

# **Rapport explicatif**

*concernant l'avant-projet*

**de loi fédérale sur la fusion,  
la scission et la transformation de sujets  
(loi sur la fusion)**

**Novembre 1997**

## Condensé

*L'avant-projet règle, sous la forme d'une loi spéciale, les aspects de droit privé liés à la fusion, la scission et la transformation de sujets. Ces nouvelles dispositions légales doivent remplacer les règles actuelles du code des obligations concernant la fusion et doivent combler d'importantes lacunes. Alors que le droit actuel ne règle la fusion que pour les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions et les sociétés coopératives, elle doit à l'avenir être prévue par la loi pour toutes les sociétés commerciales, les sociétés coopératives ainsi que pour les associations et les fondations. De même, la transformation, qui jusqu'à ce jour n'est prévue qu'à titre exceptionnel, doit être instituée de manière générale, à la condition toutefois que les formes juridiques avant et après la transformation soient fondamentalement compatibles dans leurs structures juridiques. Selon la nouvelle conception de la transformation, celle-ci ne nécessite pas de transfert des rapports juridiques, mais consiste en un simple changement de l'habit juridique, l'ensemble des rapports juridiques patrimoniaux et sociaux étant maintenus. En outre, la restructuration d'entreprises doit être facilitée par l'introduction de l'institution juridique de la scission.*

*Dans le cadre de ces institutions juridiques, l'avant-projet réglemente également les opérations entre sujets de formes juridiques différentes ainsi que les opérations transfrontalières. Il prévoit aussi la fusion d'instituts de droit public avec des sujets de droit privé ainsi que la transformation de tels instituts en sujets de droit privé.*

*Les instruments juridiques proposés par l'avant-projet ont pour but de créer une plus grande mobilité entre les formes juridiques et de permettre aux entreprises d'adopter une structure juridique optimale. Il est cependant nécessaire que les nouvelles possibilités offertes par le droit privé ne soient pas entravées par des dispositions de droit fiscal. Dans ce but, la restructuration d'entreprises doit être facilitée par la révision partielle de la législation fiscale qui est annexée à cet avant-projet.*

# 1 Partie générale

## 11 Situation juridique actuelle

### 111 Règles légales

Les questions de la fusion, de la transformation et de la scission de sociétés n'ont pas été abordées lors de la révision du droit de la société anonyme de 1991. Les dispositions du code des obligations (CO), qui n'ont pas été modifiées depuis 1936, règlent uniquement la *fusion* entre sociétés anonymes (SA) (art. 748 s. CO), entre sociétés en commandite par actions (art. 770, al. 3, CO) et entre sociétés coopératives (art. 914 CO). La fusion entre sociétés de formes juridiques différentes n'est prévue par la loi que dans l'hypothèse de la fusion d'une société anonyme avec une société en commandite par actions (art. 750 et 770, al. 3, CO). Par ailleurs, il existe 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 pas de base légale en ce qui concerne la fusion de sociétés à responsabilité limitée (Sàrl), de sociétés en nom collectif et en commandite, d'associations et de fondations. Il n'existe pas non plus de réglementation légale en matière de fusion transfrontalière.

Seule la *transformation* d'une société anonyme en une société à responsabilité limitée est actuellement prévue par le code des obligations (art. 824 ss CO). Par ailleurs, l'article 14 de la loi sur les banques (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 une société anonyme ou en une société en commandite par actions dans le but d'éviter sa liquidation. D'autre part, il existait une ordonnance du Conseil fédéral<sup>1</sup> concernant la transformation d'une société coopérative en une société commerciale, qui se basait sur les dispositions transitoires concernant la révision du code des obligations de 1936<sup>2</sup>. Bien que le délai transitoire fut échu en 1947 déjà, cette ordonnance ne fut abrogée que le 1<sup>er</sup> avril 1966<sup>3</sup>.

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

---

<sup>1</sup> Ordonnance du 29 décembre 1939 concernant la transformation de sociétés coopératives en sociétés commerciales; RO 1939 p. 1579 ss.

<sup>2</sup> Art. 4 des dispositions transitoires et finales de la loi fédérale du 18 décembre 1936 modifiant les titres vingt-quatrième à trente-troisième du code des obligations ; RO 1937 p. 185 ss.

<sup>3</sup> Arrêté du Conseil fédéral du 1<sup>er</sup> avril 1966; RO 1966 p. 674; cf. également ATF 92 I 400; GUHL/KUMMER/DRUEY, Obligationenrecht, 8<sup>ème</sup> éd., Zurich 1991, p. 736.

## 112 Développements dus à la jurisprudence et à la pratique des autorités du registre du commerce

La doctrine majoritaire a longtemps été de l'opinion que la loi règle les cas de fusion de manière exhaustive<sup>4</sup>. 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 associations dans l'ATF 57 II 1 ss. Dans l'ATF 115 II 415 ss, le Tribunal fédéral a expressément autorisé la fusion entre deux fondations bien qu'elle ne soit pas prévue par la loi. Le Tribunal fédéral n'est néanmoins pas entré en matière sur les conséquences qui résultent de cette décision de principe.

Sur la base de cette jurisprudence du Tribunal fédéral, une partie de la doctrine a défendu l'opinion selon laquelle la fusion entre personnes morales de formes juridiques différentes doit être autorisée malgré l'absence de bases légales<sup>5</sup>. En 1992, l'Office fédéral du registre du commerce (OFRC), qui jusqu'ici n'avait jamais autorisé la fusion entre sujets de formes juridiques différentes, s'est trouvé confronté à un tel cas. Eu égard à la complexité des questions juridiques qui se posaient, l'Office fédéral de la justice donna le mandat à M. FRANK VISCHER d'élaborer un avis de droit concernant l'admissibilité de la fusion entre sociétés à responsabilité limitée ainsi que l'admissibilité de la fusion entre sujets de formes juridiques différentes et de la fusion transfrontalière<sup>6</sup>. L'expert a reconnu que ces cas de fusion non prévus par la loi doivent en principe être admis. Il s'est basé notamment sur la possibilité d'appliquer par analogie les dispositions légales existantes concernant la fusion ainsi que sur une analyse des intérêts en présence et sur des considérations de droit comparé<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> La doctrine en matière de droit des sociétés s'est exprimée unanimement contre l'admissibilité de fusions non prévues par la loi: KARL WIELAND, *Handelsrecht*, vol. II, Munich et Leipzig 1931, p. 363; JANGGEN/BECKER, *Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, Berner Kommentar, Berne 1939, Art. 823 N 28; BÜRGI/NORDMANN, *Die Aktiengesellschaft*, Zürcher Kommentar, Zurich 1979, Vorbemerkungen zu Art. 748-750 N 11; CHRISTOPH VON GREYERZ, *SPR VIII/2*, Bâle 1982, p. 287 s.; WERNER VON STEIGER, *Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, Zürcher Kommentar, Zurich 1965, Art. 823 N 42, Art. 826 N 2; HERBERT WOHLMANN, *die Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, *SPR VIII/2*, Bâle 1982, p. 439; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, *Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts*, 6<sup>ème</sup> éd., Berne 1989, § 14 N 78, § 16 N 60; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, *Einführung in das schweizerische Aktienrecht*, 3<sup>ème</sup> éd., Berne 1983, § 43 N 29. 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 1988, p. 37; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, *Grundriss des Personenrechts*, 3<sup>ème</sup> éd., Berne 1989, p. 262; HANS MICHAEL RIEMER, *Die Stiftungen*, Berner Kommentar, Berne 1975, Art. 88-89 N 76 ss; HANS MICHAEL RIEMER, *Die Vereine*, Berner Kommentar, Berne 1990, Art. 76-79 N 71 ss.

<sup>5</sup> Cf. MANFRED KÜNG, *Zum Fusionsbegriff im schweizerischen Recht*, *RSDA* 65 (1991) p. 245 ss.

<sup>6</sup> L'avis de droit a été publiée dans la *RSDA* 65 (1993) p. 1 ss (FRANK VISCHER, *Drei Fragen aus dem Fusionsrecht*).

<sup>7</sup> Concernant les détails de la motivation, cf. *RSDA* 65 (1993) p. 1 ss.

Suite à cet avis de droit, la *pratique des autorités du registre du commerce fut libéralisée* et un développement de l'institution juridique de la fusion fut engagé. Aujourd'hui, les fusions entre sujets de formes juridiques différentes sont autorisées lorsque les formes juridiques en cause sont fondamentalement compatibles, lorsqu'il n'est pas porté atteinte aux intérêts (directs ou potentiels) des créanciers et lorsque la continuité du sociétariat des associés est maintenue et qu'il n'en résulte pas d'atteinte trop importante à leur statut juridique (sauf lorsque l'ensemble des associés y consent). Comme la fusion entre sujets de formes juridiques différentes peut être décomposée en une fusion combinée avec une transformation du sujet absorbé, l'Office fédéral du registre du commerce a, comme conséquence du changement de pratique concernant la fusion, décidé en 1994 d'autoriser la seule transformation de sociétés aux mêmes conditions que la fusion entre sujets de formes juridiques différentes et d'approuver les inscriptions au registre du commerce correspondantes<sup>8</sup>. A ce jour, l'absorption d'une société à responsabilité limitée par une société anonyme et la transformation d'une société à responsabilité limitée<sup>9</sup> ou d'une société coopérative en une société anonyme ont notamment été inscrites au registre du commerce; de plus, la reprise d'un institut de droit public par une société anonyme et la transformation d'un tel institut en une société anonyme ont également été admises<sup>10</sup>.

## 12 Carences du droit actuel

Les règles actuelles concernant la restructuration d'entreprises sont *incomplètes, peu flexibles et, en partie, lacunaires*:

- La *fusion* n'est, pour certaines formes juridiques, pas prévue par la loi. Il n'existe pas non plus de base légale concernant la fusion entre sujets de formes juridiques différentes, à l'exception toutefois de la fusion (rare dans la pratique) entre

---

<sup>8</sup> L'OFRC a pris cette décision en dehors de tout cas concret, avant même que l'inscription au registre du commerce de telles transformations ne soit requise.

<sup>9</sup> La société à responsabilité limitée doit cependant disposer d'un capital social entièrement libéré, car les règles de la Sàrl concernant la responsabilité pour la libération du solde vont plus loin que celles de la SA (cf. art. 680 et 802 CO). Lorsque le capital social n'est pas entièrement libéré au moment de la transformation, il peut résulter de l'application des dispositions du droit de la société anonyme une atteinte aux droits des créanciers.

<sup>10</sup> Concernant le changement de pratique des autorités du registre du commerce, cf. ROBERTO BATTEGAY, Neue juristische Wege einer Privatisierung, NZZ 17.1.1995; CHRISTOPH BLÄSI, Die Umwandlung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt in eine öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft, Annuaire du registre du commerce 1995, p. 64 ss.; ROLAND VON BÜREN, Die Rechtsformumwandlung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt in eine private Aktiengesellschaft nach OR 620ff., RSDA 67 (1995) p. 85 ss, 89 ss; CLEMENS MEISTERHANS, Umwandlung AG/GmbH, Annuaire du registre du commerce 1995 p. 49 ss; du même auteur, Die Umwandlung einer Genossenschaft in eine Aktiengesellschaft, Annuaire du registre du commerce 1996 p. 62 s.; HENRY PETER, La transformation des sociétés en droit suisse, Annuaire du registre du commerce 1995 p. 30.

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.

- Les dispositions légales actuelles concernant la fusion doivent en partie *être ré-examinées du point de vue matériel*. Il en va ainsi par exemple de l'exigence concernant l'administration séparée des patrimoines des sociétés qui fusionnent (art. 748, ch. 2, et 914, ch. 2, CO; cf. également le commentaire concernant l'art. 25 AP-LFus) jusqu'à ce que les créanciers aient été désintéressés ou aient obtenu des sûretés, qui s'avère peu praticable. La question de l'admissibilité de la fusion de sociétés surendettées est discutée et doit être clarifiée par la loi.
- S'il est vrai que la reprise du patrimoine d'une société anonyme ou d'une société coopérative par une corporation de droit public est prévue par la loi, 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 du droit privé.
- La *transformation* de la forme juridique d'une société n'est actuellement réglementée que de manière ponctuelle. Il existe cependant de nos jours un besoin croissant de pouvoir adapter la forme juridique à de nouvelles circonstances. Il est particulièrement important pour l'économie que les exigences pour de telles opérations soient clairement déterminées par la loi.
- La *scission* n'est pas prévue par la loi et, à l'exception de la dissociation d'une filiale (concernant ces notions, voir ci-dessous ch. 182), doit être considérée comme illicite dans la mesure où elle a pour conséquence une division non prévue par la loi du substrat de responsabilité d'un sujet. De même, une scission asymétrique (concernant cette notion, cf. ch. 182) est également exclue en l'absence de base légale car elle modifie le statut juridique des associés.

En résumé, il faut constater que *les bases légales* pour d'importantes opérations de réorganisation des structures juridiques des entreprises *font défaut* et que la pratique libérale des autorités du registre du commerce touche à ses limites. Contrairement à certaines opinions, l'élargissement des possibilités de fusion et de transformation ne saurait se fonder que d'une manière restreinte sur *l'autonomie privée*: en raison des effets à l'égard des tiers, le recours à l'autonomie privée en matière de droit des sociétés n'est a priori possible que dans certaines limites. Précisément en matière de fusion, de scission et de transformation, le risque d'atteintes aux droits des créanciers ne doit pas être écarté. Par ailleurs, en cas d'atteinte au statut juridique des associés, le recours à l'autonomie privée devrait conduire à l'exigence de l'approbation de l'ensemble des associés concernés. En effet, l'autonomie privée a pour fondement un accord contractuel. Par conséquent, l'autonomie privée ne suffit pas comme base pour un élargissement des possibilités de structuration du droit des sociétés. L'admissibilité de nouvelles possibilités de structuration par les autorités du registre du commerce repose davantage sur une *application analogique du droit* et

sur un *comblement des lacunes* qui réponde aux besoins actuels. De nombreuses questions demeurent cependant ouvertes.

En ce qui concerne la fusion entre sujets de formes juridiques différentes, une réglementation légale qui pourrait sans autre être appliquée par analogie fait dans une large mesure défaut. Il en résulte un manque de transparence et une grande *insécurité juridique*, ce qui constitue un désavantage pour la place économique suisse. Les projets de restructuration nécessitent souvent d'importants frais de consultation en tout genre qui ne peuvent être assumés par toutes les petites entreprises. En outre, la question de l'admissibilité de la fusion entre sujets de formes juridiques différentes peut, en fonction des formes juridiques en cause, s'avérer juridiquement très compliquée, de sorte qu'elle ne peut et ne doit être simplement laissée à la pratique.

