sociétés en commandite peut résulter de la seule modification du cercle des associés (entrée ou sortie d'un commanditaire) ou de la qualité de ces derniers (acquisition de la qualité d'associé commanditaire par un associé indéfiniment responsable et inversement). Ainsi, l'entrée d'un associé commanditaire dans une société en nom collectif provoque la transformation de cette dernière en société en commandite. Au vu des particularités de la transformation de sociétés en nom collectif en sociétés en commandite (et inverse-

ment), cette opération est exclusivement soumise aux dispositions spéciales de l'art. 55.

– Sociétés en commandite (al. 3).

Les possibilités de transformation de sociétés en commandite sont identiques à celles prévues à l'al. 2 pour les sociétés en nom collectif. Elles peuvent donc se transformer en société de capitaux, en société coopérative ou en société en nom collectif. Vu ses particularités, la transformation d'une société en commandite en société en nom collectif est régie exclusivement par les dispositions spéciales de l'art. 55.

– Sociétés coopératives (al. 4).

Les sociétés coopératives, avec ou sans capital social, peuvent se transformer en sociétés de capitaux. Bien que les structures de la société coopérative et des sociétés de capitaux présentent de grandes différences, la transformation d'une société coopérative en société de capitaux ne doit pas être exclue. Cette possibilité peut également permettre aux sociétés coopératives qui poursuivent un but qui ne remplit pas ou plus les conditions de l'art. 828, al. 1, CO¹⁴⁰ d'adopter une forme juridique appropriée et conforme au droit.

Les sociétés coopératives peuvent également se transformer en association. Cette transformation est cependant soumise à la condition que la société coopérative ne dispose pas d'un capital social. En effet, la notion de capital social ne peut être transposée dans l'association. Pour pouvoir entreprendre sa transformation en association, la société coopérative doit, le cas échéant, préalablement supprimer son capital social selon la procédure prévue à l'art. 874, al. 2, CO.

– Associations (al. 5).

Les associations peuvent changer leur forme juridique en société de capitaux ou en société coopérative. La transformation est cependant soumise à la condition que l'association soit préalablement inscrite au registre du commerce¹⁴¹. Indépendamment du caractère purement déclaratif de l'inscription d'une association au registre du commerce, cette formalité est nécessaire afin de garantir la transparence et la sécurité du droit. L'inscription au registre du commerce garantit en effet l'acquisition valable de la personnalité juridique par l'association. La publicité liée à l'inscription permet également de définir avec certitude les personnes chargées de l'administration de l'association (membres du comité). Il faut relever que l'exigence de l'inscription au registre du commerce ne représente pas un obstacle à la transformation d'associations; les associations non inscrites au registre du commerce doivent simplement requérir leur inscription immédiatement avant la réalisation de la transformation. D'ailleurs, les associations qui se transforment en société de capitaux ou en société coopérative exploitent en règle générale déjà une industrie en la forme commerciale et sont donc déjà assujetties à l'inscription au registre du commerce (art. 61, al. 2, CC).

¹⁴⁰ Conformément à l'art. 828, al. 1, CO, le but de la société coopérative doit être de favoriser ou de garantir, par une action commune, des intérêts économiques déterminés de ses membres. L'art. 92, al. 2, ORC prévoit également que les sociétés coopératives peuvent poursuivre un but d'utilité publique.

¹⁴¹ L'art. 4, al. 4, prévoit une condition identique lors de la fusion d'une association avec une société de forme juridique différente.

La possibilité de transformer une association en société coopérative doit avant tout permettre aux associations „économiques“, qui ont été reconnues en tant que forme juridique *para legem*¹⁴², d’acquérir la forme juridique adéquate de la société coopérative (cf. également l’art. 59, al. 2, CC).

Art. 55 Règles spéciales concernant la transformation de sociétés en nom collectif et de sociétés en commandite

Selon l’*al. 1*, la transformation d’une société en nom collectif en société en commandite peut être consécutive à l’entrée d’un commanditaire dans la société en nom collectif ou à l’acquisition de la qualité de commanditaire par un associé actuellement indéfiniment responsable. Inversement, la transformation d’une société en commandite en société en nom collectif peut, selon l’*al. 2*, résulter de la sortie de l’ensemble des commanditaires de la société en commandite ou de l’acquisition de la qualité d’associé indéfiniment responsable par l’ensemble des commanditaires. Dans tous les cas, la transformation est le fait d’une modification dans le cercle des associés. L’*al. 4* spécifie que les dispositions concernant la transformation de sociétés de la loi sur la fusion ne s’appliquent pas dans ces deux situations particulières.

L’art. 579 CO règle l’hypothèse de la continuation des affaires d’une société en nom collectif ou d’une société en commandite¹⁴³ sous la forme d’une entreprise individuelle. Bien qu’il ne s’agisse pas à proprement parler d’un cas de transformation¹⁴⁴, cette opération présente, dans son résultat, des similitudes avec la transformation. L’*al. 3* précise que la continuation des affaires d’une société en nom collectif ou d’une société en commandite par une entreprise individuelle n’est pas assimilée à une transformation.

2.1.4.2 Section 2 Parts sociales et droits de sociétariat

Art. 56 Maintien des parts sociales et des droits de sociétariat

Cette disposition vise à protéger les droits des associés lors du changement de forme juridique de la société. D’une manière générale, la transformation ne doit pas porter atteinte à leurs droits. Les associés de la société avant transformation doivent le demeurer après transformation (continuité du sociétariat)¹⁴⁵.

¹⁴² ATF 90 II 333 ss, 336. Cf. Heinz Hausheer / Regina E. Aepli-Müller, Das Personenrecht des Schweizerische Zivilgesetzbuches, Berne 1999, N 18.05 ss, spéc. 18.08 à 18.16; Anton Heini / Urs Scherrer, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996, Art. 60 N 6; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8^e éd., Berne 1998, par. 20 N 17 ss; Hans-Michael Riemer, Die Vereine, Berner Kommentar 3/II, Berne 1990, Art. 60 N 46 ss et les références citées.

¹⁴³ L’art. 579 CO est également applicable aux sociétés en commandite, par renvoi de l’art. 619, al. 1, CO.

¹⁴⁴ En effet, on ne saurait „transformer“ la forme juridique d’une société en nom collectif en une personne physique. L’art. 579 CO règle davantage le passage de la propriété commune (des associés de la société) à la propriété individuelle (du titulaire de l’entreprise individuelle). A ce sujet, cf. Werner von Steiger, Handelsrecht, Schweizerisches Privatrecht vol. 8/1, Bâle et Stuttgart 1976, p. 563 ss.

¹⁴⁵ Cette condition générale est déjà est une exigence de *lege lata*, non seulement pour la transformation d’une société à responsabilité limitée en société anonyme, mais pour toute opération de transformation (cf. ATF 125 III 18, spéc. consid. 4a, p. 24).

Selon l'*al. 1*, les parts sociales et les droits de sociétariat doivent être maintenus lors de la transformation. Les associés doivent donc obtenir des parts sociales ou des droits de sociétariat dans la nouvelle forme juridique qui sont équivalents mais pas forcément identiques à leurs parts sociales ou droits de sociétariat antérieurs. Une réglementation analogue est prévue en matière de fusion (art. 7) et de scission (art. 31).

La détermination des parts sociales ou des droits de sociétariat à attribuer aux associés dépend des formes juridiques en cause. Ainsi, lors de la transformation d'une société coopérative en société anonyme (art. 51, al. 4, let. a), il y a lieu d'attribuer une action au moins à chaque coopérateur. Elle doit être libérée au moyen de la fortune sociale de la société coopérative. On ne saurait imposer aux associés de libérer personnellement les actions qui doivent leur revenir suite à la transformation. On ne saurait non plus leur conférer uniquement un droit préférentiel de souscription. Lorsque la société coopérative a émis des parts sociales, ses associés doivent disposer d'une part sociale au moins (art. 853, al. 1, CO). Il est cependant possible que les associés ne détiennent pas tous le même nombre de parts sociales (cf. l'art. 853, al. 2, CO). Ainsi, dans une société coopérative comprenant six associés, un coopérateur peut détenir 1000 parts sociales, alors que les cinq autres coopérateurs en détiennent chacun dix. Lors de la transformation de la société coopérative en société anonyme, il y a lieu d'échanger au moins une part sociale contre une action. Il va de soi que les rapports de force entre les associés seront profondément modifiés suite à la transformation. Cette modification est cependant inhérente à toute transformation d'une société coopérative en société anonyme; elle résulte du passage du système du droit de vote par tête de la société coopérative (art. 885 CO) au système basé sur la participation au capital de la société anonyme (art. 692 CO). Elle peut tout au plus être atténuée par l'émission d'actions à droit de vote privilégié¹⁴⁶ ou par la limitation du droit de vote, conformément à l'art. 692, al. 2, CO. Il y a également lieu de préciser que, si les rapports de force entre les associés sont modifiés suite à la transformation, la décision de transformation elle-même est régie par le système de calcul des voix du droit de la société coopérative, soit une voix par tête.

Lors de la transformation d'une société anonyme en société coopérative (art. 54, al. 1, let. b), le maintien du sociétariat au sens de l'*al. 1* implique impérativement que la société coopérative dispose d'un capital social. Les parts sociales émises doivent revenir aux associés en fonction du nombre d'actions dont ils disposaient. Le capital social peut, le cas échéant, être réduit ou supprimé, en vertu des règles du droit de la société coopérative (art. 874, al. 2, CO), une fois la transformation réalisée.

Si l'*al. 1* garantit le maintien du sociétariat, il ne protège pas les associés contre les modifications de leurs droits et obligations envers la société qui sont inhérentes au changement de forme juridique. Ainsi, lors de la transformation d'une société anonyme en société coopérative, les associés ne sont pas protégés contre l'éventuelle introduction d'un devoir de fidélité (art. 866 CO). Il en va de même lorsqu'une interdiction de faire concurrence (art. 818 CO) est introduite suite à la transformation d'une société anonyme en société à responsabilité limitée. Les modifications du statut juridique des associés inhérentes à la transformation entrent cependant en

¹⁴⁶ Le rapport entre les actions ordinaires et les actions à droit de vote privilégié est cependant soumis à la limite de un à dix (art. 693 CO).

considération dans la détermination des exigences de majorité pour la décision de transformation (cf. l'art. 64).

Contrairement à réglementation prévue en matière de fusion et de scission (art. 7, al. 2, et 31), l'art. 56 renonce à la possibilité d'égaliser le rapport d'échange des parts sociales par une soulte en espèces. En effet, la transformation au sens de l'art. 53 met obligatoirement en présence une seule société; les parts sociales ont donc la même valeur relative avant et après la transformation.

Les dispositions des *al. 2 à 5* correspondent à celles de l'art. 7, al. 3 à 6, applicables en cas de fusion et de scission (par renvoi de l'art. 31, al. 1). Elles traitent des droits à attribuer aux associés sans parts sociales, aux titulaires de parts sociales ne conférant pas de droit de vote, aux titulaires de droits spéciaux attachés aux parts sociales et aux titulaires de bons de jouissance. Pour les détails, il y a lieu de se référer au commentaire de l'art. 7.

La violation des dispositions relatives au maintien du sociétariat lors de transformations est sanctionnée par l'art. 104. Selon cette disposition, les associés dont les droits ont été lésés peuvent exiger du tribunal qu'il fixe une soulte adéquate. Cette dernière est destinée à compenser l'atteinte à leurs droits.

2.1.4.3 Section 3 Fondation et bilan intermédiaire

Art. 57 Dispositions concernant la fondation

La transformation au sens de l'art. 53 constitue un simple changement de forme juridique; elle a lieu sans constitution d'une nouvelle société. Les conditions imposées à la fondation de la société de nouvelle forme juridique doivent néanmoins être respectées.

L'art. 57 prévoit que, sous réserve de certaines exceptions (cf. ci-dessous), les dispositions du CC et du CO concernant la fondation de la société sous sa nouvelle forme juridique s'appliquent lors de la transformation¹⁴⁷. Cette norme permet de garantir que la transformation n'est pas utilisée afin d'éluder les dispositions concernant la fondation des sociétés. Elle vise notamment les exigences relatives à la libération du capital, à la formation de la raison de commerce ou du nom, au but social, à l'organisation de la société ainsi que les exigences de forme. Ainsi, lors de la transformation d'une société à responsabilité limitée en société anonyme, le capital social devra impérativement s'élever à 100 000 francs (art. 621 CO). Si tel n'est pas le cas, la société à responsabilité limitée devra augmenter le capital social. Par ailleurs, la société à responsabilité limitée qui se transforme en société anonyme devra élire un organe de révision (art. 727 ss CO). Lors de la transformation d'une société coopérative en association, le but économique de la société coopérative (art. 828, al. 1, CO) devra être converti en un but idéal (art. 60, al. 1, CC)¹⁴⁸. Lors de la transformation d'une société anonyme en société coopérative, le montant du capital-actions, jusqu'alors fixe, devra devenir variable (art. 828, al. 2, CO). La transforma-

¹⁴⁷ Une disposition identique est prévue à l'art. 10 dans l'hypothèse de la fusion par combinaison.

¹⁴⁸ La jurisprudence admet certes qu'une association poursuive un but de nature économique; dans un tel cas, elle ne peut en revanche pas exercer d'activité en la forme commerciale pour y parvenir. Cf. ATF 90 II 333.

tion d'une société anonyme en société à responsabilité limitée est notamment soumise à la condition que le capital social soit libéré à 50 % au moins (art. 774, al. 2, CO) dans la nouvelle forme juridique, alors que le droit de la société anonyme prévoit un taux de libération minimal de 20 % (mais de 50 000 francs au moins; art. 632 CO).

Sur la base de cette disposition, la société devra notamment adapter ses statuts ou le contrat de société sur l'ensemble des points qui ne sont pas compatibles avec les règles applicables à la nouvelle forme juridique. Pratiquement, il peut s'avérer plus simple d'adopter de nouveaux statuts, applicables à la nouvelle forme juridique. La société devra également respecter l'ensemble des formalités nécessaires à la constitution de la société de nouvelle forme juridique (désignation des organes p. ex.). Elle peut néanmoins procéder à l'ensemble des modifications nécessaires à sa transformation lors d'une seule assemblée générale et requérir ensuite l'inscription de la transformation au registre du commerce.

Si les dispositions concernant la fondation d'une société revêtant la nouvelle forme juridique sont, en principe, applicables lors d'une transformation, une dérogation est cependant prévue pour la réglementation relative au nombre des fondateurs de sociétés de capitaux. Par conséquent, une société à responsabilité limitée unipersonnelle peut se transformer directement en une société anonyme unipersonnelle; l'exigence de la présence de trois actionnaires au moins (art. 625, al. 1, CO) ne doit pas être respectée. Les exigences relatives au nombre de fondateurs de sociétés coopératives doivent en revanche être respectées dans tous les cas (sept fondateurs selon l'art. 831, al. 1, CO). La coopérative se fonde en effet sur le principe légal de l'entraide réciproque (art. 828, al. 1, CO), ce qui suppose nécessairement la réunion de plusieurs personnes. Par ailleurs, une deuxième dérogation vise les dispositions concernant les apports en nature, qui ne sont pas applicables non plus en matière de transformation. Vu les mesures de protection prévues par le projet de loi sur la fusion (en particulier les art. 61 et 62), l'application cumulative des dispositions du CO concernant les apports en nature s'avère superflue.

En prévoyant l'application des dispositions relatives à la fondation de la société revêtant la nouvelle forme juridique, le projet de loi sur la fusion tient compte des exigences posées par l'art. 13 de la deuxième directive européenne en matière de droit des sociétés¹⁴⁹. Cette disposition prévoit l'application des règles relatives à la constitution de la société anonyme lors de la transformation d'une société en société anonyme.

Art. 58 Bilan intermédiaire

L'opération de transformation doit avoir lieu sur la base d'un bilan récent¹⁵⁰. Cette disposition prévoit que la société qui change de forme juridique doit établir un bilan intermédiaire lorsque le dernier bilan n'est plus actuel. La nécessité d'actualiser le bilan est présumée lorsque la date de clôture du dernier bilan est antérieure de plus de six mois à celle de l'établissement du rapport de transformation (art. 58) ou lors-

¹⁴⁹ Deuxième directive du Conseil du 13 décembre 1976 (77/91/CEE; JO N° L 026 du 30 janvier 1977, p. 1 ss).

¹⁵⁰ De lege lata, l'exigence de la production d'un bilan récent imposée par les autorités du registre du commerce a été confirmée par le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence récente relative à la transformation, par changement de la forme juridique, d'une société à responsabilité limitée en société anonyme; cf. ATF 125 III 18, spéc. consid. 4d, p. 27.

que des modifications importantes sont intervenues dans le patrimoine de la société depuis la date de clôture du bilan, même si ce dernier est antérieur à six mois. Les art. 11 et 35 contiennent une réglementation identique en matière de fusion et de scission. Il y a donc lieu de se référer au commentaire de ces dispositions pour les détails de la réglementation.

2.1.4.4

Section 4

Projet de transformation, rapport de transformation et vérification

A bien des égards, la procédure de transformation est similaire à celle applicable en matière de fusion et de scission. Elle se base sur un projet de transformation (art. 59, 60), un rapport de transformation (art. 61) et un rapport de révision (art. 62).

Art. 59 Etablissement du projet de transformation

L'*al. 1* attribue à l'organe supérieur de direction ou d'administration la compétence d'établir un projet de transformation. Selon l'*al. 2*, le projet de transformation doit revêtir la forme écrite. Le contenu de ce dernier est défini à l'art. 60. Il est ensuite soumis à l'approbation de l'assemblée générale, ou des associés (pour les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite), conformément à l'art. 64. Comme en matière de fusion et de scission (art. 12, al. 2, ou art. 36, al. 3), le projet de transformation n'est parfait à l'égard de la société qu'une fois ce dernier approuvé par l'assemblée des associés.

Vu la portée de la décision de transformation, cette dernière doit revenir à l'organe suprême de la société; la décision peut modifier fondamentalement le statut juridique des associés. Les art. 12 et 36 contiennent une réglementation similaire en matière de fusion et de scission. Pour davantage de détails, il y a donc lieu de se référer aux commentaires de ces dispositions.

Art. 60 Contenu du projet de transformation

Le projet de transformation doit permettre l'identification de la société qui change de forme juridique (*let. a*). Il doit indiquer en particulier la raison de commerce ou le nom, le siège ainsi que la forme juridique que revêt la société; ces indications doivent être mentionnées aussi bien pour le statut de la société antérieur que pour le statut postérieur à la transformation. Le projet de transformation doit contenir également les statuts de la société tels qu'ils seront valables sous la nouvelle forme juridique (*let. b*). Cette exigence permet aux associés de connaître l'environnement juridique de la société après la transformation. Au surplus, le projet de transformation doit mentionner le nombre, l'espèce et la valeur nominale des parts sociales qui seront remises aux titulaires de parts („rapport d'échange“ des parts sociales) ou des indications sur le sociétariat des associés après la transformation (*let. c*).

Art. 61 Rapport de transformation

Suivant l'exemple du rapport de fusion (art. 14) et du rapport de scission (art. 39), cette disposition prévoit l'obligation d'établir un rapport de transformation détaillé concernant le changement de forme juridique envisagé. Le rapport de transformation

tend en premier lieu à l'information des associés et, indirectement, à la protection de leurs droits. Il précise et explique en particulier le contenu du projet de transformation (art. 60).

Selon l'*al. 1*, l'obligation d'établir un rapport de transformation revient à l'organe supérieur de direction ou d'administration de la société. Selon cette même disposition, le rapport doit revêtir la forme écrite; un simple compte rendu oral lors de l'assemblée générale n'est donc à cet égard pas suffisant.

L'*al. 2* dispense les petites et les moyennes entreprises¹⁵¹ d'établir un rapport de transformation lorsque l'ensemble des associés y consent. L'approbation de l'ensemble des associés est requise, car la transformation peut avoir des conséquences radicales pour les associés, et le rapport de transformation joue un rôle important dans l'information des associés et la formation de leur volonté, en particulier en ce qui concerne les associés minoritaires. La transformation peut ainsi fondamentalement modifier le statut des associés, en introduisant par exemple de nouveaux droits et de nouvelles obligations à charge des associés ou une nouvelle répartition des droits de vote. Les modifications engendrées par la transformation doivent donc faire l'objet d'une information détaillée à l'intention des associés.

Dans le détail, le rapport de transformation doit expliquer et justifier du point de vue juridique et économique les éléments suivants:

Al. 3, let. a: le rapport doit informer d'une manière générale sur le but poursuivi par la transformation et les conséquences de celle-ci. Il s'agit notamment d'informer les associés quant aux raisons qui justifient le changement de forme juridique et les modifications qui en résultent.

Al. 3, let. b: sous réserve de certaines exceptions (dispositions relatives aux apports en nature; nombre des fondateurs, sauf en cas de transformation en société coopérative), l'art. 57 soumet la transformation au respect des dispositions du CC et du CO concernant la fondation d'une société revêtant la nouvelle forme juridique. Dès lors, le rapport de transformation doit rendre compte du respect de ces dispositions.

Al. 3, let. c: les nouveaux statuts de la société font partie intégrante du projet de transformation (art. 60, let. b). Afin que les associés puissent se rendre compte des implications de la transformation, le rapport de transformation doit détailler et expliciter les dispositions statutaires de la société après sa transformation.

Al. 3, let. d: conformément à l'art. 60, let. c, le projet de transformation doit contenir des indications relatives aux parts sociales qui doivent revenir aux associés après transformation, ou relatives au sociétariat des associés après transformation. Lors de la détermination du „rapport d'échange“ des parts sociales ou des droits de sociétariat des associés, l'organe supérieur de direction ou d'administration doit respecter les exigences de l'art. 56. Il est dès lors légitime que cet organe expose et justifie la manière dont il propose de maintenir le statut juridique des associés après la transformation. Sur la base des explications fournies, les associés pourront juger si le sociétariat est maintenu de manière adéquate. Si tel n'est pas le cas, et pour autant qu'ils n'aient pas approuvé la décision de transformation, l'art. 104 leur permet de recourir au tribunal afin que ce dernier fixe une soulte adéquate.

¹⁵¹ Cf. l'art. 2, let. e, pour une définition de la notion de petites et moyennes entreprises (P.M.E.).

Al. 3, let. e: la transformation peut conduire à l'introduction de l'obligation pour les associés d'opérer des versements supplémentaires ou de fournir d'autres prestations personnelles, voire à l'introduction de leur responsabilité personnelle. Il en est ainsi lors de la transformation d'une société anonyme en société à responsabilité limitée dont les statuts prévoient une obligation d'opérer des versements supplémentaires (art. 777, ch. 2, CO) ou en société coopérative dont les statuts prévoiraient une réglementation similaire (art. 869 CO pour la responsabilité personnelle illimitée des coopérateurs; art. 871 CO pour l'obligation d'opérer des versements supplémentaires). L'introduction de telles obligations modifie profondément le statut des associés; ils doivent donc être correctement informés des obligations, ou de la responsabilité personnelle qu'ils peuvent devoir assumer suite à la transformation.

Al. 3, let. f: il est possible que la transformation n'introduise pas directement de nouvelles obligations pour les associés; l'introduction ultérieure d'obligations personnelles pour les associés peut cependant être inhérente à la nouvelle forme juridique, alors même que l'ancienne forme juridique l'excluait. Afin que les associés puissent se rendre compte des obligations qui pourront leur être imposées consécutivement à la transformation, le rapport de transformation doit en informer de manière abstraite.

Art. 62 Vérification du projet de transformation et du rapport de transformation

Cette disposition prévoit l'intervention d'un expert particulièrement qualifié, qui est chargé de vérifier les documents servant de base à la transformation. La réglementation de la fusion et de la scission contient une disposition similaire (art. 15 et 40).

En vertu de l'*al. 1*, la vérification s'étend au projet de transformation, au rapport de transformation ainsi qu'au bilan servant de base à la transformation. Le résultat de la vérification (rapport écrit) est ensuite mis à la disposition des associés (art. 63, al. 1, let. c). L'expert chargé de la vérification doit disposer de qualifications particulières (cf. l'art. 727b CO et l'ordonnance sur les qualifications professionnelles des réviseurs particulièrement qualifiés). Il doit également être indépendant de la société, des membres de son organe d'administration, voire d'un associé majoritaire (art. 727c CO par analogie). La société doit lui donner accès à l'ensemble des renseignements et documents qui lui sont utiles pour remplir son mandat (*al. 3*). Le choix du réviseur relève de la compétence de l'organe supérieur de direction ou d'administration de la société.

Selon l'*al. 2*, les petites et moyennes entreprises (P.M.E.) au sens de l'art. 2, let. e, peuvent renoncer à la vérification moyennant l'approbation de l'ensemble des associés¹⁵². Une disposition similaire est prévue en matière de vérification de la fusion et de la scission (art. 15, al. 2, et 40). Le but poursuivi par la vérification de la transformation étant de garantir la protection des droits des associés et, en particulier, des associés minoritaires, ces derniers doivent tous donner leur accord en cas de renonciation à cette mesure de protection.

¹⁵² Cette dispense en faveur des P.M.E. n'est vraisemblablement pas compatible avec les exigences de l'art. 13 de la deuxième directive européenne (77/91/CEE; JO N° L 026 du 30 janvier 1977, p. 1 ss). Selon cette disposition, la transformation d'une société d'une autre forme juridique en une société anonyme doit offrir des garanties au moins identiques à celles prévues par les art. 2 à 12 de la même directive. Cf. en particulier les exigences de l'art. 10 de la directive.

Selon l'*al.* 4, le réviseur doit vérifier si les conditions de la transformation sont remplies, en particulier si le statut des associés sera maintenu après la transformation. Il doit veiller notamment au respect des dispositions des art. 56 (maintien des parts sociales et des droits de sociétariat) et 57 (dispositions concernant la fondation).

Art. 63 Droit de consultation

Cette disposition est le parallèle des art. 16 et 41, applicables respectivement en matière de fusion et de scission. Elle prévoit la publicité des documents servant de base à la transformation, avant que l'assemblée générale ou les associés ne soient appelés à se prononcer sur la transformation conformément à l'art. 64.

Selon l'*al.* 1, la société doit permettre aux associés, pendant les 30 jours qui précèdent la prise de décision par l'assemblée générale, de consulter à son siège les documents suivants:

- le projet de transformation (art. 60);
- le rapport de transformation (art. 61);
- le rapport de révision (art. 62);
- les comptes annuels et les rapports annuels des trois derniers exercices ainsi que l'éventuel bilan intermédiaire.

La possibilité de consulter ces documents permet aux associés de se former une opinion sur la transformation en vue de la décision de transformation (art. 61). Le droit de consultation revêt une importance particulière pour les associés minoritaires; ceux-ci doivent pouvoir examiner la situation économique et juridique de la société avant et après transformation, et notamment vérifier si leurs droits sont maintenus de manière adéquate, conformément à l'art. 56.

Tout comme en matière de fusion et de scission (art. 16, al. 2, et 41, al. 2), l'*al.* 2 permet aux PME de renoncer à la procédure de consultation moyennant l'accord de l'ensemble des associés.

Le droit de consultation des associés est complété par le droit d'exiger de la société qu'elle leur remette des copies gratuites de ces documents (*al.* 3).

Afin que le droit de consultation puisse être exercé, l'*al.* 4 impose à la société d'informer les associés de leurs droits de manière appropriée. Cette disposition étant identique à celle prévue à l'art. 16, al. 4, il y a lieu de se référer au commentaire y relatif.

2.1.4.5

Section 5 Décision de transformation et inscription au registre du commerce

Art. 64 Décision de transformation

Conformément aux art. 59, al. 2, et 64, l'organe supérieur de direction ou d'administration de la société doit soumettre le projet de transformation à l'approbation de l'assemblée générale, ou à l'approbation des associés de sociétés en nom collectif et de sociétés en commandite. Cette attribution de compétence résulte de la portée

décisive de la décision de transformation, qui modifie fondamentalement les structures de la société et le statut juridique des associés.

Les exigences de majorité pour la décision de transformation prévues par cette disposition sont identiques à celles prévues par l'art. 18 lors de la fusion entre sociétés de forme juridique différente. Pour davantage de détails, il y a donc lieu de se référer au commentaire de la disposition précitée.

Art. 65 Acte authentique

Selon cette disposition, la décision de transformation prévue à l'art. 64 doit faire l'objet d'un acte authentique. Cette exigence doit garantir la sécurité du droit. La forme authentique est également nécessaire, car la transformation permet à la société de revêtir une forme juridique pour laquelle un acte constitutif en la forme authentique est requis (cf. art. 57).

Art. 66 Inscription au registre du commerce

Toutes les sociétés pouvant faire l'objet d'une transformation en vertu de l'art. 54 sont assujetties à l'inscription au registre du commerce. Par conséquent, la transformation implique toujours la modification de faits déjà inscrits au registre du commerce. Comme toute modification de faits inscrits au registre du commerce, elle doit également faire l'objet d'une inscription au registre du commerce. Cette dernière est ensuite publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce (art. 931, al. 1, CO).