L'admissibilité de la division et de la séparation en droit des sociétés n'est pas possible sans base légale, malgré les besoins de l'économie. Par conséquent, le *législateur* doit prendre les décisions nécessaires en tenant compte de l'ensemble des intérêts en présence et doit créer la sécurité juridique indispensable à ces opérations en édictant des exigences légales claires. En particulier, la protection des créanciers doit être assurée et son contenu doit être défini par le législateur.

### **13 Objectifs de la nouvelle réglementation**

A une époque où tout change rapidement, l'avant-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*, et ainsi garantir la *sécurité juridique* et la *transparence* nécessaires. Les nouvelles dispositions ont pour but *d'élargir considérablement des possibilités d'action et de faciliter* les adaptations des structures juridiques des entreprises aux besoins actuels, sans pour autant négliger les intérêts des créanciers et des associés minoritaires. Parallèlement, elles garantissent une harmonisation de l'ordre juridique suisse avec le droit de l'Union européenne (cf. ci-dessous ch. 192). Ainsi, elles apportent une importante contribution à la *revitalisation de l'économie*.

En incluant la fusion et la transformation d'instituts de droit public, l'avant-projet veut également créer les bases légales ardemment souhaitées pour la *conversion d'instituts de droit public dans le droit privé*. La nécessité de telles restructurations existe depuis longtemps, notamment en ce qui concerne les banques cantonales.

### **14 Elaboration de l'avant-projet**

Dans le cadre des négociations concernant l'accord sur l'Espace économique européen (EEE) au début des années 90, l'Office fédéral de la justice constata, lors de travaux de droit comparé, les lacunes de la législation suisse en matière de fusion et l'absence de règles en matière de scission. Simultanément, l'économie manifesta un

besoin grandissant d'avoir des structures d'entreprises plus flexibles et, en particulier, de pouvoir entreprendre des fusions entre sujets de formes juridiques différentes ainsi que des transformations. Par conséquent, en 1992, l'Office fédéral de la justice chargea M. FRANK VISCHER d'élaborer un projet en vue d'une 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.

En janvier 1993, une fois la révision du droit de la société anonyme terminée et au vu la multitude d'autres postulats de révision, le Département fédéral de justice et police institua 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 daté de septembre 1993, il est parvenu à la conclusion que le droit suisse ne réglemente la fusion et la transformation que de manière incomplète et se distingue par son manque de flexibilité<sup>11</sup>. Le groupe de travail 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 fiscal annexées à la nouvelle réglementation de droit privé<sup>12</sup>.

Conformément à la prise de position du groupe de réflexion "droit des sociétés", le Conseil fédéral, après la remise d'un premier projet du Prof. VISCHER, chargea l'Administration fédérale des contributions d'élaborer des propositions concernant la révision du *droit fiscal* (cf. ci-dessous ch. 17). Par ailleurs, l'avant-projet de droit privé du Prof. VISCHER fut retravaillé en collaboration avec l'Office fédéral du registre du commerce qui dispose d'une grande expérience en matière d'évaluation juridique de fusions et de transformations compliquées; de même, il fut complété par des dispositions concernant le droit du registre du commerce et le droit international privé.

## 15 Création d'une loi spéciale

Eu égard à leur objet, les nouvelles dispositions font dans une large mesure partie du droit des sociétés. Vu sous cet angle, elles devraient donc être insérées dans le code des obligations. L'étendue de la réglementation s'oppose cependant à une intégration dans le code des obligations. Par ailleurs, ces dispositions concernent non seulement les sociétés commerciales et les sociétés coopératives, mais également les associations, les fondations et les instituts de droit public. Dès lors, il est préférable

---

<sup>11</sup> Rapport final du Groupe de réflexion "Droit des sociétés" du 24 septembre 1993 p. 64. Ce rapport peut être commandé auprès de l'Office central fédéral des imprimés et du matériel, 3003 Berne (article no 407.020.f).

<sup>12</sup> Rapport final p. 68 s. et 83 ; cf. également ci-dessous ch. 17.

de créer une loi spéciale. Vu la connexité intrinsèque de la réglementation, aucune difficulté de technique juridique ne s'oppose à cette solution.

Les dispositions concernant les fusions et les scissions transfrontalières doivent quant à elles être intégrées dans la loi fédérale sur le droit international privé.

Le titre de l'avant-projet de loi étant particulièrement long, il doit être complété par une abréviation. 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 présente avec des actes législatifs de politique structurelle. Comme il n'existe pas de concept général couvrant l'ensemble des institutions juridiques envisagées par l'avant-projet, l'abréviation ne mentionne que la fusion, en tant qu'élément principal de cet acte législatif.

## **16 Rapports entre l'avant-projet et la réglementation des concentrations d'entreprises de la loi sur les cartels**

La 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). Au sens de la loi sur les cartels, on entend par concentration d'entreprises notamment la fusion de deux ou plusieurs entreprises jusque-là indépendantes les unes des autres (art. 4, al. 3, let. a). Les objectifs de la réglementation du droit des cartels et de cet avant-projet sont toutefois différents. Alors que la loi sur les cartels prévoit, en matière de concentration d'entreprises économiquement importantes, un examen de la fusion sous l'angle de la politique concurrentielle dans le but de garantir une concurrence efficace, l'avant-projet a pour objectif de réglementer la fusion 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 contradiction lorsque d'un côté la loi sur les cartels veut empêcher des fusions qui entravent une concurrence efficace (art. 10, al. 2, let. a), et d'un autre côté l'avant-projet veut élargir et améliorer les possibilités de fusion.

## **17 Révision du droit fiscal**

Les institutions juridiques de cet avant-projet ont pour but de créer une plus grande mobilité entre les formes juridiques et de rendre possible une structuration juridique optimale des entreprises. Ce but ne peut être atteint que si la restructuration juridique des entreprises n'est pas entravée par des obstacles découlant du droit fiscal. Par conséquent, il faut garantir que les fusions, les scissions et les transformations ne soient pas considérées comme des liquidations ou des liquidations partielles du point de vue fiscal. De même, les règles cantonales concernant les droits de mutation ne doivent pas s'opposer à une réorganisation juridique des entreprises. Il n'est ni dans

l'intérêt de l'économie, ni dans l'intérêt public, de rendre les restructurations plus compliquées. Au contraire, dans la mesure où elles sont matériellement justifiées, la fusion, la scission et la transformation devraient être fiscalement neutres<sup>13</sup>.

Dans ce sens, le Conseil fédéral a chargé l'Administration fédérale des contributions d'élaborer, avec la collaboration de représentants des administrations fiscales cantonales, des propositions de modifications de la législation fiscale qui rendent possible un *ajournement de l'imposition* pour les mesures de restructuration prévues par le projet de loi sur la fusion.

L'Administration fédérale des contributions a par la suite mis en place un groupe de travail, sous la présidence de M. CONRAD STOCKAR, chargé de présenter des propositions relatives à la modification de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD), de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID), de la loi fédérale sur les droits de timbre (LT) et de la loi fédérale sur l'impôt anticipé (LIA). Ce groupe de travail a présenté un rapport détaillé accompagné de propositions de révisions en juin 1996.

L'avant-projet de révision partielle des lois fiscales mentionnées ci-dessus vient compléter l'avant-projet de droit privé. Par conséquent, ces deux avant-projets sont mis en consultation ensemble. Le traitement fiscal de la fusion, de la scission et de la transformation est cependant présenté et commenté dans un rapport séparé. Ces deux projets seront néanmoins réunis dans le cadre du message à l'attention du parlement.

## **18 Eléments principaux de l'avant-projet**

L'avant-projet contient une nouvelle réglementation de la fusion et introduit la scission et la transformation de manière générale au niveau de la loi. La réglementation inclut les opérations entre sujets de formes juridiques différentes ainsi que les opérations transfrontalières. De même, la conversion d'un institut de droit public en une forme juridique du droit privé par transformation ou par sa fusion avec un sujet de droit privé est également prévue (cf. ci-dessous le commentaire des art. 85 ss AP-LFus).

### **181 Fusion**

L'avant-projet prévoit une nouvelle réglementation de la fusion en droit privé qui doit remplacer les dispositions actuelles du code des obligations. 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 s., 770 et 914 CO), l'avant-projet l'introduit au

---

<sup>13</sup> Cf. Groupe de réflexion "Droit des sociétés", Rapport final, p. 68.

niveau de la loi *pour toutes les formes de sociétés commerciales, les sociétés coopératives ainsi que les associations et les fondations*. Les nouvelles dispositions concernent aussi bien les formes juridiques régies par le code des obligations que celles régies par le code civil, de même que les instituts de droit public. Ces différentes formes juridiques sont réunies sous le concept général de "sujet", qui est employé aussi bien dans l'avant-projet de loi que dans le rapport explicatif.

La fusion de sujets peut résulter de la reprise d'un sujet par un autre (fusion par absorption) ou de leur réunion au sein d'un nouveau sujet (fusion par combinaison). Par la fusion, qui en principe a lieu contre attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat, le sujet reprenant acquiert le patrimoine du sujet transférant dans son ensemble. Ce dernier est dissous et radié du registre du commerce.

L'avant-projet prévoit également la *fusion entre sujets de formes juridiques différentes* (p. ex. : la fusion entre une société anonyme et une société à responsabilité limitée ou une société coopérative). Il s'agit par conséquent de créer des normes qui tiennent compte des caractéristiques des différentes formes juridiques et qui protègent aussi bien les créanciers que les associés minoritaires contre les atteintes à leur statut juridique.

D'autre part, la loi sur le droit international privé (LDIP; RS 291) est complétée afin de régler la *fusion transfrontalière* au niveau de la loi.

Il faut également mentionner que la protection des travailleurs en matière de fusion est régie par l'article 333 du code des obligations. Par ailleurs, les dispositions de l'avant-projet concernant la protection des créanciers s'appliquent également.

## **182 Scission**

Outre la fusion, l'avant-projet prévoit la nouvelle institution juridique de la scission. Par scission, on entend le transfert de parts du patrimoine d'un sujet contre attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat des sujets qui reprennent les parts de patrimoine (sujets reprenants); le transfert des parts de patrimoine envisagées par la scission ayant lieu de par la loi. L'avant-projet prévoit trois différentes formes de scissions:

- En cas de *division*, le sujet est dissous et son patrimoine est divisé en parts, qui sont transférées à deux ou plusieurs autres sujets. Les associés du sujet qui se scinde reçoivent des parts sociales ou des droits de sociétariat des sujets reprenants.
- En cas de *séparation*, le sujet transfère une ou plusieurs parts de son patrimoine à d'autres sujets. Contrairement à la division, le sujet qui se scinde (sujet transférant) continue d'exister. Les associés du sujet transférant reçoivent des parts sociales ou des droits de sociétariat des sujets qui reprennent les parts de patrimoine (sujets reprenants).

- En cas de *dissociation*, le sujet transfère une ou plusieurs parts de son patrimoine à d'autres sujets. Tout comme en matière de séparation, le sujet transférant continue d'exister, mais contrairement à la séparation, ce ne sont pas les associés du sujet transférant qui reçoivent les parts sociales ou les droits de sociétariat des sujets reprenants, mais le sujet transférant lui-même. La dissociation peut notamment servir à la fondation d'une filiale.

Pour ces trois formes de scissions, les parts de patrimoine peuvent être transférées à un sujet existant ou à un sujet nouvellement constitué:

- La scission avec transfert de parts de patrimoine à des sujets nouvellement constitués est qualifiée de *scission à des fins de constituer de nouveaux sujets*. Dans ce cas, la scission implique la fondation d'un ou plusieurs nouveaux sujets, à qui sont transférées les parts de patrimoine.
- Le transfert à des sujets déjà existants 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 sujets reprenants.

En cas de division et de séparation, les associés du sujet transférant reçoivent des parts sociales ou des droits de sociétariat des sujets reprenants. En ce qui concerne l'attribution de ces parts sociales ou de ces droits de sociétariat, l'avant-projet prévoit deux possibilités:

- Les associés du sujet transférant peuvent conserver leurs participations antérieures et recevoir en plus des parts sociales ou des droits de sociétariat de l'ensemble des sujets reprenants qui correspondent à leurs participations antérieures (*scission symétrique*).
- La scission peut également modifier la répartition des participations des associés du sujet transférant (*scission asymétrique*). Les associés du sujet transférant peuvent se voir attribuer des participations différentes à certains ou à l'ensemble des sujets reprenants. Il peut également être prévu que certains associés ne reçoivent pas de participation aux sujets reprenants et conservent seulement leurs participations au sujet transférant, alors que d'autres associés sortent du sujet reprenant et reçoivent une participation à un ou plusieurs sujets reprenants.

Le patrimoine d'un sujet étant divisé, la scission s'avère bien plus délicate que la fusion en ce qui concerne la protection des créanciers et la protection des associés. A l'exception de la dissociation, à l'occasion de laquelle le sujet transférant reçoit une participation aux sujets reprenants dont la valeur correspond aux parts de patrimoine transférées, 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'un sujet.

L'avant-projet veut créer les nouvelles bases légales pour la scission de sujets et garantir une protection suffisante des créanciers et des associés. En réponse aux besoins de la pratique, la scission est prévue pour les sociétés de capitaux et pour les sociétés coopératives<sup>14</sup>. De même, la scission transfrontalière est prévue (AP-LDIP).

En cas de scission également, l'article 333 du code des obligations ainsi que les dispositions de l'avant-projet concernant la protection des créanciers sont applicables en matière de protection des travailleurs.

### 183 Transformation

L'avant-projet veut également rendre possible la transformation de la forme juridique des sujets. La *transformation* peut être définie comme la modification de la forme juridique d'un sujet dans la continuité des rapports patrimoniaux et sociaux.

Selon l'avant-projet, la transformation est conçue comme une *transformation par changement de la forme juridique*<sup>15</sup>. Alors qu'en matière de transformation par transfert, telle qu'elle est prévue par le droit actuel aux articles 824 ss CO pour la transformation d'une société anonyme en société à responsabilité limitée, le sujet est dissous et un nouveau sujet est constitué, l'avant-projet prévoit que le sujet continue d'exister et modifie simplement sa forme juridique. Avec cette conception, la transformation ne nécessite pas de succession et donc pas de transfert des rapports juridiques, mais constitue un simple *changement de la forme juridique*.

Au contraire des dispositions légales actuelles, l'avant-projet prévoit la transformation, non pas d'une manière exceptionnelle, mais de manière générale, pour autant que les formes juridiques avant et après la transformation soient fondamentalement compatibles dans leurs structures juridiques. Dès lors, il n'est notamment pas possible de transformer une société, qui peut être définie comme un groupement de personnes, en une fondation, qui peut être définie comme une simple unité patrimoniale. Une telle transformation doit impérativement être précédée de la dissolution de la société. Afin d'avoir une réglementation qui demeure dans un cadre raisonnable, il a également été renoncé aux possibilités de transformation qui ne répondent pas aux besoins de la pratique.

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

- Certaines formes juridiques prévoient une responsabilité personnelle des associés, alors que pour d'autres la responsabilité est limitée au patrimoine du sujet.

---

<sup>14</sup> La scission d'institutions de prévoyance revêtant la forme juridique d'une fondation est également prévue.

<sup>15</sup> Concernant les différentes formes de transformations cf. CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, Die Zulässigkeit aussergesetzlicher Rechtsformwechsel im Gesellschaftsrecht, RDS 113 (1994) p. 374.

Dans la mesure où la transformation introduit une modification des *rappports de responsabilité* pour les dettes du sujet, la loi doit prévoir les dispositions nécessaires afin de protéger les créanciers.

- Il existe également de grandes différences en ce qui concerne la réglementation légale du *statut des associés*, par exemple entre la société anonyme et la société coopérative: alors que le droit de vote des actionnaires se détermine en général en fonction de leur participation au capital-actions (art. 692, al. 1<sup>er</sup>, CO), chaque coopérateur dispose impérativement d'un droit de vote à l'assemblée générale (art. 885 CO). Les actionnaires ne sont tenus que de libérer le montant de l'émission de leurs actions; aucune autre obligation ne peut leur être imposée (art. 680, al. 1<sup>er</sup>, CO). En revanche, les statuts de la société coopérative peuvent prévoir une responsabilité limitée ou illimitée des coopérateurs (art. 869 s. CO), ainsi qu'une obligation de faire des versements supplémentaires (art. 871 CO)<sup>16</sup>. En outre, contrairement aux actionnaires, les coopérateurs assument un devoir de fidélité (art. 866 CO). Au vu des réglementations très différentes des différentes formes juridiques, l'admissibilité de la transformation nécessite une protection suffisante des associés minoritaires contre les atteintes à leur statut juridique.

## 19 Remarques de droit comparé

### 191 Droit des Etats voisins

De nombreux Etats européens connaissent déjà une réglementation qui facilite la réorganisation des structures des entreprises au niveau du droit des sociétés:

Pour l'*Allemagne*, il faut mentionner la nouvelle "Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts", entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 1995. 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 élargi leur champ d'application. La loi contient une réglementation exhaustive et détaillée dans pas moins de 324 articles avec de nombreux alinéas.

En ce qui concerne le *droit français*, la fusion, la scission et la transformation sont réglées dans une série de lois qui complètent le code des sociétés. Les articles 1844-3 et 1844-4 du code civil posent les principes de base applicables en matière de fusion, de scission et de transformation et prévoient notamment un transfert par voie de succession à titre universel.

---

<sup>16</sup> La responsabilité personnelle ou une obligation de faire des versements supplémentaire peut également être introduite ultérieurement. Une telle décision doit recueillir l'approbation des trois-quarts au moins de l'ensemble des coopérateurs (cf. art. 889 CO).

Pour ce qui est du *droit italien*, les articles 2498ss du Codice civile règlent la "trasformazione della società", la "fusione della società" et la "scissione della società". Ces dispositions se basent sur des lois du 20 novembre 1990 et du 15 janvier 1991.

D'une manière générale, il faut constater que les ordres juridiques mentionnés ci-dessus se distinguent par une plus grande flexibilité en ce qui concerne la restructuration d'entreprises et par une plus grande sécurité juridique par rapport au droit suisse actuel.

## 192 Droit de l'Union européenne

L'Union européenne a, dans la troisième directive concernant le droit des sociétés<sup>17</sup>, édicté des dispositions-cadre pour la réglementation de la fusion en droit national. En outre, la sixième directive<sup>18</sup> contient des dispositions-cadre pour la réglementation de la scission, qui ne sont cependant applicables que dans la mesure où le droit national autorise la scission de sociétés. En revanche, le droit de l'Union européenne ne connaît pas de dispositions concernant la transformation de la forme juridique.

Les directives concernant le droit des sociétés sont également contraignantes pour les Etats membres de l'Espace économique européen (EEE)<sup>19</sup>.

Les dispositions actuelles du droit suisse en matière de fusion sont fragmentaires et lacunaires en comparaison avec la réglementation de la troisième directive et les réglementations des Etats voisins de la Suisse. L'absence de l'institution juridique de la scission en droit suisse constitue un désavantage du point de vue du droit comparé vis-à-vis des ordres juridiques des Etats membres de l'Union européenne.

En raison de l'internationalité des activités économiques, une harmonisation du droit des sociétés avec les dispositions des Etats qui nous entourent est, indépendamment de la question de l'intégration de la Suisse dans l'Europe, matériellement justifiée<sup>20</sup>. Une harmonisation est également importante pour la sécurité juridique lors d'opérations transfrontalières et pour la participation d'investisseurs étrangers à des entreprises suisses. Ceci est tout particulièrement le cas en ce qui concerne la réglementation de la fusion et de la scission. Les dispositions-cadre de l'Union européenne contenues dans les deux directives susmentionnées sont matériellement justifiées et doivent être reprises dans la mesure du possible par la nouvelle réglementation suisse.

---

<sup>17</sup> 78/855/CEE ; JO N° L 295 du 20.10.1978, p. 36 ss (annexe au rapport explicatif).

<sup>18</sup> 82/891/CEE ; JO N° L 378 du 31.12.1982, p. 47 ss (annexe au rapport explicatif).

<sup>19</sup> Cf. FF 1992 IV p. 398 ss, FF 1992 IV B p. 684, 1479 ss

<sup>20</sup> Cf. également Groupe de réflexion, Rapport final p. 19 s., 82.

En principe, l'avant-projet remplit les exigences des troisième et sixième directives de l'Union européenne. Lorsqu'une disposition particulière y déroge pour une raison ou une autre, il en est fait mention dans le commentaire concernant cette disposition.

## 2 Partie spéciale

### 21 Commentaire des dispositions de l'avant-projet de loi sur la fusion

#### Chapitre 1: Objet et définitions

##### Article premier Objet

L'alinéa premier énonce les opérations qui font l'objet de l'avant-projet, soit la fusion, la scission et la transformation. Chacune de ces opérations fait ensuite l'objet d'un chapitre spécifique de l'avant-projet. Cet alinéa contient également la liste des sujets de droit privé concernés par ces opérations.

L'alinéa 2 concerne la participation d'instituts de droit public aux opérations de fusion et de transformation. A cet égard, il faut se référer aux remarques relatives à l'article 2, lettre c, et aux articles 85 ss.

##### Art. 2 Définitions

L'avant-projet de loi sur la fusion contient des règles sur la fusion, la scission et la transformation qui sont indépendantes 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 de l'avant-projet et d'avoir une terminologie indépendante de la forme de droit. L'article 2 définit les notions suivantes :

- *Sujets* (let. a). L'avant-projet introduit la notion de "sujet" ("Rechtsträger"), qui est déjà employée comme désignation générique en droit allemand. Ce terme désigne abstraitement par un concept général l'ensemble des formes juridiques envisagées par l'avant-projet. Sont des sujets au sens de l'avant-projet: 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 au sens de l'article 2, lettre c.
- *Sociétés de capitaux* (let. b). 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 de la doctrine.
- *Instituts de droit public* (let. c). Les instituts de droit public peuvent également être des sujets dans le cadre des dispositions de l'avant-projet. Cette formulation ouverte a été choisie afin d'englober les différentes formes d'institutions du droit pu-

blic, en particulier les corporations et les établissements, dont la définition n'est pas toujours univoque dans la doctrine. L'institut de droit public doit être organisé de manière indépendante pour être reconnu comme sujet. 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 corporation de droit public (Confédération, canton ou commune) dont il relève. A cet égard, l'indépendance dans l'organisation ne se recoupe pas forcément avec la question de savoir si l'institut de droit public dispose de la personnalité juridique ou non. Un institut de droit public sans personnalité juridique, mais qui est organisé de manière indépendante, peut participer à une fusion ou à une transformation au sens des articles 85ss.

- *Associés* (let. d). Cette notion est utilisée comme terme générique pour toutes les formes de participation à une société, ou à une association, qui confèrent des droits de sociétariat, peu importe qu'elle soit incorporée ou non dans une part sociale. En particulier, les titulaires de parts (cf. art. 2, let. e.), les associés de sociétés en nom collectif et en commandite, les coopérateurs sans parts sociales, ainsi que les membres d'associations, sont considérés comme des associés au sens de l'avant-projet.
- *Titulaires de parts* (let. e). La notion de titulaires de parts englobe les associés titulaires de parts sociales, soit les actionnaires, les participants, les titulaires de bons de jouissance, les associés de sociétés à responsabilité limitée et les associés de sociétés coopératives titulaires de parts sociales.
- *Assemblée générale* (let. f). L'assemblée générale est la désignation générique pour 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 ne sont en revanche pas mentionnées car elles ne disposent pas d'un organe similaire.
- *Institutions de prévoyance* (let. g). Cette notion englobe toutes les institutions qui sont soumises à la surveillance prévue aux articles 61 ss de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)<sup>21</sup>. En font donc partie 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'article 89<sup>bis</sup> du code civil<sup>22</sup> (cf. art. 89<sup>bis</sup>, al. 6, CC). En revanche, en sont exclues: les fondations annexes du 2<sup>ème</sup> 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.

---

<sup>21</sup> RS 831.40

<sup>22</sup> RS 210

## Chapitre 2: Fusion

### Section 1: Dispositions générales

#### Art. 3 Principe

La fusion est définie comme la réunion juridique de deux ou plusieurs sujets sans liquidation par transfert de patrimoine, en général, contre attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat du sujet reprenant aux associés du sujet transférant. Le sujet transférant est dissous et l'ensemble de son patrimoine actif et passif est transféré par voie de succession à titre universel au sujet reprenant. L'avant-projet reprend les deux formes de fusion prévues par le droit actuel aux articles 748 et 749 du code des obligations, soit:

- la fusion par absorption: un ou plusieurs sujets transférants sont dissous et leurs patrimoines sont transférés à un sujet existant (art. 3, al. 1er, let. a);
- la fusion par combinaison: deux ou plusieurs sujets sont dissous et leurs patrimoines sont transférés à un sujet nouvellement constitué (art. 3, al. 1er, let. b).

Ces deux formes de fusion sont fondamentalement soumises à la même réglementation, sous réserve de quelques règles qui ne concernent que l'une ou l'autre d'entre elles (cf. en particulier, les art. 9, 10, 13, let. a, et 14, al. 3). A cet égard, il faut relever que lorsque l'avant-projet parle de "sujet reprenant", ce dernier peut aussi bien être un sujet existant (fusion par absorption), qu'un sujet nouvellement constitué (fusion par combinaison). L'utilisation d'un terme unique pour qualifier le sujet qui reprend les patrimoines des sujets dissous est justifiée par le souci de simplifier et d'abrégier au maximum le texte de l'avant-projet.

Contrairement aux règles actuellement en vigueur (art. 748, ch. 7, et 914, ch. 7, CO), il est prévu que le sujet transférant est radié du registre du commerce simultanément avec l'inscription de la fusion (art. 3, al. 3 in fine). A ce sujet, il faut se référer aux remarques relatives à l'article 20.

L'avant-projet prévoit aussi bien la fusion entre sujets de même forme juridique, que celle entre sujets de formes juridiques différentes, dans les limites toutefois de l'article 4. En principe, la fusion entre entités de formes juridiques différentes peut avoir lieu sur la base d'une décision majoritaire (art. 18). Ainsi, les associés d'un sujet n'ont pas un droit inaliénable au maintien de la forme juridique antérieure de leur sujet. Cependant, l'approbation de l'ensemble des associés est requise lorsque la fusion entre entités de formes juridiques différentes a pour conséquence d'introduire ou d'étendre une obligation de faire des versements supplémentaires ou la responsabilité personnelle des associés (art. 18, al. 1er, let. b, et al. 4).

Selon l'opinion dominante, le transfert du patrimoine contre attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat est une des caractéristiques essentielles de la fusion. La troisième directive européenne en matière de droit des sociétés (78/855/CEE, en annexe) part également de ce postulat. Le principe de la continuité du sociétariat est perçu, en matière de société anonyme, avant tout comme une garantie pour les actionnaires. Il est cependant 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'article 748, chiffre 8, du code des obligations 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. La question de savoir si le principe de continuité du sociétariat, dans le sens d'une condition indispensable de la fusion, est ainsi statuée, reste cependant discutée (voir Robert Meier, *Barabgeltung bei Fusionen*, in: *Festschrift Peter Forstmoser*, Zurich 1993, p. 131ss).

L'avant-projet part du principe que le droit à la continuité du sociétariat ne peut pas être supprimé contre la volonté de l'associé. Ainsi, aucun associé ne peut être exclu du sujet à l'occasion d'une fusion. Toutefois, il est prévu que les sujets qui fusionnent peuvent offrir aux associés un droit d'option entre des parts sociales ou des droits de sociétariat et un dédommagement (art. 3, al. 2, 2ème phrase, qui renvoie à l'art. 8). Il peut même être entièrement renoncé à l'attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat en cas d'approbation de l'ensemble des associés du sujet transférant (cf. art. 8, al. 2, et 18, al. 5). En matière de fusion de fondations, l'exigence de la continuité du sociétariat est sans importance pour des raisons de fait.

#### **Art. 4 Fusions autorisées**

Selon l'article 4, toutes les formes de sociétés commerciales, de même que les sociétés coopératives, les associations et les fondations peuvent, en principe, participer à une fusion. Les entreprises individuelles sont en revanche exclues du cercle des sujets pouvant fusionner. Cette exclusion se justifie par le fait que l'entreprise individuelle ne dispose pas d'un patrimoine distinct de son titulaire.