L'inscription au registre du commerce est constitutive pour la validité juridique de la transformation. Elle permet à la transformation de déployer ses effets, notamment à l'égard des tiers (art. 67). Quant au pouvoir d'examen des autorités du registre du commerce lors de l'inscription de la transformation, il y a lieu de se référer aux remarques relatives à l'art. 21, qui sont également valables en cas de transformation.

La compétence pour requérir l'inscription au registre du commerce revient à l'organe supérieur de direction ou d'administration. La réquisition interviendra immédiatement après l'approbation du projet de transformation (décision de transformation; art. 64).

Contrairement au droit actuel, la transformation par changement de la forme juridique nécessite une seule inscription au registre du commerce. Celle-ci doit mentionner le changement de forme juridique ainsi que toutes les modifications de faits inscrits consécutives à la transformation (date des statuts, but social, capital social, désignation des organes, raison de commerce, etc.). Selon l'art. 102, let. a, il appartient au Conseil fédéral de régler les détails de la procédure d'inscription au registre du commerce au niveau de l'ordonnance sur le registre du commerce.

Art. 67 Effets juridiques

Cette disposition confère un effet constitutif à l'inscription de la transformation au registre du commerce. L'inscription permet à la transformation de déployer ses effets. La société est désormais régie par ses nouveaux statuts ainsi que par les dispositions légales applicables à la nouvelle forme juridique. Le changement de régime juridique applicable s'étend bien entendu aussi aux droits et obligations des associés, notamment envers la société. Les associés acquièrent le sociétariat prévu dans le projet de transformation (art. 60, let. c). Contrairement à ce qui se passe en

cas de fusion et de scission, l'inscription au registre du commerce de la transformation n'a pas pour effet la succession universelle du patrimoine de la société; en effet, la transformation a lieu sans transfert de droits; la société continue d'exister sous la nouvelle forme juridique (cf. l'art. 53).

2.1.4.6 Section 6 Protection des créanciers et des travailleurs

Art. 68

Du point de vue des créanciers, la transformation n'implique pas de changement de débiteur: celui-ci reste identique, seule sa forme juridique change. La transformation n'a pas non plus d'influence sur le montant de la fortune sociale, qui demeure inchangée. En général, les risques d'atteinte aux droits des créanciers sont dès lors fortement réduits, notamment en comparaison avec la scission et, dans une moindre mesure, avec la fusion.

Par ailleurs, la transformation d'une société surendettée ou présentant une perte en capital est exclue. En effet, les dispositions relatives à la fondation de la société revêtant la nouvelle forme juridique s'appliquent en cas de transformation (art. 57). Ainsi, il n'est pas possible de transformer une association surendettée en société anonyme dont le capital-actions ne serait pas entièrement couvert.

Si la transformation a lieu sans changement de débiteur, elle est néanmoins susceptible de porter atteinte aux droits des créanciers de la société dans certaines situations. C'est notamment le cas lorsque le régime de responsabilité pour les dettes de la société subit une modification consécutive au changement de forme juridique et que celle-ci a lieu au préjudice des créanciers. Ainsi, lorsqu'une société en nom collectif, qui connaît le principe de la responsabilité personnelle subsidiaire des associés pour les dettes sociales (art. 552, al. 1, et 568 CO), est transformée en société anonyme, les créanciers perdent le bénéfice de la responsabilité solidaire et illimitée des associés. Il en va de même lors de la transformation en société anonyme d'une société coopérative dont les coopérateurs répondent personnellement des dettes (art. 833, ch. 5, et 869 CO); en effet, l'art. 680, al. 1, CO prévoit que les actionnaires ne peuvent être tenus à des obligations qui vont au-delà de la libération des actions souscrites.

Ainsi, il est nécessaire de prévoir des mesures de protection en faveur des créanciers lorsque la transformation a pour conséquence de restreindre ou de supprimer la responsabilité personnelle des associés pour les dettes sociales. Dans ce sens, l'*al. 1* prévoit que les dispositions de l'art. 26 concernant la continuité de la responsabilité personnelle des associés s'appliquent en matière de transformation. Pour les détails de cette réglementation, il y a lieu de se référer au commentaire de la disposition précitée.

Les besoins de protéger les droits des travailleurs sont également moindres lors d'une transformation. Le fait que celle-ci ait lieu sans transfert de patrimoine rend superflues des dispositions relatives au transfert des rapports de travail ainsi qu'à la garantie des créances résultant du contrat de travail. En revanche, il est nécessaire de réglementer la continuité de l'éventuelle responsabilité personnelle des associés pour les dettes de la société qui résultent de rapports de travail. L'*al. 2* renvoie donc à l'art. 27, al. 3, applicable lors de fusions.

2.1.5	Chapitre 5	Transfert de patrimoine
2.1.5.1	Section 1	Dispositions générales

Art. 69

Le transfert de patrimoine est une nouvelle institution juridique. Elle permet aux sociétés inscrites au registre du commerce et aux entreprises individuelles inscrites au registre du commerce de transférer tout ou partie de leur patrimoine à un autre sujet de droit privé (al. 1). Tout comme en matière de scission et de fusion, le transfert a lieu en un seul acte (uno actu) avec actifs et passifs; l'ensemble des éléments patrimoniaux décrits dans le contrat est transféré sans que les règles de forme propres au transfert individuel de ces éléments patrimoniaux doivent être respectées. En échange du transfert de patrimoine, le sujet transférant peut se voir attribuer une contre-prestation. Celle-ci n'est cependant pas une condition du transfert. Dans tous les cas, il convient de respecter les dispositions relatives à la protection du capital de la société et à la liquidation (al. 2).

Aux termes de l'*al. 1*, tant les sociétés au sens de l'art. 2, let. b, que les entreprises individuelles peuvent procéder à un transfert de patrimoine. Toutefois, la société ou l'entreprise individuelle transférante doit préalablement être inscrite au registre du commerce. Pour les entreprises individuelles, il s'agit plus précisément des personnes physiques inscrites au registre du commerce sur la base de l'art. 934 CO, soit celles qui exploitent une entreprise en la forme commerciale. L'inscription au registre du commerce du sujet transférant doit impérativement être exigée, car le transfert de patrimoine permet de transférer des droits sans que d'autres règles de forme doivent être observées. L'abandon des règles de forme propres à la succession à titre singulier, comme par exemple l'inscription au registre foncier, n'est cependant possible que si la publicité requise pour le transfert de la propriété est assurée par l'inscription au registre du commerce (à ce sujet, cf. le commentaire détaillé de l'art. 73). Ainsi, le transfert des droits doit déployer ses effets juridiques au moment de son inscription au registre du commerce (cf. art. 73).

La participation d'un sujet de droit public, que ce soit en tant que sujet transférant ou que sujet reprenant, à un transfert de patrimoine est réglée par l'art. 99, al. 2. Les instituts de droit public inscrits au registre du commerce peuvent procéder à un transfert de patrimoine en faveur d'autres sujets, peu importe que ces derniers relèvent du droit public ou du droit privé. De même, les sujets de droit privé inscrits au registre du commerce peuvent transférer tout ou partie de leur patrimoine à un institut de droit public. En vertu de l'art. 100, al. 1, les dispositions des art. 69 ss s'appliquent par analogie au transfert de patrimoine auquel participe un sujet de droit public.

Les fondations et les institutions de prévoyance peuvent également prendre part à un transfert de patrimoine. L'opération est alors régie par les art. 86 s. et 98.

Un tableau synoptique des possibilités de transfert de patrimoine se trouve sous ch. 7.3.5.

Les éléments patrimoniaux transférés font l'objet d'un inventaire (art. 71, al. 1, let. b). La part de patrimoine peut se composer de n'importe quels éléments patrimoniaux actifs et passifs susceptibles d'être transférés; un seul droit suffit formellement pour constituer une part de patrimoine. Selon l'art. 71, al. 2, il est cependant

indispensable que le patrimoine présente un actif net; le montant total des actifs doit être supérieur à celui des fonds étrangers. Par ailleurs, et contrairement à la réglementation de l'art. 181 CO, la subtile distinction entre les notions de patrimoine et d'entreprise n'a pas été retenue dans le projet de loi sur la fusion. L'al. 1 mentionne uniquement la notion de patrimoine, car celle-ci est plus large que celle d'entreprise.

Le transfert de patrimoine au sens du chapitre 5 et la scission au sens du chapitre 3, que ce soit par division ou par séparation, présentent certaines analogies. Afin d'éviter toute confusion entre ces deux instituts juridiques, la deuxième phrase de l'al. 1 précise que seule une scission – à l'exclusion d'un transfert de patrimoine – est admissible lorsque les associés de la société transférante reçoivent des parts sociales ou des droits de sociétariat de la société reprenante. Au contraire, le transfert de patrimoine ne touche aucunement aux parts sociales ou aux droits de sociétariat des associés de la société transférante; l'éventuelle contre-prestation pour le transfert revient à la société transférante elle-même. Les dispositions régissant la scission et celles régissant le transfert de patrimoine s'appliquent donc uniquement de manière exclusive, et jamais cumulative.

La simplification du transfert d'une multitude d'éléments patrimoniaux en un seul acte par le biais du transfert de patrimoine doit être assortie d'un certain nombre de mesures protectrices, notamment afin de garantir les droits et les intérêts des créanciers et des associés de la société transférante. Parmi ces mesures de protection, il faut mentionner le respect des dispositions légales et statutaires concernant la protection du capital et la liquidation de la société. Il peut sembler aller de soi que ces règles doivent toujours être respectées. Afin d'éviter que le transfert de patrimoine ne soit utilisé afin d'éluder ces dispositions, l'al. 2 érige leur respect en condition du transfert de patrimoine. La réserve légale de l'al. 2 vise notamment l'interdiction pour la société de restituer les apports, du moins lorsqu'ils font partie de la fortune liée (art. 680, al. 2, CO), mais aussi l'ensemble des dispositions concernant la liquidation (art. 739 ss CO) et en particulier les dispositions concernant la protection des créanciers (appel aux créanciers selon l'art. 742, al. 2, CO). La référence aux dispositions statutaires se rapporte aux cas dans lesquels les statuts de la société contiennent des dispositions concernant la protection du capital ou la liquidation qui vont au-delà des dispositions légales (p. ex.: au sujet de l'affectation de la fortune sociale libre, de l'utilisation de l'éventuel bénéfice de liquidation ou encore de l'exigence de majorité pour la décision de dissolution).

La réserve en faveur du respect des dispositions concernant la protection du capital et la liquidation de la société doit notamment être mise en relation avec l'adéquation de la contre-prestation pour le transfert de patrimoine. Comme mentionné ci-dessus, celle-ci n'est pas une condition du transfert de patrimoine. Néanmoins, en renonçant à une contre-prestation ou en convenant d'une contre-prestation dont la valeur est inférieure à celle du patrimoine transféré, une société peut (selon les circonstances) violer les dispositions légales et statutaires relatives au maintien du capital et à la liquidation de la société; du point de vue pénal, une telle transaction peut même constituer une gestion déloyale (art. 158 CP). L'al. 2 veut garantir que la fortune de la société ne soit pas réduite par le transfert de patrimoine et que les droits des créanciers et des associés ne soient pas lésés.

Lorsque le transfert du patrimoine d'une société équivaut à une opération de liquidation, la réalisation du transfert de patrimoine a pour condition qu'une décision de dissolution entrée en force ait été prise. Tel est notamment le cas lorsque le sujet reprenant ne fournit pas une contre-prestation qui correspond à la valeur du patri-

moine transféré. Par ailleurs, la dissolution préalable d'une société peut également être requise lorsque le transfert de patrimoine est utilisé, de manière fonctionnelle, comme succédané à une opération de fusion, de scission ou de transformation (peu importe si la fusion, la scission ou la transformation est prévue par la loi sur la fusion ou non). Ainsi, lorsqu'une société coopérative veut transférer l'ensemble de son patrimoine à une fondation afin de parvenir à un résultat qui, d'un point de vue économique, correspond à l'absorption d'une société coopérative par une fondation, il y a tout d'abord lieu de dissoudre la société coopérative en tant que société. Dans le cadre de sa liquidation, la société coopérative peut transférer l'ensemble de son patrimoine à la fondation par le biais d'un transfert de patrimoine.

2.1.5.2 Section 2 Contrat de transfert

Art. 70 Conclusion du contrat de transfert

Le transfert de patrimoine repose toujours sur un contrat. Selon l'*al. 1*, celui-ci est conclu par les organes supérieurs de direction ou d'administration des sujets participants au transfert¹⁵³. Cette attribution de compétence correspond à celle prévue pour la fusion et la scission (art. 12 et 34).

La compétence des organes supérieurs de direction ou d'administration n'exclut pas une éventuelle intervention ou participation de l'assemblée générale. Si une modification préalable des statuts ou du contrat de société est nécessaire pour réaliser le transfert de patrimoine, l'assemblée générale ou l'assemblée des associés devra se prononcer. Ce sera notamment le cas lorsqu'une société d'exploitation est convertie en une société holding (modification du but statutaire). Une décision de l'assemblée générale est également requise lorsque le transfert de patrimoine équivaut à une opération de liquidation (cf. le commentaire de l'art. 69).

La réglementation de la compétence de conclure le contrat de transfert ne modifie en aucun cas les dispositions générales de la loi et des statuts relatives à la compétence dans les sociétés. Le pouvoir de représentation des membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration est toujours restreint au cadre du but statutaire (dans un sens large)¹⁵⁴. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'aliénation de l'ensemble de l'entreprise avec l'ensemble des actifs sort en principe du cadre des opérations couvertes par le but social; le conseil d'administration ne peut en principe, de son propre chef, aliéner l'ensemble de l'entreprise¹⁵⁵. Il en va exactement de même en matière de transfert de patrimoine: celui-ci doit, en principe, pouvoir être fondé sur le but social et doit être compatible avec le but social.

L'*al. 2* soumet le contrat de transfert à la forme écrite. Cette disposition s'applique également lorsque des immeubles sont transférés. Dans cette hypothèse cependant, un acte authentique constatatoire est requis afin que les modifications au registre foncier puissent être opérées (art. 103). A cet égard, un seul acte authentique suffit, même lorsque les immeubles transférés sont situés dans différents cantons.

¹⁵³ Pour une définition de cette notion, cf. le commentaire de l'art. 12. Pour les entreprises individuelles, cette compétence revient bien entendu au titulaire de l'entreprise.

¹⁵⁴ Cf. Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 8^e éd., Berne 1998, par. 9 N 71 s.

¹⁵⁵ ATF 116 II 323.

Art. 71 Contenu du contrat de transfert

L'*al. 1* contient la liste des éléments essentiels que le contrat de transfert doit au moins contenir. Par ailleurs, les parties peuvent faire dépendre sa conclusion d'un accord sur d'autres questions encore (éléments subjectivement essentiels). Dans le détail, le contrat doit contenir au moins les éléments suivants:

Al. 1, let. a: le contrat doit permettre l'identification des parties. Il doit donc mentionner leur raison de commerce ou leur nom, leur siège et leur forme juridique.

Al. 1, let. b: tout comme en matière de scission (art. 37, let. b), un inventaire des objets du patrimoine actif et passif transférés doit être établi. L'inventaire constitue la base du transfert de patrimoine: il détermine l'étendue des éléments patrimoniaux transférés. Afin de garantir la sécurité des transactions, il est prévu que l'inventaire doit désigner clairement les éléments transférés; les immeubles, les papiers-valeurs et les valeurs immatérielles doivent même être désignés individuellement. La notion de valeurs immatérielles recouvre des biens tels que les droits immatériels, le know-how et le goodwill, dont l'évaluation est souvent problématique. L'objectif de leur énumération est de garantir la transparence. L'exigence d'une désignation claire est indispensable, car toute désignation vague du patrimoine transféré impliquerait une incertitude persistante quant à la propriété et à la titularité des éléments patrimoniaux transférés. Une telle conséquence ne serait ni dans l'intérêt des parties au contrat, ni dans celui des tiers et notamment des créanciers; de même, elle pourrait mettre en danger la sécurité des transactions et la sécurité du droit. Il s'avère difficile de préciser d'une manière générale et abstraite les exigences à remplir pour que la désignation soit claire; elle dépend fortement du genre des éléments patrimoniaux transférés et de la composition de la part de patrimoine. D'une manière générale, la description contenue dans le contrat de transfert doit être suffisamment concrète afin de permettre avec certitude l'attribution de valeurs patrimoniales dans chaque cas d'espèce.

Al. 1, let. c: le contrat doit indiquer la valeur totale des actifs et des passifs transférés. La différence entre ces deux montants doit, selon l'*al. 2*, présenter un résultat positif. Il n'est donc pas nécessaire d'indiquer individuellement la valeur de chacun des éléments patrimoniaux transférés.

Al. 1, let. d: le transfert de patrimoine peut avoir lieu à titre gratuit ou alors en échange d'une contre-prestation du sujet reprenant. Lorsqu'une contre-prestation est convenue, celle-ci est un élément essentiel du contrat. Lorsque le transfert a lieu sans contre-prestation, ce fait sera également mentionné dans le contrat. Aucune restriction relative à la nature de la contre-prestation n'est prévue; elle ne peut cependant pas consister en parts sociales ou en droits de sociétariat de la société reprenante qui seraient attribués aux associés de la société transférante (cf. art. 69; il s'agit dans ce cas de réaliser une scission). La contre-prestation peut consister en toute prestation patrimoniale en espèce ou en nature.

Al. 1, let. e: le transfert de tout ou partie d'un patrimoine peut impliquer le transfert de rapports de travail conformément à l'art. 333 CO. Cette dernière disposition est en effet applicable en vertu de l'art 76, al. 1. Le contrat doit renfermer une liste des rapports de travail transférés. Une réglementation identique est également prévue en matière de scission (art. 37, let. i).

Malgré la responsabilité solidaire prévue à l'art. 75, le transfert de patrimoine présente un risque accru pour les créanciers. Dès lors, l'*al. 2* soumet l'admissibilité du transfert de patrimoine à la condition que celui-ci présente, sur la base de

l'inventaire (al. 1, let. b et c), un excédent d'actifs. Nonobstant cette disposition, il va de soi que les art. 285 ss LP sont réservés lorsque le transfert de patrimoine est utilisé afin de soustraire des biens à l'exécution forcée.

Art. 72 Objets du patrimoine actif non attribués

Afin de garantir la sécurité du droit, il est indispensable de prévoir une disposition supplétive concernant la titularité des objets du patrimoine actif dont l'attribution ne peut être effectuée sur la base de l'inventaire, par exemple parce que ce dernier est formulé de manière équivoque. Etant donné que le transfert de patrimoine n'a pas pour conséquence la dissolution et la radiation du sujet transférant, il va de soi que les objets dont l'attribution est problématique demeurent dans le patrimoine de celui-ci. La même règle d'attribution s'applique également aux créances et aux droits immatériels. Cette réglementation correspond par ailleurs à celle prévue en matière de séparation (art. 38, al. 1, let. b, et 2).

2.1.5.3 Section 3 Inscription au registre du commerce et effets juridiques

Art. 73

L'institution juridique du transfert de patrimoine permet de transférer un ensemble de biens actifs et passifs, sans que les règles de forme ordinaires pour le transfert de ces biens soient applicables. En particulier, l'inscription constitutive au registre foncier n'est pas requise; il en est de même de l'endossement pour les papiers-valeurs à ordre et de la cession civile pour les créances. Toutefois, l'abandon de ces règles de forme présuppose nécessairement que la publicité relative au transfert des droits soit garantie d'une autre manière. En effet, suite à un transfert de patrimoine, le registre foncier ne correspond plus pendant un délai limité (cf. l'art. 103) à la situation de droit. L'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce est dès lors indispensable. Ainsi, une inscription au registre foncier peut, le cas échéant, être vérifiée par la consultation du registre du commerce et des pièces justificatives. Par ailleurs, l'inscription au registre du commerce permet – d'une manière reconnaissable pour les tiers – de déterminer sans ambiguïté la date du transfert de patrimoine. Par conséquent, tout comme pour les autres opérations régies par le projet de loi sur la fusion, le transfert de patrimoine doit être inscrit au registre du commerce (al. 1). Cette solution est également justifiée par le fait que le transfert de patrimoine permet, selon son utilisation, de parvenir à un résultat similaire à une fusion, une scission ou une transformation (à ce sujet, cf. ci-dessus ch. 1.3.2.4.4). Pour les raisons invoquées ci-dessus, le transfert de patrimoine doit déployer ses effets par son inscription au registre du commerce (al. 2).

En vertu de l'*al. 1*, la réquisition d'inscription au registre du commerce émane de l'organe supérieur de direction ou d'administration du sujet transférant. Une fois l'inscription opérée, celle-ci est suivie d'une publication dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC), conformément à l'art. 931, al. 1, CO. Cette publication ne concerne cependant que le principe du transfert de patrimoine; elle ne mentionne en revanche pas individuellement les éléments patrimoniaux transférés. La publicité relative au transfert des droits est garantie par l'inscription au journal et sur la fiche

du sujet (art. 11 ORC), par la publication dans la FOSC (art. 931 CO) et par la possibilité pour les tiers de consulter les pièces servant de base à l'inscription (art. 930 CO). Par ailleurs, la publication dans la FOSC fait naître une présomption générale de connaissance (opposabilité des faits inscrits au registre du commerce selon l'art. 933 CO). Cette présomption de connaissance ne concerne cependant que le principe du transfert et non pas le fait que chacun des éléments patrimoniaux a été transféré; en effet, ces derniers ne sont pas publiés. Il est dans l'intérêt de tous, y compris des parties au transfert, de soumettre le transfert de patrimoine aux effets de l'inscription au registre du commerce.

L'al. 2 confère un effet constitutif à l'inscription au registre du commerce. L'ensemble des actifs et passifs énumérés dans l'inventaire sont transférés au sujet reprenant à la date de l'inscription¹⁵⁶. Ce transfert global d'un patrimoine ou d'une partie de celui-ci constitue le cœur du projet de nouvelle réglementation et distingue fondamentalement celle-ci de l'actuel art. 181 CO. Tout comme en matière de scission, ce mode de transfert de patrimoine ne constitue pas à proprement parler un cas de succession universelle, identique à la fusion (art. 22) ou à la dévolution (art. 560 CC). En effet, seuls les éléments patrimoniaux énumérés dans l'inventaire sont transférés et le sujet transférant continue d'exister. Il s'agit par conséquent tout au plus d'une „succession universelle partielle“. La notion de „transfert selon inventaire“ semble cependant mieux convenir pour qualifier ce nouveau mode de transfert de patrimoine.

Conformément à l'art. 34 LCart, les effets de droit civil sont suspendus lorsque la concentration d'entreprises est soumise à un examen du point de vue du droit de la concurrence. Cette réglementation de la LCart, applicable selon les circonstances, est réservée par l'al. 2.

2.1.5.4 Section 4 Information des associés

Art. 74

Lorsqu'une société transfère une partie importante de son patrimoine, il existe sans aucun doute un besoin légitime pour les associés de cette société d'être informés de ce transfert ainsi que des conditions auxquelles il a eu lieu. Ce besoin n'a par ailleurs pas été contesté lors de la procédure de consultation en ce qui concerne la dissociation (art. 39, let. c, AP LFus), qui est remplacée par le transfert de patrimoine dans le projet.

L'al. 1 prévoit l'obligation pour l'organe supérieur de direction ou d'administration de la société transférante d'informer les associés lors de transferts de patrimoine. En vertu de l'al. 3, ce devoir n'existe que dans la mesure où la valeur des actifs transférés est supérieure à 5 % du total du bilan. Il va de soi que le dernier bilan établi par la société et, le cas échéant, approuvé par l'assemblée générale constitue la base de calcul. Par ailleurs, la notion de total du bilan comprend l'ensemble des actifs circulants et des actifs immobilisés; une éventuelle perte au bilan n'en fait pas partie. Afin de garantir la sécurité du droit, le seuil déterminant le devoir d'information est

¹⁵⁶ En ce qui concerne le moment exact où le transfert de patrimoine déploie ses effets, cf. le commentaire de l'art. 22.

fixé par un pourcentage du total du bilan plutôt que par une notion indéterminée (telle qu'une partie importante du patrimoine).

L'information fait partie du contenu de l'annexe aux comptes annuels (art. 663b CO), du moins pour les sociétés qui doivent établir des comptes annuels. Si des comptes annuels ne doivent pas être établis, le transfert de patrimoine doit faire l'objet d'une information lors de la prochaine assemblée générale et fera l'objet d'une rubrique de l'ordre du jour pour la convocation de l'assemblée générale.

Une information minimale des associés est également nécessaire du fait que le transfert de patrimoine permet, selon son utilisation, de parvenir à un résultat similaire à une fusion, une scission ou une transformation (à ce sujet, cf. ci-dessus ch. 1.3.2.4.4). Dans la mesure où les droits de sociétariat ne sont pas touchés, l'information des associés est postérieure à la réalisation de l'opération de transfert. Dès lors, le projet renonce à un rapport spécial de l'organe supérieur de direction ou d'administration et à un droit de consultation spécial comme c'est le cas en matière de fusion, de scission et de transformation (art. 14, 16, 39, 41, 61 et 63).

Lorsque cette disposition n'est pas respectée, les actionnaires peuvent notamment exiger l'institution d'un contrôle spécial (art. 697a ss CO); la responsabilité des membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration peut également être engagée lorsqu'il en résulte un dommage.

L'al. 2 règle le contenu matériel de l'information des associés. Cette disposition s'inspire directement de celles prévues en matière de fusion et de scission (art. 14 et 39). Le but et les conséquences du transfert de patrimoine doivent être expliqués et justifiés d'un point de vue économique et juridique (let. a). Il en va de même du contrat de transfert (let. b) et de la contre-prestation (let. c); lorsqu'aucune contre-prestation n'est convenue, ce fait devra être justifié. Les répercussions du transfert sur les travailleurs ainsi que le contenu d'un éventuel plan social doivent faire l'objet d'une information à l'intention des associés (let. d).

L'introduction d'un devoir d'information en matière de transferts de patrimoine permet à la Suisse de tenir compte des principes de l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE) relatifs au gouvernement d'entreprise. Ceux-ci préconisent la transparence des opérations de cession de fractions importantes des actifs d'une société, ainsi qu'une information adéquate des actionnaires (associés) afin de protéger leurs droits¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Cf. les Principes de l'OCDE relatifs au gouvernement d'entreprise, SG/CG(99)5 du 29 avril 1999 (pt. I. E. 1.): „Les règles et procédures régissant l'acquisition sur les marchés financiers d'une participation de contrôle dans une société, ainsi que les opérations à caractère exceptionnel comme les fusions et les cessions de fractions importantes des actifs d'une société, devraient être clairement définies et donner lieu à publicité de sorte que les investisseurs aient connaissance de leurs droits et de leurs possibilités de recours. Les transactions devraient s'effectuer dans la transparence au regard du prix et dans des conditions loyales qui protègent les droits de tous les actionnaires, quelle que soit la catégorie à laquelle ils appartiennent.“

Art. 75 Responsabilité solidaire

L'admissibilité du transfert de patrimoine implique qu'un sujet puisse transférer une multitude d'objets du patrimoine actif, mais également du patrimoine passif. Bien que le patrimoine, ou la part de patrimoine, transféré doive toujours présenter un excédent d'actifs selon l'art. 71, al. 2, il n'est pas exclu que les créanciers soient désavantagés, par exemple du fait que le sujet reprenant jouit d'un moins bon crédit que le sujet transférant ou est surendetté.

Afin de protéger au mieux les créanciers dont la créance est transférée, les *al. 1 et 2* reprennent sur le principe la réglementation de l'art. 181, al. 2, CO, concernant la responsabilité solidaire. La principale modification par rapport à cette disposition concerne la durée de la responsabilité solidaire, qui est portée de deux à trois ans¹⁵⁸. Les anciens débiteurs restent solidairement tenus de l'exécution des dettes transférées avec le nouveau débiteur pendant trois ans. Ce délai commence à courir dès la publication du transfert de patrimoine ou, pour les créances exigibles ultérieurement, dès leur exigibilité. La responsabilité solidaire de l'art. 75 constitue un cas de solidarité parfaite entre les deux débiteurs au sens des art. 143 ss CO: aussi bien le sujet transférant que le sujet reprenant sont tenus des dettes transférées dans leur ensemble. Le paiement effectué par l'un des débiteurs libère l'autre.

Selon l'*al. 3*, les sujets participant au transfert de patrimoine doivent garantir les créances dans deux situations particulières:

- La responsabilité solidaire s'éteint avant la fin du délai de trois ans: cette condition est notamment remplie lorsque, suite à la faillite de l'un des sujets participant au transfert de patrimoine, sa responsabilité solidaire n'offre plus aucune protection.
- Les créanciers rendent vraisemblable que la responsabilité solidaire ne constitue pas une protection suffisante.

Dans ces deux hypothèses les sûretés seront fournies postérieurement à la réalisation du transfert de patrimoine.

Conformément à l'*al. 4*, les sujets peuvent également exécuter les créances lorsqu'il n'en résulte aucun dommage pour les autres créanciers. L'exécution peut même intervenir de manière anticipée si l'intention contraire des parties ne ressort ni des clauses ou de la nature du contrat, ni des circonstances (art. 81 CO).

Art. 76 Transfert des rapports de travail et responsabilité solidaire

Le transfert de tout ou partie d'un patrimoine peut, tout comme en matière de fusion et de scission, impliquer le transfert de rapports de travail au sujet reprenant. Pour ce cas, l'*al. 1* prévoit expressément que le transfert des rapports de travail est régi par l'art. 333 CO. Selon cette disposition, ces rapports passent à l'acquéreur du patrimoine avec tous les droits et les obligations qui en découlent. Le travailleur peut cependant s'opposer au transfert des rapports de travail (tout comme en matière de fusion et de scission; cf. les art. 27 et 49).

¹⁵⁸ Une adaptation correspondante de l'art. 181, al. 2, CO est par ailleurs également proposée; cf. également le commentaire de cette disposition.

En ce qui concerne la protection des droits patrimoniaux des travailleurs et notamment de leurs créances en paiement du salaire, l'*al. 2* renvoie à l'art. 75. Aux termes de cette disposition, l'ancien débiteur répond solidairement pendant trois ans de l'exécution des dettes. Lorsque cette responsabilité solidaire prend fin avant l'écoulement du délai de trois ans ou qu'elle ne constitue pas une protection suffisante, les travailleurs peuvent exiger des garanties. Par ailleurs, la responsabilité solidaire et le droit d'obtenir des sûretés s'étendent à l'ensemble des dettes résultant du contrat de travail qui deviennent exigibles jusqu'à la date à laquelle les rapports de travail prennent fin ou prendront fin si le travailleur s'oppose au transfert. Dès lors, ces mesures de protection visent également des créances en paiement du salaire qui sont postérieures à la réalisation du transfert de patrimoine.

Art. 77 Consultation de la représentation des travailleurs

L'*al. 1* prévoit expressément que l'art. 333a CO, concernant la consultation de la représentation des travailleurs, s'applique lors de transferts de patrimoine. Aux termes de l'art. 333a CO, le sujet transférant doit consulter en temps utile la représentation des travailleurs ou, à défaut, les travailleurs avant la réalisation du transfert de patrimoine. L'information des travailleurs doit porter sur le motif ainsi que sur les conséquences juridiques, économiques et sociales du transfert de patrimoine pour les travailleurs.

L'obligation de procéder à la consultation des travailleurs s'adresse non seulement au sujet transférant, mais également au sujet reprenant. En effet, lorsque le transfert de patrimoine a des conséquences sur les travailleurs, celles-ci peuvent toucher aussi bien les travailleurs de la société transférante que ceux de la société reprenante. Il est donc nécessaire d'étendre la consultation aux travailleurs du sujet reprenant.

Au sujet des *al. 2 et 3*, il y a lieu de se référer au commentaire de l'art. 28, al. 3 et 4.

2.1.6 Chapitre 6 Fusion et transfert de patrimoine de fondations

Si les fondations sont des sujets au sens de l'art. 2, let. a, elles présentent cependant des différences de structure très importantes par rapport aux sociétés. Au contraire des sociétés, qui peuvent être définies comme des groupements de personnes fondés sur un contrat et qui poursuivent un but commun, les fondations sont des établissements au sens de l'art. 52 CC, soit des patrimoines affectés à un but particulier. Il en découle que les droits et les obligations liés au sociétariat sont inexistants dans la forme juridique de la fondation; il s'agit par contre de prendre en compte les intérêts des destinataires des fondations. Ces différences de structure entre d'une part les sociétés et d'autre part les fondations conduisent également à une réglementation différente des instituts juridiques de la loi sur la fusion; les règles applicables aux fondations sont réunies dans un chapitre séparé du projet.

Le chapitre 6 règle la fusion entre fondations et leur participation à un transfert de patrimoine. Seules ces deux opérations sont autorisées. Dans la mesure où une fondation n'a pas de membres, l'institution juridique de la scission n'a pas de raison d'être; elle est avantageusement remplacée par le transfert de patrimoine. Par ailleurs, en tant qu'établissement, la fondation est incompatible avec les sociétés (à ce sujet, cf. également le commentaire de l'art. 4). De ce fait, la transformation

directe d'une fondation en société doit être exclue. L'absence de dispositions relatives à la transformation de fondations doit être relativisée par le fait que le transfert de patrimoine permet de parvenir à un résultat très proche de la transformation, du moins d'un point de vue économique.

Les fusions et les transferts de patrimoine auxquels prennent part des fondations de prévoyance professionnelle soumises à la surveillance prévue aux art. 61 ss LPP sont régis par les dispositions spéciales des art. 88 ss. Les dispositions du présent chapitre ne leur sont donc pas directement applicables.

2.1.6.1 Section 1 Fusion

Les dispositions applicables à la fusion entre fondations sont en partie similaires à celles régissant la fusion entre sociétés (art. 3 ss). La fusion se base sur un contrat conclu entre les fondations (art. 79); le contrat est ensuite vérifié par un réviseur (art. 81). Ces dispositions tiennent cependant compte des particularités propres aux fondations. Celles-ci se manifestent notamment dans les conditions que les fondations doivent remplir pour pouvoir fusionner (art. 78, al. 2), la protection des destinataires (art. 78, al. 2, et 82) et l'approbation par l'autorité de surveillance (art. 83).

Art. 78 Principe

Selon l'*al. 1*, les fondations peuvent fusionner entre elles. Dans un arrêt daté de 1989 (ATF 115 II 415 ss), le Tribunal fédéral a en effet reconnu l'admissibilité de la fusion entre fondations en droit actuel; il s'agit cependant d'un cas de fusion qui n'est pas prévu par la loi. La fusion entre fondations présente une particularité par rapport à la fusion entre sociétés au sens de l'art. 3: la fondation n'ayant pas d'associés, la fusion ne présente pas d'aspects liés au sociétariat (cf. l'art. 7 pour la fusion entre sociétés). La fusion entre fondations peut donc être définie comme la réunion juridique de deux fondations ou plus sans liquidation, leur patrimoine étant transféré.

La différence fondamentale de structure existant entre une société et une fondation conduit à l'inadmissibilité des opérations de fusion (et par ailleurs également de transformation) mettant en présence ces deux catégories de formes de droit. L'incompatibilité entre ces formes de droit est en premier lieu liée à l'absence de sociétariat dans la fondation. En effet, si la reprise par voie de fusion d'une société anonyme par une fondation devait être autorisée, les actionnaires perdraient l'ensemble de leurs droits liés au sociétariat, sans contre-prestation. Par conséquent, une telle opération doit être précédée de la dissolution et de la liquidation de la société anonyme, en tant que groupement de personnes. Il n'en demeure pas moins que l'institution juridique du transfert de patrimoine (art. 69 ss) permet de transférer l'ensemble du patrimoine de la société anonyme à la fondation en un seul acte et selon une procédure simple et rapide. L'opération inverse est également prévue (cf. les art. 86 s.). Le transfert de patrimoine constitue un succédané qui permet de pallier efficacement l'inadmissibilité de la fusion (et de la transformation) entre fondations et sociétés.

L'al. 2 soumet la fusion entre fondations à des conditions qualifiées:

- La fusion n'est autorisée que si elle est objectivement justifiée. Cette exigence est remplie notamment lorsque la fusion favorise le maintien et la réalisation du but de la fondation. Ainsi, deux fondations peuvent par exemple fusionner lorsqu'elles visent un but analogue qu'elles ne sont plus à même de réaliser de manière autonome.
- Bien que, en règle générale, les destinataires ne disposent pas de prétentions juridiques envers la fondation, celles-ci doivent, le cas échéant, être maintenues. Les fondations de famille sont en premier lieu concernées par cette disposition.

Ces conditions s'adressent aussi bien à la fondation reprenante qu'à la fondation transférante.

En règle générale, les destinataires de fondations ne disposent pas de véritables prétentions au sens juridique. En cas de fusion, ils jouissent cependant d'une protection indirecte, dans la mesure où la fusion doit être objectivement justifiée et, en particulier, doit favoriser le maintien et la réalisation du but. La condition relative au maintien et à la réalisation du but des fondations présuppose que celles-ci poursuivent des buts similaires ou du moins complémentaires. Afin de remplir cette exigence, il peut s'avérer nécessaire de modifier le but de la fondation avant la fusion. Si une modification du but est nécessaire en vue de la fusion, la procédure prévue à l'art. 86 CC s'applique.

Art. 79 Contrat de fusion

Selon l'al. 1, la compétence de conclure le contrat de fusion revient à l'organe supérieur de la fondation (conseil de fondation). L'approbation du contrat de fusion par une assemblée générale, telle qu'elle est prévue pour la fusion entre sociétés (art. 12, al. 2), n'est pas requise; en effet, la fondation ne dispose pas d'un organe similaire. Une fois le contrat conclu, celui-ci doit encore être soumis à l'approbation de l'autorité de surveillance conformément à l'art. 83; est réservée la fusion de fondations de famille et de fondations ecclésiastiques, qui ne sont pas assujetties à une surveillance étatique (art. 87, al. 1, CC).

L'al. 2 énumère les éléments objectivement essentiels du contrat de fusion. Les fondations qui fusionnent peuvent bien entendu faire dépendre la fusion d'un accord sur d'autres questions encore. Par rapport à la fusion entre sociétés (art. 13), le contenu du contrat de fusion est réduit, notamment en raison du fait que les questions liées au sociétariat sont absentes en matière de fusion entre fondations. Dans le détail, le contrat de fusion doit au moins contenir les éléments suivants:

- La désignation précise des fondations qui fusionnent (*let. a*): le nom, le siège et le but doivent être indiqués. En cas de fusion par combinaison, ces indications concerneront également la nouvelle fondation.
- Le statut des destinataires ayant des prétentions juridiques au sein de la fondation reprenante (*let. b*): conformément à l'art. 78, al. 2, les éventuelles prétentions juridiques des destinataires doivent être maintenues dans le cadre de la fusion. Afin de permettre de vérifier si cette exigence est remplie, le contrat de fusion doit contenir des indications sur leur statut de destinataire.

- La date à partir de laquelle les actes de la fondation transférante sont considérés comme accomplis pour le compte de la fondation reprenante (*let. c*): cette disposition permet aux fondations de donner un effet rétroactif à la fusion, notamment pour des raisons comptables ou fiscales. La rétroactivité n'a cependant d'effet qu'à l'égard des fondations qui fusionnent. La fusion ne pourra être opposée aux tiers qu'après son approbation par l'autorité de surveillance et son inscription au registre du commerce, conformément aux art. 83 du projet et 932 CO.

Conformément à l'*al. 3*, le contrat de fusion doit revêtir la forme écrite. Cette règle de forme prévaut même lorsque la fusion a pour effet de transférer des immeubles et déroge ainsi à l'art. 216 CO, qui prévoit la forme authentique pour la vente d'immeubles (cf. également l'art. 103).

Les fondations de famille et les fondations ecclésiastiques ne sont pas assujetties à l'inscription au registre du commerce (art. 52, al. 2, CC). Elles ne sont pas non plus soumises à la surveillance d'une autorité étatique (art. 87, al. 1, CC). De ce fait, afin de garantir la sécurité des transactions, le contrat de fusion doit être instrumenté en la forme authentique. La forme authentique est également nécessaire afin de protéger les droits des destinataires ayant des prétentions juridiques et des créanciers; elle permet de déterminer précisément le moment où la fusion déploie ses effets.

Art. 80 Bilan

La fusion entre fondations, tout comme la fusion entre sociétés, doit nécessairement reposer sur un bilan de fusion. Lorsque le dernier bilan établi par la fondation n'est plus actuel, il y a lieu de dresser un bilan intermédiaire. Dans cette hypothèse, l'art. 11 s'applique par renvoi. Selon cette disposition, les fondations doivent établir un bilan intermédiaire si la date de clôture du bilan est antérieure de plus de six mois à celle de la conclusion du contrat de fusion, ou si des modifications importantes sont intervenues dans leur patrimoine depuis la clôture du dernier bilan. Pour le surplus, il y a lieu de se référer au commentaire de l'art. 11.

Art. 81 Vérification du contrat de fusion

Comme l'art. 15, al. 1, l'*al. 1* exige que les fondations fassent vérifier par un réviseur le contrat de fusion et les bilans servant de base à la fusion. Contrairement à l'art. 15, le réviseur ne doit pas disposer de qualifications particulières. Lorsque la fondation dispose déjà d'un organe de contrôle en vertu de ses statuts, ce dernier pourra effectuer la vérification. Chacune des fondations qui fusionnent peut faire vérifier séparément les documents servant de base à la fusion; la désignation d'un réviseur commun est également possible.

L'*al. 2* prévoit l'obligation pour les fondations qui fusionnent de fournir au réviseur tous les renseignements et documents utiles. Cette obligation s'étend à l'ensemble des fondations qui fusionnent. Ainsi, le réviseur mandaté par la fondation reprenante peut exiger des renseignements et des documents de la part de la fondation transférante.

Selon l'*al. 3*, le réviseur doit établir un rapport écrit dans lequel il constate que les éventuelles prétentions juridiques des destinataires des fondations qui fusionnent sont maintenues (cf. art. 78, al. 2). Il devra également faire rapport que la fortune de l'ensemble des fondations qui fusionnent suffit pour exécuter l'ensemble des créan-

ces, qu'elles soient déjà connues ou ne soient qu'escomptées. Cette exigence vise à éviter une situation de surendettement de la fondation suite à la fusion.

Art. 82 Devoir d'information

En règle générale, les destinataires de fondations ne disposent pas de véritables prétentions au sens juridique. Si toutefois les destinataires disposent de prétentions juridiques, comme c'est le cas pour certaines fondations de famille, celles-ci doivent être maintenues après la fusion conformément à l'art. 78, al. 2.

L'art. 82 prévoit que les organes supérieurs des fondations qui fusionnent doivent informer de manière appropriée les destinataires ayant des prétentions juridiques à leur égard. L'information doit porter sur la fusion projetée et ses répercussions sur le statut juridique des destinataires. Elle doit intervenir avant que l'approbation du contrat de fusion par l'autorité de surveillance selon l'art. 83 ne soit requise par les fondations qui fusionnent. Dans le cas de fondations de famille et de fondations ecclésiastiques, l'information doit avoir lieu avant la décision de fusion; en effet, ces fondations ne sont pas soumises à surveillance, et la fusion ne doit donc pas être approuvée. L'information des destinataires ayant des prétentions juridiques est importante dans la mesure où elle leur permet de juger si la fusion doit être attaquée conformément à l'art. 84, al. 2.

Art. 83 Approbation et exécution de la fusion

Selon l'art. 84 CC, les fondations sont placées sous la surveillance de la corporation de droit public (Confédération, canton, commune) dont elles relèvent par leur but. L'autorité de surveillance pourvoit à ce que les biens des fondations soient employés conformément à leur destination. L'art. 87, al. 1, CC dispense les fondations de famille et les fondations ecclésiastiques d'une surveillance étatique. Au vu de ces dispositions générales relatives à la surveillance des fondations, il appartient au projet de loi sur la fusion de régler les questions spécifiques de droit de la surveillance en matière de fusions entre fondations.

L'al. 1 prévoit que les organes supérieurs des fondations soumises à la surveillance d'une corporation de droit public doivent requérir l'approbation de l'opération de fusion auprès de l'autorité de surveillance. L'ensemble des fondations qui fusionnent doivent soumettre une requête d'approbation commune revêtant la forme écrite. La requête doit exposer que les conditions de la fusion et, en particulier, celles énoncées à l'art. 78, al. 2, sont réunies. Parmi les pièces justificatives à joindre à la requête et au contrat de fusion, il faut mentionner les bilans de fusion révisés (art. 80) et le rapport de vérification (art. 81).

Afin d'éviter d'éventuels conflits de compétence entre les autorités de surveillance des différentes fondations qui fusionnent, l'al. 2 attribue la compétence exclusive d'examiner l'admissibilité de la fusion à l'autorité de surveillance de la fondation transférante. Ainsi, une seule autorité de surveillance est compétente. Cette solution a également pour avantage d'exclure la possibilité que les autorités de surveillance des fondations rendent des décisions contradictoires.

L'al. 3 prévoit que l'autorité de surveillance compétente examine la requête et, lorsque les conditions pour la fusion sont réunies, rend une décision d'approbation de la fusion. Une fois cette décision entrée en force, l'autorité de surveillance requiert l'inscription de la fusion au registre du commerce. Selon l'al. 4, l'art. 22,

al. 1, s'applique en ce qui concerne les effets juridiques. La fusion entre fondations déploie ses effets à l'égard des tiers une fois l'inscription opérée au registre du commerce et publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce (art. 932 CO). Lorsque les exigences légales pour procéder à une fusion ne sont pas remplies, l'autorité de surveillance doit refuser l'approbation de la fusion. Les voies de droit ordinaires du droit des fondations sont ouvertes contre la décision de l'autorité de surveillance.

Art. 84 Décision et exécution de la fusion de fondations de famille et de fondations ecclésiastiques

L'art. 87 CC dispense les fondations de famille et les fondations ecclésiastiques de la surveillance étatique; l'art. 52, al. 2, CC les dispense de s'inscrire au registre du commerce. De ce fait, la fusion de fondations de famille et de fondations ecclésiastiques n'est ni examinée par une autorité de surveillance, ni inscrite dans un registre public. La réglementation prévue à l'art. 83 ne peut donc s'appliquer. Afin de tenir compte des particularités de ces fondations, l'*al. 1* prévoit que la fusion déploie ses effets une fois la décision prise par l'organe supérieur des fondations qui fusionnent. Plus précisément, la fusion devient effective une fois que le contrat de fusion, instrumenté en la forme authentique (art. 79, al. 3), est approuvé par l'ensemble des fondations.

Faute de décision d'une autorité de surveillance compétente destinée, entre autres, à veiller à la protection des intérêts des destinataires, l'*al. 2* aménage une procédure particulière pour protéger les destinataires ayant des prétentions juridiques. Si les conditions matérielles et formelles de la fusion ne sont pas réunies (art. 78, al. 2, et 79 à 82), les destinataires peuvent attaquer la décision de fusion auprès du tribunal¹⁵⁹. Le même droit appartient aux membres de l'organe supérieur des fondations qui fusionnent qui n'ont pas approuvé la décision de fusion. Afin de garantir la sécurité des transactions, l'action doit être ouverte dans un délai de trois mois à compter de la prise de décision. Conformément à l'art. 82, l'organe supérieur de la fondation doit informer les destinataires ayant des prétentions juridiques avant la décision de fusion. Ces derniers sont donc avertis avant même que le délai ne commence à courir. En ce qui concerne la marge de manœuvre du tribunal, l'art. 106 s'applique.

Art. 85 Protection des créanciers

Selon l'*al. 1*, l'autorité de surveillance doit informer les créanciers par une triple publication dans la Feuille officielle suisse du commerce qu'ils peuvent exiger des sûretés s'ils produisent leurs créances. Ces publications doivent intervenir avant que l'autorité de surveillance ne rende sa décision conformément à l'art. 83, al. 3. Pour les fondations de famille et les fondations ecclésiastiques, les mesures de protection des créanciers sont mises en œuvre, non pas par l'autorité de surveillance, mais par l'organe supérieur de la fondation.

Les destinataires ayant des prétentions juridiques ne profitent pas des mesures de protection des créanciers. En effet, le maintien de leurs droits est une condition de la fusion (art. 78, al. 2). Le respect de cette exigence est vérifié par le réviseur (art. 81) ainsi que par l'autorité de surveillance (art. 83). Les destinataires de fondations de

¹⁵⁹ La compétence du tribunal est régie par le projet d'art. 29a de la loi fédérale sur les fors.

famille et de fondations ecclésiastiques peuvent également attaquer la décision de fusion si leurs droits ne sont pas maintenus (art. 84, al. 2).

L'*al.* 2 permet de renoncer, à certaines conditions, à la procédure de protection des créanciers imposée par l'*al.* 1. Le réviseur chargé de vérifier la fusion peut attester que l'ensemble des créances connues et escomptées pourront être exécutées au moyen de la fortune des fondations qui fusionnent.

Selon l'*al.* 3, l'art. 25 s'applique en cas de publication d'un avis aux créanciers. Il y a lieu de se référer au commentaire de cette disposition.

2.1.6.2 Section 2 Transfert de patrimoine

Selon les dispositions de cette section, les fondations peuvent transférer tout ou partie de leur patrimoine à un autre sujet, quelle que soit sa forme juridique. L'admissibilité du transfert de patrimoine de fondations permet de suppléer à l'absence de dispositions légales régissant la transformation de fondations, la fusion de fondations avec des sociétés et la scission de fondations; ces opérations sont, en effet, exclues en raison de l'incompatibilité des structures de base des fondations et des sociétés (cf. également ci-dessus ch. 2.1.6). Le transfert de patrimoine permet ainsi de réaliser des opérations qui, d'un point de vue économique, sont similaires à celles précitées. Les aspects liés au sociétariat ne sont cependant pas touchés lors d'un transfert de patrimoine. Cet état de fait ne soulève aucune difficulté en matière de fondations. Au contraire, les fondations ne pouvant accorder des droits de sociétariat, l'institution juridique du transfert de patrimoine s'avère parfaitement adaptée.

Si une fondation peut procéder à un transfert de patrimoine, elle peut également reprendre tout ou partie du patrimoine d'un autre sujet, indépendamment de la forme juridique de ce dernier. En effet, selon l'art. 69, une société ou une entreprise individuelle inscrite au registre du commerce peut transférer tout ou partie de son patrimoine, entre autres à une fondation. Un tel transfert de patrimoine est régi par les art. 69 à 77.

Art. 86 Principe

L'*al.* 1 permet à une fondation de transférer tout ou partie de son patrimoine avec actifs et passifs à un autre sujet¹⁶⁰. Cette disposition reprend donc le principe énoncé à l'art. 69, al. 1, et l'étend aux fondations. La fondation transférante doit impérativement être inscrite au registre du commerce¹⁶¹. Cette condition n'est, en général, pas remplie par les fondations de famille et les fondations ecclésiastiques (art. 52, al. 2, CC); celles-ci devront donc, le cas échéant, préalablement requérir leur inscription au registre du commerce. La nécessité de restreindre le transfert de patrimoine aux sujets inscrits au registre du commerce a fait l'objet d'explications ci-dessus (cf. le commentaire de l'art. 73).

Les modalités du transfert de patrimoine de fondations sont identiques à celles qui régissent le transfert de patrimoine de sociétés. L'*al.* 2 renvoie donc aux art. 70 (conclusion du contrat de transfert), 71 (contenu du contrat de transfert), 72 (objets du patrimoine actif non attribués), 75 (responsabilité solidaire), 76 (transfert des

¹⁶⁰ Cf. l'art. 2, let. a, pour la notion de sujet.

¹⁶¹ Cf. l'art. 69, al. 1.

rapports de travail et responsabilité solidaire) et 77 (consultation de la représentation des travailleurs).

Art. 87 Approbation et exécution du transfert de patrimoine

La procédure d'approbation et d'exécution du transfert de patrimoine de fondations est, à tous points de vue, similaire à celle qui prévaut lors de fusions entre fondations (art. 83). Ainsi, *l'al. 1* stipule que l'organe supérieur d'une fondation soumise à surveillance qui désire transférer tout ou partie de son patrimoine doit requérir l'approbation du transfert auprès de l'autorité de surveillance. Comme en matière de fusion, l'organe supérieur doit exposer dans une requête écrite que les conditions légales fixées au transfert sont réunies.

L'autorité compétente est déterminée par *l'al. 2*. Reprenant la réglementation applicable lors de fusions (art. 83, al. 2), cette disposition prévoit la compétence exclusive de l'autorité de surveillance de la fondation transférante.

Si les conditions du transfert sont réunies, l'autorité de surveillance rend une décision. Une fois celle-ci entrée en force, l'autorité requiert l'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce. Les modalités de l'inscription et ses effets juridiques sont régis par *l'art. 73*, qui s'applique et au commentaire duquel il est renvoyé.

2.1.7 Chapitre 7 **Fusion, transformation et transfert de patrimoine** **d'institutions de prévoyance**

La notion d'institutions de prévoyance est définie à *l'art. 2*, let. i. Aux termes de cette disposition, il s'agit des institutions qui sont soumises à la surveillance prévue aux art. 61 ss LPP et qui jouissent de la personnalité juridique. Conformément à *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. Indépendamment de la forme juridique que revêt l'institution de prévoyance, les dispositions de ce chapitre régissent de manière exhaustive les opérations de fusion, de transformation et de transfert de patrimoine auxquelles elles participent.

2.1.7.1 Section 1 Fusion

Les dispositions applicables à la fusion entre institutions de prévoyance sont fondamentalement similaires à celles régissant la fusion entre sociétés (art. 3 ss). La fusion se base sur un contrat (art. 90), un rapport de fusion (art. 91) et un rapport de révision (art. 92); elle est ensuite soumise à l'approbation de l'autorité de surveillance, puis inscrite au registre du commerce (art. 95). Ces dispositions tiennent cependant compte des particularités propres aux institutions de prévoyance. Celles-ci se manifestent notamment dans la protection des assurés (art. 88, al. 2, et 93) et les questions liées à la surveillance (art. 95).

Art. 88 Principe

Selon l'*al. 1*, les institutions de prévoyance peuvent fusionner entre elles, peu importe leur forme juridique. Il n'est donc pas possible de faire fusionner une institution de prévoyance avec un autre sujet qui ne remplit pas les critères de la définition de l'institution de prévoyance conformément à l'art. 2, let. i.

L'*al. 2* soumet la fusion entre institutions de prévoyance à deux conditions qualifiées:

- Le but de prévoyance doit être maintenu. Ainsi, la fusion ne doit pas avoir pour effet direct ou indirect de modifier le but des institutions de prévoyance qui fusionnent.
- Les droits et les prétentions des assurés doivent être maintenus.

Ces conditions s'adressent à l'ensemble des institutions de prévoyance qui fusionnent, quel que soit le rôle qu'elles jouent (institutions de prévoyance transférante et reprenante).

Art. 89 Bilan

Comme en matière de fusion entre sociétés (art. 11) et entre fondations (art. 80), la fusion entre institutions de prévoyance se base sur un bilan de fusion. Lorsque le dernier bilan établi par l'institution de prévoyance n'est plus actuel, il y a lieu de dresser un bilan intermédiaire. Les dispositions de l'art. 11 s'appliquent eu égard au bilan intermédiaire.

Art. 90 Contrat de fusion

Cette disposition pose des règles relatives à la compétence de conclure le contrat de fusion, aux éléments essentiels que ce dernier doit contenir et à sa forme.

L'*al. 1* précise que le contrat de fusion doit être conclu par les organes supérieurs de direction des institutions de prévoyance. Au surplus, lorsqu'une société coopérative de prévoyance est impliquée, le contrat de fusion doit encore être approuvé par l'assemblée générale des coopérateurs (art. 94, al. 1).

L'*al. 2* énumère les éléments objectivement essentiels du contrat de fusion. Les parties au contrat peuvent conventionnellement soumettre la conclusion du contrat de fusion à un accord sur des questions qui ne sont pas mentionnées dans cette disposition (éléments subjectivement essentiels). Dans le détail, le contrat de fusion doit contenir les éléments suivants:

- La désignation précise des institutions de prévoyance qui fusionnent (*let. a*): leur nom ou leur raison de commerce, leur siège et leur forme juridique doivent être indiqués. En cas de fusion par combinaison, ces indications concerneront également la nouvelle institution de prévoyance.
- Des indications sur les droits et les prétentions des assurés au sein de l'institution de prévoyance reprenante (*let. b*).

- La date à partir de laquelle les actes de l’institution de prévoyance transférante sont considérés comme accomplis pour le compte de l’institution de prévoyance reprenante (*let. c*). Cette disposition permet aux institutions de prévoyance de donner un effet rétroactif à la fusion, notamment pour des raisons comptables ou fiscales. La rétroactivité n’a cependant d’effet qu’à l’égard des parties au contrat. L’opposabilité aux tiers est quant à elle déterminée par l’art. 95, al. 4, du projet et par l’art. 932 CO.

L’*al. 3* prévoit que le contrat doit revêtir la forme écrite.

Art. 91 Rapport de fusion

Comme lors de la fusion entre sociétés (art. 14), les organes supérieurs de direction des institutions de prévoyance qui fusionnent doivent établir un rapport de fusion écrit. Ce rapport contraint les institutions de prévoyance à fournir des explications sur la fusion, notamment à l’attention de ses assurés. Les institutions de prévoyance peuvent rédiger chacune un rapport séparé ou rendre un rapport rédigé en commun.