Tableau des possibilités de fusion selon l'article 4:

**fusion**

<b>avec</b> (sujet reprenant) <b>de</b> (sujet transférant)	Société en nom collectif et en commandite	Société anonyme et en commandite par actions	Société à responsabilité limitée	Société coopérative avec parts sociales	Société coopérative sans parts sociales	Association	Fondation	Institution de prévoyance
Société en nom collectif et en commandite	Art. 4 al. 2 let. a	Art. 4 al. 1 <sup>er</sup> let. c Art. 4 al. 2 let. b						
Société anonyme et en commandite par actions		Art. 4 al. 1 <sup>er</sup> let. a		Art. 4 al. 1 <sup>er</sup> let. b				
Société à responsabilité limitée		Art. 4 al. 1 <sup>er</sup> let. a		Art. 4 al. 1 <sup>er</sup> let. b				
Société coopérative avec parts sociales		Art. 4 al. 3 let. b		Art. 4 al. 3 let. a				
Société coopérative sans parts sociales		Art. 4 al. 3 let. b		Art. 4 al. 3 let. a	Art. 4 al. 3 let. d Art. 4 al. 4 let. c			
Association				Art. 4 al. 3 let. c Art. 4 al. 4 let. b	Art. 4 al. 4 let. a			
Fondation						Art. 4 al. 5		
Institution de prévoyance								Art. 4 al. 6

- Les *sociétés de capitaux* (société anonyme, société en commandite par actions et société à responsabilité limitée) jouissent des plus larges possibilités de fusion. Elles peuvent fusionner entre elles, avec une société coopérative et peuvent reprendre par voie de fusion une société en nom collectif ou en commandite.
- Les *sociétés en nom collectif* ou les *sociétés en commandite* peuvent fusionner avec d'autres sociétés en nom collectif ou en commandite, ou être reprises par une société de capitaux. L'opération inverse, soit la reprise d'une société de capitaux par une société en nom collectif ou en commandite est en revanche exclue. Cette solution se justifie en raison des différences de structure qui existent entre une société ayant la personnalité juridique et une société de personnes. Il faut relever que si le droit français autorise cette opération, les sociétés en nom collectif et en commandite jouissent, dans cet ordre juridique, de la pleine personnalité juridique (cf. art. 1842 du Code des sociétés, Code civil). En cas d'admissibilité de l'absorption d'une société de capitaux par une société de personnes en droit suisse, les dispositions concernant la liquidation des sociétés de capitaux pourraient facilement être éludées par une fusion avec une société de personnes suivie de sa dissolution.

- Les *sociétés coopératives* peuvent fusionner entre elles, avec une société de capitaux, ou encore reprendre une association. Une société coopérative sans parts sociales peut également être reprise par une association; dans ce cas, il est cependant nécessaire que la société coopérative poursuive un but idéal. 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 social. Un tel capital ne peut, en effet, être transposé dans une association sans être dénaturé.

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 (cf. art. 680 CO), on exige cependant l'approbation de l'ensemble des actionnaires. Il en va de même en cas de reprise d'une société en commandite par actions ou d'une société à responsabilité limitée par une société coopérative (art. 18, al. 1er, let. b).

La reprise par voie de fusion d'une société coopérative par une société de capitaux pose également des problèmes en raison des structures juridiques différentes de ces deux formes juridiques. Il existe tout au plus certaines concordances 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 fortement la possibilité pour les sociétés coopératives de modifier leur structure; ainsi, par exemple, on exclurait la fusion d'une société coopérative d'assurance sans capital social avec une société anonyme d'assurance.

- Les *associations* peuvent fusionner entre elles, ou être reprises par une société coopérative. L'absorption d'une société coopérative par une association n'est prévue qu'à la condition que la société coopérative ne dispose pas d'un capital social, car le statut des coopérateurs titulaires de parts sociales ne peut 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 ou non. Cette possibilité pourrait notamment faciliter un certain assainissement parmi les associations qui ne poursuivent pas exclusivement un but idéal, mais qui ont également une activité économique.
- Les *fondations* ne peuvent fusionner qu'entre elles en raison de la différence fondamentale de structure qui existe entre un "groupement de personnes organisé" (société ou association) et une "entité patrimoniale organisée" (fondation). Une exception est cependant prévue à l'article 4, alinéa 6, qui autorise la fusion entre institutions de prévoyance revêtant la forme juridique de fondations et de sociétés coopératives.

En outre, la fusion entre fondations est soumise à des conditions qualifiées: le but poursuivi par les fondations qui fusionnent doit être identique ou similaire et la réalisation de ce but doit être favorisée par la fusion (art. 4, al. 5; cf. également le commentaire concernant l'art. 32).

- Les *institutions de prévoyance* revêtant la forme juridique de sociétés coopératives et de fondations peuvent fusionner entre elles à la condition qu'elles continuent à poursuivre le même but. Ainsi, on facilite notamment la concentration de ces institutions. Lorsqu'une institution de prévoyance revêtant la forme juridique d'un institut de droit public participe à la fusion, les dispositions spéciales des articles 85ss sont applicables.
- Les *instituts de droit public* peuvent participer à une fusion avec un sujet de droit privé dans la mesure des dispositions spéciales du chapitre 5 de l'avant-projet (art. 85 ss). Seule la reprise d'un institut de droit public par une société de capitaux, une société coopérative, une association ou une fondation, est prévue. L'inverse, soit la reprise par voie de fusion d'un sujet de droit privé par un institut de droit public (nationalisation/cantonalisation), n'est pas prévu par l'avant-projet. Toutefois, en vertu des règles actuelles du code des obligations, une société anonyme ou une société coopérative peut transférer son patrimoine par voie de succession à titre universel à une corporation de droit public (art. 751 et 915 CO).

La détermination des sujets pouvant participer à une fusion soulève des questions de politique juridique et de technique législative. Si l'avant-projet doit demeurer dans un cadre raisonnable quant à sa taille, et si les structures existantes des sociétés doivent être respectées, il s'impose de limiter les possibilités de fusion aux cas où il existe un véritable besoin. En outre, il faut tenir compte du fait qu'avec un droit de la transformation libéral (chapitre 4 de l'avant-projet), les possibilités de fusion sont indirectement être élargies lorsque l'opération de fusion est précédée d'une transformation (p. ex.: une société en nom collectif peut se transformer en société anonyme, qui ensuite reprend par voie de fusion une société à responsabilité limitée). La méthode de l'énumération (au lieu d'une clause générale) garantit la sécurité juridique et correspond également à la méthode qui est utilisée dans les ordres juridiques des Etats qui nous entourent.

## **Art. 5 Fusion d'un sujet en liquidation**

L'article 5 reprend le contenu de l'article 3, alinéa 2, de la troisième directive européenne. Un sujet en liquidation peut être repris par voie de fusion, dans les limites toutefois de l'article 4, aussi longtemps que la répartition du produit de la liquidation entre les associés n'a pas encore commencé. En revanche, un sujet en liquidation ne peut pas reprendre un autre sujet, même lorsque ce dernier est lui-même en liquidation.

Cette disposition ne s'applique pas lorsque le sujet est en liquidation par suite de faillite ou en liquidation concordataire.

Un réviseur particulièrement qualifié doit attester à l'attention du préposé au registre du commerce que la répartition de l'actif n'a pas encore commencé (art. 5, al. 2).

## **Art. 6 Fusion de sujets en cas de perte en capital ou de surendettement**

Dans la pratique, une fusion a parfois lieu afin d'éviter la faillite de l'un des sujets qui y participent. Cette voie est fréquemment utilisée lorsque les sujets qui fusionnent sont dominés par la même personne ou font partie d'un même groupe de sociétés.

La "fusion d'assainissement" peut mettre en danger les intérêts des créanciers du sujet reprenant. En effet, celui-ci peut à son tour connaître des difficultés suite à l'opération de fusion. Les dispositions générales sur la protection des créanciers (art. 25 et 26) s'avèrent insuffisantes dans ce cas. De même, l'administration séparée des patrimoines telle qu'elle est prévue actuellement par l'article 748, chiffre 2, du code des obligations ne protège pas les créanciers de manière efficace.

On pourrait concevoir d'interdire par principe la "fusion d'assainissement". Une telle interdiction empêcherait cependant des fusions qui, selon les circonstances, sont tout à fait raisonnables. Une autre solution consisterait à prévoir le droit pour les créanciers de tous les sujets qui participent à la fusion d'exiger des sûretés sans autre formalité. Toutefois, une obligation générale de fournir des sûretés ne conduit guère à une solution satisfaisante dans le système de protection des créanciers postérieure à la réalisation de l'opération de fusion, tel qu'il est prévu par l'article 25 (cf. les remarques relatives à cette disposition). D'autre part, l'obligation de fournir des sûretés à l'ensemble des créanciers pourrait, selon les circonstances, constituer une mesure disproportionnée; on peut penser, par exemple, à la reprise d'une petite entreprise nécessitant un assainissement par une grande société.

L'avant-projet prévoit l'admissibilité de la "fusion d'assainissement" lorsque des conditions qualifiées sont remplies: les sujets transférants ou reprenants, dont la moitié de la somme du capital-actions (sociétés anonymes et en commandite par actions) ou du capital social (sociétés à responsabilité limitée et sociétés coopératives) et des réserves légales n'est plus couverte, ou qui sont surendettées, ne peuvent fusionner que si les autres sujets disposent de fonds propres librement disponibles du montant du découvert et, le cas échéant, du surendettement. Cette solution ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers car, contrairement aux fonds propres liés, les fonds propres librement disponibles n'assument pas une fonction de garantie en faveur des créanciers. Le seuil de la mise en danger des créanciers s'inspire de l'article 725, alinéa 1er, du code des obligations (Perte en capital et surendettement), et étend la solution du nouveau droit de la société anonyme à la société à responsabilité limitée (cf. art. 817, al. 1er, CO) et à la société coopérative disposant d'un capital social (cf. art. 903, al. 3, CO). Dans l'appréciation de la mise en danger des créanciers, il faut

également tenir compte de la possibilité de postposer les créances prévue par l'article 725, alinéa 2, du code des obligations. En ce qui concerne les sujets qui ne disposent pas d'un capital fixe ou variable (les sociétés de personnes, la société coopérative sans capital social, l'association et la fondation), cette disposition est applicable seulement en cas de surendettement.

Il faut relever que cette disposition ne dispense en aucun cas l'organe d'administration du sujet d'aviser le juge en cas de surendettement, conformément aux articles 725, 725a, 817 et 903 du code des obligations. Lorsque la fusion intervient après l'avis au juge, celui-ci devra donner son accord à la fusion. En effet, lorsque la fusion laisse entrevoir des perspectives d'assainissement, elle peut justifier un ajournement de la faillite.

L'assainissement d'un sujet au moyen d'une fusion peut être mené à bien, indépendamment du fait que ce soit le sujet transférant ou reprenant qui nécessite un assainissement. Dans ce sens, l'article 6 est conçu paritairement.

Lorsque le surendettement repose sur une créance de la société-mère envers une filiale, la question se pose de savoir si la fusion entre ces deux sociétés ne devrait pas être possible sans tenir compte des conditions énoncées ci-dessus. On pourrait objecter que la créance de la société-mère serait dans tous les cas perdue en cas de faillite de la filiale. Toutefois, il apparaît que, dans ce cas aussi, l'exigence, selon laquelle la société-mère reprenante doit disposer de fonds propres librement disponibles du montant de la perte en capital et, le cas échéant, du surendettement, est justifiée. En effet, par la reprise de la filiale, la société-mère devient également responsable envers les tiers des dettes de la filiale.

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

Il peut y avoir des cas où la "fusion d'assainissement" entraîne un désavantage pour les associés minoritaires qui n'ont pas consenti à la fusion: la reprise de la société surendettée a pour conséquence une réduction des réserves de la société reprenante, ce qui diminue également la valeur de ses parts sociales. Lorsqu'il résulte de la "fusion d'assainissement" un dommage pour les associés minoritaires, les conditions pour une dissolution pour de justes motifs seront en général remplies (art. 736, ch. 4, et 820, ch. 4, CO). Le cas échéant, le juge pourra également ordonner l'indemnisation des actionnaires minoritaires dans le cadre de l'article 736, chiffre 4, du code des obligations.

Tout comme pour la fusion impliquant la participation d'un sujet en liquidation (art. 5, al. 2), un réviseur particulièrement qualifié doit attester à l'attention du préposé au registre du commerce que les conditions légales (article 6, alinéa 1<sup>er</sup>), sont remplies.

## **Section 2:     Parts sociales et droits de sociétariat**

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

L'article 7 traite des modalités de la continuité du sociétariat. Comme mentionné dans les remarques concernant l'article 3, le principe de la continuité du sociétariat est une des caractéristiques essentielles de la fusion. Avec la fusion, les associés du sujet transférant doivent acquérir la qualité d'associé du sujet reprenant. Ce principe connaît cependant une dérogation: le contrat de fusion peut prévoir un droit d'option pour les associés du sujet transférant entre, d'un côté l'attribution de parts sociales ou de droit de sociétariat, et de l'autre un dédommagement conformément à l'article 8.

Lorsque les droits attribués aux associés du sujet transférant ne respectent pas les exigences de l'article 7, l'article 91 prévoit que le sujet reprenant pourra être condamné à verser une soulte, sans pour autant que la validité juridique de la fusion soit remise en cause. Il faut également relever que, en principe, l'article 7 ne protège pas les associés du sujet transférant contre les modifications du contenu de leurs droits et obligations qui sont inhérents à la fusion avec un sujet de forme juridique différente. Il est cependant tenu compte des modifications importantes du statut juridique dans le cadre des exigences de majorité pour la décision de fusion (cf. art. 18); 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 par tête et peut introduire une obligation de faire des versements supplémentaires.

L'article 7, alinéa 1er, pose les critères pour la détermination du rapport d'échange des parts sociales et l'attribution des droits de sociétariat. La détermination des parts sociales et des droits de sociétariat qui seront attribués aux associés du sujet transférant doit avoir lieu notamment sur la base du patrimoine des sujets qui fusionnent et de la répartition des droits de vote. Cette disposition contient également une réserve en faveur des autres circonstances pertinentes qui peuvent entrer en ligne de compte dans la détermination du rapport d'échange (p. ex.: les perspectives de développement des entreprises participant à la fusion).

En pratique, il s'est souvent révélé nécessaire d'égaliser le rapport d'échange des parts sociales par une soulte en espèces ou en nature (cf. R. Meier, op. cit., p. 131ss). Cette possibilité, qui est tolérée par le droit actuel, est expressément réglementée par l'article 7, alinéa 2. L'article 3, alinéa 1er, de la troisième directive européenne autorise également une telle égalisation, cependant limitée au dixième de la valeur nominale des actions attribuées. Toutefois, une limitation basée sur la valeur nominale n'est pas appropriée dans la mesure où, en matière de rapport d'échange, c'est la valeur réelle des parts sociales qui est déterminante. Par conséquent, l'égalisation ne peut raisonnablement se baser que sur un pourcentage de la valeur réelle,

faute de quoi, une société anonyme dont les actions ont une valeur nominale de Fr. 20.-, et une valeur réelle de Fr. 600.-, ne pourrait prévoir qu'une soulte de Fr. 2.-, ce qui est insuffisant pour l'égalisation du rapport d'échange. Le moment déterminant pour la fixation de la valeur réelle des parts sociales est celui de la conclusion du contrat de fusion. Ce dernier doit, conformément à l'article 13, lettre b, contenir des indications sur la soulte.

L'article 7, alinéa 3, concerne la reprise par voie de fusion d'un sujet sans capital social par une société de capitaux, soit l'absorption d'une société en nom collectif, d'une société en commandite ou d'une société coopérative sans capital social par une société de capitaux (cf. art. 4, al. 1er). L'article 7, alinéa 3, suit le postulat général du principe de la continuité du sociétariat (art. 3, al. 2); les associés sans parts sociales ont droit à "au moins une part sociale lors de la reprise de leur sujet par une société de capitaux". Comme, le cas échéant, les associés n'ont pas contribué par des versements ou par leur activité à la constitution du patrimoine de leur sujet, il est prévu que la valeur nominale des parts sociales attribuées peut être fixée au-dessous de la valeur nominale minimale prévue par la loi (soit Fr. 10.- pour la société anonyme en vertu de l'art. 622, al. 4, CO, et Fr. 1000.- pour la société à responsabilité limitée en vertu de l'art. 774, al. 1er, CO). La question de savoir si une valeur nominale de Fr. 0.- est admissible, comme le Tribunal fédéral l'a reconnu en cas d'assainissement (ATF 86 II 78), est laissée ouverte. Il y a des considérations pertinentes à l'appui de l'inadmissibilité d'une valeur nominale nulle, qui devraient être examinées dans un nouvel arrêt du Tribunal fédéral. Avec la réglementation proposée, on écarte la possibilité de n'offrir aux associés du sujet transférant sans capital social qu'un droit de souscription préférentiel.

L'article 7, alinéa 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.

L'article 7, alinéa 5, prévoit que les associés titulaires de droits spéciaux qui sont liés aux parts sociales ou aux droits de sociétariat, tels que les titulaires d'actions à droit de vote privilégiées ou d'actions privilégiées, doivent obtenir des droits équivalents ou un dédommagement adéquat pour la perte de leurs droits spéciaux. Cette disposition reprend la réglementation de l'article 15 de la troisième directive européenne.

L'article 7, alinéa 6, concerne les droits à attribuer aux titulaires de bons de jouissance. Ces derniers doivent obtenir des droits équivalents ou se voir racheter leurs titres à la valeur réelle au moment du dépôt du contrat de fusion conformément à l'article 17.

## **Art. 8 Dédommagement**

L'avant-projet part du principe que le droit à la continuité du sociétariat ne peut pas être supprimé contre la volonté des associés. Ainsi, la fusion ne permet en aucun cas

d'exclure un associé. Toutefois, il est prévu que les sujets qui fusionnent peuvent offrir aux associés un droit d'option entre des parts sociales ou des droits de sociétariat et un dédommagement (art. 3, al. 2, 2<sup>ème</sup> phrase, qui renvoie à l'art. 8). Avec cette possibilité de choix, la position des associés concernés est renforcée. Ils peuvent entrer comme associés dans le sujet reprenant, ou alors sortir du sujet transférant au moment de la fusion contre attribution d'un dédommagement. Bien que la troisième directive européenne ne prévoit pas une telle possibilité de choix, il faut partir du principe qu'une telle solution entre dans le domaine de la liberté de transposition du droit communautaire en droit national. L'offre d'un dédommagement peut être, selon les cas, aussi bien dans l'intérêt du sujet reprenant que dans celui des associés.

D'autre part, l'article 8, alinéa 2, prévoit également la possibilité de renoncer totalement à l'attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat et de prévoir que seul un dédommagement sera versé aux associés du sujet transférant. Dans cette hypothèse, le contrat de fusion devra être approuvé par l'ensemble des associés du sujet transférant conformément à l'article 18, alinéa 5. Cette solution fait prévaloir le principe de la liberté contractuelle en cas d'accord de l'ensemble des associés, et permet de transférer par voie de succession à titre universel le patrimoine d'un sujet dans le cadre d'une opération de fusion, tout en renonçant au principe de la continuité du sociétariat.

Le dédommagement peut consister en une prestation en espèces ou en toute autre prestation patrimoniale (à l'exception de parts sociales du sujet reprenant).

### **Section 3: Augmentation de capital, fondation et bilan intermédiaire**

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

Sous réserve d'un éventuel dédommagement (art. 8), la fusion a lieu contre attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat du sujet reprenant. En cas d'absorption d'un sujet par une société de capitaux, celle-ci devra augmenter son capital dans la mesure nécessaire au maintien des droits des associés du sujet transférant conformément à l'article 7. Le montant de l'augmentation de capital peut également dépendre du fait que le sujet reprenant détient lui-même des parts du sujet transférant ou de ses propres parts, ou encore du fait que le sujet transférant détient des parts du sujet reprenant ou de ses propres parts. Dans ces cas, il pourra être renoncé à l'augmentation dans la même proportion. Sous réserve de ces exceptions, la société de capitaux reprenante doit impérativement augmenter son capital, également afin de protéger les intérêts des créanciers.

Lorsque le contrat de fusion prévoit un droit d'option entre l'attribution de parts sociales et un dédommagement (cf. art. 8, al. 1<sup>er</sup>), l'augmentation conditionnelle de capital (art. 653 CO) permet à la société anonyme reprenante de tenir compte de

l'incertitude quant au montant de l'augmentation nécessaire. A cette fin, l'article 9, alinéa 2, prévoit que l'article 651, alinéa 2, du code des obligations, qui fixe le montant maximal de l'augmentation de capital autorisée à la moitié du capital existant, n'est pas applicable dans le cadre d'une fusion.

Afin de taire une controverse née dans la doctrine, l'article 9, alinéa 2, prévoit expressément que les dispositions concernant les apports en nature (cf. notamment l'art. 634 CO) ne sont pas applicables en matière de fusion. Vu l'exigence d'un rapport de fusion (art. 9) et d'une vérification du contrat de fusion (art. 10), il serait superflu d'appliquer les règles concernant les apports en nature.

#### **Art. 10 Fondation du nouveau sujet en cas de fusion par combinaison**

En cas de fusion par combinaison, les patrimoines actifs et passifs des sujets qui participent à la fusion sont transférés à un sujet nouvellement constitué dans le cadre de l'opération de fusion. L'article 10 précise que la fondation de ce sujet est soumise aux règles du code civil et du code des obligations, à l'exception des règles concernant les apports en nature et le nombre de fondateurs. Il est donc possible de fusionner deux sociétés anonymes à actionnaire unique en une nouvelle société à responsabilité limitée unipersonnelle.

#### **Art. 11 Bilan intermédiaire**

En conformité avec la troisième directive européenne (art. 11), l'avant-projet prévoit que les sujets qui fusionnent doivent établir un bilan intermédiaire, dans la mesure où les derniers comptes annuels se rapportent à un exercice dont la fin est antérieure de plus de six mois à la conclusion du contrat de fusion.

### **Section 4: Contrat de fusion, rapport de fusion et vérification**

#### **Art. 12 Conclusion du contrat de fusion**

L'alinéa 1er de cette disposition pose une règle de compétence pour la conclusion du contrat de fusion. Ce dernier doit être conclu par les "organes supérieurs de direction ou d'administration" des sujets qui fusionnent. La notion d'organe supérieur de direction ou d'administration a été choisie afin de tenir compte des différentes organisations internes propres à chaque forme juridique. Selon la forme juridique, les organes suivants sont compétents:

société anonyme et société en commandite par actions	le conseil d'administration
société à responsabilité limitée	les gérants
société coopérative	l'administration
sociétés en nom collectif et société en commandite	les associés indéfiniment responsables (sauf si le contrat en dispose autrement)
association	la direction (comité)
fondation	l'organe supérieur conformément à l'acte de fondation

Le contrat de fusion doit revêtir la forme écrite et être approuvé par les assemblées générales (art. 1, let. f), respectivement par les associés (pour les sociétés en nom collectif et en commandite) des sujets qui fusionnent conformément à l'article 18. Dans ce sens, le contrat de fusion conclu par les organes supérieurs de direction ou d'administration est frappé d'une condition suspensive.

### **Art. 13 Contenu du contrat de fusion**

Le droit actuel ne contient aucune disposition particulière concernant le contenu du contrat de fusion. Seul l'article 748, chiffre 8, du code des obligations 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 code des obligations.

Les sujets qui fusionnent arrêtent dans le contrat de fusion les principes applicables à l'opération concrète de fusion. La loi détermine le contenu minimal de ce contrat. La troisième directive européenne parle de "projet de fusion", alors que dans sa transposition dans la plupart des Etats de l'Union européenne on utilise aussi bien le terme de "projet de fusion" que celui de "contrat de fusion". L'avant-projet s'en tient à la notion de "contrat de fusion".

L'article 5 de la troisième directive européenne mentionne les huit points que doit impérativement contenir le projet de fusion. Cette réglementation a été transposée dans le droit national des Etats membres de l'Union européenne. L'article 13 de l'avant-projet reprend également les exigences de la directive européenne et les complète eu égard aux particularités du droit suisse. A cet égard, il faut mentionner l'article 13, lettre f, concernant le dédommagement prévu à l'article 8 ainsi que l'article 13, lettre i, concernant la désignation des associés qui assument une responsabilité personnelle illimitée (cf. également l'art. 18, al. 3).

L'article 13, lettre g, permet aux sujets qui fusionnent de donner un effet rétroactif à la fusion, notamment sur le plan comptable. Il faut cependant relever que la rétroacti-

tivité n'a d'effet qu'envers les sujets qui fusionnent. Quant aux tiers, la fusion ne pourra leur être opposée qu'après son inscription au registre du commerce conformément aux articles 20 et 21.

#### **Art. 14 Rapport de fusion**

En conformité avec l'article 9 de la troisième directive européenne, l'article 14 prévoit que les organes supérieurs de direction ou d'administration des sujets qui fusionnent doivent établir un rapport écrit qui explique et justifie du point de vue économique et juridique la fusion. L'article 14, alinéa 2, contient la liste des points devant être traités par le rapport. Ce dernier contient aussi bien des informations de nature technique (lettres c à f), que des informations plus générales sur la fusion et ses conséquences (lettres a, g et h).

#### **Art. 15 Vérification du contrat de fusion**

Le contrat de fusion, ainsi que le rapport de fusion, doivent être vérifiés par un réviseur particulièrement qualifié de manière séparée pour chacun des sujets qui fusionnent. En ce qui concerne les exigences de qualifications particulières et l'indépendance des réviseurs, il faut se référer aux articles 727b et 727c CO. La troisième directive européenne autorise la désignation d'un réviseur commun pour l'ensemble des sujets qui fusionnent, lorsque ceux-ci le demandent conjointement et que le réviseur est désigné par une autorité judiciaire ou administrative (art. 10, al. 1er, de la directive). L'avant-projet attribue cette compétence de l'Office fédéral du registre du commerce (art. 15, al. 4) dans le but de ne pas surcharger les autorités judiciaires avec des cas de juridiction non litigieuse et de garantir une application uniforme du droit.

L'objet de la vérification et le contenu du rapport de révision sont prescrits de manière détaillée par l'article 10, alinéa 2, de la troisième directive européenne. L'article 15, alinéa 3, de l'avant-projet reprend ces exigences et les complète eu égard aux particularités du droit suisse (notamment en ce qui concerne l'art. 15, al. 3, let. e). Il en va de même en ce qui concerne le droit aux renseignements et le droit de consultation des réviseurs (art. 10, al. 3, de la troisième directive et art. 15, al. 2, de l'avant-projet).

#### **Art. 16 Information quant aux modifications du patrimoine**

Selon l'article 16, l'organe supérieur de direction ou d'administration doit informer son assemblée générale, ainsi que les organes supérieurs de direction ou d'administration des autres sujets qui fusionnent, des modifications importantes intervenues dans son patrimoine 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 sujets en informent à leur tour leur propre assemblée générale. Les organes supérieurs de direction et d'administration responsables doivent en particulier vérifier si les bases de la fusion, telles qu'elles sont arrêtées dans le contrat de fusion, ont encore cours, s'il s'impose de modifier le contrat, ou encore s'il faut renoncer à la fusion.

### **Art. 17 Dépôt du contrat de fusion et droit de consultation**

L'article 17 prévoit différentes formes de publicité pour les documents servant de base à la fusion.

Chacun des sujets qui fusionnent doit déposer pour consultation le contrat de fusion à l'office du registre du commerce de son siège au moins 30 jours avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la fusion (art. 17, al. 1er). Le contrat déposé au registre du commerce peut être consulté par tout un chacun, sans qu'il faille justifier d'un intérêt particulier.

D'autre part, l'ensemble des associés des sujets qui fusionnent peuvent consulter au siège de chacun des sujets le contrat de fusion, ainsi que le rapport de fusion, le rapport de révision et les comptes annuels et rapports annuels des trois derniers exercices (y compris l'éventuel bilan intermédiaire) de l'ensemble des sujets qui participent à la fusion (art. 17, al. 2). Ces documents doivent leur être mis à disposition au moins 30 jours avant la réunion des assemblées générales appelées à se prononcer sur la fusion. Ce délai relativement long est nécessaire afin de donner aux associés la possibilité d'examiner la situation économique et juridique.

En outre, les sujets qui fusionnent doivent permettre aux créanciers qui en font la demande de consulter les comptes annuels et les rapports annuels des trois derniers exercices, ainsi que l'éventuel bilan intermédiaire (art. 17, al. 4). Ce droit de consultation étendu est nécessaire, notamment afin permettre aux créanciers de se déterminer sur la question de savoir s'ils veulent exiger des sûretés conformément à l'article 25. L'article 17, alinéa 4, s'inspire de la réglementation du droit de la société anonyme prévue à l'article 697h du code des obligations; en cas de fusion, le droit de consultation des créanciers correspond toujours un intérêt digne de protection eu égard à leur droit d'exiger des sûretés (cf. art. 25).

D'autre part, selon l'article 17, alinéa 3, les associés peuvent exiger des copies gratuites des documents qu'ils ont le droit de consulter (cf. la disposition analogue de l'art. 11, al. 3, de la troisième directive européenne). Le même droit appartient aux créanciers pour ce qui est des comptes annuels et des rapports annuels (art. 17, al. 4).

Chaque sujet qui participe à la fusion doit informer du dépôt du contrat de fusion à l'office du registre du commerce, ainsi que la possibilité de consultation à son siège, par une publication dans la Feuille officielle suisse du commerce (art. 17, al. 5).

## **Section 5: Décision de fusion et inscription au registre du commerce**

### **Art. 18 Décision de fusion**

Comme il a déjà été mentionné dans les remarques concernant l'article 12, le contrat de fusion doit être soumis à l'approbation de l'assemblée générale, respectivement des associés pour les sociétés en nom collectif et en commandite. L'article 18 pose des règles en matière de quorums.

En ce qui concerne les sociétés de capitaux et la société coopérative, les décisions majoritaires sont en principe prévues (art. 18, al. 1er). Les quorums s'en tiennent aux prescriptions existantes en matière de décisions importantes (art. 704 CO pour la société anonyme, art. 784, al. 2, CO pour la société à responsabilité limitée, art. 888, al. 1er, et art. 914, ch. 11, CO pour la société coopérative). Toutefois, 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 (art. 18, al. 1er, 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 de faire des versements supplémentaires pour les actionnaires conformément à l'article 803 du code des obligations (art. 18, al. 4).