Dans le détail, l’*al. 2* prévoit que le rapport de fusion doit expliquer et justifier les éléments suivants:

- Le but poursuivi par la fusion et ses conséquences (*let. a*). A cet égard, la fusion entre institutions de prévoyance accompagne souvent la concentration des entreprises auxquelles elles sont liées.
- Le contrat de fusion (*let. b*). Celui-ci doit faire l’objet d’explications notamment quant à son contenu et à ses modalités.
- Les répercussions de la fusion sur les droits et les prétentions des assurés (*let. c*).

Art. 92 Vérification du contrat de fusion

Le contrat de fusion, le rapport de fusion et le bilan de fusion doivent faire l’objet d’une double vérification. Aux termes de l’*al. 1*, l’organe de contrôle de chaque institution de prévoyance au sens de l’art. 53, al. 1, LPP doit procéder à la vérification. Par ailleurs, un expert agréé en matière de prévoyance professionnelle selon l’art. 53, al. 4, LPP doit également examiner la fusion. Afin de simplifier la vérification de la fusion, les institutions de prévoyance peuvent désigner un expert commun.

Les personnes chargées de la vérification doivent disposer de l’ensemble des informations nécessaires à l’accomplissement de leur tâche. Dans ce but, l’*al. 2* prévoit que l’ensemble des institutions qui fusionnent doivent fournir à l’ensemble des organes de contrôle et aux experts agréés tous les renseignements et les documents qui peuvent leur être utiles.

Selon l’*al. 3*, le résultat de la vérification est consigné dans un rapport écrit. Celui-ci expose si les droits et les prétentions des assurés sont maintenus.

Art. 93 Devoir d’information et droit de consultation

En matière d’institutions de prévoyance, l’information des assurés revêt une importance particulière. Ces derniers doivent être informés de la fusion et surtout de ses conséquences sur leurs droits et leurs prétentions. L’art. 93 aménage donc un devoir

d'information pour les institutions de prévoyance, accompagné d'un droit à la consultation pour les assurés.

Conformément à l'*al. 1*, l'organe compétent de l'institution de prévoyance doit informer les assurés de la fusion projetée et de ses répercussions sur leurs droits et leurs prétentions. L'information doit intervenir au plus tard 30 jours avant le dépôt de la requête d'approbation de la fusion auprès de l'autorité de surveillance selon l'art. 95. Les modalités de l'information sont laissées à la libre appréciation des institutions de prévoyance. Une publication dans la presse ou une information écrite par lettre peut s'avérer judicieuse. Par ailleurs, les institutions de prévoyance doivent également informer les assurés de leur droit de consultation prévu à l'*al. 2*. Cette disposition prévoit que les institutions de prévoyance doivent permettre à tous leurs assurés de consulter à leur siège respectif le contrat de fusion et le rapport de fusion. Ce droit de consultation prend naissance au plus tard 30 jours avant le dépôt de la requête d'approbation de la fusion auprès de l'autorité de surveillance (art. 95).

Art. 94 Décision de fusion

Selon l'*al. 1*, la compétence pour la décision de fusion dépend de la forme juridique de l'institution de prévoyance. Pour les fondations, l'organe supérieur de direction est compétent. Pour les institutions de prévoyance qui revêtent la forme juridique de la société coopérative, une décision de l'organe supérieur de direction est également requise; elle doit cependant être approuvée par l'assemblée générale. Les exigences de majorité sont alors régies par l'art. 18, al. 1, let. d, qui s'applique par renvoi. En renvoyant à l'art. 100, al. 3, l'*al. 2* instaure une réglementation particulière pour les institutions de prévoyance organisées selon le droit public. La décision relative à la fusion est régie par les dispositions de droit public de la Confédération, des cantons ou des communes concernées.

Art. 95 Approbation et exécution de la fusion

L'*al. 1* prévoit que les organes supérieurs de direction doivent requérir l'approbation de la fusion auprès de l'autorité de surveillance compétente. L'approbation donnée par cette autorité est un préalable nécessaire à la réalisation de la fusion; faute d'approbation, la fusion ne peut être inscrite au registre du commerce et ne peut déployer ses effets. En annexe au projet, il est prévu de créer dans la LPP une norme de délégation en faveur du Conseil fédéral, qui pourra réglementer l'approbation des fusions entre institutions de prévoyance par les autorités de surveillance (art. 62, al. 3, LPP, nouveau). Ces dispositions d'exécution pourront notamment déterminer la forme et le contenu de la requête ainsi que les pièces justificatives à joindre.

L'*al. 2* stipule que seule l'autorité de surveillance de l'institution de prévoyance transférante est compétente pour se prononcer sur la fusion. La décision de cette dernière lie l'autorité de surveillance de l'institution de prévoyance reprenante. Cette attribution de compétence permet d'éviter d'éventuels conflits de compétence entre les autorités de surveillance et exclut la possibilité que les autorités de surveillance rendent des décisions contradictoires.

Aux termes de l'*al. 3*, l'autorité de surveillance compétente examine si les conditions de la fusion sont réunies. Elle peut exiger de l'ensemble des institutions qui fusionnent qu'elles fournissent des pièces supplémentaires nécessaires à l'examen des conditions de la fusion. Selon l'al. 4, l'autorité de surveillance requiert l'inscription de la fusion au registre du commerce une fois sa décision d'approbation

entrée en force. La fusion ne déploiera d'effets à l'égard des tiers qu'une fois l'inscription dûment opérée et publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC); l'*al.* 5 renvoie à cet égard à l'art. 22, al. 1. Lorsque les exigences légales pour procéder à une fusion ne sont pas remplies, l'autorité de surveillance doit refuser l'approbation de la fusion. Les voies de droit ordinaires du droit des institutions de prévoyance sont ouvertes contre la décision de l'autorité de surveillance (cf. l'art. 74 LPP).

Art. 96 Protection des créanciers

Cette disposition assure la protection des créanciers lors d'opérations de fusion entre institutions de prévoyance. Elle s'inspire largement de l'art. 25 (protection des créanciers lors de fusions de sociétés).

Selon l'*al.* 1, l'autorité de surveillance doit informer les créanciers par une triple publication dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) qu'ils peuvent exiger des sûretés s'ils produisent leurs créances. Ces sommations publiques doivent intervenir avant que l'autorité de surveillance ne rende sa décision conformément à l'art. 95, al. 3.

L'*al.* 2 permet de renoncer à la procédure de protection des créanciers imposée par l'al. 1 lorsque l'ensemble des créances connues et escomptées peuvent être exécutées au moyen de la fortune disponible des institutions de prévoyance qui fusionnent. Dans la pratique, ces conditions devraient en général être remplies.

Lorsque les avis aux créanciers ont lieu, ceux-ci peuvent, conformément à l'*al.* 3, exiger des sûretés de la part de l'institution de prévoyance reprenante dans un délai de deux mois à compter de la publication dans la FOSC prévue à l'al. 1. Les assurés ne peuvent cependant pas exiger des sûretés pour ce qui est des prétentions et des créances résultant du rapport d'assurance; leurs droits sont en effet garantis par d'autres normes (cf. notamment les art. 88, al. 2, 92, al. 3, 93 et 95, al. 3).

Selon l'*al.* 4, l'institution de prévoyance peut refuser de fournir des sûretés lorsqu'elle prouve que la fusion ne compromet pas l'exécution de la créance. Elle peut également exécuter la créance conformément à l'art. 25, al. 5, s'il n'en résulte aucun dommage pour les autres créanciers. En cas de litige, l'autorité de surveillance tranche.

2.1.7.2 Section 2 Transformation

La transformation d'une institution de prévoyance en une institution de prévoyance revêtant une autre forme juridique soulève, en principe, les mêmes questions que la fusion entre institutions de prévoyance. Par conséquent, les réponses à apporter à ces questions doivent s'inspirer de la réglementation applicable en matière de fusion. L'art. 97, al. 3, prévoit que les normes régissant la fusion d'institutions de prévoyance (art. 89 à 95) s'appliquent par analogie en matière de transformation. Ce renvoi garantit une réglementation uniforme de la fusion et de la transformation d'institutions de prévoyance.

Art. 97

L'*al.* 1 prévoit que les institutions de prévoyance peuvent se transformer en une fondation ou en une société coopérative. Ainsi, une société coopérative de prévoyance peut se transformer en une fondation et inversement. Il en va de même d'un institut de droit public; ce dernier peut également se transformer en une société coopérative ou en une fondation. L'opération inverse, soit la transformation d'une fondation ou d'une société coopérative en un institut de droit public, n'est en revanche pas admise; l'institut juridique du transfert de patrimoine permet cependant de réaliser de telles opérations de restructuration.

L'*al.* 2 pose deux conditions à l'admissibilité de la transformation: le but de prévoyance ainsi que les droits et les prétentions des assurés doivent être maintenus. L'art. 88, al. 2, prévoit des exigences identiques lors de la fusion entre institutions de prévoyance.

La réglementation de la transformation d'institutions de prévoyance correspond à celle applicable à la fusion entre de telles institutions. En vertu du renvoi de l'*al.* 3, les art. 89 à 95 s'appliquent par analogie. La transformation se distingue de la fusion notamment du fait qu'elle consiste en un acte juridique unilatéral. Au lieu du contrat de fusion (art. 90), un projet de transformation (cf. également l'art. 60) est requis; ces deux actes contiennent cependant en principe les mêmes indications. Pour les détails de la réglementation applicable, on peut se référer au commentaire des dispositions précitées.

2.1.7.3 Section 3 Transfert de patrimoine

Le transfert de patrimoine impliquant une institution de prévoyance ne pose, en principe, pas de difficultés supplémentaires par rapport à un transfert de patrimoine „ordinaire“ au sens des art. 69 ss. Il s'agit uniquement de tenir compte des exigences découlant de la législation applicable aux institutions de prévoyance et, en particulier, de l'art. 23 de la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité (LFLP; RS 831.42). Pour le reste, les dispositions des art. 70 à 77 s'appliquent. Ce renvoi garantit une réglementation uniforme du transfert de patrimoine, quelle que soit la forme juridique des sujets qui y sont parties.

Art. 98

L'*al.* 1 permet aux institutions de prévoyance de transférer tout ou partie de leur patrimoine, avec actifs et passifs, à une autre institution de prévoyance ou à un autre sujet. La loi ne pose aucune exigence concernant la forme juridique du sujet reprenant; ce dernier peut être une autre institution de prévoyance ou un sujet¹⁶² qui poursuit un autre but. Une institution de prévoyance peut ainsi transférer une partie de ses actifs et passifs à une société anonyme ou à une société à responsabilité limitée.

Les modalités du transfert de patrimoine sont régies de manière générale par les art. 70 à 77, qui s'appliquent en vertu du renvoi de l'*al.* 2.

¹⁶² Concernant la définition du sujet, cf. art. 2, let. a.

L'admissibilité du transfert de patrimoine pour les institutions de prévoyance n'empêche pas l'application concurrente des dispositions concernant la surveillance de ces dernières. Dans ce but, l'*al.* 3 réserve expressément l'application de l'art. 23 LFLP et 53a à 53c LPP.

2.1.8

Chapitre 8 **Fusion, transformation et transfert de patrimoine** **auxquels participent des instituts de droit public**

Art. 99 Fusions, transformations et transferts de patrimoine autorisés

Le droit actuel ne réglemente pas la transformation directe et sans liquidation d'instituts de droit public. Cette disposition crée une base légale en droit privé permettant aux instituts de droit public au sens de l'art. 2, let. d, de participer à une fusion, à une transformation ou à un transfert de patrimoine.

Dans le détail, les principes suivants s'appliquent:

- Fusion: aux termes de l'*al.* 1, let. a, les instituts de droit public peuvent transférer leur patrimoine par voie de fusion à une société de capitaux, à une société coopérative, à une association ou à une fondation.
- Transformation: en vertu de l'*al.* 1, let. b, les instituts de droit public peuvent se transformer en une société de capitaux, en une société coopérative, en une association ou en une fondation.
- Transfert de patrimoine: selon l'*al.* 2, les instituts de droit public peuvent transférer tout ou partie de leur patrimoine à d'autres sujets ou reprendre tout ou partie du patrimoine d'autres sujets. Le sujet reprenant peut revêtir n'importe quelle forme juridique énumérée à l'art. 2, let. a; il peut donc également s'agir d'un institut de droit public.
- La scission d'instituts de droit public n'est pas prévue par le projet, car l'aspect de droit des sociétés fait défaut. Toutefois, l'institut juridique du transfert de patrimoine permet de transférer des parts de patrimoine.

Les instituts de droit public peuvent participer à une fusion, à une transformation ou à un transfert de patrimoine s'ils sont organisés de manière indépendante et s'ils sont inscrits au registre du commerce (cf. l'art. 2, let. d). L'exigence de l'inscription au registre du commerce est indispensable afin de garantir la publicité du transfert des droits; en effet, l'inscription de la fusion, de la transformation ou du transfert de patrimoine au registre du commerce doit pouvoir remplacer la publicité des inscriptions au registre foncier (à ce sujet, cf. le commentaire détaillé de l'art. 73).

L'art. 99 règle uniquement la conversion d'instituts de droit public en sujets de droit privé par le biais de la fusion, de la transformation et du transfert de patrimoine. En revanche, les opérations inverses, soit la reprise d'un sujet de droit privé par un institut de droit public et la transformation d'un sujet de droit privé en institut de droit public („étatisation“), sortent du cadre du projet (il en est de même de la fusion entre instituts de droit public). Il faut cependant réserver les dispositions relatives au transfert du patrimoine en ce qui concerne la réalisation du transfert (de droit privé exclusivement) des droits.

Le *numerus clausus* relatif au choix d'une forme de droit privé et au type de restructuration (fusion, transformation et transfert de patrimoine) s'applique en principe également aux instituts de droit public. Afin de garantir la transparence et la sécurité du droit, la forme de droit visée et le type de restructuration doivent normalement remplir les exigences du code des obligations et de la présente loi. Lorsque ces exigences ne peuvent être remplies, la Confédération et les cantons peuvent, par des dispositions spéciales de droit public¹⁶³, entreprendre des restructurations à l'intérieur du droit public. De telles formes juridiques et de telles opérations ne sont pas régies par la présente loi de droit privé¹⁶⁴.

Art. 100 Droit applicable

L'*al. 1* prévoit que les dispositions du projet s'appliquent à la fusion d'un institut de droit public avec un sujet de droit privé, à la transformation d'un tel institut en un sujet de droit privé et à tout transfert de patrimoine auquel participe un institut de droit public. Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent que par analogie; ainsi, il est permis de ne pas appliquer dans un cas d'espèce les dispositions du projet lorsque les différences entre les sujets de droit privé et les sujets de droit public le rendent nécessaire. Par ailleurs, le droit public peut prévoir des dispositions qui dérogent à la loi sur la fusion pour les instituts de droit public qui participent à une fusion ou à une transformation au sens de l'art. 99, al. 1; les art. 99 à 101 s'appliquent cependant dans tous les cas. Comme le montrent les exemples tirés de la pratique¹⁶⁵, il doit être possible de déroger au droit privé en ce qui concerne l'approbation du bilan d'ouverture et des statuts, l'élection du premier conseil d'administration, la désignation de l'organe de révision, le contenu et l'approbation du contrat et les autres actes en relation avec la conversion dans le droit privé. Les dérogations aux dispositions de droit civil relatives au transfert des droits et des obligations sont en revanche exclues. Le projet ne prévoit dès lors pas de réserve en faveur du droit public en matière de transfert de patrimoine; l'application par analogie des dispositions de la loi sur la fusion tient suffisamment compte des particularités des instituts de droit public.

Un institut de droit public au sens de l'art. 2, let. d, ne jouit pas nécessairement de la personnalité juridique; il doit uniquement être organisé de manière indépendante. Par conséquent, son patrimoine n'est pas nécessairement juridiquement distinct de celui de la corporation de droit public dont il relève. Il s'avère donc nécessaire de déterminer quels sont les objets qui forment le patrimoine de l'institut de droit public. Dans ce but, l'*al. 2* prévoit l'obligation d'établir un inventaire qui désigne clairement les objets du patrimoine actif et passif qui seront touchés par la fusion, la transformation ou le transfert de patrimoine; les immeubles, les papiers-valeurs et les valeurs immatérielles doivent être mentionnés individuellement. Seuls les objets patrimoniaux inventoriés seront transférés de par la loi au sujet de droit privé repre-

¹⁶³ P. ex.: les sociétés anonymes basées sur une loi spéciale au sens de l'art. 763 CO.

¹⁶⁴ Cf. le commentaire de l'art. 100.

¹⁶⁵ Swisscom: art. 21 ss de la loi fédérale du 30 avril 1997 sur l'organisation de l'entreprise fédérale de télécommunications (loi sur l'entreprise de télécommunications, LET; RS **784.11**). Entreprises d'armement: loi fédérale du 10 octobre 1997 sur les entreprises d'armement de la Confédération; RS **934.21**. CFF: art. 24 ss de la loi fédérale du 20 mars 1998 sur les Chemins de fer fédéraux; RS **742.31**.

nant et sans que les règles de forme particulières doivent être respectées une fois l'opération inscrite au registre du commerce¹⁶⁶.

L'inventaire au sens de l'al. 2 doit non seulement désigner les objets du patrimoine transférés, mais également les évaluer. La nécessité de procéder à une évaluation découle de considérations fiscales et doit protéger les créanciers et les associés des sujets participant à l'opération. Conformément à l'art. 99, al. 1, la fusion ou la transformation d'un institut de droit public ne doit pas faire l'objet d'un apport en nature (cf. les art. 9, al. 2, et 57 ainsi que le commentaire relatif à ces dispositions). Comme l'établissement des comptes d'instituts de droit public obéit fréquemment à d'autres principes d'évaluation que ceux prévus par le droit privé, il doit en principe être possible de procéder à des adaptations et des corrections lors de la conversion de l'institut de droit public en sujet de droit privé. Il doit notamment être admissible d'opérer des réévaluations et d'activer des postes dans l'inventaire, ou dans le bilan d'ouverture; en effet, une réévaluation ultérieure n'est admise que de manière très limitée sous le régime du droit privé (cf. l'art. 670 CO en cas d'assainissement).

La transformation d'un institut de droit public en une société de capitaux ou en une société coopérative dont les parts sont aliénées (privatisation) a, en général, pour conséquence un assujettissement à l'impôt (cf. les art. 49 et 56 LIFD ainsi que les art. 21 et 23 LHID). Selon le principe de l'importance déterminante, l'imposition des sociétés se base sur le bilan commercial. Lorsque les valeurs comptables antérieures à la fusion ou à la transformation sont reprises pour l'imposition du bénéfice, les réserves latentes constituées avant l'assujettissement à l'impôt sont l'objet d'une charge fiscale latente. Lorsqu'une réévaluation n'est pas admissible, il doit être possible de fixer ces réserves latentes dans l'inventaire. Seules les plus-values publiées et vérifiées selon le droit privé¹⁶⁷ doivent être traitées de la même manière que les apports des membres de sociétés de capitaux, qui sont francs d'impôts (art. 60, let. a, LIFD et art. 24, al. 2, let. a, LHID). Pour l'imposition du bénéfice, elles doivent être considérées comme les réserves latentes imposées. Ainsi, les amortissements peuvent se baser sur des „valeurs pour l'imposition du bénéfice“ supérieures, et le gain en capital résultant du compte de pertes et profits n'est pas imposé pour ce qui est de la différence entre la valeur comptable et l'éventuelle „valeur pour l'imposition du bénéfice“ supérieure.

La détermination des réserves latentes présuppose l'évaluation des objets du patrimoine actif et passif au moment de la transformation. Cette évaluation ne peut être décisive pour l'imposition du bénéfice que si elle est reconnue par le droit civil. Les valeurs indiquées dans l'inventaire doivent également être vérifiées par un réviseur particulièrement qualifié. La vérification n'est néanmoins pas nécessaire lorsque l'autorité publique dispose des connaissances techniques nécessaires et que des principes d'évaluation généralement reconnus ou même légaux sont appliqués¹⁶⁸.

¹⁶⁶ A cet égard, la transformation d'un institut de droit public en un sujet de droit privé présente une différence dogmatique par rapport à la transformation au sens des art. 53 ss. Au contraire de ces dispositions, il ne s'agit pas d'une transformation directe, mais d'une transformation par transfert d'un patrimoine.

¹⁶⁷ Cf. art. 100, al. 2, in fine.

¹⁶⁸ Les grandes corporations de droit public (Confédération, cantons) disposent en règle générale des connaissances spécifiques nécessaires pour dresser un inventaire fondé et conforme aux règles de l'art et procéder à des évaluations. En outre, si des principes d'évaluation reconnus (Recommandations relatives à la présentation des comptes [RPC], International Accounting Standards [IAS]) ou légaux sont applicables, la vérification par un réviseur particulièrement qualifié n'est pas impérative).

De manière générale, les valeurs incluses dans l'inventaire servent de base à l'établissement du bilan d'ouverture. Lorsque ces valeurs ne correspondent pas aux dispositions relatives à l'établissement des comptes découlant de lois spéciales, comme p. ex. l'art. 24, al. 2, let. g, de l'ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques et les caisses d'épargne (O sur les banques, OB; RS 952.02), qui prescrit la continuité dans la présentation et l'évaluation, les réserves latentes qui découlent de l'inventaire sont soumises à la réglementation de l'art. 60, let. a, LIFD.

L'al. 3 précise que la décision relative à l'approbation de la fusion, de la transformation ou du transfert de patrimoine par l'institut de droit public relève exclusivement des dispositions de droit public de la Confédération, des cantons et des communes. Ainsi, le droit public détermine si et, le cas échéant, à quelles conditions un institut de droit public peut prendre part à l'opération. La conversion de ce dernier en un sujet de droit privé nécessite en général une base légale particulière ou une décision formelle d'une autorité.

Art. 101 Responsabilité de la Confédération, des cantons et des communes

La protection des créanciers lors de fusions, de transformations et de transferts de patrimoine auxquels participent des instituts de droit public s'impose selon le cas d'espèce. Il s'agit cependant de prendre en considération les circonstances particulières qu'implique la restructuration d'instituts de droit public. Il faut en particulier tenir compte du fait que des relations juridiques particulières doivent être converties du droit public dans le droit privé. La question d'une éventuelle garantie de l'Etat existante (notamment pour les banques cantonales) doit être résolue. Il peut être nécessaire d'adapter les relations juridiques qui ont été établies entre les particuliers et la corporation de droit public. Ces adaptations ne doivent cependant pas être réalisées au détriment des créanciers. Eu égard aux effets à long terme de ces adaptations, le maintien d'une responsabilité de l'Etat limitée dans le temps ne sert pas dans tous les cas les intérêts des créanciers. Par ailleurs, en cas de restructurations qui, en général, ont lieu au moyen d'un transfert de par la loi des droits, l'Etat souhaite pouvoir procéder à un assainissement comptable à une date déterminée. Cet assainissement ne peut être réalisé avec une responsabilité solidaire de l'Etat limitée dans le temps, lorsque le rapport de responsabilité interne entre l'Etat et la part de patrimoine transférée n'est pas réglé.

Par conséquent, les autorités compétentes pour la restructuration d'instituts de droit public doivent prendre les mesures nécessaires afin que la protection des créanciers et la protection de la bonne foi vis-à-vis du public soient garanties d'une manière générale lors de la conversion d'un institut de droit public en sujet de droit privé. Comme exigence minimale, il doit être garanti – de la même manière qu'en matière de restructuration entre sujets de droit privé conformément aux art. 26, 68, al. 1, et 75 – que les prétentions des créanciers seront satisfaites par l'Etat par une mesure équivalente au maintien de la responsabilité solidaire de l'Etat en ce qui concerne son contenu, son étendue et sa durée. Comme d'éventuelles prétentions en dommages-intérêts peuvent être garanties par ces mesures, il est possible de renoncer au maintien de la responsabilité solidaire de l'Etat.

Les créanciers et le public doivent être informés à l'avance de l'opération de restructuration prévue et des conséquences qui en résultent sur les rapports juridiques existants. Une information détaillée est en particulier nécessaire en cas de suppression ou de limitation de la garantie de l'Etat. En outre, une attention particulière doit

être portée aux intérêts des créanciers si la garantie de l'Etat est supprimée; les contrats conclus doivent en effet être maintenus, et les limites du droit privé, de la garantie de la propriété, de l'interdiction de l'arbitraire et du principe général de la bonne foi doivent être prises en considération. Il faut donner aux créanciers l'occasion de pouvoir adapter leurs relations commerciales durant un délai convenable. Afin d'assurer le respect des principes généraux de rang constitutionnel et du droit privé dans les rapports juridiques avec les créanciers existants au moment de l'opération de restructuration, la garantie de l'Etat pour les dettes existantes doit être maintenue dans sa teneur actuelle jusqu'au terme ordinaire de résiliation, ou jusqu'à l'échéance du contrat; lorsqu'aucun terme n'a été convenu, la garantie de l'Etat doit être maintenue durant un délai convenable¹⁶⁹. Des réserves peuvent par exemple être prévues dans le bilan d'ouverture pour les risques existants et pour les obligations qui ne sont pas clairement définies (charges anciennes, risques liés à des procès, arriérés à l'encontre d'institutions de prévoyance en faveur du personnel, etc.), transférés dans le cadre de l'opération de restructuration; l'Etat peut également prévoir des garanties adéquates.

Si les mesures nécessaires de protection des créanciers et du public ne sont pas prises dans le cadre d'opérations de restructuration selon l'art. 99, il est possible d'ordonner des mesures découlant de la surveillance des autorités¹⁷⁰.

Dans le cadre de la conversion d'un institut de droit public en sujet de droit privé, il se peut qu'aucune mesure n'ait été prise en vue de protéger les créanciers; les mesures mises en œuvre peuvent également se révéler insuffisantes. Si, de ce fait, les créanciers subissent un dommage, la Confédération, les cantons et les communes en répondent sur la base des dispositions de la Confédération, des cantons ou des communes relatives à la responsabilité de l'Etat (cf. la loi fédérale du 14.3.1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires; loi sur la responsabilité; RS 170.32). L'application des dispositions relatives à la responsabilité de l'Etat est justifiée, en ce sens que la norme protectrice de l'al. 1 impose à l'Etat des obligations qu'il doit respecter lors de restructurations au sens du projet de loi sur la fusion. Si l'al. 1 n'est pas respecté, une activité illicite en résulte; cette dernière peut constituer le fondement d'une action en dommages-intérêts directe contre l'Etat.

¹⁶⁹ Cf. Daniel Bodmer / Beat Kleiner / Benno Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Zurich 1976, Art. 3 à 3^{quater}, N 41 e; Marc Russenberger, Kantonbanken im Umbruch – vom staatlichen Institut zur privatrechtlichen Aktiengesellschaft, Revue suisse de droit des affaires 1/95, ch. 2 p. 10; par. 3 de la loi soleuroise du 4 décembre 1994 sur la privatisation de la banque cantonale de Soleure, Feuille officielle du canton de Soleure du 23 décembre 1994.

¹⁷⁰ Ainsi, la Commission fédérale des banques peut, dans le cadre de l'octroi d'une autorisation, contrôler si les dispositions générales du droit fédéral relatives aux relations juridiques existantes ont été observées. Avant l'octroi de l'autorisation, elle peut rendre une décision constatatoire dans laquelle elle se prononce sur la question de savoir si les conditions générales et les autres conditions en vue de l'autorisation sont réunies (cf. la décision dans le Bulletin CFB 18, p. 26 ss).

2.1.9 Chapitre 9 Dispositions communes

2.1.9.1 Section 1 Dispositions d'exécution

Art. 102

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 (art. 21, 22, 51, 52, 66, 67, 73, 83, al. 3, 87, al. 3, et 95, al. 4; cf. cependant l'art. 21, al. 4). L'inscription soulève des questions de technique du registre du commerce. D'une part, il s'agit de déterminer les pièces justificatives à produire en vue de l'inscription. D'autre part, les modalités de l'inscription doivent être précisées. En particulier, l'art. 21, al. 3, prévoit que la fusion entraîne la radiation du registre du commerce de la société transférante (l'art. 51, al. 3, contient une disposition similaire en cas de scission par division). Lorsque le siège des sociétés qui fusionnent 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.

Cette disposition contient une norme de délégation en faveur du Conseil fédéral afin qu'il prévienne des dispositions d'exécution qui règlent les détails de la procédure d'inscription au registre du commerce et les pièces justificatives à produire. Plus concrètement, l'ordonnance sur le registre du commerce doit être complétée à la lumière de la loi sur la fusion.

Par ailleurs, les détails de la procédure d'inscription au registre foncier (cf. l'art. 103) doivent également être réglés au niveau de l'ordonnance sur le registre foncier (ORF; RS 211.432.1).