Dans ces deux cas, la fusion peut avoir pour effet, d'introduire une obligation de faire des versements supplémentaires ou une responsabilité personnelle pour les associés du sujet transférant. Au vu de cette circonstance, il paraît approprié d'exiger l'approbation de l'ensemble des associés. A défaut, 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. La seule alternative à l'exigence de l'approbation de l'ensemble des associés serait de prévoir le droit pour les associés minoritaires qui n'ont pas approuvé la fusion de se voir offrir le rachat de leurs parts sociales. Cette solution n'a cependant pas été retenue dans la mesure où elle fait appel à des règles relativement compliquées (il faudrait créer une procédure spéciale d'offre de rachat dans le cadre de la procédure de fusion). D'autre part, une telle réglementation permettrait en fait d'exclure certains associés de la société. Il faut également relever que la solution retenue ne devrait en réalité concerner qu'un nombre limité de cas de fusion, auxquels l'ensemble des associés ont de toute façon donné leur approbation. En outre, il n'est pas exclu d'offrir aux associés qui ne seraient pas d'accord avec la fusion d'acquiescer leurs parts sociales avant l'opération de fusion afin de pouvoir respecter l'exigence de l'approbation de l'ensemble des associés.

Lorsque, suite à la fusion d'un sujet avec une société en commandite par actions, le contrat de fusion prévoit qu'un associé du sujet transférant acquerra la qualité d'associé indéfiniment responsable, ce dernier doit y consentir par écrit (art. 18, al. 3).

En matière de fusion de sociétés en nom collectif et en commandite, l'approbation de l'ensemble des associés est en principe requise. En effet, la fusion peut modifier le statut des différents associés, notamment en ce qui concerne leurs droits de gestion. Le contrat de société peut cependant prévoir une décision majoritaire des trois quarts des associés au moins (art. 18, al. 2).

L'article 18, alinéas 5 et 6, prévoit encore deux exigences de majorités pour deux cas de fusion bien particuliers:

- lorsque le contrat de fusion renonce à attribuer des parts sociales ou des droits de sociétariat aux associés du sujet transférant, et prévoit que seul un dédommagement leur sera offert (art. 8, al. 2), il doit recueillir l'approbation de l'ensemble des associés du sujet transférant;
- lorsque la fusion implique une modification du but du sujet transférant et que la modification du but est soumise, en vertu d'une disposition légale ou statutaire, à des quorums différents de ceux applicables à la décision de fusion, celle-ci doit respecter ces deux exigences de majorités.

**Art. 19 à 22            Acte authentique; Inscription au registre du commerce; Effet juridique; Publication**

La décision de fusion doit faire l'objet d'un acte authentique. Les organes supérieurs de direction et d'administration de chacun des sujets doit en requérir son inscription au registre du commerce (art. 19 et 20). La réquisition d'inscription au registre du commerce ne doit avoir lieu qu'une fois la fusion approuvée par l'ensemble des sujets qui fusionnent (art. 20, al. 2).

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 relation avec une fusion, l'inscription au registre du commerce de l'augmentation de capital doit avoir lieu simultanément avec la fusion. Pour la société anonyme et la société en commandite par actions, ce sont les articles 650ss du code des obligations qui sont applicables. Selon ces dispositions, l'assemblée générale décide les principes de l'augmentation, alors qu'il incombe au conseil d'administration de l'exécuter et de modifier les statuts (art. 652g CO).

Les décisions de fusion doivent être publiées dans la Feuille officielle suisse du commerce (art. 22). La publication informe les créanciers de leurs droits conformément à l'article 25.

L'inscription de la fusion au registre du commerce a un effet constitutif: l'ensemble du patrimoine actif et passif du sujet transférant est transféré à cette date par voie de

succession à titre universel au sujet reprenant (art. 21). Simultanément à l'inscription de la fusion, le sujet transférant (ou les sujets transférants en cas de pluralité, ou encore dans l'hypothèse d'une fusion par combinaison) est radié d'office du registre du commerce (art. 20, al. 3). Le maintien de l'inscription du sujet transférant jusqu'à ce que les créanciers soient payés ou garantis, comme le prévoit le droit actuel (art. 748, ch. 7, CO), est superflu car les créanciers n'en retirent pas une protection particulière.

## **Section 6: Fusion de sociétés de capitaux simplifiée**

### **Art. 23 et 24 Champ d'application; Conditions simplifiées**

Dans un certain nombre de situations, l'application des dispositions concernant la protection des associés est superflue. Dès lors, la réalisation de l'opération de fusion peut être simplifiée. L'avant-projet retient les cas suivants (art. 23, al. 1er):

- lorsque la société de capitaux reprenante détient l'ensemble des parts sociales conférant droit de vote du sujet transférant (fusion entre société-mère et filiale);
- lorsque le même sujet détient l'ensemble des parts sociales conférant droit de vote des sociétés de capitaux qui fusionnent (fusion entre sociétés soeurs).

Une fusion simplifiée est également autorisée lorsque le sujet reprenant détient au moins 90 pour cent des parts sociales conférant droit de vote du sujet transférant (art. 19, al. 2), mais seulement lorsque des conditions qualifiées sont réalisées. Les titulaires de parts minoritaires doivent se voir offrir le choix entre des parts sociales du sujet reprenant et un dédommagement conformément à l'article 8, alinéa 1er, qui en outre doit correspondre à la valeur réelle des parts sociales. D'autre part, la fusion ne doit pas introduire une obligation de faire des versements supplémentaires ou une responsabilité personnelle pour les titulaires de parts minoritaires.

Conformément à la troisième directive européenne, l'avant-projet ne considère pas la reprise par voie de fusion de la société-mère par une société filiale comme un état de fait justifiant une fusion simplifiée. Dans cette hypothèse, une augmentation de capital de la société filiale est toujours nécessaire.

La question se pose de savoir si la société de capitaux reprenante a le droit de reprendre une participation minoritaire, également contre la volonté des titulaires de parts. L'avant-projet s'appuie sur la loi fédérale du 24 mars 1995 sur la bourse et le commerce des valeurs mobilières (LBVM; RS 954.1), dont l'article 33 prévoit un droit de reprise en cas d'offre d'achat, lorsque l'offrant dispose de plus de 98 pour cent des droits de vote de la société visée. La société reprenante qui détient déjà 98 pour cent des droits de vote de la société transférante peut selon l'article 23, alinéa 3, exiger que les parts sociales restantes (avec ou sans droit de vote) lui soient transférées à leur valeur réelle.

Lorsque l'un des états de fait mentionnés ci-dessus est donné, la fusion peut avoir lieu à des conditions simplifiées (art. 24, al. 1er). En particulier, aucune décision des assemblées générales n'est requise. En conformité avec la troisième directive européenne (art. 27, let. c), l'article 24, alinéa 3, prévoit néanmoins que les titulaires de parts du sujet reprenant qui représentent au moins 5 pour cent des droits de vote peuvent exiger la convocation d'une assemblée générale de leur société.

## **Section 7: Protection des créanciers**

### **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 en ce qui concerne 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 faire un appel aux créanciers et doivent administrer de manière séparée le patrimoine de la société dissoute jusqu'à ce que ses créanciers aient été payés ou aient reçu des sûretés; en cas de faillite de la société reprenante, le patrimoine de la société dissoute forme une masse distincte. Au demeurant, on ne trouve nulle part ailleurs à l'étranger un système équivalent à celui connu en Suisse. Avec le droit sans réserve à l'obtention de sûretés, le droit suisse ne tient pas suffisamment compte du fait que la fusion ne prive les créanciers d'aucun substrat de responsabilité, sous réserve du cas où l'un des sujets qui fusionnent a une perte en capital ou est surendetté. L'administration séparée du patrimoine ne tient pas non plus compte de cette circonstance et s'avère difficile à mettre en œuvre en pratique.

Le système de protection des créanciers est conçu de manière différente dans les autres Etats européens. Le droit français (art. 381 Code des sociétés, Loi 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 soit lever sans réserve l'opposition, soit ordonner que les créanciers soient désintéressés ou alors garantis par la société reprenante. Le droit allemand prévoit quant à lui que les créanciers ont droit à l'obtention de sûretés, et renonce à une collaboration judiciaire.

Vu ces différents systèmes de protection des créanciers, il est compréhensible que la troisième directive européenne ne contient pas de dispositions particulières à ce sujet, et exige seulement à son article 13 "un système de protection adéquat des intérêts des créanciers des sociétés qui fusionnent". L'exigence minimale consiste en ce que les créanciers aient 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, al. 2). Par ailleurs, la protection peut être différente pour les créanciers de la société reprenante et ceux de la société transférante (art. 13, al. 3).

L'article 25 prévoit que les créanciers, aussi bien du sujet transférant que du sujet reprenant, peuvent exiger des sûretés de la part du sujet reprenant, pour autant que leurs créances soient nées avant la publication de la décision de fusion. Le sujet reprenant est cependant libéré de son obligation de fournir des sûretés lorsqu'il 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 juge pour qu'il tranche. Cette solution a été retenue car seul le sujet reprenant 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 compromet l'exécution de leurs créances.

En vertu de l'article 25, alinéa 2, le sujet tenu de fournir des sûretés peut en lieu et place exécuter la créance dans la mesure où il n'en résulte aucun dommage pour les autres créanciers.

Le droit d'obtenir des sûretés doit être exercé dans les trois mois qui suivent la publication de la décision de fusion, soit après la réalisation de l'opération de fusion. Sur ce point, l'avant-projet suit la solution du droit allemand.

## **Art. 26 Responsabilité personnelle des associés**

La protection des créanciers est renforcée par l'article 26. En vertu de cette disposition, les associés du sujet transférant qui répondaient personnellement de ses dettes avant la fusion restent tenus 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. Cette formulation permet notamment d'englober les prétentions découlant d'actes illicites lorsque le dommage n'est pas encore survenu au moment de la fusion. Les prétentions à l'encontre des associés du sujet transférant qui n'assument plus une responsabilité personnelle au sein du sujet reprenant se prescrivent au plus tard par cinq ans dès la publication de la décision de fusion. Toutefois, lorsque la prétention ne devient exigible qu'après cette publication, la prescription court dès l'exigibilité. La prescription des prétentions envers les associés qui continuent d'assumer une responsabilité personnelle au sein du sujet reprenant reste par contre soumise aux règles ordinaires de prescription. Cette solution se justifie par le fait que les créanciers doivent pouvoir se fier à la continuité de la responsabilité personnelle des associés. 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 responsabilité. A titre d'exemple, la question de savoir si la responsabilité du débiteur antérieur en vertu de l'article 181, alinéa 2, du code des obligations, pose un délai de prescription ou de péremption demeure controversée. Bien que le Tribunal fédéral ait admis, sans motivation, un délai péremptoire dans l'ATF 108 II 107, KARL SPIRO (Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatafristen, Berne 1975, vol. 1, § 318, p. 759ss) a plaidé, avec des arguments convaincants, pour un

délai de prescription. En cas de sortie d'un associé d'une société ou en cas de dissolution, il est incontesté que la prescription s'applique à la continuité de la responsabilité (SPIRO, op. cit., § 318, p. 760). L'avant-projet suit les considérations de KARL SPIRO.

Dans l'hypothèse de l'émission publique d'obligations d'emprunt ou de titres d'obligation semblables, la continuité de la responsabilité 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 demeurent également réservées.

## **Section 8: Dispositions spéciales concernant la fusion d'associations**

### **Art. 27 Simplification en matière de fusion d'associations**

L'article 27 prévoit qu'un certain nombre de dispositions de l'avant-projet ne s'appliquent pas en matière de fusion entre associations (art. 4, al. 4, let. a). La procédure de fusion entre associations est largement simplifiée, notamment par les allègements suivants:

- l'établissement d'un rapport de fusion par l'organe supérieur de direction ou d'administration (art. 14) n'est pas exigé;
- le contrat de fusion ne doit pas être vérifié par un réviseur particulièrement qualifié (art. 15);
- la procédure de dépôt du contrat de fusion et le droit de consultation (art. 17) est remplacée par la réglementation de l'article 28;
- la décision de fusion des assemblées générales n'a pas à être passée en la forme authentique (art. 19).

En vertu de l'article 27, alinéas 2 et 3, l'inscription de la fusion au registre du commerce et sa publication dans la Feuille officielle suisse du commerce (art. 20 et 22) n'est exigée que pour les associations qui sont elles-mêmes inscrites au registre du commerce. Cette exigence vise à protéger les tiers, qui sont en droit de s'attendre à ce que la fusion soit inscrite au registre du commerce et publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce lorsque l'association est elle-même inscrite.

L'article 27, alinéa 3, précise également le moment auquel la fusion déploie ses effets. Lorsqu'une des associations qui fusionnent est inscrite au registre du commerce, la fusion devient juridiquement valable par son inscription au registre du commerce conformément à l'article 21. Par contre, si aucune des associations n'est inscrite au registre du commerce, la fusion déploie ses effets dès qu'elle a été approuvée par les assemblées générales de l'ensemble des associations qui fusionnent.

Il faut relever que les allègements prévus par l'article 27 concernent exclusivement la fusion entre associations, à l'exclusion de la fusion entre une association et une société coopérative (art. 4, al. 4, let. b et c).

### **Art. 28 Dépôt du contrat de fusion et droit de consultation**

En ce qui concerne le dépôt du contrat de fusion et le droit de consultation, l'article 28 prévoit une réglementation différente selon que les associations qui participent à la fusion sont inscrites au registre du commerce ou non. Les associations non inscrites au registre du commerce doivent déposer le contrat de fusion pour consultation à leur siège et en informer leurs membres, ainsi que les créanciers connus, de manière adéquate. Les associations inscrites au registre du commerce doivent quant à elles déposer le contrat de fusion à l'office du registre du commerce de leur siège et informer du dépôt et de la possibilité de consultation par une publication dans la Feuille officielle suisse du commerce. Dans les deux cas, le dépôt du contrat de fusion doit avoir lieu au moins 30 jours avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la fusion.

### **Art. 29 Décision de fusion**

Différents quorums sont prévus en ce qui concerne l'approbation de la fusion par l'assemblée générale de l'association:

- en cas de fusion entre associations, l'article 67, alinéa 2, du code civil est applicable; par conséquent, la fusion doit être approuvée à la majorité des voix des membres présents;
- lorsque le but de l'association est modifié suite à une fusion entre associations, la majorité des trois quarts au moins des membres présents à l'assemblée générale de l'association dont le but est modifié par la fusion est exigée (art. 29, al. 1er);
- en cas de fusion entre une association et une société coopérative, la décision de fusion doit recueillir l'approbation des trois quarts au moins des membres présents (art. 29, al. 2).