2.1.9.2 Section 2 Régquisition d'inscription au registre foncier

Art. 103

L'inscription au registre du commerce de la fusion, de la scission et du transfert de patrimoine provoque le transfert de par la loi d'un patrimoine ou d'une partie de celui-ci (art. 22, 52 et 73, al. 2). Les droits réels immobiliers sont ainsi transférés sans inscription au registre foncier, soit de manière „extratabulaire“. L'inscription au registre foncier n'est donc pas nécessaire pour l'acquisition des droits réels (art. 656, al. 2, CC). Si les droits réels immobiliers sont transférés, il s'avère néanmoins nécessaire d'adapter l'inscription au registre foncier; en effet, selon l'art. 656, al. 2, dernière phrase, CC, l'acquéreur ne peut disposer de l'immeuble qu'une fois l'inscription opérée. En outre, le propriétaire inscrit jusqu'alors au registre foncier peut, malgré le transfert „extratabulaire“ du droit réel au nouvel acquéreur, encore disposer de l'immeuble. En effet, selon l'art. 963, al. 1, CC, il est formellement habilité à en disposer bien que, juridiquement, il ne soit plus autorisé à le faire. Le propriétaire encore inscrit peut ainsi conférer des droits à un tiers de bonne foi selon l'art. 973, al. 1, CC. Par ailleurs, l'acquéreur qui n'est pas encore inscrit au registre foncier ne peut pas se prévaloir des présomptions et des actions fondées sur l'inscription (art. 9 et 937, al. 1, CC). Pour ces motifs, une régquisition d'inscription au registre foncier aussi rapide que possible est nécessaire lors de transferts

„extratabulaires“ de la propriété immobilière. Dans ce sens, l’art. 103 constitue une disposition d’ordre qui vise à assurer la concordance entre la réalité et l’inscription au registre foncier; cette norme doit garantir la sécurité juridique et la véracité des registres publics.

En cas de fusion et de division, le sujet inscrit comme propriétaire au registre foncier (sujet transférant) est dissous et radié du registre du commerce (art. 21, al. 3, et 51, al. 3). En cas de transformation, le changement de forme juridique a lieu sans modification des rapports juridiques du sujet (art. 53). Dans ces deux hypothèses, les actes de disposition illicites de la part du sujet inscrit comme propriétaire au registre foncier sont donc exclus, même si une différence apparaît entre la situation juridique formelle ressortant du registre foncier et la situation juridique de fait. Par conséquent, l’al. 1 prévoit que la réquisition au registre foncier visant à inscrire les modifications découlant de la fusion, de la scission ou de la transformation doit intervenir dans les trois mois à compter de la date à laquelle ces opérations déploient leurs effets juridiques.

L’al. 2 contient des règles applicables au transfert d’immeubles par suite de fusion d’associations ou de fondations ainsi qu’à la scission par voie de séparation et au transfert de patrimoine. Si, en cas de fusion d’associations ou de fusion de fondations, le sujet transférant n’est pas inscrit au registre du commerce, le sujet reprenant doit requérir immédiatement les adaptations au registre foncier. Il en va de même en matière de séparation et de transfert de patrimoine; en effet, le sujet inscrit comme propriétaire au registre foncier ne disparaît pas mais continue d’exister. Dans ces hypothèses, les adaptations au registre foncier doivent être opérées dès que possible. En effet, le risque que le sujet transférant dispose à nouveau de l’immeuble (volontairement ou involontairement) ne peut être exclu.

L’al. 3 prévoit que, dans les cas soumis à l’al. 2, le transfert de la propriété des immeubles au sujet reprenant doit faire l’objet d’un acte authentique qui constate que la propriété des immeubles a été transférée au sujet reprenant; cet acte constitue la pièce justificative à produire pour inscrire le transfert de la propriété au registre foncier. L’acte authentique est instrumenté après que le transfert de propriété a été réalisé. Il mentionne le transfert valable de propriété et contient la liste des immeubles définis individuellement et précisément¹⁷¹. Comme il s’agit d’un simple acte authentique de constatation (et non pas d’une „affaire relative à des immeubles suisses“ selon la terminologie du Tribunal fédéral), il peut être instrumenté par tout officier public suisse. Le principe de la liberté des actes authentiques (art. 55, tit. fin., CC) s’applique quant à la compétence à raison du lieu. Un acte authentique unique relatif à tous les immeubles sis en Suisse suffit.

Les autres détails de la réquisition d’inscription au registre foncier seront réglés par le Conseil fédéral (art. 102, let. b).

¹⁷¹ L’identification des immeubles s’opère selon l’art. 1a, al. 1, de l’ordonnance du 22 février 1910 sur le registre foncier (ORF; RS 211.432.1).

Art. 104

Cette disposition constitue la base légale permettant aux associés d'exiger un contrôle judiciaire des droits sociaux ou pécuniaires qui leur ont été attribués dans le cadre d'une fusion, d'une scission ou d'une transformation. En effet, lors de ces trois opérations, les sujets doivent garantir la continuité du sociétariat conformément aux art. 7, 31 (qui renvoie aux dispositions de l'art. 7) et 56; les associés ne peuvent être exclus de la société, et leurs droits doivent être maintenus de manière adéquate. Par ailleurs, l'art. 8 autorise une dérogation au principe de la continuité du sociétariat; lors d'une fusion, les sujets peuvent attribuer un dédommagement qui ne consiste pas en parts sociales ou en droits de sociétariat. Indépendamment de la nature des droits qui reviennent aux associés, ceux-ci doivent être adéquats. Lorsque tel n'est pas le cas, les associés peuvent, selon l'*al. 1*, exiger du tribunal qu'il fixe une soulte adéquate, destinée à compenser l'atteinte à leurs droits. A cet égard, le tribunal n'est pas lié par la limite prévue à l'art. 7, al. 2, (10 % de la valeur réelle des parts sociales attribuées). Le droit d'exiger l'examen judiciaire des droits attribués aux associés doit être exercé dans le délai de deux mois dès la publication de la fusion, de la scission ou de la transformation dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC). Ce délai relativement court est nécessaire pour des raisons de sécurité juridique.

Contrairement à la fusion, à la scission et à la transformation, une procédure d'examen des parts sociales et des droits de sociétariat n'est pas nécessaire en matière de transfert de patrimoine au sens des art. 69 ss. En effet, de par sa définition, celui-ci ne touche pas aux droits de sociétariat des associés; l'éventuelle contreprestation pour le transfert revient toujours au sujet transférant lui-même, et non pas à ses associés.

Il faut relever que les cas d'examen judiciaire devraient être relativement rares. En effet, le maintien des parts sociales et des droits de sociétariat font l'objet d'un compte rendu dans le rapport de fusion (art. 14), le rapport de scission (art. 39) et le rapport de transformation (art. 61). De même, il est – sauf pour les petites et moyennes entreprises –¹⁷² vérifié par un réviseur particulièrement qualifié (art. 15, 40 et 62). L'associé demandeur devrait par conséquent établir l'inadéquation du maintien des parts sociales ou des droits de sociétariat, ou du dédommagement selon l'art. 8, par de nouvelles expertises.

Le droit d'exiger un examen judiciaire est conçu comme un droit individuel; il appartient à chaque associé. Néanmoins, selon l'*al. 2*, le jugement du tribunal déploie ses effets à l'égard de l'ensemble des associés des sujets participants pour autant qu'ils aient le même statut juridique que le demandeur. Cette disposition étend donc l'autorité de la chose jugée à l'ensemble des associés¹⁷³.

Conformément à l'*al. 3*, les frais de la procédure sont à la charge du sujet reprenant. Le tribunal peut cependant mettre tout ou partie des frais à la charge du demandeur si des circonstances particulières le justifient¹⁷⁴. Ce sera notamment le cas lorsque la

¹⁷² Les petites et moyennes entreprises peuvent renoncer à la vérification moyennant l'approbation de l'ensemble des associés (art. 15, al. 2, 40 et 62, al. 2).

¹⁷³ Cf. l'art. 706, al. 5, CO.

¹⁷⁴ Cf. aussi l'art. 756, al. 2, CO.

requête était manifestement infondée et que le demandeur aurait dû s'en rendre compte. Cette réglementation doit permettre aux associés d'introduire une action lorsqu'ils ont de bonnes raisons de le faire, sans que les coûts de la procédure aient un effet dissuasif.

Comme un examen judiciaire prend nécessairement du temps, l'*al.* 4 prévoit que cette procédure ne met pas en question la validité de la décision de fusion, de scission ou de transformation. Dans ce sens, le tribunal ne peut accepter une correction des parts sociales ou des droits de sociétariat attribués qu'au moyen de la fixation d'une soulte qui compense l'atteinte aux droits des associés.

2.1.9.4

Section 4

Annulabilité des décisions de fusion, de scission, de transformation ou de transfert de patrimoine

Art. 105 Principe

L'*al.* 1 confère le droit à chaque associé d'attaquer en justice la décision de fusion, de scission, de transformation ou de transfert de patrimoine qui ne respecte pas les dispositions de la loi sur la fusion. Selon l'*al.* 2, les associés peuvent requérir l'annulation de la décision même si cette dernière relève de la compétence, non pas de l'assemblée générale, mais de l'organe supérieur de direction ou d'administration. Dans cette hypothèse, il s'agira d'une décision de fusion simplifiée au sens des art. 23 et 24 ou d'une décision relative à un transfert de patrimoine conformément aux art. 69 ss.

La qualité pour agir en justice appartient en principe à l'ensemble des associés de l'ensemble des sujets participant à la fusion, à la scission, à la transformation ou au transfert de patrimoine. Les associés ne doivent cependant pas avoir approuvé la décision de fusion, de scission ou de transformation¹⁷⁵. Cette restriction à la qualité pour agir ne s'applique pas en matière de fusion simplifiée et de transfert de patrimoine; en effet, la compétence de prendre la décision revient à l'organe supérieur de direction ou d'administration et non pas à l'assemblée générale.

L'action en annulation doit être exercée dans le délai de deux mois dès la date de publication de la fusion, de la scission, de la transformation ou du transfert de patrimoine dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC). Lorsqu'une telle publication n'est pas requise, le délai court dès la date de la prise de la décision par l'assemblée générale.

Le projet de loi sur la fusion ne prévoit pas de voie de droit particulière applicable aux fondations et aux institutions de prévoyance. Les fondations n'ont jamais d'associés; personne ne dispose donc de la légitimation active pour exiger l'annulation d'une fusion ou d'un transfert de patrimoine sur la base de l'art. 105. En revanche, les voies de droit ordinaires du droit des fondations sont ouvertes. Celles-ci permettent aux personnes ayant un intérêt juridique de contester les actes des organes de la fondation et de son autorité de surveillance¹⁷⁶. De la même manière, les voies de droit lors de la fusion, de la transformation ou du transfert de

¹⁷⁵ Cf. ATF 99 II 55, spéc. p. 57.

¹⁷⁶ A ce sujet, cf. Hans Michael Riemer, *Die Stiftungen*, Berner Kommentar, Berne 1975, Art. 84 N 119 ss et 132 ss.

patrimoine d'institutions de prévoyance sont régies par la LPP (cf. en particulier les art. 73 s. LPP).

Art. 106 Conséquences d'une irrégularité

Concernant les conséquences de l'action en annulation, le projet distingue les irrégularités auxquelles il peut être remédié de celles auxquelles il ne peut pas être remédié¹⁷⁷. Dans le premier cas, l'*al. 1* prévoit que le tribunal n'annule pas la décision de fusion, de scission, de transformation ou de transfert de patrimoine, mais qu'il accorde un délai aux sujets afin qu'ils remédient à l'irrégularité. Ainsi, lorsque le contrat de fusion est incomplet sur une question de seconde importance (art. 13, al. 1, let. h, p. ex.), le tribunal peut fixer un délai afin que les sociétés comblent cette lacune. En revanche, lorsqu'il ne peut être remédié à l'irrégularité, ou encore lorsque les sujets n'y ont pas remédié dans le délai fixé, le tribunal annule la décision de fusion, de scission, de transformation ou de transfert de patrimoine. Afin de rétablir la situation antérieure à la fusion, à la scission, à la transformation ou au transfert de patrimoine, le tribunal doit également ordonner les mesures nécessaires (annulation de l'inscription au registre du commerce p. ex.).

2.1.9.5 Section 5 Responsabilité

Art. 107

Les opérations de fusion, de scission, de transformation et de transfert de patrimoine entraînent une responsabilité considérable des personnes qui ont collaboré à leur réalisation. L'art. 107 fixe donc les conditions auxquelles la responsabilité des personnes qui s'occupent de ces opérations peut être engagée. La réglementation de la responsabilité du projet de loi sur la fusion s'inspire des normes de responsabilité civile du nouveau droit de la société anonyme (art. 752 ss CO).

Selon l'*al. 1*, toutes les personnes qui, d'une manière ou d'une autre, sont impliquées dans le processus de fusion, de scission, de transformation ou de transfert de patrimoine répondent non seulement envers les sujets mais également envers chaque associé et créancier du dommage causé suite à un manquement intentionnel ou négligent à leurs devoirs.

Si, lors d'une opération de fusion, de scission ou de transfert de patrimoine, un nouveau sujet est constitué, les dispositions relatives à la responsabilité des fondateurs propres à chaque forme de droit sont applicables.

L'*al. 2* régit la responsabilité des personnes qui s'occupent de vérifications prévues par la loi sur la fusion (art. 15, 40, 62, 81 et 92). Les personnes qui s'occupent de la vérification répondent de la même manière que celles qui sont impliquées dans le processus de fusion, de scission, de transformation ou de transfert de patrimoine au sens de l'*al. 1*.

L'*al. 3* contient plusieurs renvois au CO, qui visent:

¹⁷⁷ L'art. 22, al. 1, let. d, de la troisième directive européenne et l'art. 19, al. 1, let. d, de la sixième directive européenne dans le domaine du droit des sociétés contiennent des dispositions analogues.

- Les prétentions hors faillite du sujet selon l’art. 756 CO. Le sujet lui-même et les associés ont qualité pour agir contre toute personne, telle que définie aux al. 1 et 2, qui a causé un dommage au sujet en manquant intentionnellement ou par négligence à ses devoirs.
- Les prétentions dans la faillite de la société. Les dispositions spéciales des art. 757 CO (pour la société anonyme), 764, al. 2, CO (pour la société en commandite par actions), 827 CO (pour la société à responsabilité limitée) et 920 CO (pour la société coopérative de crédit ou d’assurance) s’appliquent par analogie pour les prétentions que les créanciers sociaux et les associés peuvent faire valoir dans la faillite de la société
- La responsabilité solidaire et l’action récursoire (art. 759 CO).
- La prescription de l’action en responsabilité (art. 760 CO).

Par ces renvois, le droit de la société anonyme s’applique donc à tous les sujets impliqués dans une fusion, une scission, une transformation ou un transfert de patrimoine, indépendamment de leur forme juridique.

Conformément au projet d’art. 29a de la loi fédérale sur les fors en matière civile, l’action en responsabilité peut être intentée devant le tribunal du siège de l’ensemble des sujets participants contre toutes les personnes responsables. Ainsi, lorsqu’une société suisse est reprise par voie de fusion par une société étrangère, les associés et les créanciers pourront agir auprès du tribunal du siège de la société suisse.

L’*al. 4* prévoit que la responsabilité des personnes qui agissent pour le compte d’un institut de droit public dans le cadre d’une fusion, d’une transformation ou d’un transfert de patrimoine est régie par le droit public. Les règles de responsabilité du droit public s’appliquent également lorsqu’elles prévoient un droit d’action direct contre la corporation de droit public pour les dommages causés par ses agents. Cette réserve en faveur du droit public se justifie par le fait que les personnes qui agissent pour le compte de l’institut de droit public dans le cadre de la réalisation d’une fusion, d’une transformation ou d’un transfert de patrimoine, le font généralement „dans l’exercice de leur charge“ au sens de l’art. 61, al. 1, CO. Certes, en ce qui concerne les instituts de droit public qui exercent une activité commerciale (comme p. ex. les banques cantonales), la responsabilité pour les actes résultant de son exploitation est, en vertu de l’art. 61, al. 2, CO, soumise aux règles du droit privé. Toutefois, il est justifié de soumettre la responsabilité dans son ensemble au droit public, dans la mesure où la collaboration des autorités est dans tous les cas nécessaire en matière de fusion, de transformation et de transfert de patrimoine.

2.1.10 **Chapitre 10 Dispositions finales**

Art. 108 Disposition transitoire

Selon l’art. 108, la date de la réquisition d’inscription de la fusion, de la scission, de la transformation ou du transfert de patrimoine au registre du commerce détermine le droit applicable. Les opérations dont l’inscription au registre du commerce est requise après l’entrée en vigueur de la loi sur la fusion relèvent de cette dernière.

Le critère du moment de la réquisition d’inscription au registre du commerce a été retenu afin de permettre aux sujets d’anticiper l’entrée en vigueur de la nouvelle loi.

Ils peuvent ainsi profiter au plus tôt des nouvelles possibilités offertes et entreprendre les démarches en vue d'une fusion, d'une scission ou d'une transformation avant même l'entrée en vigueur et l'inscrire au registre du commerce aussitôt la loi entrée en vigueur. Cette solution a pour conséquence que les fusions et transformations dont la réquisition d'inscription au registre du commerce interviendra après l'entrée en vigueur de la loi devront respecter le nouveau droit, même si elles auront été décidées sous l'ancien droit. Une fois la loi adoptée par le législateur, la préparation d'une opération de restructuration en vertu du nouveau droit ne devrait pas poser de difficultés particulières. Les avantages de la solution transitoire proposée devraient donc prévaloir.

Art. 109 Référendum et entrée en vigueur

Cette disposition précise que la loi sur la fusion est sujette au référendum facultatif et délègue au Conseil fédéral la compétence de fixer la date de son entrée en vigueur.

2.2 Annexe Modification du droit en vigueur

2.2.1 Code des obligations (CO)

Art. 181, al. 2 et 4

L'art. 181 CO traite de la cession d'un patrimoine ou d'une entreprise comme d'un cas particulier de reprise de dette. Bien que cette disposition parle de cession d'un patrimoine ou d'une entreprise „avec actif et passif“, elle ne concerne en réalité que le transfert de par la loi des dettes liées à un patrimoine ou à une entreprise. Quant aux actifs, ils doivent être transférés séparément selon les dispositions applicables en matière de succession à titre singulier. Afin de protéger les créanciers, l'art. 181, al. 2, CO prévoit la responsabilité solidaire de l'ancien débiteur pendant deux ans dès l'avis ou la publication, ou dès l'exigibilité pour les créances non encore exigibles. L'art. 181 CO fait également l'objet d'explications sous ch. 1.3.2.4.1.

La cession de tout ou partie d'une entreprise par le biais de l'art. 181 CO n'est aujourd'hui liée à aucune disposition spéciale du droit des sociétés. Il n'est notamment pas prévu de devoir d'information en faveur des associés qui irait au-delà des dispositions générales de publicité (art. 663b à 663d CO). En général, les associés ne sont donc pas informés du montant de la contre-prestation pour le transfert de l'entreprise.

Les art. 69 ss du projet de loi sur la fusion règlent le transfert de patrimoine. Selon ces dispositions, un sujet inscrit au registre du commerce peut transférer tout ou partie de son patrimoine à un autre sujet. Contrairement à la cession d'entreprise au sens de l'art. 181 CO, le transfert de patrimoine présente l'avantage d'un transfert de par la loi des passifs et des actifs au sujet reprenant (art. 73, al. 2).

Le nouvel *al. 4* de l'art. 181 CO tranche la question de la délimitation entre la nouvelle réglementation du transfert de patrimoine et les dispositions actuelles de l'art. 181 CO. Aux termes de l'art. 181, al. 4, la cession d'un patrimoine ou d'une entreprise d'un sujet de droit privé inscrit au registre du commerce est impérativement soumise à la réglementation de la loi sur la fusion, quelle que soit la forme juridique du sujet qui acquiert le patrimoine. Ainsi, l'art. 181 CO n'est plus applica-

ble aux sociétés en nom collectif, aux sociétés en commandite, aux sociétés anonymes, aux sociétés en commandite par actions, aux sociétés à responsabilité limitée, aux sociétés coopératives, aux associations, aux fondations et aux entreprises individuelles inscrites au registre du commerce.

Par ailleurs, l'*al.* 2 est modifié de sorte que le délai pour la responsabilité solidaire soit porté de deux à trois ans. Ainsi, les créanciers sont mieux protégés, et la durée du délai est harmonisée avec celle prévue par le projet de loi sur la fusion (cf. les art. 26, al. 2, et 75, al. 1).

Art. 182

L'art. 182 CO règle le transfert réciproque des actifs et des passifs d'entreprises ainsi que la continuation des affaires d'une entreprise individuelle sous la forme d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite. Cette disposition a une importance pratique limitée. Avec la nouvelle réglementation de la loi sur la fusion et, en particulier, les dispositions régissant le transfert de patrimoine (art. 69 ss), l'art. 182 CO peut être abrogé.

Art. 622, al. 4

Lors de la révision du droit de la société anonyme du 4 octobre 1991 (RO 1992 733), la valeur nominale minimale des actions de la société anonyme est passée de cent à dix francs. Le but de cette modification était de favoriser l'élargissement du cercle des possesseurs d'actions et d'éliminer les inconvénients liés aux „actions lourdes“ de sociétés suisses; les actions dont la valeur boursière est élevée font en effet face à une demande moins forte sur le marché¹⁷⁸.

En cas de fusion, de scission et de transformation, il va de soi que la valeur nominale minimale doit être respectée lors de la fixation du rapport d'échange. Selon les cas, une valeur nominale de dix francs peut constituer une complication. Dès lors, le projet de loi propose de réduire la valeur nominale minimale des actions de dix francs à un centime, afin de faciliter la détermination du rapport d'échange en nombres entiers, le cas échéant en procédant au splitting des actions.

L'abaissement de la valeur nominale minimale permet également de faciliter la réalisation de fusions et de transformations qui mettent en présence une société anonyme et une société qui ne dispose pas d'un capital divisé en parts sociales (société coopérative, association). En effet, dans de tels cas, les associés sans parts sociales ont droit à au moins une part sociale, conformément aux art. 7, al. 3, et 56, al. 2. Ainsi, lorsqu'une société anonyme reprendra une association, les membres de cette dernière pourront, selon les circonstances, se voir remettre chacun une action dont la valeur nominale, sous réserve du maintien des droits de sociétariat, pourra être fixée à un centime au moins.

La révision proposée de l'art. 622, al. 4, CO répond également sur un point à la motion 99.3460 du 9 septembre 1999 de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats. La motion charge le Conseil fédéral de présenter, jusqu'au milieu de l'année 2000, un rapport sur l'encouragement de la création de nouvelles entreprises, qui doit entre autres contenir des propositions sur la réduction

¹⁷⁸ Voir le message du Conseil fédéral du 23 février 1983, ch. 1.2.2.2 et 2.0.2, FF 1983 II 773 et 801.

de la valeur nominale des actions¹⁷⁹. L'initiative parlementaire 99.446 du 27 septembre 1999 du conseiller aux Etats Maximilian Reimann souhaite également l'abaissement de la valeur nominale des actions.

La révision de l'art. 622, al. 4, CO a donc une portée générale, qui va au-delà de la fusion ou de la transformation. La constitution d'une nouvelle société anonyme dont la valeur nominale des actions s'élève à un montant d'un centime seulement doit être admise. Sur la base de la révision proposée, les sociétés existantes peuvent également opérer le *splitting* de leurs titres, que ce soient des actions ou des bons de participation (cf. le renvoi de l'art. 656a CO). Le passage de la valeur nominale minimale de dix francs à un centime permet en outre, par une division des titres, de remédier au problème du volume des échanges pour les „actions lourdes“.

Il faut constater dans les ordres juridiques des pays voisins de la Suisse une évolution en direction de l'introduction d'actions sans valeur nominale¹⁸⁰. Une telle innovation entraînerait cependant un changement fondamental du système du droit de la société anonyme et nécessiterait de nombreuses modifications. Une telle révision sort donc du cadre de la réglementation du projet de loi sur la fusion.

L'art. 774, al. 1, CO fixe à 1000 francs au moins le montant nominal minimal des parts sociales de la société à responsabilité limitée. Comme le droit de la société à responsabilité limitée est actuellement en cours de révision, le projet de loi sur la fusion ne contient aucune proposition relative à l'abaissement de la valeur nominale minimale des parts sociales. Dans le cadre de la révision du droit de la société à responsabilité limitée, un abaissement à cent francs est proposé¹⁸¹.

Art. 704, al. 1, ch. 8, 748 à 750, 770, al. 3, 824 à 826 et 914

Ces modifications du code des obligations sont des adaptations de la réglementation des différentes formes de droit qui sont rendues nécessaires de par leur intégration dans la loi sur la fusion (dans le détail, il s'agit de la réglementation de la fusion selon les art. 748 à 750, 770, al. 3, et 914 CO, des exigences de majorité pour la décision de fusion selon l'art. 704, al. 1, ch. 8, CO et de la transformation d'une société anonyme en société à responsabilité limitée selon les art. 824 à 826 CO).

Art. 738, 888, al. 2, et 893, al. 2

Les nouvelles possibilités de modifications des structures juridiques ainsi que la nouvelle terminologie de la loi sur la fusion rendent nécessaires certaines adaptations du CO. L'art. 738 CO doit être complété afin de tenir compte de l'ensemble des cas de dissolution de la société sans liquidation. En particulier, il s'agit de mentionner la division. Par ailleurs, la référence à la transformation en société à responsabilité limitée doit être supprimée, car, selon la loi sur la fusion, il ne s'agit plus d'un cas de dissolution de la société.

¹⁷⁹ Voir BO 1999 E 743, et BO 1999 N 1785.

¹⁸⁰ Cf. à ce sujet: Gaudenz G. Zindel / Peter R. Burkhalter, Euro(päische) Aktien ohne Nennwert, Zeitschrift für Europarecht, 1999, p. 50 ss.

¹⁸¹ Cf. l'art. 774, al. 1, de l'avant-projet élaboré par les professeurs Peter Böckli, Peter Forstmoser et Jean-Marc Rapp, mis en consultation par le Conseil fédéral d'avril à octobre 1999.

Les exigences de majorité pour la décision de fusion de sociétés coopératives font dorénavant l'objet d'une réglementation dans la loi sur la fusion (art. 18). Par conséquent, l'art. 888, al. 2, CO peut se limiter aux cas de dissolution suivie de la liquidation de la société.

L'art. 893 CO vise les sociétés d'assurance concessionnaires. Celles-ci peuvent transférer tout ou partie des attributions de l'assemblée générale à leur administration. Selon l'art. 893, al. 2, CO, les attributions relatives notamment à la fusion de la société ne peuvent être transférées. Vu leur importance comparable, il y a lieu de compléter le catalogue des attributions intransmissibles avec la scission et la transformation de la société.

Art. 936a Numéro d'identification

L'al. 1 de cette disposition prévoit que l'ensemble des sujets inscrits au registre du commerce se voient attribuer un numéro d'identification. Afin de permettre l'identification durable des sujets, l'al. 2 dispose que ce numéro demeure inchangé jusqu'à la disparition du sujet, même en cas de transfert de siège, de transformation ou de modification du nom ou de la raison de commerce. Cette norme s'adresse en premier lieu aux autorités du registre du commerce cantonales et fédérale. Avec l'informatisation du registre du commerce, l'identification des sujets par leur raison de commerce est remplacée par un numéro d'immatriculation. Cette solution s'impose également du fait que la raison de commerce ne garantit pas une identification durable du sujet. Les nouvelles possibilités de modification des structures juridiques offertes par la loi sur la fusion (notamment la transformation) peuvent rendre l'identification des sociétés encore plus difficile. Par conséquent, le numéro d'identification s'avère indispensable du point de vue de la technique du registre; il a d'ailleurs déjà été introduit dans la pratique du registre du commerce. Il est néanmoins souhaitable de créer une base légale claire.

L'al. 3 délègue au Conseil fédéral la compétence d'édicter par voie d'ordonnance des dispositions d'exécution relatives au numéro d'identification. Parmi celles-ci, le Conseil fédéral peut prévoir l'obligation pour les sujets d'indiquer le numéro d'identification, aux côtés de la raison de commerce, sur les lettres, les notes de commande et les factures¹⁸². Cette obligation doit garantir une identification simple des sujets et servir ainsi la transparence des relations commerciales. Comme il existe déjà l'obligation d'indiquer le numéro de la taxe sur la valeur ajoutée, il s'agira d'examiner, avant l'éventuelle introduction d'une obligation d'indiquer le numéro d'identification selon l'art. 936a CO, s'il est possible de créer une numérotation uniforme des entreprises pour l'ensemble de l'administration. Par ailleurs, il faut préciser que la proposition d'art. 936a, al. 3, CO n'oblige pas, mais autorise seulement, le Conseil fédéral à exiger l'indication du numéro d'identification. Cette solution permet au Conseil fédéral d'examiner de manière détaillée les solutions les plus appropriées afin de garantir l'identification des sujets économiques.

¹⁸² Selon l'art. 4 de la première directive européenne en matière de droit des sociétés du 9 mars 1968 (68/151/CEE), les lettres et les notes de commande doivent mentionner, aux côtés de la forme juridique et du siège de la société, le registre du commerce compétent et le numéro d'immatriculation.