### **Art. 30 Droit de sortie**

En vertu de l'article 30, les membres qui n'ont pas approuvé la fusion peuvent librement sortir de l'association dans le délai de deux mois dès la décision de fusion, avec effet rétroactif à cette date. Ce droit de sortie est la conséquence du caractère personnel du sociétariat occasionné par le but idéal de l'association. 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. 31 Protection des créanciers**

En matière de protection des créanciers, l'article 25 est applicable. L'article 31 précise cependant que le délai pour exiger des sûretés court dès la date à laquelle la fusion déploie ses effets (cf. art. 27, al. 3). Cette précision est nécessaire dans la mesure où la fusion entre associations non inscrites au registre du commerce n'est pas inscrite au registre du commerce et ne fait pas l'objet d'une publication dans la Feuille officielle suisse du commerce.

### **Section 9: Dispositions spéciales concernant la fusion de fondations**

#### **Art. 32 Protection des bénéficiaires ayant des prétentions**

En règle générale, les bénéficiaires de fondations ne disposent pas de véritables prétentions au sens juridique. En cas de fusion de fondations, les bénéficiaires jouissent cependant d'une protection indirecte dans la mesure où l'article 4, alinéa 5, prévoit que les fondations qui fusionnent doivent poursuivre un but identique ou similaire et que la réalisation de ce but doit être favorisée par la fusion.

Il est cependant aussi possible que les bénéficiaires disposent de véritables prétentions, notamment en matière de fondations de prévoyance professionnelle et de fondations de famille. Pour ces hypothèses, l'avant-projet prévoit une norme de protection particulière: les prétentions des bénéficiaires doivent être maintenues en cas de fusion. En outre, les organes supérieurs des fondations qui fusionnent doivent informer les bénéficiaires du projet de fusion et de ses effets, et ce avant la conclusion du contrat de fusion. Avec ce devoir d'information des organes de la fondation, les bénéficiaires peuvent prendre des dispositions afin de protéger leurs prétentions. Les bénéficiaires ayant des prétentions étant considérés comme des créanciers, ils peuvent dès lors exiger des sûretés en vertu de l'article 25. En matière de fondations de prévoyance du personnel, ils disposent en outre des voies de droit des lois fédérales sur la procédure administrative<sup>23</sup> et sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)<sup>24</sup>.

#### **Art. 33 Dispositions non applicables**

Les dispositions générales concernant la fusion s'appliquent à la fusion entre fondations. Par contre, les règles qui se réfèrent notamment à la structure du capital et aux parts sociales ne sont pas applicables. L'article 33 énonce les dispositions qui ne sont pas applicables.

---

<sup>23</sup> RS 172.021

<sup>24</sup> RS 831.40

Il faut également relever que, tout comme en matière de fusion entre associations, le contrat de fusion n'a pas à être vérifié par un réviseur particulièrement qualifié.

### **Art. 34 Contrat de fusion et approbation**

En matière de fondations, c'est l'organe supérieur de la fondation qui est compétent pour conclure le contrat de fusion. Alors que le contrat de fusion doit, pour les sociétés de capitaux, les sociétés coopératives et les associations, au surplus être approuvé par l'assemblée générale ou, pour les sociétés de personnes, par les associés (cf. art. 18, al. 1<sup>er</sup> et 2), une telle exigence d'approbation n'est pas prévue pour les fondations. En revanche, l'article 34 prévoit que les autorités de surveillance de l'ensemble des fondations qui fusionnent doivent en principe donner leur approbation. Une exception est prévue pour les fondations de famille et les fondations ecclésiastiques qui ne disposent pas d'une autorité de surveillance. L'autorité de surveillance doit, dans le cadre de sa compétence d'approbation, veiller à ce que les conditions pour la fusion sont réunies, notamment en ce qui concerne le but de la fondation (art. 4, al. 5) et le maintien du statut et des droits des bénéficiaires (art. 32).

## **Section 10: Dispositions spéciales concernant la fusion d'institutions de prévoyance**

### **Art. 35 Protection des assurés**

La fusion entre institutions de prévoyance nécessite des garanties particulières eu égard aux assurés. A cette fin, l'article 35 dispose que le statut juridique et les prétentions des assurés doivent être maintenus. La protection des assurés est également renforcée par les dispositions prévues à l'article 37.

### **Art. 36 Dispositions applicables**

L'article 36 précise dans quel ordre s'appliquent les dispositions de l'avant-projet. Dans la mesure où cette section ne prévoit pas de dispositions spéciales, la fusion entre institutions de prévoyance est régie par les dispositions générales, ainsi que par les dispositions spéciales concernant la fusion de fondations (art. 32ss) lorsqu'une institution de prévoyance revêtant la forme juridique d'une fondation participe à la fusion.

### **Art. 37 Contrat de fusion, rapport de fusion et vérification**

La préoccupation concernant la protection du statut juridique et des prétentions des assurés ressort également de l'article 37. L'alinéa 1er de cette disposition précise le contenu du contrat de fusion; ce dernier doit notamment contenir des indications sur le statut juridique et les prétentions des assurés. L'alinéa 2 précise l'objet du rapport

de fusion, qui doit en particulier exposer de quelle manière le statut juridique et les prétentions des assurés seront maintenus. Les alinéas 3 et 4 concernent la vérification du contrat de fusion et du rapport de fusion; la vérification doit être menée par un expert reconnu en matière de prévoyance professionnelle, qui doit en particulier attester que la fusion est matériellement fondée, de même que le statut juridique et les droits des assurés seront maintenus.

### **Art. 38 Approbation**

Indépendamment de la forme juridique de l'institution de prévoyance, la fusion doit être approuvée par son autorité de surveillance au sens de l'article 61 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)<sup>25</sup>. Il en va de même en matière de scission et de transformation, qui doivent également être approuvées par l'autorité de surveillance (art. 67 et 86, al. 2). La question de savoir si ces exigences d'approbation devraient plutôt être intégrées dans la LPP reste encore à examiner. Si ce devait être le cas, l'exigence de l'approbation de l'autorité de surveillance pourrait être étendue aux liquidations et aux liquidations partielles qui, économiquement, peuvent avoir la même signification qu'une scission (p. ex. la sortie d'une caisse de prévoyance d'une institution collective) mais qui n'entrent pas dans le cadre de cet avant-projet.

En annexe à l'avant-projet, il est prévu de créer dans la LPP une norme de délégation en faveur du Conseil fédéral, qui pourra réglementer les conditions et la procédure d'approbation des fusions d'institutions de prévoyance par les autorités de surveillance (art. 62, al. 3, LPP).

## **Chapitre 3: Scission**

### **Section 1: Dispositions générales**

#### **Art. 39 Principe**

Selon l'avant-projet, la scission d'un sujet peut prendre l'une des trois formes définies à l'article 39, soit (au sujet des différentes formes de scission, cf. également Partie générale ch. 182):

- La *division*. Un sujet (sujet transférant) divise l'ensemble de son patrimoine actif et passif en parts, qu'il transfère à d'autres sujets existants ou nouvellement constitués (sujets reprenants). Les associés du sujet transférant deviennent as-

---

<sup>25</sup> RS 831.40

sociés des sujets qui reprennent les parts de patrimoine. Avec la division, le sujet transférant est dissous et radié du registre du commerce.

- La *séparation*. Un sujet (sujet transférant) sépare une ou plusieurs parts de son patrimoine qu'il transfère à un ou plusieurs autres sujets existants ou nouvellement constitués (sujets reprenants). Les associés du sujet transférant deviennent associés des sujets qui reprennent les parts de patrimoine. Contrairement à la division, le sujet transférant continue d'exister en cas de séparation, car les parts de patrimoine transférées ne représentent pas l'ensemble de son patrimoine.
- La *dissociation*. Un sujet (sujet transférant) sépare une ou plusieurs parts de son patrimoine qu'il transfère à un ou plusieurs autres sujets existants ou nouvellement constitués (sujets reprenants). Contrairement à la séparation, la contre-prestation (les parts sociales ou les droits de sociétariat, respectivement le dédommagement) est attribuée au sujet transférant lui-même, et non pas à ses associés. La dissociation n'a par conséquent aucune influence sur le statut juridique des associés du sujet transférant. Cette forme de scission peut notamment servir à la fondation de sociétés filiales ou encore à la constitution d'une société en joint-venture, lorsque plusieurs sujets transfèrent chacun une part de leur patrimoine à un même sujet. La dissociation peut également être utilisée afin de transformer une société d'exploitation en une société holding.

En principe, la scission a toujours lieu contre attribution de parts sociales ou de droit de sociétariat du sujet reprenant aux associés du sujet transférant (division et séparation) ou au sujet transférant lui-même (dissociation). L'offre facultative d'un dédommagement (cf. art. 3, al. 2, en matière de fusion) n'est prévue que dans l'hypothèse de la dissociation. La dissociation contre attribution au sujet transférant d'un dédommagement permet à celui-ci de vendre une partie de son patrimoine à un autre sujet tout en profitant des avantages du transfert de par la loi (cf. art. 63).

Que la scission ait lieu par voie de division, de séparation ou de dissociation, les parts de patrimoine ainsi scindées peuvent être transférées aussi bien à des sujets déjà existants qu'à des sujets constitués dans le cadre de la scission. Dans le premier cas, on parlera de "scission à des fins de reprise" et dans le deuxième cas de "scission à des fins de constituer de nouveaux sujets".

#### **Art. 40 Scissions autorisées**

Tout comme en matière de fusion, il faut déterminer le cercle des sujets qui peuvent participer à une scission. L'article 40 limite les cas de scission à ceux où il existe un véritable besoin. Ce besoin existe assurément pour les sociétés de capitaux (sociétés anonymes, sociétés en commandite par actions et sociétés à responsabilité limitée) et les sociétés coopératives. A cet égard, l'article 40, alinéa 2, précise que aussi bien le sujet transférant que les sujets reprenants doivent être des sociétés de capitaux ou des sociétés coopératives. Cette disposition ne doit pas pour autant être

comprise dans le sens où seule la scission à laquelle participent des sujets 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.

L'article 40, alinéa 3, prévoit que les institutions de prévoyance revêtant la forme juridique de sociétés coopératives et de fondations peuvent également faire l'objet d'une scission lorsque leur but est maintenu. D'autre part, l'article 65 stipule que le statut juridique et les prétentions des assurés doivent être maintenus en cas de scission. Il faut relever que la sortie d'une fondation n'est pas considérée comme une scission au sens de cet avant-projet de loi.

Pour les sujets qui ne peuvent pas faire l'objet d'une scission au sens des articles 39ss (sociétés en nom collectif, sociétés en commandite, associations et fondations), le seul moyen de diviser leur patrimoine est de passer par la dissolution du sujet et la constitution de nouveaux sujets de même forme juridique ou de formes juridiques différentes. Quant aux instituts de droit public, ils peuvent se scinder directement en plusieurs autres instituts de droit public, pour autant que le droit public applicable l'autorise. En revanche, la scission d'un institut de droit public en sujets de droit privé doit avoir lieu en deux étapes: l'institut de droit public doit d'abord se transformer en une société de capitaux ou en une société coopérative (art. 85, al. 1er, let. b), qui ensuite fera l'objet d'une scission.

## **Section 2:      Parts sociales et droits de sociétariat**

### **Art. 41    Maintien des parts sociales et des droits de sociétariat**

Sous réserve de l'hypothèse du dédommagement de l'article 39, lettre c, la scission a lieu contre attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat du sujet reprenant aux associés du sujet transférant, respectivement au sujet transférant lui-même en cas de dissociation. Tout comme en matière de fusion, la scission doit respecter le principe de la continuité du sociétariat. A cette fin, l'article 41, alinéa 1er, renvoie à l'article 7, qui constitue la disposition parallèle en matière de fusion. Ce renvoi ne concerne toutefois que les opérations de division et de séparation. En effet, la dissociation ne présente pas la même problématique dans la mesure où les parts sociales ou les droits de sociétariat des associés du sujet transférant restent inchangés suite à cette opération.

Tout comme en matière de fusion, le rapport d'échange des parts sociales peut être égalisé par une soulte versée par le sujet reprenant. Même si la nécessité d'une soulte devrait être relativement rare en matière de scission, il ne faut cependant pas l'exclure, notamment en cas de scission asymétrique (cf. ci-dessous).

Aussi bien en matière de division que de séparation, ce sont les associés du sujet transférant qui reçoivent les parts sociales ou les droits de sociétariat du sujet reprenant. En ce qui concerne l'attribution des parts sociales ou des droits de sociétariat,

l'article 41, alinéa 2, prévoit deux possibilités (à ce sujet, cf. également Partie générale ch. 182):

- Les associés du sujet transférant peuvent se voir attribuer une participation aux sujets reprenants qui est proportionnelle à leur participation au sujet transférant (*scission symétrique*). Ainsi, un actionnaire qui détient 10 pour cent du capital de la société anonyme transférante recevra 10 pour cent du capital de la société à responsabilité limitée constituée dans le cadre d'une séparation. En principe, la scission symétrique ne modifie donc pas les rapports entre les associés. Il va de soi que lorsque la part de patrimoine est transférée à un sujet existant (scission à des fins de reprise), les rapports entre les associés du sujet transférant pourront être modifiés de par la présence d'autres associés qui font déjà partie du sujet reprenant; les rapports entre les associés ne seront maintenus que dans le cadre des parts sociales ou des droits de sociétariat qui sont attribués suite à la scission.
- La scission peut également modifier la répartition des participations des associés du sujet transférant (*scission asymétrique*). Les différents associés du sujet transférant peuvent se voir attribuer des parts sociales ou des droits de sociétariat de l'un ou de l'autre des sujets reprenants. Il peut aussi être prévu que certains associés du sujet transférant reçoivent exclusivement des parts sociales ou des droits de sociétariat d'un sujet reprenant, les autres associés ne conservant que leurs participations au sujet transférant.

Ces deux formes de scission sont fondamentalement soumises aux mêmes règles. Les exigences quant aux majorités pour l'approbation de la scission par l'assemblée générale (art. 53) constituent cependant une exception. En effet, la scission asymétrique peut présenter des risques importants pour les associés minoritaires, qui pourraient par exemple se voir attribuer une participation au sujet qui reprend la part de patrimoine la moins rentable.