Art. 4 Dispositions finales et transitoires des titres vingt-quatrième à trente-troisième

Cette disposition contient une délégation de compétence en faveur du Conseil fédéral afin qu'il édicte des règles relatives à la transformation sans liquidation de sociétés coopératives en sociétés commerciales. Cette clause de délégation se réfère à l'entrée en vigueur de la révision du CO de 1936. Sur la base de cette disposition, le Conseil fédéral a édicté une ordonnance à caractère transitoire qui a été abrogée en 1968. L'art. 4 des dispositions finales et transitoires de 1936 étant devenu lettre morte, il peut être abrogé.

2.2.2 Loi fédérale sur le droit foncier rural (LDFR)

Art. 62 Exceptions

La loi fédérale du 4 octobre 1991 sur le droit foncier rural (LDFR; RS 211.412.11) ne contient pas de disposition explicite en matière de fusion. Toutefois, selon la doctrine traditionnelle, le transfert par voie de succession universelle dans le cadre d'une fusion ne nécessite pas d'autorisation d'acquisition conformément à l'art. 61 LDFR. Il en va de même de l'acquisition faite par succession, qui est quant à elle régie par l'art. 62, let. a, LDFR. Les principaux actifs composant le patrimoine ne doivent cependant pas consister en une entreprise agricole ou en des immeubles agricoles¹⁸³.

Dans le contexte de la loi sur la fusion, l'art. 62 LDFR est complété par une *let. g*. En principe, l'assujettissement à autorisation tombe en cas de restructuration de sociétés par voie de fusion ou de scission. Conformément au but de la LDFR, les cas dans lesquels les actifs du sujet reprenant ou transférant consistent principalement en une entreprise agricole ou en des immeubles agricoles demeurent toutefois soumis à autorisation. En outre, l'assouplissement ne vise que les cas d'assujettissement à autorisation par suite d'acquisition; il n'est pas applicable en cas d'acquisition de la propriété par suite de transfert de patrimoine.

Les restrictions de droit privé dans les rapports juridiques concernant les immeubles agricoles ne sont pas touchées par la nouvelle réglementation. Ainsi, la fusion et la scission de sociétés anonymes de famille peuvent déclencher le droit de préemption des parents (art. 42 s. LDFR) ou le droit au gain des cohéritiers ou de l'aliénateur (art. 29 ss et 53 LDFR) lorsque les conditions de l'art. 4, al. 2, LDFR sont réunies.

2.2.3 Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)

Actuellement, la LDIP ne réglemente que la question du transfert transfrontalier du siège d'une société (art. 161 ss LDIP). En revanche, bien qu'elle soit déjà admise par la pratique et la doctrine, la fusion transfrontalière de sociétés n'est pas régie par le droit actuel. Outre les règles relatives à la fusion et au transfert du siège de sociétés, le projet de loi sur la fusion introduit en droit interne les notions de scission, de transformation et de transfert de patrimoine. A l'exception de la transformation,

¹⁸³ Cf. Beat Stalder, *Le droit foncier rural*, Commentaire de la loi fédérale sur le droit foncier rural du 4 octobre 1991, Brugg 1998, art. 61 LDFR N 18.

toutes ces opérations peuvent être effectuées par-delà les frontières nationales. L'adoption d'une loi sur la fusion permet de fixer des règles de conflit reposant sur des principes uniformes et valables pour toutes les modifications structurelles à caractère international.

Lorsque l'appréciation générale d'un état de fait international peut être fondée sur différents droits, il appartient aux règles de conflit de désigner l'ordre juridique avec lequel cet état de fait présente les liens matériels les plus étroits¹⁸⁴. En cas de modifications structurelles à caractère international, les statuts liés à la fusion, à la scission et au transfert de patrimoine sont eux aussi déterminés de cette manière. Toutefois, la plupart des ordres juridiques n'admettent la restructuration transfrontalière d'une société qui dépend d'eux que lorsque leurs propres conditions sont remplies, et cela même lorsqu'il ne s'agit pas d'un statut lié à la fusion, à la scission ou au transfert de patrimoine dans cet ordre juridique. Les motifs de cette façon de faire sont liés à divers intérêts – tels la protection des associés, des créanciers et des travailleurs –, mais aussi à des considérations de nature fiscale ou à la sauvegarde d'autres intérêts publics (p. ex. des limitations relatives à l'investissement). Dès lors, seul le droit international privé de l'Etat en question répond à la question de savoir dans quelle mesure une société étrangère peut prendre part à ce genre de transaction. C'est pourquoi le projet de révision fixe les conditions qu'il convient de respecter selon le droit international privé suisse lorsqu'une société helvétique participe à une modification structurelle transfrontalière; il détermine quelles sont les conséquences juridiques d'une telle opération et, au moyen de renvois généraux, laisse de la place au droit étranger lorsque celui-ci en revendique¹⁸⁵.

Les sociétés qui désirent procéder à des modifications structurelles sont donc confrontées à un problème, en ce sens qu'une restructuration admissible selon le droit d'un pays peut échouer en raison des limites posées par le droit de l'autre pays en cause. En outre, il pourrait arriver fréquemment qu'une modification structurelle donnant lieu à un transfert de patrimoine entre deux pays ne puisse pas avoir lieu pour des raisons fiscales, notamment lorsque des bénéfices de liquidation sont imposés lors de la dissolution ou de l'évasion de réserves latentes¹⁸⁶. Dans ces conditions, la question de savoir si les restructurations transfrontalières seront fréquentes demeure donc ouverte. Pour des raisons liées à la sécurité et à la clarté du droit, il est cependant nécessaire de prévoir une réglementation de droit international privé qui facilite les modifications structurelles transfrontalières souhaitées par les parties.

¹⁸⁴ A propos du principe général des liens les plus étroits, voir art. 117, al. 1, LDIP.

¹⁸⁵ Sur la théorie de l'application cumulative („Vereinigungstheorie“): Balthasar Bessenich, *Die grenzüberschreitende Fusion nach den Bestimmungen des IPRG und des OR*, Bâle et Francfort-sur-le Main 1991, p.11 ss; Daniel Girsberger in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Anton K. Schnyder (éd.), *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996, compléments à l'art. 164, N. 6; Anton K. Schnyder, *Internationale Transaktionen unter dem Vorentwurf zu einem Fusionsgesetz* in *Revue de la Société des juristes bernois* 1999, vol.135^{bis}, Berne 1999, p. 70; Frank Vischer, *Das internationale Gesellschaftsrecht der Schweiz*, in: Nobel (éd.), *Internationales Gesellschaftsrecht*, Berne 1998, p. 39.

¹⁸⁶ Art. 54, al. 2, de la loi fédérale du 14.12.1990 sur l'impôt fédéral direct (RS **642.11**) et pour l'étranger, p. ex. en Grande-Bretagne, voir la décision *Daily Mail*, ACJCE 1988, p. 5505 ss. Le Département fédéral des finances examine la possibilité de faire une exception à cette pratique lorsque la société étrangère reprenante maintient un établissement stable en Suisse; voir le rapport du groupe de travail „Impôts lors de restructurations“ (août 1997), ch. 73, p. 35, N. 55 et p. 43.

2.2.3.1 Le transfert transfrontalier d'une société

Art. 162, al. 3, P-LDIP Transfert d'une société de l'étranger en Suisse; moment déterminant

L'*art. 162, al. 3, LDIP* exige de la société de capitaux étrangère qui est transférée en Suisse que son capital soit suffisamment couvert, conformément au droit suisse. La preuve nécessaire doit être apportée par la production d'un rapport délivré par un office reconnu à cet effet par le Conseil fédéral. Le droit de la société anonyme prévoit par contre que, pour certaines opérations importantes, le rapport doit être établi par un réviseur particulièrement qualifié. En modifiant l'*art. 162, al. 3, LDIP*, le projet entend adapter cette disposition aux règles relatives à la société anonyme.

Art. 163 P-LDIP Transfert d'une société de la Suisse à l'étranger

Du point de vue matériel, l'*art. 163 LDIP* ne fait l'objet que d'une modification insignifiante. Une société suisse qui désire se soumettre à un droit étranger sans procéder à une liquidation ni à une nouvelle fondation doit, comme auparavant, apporter la preuve qu'elle continue à exister en vertu du droit étranger et qu'elle satisfait aux conditions fixées par le droit suisse.

L'actuel *art. 163, al. 1, let. c, LDIP* prévoit un appel public aux créanciers, dans le but de sauvegarder leurs intérêts. Désormais, il résulte de l'*art. 163, al. 2, P-LDIP* que les créances doivent également être garanties lorsque les créanciers l'exigent dans un délai de deux mois après l'appel public. Cette nouvelle règle découle de l'*art. 163, al. 2, P-LDIP*, qui prescrit l'application par analogie de l'*art. 46 P LFus*. Une telle réglementation permet d'assurer une protection cohérente des créanciers dans les relations transfrontalières. Les dispositions sur la fusion par émigration (*art. 163b, al. 3, P-LDIP*)¹⁸⁷ et la scission par émigration (*art. 163d, al. 1, en connexion avec l'art. 163b, al. 3, P-LDIP*)¹⁸⁸ renvoient elles aussi à l'*art. 46 P LFus*.

L'actuel *art. 163, al. 2, LDIP* ne subit aucune modification; il devient cependant l'*al. 3*. Par ailleurs, les dispositions sur la radiation du registre du commerce ainsi que sur le lieu de la poursuite et le for ont été complétées aux *art. 164 et 164a P-LDIP*.

2.2.3.2 La fusion transfrontalière

Art. 163a P-LDIP Fusion de l'étranger vers la Suisse

L'*art. 163a P LDIP* régit le statut relatif à la fusion lorsque celle-ci est réalisée par immigration; en d'autres termes, il fixe les conditions matérielles auxquelles une société suisse peut reprendre une société étrangère (absorption par immigration) ou s'unir à elle pour fonder une nouvelle société suisse (combinaison par immigration). Le statut relatif à la fusion dépend de processus relevant du droit des sociétés applicable aux entreprises concernées; il est par conséquent de nature impérative et

¹⁸⁷ Ch. 2.2.3.2.

¹⁸⁸ Ch. 2.2.3.3.

ne laisse pas aux parties la possibilité de choisir le droit qui les régit¹⁸⁹. Ce statut est déterminé par le droit applicable à la société reprenante, c'est-à-dire par le droit suisse (art. 163a, al. 2, P-LDIP) en cas de fusion par immigration; c'est cet ordre juridique qui présente les liens les plus étroits avec la fusion, puisque les éléments caractéristiques principaux du processus en question se réalisent sous son empire.

Il convient cependant de tenir compte des différents intérêts dignes de protection du droit applicable à la société qui disparaît par suite de fusion. Ainsi, le droit de l'Etat que la société délaisse doit admettre la fusion; il s'agit dès lors de prendre en considération toutes les dispositions qui sont impérativement applicables à l'état de fait concerné, qu'elles soient relatives au droit des sociétés, au droit fiscal, aux règles sur les investissements ou de toute autre nature. C'est pourquoi l'art. 163a, al. 1, P-LDIP n'admet la fusion par immigration que si, outre le droit suisse, le droit de la société transférante¹⁹⁰ autorise lui aussi la fusion – de manière expresse ou tacite –, et si les conditions fixées par ce droit sont réunies¹⁹¹. En fin de compte, il faut que le droit étranger admette que le patrimoine de la société qui lui est soumise passe sans liquidation et *uno actu* dans la société suisse.

Le projet ne règle pas spécialement le cas de deux sociétés ou plus qui sont implantées dans différents Etats étrangers qui s'unissent, par la voie d'une fusion par combinaison, pour former une nouvelle société relevant du droit suisse. Ce genre de situation peut cependant être régi par l'art. 163a P-LDIP: tous les statuts étrangers des sociétés concernées doivent autoriser cette fusion, et les conditions fixées par ces statuts doivent être réunies (art. 163a, al. 1, P-LDIP); pour le reste, la fusion est régie par le droit suisse en tant que droit de la société qui résulte de la fusion par combinaison (art. 163a, al. 2, P-LDIP). Le contrat de fusion doit respecter les dispositions impératives des droits des sociétés de tous les ordres juridiques concernés (art. 163c, al. 1, P-LDIP). Toutefois, pour éviter de compliquer la transaction en la soumettant à des exigences superflues, le droit suisse doit se retirer lorsque, en ce qui concerne les sociétés transférantes, il n'est pas porté atteinte à des intérêts helvétiques dignes de protection; ainsi, les prescriptions suisses sur la protection des associés des sociétés transférantes ne doivent pas être appliquées. Il convient de déterminer au cas par cas quels sont les intérêts suisses qui ne sont pas touchés.

Art. 163b P-LDIP

Fusion de la Suisse vers l'étranger

Dans le projet de révision, la fusion de la Suisse vers l'étranger (fusion par émigration) fait l'objet d'une réglementation plus détaillée que la fusion par immigration. Du point de vue suisse, elle représente le cas critique: en effet, les associés de la société helvétique deviennent des associés d'une société étrangère, et les créanciers de la société perdent leur substrat de responsabilité en Suisse. Certes, la fusion par émigration est en principe régie par le droit applicable à la société étrangère reprenante (art. 163b, al. 4, P-LDIP). Néanmoins, pour assurer la sauvegarde des intérêts helvétiques dignes de protection, les prescriptions complémentaires suivantes ont été édictées.

¹⁸⁹ En ce qui concerne les limites de l'élection de droit dans le contrat de fusion, voir le commentaire relatif à l'art. 163c P-LDIP.

¹⁹⁰ Sur la portée de la règle de conflit, voir art. 13 LDIP.

¹⁹¹ Ceci correspond à la théorie de l'application cumulative („Vereinigungstheorie“). Etant donné que toutes les prescriptions étrangères relatives au statut de la société sont appliquées, tant celles qui relèvent du droit privé que celles qui découlent du droit public (art. 13 LDIP), il ne reste plus de place pour une application autonome de l'art. 19 LDIP.

Il faut tout d'abord que les éléments constitutifs de la fusion soient réunis: d'une part, il importe que l'ensemble des actifs et des passifs de la société suisse soient transférés par voie de succession universelle à la société étrangère (*art. 163b, al. 1, let. a, P-LDIP*); d'autre part, il faut que les parts sociales ou les droits de sociétariat antérieurs des associés suisses soient maintenus de manière adéquate au sein de la société étrangère (*let. b*). La *let. b* englobe également le droit à une soulte destinée à égaliser le rapport d'échange fondé sur l'*art. 7, al. 2, P-LFus*.

Ensuite, l'*art. 163b, al. 2, P-LDIP* décrète que la société suisse qui fusionne vers l'étranger doit respecter toutes les dispositions du droit suisse applicables à la société transférante. Dès lors, toutes les prescriptions qui doivent impérativement être respectées à l'intérieur du pays sont également applicables en cas de fusion par émigration. Il s'agit notamment des prescriptions suivantes du projet de loi sur la fusion: *art. 14* (rapport de fusion établi par les organes supérieurs de direction ou d'administration), *art. 15* (vérification du contrat de fusion et du rapport de fusion par un réviseur particulièrement qualifié), *art. 16 s.* (droit de consultation du contrat de fusion, du rapport de fusion et du rapport de révision), *art. 18 ss* (décision de fusion, acte authentique et inscription au registre du commerce) et *art. 27 s.* (protection des travailleurs).

L'*art. 25, al. 1, P-LFus* prévoit qu'en cas de fusion interne, les créanciers de la société transférante peuvent exiger des sûretés de la société reprenante aux fins de garantir leurs créances. Dans les rapports internationaux, cette disposition n'offre cependant qu'une protection imparfaite aux créanciers. En effet, la garantie n'intervient qu'après la publication de la décision de fusion et la radiation du registre du commerce qui en découle. De plus, cette réglementation ne permet pas de parer efficacement au danger qui existe, dans les relations internationales, de voir le substrat de responsabilité disparaître à l'étranger. Aussi l'*art. 163b, al. 3, P-LDIP* dispose-t-il que les créanciers de la société suisse doivent être sommés de produire leurs créances par un appel public en Suisse les informant de la fusion projetée; pour ce qui est de la garantie, l'*al. 3* renvoie en outre à l'*art. 46 P-LFus*, lequel régleme la protection des créanciers en cas de scission. Grâce à cette nouvelle prescription, l'appel aux créanciers et la garantie de leurs créances peuvent intervenir avant la publication de la décision de fusion et la radiation de la société du registre du commerce, c'est-à-dire avant que le substrat de responsabilité ne passe aux mains de la société reprenante à l'étranger.

Ainsi, le projet assure une protection cohérente des créanciers pour l'ensemble des cas d'émigration¹⁹². Dans le domaine de la fusion transfrontalière, le renvoi à l'*art. 46 P-LFus* entraîne une protection des créanciers plus étendue que dans les rapports internes. Pour les Etats membres de l'Union européenne, cette inégalité de traitement sera cependant évitée grâce à l'*art. 9, al. 2*, de la proposition de dixième directive concernant les fusions transfrontalières des sociétés anonymes du 8 janvier 1985 (directive sur la fusion internationale)¹⁹³. Cette proposition de directive est toutefois conçue pour les cas de fusions qui se produisent à l'intérieur de l'Union européenne. Le projet de révision de la LDIP, en revanche, régleme des situations internationales qui ne surviennent pas dans un espace juridique harmonisé; il est par consé-

¹⁹² Cf. *art. 163, al. 2, P-LDIP* (transfert du siège d'une société); *art. 163d, al. 1*, en relation avec l'*art. 163b, al. 3, P-LDIP* (scission); en outre, pour ce qui est de la mise en œuvre des prescriptions, cf. *art. 164, al. 1, P-LDIP* (dispositions communes). A propos de la différence de réglementation quant à la reprise de patrimoine, voir ch. 223.3.

¹⁹³ JO CE 1985 C 23, p. 11 ss.

quent justifié de prévoir dans ce projet une réglementation différente de celle de l'Union européenne.

Les prescriptions suisses qui sont valables non pas pour la société transférante en Suisse, mais pour la société étrangère reprenante, sont applicables, en vertu de l'art. 18 LDIP, si elles sont également impératives dans les relations internationales, quelles que soient les règles générales déterminantes. Parmi ces prescriptions figure notamment la loi fédérale du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE; RS 211.412.41), qui soumet à autorisation officielle l'acquisition d'immeubles en Suisse par les sociétés étrangères. Enfin, en cas de fusion de la Suisse vers l'étranger, il convient de respecter les art. 164 et 164a P-LDIP, qui fixent, pour toutes les situations d'émigration, des règles relatives à la radiation du registre du commerce, au lieu de la poursuite et au for¹⁹⁴.

Art. 163c P-LDIP

Contrat de fusion

En ce qui concerne le contrat de fusion, l'art. 163c, al. 1, P-LDIP décrète que toutes les dispositions impératives des droits des sociétés applicables aux sociétés qui fusionnent doivent être respectées, y compris les règles de forme. Le respect des dispositions impératives des droits des sociétés de tous les droits concernés constitue une atteinte au principe de la libre élection de droit¹⁹⁵. Cependant, le contrat de fusion n'est pas une opération juridique à contenu ordinaire. Certes, il a un caractère relevant du droit des obligations, puisqu'il confère des droits et des obligations réciproques aux parties concernées. Mais c'est la fonction du contrat de fusion en tant qu'instrument du droit des sociétés qui apparaît au premier plan: le contenu de ce contrat porte sur la modification des structures liées au droit des sociétés et il a des effets immédiats sur la situation juridique de tiers qui ne sont pas parties à la convention. Parmi ceux-ci figurent notamment les associés, les créanciers et les travailleurs des sociétés qui prennent part à l'affaire. La protection des intérêts légitimes des tiers justifie dès lors une atteinte au principe de l'autonomie des parties.

Ces considérations permettent également de justifier le point de rattachement spécial qui est prévu pour déterminer la forme du contrat. Ainsi, l'art. 124 LDIP dispose que la forme du contrat est définie soit par le droit applicable au contrat, soit par celui qui lui est applicable au lieu de sa conclusion. Par contre, l'art. 163c, al. 1, P-LDIP requiert que les règles de forme des droits des sociétés concernées soient appliquées de manière cumulative. En outre, alors que, selon l'art. 124 LDIP, il est possible de s'en tenir uniquement à la forme la moins stricte, l'art. 163c, al. 1, P-LDIP implique le respect du droit le plus sévère. En cas de fusion transfrontalière comprenant une participation suisse, il est par conséquent hors de question de conclure un contrat sans respecter la forme écrite (art. 12, al. 2, P-LFus).

Pour les objets du contrat de fusion qui sont de nature typiquement contractuelle ou qui ne relèvent pas du droit des sociétés, les parties peuvent choisir librement le droit applicable (art. 163c, al. 2, P-LDIP); ce faisant, elles doivent néanmoins respecter les dispositions impératives des droits des sociétés des législations nationales concernées (art. 163c, al. 1, P-LDIP). A défaut d'élection de droit, le contrat de fusion est régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits (art. 163c, al. 2, 2^e phrase, P-LDIP). Selon la loi, ces liens sont présumés exister

¹⁹⁴ Ch. 2.2.3.4.

¹⁹⁵ Voir à ce sujet l'art. 116 LDIP.

avec l'Etat dont l'ordre juridique régit la société reprenante (*art. 163c, al. 2, 3^e phrase, P-LDIP*). Cette présomption légale peut être renversée. Il s'agit là d'une réglementation conforme aux principes du droit international des contrats et qui tient compte des éléments du contrat de fusion qui relèvent du droit des obligations.

2.2.3.3 La scission et le transfert de patrimoine transfrontaliers

Art. 163d P-LDIP

Scission et transfert de patrimoine

Scission

L'*art. 163d P-LDIP* renonce à définir l'état de fait qui est à la base de la scission transfrontalière et renvoie dans une large mesure aux dispositions du projet de révision de la LDIP concernant la fusion, celles-ci étant applicables par analogie. Les questions qu'il convient de régler sont en effet très semblables. Le projet de révision s'aligne donc sur le projet de loi sur la fusion. Dès lors, pour tout renseignement complémentaire, on consultera les règles sur la scission qui figurent dans le projet de loi sur la fusion¹⁹⁶ ainsi que les explications consacrées à la fusion transfrontalière¹⁹⁷.

Il y a scission transfrontalière lorsque des parts du patrimoine d'une société suisse (société transférante) sont transférées à des sociétés étrangères (sociétés reprenantes) ou que des parts du patrimoine d'une société étrangère sont transférées à des sociétés suisses. En contrepartie, des parts sociales ou des droits de sociétariat de la société reprenante sont accordés aux associés de la société transférante; quant au transfert juridique des parts de patrimoine touchées par la scission, il s'opère *uno actu*.

L'application par analogie des prescriptions sur la fusion transfrontalière (*art. 163d, al. 1, 1^{re} phrase, P-LDIP*) implique l'application des dispositions impératives des droits des sociétés applicables aux sociétés concernées (*art. 163a et 163b P-LDIP*). En cas de scission par émigration, les dispositions prévues dans le domaine de la fusion pour assurer la protection des associés sont reprises explicitement (*art. 163d, al. 2, en relation avec l'art. 163b, al. 1, P-LDIP*). Pour le reste, les dispositions impératives du droit matériel suisse sont également applicables (*art. 163d, al. 2, en relation avec l'art. 163b, al. 2, P-LDIP*); il s'agit notamment des prescriptions sur la protection des créanciers (*art. 45 ss P-LFus*) et des travailleurs (*art. 49 s. P-LFus*), de celles relatives à la forme et à la publicité (*art. 36 et 51 s. P-LFus*) ainsi que de la *Lex Friedrich* (*art. 18 LDIP*). Cependant, le statut résultant de la scission n'est pas déterminé, comme en cas de fusion, par le droit de la société reprenante, mais par celui de la société transférante (*art. 163d, al. 2, P-LDIP*); c'est en effet ce droit qui présente les liens les plus étroits avec la scission. Pour les parties du contrat de scission qui ne sont pas impératives en vertu des ordres juridiques concernés¹⁹⁸, les parties ont la possibilité de choisir le droit applicable; le droit de la société qui se scinde est applicable à titre subsidiaire (*art. 163d, al. 3, P-LDIP*). Les dispositions

¹⁹⁶ Art. 29 à 52 P LFus.

¹⁹⁷ Ch. 2.2.3.2.

¹⁹⁸ Par exemple lorsque la société qui se scinde se réserve le droit de faire usage, après la scission, de certains biens immatériels ou d'autres droits.

communes prévues aux *art. 164 et 164a P-LDIP*¹⁹⁹ s'appliquent elles aussi en cas de scission par émigration.

Transfert de patrimoine

L'*art. 163d P-LDIP* réglemente le transfert transfrontalier de patrimoine de la même manière que la scission; en d'autres termes, il n'en donne pas de définition et renvoie aux dispositions sur la fusion transfrontalière. Comme en cas de transfert de patrimoine à l'intérieur du pays, il s'agit ici aussi du transfert d'un patrimoine avec actifs et passifs, réalisé par voie de succession universelle. La différence entre ces deux formes de transfert réside cependant dans le fait qu'en cas de transfert transfrontalier, la société transférante et la société reprenante ne sont pas régies par le même droit des sociétés; pratiquement, cela signifie que l'une des sociétés se trouve en Suisse et l'autre à l'étranger.

Comme en cas de scission, l'application par analogie des dispositions sur la fusion transfrontalière (*art. 163d, al. 1, 1^{re} phrase, P-LDIP*) implique celle de toutes les prescriptions impératives des droits des sociétés des sociétés concernées (*art. 163a et 163b P-LDIP*). Les dispositions impératives du droit matériel suisse comprennent notamment, en cas de transfert de patrimoine à l'étranger (*art. 163d, al. 2, P-LDIP* en relation avec l'*art. 163b, al. 2, P-LDIP*), celles concernant la protection des créanciers (*art. 75 P-LFus*) et des travailleurs (*art. 76 s. P-LFus*), celles qui réglementent les questions de forme et de publicité (*art. 71 et 73 P-LFus*) ainsi que, comme dans tous les cas de restructuration, les prescriptions de droit public impératives sur le plan international, telles que la *Lex Friedrich* (*art. 18 LDIP*). Eu égard à leur nature, les dispositions du droit sur la fusion qui visent à protéger les associés (*art. 163d, al. 2, en connexion avec l'art. 163b, al. 1, P-LDIP*) se limitent, en cas de transfert de patrimoine, au devoir d'information de l'organe exécutif supérieur (*art. 74 P-LFus*). Vu que, lorsqu'il y a émigration du patrimoine, la société helvétique doit également se conformer aux prescriptions sur la protection du capital et sur la liquidation (*art. 69, al. 2, P-LFus* en relation avec les *art. 163d, al. 1, et 163b, al. 2, P-LDIP*), il est possible de renoncer aux droits qui, en vertu de l'*art. 46 P-LFus*, assurent la protection des créanciers (*art. 163d, al. 1, 2^e phrase, P-LDIP*).

Pour le reste et comme en cas de scission, c'est avec le droit de la société transférante que le transfert transfrontalier de patrimoine présente les liens les plus étroits; c'est par conséquent ce droit qui est déterminant pour régir le transfert (*art. 163d, al. 2, P-LDIP*). Les parties peuvent choisir le droit applicable aux éléments du contrat de transfert qui ne sont pas impératifs; le droit de la société transférante est applicable à titre subsidiaire (*art. 163d, al. 3, P-LDIP*), car c'est elle qui fournit la prestation caractéristique²⁰⁰.

2.2.3.4 Dispositions communes au transfert d'une société, à la fusion et à la scission

Art. 164 P-LDIP

Radiation du registre du commerce

L'actuel *art. 164, al. 1, LDIP* se contente d'énoncer les conditions auxquelles une société suisse qui fait l'objet d'un transfert à l'étranger peut être radiée du registre

¹⁹⁹ Ch. 2.2.3.4.

²⁰⁰ Cf. *art. 117, al. 2 et 3, LDIP*.

du commerce. Désormais, en revanche, l'art. 164, al. 1, P-LDIP englobe également la fusion et la scission vers l'étranger; de plus, il modifie les conditions prévues pour la radiation du registre du commerce. Ainsi, il faut que le rapport d'un réviseur particulièrement qualifié atteste que les créanciers ont obtenu des sûretés ou ont été désintéressés conformément à l'art. 46 P-LFus, ou encore qu'ils consentent à la radiation. L'art. 164, al. 1, P-LDIP se fonde directement sur les dispositions du projet qui visent à protéger les créanciers et qui renvoient, en ce qui concerne le transfert, la fusion et la scission d'une société de la Suisse vers l'étranger, à l'art. 46 P-LFus²⁰¹. L'art. 164, al. 1, P-LDIP n'est pas applicable lorsqu'une société suisse doit être radiée du registre du commerce après qu'elle a fusionné avec une société étrangère pour devenir une nouvelle société helvétique; ce genre de situation est régi par l'art. 15 P-LFus (art. 163a, al. 2, P-LDIP).

L'art. 164, al. 2, P-LDIP traite de la protection des associés d'une société suisse qui émigre à l'étranger par suite de fusion ou de scission. Outre les conditions qu'il importe de remplir conformément à l'al. 1, il convient également de prouver, dans un tel cas, que la fusion ou la scission est devenue juridiquement valable en vertu du droit applicable à la société étrangère (*let. a*). Il s'agit d'éviter ainsi qu'une société suisse ne soit radiée du registre du commerce sans qu'il soit tenu compte des dispositions du droit étranger qui, en principe, régit la fusion ou la scission de la Suisse vers l'étranger en vertu du droit international privé suisse.

Il faut par ailleurs qu'un réviseur particulièrement qualifié atteste que la société étrangère a attribué aux associés de la société suisse les parts sociales ou les droits de sociétariat auxquels ils ont droit, ou qu'elle a versé ou garanti une éventuelle soulte ou un éventuel dédommagement (art. 164, al. 2, *let. b*, P-LDIP). Le rapport de révision doit examiner la question de l'adéquation conformément aux art. 7 et 8 P-LFus et traiter les points mentionnés à l'art. 15, al. 4, P-LFus. C'est ce qui résulte des renvois découlant, pour la fusion par émigration, de l'art. 163b, al. 1, *let. b*, P-LDIP et, pour la scission par émigration, de l'art. 163d, al. 1, P-LDIP.

Art. 164a P-LDIP Lieu de la poursuite et for

For de l'action tendant à l'examen

En cas de fusion ou de scission internes, l'art. 104 P-LFus permet à chaque associé de demander, dans un délai de deux mois à partir de la publication de la décision de la société, que la question de la sauvegarde des parts sociales ou des droits de sociétariat soit examinée par un juge et qu'une soulte soit fixée par ce dernier. Une telle action doit également pouvoir être intentée en cas de fusion ou de scission de la Suisse vers l'étranger, lorsque le droit matériel suisse s'applique aux associés de la société suisse transférante en vertu de l'art. 163b, al. 1, *let. b*, P-LDIP. L'art. 104 P-LFus est une disposition impérative du droit suisse au sens de l'art. 163a, al. 2, P-LDIP.

Dans les relations internationales, les statuts liés à l'émigration présentent un caractère critique aux yeux de la Suisse. Dans de tels cas, en effet, l'action en examen prévue à l'art. 104 P-LFus est dirigée, du point de vue formel, non pas contre la société suisse transférante, mais contre la société étrangère reprenante. Or, si, à défaut d'une règle spéciale de compétence, il fallait intenter l'action au for ordinaire

²⁰¹ Art. 163, al. 2, P-LDIP (transfert du siège); art. 163b, al. 3, P-LDIP (fusion); art. 163d, al. 1, P-LDIP, en relation avec l'art. 163b, al. 3, P-LDIP (scission).

du défendeur, celle-ci devrait l'être, en cas de fusion ou de scission de la Suisse vers l'étranger, au siège de la société étrangère. Ce ne serait toutefois pas judicieux. C'est pourquoi il convient de prévoir, à l'art. 164a, al. 1, P-LDIP, que l'action contre la société étrangère peut également être introduite au siège suisse de la société transférante.

Lorsqu'il s'agit de cas internationaux européens, la Convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (CL, RS 0.275.11) l'emporte sur la norme internationale de compétence fixée à l'art. 164a, al. 1, P-LDIP. Formellement, l'action fondée sur l'art. 104 P-LFus est une action tendant à l'exécution d'une prestation, dirigée contre la société reprenante à l'étranger; en principe, le for est donc situé au siège de la société reprenante. Demeure ouverte la question de savoir si, en vertu de l'art. 16, ch. 2, CL, le tribunal sis au siège de la société transférante a une compétence exclusive²⁰²; il appartient aux autorités judiciaires compétentes de trancher cette question de manière définitive.

Lieu de la poursuite et for ordinaire

Conformément à l'actuel art. 164, al. 2, LDIP, une société qui est transférée à l'étranger peut faire l'objet de poursuites en Suisse tant que les créanciers n'ont pas été désintéressés ou que leurs créances n'ont pas été garanties. Cette disposition est appliquée aux sociétés qui ont l'obligation de se faire inscrire en Suisse au registre du commerce de la même manière qu'à celles qui ne l'ont pas; pour ce qui est précisément des sociétés non inscrites, il n'est pas possible, en vertu de l'art. 164, al. 1, LDIP, de procéder à un contrôle de l'amortissement des dettes au moment de la radiation du registre. L'art. 164a, al. 2, P-LDIP va encore plus loin en ce sens qu'il décrète que le lieu de la poursuite et le for en Suisse subsistent, après la radiation, aussi longtemps que les créanciers ou les titulaires de parts n'ont pas été désintéressés ou que leurs créances n'ont pas été garanties. Il en résulte la nouveauté suivante: outre le lieu de la poursuite, le for ordinaire est également maintenu en Suisse.

Il convient enfin de relever que, dorénavant, la perpétuation du lieu de la poursuite et du for est valable non seulement en cas de transfert du siège d'une société, mais aussi en cas de fusion ou de scission de la Suisse vers l'étranger. En conclusion, l'art. 164a, al. 2, P-LDIP crée un lieu de poursuite et un for en Suisse pour les actions dirigées contre la société étrangère reprenante, car c'est à partir de l'inscription au registre du commerce que la fusion ou la scission déploie ses effets juridiques et que les actifs et passifs sont transférés à la société reprenante²⁰³.

Art. 164b P-LDIP Transfert, fusion, scission et transfert de patrimoine à l'étranger

La LDIP en vigueur ne prévoit pas de disposition concernant la reconnaissance de la restructuration de sociétés issues d'Etats étrangers différents. Le droit suisse peut cependant être concerné par de telles transactions sans participation helvétique, notamment lorsque la titularité de valeurs patrimoniales qui se trouvent en Suisse prête à discussion. Etant donné qu'il importe de prendre en considération toutes les dispositions impératives des législations concernées, la Suisse, en tant qu'Etat tiers,

²⁰² Le fondement de l'action met en question la décision de fusion ou de scission de la société transférante.

²⁰³ Art. 22 P-LFus (fusion) et art. 52 P-LFus (scission).

ne peut reconnaître le transfert, la fusion et la scission de sociétés provenant de différents pays étrangers que si ces opérations sont valables en vertu des ordres juridiques concernés.

2.2.4 Loi fédérale sur les fors en matière civile (LFors)

Art. 29a Fusions, scissions, transformations et transferts de patrimoine

La loi sur les fors a été adoptée récemment par le Parlement. Elle règle la compétence territoriale des tribunaux en matière civile et s'applique donc également en cas de litiges en relation avec la loi sur la fusion. Le projet d'art. 29a de la loi sur les fors prévoit une compétence alternative au siège de chacun des sujets participants. Ainsi, le risque de voir des fors supprimés par une fusion, une scission ou un transfert de patrimoine est écarté.

2.2.5 Code pénal (CP)

Art. 326^{ter} Contravention aux dispositions concernant les raisons de commerce

La révision de l'ordonnance sur le registre du commerce (ORC), qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1998, a profondément modifié les dispositions relatives au droit des raisons de commerce (art. 45 ss ORC). En particulier, la procédure spéciale d'autorisation pour l'utilisation de désignations nationales, territoriales et régionales a été abrogée. La suppression de cette procédure d'autorisation rend l'art. 326^{ter}, al. 3, du code pénal désuet. Il est dès lors proposé d'abroger cette disposition.

2.2.6 Loi fédérale sur les droits de timbre (LT)

L'art. 14, al. 1, let. b et i concerne le droit de négociation et reprend les propositions mentionnées sous ch. 1.3.9.6, d'après lesquelles les restructurations ne doivent pas donner lieu à la perception de ce droit.

2.2.7 Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD)

Les commentaires suivants ne portent pas seulement sur les prescriptions de la LIFD, mais également sur les prescriptions correspondantes de la LHID, qui sont entièrement identiques.

L'art. 18, al. 2, LIFD règle notamment le transfert de la fortune commerciale à la fortune privée. Le projet de loi sur la fusion prévoit que les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite peuvent se transformer en sociétés de capitaux ou en sociétés coopératives. Etant donné que cette transformation n'est pour l'essentiel qu'une modification de la forme juridique, on pourrait se demander dans quelle mesure la transformation est liée à un transfert d'actifs. Pour des raisons de systématique fiscale, il nous paraît opportun de mentionner explicitement le transfert d'actifs de la fortune commerciale à une personne morale afin de codifier les excep-

tions applicables aux restructurations dans l'art. 19, al. 1. Etant donné que la LHID ne définit pas plus précisément, à son art. 8, al. 1, la notion de „transfert dans la fortune privée“, le présent projet de loi renonce à inscrire dans la LHID une disposition correspondant au nouvel art. 18, al. 2, LIFD.

L'art. 19, al. 1, LIFD concernant les restructurations d'entreprises de personnes modifie la législation actuelle de la manière suivante:

- D'après les *let. a et b*, il suffit, pour la neutralité de la restructuration, qu'une exploitation ou une branche d'activité soit transférée à une autre entreprise de personnes ou à une autre personne morale (toujours à la condition que l'assujettissement en Suisse demeure et que les valeurs déterminantes pour l'impôt sur le revenu soient reprises). En revanche, on a renoncé à l'exigence de l'art. 19, al. 1, *let. c*, en vigueur, d'après laquelle le transfert doit porter sur des „parties distinctes“ dont l'exploitation doit se „poursuivre sans changement“. Dans son rapport, le groupe de travail „Impôts lors de restructurations“ avait proposé de faire dépendre la neutralité fiscale des restructurations des entreprises de personnes du transfert „d'exploitations ou de parts d'exploitation indépendantes“. S'inspirant de la terminologie de l'Union européenne (directive du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents), le présent projet ne parle plus de parts d'exploitation, mais de branches d'activité. Pour les institutions de prévoyance, la neutralité fiscale de la scission ne dépend pas de l'existence d'exploitations ou de branches d'activité selon l'art. 80, al. 4, LPP (cf. ch. 1.3.9.5.5).
- En cas de transfert d'une exploitation ou d'une branche d'activité à une personne morale, la neutralité fiscale suppose en outre que la contrepartie de la personne morale absorbante ou transformée inclue l'accord de droits de participation ou de sociétariat (cf. ch. 1.3.9.5.1). Il peut également y avoir restructuration neutre fiscalement lorsqu'une exploitation ou une branche d'activité (au sens d'un apport de capital dissimulé) est transférée à une personne morale liée à une entreprise de personnes, sans que cette personne morale ait à fournir une contre-prestation et que la différence entre les actifs et les passifs soit par conséquent comptabilisée sur le compte de réserve de la personne morale reprenante.
- La *let. c* concerne notamment les fusions et les concentrations assimilables à des fusions. Par concentration assimilable à une fusion, il faut comprendre (en concordance avec la directive européenne concernant les fusions) les échanges par lesquels une société acquiert la majorité dans une autre société contre la remise de ses propres droits de participation. Tant pour les fusions que pour les réunions assimilables aux fusions, les détenteurs des droits de participation échangent leurs titres contre des titres de la société reprenante. Pour les personnes physiques qui détenaient des participations à la société reprise dans leur fortune commerciale et pour les personnes morales se pose donc la question de savoir s'il faut imposer à titre de bénéfice imposable la plus-value obtenue à la suite de l'échange des titres. Etant donné que l'échange des titres est une conséquence obligatoire de la restructuration, la pratique fiscale admet en général la neutralité fiscale au niveau des associés dans la mesure où la restructuration est opérée d'une manière neutre fiscalement au niveau de la société. Ce principe doit être inscrit maintenant dans

la loi. Il doit s'appliquer également lorsque les droits de participation à une société (suisse ou étrangère) sont échangés à la suite d'une fusion ou d'une concentration assimilable à une fusion contre des titres d'une société étrangère.

L'art. 19, al. 2, LIFD règle le délai de blocage à observer en cas de transfert d'actifs à une personne morale dans le sens de la conception objective mentionnée au ch. 1.3.9.5.1. Le texte légal, qui prévoit l'imposition des réserves latentes „dans la mesure“ où des droits de participation sont aliénés pendant le délai de blocage, indique clairement que l'imposition ne porte que sur une partie des réserves si l'aliénation n'a pour objet qu'une partie, et non la totalité, des droits de participation.

L'art. 20, al. 1, let. g, LIFD est en relation avec la scission de personnes morales et avec la violation du délai de blocage institué à l'art. 61, al. 1^{bis}, LIFD. Le groupe de travail „Impôts lors de restructurations“ avait proposé en l'occurrence d'inscrire la réserve de l'imposition ultérieure de l'aliénateur à l'art. 61, al. 1, LIFD. Pendant la procédure de consultation, on a fait valoir à juste titre que l'art 20 devait régler explicitement toutes les conséquences pour l'impôt sur le revenu. La nouvelle disposition établit clairement que l'imposition a lieu uniquement en cas d'aliénation, à un prix supérieur à leur valeur nominale, des droits de participation ou de sociétariat acquis à la suite d'une scission. L'impôt est fixé ultérieurement conformément à la procédure prévue aux art. 151 à 153 LIFD. Il n'est pas perçu si la preuve est faite qu'il n'y avait pas intention de vendre au moment de la scission. Du point de vue du droit civil, la scission étant l'inverse d'une fusion, elle entraîne effectivement une partition directe de la fortune. Toutefois, le droit fiscal considère que l'actionnaire reçoit des dividendes en nature qu'il transfère ensuite comme apport à une autre société. Or, la neutralité fiscale ne doit pas être appliquée lorsqu'il y avait intention de vendre déjà au moment de la scission. Etant donné que la LHD ne précise pas la notion de rendement de fortune à son art. 7, le présent projet de loi renonce à inscrire dans la LHD une disposition correspondant au nouvel art. 20, al. 1, let. g, LIFD.

L'art. 61, al. 1, LIFD s'inspire pour l'essentiel de l'art. 19, al. 1, LIFD, mais sa formulation est plus ouverte que celle du droit en vigueur. Ceci vaut en particulier pour les let. b et c. La let. a règle le problème, évoqué au ch. 1.3.9.5.6, de la transformation d'une société de capitaux ou d'une société coopérative en une entreprise de personnes, en une association ou en une fondation. Dans ces cas, l'imposition ne doit pas avoir lieu au niveau de la société de capitaux ou de la société coopérative, mais au niveau des associés et des coopérateurs. L'art. 20, al. 1, let. c, LIFD impose l'obligation d'acquitter l'impôt sur les excédents de liquidation. Dans les cas correspondants à la let. b, il convient de prendre garde au fait que, lors du transfert d'une entreprise ou d'une partie distincte de l'entreprise à une société soeur (scission verticale), on ne peut considérer qu'il s'agit d'une (véritable) scission du point de vue fiscal que si la société qui se scinde garde une exploitation.

L'art. 61, al. 1^{bis}, LIFD règle le délai de blocage applicable aux scissions conformément à la conception déjà citée. D'après cette conception, il n'y pas de neutralité fiscale s'il y avait intention de vendre déjà au moment de la scission. On considère qu'il y a intention de vendre lorsque les droits de participation ou les droits de sociétariat concernés sont aliénés dans les cinq ans suivant la scission à un prix supérieur à leur valeur nominale et que l'actionnaire ne peut prouver qu'il n'avait aucune intention de vendre au moment de cette scission. Il ressort du texte de cet alinéa que

les réserves latentes sont également imposées a posteriori lorsque, après une scission verticale, l'entrepreneur n'aliène pas les droits de participation de la nouvelle société, mais aliène sa participation à l'ancienne société contre rétribution. Dans leurs avis sur le projet de loi remanié, les cantons ont souligné les problèmes qui se posent en matière de délai de blocage pour les sociétés publiques. Ils ont également remarqué que, les actionnaires de ces sociétés n'étant pas connus tant que leur participation n'atteint pas 5 %, une stricte application de l'art. 61, al. 1^{bis}, poserait quelques problèmes. D'autres participants à la consultation ont également évoqué la situation des sociétés publiques. Une réglementation spéciale pour ces sociétés doit toutefois être rejetée, et ce pour deux raisons: premièrement, il apparaît qu'instaurer un délai de blocage pour les seules entreprises dont les actions ne sont pas traitées en Bourse irait à l'encontre du principe d'égalité et, deuxièmement, il faut remarquer que beaucoup de sociétés publiques sont liées à des personnes, dans la mesure où les participations importantes sont aux mains d'investisseurs cités, comme le veut l'art. 663c CO, dans l'annexe au bilan. Pour ce qui est de l'application du délai de blocage, nous pouvons donc adhérer au point de vue des cantons, pour qui l'aliénation de petits paquets d'actions effectivement traités en Bourse (d'après la pratique jusqu'ici en vigueur) n'entraîne aucune conséquence fiscale.

L'art. 61, al. 2, LIFD règle le transfert (exposé au ch. 1.3.9.5.3) de participations importantes et d'exploitations au sein d'un groupe en Suisse et permet ces transferts à la valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice. Pour la notion de groupe, le projet se fonde sur l'art. 663e, al. 1, CO. Lors du transfert de participations, d'exploitations ou de parties d'exploitation à un groupe de sociétés sis en Suisse, les réserves latentes sont également transférées à une autre sujet fiscal. Lorsque le transfert est effectué vers une société soeur ou vers la société mère, il y a déplacement de la substance fiscale. En cas de transfert à une société fille, cela signifie qu'une réduction pour participation peut être demandée pour le gain réalisé lors d'une aliénation. Si les participations, exploitations et parties d'exploitation transférées sont aliénées durant le délai de blocage, l'art. 61, al. 2^{bis}, garantit que l'impôt sur les bénéfices sera prélevé auprès de la société transférante. Cette solution correspond à la pratique actuelle qui prévoit un délai de cinq ans pour l'imposition sur le bénéfice en cas de transfert d'exploitations ou de parties d'exploitation à une société fille (cf. circulaire de l'AFC du 9 juillet 1998, ch. 2.5.3, let. d). Ainsi, le droit en vigueur permet déjà d'éviter que des gains en capital imposables ne soient artificiellement transformés en gains de participation exonérés d'impôt. Cela n'exclut pas pour autant que, lors du transfert d'une „nouvelle participation“ au sens de l'art. 270a, al. 1, LIFD en violation du délai de blocage, on puisse faire valoir la réduction pour participation prévue aux art. 69 et 70 LIFD.

2.2.8 Correction rédactionnelle de la LHID

L'art. 12, al. 4, LHID renvoie par erreur à l'al. 4 de l'art. 24 au lieu de renvoyer à l'al. 3 de cet article. On modifiera l'art. 12, al. 4 pour corriger cette inadvertance.

2.2.9

Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)

Art. 62, al. 3

Conformément à la pratique actuelle, le projet de loi sur la fusion prévoit que la fusion et la transformation d'institutions de prévoyance sont soumises à l'approbation de l'autorité de surveillance (cf. l'art. 95 et le renvoi de l'art. 97, al. 3). Le projet d'art. 62, al. 3, LPP contient une norme de délégation en faveur du Conseil fédéral, qui peut édicter par voie d'ordonnance des dispositions d'exécution concernant l'approbation de la fusion et de la transformation par l'autorité de surveillance. Par ailleurs, l'exercice de la surveillance en matière de liquidations et de liquidations partielles d'institutions de prévoyance (cf. art. 23 LFLP) doit également être réglementé de manière plus précise. Ces dispositions d'exécution auront pour effet d'améliorer la sécurité juridique ainsi que d'harmoniser la pratique des différentes autorités de surveillance.

2.2.10

Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (LB)

Art. 14

L'art. 14, al. 1, de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (LB; RS 952.0) autorise le Conseil fédéral à faciliter la transformation d'une banque coopérative en société anonyme, en société en commandite par actions ou en société à responsabilité limitée (cf. l'al. 4). Eu égard à la nouvelle réglementation de la transformation prévue par la loi sur la fusion (art. 50 ss), cette disposition peut être abrogée. D'autre part, les al. 2 à 4 de l'art. 14 LB étant devenus lettre morte, il s'impose également de les abroger.

2.2.11

Loi fédérale sur la surveillance des institutions d'assurance privées (LSA)

Art. 9a et 42, al. 1, let. a

Le nouvel art. 9a de la loi fédérale du 23 juin 1978 sur la surveillance des institutions d'assurance privées (LSA; RS 961.01) réserve l'approbation de l'autorité de surveillance en matière de fusion, de scission et de transformation d'institutions d'assurance privées. L'approbation de ces opérations par l'autorité de surveillance est nécessaire eu égard à la protection des assurés; il en va de même pour les institutions de prévoyance (art. 95 et 97, al. 3).

L'art. 42 LSA est complété afin que le Conseil fédéral puisse édicter des dispositions d'exécution, par voie d'ordonnance, en matière d'approbation, par l'autorité de surveillance, de fusions, de scissions et de transformations conformément à l'art. 9a LSA.

3 Conséquences

3.1 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel

3.1.1 Projet de loi sur la fusion

Le projet de loi sur la fusion n'a de conséquences financières ni pour la Confédération, ni pour les cantons. Les frais (de personnel et autres) liés à l'inscription au registre du commerce des opérations de fusion, de scission, de transformation et de transfert de patrimoine sont couverts par les émoluments du registre du commerce.

3.1.2 Modifications du droit fiscal

3.1.2.1 Conséquences pour la Confédération

A long terme, les modifications proposées n'entraîneront pas de pertes de recettes pour l'impôt fédéral direct; en effet, ces propositions ne préconisent pas d'abandonner l'imposition, mais de la différer jusqu'à la réalisation effective des bénéfices de l'entreprise. On doit toutefois s'attendre à certaines pertes pour ce qui est du droit de timbre de négociation. Il est cependant difficile d'établir une estimation fiable de ces pertes, car il est pratiquement impossible de chiffrer le nombre et le volume des restructurations à venir. On peut toutefois tabler sur une perte de 10 à 20 millions de francs par an.

Par ailleurs, il faut ajouter que les modifications proposées n'auront aucune incidence sur la situation du personnel de la Confédération.

3.1.2.2 Conséquences pour les cantons

De même que pour l'impôt fédéral direct, les modifications proposées ne devraient pas occasionner à long terme de pertes dans les recettes des impôts cantonaux et communaux.

Les cantons ne devraient pas non plus avoir à supporter une charge de travail supplémentaire.

3.2 Conséquences économiques

3.2.1 Nécessité et possibilité de l'intervention de l'Etat

L'intervention du législateur s'avère indispensable pour différentes raisons (pour davantage de détails, cf. ch. 1.2.1):

- La loi ne prévoit pas la fusion pour la plupart des formes juridiques; c'est le cas des associations, des fondations, des sociétés de personnes (sociétés en nom collectif et sociétés en commandite) et des sociétés à responsabilité limitée. A une exception près, il n'existe pas de base légale pour la fusion entre sociétés de forme juridique différente.

- La transformation n'est actuellement réglementée que de manière très ponctuelle; le droit en vigueur contient seulement deux bases légales en la matière.
- La scission n'est actuellement pas prévue par la loi.
- Le transfert d'un patrimoine ou d'une part de celui-ci ne peut être opéré en un seul acte; les règles de forme propres au transfert de chacun des éléments patrimoniaux doivent être respectées.
- Il n'existe aucune base légale en droit privé concernant la conversion, par voie de transformation ou de fusion, d'un sujet de droit public en une forme juridique de droit privé.

Les bases légales pour d'importantes opérations de réorganisation des structures juridiques des entreprises font donc actuellement défaut, alors même que l'économie manifeste un besoin croissant de disposer de structures souples. La pratique libérale des autorités du registre du commerce dans le comblement des lacunes de la loi touche à ses limites. Il en résulte une grande insécurité juridique et un manque de transparence; ces conséquences sont particulièrement graves vu les intérêts économiques en jeu. Dans une perspective internationale, l'absence de dispositions légales en la matière constitue un désavantage pour la place économique suisse. Par ailleurs, la nécessité de l'intervention du législateur n'a aucunement été contestée dans le cadre de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de loi sur la fusion.

3.2.2 Conséquences pour les différentes catégories d'acteurs de la vie économique

Sociétés / entreprises

Par rapport au droit actuel, la nouvelle réglementation permet aux sociétés d'adapter plus facilement leurs structures juridiques à leurs nouveaux besoins. Elle élargit de manière significative l'éventail des possibilités de fusion et de transformation.

Les nouvelles dispositions peuvent entraîner des charges supplémentaires pour les sociétés qui fusionnent. Ces dernières doivent établir un rapport de fusion ou de transformation et faire procéder à sa vérification (art. 14 s. et 61 s.); ces exigences sont nécessaires pour protéger de manière adéquate des droits des associés (cf. ci-dessous). Les petites et moyennes entreprises sont cependant libérées de ces obligations, moyennant le consentement de l'ensemble des associés; les mêmes allègements sont également prévus en matière de fusion simplifiée, soit entre sociétés de capitaux appartenant à un même groupe (art. 23 s.). Contrairement au droit actuel (cf. les art. 748, ch. 2, et 915, ch. 2, CO pour la fusion entre sociétés anonymes et entre sociétés coopératives), le projet de loi sur la fusion renonce à l'obligation de gérer séparément les patrimoines; des frais conséquents pour les sociétés sont ainsi évités.

Avec la scission et le transfert de patrimoine, le projet propose de nouveaux instruments juridiques aux sociétés. La scission devrait engendrer des coûts proches de ceux d'une fusion. Quant au transfert de patrimoine, il doit permettre aux sociétés de réaliser des économies substantielles. Désormais, une multitude d'éléments patrimoniaux pourront être transférés en un seul acte; il sera notamment possible de transférer une pluralité d'immeubles avec un seul acte authentique. Le transfert de patrimoine permettra d'effectuer des opérations qui, d'un point de vue économique,

peuvent déjà être opérées en vertu du droit actuel, mais selon une procédure bien plus fastidieuse et coûteuse.

Les coûts exacts des opérations régies par le projet ne peuvent être déterminés d'une manière générale; ils dépendent dans une large mesure de l'opération concrète de modification des structures juridiques. Les sociétés qui choisissent de réaliser de telles opérations assument une charge unique et non périodique. Cette charge ne représente cependant qu'une part restreinte des frais globaux consécutifs à la modification des structures juridiques. Par ailleurs, en comparaison avec la situation actuelle, la nouvelle réglementation permettra de réduire les frais de consultation juridique liés aux lacunes du droit en vigueur.

Associés

La position des associés et, en particulier, des associés minoritaires lors de fusions, de scissions, de transformations et de transferts de patrimoine est renforcée en comparaison avec le droit actuel. Leur information est notablement améliorée, ce qui leur permet de se prononcer en connaissance de cause. Les possibilités d'exiger la protection judiciaire de leurs droits sont également améliorées.

Créanciers

La protection des droits des créanciers en matière de fusion est fondamentalement similaire à celle prévue par le droit actuel. Toutefois, afin d'accélérer la procédure de fusion, ils ne peuvent exiger des sûretés qu'une fois que la fusion a déployé ses effets. Pour la scission, la protection des créanciers est renforcée en raison des risques inhérents à cette opération.

3.2.3 Implications pour l'économie dans son ensemble

Le projet de loi sur la fusion ne vise ni à encourager, ni à limiter les opérations de modification des structures juridiques, mais à assurer une meilleure sécurité du droit et davantage de transparence lors de la réalisation de ces transactions. La nouvelle réglementation constitue donc une contribution à l'amélioration des conditions-cadres de l'économie. D'un point de vue international, la nouvelle réglementation améliore l'attractivité de la place économique suisse.

Les conséquences de la nouvelle réglementation sur la concurrence, sur les investissements et sur l'emploi ne peuvent pas être déterminées avec précision. Toute influence directe sur ces trois facteurs devrait cependant être mineure. Le projet de loi sur la fusion aura néanmoins une influence indirecte et positive sur les investissements et sur l'emploi; cette influence serait alors le fruit de l'amélioration de l'attractivité de la place économique suisse consécutive à l'introduction de la nouvelle loi.

Le projet de loi tient également compte des besoins de l'économie en prévoyant une adaptation adéquate du droit fiscal. Les dispositions relatives à la neutralité fiscale de la fusion, de la scission et de la transformation ne s'orientent pas uniquement sur la loi sur la fusion, mais sont également conçues de manière plus précise. Les questions pour lesquelles les autorités fiscales jouissaient jusqu'alors d'un important pouvoir d'appréciation sont réglées de manière impérative dans le droit fiscal harmonisé de la Confédération. Ainsi, les pratiques, en partie divergentes, des autorités

cantoniales chargées de l'exécution de la loi seront uniformisées, et l'égalité devant la loi ainsi que la sécurité du droit seront renforcées.

3.2.4 Alternatives

Les opérations ayant pour objet de modifier les structures juridiques des sociétés échappent à l'autonomie privée des acteurs économiques; en effet, ces opérations ont des incidences sur les tiers (associés minoritaires et créanciers), et le transfert d'un ensemble de biens en un seul acte (scission et transfert de patrimoine) doit reposer sur une base légale. La compétence de créer de telles normes revient donc à l'Etat; il n'y a pas de place pour une alternative basée sur l'autorégulation.

Renoncer à une réglementation détaillée du type de celle qui est proposée ne constitue pas non plus une alternative. Notamment pour des raisons de sécurité du droit et de transparence, ces transactions doivent être réglées au niveau de la loi; les problèmes constatés sous l'empire du droit actuel montrent de manière évidente les inconvénients liés à l'absence de bases légales claires. En outre, le statu quo aurait pour conséquence que certaines opérations de fusion et de transformation ne pourraient être réalisées (faute de base légale), et, d'une manière générale, la scission et le transfert de patrimoine resteraient des instruments juridiques étrangers au droit suisse.

3.2.5 Aspects pratiques de l'exécution

Malgré la complexité de la matière, la forme et la structure du projet de loi facilitent l'accès aux informations importantes pour les sociétés concernées. Les opérations de fusion, de scission et de transformation sont réglées de manière claire et exhaustive. La transparence de la réglementation est donc assurée.

4 Programme de la législature

Le présent projet est annoncé comme objet parlementaire dans le rapport sur le programme de la législature 1999–2003²⁰⁴.

5 Rapport avec le droit communautaire

5.1 Projet de loi sur la fusion

L'Union européenne a, dans la troisième directive concernant le droit des sociétés²⁰⁵, édicté des dispositions-cadres pour la réglementation de la fusion de sociétés anonymes en droit national. En outre, la sixième directive²⁰⁶ contient des dispositions-cadres pour la réglementation de la scission de sociétés anonymes, qui ne sont cependant applicables que dans la mesure où le droit national autorise la scission.

²⁰⁴ FF **2000** 2168 ss, 2183.

²⁰⁵ 78/855/CEE; JO N° L 295 du 20.10.1978, p. 36 ss.

²⁰⁶ 82/891/CEE; JO N° L 378 du 31.12.1982, p. 47 ss.

En revanche, à l'exception de l'art. 13, par. 2, de la deuxième directive²⁰⁷, le droit communautaire ne connaît pas de directive spécifique concernant la transformation de la forme juridique. Les directives concernant le droit des sociétés sont contraignantes pour les Etats membres de l'Espace économique européen (EEE)²⁰⁸.

En raison de l'internationalité des activités économiques, l'harmonisation du droit des sociétés avec les dispositions des Etats qui entourent la Suisse doit être entreprise, indépendamment de la question de l'intégration de la Suisse dans l'Union européenne²⁰⁹. Cette harmonisation est également importante pour la sécurité juridique lors d'opérations transfrontalières et pour la participation d'investisseurs étrangers à des sociétés suisses. Ceci est tout particulièrement le cas en ce qui concerne la réglementation de la fusion et de la scission. Les dispositions-cadres de l'Union européenne contenues dans les deux directives susmentionnées sont, en principe, matériellement justifiées et peuvent être reprises dans toute la mesure du possible par le projet de loi sur la fusion.

Le projet remplit la plupart des exigences des troisième et sixième directives de l'Union européenne. Les principales dérogations concernent les questions suivantes:

- le montant de la soulte (art. 7, al. 2);
- la possibilité d'attribuer un dédommagement (art. 8);
- les allègements en faveur des petites et moyennes entreprises, lorsque celles-ci sont constituées sous la forme de sociétés anonymes (art. 14, al. 2, 15, al. 2, 16, al. 2, 39, al. 2, 40 et 41, al. 2, 61, al. 2, et 62, al. 2);
- la désignation d'un réviseur commun par les sociétés qui participent à la fusion ou à la scission (art. 15, al. 1, et 40);
- le droit de consultation des associés (art. 16 et 41).

Pour davantage de détails, il y a lieu de se référer au commentaire relatif aux dispositions précitées.

Jusqu'à présent, l'Union européenne n'a pas légiféré dans le domaine de la restructuration transfrontalière d'entreprises; elle ne dispose, depuis plusieurs années, que d'une proposition de la Commission pour une directive sur la fusion internationale²¹⁰ et d'un avant-projet de directive sur le transfert de siège²¹¹. Ces propositions de directives et le projet de révision de la LDIP sont en harmonie, tant au niveau des principes que des détails. La seule différence à signaler réside dans le fait que le projet de révision de la LDIP prévoit, pour les cas de fusion internationale, une réglementation sur la protection des créanciers plus stricte que celle du droit interne; or, comme nous l'avons déjà relevé, c'est justement ce que la proposition de direc-

²⁰⁷ 77/91/CEE; JO N° L 026 du 30.1.1977, p. 1 ss. Cette disposition prévoit que la législation des Etats membres doit offrir des garanties identiques à celles prévues lors de la fondation d'une société anonyme en cas de transformation d'une société d'une autre forme juridique en une société anonyme.

²⁰⁸ Cf. FF 1992 IV 398, 684, 1479.

²⁰⁹ Cf. également groupe de réflexion „Droit des sociétés“, rapport final, p. 19 s., 82.

²¹⁰ Proposition du 14 janvier 1985 de dixième directive concernant les fusions transfrontalières des sociétés anonymes (directive sur la fusion internationale), JO CE 1985 C 23, p. 11 ss.

²¹¹ Avant-projet de proposition d'une quatorzième directive du Parlement européen et du Conseil concernant le transfert de siège des sociétés d'un Etat membre à un autre avec changement de la loi applicable, COM XV/6002/97 du 20.4.1997, paru dans la Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 1997 p. 1721 ss.

tive veut empêcher dans les pays de l'Union européenne²¹². Quant à la scission transfrontalière, elle ne fait pas encore l'objet de proposition de directive sur le plan européen.

5.2 Modifications du droit fiscal

La directive de l'Union européenne du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents règle essentiellement la fusion et la scission de sociétés de capitaux. Elle veut également éviter la prise en compte des réserves latentes lors de restructurations, en sauvegardant les intérêts financiers de l'Etat de la société apporteuse ou acquise. Les pays concernés doivent en effet conserver les réserves latentes comme substance fiscale: la directive prévoit donc une clause sur les établissements stables et exige la reprise des valeurs comptables. En ce qui concerne l'imposition des actionnaires, la directive s'en tient au principe qui veut que, en cas de fusion ou de scission, l'échange de droits de participation n'est pas suffisant pour entraîner une imposition des bénéfices provenant de l'aliénation: les éventuelles soultes peuvent toutefois être imposées par les Etats membres. Les propositions de modification de la LIFD et de la LHID sont donc en accord avec les directives européennes. Il convient d'ailleurs de souligner que les dispositions de la LHID prévoient l'application d'une solution beaucoup plus large et avantageuse que celle préconisée par l'Union européenne dans le cas de restructurations à cheval sur deux cantons: en effet, la LHID ne réserve pas la possibilité pour le canton de la société apporteuse ou acquise de prélever un impôt sur les réserves latentes au moment du départ de l'entreprise.

Il faut également remarquer qu'en cas de reprise d'une filiale par sa société mère, la directive européenne prévoit l'exonération des éventuels bénéfices de fusion. L'imposition de ces bénéfices prévue à l'art. 61, al. 3, LIFD ne devrait en fait être contraire qu'à la lettre de cette directive, car ces bénéfices de fusion sont également (indirectement) exonérés par le droit fiscal suisse, la société mère reprenante pouvant faire valoir son droit à une déduction pour participation (cf. ch. 1.3.9.5.4).

Pour ce qui est de l'impôt sur les droits de timbre, les modifications envisagées ne posent aucune difficulté au niveau des rapports avec le droit européen.

²¹² Commentaire de l'art. 163b, al. 3, P-LDIP, ch. 2.2.3.2.

6 Constitutionnalité

6.1 Compétence de la Confédération d'édicter des dispositions en matière de fusion, de scission, de transformation et de transfert de patrimoine

Le projet de loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine repose sur l'art. 122, al. 1, de la Constitution (RS 101), lequel donne à la Confédération le droit de légiférer en matière de droit privé.

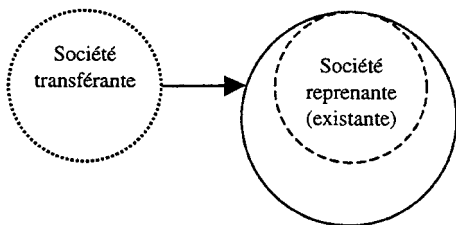
6.2 Compétence de la Confédération d'édicter des dispositions fiscales en matière de fusion, de scission, de transformation et de transfert de patrimoine

Les lois fiscales devant être modifiées ont été édictées sur la base de la Constitution et selon la procédure ordinaire. La base constitutionnelle découle du préambule des actes législatifs concernés. Les modifications proposées par le présent message entrent dans le cadre constitutionnel. Ce projet est ainsi conforme à la Constitution.

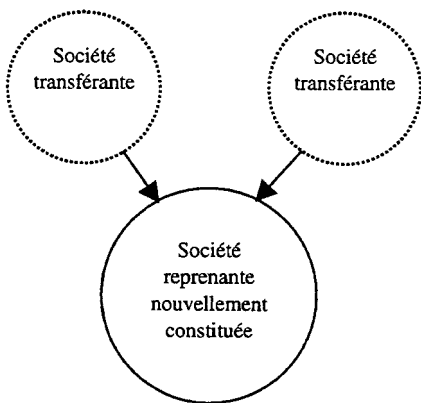
7 Schémas descriptifs

7.1 Formes de fusion

7.1.1 Fusion par absorption (art. 3, al. 1, let. a)



7.1.2 Fusion par combinaison (art. 3, al. 1, let. b)

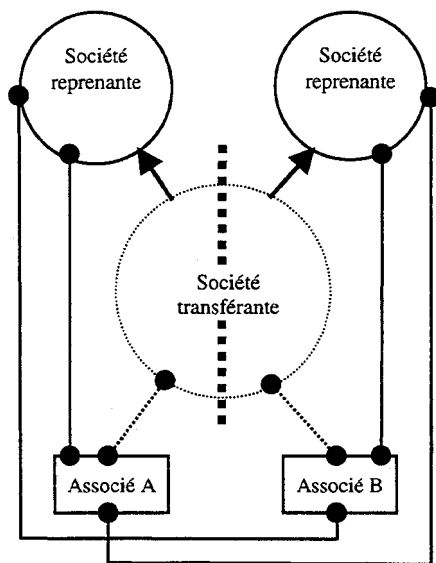


7.2

Formes de scission

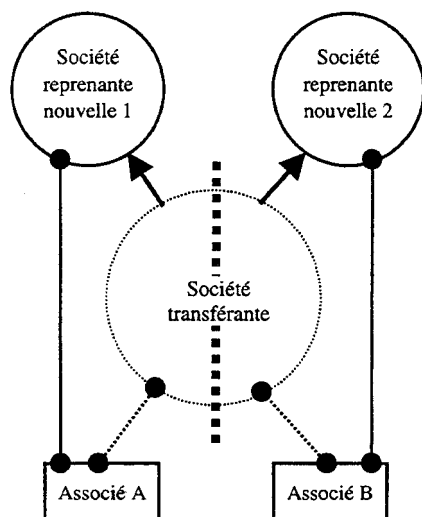
7.2.1

Division symétrique

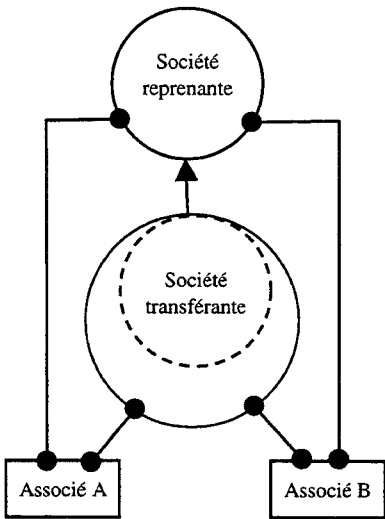


7.2.2

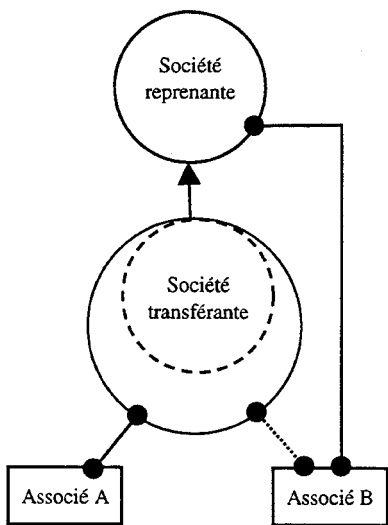
Division asymétrique



7.2.3 Séparation symétrique



7.2.4 Séparation asymétrique



7.3

Fusions, scissions, transformations et transferts de patrimoine autorisés

7.3.1

Aperçu général

Tableau des possibilités de modification des structures juridiques
(fusion, scission, transformation et transfert de patrimoine)

Sujet repreuant ① Sujet transférant ②	EI	SNC	SC	SA	SCA	Sàrl	Coop	Coop#	Association	Fondation	IP
EI	TP*	TP*	TP*	TP*	TP*	TP*	TP*	TP*	TP*	TP*	TP*
SNC	TP*	F TP*	F TP*	F TP*	F TP*	F TP*	F TP*	F TP*	TP*	TP*	TP*
SC	TP*	F TP*	F TP*	F TP*	F TP*	F TP*	F TP*	F TP*	TP*	TP*	TP*
SA	TP	TP	TP	F S TP	F S TP	F S TP	F S TP	F S TP	TP	TP	TP
SCA	TP	TP	TP	F S TP	F S TP	F S TP	F S TP	F S TP	TP	TP	TP
Sàrl	TP	TP	TP	F S TP	F S TP	F S TP	F S TP	F S TP	TP	TP	TP
Coop	TP	TP	TP	F S TP	F S TP	F S TP	F S TP	F S TP	TP	TP	TP
Coop#	TP	TP	TP	F S TP	F S TP	F S TP	F S TP	F S TP	F* T* TP	TP	TP
Association	TP*	TP*	TP*	F* T* TP*	F* T* TP*	F* T* TP*	F* T* TP*	F* T* TP*	F TP*	TP*	TP*
Fondation	TP*	TP*	TP*	TP*	TP*	TP*	TP*	TP*	TP*	F TP*	TP*
IP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	T TP	T TP	TP	T TP	F TP

Légende

- ① dans l'hypothèse de la transformation, il s'agit de la forme de droit après transformation
- ② dans l'hypothèse de la transformation, il s'agit de la forme de droit avant transformation
- F fusion
- S scission
- T transformation
- TP transfert de patrimoine
- EI entreprise individuelle
- SNC société en nom collectif
- SC société en commandite
- SA société anonyme
- SCA société en commandite par actions
- Sàrl société à responsabilité limitée
- Coop société coopérative (avec capital social)
- Coop# société coopérative sans capital social
- IP institution de prévoyance
- * le sujet doit être inscrit au registre du commerce

7.3.2 Fusions autorisées

Tableau des fusions autorisées (art. 4, 78 et 88)

Sujet transférante \ Sujet reprenante	SNC	SC	SA	SCA	Sàrl	Coop	Coop#	Association	Fondation	IP
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			
Sàrl			F	F	F	F	F			
Coop			F	F	F	F	F			
Coop#			F	F	F	F	F	F*		
Association			F*	F*	F*	F*	F*	F		
Fondation									F	
IP										F

7.3.3 Scissions autorisées

Tableau des scissions autorisées (art. 29)

Sujet repre­nant Sujet transf­érant	SNC	SC	SA	SCA	Sàrl	Coop	Association	Fondation	IP
SNC									
SC									
SA			S	S	S	S			
SCA			S	S	S	S			
Sàrl			S	S	S	S			
Coop			S	S	S	S			
Association									
Fondation									
IP									

7.3.4

Transformations autorisées

Tableau des transformations autorisées (art. 54 et 97)

De \ En	SNC	SC	SA	SCA	Sàrl	Coop	Coop#	Association	Fondation	IP
SNC		T	T	T	T	T	T			
SC	T		T	T	T	T	T			
SA				T	T	T	T			
SCA			T		T	T	T			
Sàrl			T	T		T	T			
Coop			T	T	T					
Coop#			T	T	T			T*		
Association			T*	T*	T*	T*	T*			
Fondation										
IP						T	T		T	

7.3.5 Transferts de patrimoine autorisés

Tableau des transferts de patrimoine autorisés (art. 69, 86 et 98)

Sujet repre­nant Sujet transf­é­rant	EI	SNC	SC	SA	SCA	Sàrl	Coop	Coop#	Association	Fondation	IP
EI*	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP
SNC*	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP
SC*	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP
SA	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP
SCA	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP
Sàrl	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP
Coop	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP
Coop#	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP
Association*	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP
Fondation*	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP
IP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP

Table des matières

1 Partie générale	3997
1.1 Contexte	3997
1.1.1 Etat actuel du droit	3997
1.1.2 Evolution dans la pratique	3998
1.2 Elaboration de la loi	4000
1.2.1 Nécessité d'une intervention du législateur	4000
1.2.2 Avant-projet de 1997	4002
1.2.3 Procédure de consultation	4003
1.2.3.1 Introduction	4003
1.2.3.2 Appréciation générale de l'avant-projet de loi sur la fusion	4003
1.2.3.2.1 Approbation de principe	4003
1.2.3.2.2 Principales critiques	4004
1.2.3.2.2.1 Densité normative de l'avant-projet	4004
1.2.3.2.2.2 Elargissement des possibilités de restructuration autorisées	4004
1.2.3.2.2.3 Procédures simplifiées de restructuration pour les PME	4004
1.2.3.2.2.4 Aspects sociaux – Protection des travailleurs lors de restructurations	4005
1.2.3.2.2.5 Institutions de prévoyance en faveur du personnel et fondations	4005
1.2.3.3 Appréciation générale du rapport du groupe de travail „Impôts lors de restructurations“	4005
1.2.3.3.1 Généralités	4005
1.2.3.3.1.1 Appréciation financière	4006
1.2.3.3.1.2 Réforme 1997 de l'imposition des sociétés	4006
1.2.3.3.1.3 Entrée en vigueur	4006
1.2.3.3.2 Modification de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD)	4006
1.2.3.3.2.1 Généralités	4006
1.2.3.3.2.2 Paiements de soultes et augmentations de valeur nominale	4006
1.2.3.3.2.3 Neutralité fiscale des restructurations	4006
1.2.3.3.2.3.1 Généralités	4006
1.2.3.3.2.3.2 Exploitations indépendantes ou parties distinctes d'exploitation	4007
1.2.3.3.2.3.3 Poursuite de l'exploitation	4007
1.2.3.3.2.3.4 Droits de participation ou droits de sociétariat accordés en contrepartie par la personne morale reprenante	4007
1.2.3.3.2.3.5 Nouvelle réglementation du délai de blocage	4007
1.2.3.3.2.3.6 Réglementation légale de la scission des sociétés immobilières et des holdings	4008
1.2.3.3.2.3.7 Transfert de participations ou d'entreprises à l'intérieur d'un même groupe en Suisse	4008

1.2.3.3.2.3.8 Traitement des pertes et des bénéfices de fusion	4008
1.2.3.3.3 Modification de la loi fédérale sur l'harmonisation fiscale (LHID)	4009
1.2.3.3.3.1 Report de l'imposition des gains immobiliers et des droits de mutation	4009
1.2.3.3.3.2 Report de l'imposition en cas d'acquisition du statut de holding	4009
1.2.3.3.3.3 Adaptation des législations cantonales	4009
1.2.3.3.4 Modification de la loi fédérale sur l'impôt anticipé (LIA)	4009
1.2.3.3.5 Modification de la loi fédérale sur les droits de timbre (LT)	4009
1.2.3.3.5.1 Droit d'émission	4009
1.2.3.3.5.2 Droit de négociation	4010
1.2.3.3.6 Modification de l'ordonnance régissant la taxe sur la valeur ajoutée (OTVA)	4010
1.2.4 Suite des travaux	4010
1.3 Remarques générales concernant le projet	4011
1.3.1 Objectifs du projet	4011
1.3.2 Eléments principaux du projet	4011
1.3.2.1 Fusion	4011
1.3.2.2 Scission	4012
1.3.2.3 Transformation	4014
1.3.2.4 Transfert de patrimoine	4015
1.3.2.4.1 Droit actuel	4015
1.3.2.4.2 Remplacement de la dissociation, en tant que forme de scission, par le transfert de patrimoine	4016
1.3.2.4.3 Eléments principaux de la réglementation du transfert de patrimoine	4017
1.3.2.4.4 Fonction et cas d'application du transfert de patrimoine	4018
1.3.2.5 Fusions, transformations et transferts de patrimoine auxquels participent des instituts de droit public	4019
1.3.3 Création d'une loi spéciale	4019
1.3.4 Titre de la loi	4020
1.3.5 Transfert des rapports de travail	4020
1.3.6 Information et participation des travailleurs	4021
1.3.7 Fusion, scission et transformation de PME	4021
1.3.8 Rapports avec la loi sur les cartels	4022
1.3.9 Droit fiscal	4023
1.3.9.1 Appréciation du droit en vigueur	4023
1.3.9.2 Lignes directrices pour la révision du droit fiscal	4024
1.3.9.3 Modifications en matière d'impôt fédéral direct et d'impôts directs des cantons et des communes	4025
1.3.9.4 Rapport avec le droit civil	4026
1.3.9.5 Questions spéciales	4027

1.3.9.5.1 Restructuration d'entreprises de personnes (raisons individuelles, sociétés de personnes)	4027
1.3.9.5.2 Restructuration de personnes morales	4028
1.3.9.5.3 Transfert de participations et d'exploitations au sein d'un groupe sis en Suisse	4029
1.3.9.5.4 Bénéfice de fusion et perte de fusion	4030
1.3.9.5.5 Scission d'institutions de prévoyance	4031
1.3.9.5.6 Transformation d'une société de capitaux ou d'une société coopérative en une société de personnes	4032
1.3.9.5.7 Soultes et augmentation de la valeur nominale	4033
1.3.9.5.8 Scission de holdings et de sociétés immobilières	4033
1.3.9.5.9 Acquisition du statut de holding	4034
1.3.9.6 Droits de timbre	4034
1.3.9.7 Droits de mutation	4035
1.3.9.8 Taxe sur la valeur ajoutée	4036
1.4 Droit comparé	4036
1.4.1 En général	4036
1.4.2 Allemagne	4037
1.4.2.1 Généralités	4037
1.4.2.2 Fusion	4037
1.4.2.3 Scission	4037
1.4.2.4 Transformation	4038
1.4.3 France	4038
1.4.3.1 Généralités	4038
1.4.3.2 Fusion	4038
1.4.3.3 Scission	4039
1.4.3.4 Transformation	4040
1.4.4 Italie	4040
1.4.4.1 Généralités	4040
1.4.4.2 Fusion	4040
1.4.4.3 Scission	4040
1.4.4.4 Transformation	4041
2 Partie spéciale	4041
2.1 Commentaire des dispositions du projet	4042
2.1.1 Chapitre 1 Objet et définitions	4042
2.1.2 Chapitre 2 Fusion de sociétés	4045
2.1.2.1 Section 1 Dispositions générales	4046
2.1.2.2 Section 2 Parts sociales et droits de sociétariat	4054
2.1.2.3 Section 3 Augmentation de capital, fondation et bilan intermédiaire	4058
2.1.2.4 Section 4 Contrat de fusion, rapport de fusion et vérification	4060
2.1.2.5 Section 5 Décision de fusion et inscription au registre du commerce	4071
2.1.2.6 Section 6 Fusion simplifiée de sociétés de capitaux	4076
2.1.2.7 Section 7 Protection des créanciers et des travailleurs	4078
2.1.3 Chapitre 3 Scission de sociétés	4083
2.1.3.1 Section 1 Dispositions générales	4083

2.1.3.2	Section 2 Parts sociales et droits de sociétariat	4086
2.1.3.3	Section 3 Réduction de capital, augmentation de capital, fondation et bilan intermédiaire	4087
2.1.3.4	Section 4 Contrat de scission, projet de scission, rapport de scission et vérification	4089
2.1.3.5	Section 5 Décision de scission et acte authentique	4093
2.1.3.6	Section 6 Protection des créanciers et des travailleurs	4094
2.1.3.7	Section 7 Inscription au registre du commerce et effets juridiques	4097
2.1.4	Chapitre 4 Transformation de sociétés	4098
2.1.4.1	Section 1 Dispositions générales	4099
2.1.4.2	Section 2 Parts sociales et droits de sociétariat	4102
2.1.4.3	Section 3 Fondation et bilan intermédiaire	4104
2.1.4.4	Section 4 Projet de transformation, rapport de transformation et vérification	4106
2.1.4.5	Section 5 Décision de transformation et inscription au registre du commerce	4109
2.1.4.6	Section 6 Protection des créanciers et des travailleurs	4111
2.1.5	Chapitre 5 Transfert de patrimoine	4112
2.1.5.1	Section 1 Dispositions générales	4112
2.1.5.2	Section 2 Contrat de transfert	4114
2.1.5.3	Section 3 Inscription au registre du commerce et effets juridiques	4116
2.1.5.4	Section 4 Information des associés	4117
2.1.5.5	Section 5 Protection des créanciers et des travailleurs	4119
2.1.6	Chapitre 6 Fusion et transfert de patrimoine de fondations	4120
2.1.6.1	Section 1 Fusion	4121
2.1.6.2	Section 2 Transfert de patrimoine	4126
2.1.7	Chapitre 7 Fusion, transformation et transfert de patrimoine d'institutions de prévoyance	4127
2.1.7.1	Section 1 Fusion	4127
2.1.7.2	Section 2 Transformation	4131
2.1.7.3	Section 3 Transfert de patrimoine	4132
2.1.8	Chapitre 8 Fusion, transformation et transfert de patrimoine auxquels participent des instituts de droit public	4133
2.1.9	Chapitre 9 Dispositions communes	4138
2.1.9.1	Section 1 Dispositions d'exécution	4138
2.1.9.2	Section 2 Réquisition d'inscription au registre foncier	4138
2.1.9.3	Section 3 Examen des parts sociales et des droits de sociétariat	4140
2.1.9.4	Section 4 Annulabilité des décisions de fusion, de scission, de transformation ou de transfert de patrimoine	4141
2.1.9.5	Section 5 Responsabilité	4142
2.1.10	Chapitre 10 Dispositions finales	4143
2.2	Annexe Modification du droit en vigueur	4144
2.2.1	Code des obligations (CO)	4144
2.2.2	Loi fédérale sur le droit foncier rural (LDFR)	4148

2.2.3 Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)	4148
2.2.3.1 Le transfert transfrontalier d'une société	4150
2.2.3.2 La fusion transfrontalière	4150
2.2.3.3 La scission et le transfert de patrimoine transfrontaliers	4154
2.2.3.4 Dispositions communes au transfert d'une société, à la fusion et à la scission	4155
2.2.4 Loi fédérale sur les fors en matière civile (LFors)	4158
2.2.5 Code pénal (CP)	4158
2.2.6 Loi fédérale sur les droits de timbre (LT)	4158
2.2.7 Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD)	4158
2.2.8 Correction rédactionnelle de la LHID	4161
2.2.9 Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)	4162
2.2.10 Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (LB)	4162
2.2.11 Loi fédérale sur la surveillance des institutions d'assurance privées (LSA)	4162
3 Conséquences	4163
3.1 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel	4163
3.1.1 Projet de loi sur la fusion	4163
3.1.2 Modifications du droit fiscal	4163
3.1.2.1 Conséquences pour la Confédération	4163
3.1.2.2 Conséquences pour les cantons	4163
3.2 Conséquences économiques	4163
3.2.1 Nécessité et possibilité de l'intervention de l'Etat	4163
3.2.2 Conséquences pour les différentes catégories d'acteurs de la vie économique	4164
3.2.3 Implications pour l'économie dans son ensemble	4165
3.2.4 Alternatives	4166
3.2.5 Aspects pratiques de l'exécution	4166
4 Programme de la législation	4166
5 Rapport avec le droit communautaire	4166
5.1 Projet de loi sur la fusion	4166
5.2 Modifications du droit fiscal	4168
6 Constitutionnalité	4169
6.1 Compétence de la Confédération d'édicter des dispositions en matière de fusion, de scission, de transformation et de transfert de patrimoine	4169
6.2 Compétence de la Confédération d'édicter des dispositions fiscales en matière de fusion, de scission, de transformation et de transfert de patrimoine	4169
7 Schémas descriptifs	4170
7.1 Formes de fusion	4170
7.1.1 Fusion par absorption (art. 3, al. 1, let. a)	4170
7.1.2 Fusion par combinaison (art. 3, al. 1, let. b)	4170
7.2 Formes de scission	4171

7.2.1 Division symétrique	4171
7.2.2 Division asymétrique	4171
7.2.3 Séparation symétrique	4172
7.2.4 Séparation asymétrique	4172
7.3 Fusions, scissions, transformations et transferts de patrimoine autorisés	4173
7.3.1 Aperçu général	4173
7.3.2 Fusions autorisées	4174
7.3.3 Scissions autorisées	4175
7.3.4 Transformations autorisées	4176
7.3.5 Transferts de patrimoine autorisés	4177
Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion, LFus) (Projet)	4184