### **Section 3: Réduction de capital, augmentation de capital, fondation et bilan intermédiaire**

#### **Art. 42 Réduction de capital en cas de séparation**

Lorsque la scission a lieu par voie de division, une réduction de capital n'est jamais nécessaire puisque le sujet transférant disparaît avec l'opération de scission. La scission par voie de dissociation n'a pas non plus d'influence sur le capital du sujet transférant car ce dernier reçoit lui-même la contre-prestation pour avoir transféré une part de son patrimoine. En revanche, lorsque la scission a lieu par voie de séparation, il peut s'avérer nécessaire pour la société de capitaux qui se scinde de réduire son capital. Dans ce cas, l'application cumulative des dispositions du code des obligations concernant la réduction de capital (cf. art. 733 et 734 CO pour la société

anonyme et la société en commandite par actions et art. 788, al. 2, CO pour la société à responsabilité limitée) et des dispositions de la loi sur la fusion serait superflue. En effet, ces dispositions 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. 56ss). Dès lors, l'article 42 prévoit que les dispositions du code des obligations concernant la réduction de capital ne s'appliquent pas dans le cadre d'une séparation. Encore faut-il que la réduction de capital ait lieu simultanément avec la séparation.

### **Art. 43 Augmentation de capital**

Lorsque la part de patrimoine transférée dans le cadre d'une scission est reprise par une société de capitaux existante (scission à des fins de reprise), cette dernière doit, selon l'article 43, alinéa 1er, augmenter son capital dans la mesure nécessaire au maintien des droits des associés du sujet transférant conformément à l'article 41.

Le montant de l'augmentation de capital pourra également dépendre du fait que le sujet reprenant détient déjà des parts sociales du sujet transférant ou de ses propres parts sociales, ou encore du fait que la part de patrimoine transférée comprend des parts sociales du sujet reprenant ou du sujet transférant. Dans ces cas, il pourra être renoncé à l'augmentation dans la même proportion. Sous réserve de ces exceptions, la société de capitaux reprenante doit impérativement augmenter son capital, également afin de protéger les intérêts des créanciers.

La réglementation de l'article 43 est parallèle à celle applicable en matière de fusion (cf. art. 9), et par conséquent prévoit également à son alinéa 2 que les dispositions du code des obligations concernant les apports en nature ne s'appliquent pas en cas d'augmentation de capital dans le cadre d'une scission.

### **Art. 44 Fondation d'un nouveau sujet**

L'article 44 constitue le parallèle à l'article 10 en matière de scission. Cette disposition prévoit que les règles du code civil et du code des obligations concernant la constitution d'un sujet, à l'exception de celles relatives aux apports en nature et au nombre de fondateurs, s'appliquent à la fondation d'un sujet dans le cadre d'une scission à des fins de constituer de nouveaux sujets. Ainsi, la part de patrimoine transférée devra présenter un actif net afin de respecter les dispositions sur la constitution effective du capital.

### **Art. 45 Bilan intermédiaire**

En conformité avec l'article 9, alinéa 1er, lettre c, de la sixième directive européenne en matière de droit des sociétés (82/891/CEE; en annexe), l'article 45 prévoit l'obligation pour les sujets participant à la scission d'établir un bilan intermédiaire lorsque

les derniers comptes annuels se rapportent à un exercice dont la fin est antérieure de plus de six mois à la date de la conclusion du contrat de scission ou de l'établissement du projet de scission.

#### **Section 4: Contrat de scission, projet de scission, rapport de scission et vérification**

##### **Art. 46 Contrat de scission et projet de scission**

En ce qui concerne la réalisation de l'opération de scission, l'article 46, alinéas 1er et 2, distingue deux situations:

- en cas de transfert de parts de patrimoine à des sujets existants (scission à des fins de reprise), les organes supérieurs de direction ou d'administration du sujet transférant et des sujets reprenants doivent conclure un *contrat de scission*;
- en cas de transfert de parts de patrimoine à des sujets nouvellement constitués dans le cadre de la scission (scission à des fins de constituer de nouveaux sujets), l'organe supérieur de direction ou d'administration du sujet transférant doit établir un *projet de scission*.

Tout comme en matière de fusion, c'est l'organe supérieur de direction ou d'administration (concernant cette notion, cf. les remarques relatives à l'art. 12) des sujets participant à la scission qui est compétent pour conclure le contrat de scission ou établir le projet de scission.

Le contrat de scission, respectivement le projet de scission, doit revêtir la forme écrite et être approuvé par l'assemblée générale conformément aux articles 53 et 54.

##### **Art. 47 Contenu du contrat de scission ou du projet de scission**

L'article 47 énumère les points que doit impérativement contenir le contrat de scission ou le projet de scission.

En particulier, le contrat de scission ou le projet de scission contient un inventaire qui désigne les objets du patrimoine actif et passif qui seront transférés à l'occasion de la scission (art. 47, let. b). 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 de patrimoine aux différents sujets reprenants.

Par ailleurs, la division et la séparation ayant toujours lieu contre attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat, le contrat ou le projet de scission doit également déterminer les parts sociales des sujets reprenants qui reviennent aux associés du sujet transférant (rapport d'échange des parts sociales), respectivement renseigner sur les droits de sociétariat au sein du sujet reprenant (art. 47, let. c). En cas de dissociation, le contrat ou le projet de scission déterminera la contre-prestation qui re-

vient au sujet transférant, soit les parts sociales ou les droits de sociétariat, respectivement le montant du dédommagement (art. 47, let. d).

Pour le reste, l'article 47 s'en tient aux dispositions de l'article 3 de la sixième directive européenne, qui correspondent également à celles applicables en matière de fusion (cf. art. 13).

#### **Art. 48 Objets du patrimoine actif non attribués**

Lors de l'établissement de l'inventaire, les sujets participant à la scission peuvent avoir omis certains objets du patrimoine actif du sujet transférant. Lorsque l'interprétation du contrat ou du projet de scission ne permet pas de décider de l'attribution de ces objets, l'article 48 contient des dispositions concernant leur attribution. En cas de scission par séparation et de scission par dissociation, ces objets demeurent dans le patrimoine du sujet transférant. Par contre en cas de division, ils appartiennent en copropriété à l'ensemble des sujets reprenants proportionnellement à l'actif net qui leur revient en vertu du contrat ou du projet de scission. Cette réglementation différenciée selon la forme de scission se justifie par le fait qu'en cas de division, le sujet transférant est dissous et radié du registre du commerce (art. 39, let. a, et 62, al. 3) et par conséquent ne saurait se voir attribuer des droits obligationnels ou réels.

Pour le cas où un objet du patrimoine passif du sujet transférant n'a pas été attribué par le contrat ou le projet de scission, il faut se référer à l'article 58 et aux remarques y relatives.

#### **Art. 49 Rapport de scission**

Le rapport de scission correspond au rapport de fusion. Par conséquent, l'article 49 reprend en grande partie le contenu de l'article 14 concernant le rapport de fusion (cf. les remarques concernant cette disposition), tout en tenant compte des particularités de la scission. L'article 49 tient également compte des exigences de l'article 7 de la sixième directive européenne.

#### **Art. 50 et 51 Vérification du contrat de scission ou du projet de scission ainsi que du rapport de scission; Information quant aux modifications du patrimoine**

Afin d'abrégé le texte de l'avant-projet, les articles 50 (vérification du contrat de scission ou du projet de scission ainsi que du rapport de scission) et 51 (information quant aux modifications du patrimoine) renvoient aux articles 15 et 16, qui constituent les dispositions parallèles applicables en matière de fusion. Ces dispositions tiennent également compte des exigences des articles 7, alinéa 3, et 8 de la sixième directive européenne.

## **Art. 52 Dépôt du contrat de scission ou du projet de scission et droit de consultation**

L'article 52 (dépôt du contrat de scission ou du projet de scission et droit de consultation) renvoie également à la disposition correspondante applicable en matière de fusion (art. 17). Toutefois, le dépôt du contrat ou du projet de scission, ainsi que le droit de consultation qui en découle, ne sont prévus que dans les cas où la scission est soumise à l'approbation de l'assemblée générale conformément aux articles 53 et 54. En revanche, lorsque l'organe supérieur de direction ou d'administration est compétent pour approuver le contrat ou le projet de scission, soit en cas de dissociation sans modification du but du sujet (cf. art. 54, al. 1er), la procédure de dépôt et le droit de consultation conformément à l'article 17 ne sont pas prévus.

En vertu de l'article 52, alinéa 2, la publication dans la Feuille officielle suisse du commerce informant du dépôt du contrat ou du projet de scission (cf. art. 17, al. 5) contiendra également un appel aux créanciers conformément à l'article 56. En effet, par rapport à la fusion, l'opération de scission comporte davantage de risques eu égard aux intérêts des créanciers, et, par conséquent, il est prévu que les créanciers doivent être sommés de faire connaître leurs prétentions (cf. les remarques concernant les art. 56 ss).

### **Section 5: Décision de scission**

#### **Art. 53 Décision de scission en cas de division ou de séparation**

En ce qui concerne l'approbation du contrat ou du projet de scission, l'avant-projet distingue d'un côté la division et la séparation et de l'autre la dissociation. En cas de division et de séparation, le contrat ou le projet de scission doit dans tous les cas être soumis à l'approbation de l'assemblée générale de l'ensemble des sujets participant à la scission (art. 53, al. 1er). En revanche, la dissociation ne doit être approuvée par l'assemblée générale du sujet concerné que lorsqu'elle introduit une modification de son but (cf. art. 54, al. 1er, et les remarques y relatives).

L'article 53, alinéa 2, pose les exigences en matière de quorums pour l'approbation de la division et de la séparation. En principe, les exigences de majorités requises en matière de fusion par l'article 18, alinéa 1er, 3, 4 et 6, s'appliquent par analogie à l'approbation de la scission. Une exception est cependant prévue en cas de scission asymétrique (à ce sujet, voir les remarques concernant l'art. 41); dans cette hypothèse l'ensemble des associés du sujet transférant doivent approuver la division ou la séparation. En effet, la scission asymétrique présente des risques considérables pour les associés minoritaires. L'exigence de l'approbation par l'ensemble des associés est le seul moyen efficace de protection, si l'on veut éviter un contrôle judiciaire

de la scission asymétrique. Par ailleurs, cette solution a également été retenue par le droit allemand<sup>26</sup>.

Il va de soi qu'en cas de scission à des fins de constituer de nouveaux sujets, les assemblées générales des sujets nouvellement constitués n'ont pas à approuver la scission, dans la mesure où ils n'acquièrent la personnalité juridique qu'une fois la scission devenue juridiquement valable, soit par son inscription au registre du commerce (art. 63).

#### **Art. 54 Décision de scission en cas de dissociation**

La dissociation ne touche pas le statut juridique des associés du sujet transférant et présente moins de risques pour les créanciers dans la mesure où le sujet transférant reçoit lui-même la contre-prestation, qui en outre correspond à la valeur de la part de patrimoine transférée. Dès lors, l'article 54 prévoit que, au contraire de la division et de la séparation (art. 53), les organes supérieurs de direction ou d'administration des sujets participant à la dissociation sont compétents pour approuver le contrat ou le projet de scission. La compétence de l'assemblée générale est cependant réservée lorsque la dissociation implique pour le sujet (transférant ou reprenant) une modification de son but. Tel sera le cas notamment lorsque le sujet transférant cesse d'être une société d'exploitation et devient une société holding par suite de la dissociation. En cas de dissociation impliquant une modification du but, les majorités prévues par l'article 53, alinéa 2, ne sont pas applicables. La décision de l'assemblée générale devra respecter les règles de majorités prévues par le code des obligations, sous réserve d'une majorité plus forte prévue par les statuts.

Lorsque l'approbation de la dissociation relève de la compétence de l'organe supérieur de direction ou d'administration, celui-ci devra, sur la base de l'article 54, alinéa 2, informer de la dissociation dans le rapport annuel. Pour les formes de droit qui ne doivent pas établir un rapport annuel (sociétés coopératives), il est prévu que la dissociation doit faire l'objet d'un compte rendu lors de l'assemblée générale.

#### **Art. 55 Acte authentique**

L'article 55 prévoit que la décision de scission doit faire l'objet d'un acte authentique en cas de division, de séparation et de dissociation impliquant la modification du but du sujet, soit dans les cas où l'approbation de la scission relève de la compétence de l'assemblée générale. Par contre, en cas de dissociation sans modification du but, la forme écrite suffit, et ce, même lorsque des immeubles sont transférés.

---

<sup>26</sup> § 128 "Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts"; à ce sujet cf. B. BESSENICH, Gedanken zur Einführung der Spaltung im schweizerischen Aktienrecht, RSDA 1992, p. 157ss, p. 162ss; M. LUTTER, Zur Reform von Umwandlung und Fusion, ZGR 1990, p. 404ss.

## **Section 6: Protection des créanciers**

### **Art. 56 Appel aux créanciers**

Au contraire de la fusion, la scission peut priver les créanciers du sujet transférant d'un substrat de responsabilité, d'où les dispositions des articles 56ss, qui prévoient, par rapport à la fusion, une protection accrue des créanciers. En matière de scission, la protection des créanciers intervient avant que la scission ne déploie ses effets et constitue une condition pour sa réalisation. En effet, même si la scission peut être approuvée avant l'échéance du délai pour exiger des sûretés conformément à l'article 57, son inscription au registre du commerce peut être requise seulement après qu'un réviseur particulièrement qualifié ait attesté que les dispositions concernant la protection des créanciers ont été respectées (art. 61 et 62).

L'article 56 prévoit que la protection des créanciers commence par une sommation publique à l'attention des créanciers du sujet transférant, afin qu'ils fassent connaître leurs prétentions. Cet appel aux créanciers a lieu simultanément avec la publication dans la Feuille officielle suisse du commerce informant du dépôt du contrat ou du projet de scission (art. 52, al. 2). Par conséquent, il intervient au moins 30 jours avant la réunion de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la scission. En outre, l'article 56 précise que l'appel aux créanciers doit informer les créanciers de leurs droits, et en particulier de leur droit d'exiger des sûretés conformément à l'article 57.

L'exigence d'un appel aux créanciers permet au sujet transférant de dresser un état de ses dettes, et notamment de prendre en compte celles qui n'ont pas été comptabilisées, telles que les dettes découlant d'un acte illicite.

Les créanciers qui n'ont pas produit leurs créances dans le délai de trois mois dès la publication de l'appel ne sont pas réputés renoncer à leurs prétentions, mais perdent seulement le droit d'exiger des sûretés conformément à l'article 57. Ils peuvent cependant actionner les sujets responsables à titre subsidiaire en vertu de l'article 59 lorsqu'ils n'ont pas été désintéressés par le sujet auquel leur créance a été attribuée en vertu du contrat ou du projet de scission.

### **Art. 57 Garantie des créances**

L'article 57 est dans une large mesure similaire à la disposition parallèle applicable en matière de fusion (art. 25). Il prévoit que les créanciers du sujet transférant peuvent exiger de ce dernier, dans le délai de trois mois dès la publication de l'appel aux créanciers, qu'il fournisse des sûretés. Le sujet transférant peut se libérer de cette obligation en prouvant que la scission ne compromet pas l'exécution de la créance, par exemple en établissant que la responsabilité subsidiaire des autres sujets participant à la scission conformément à l'article 59 suffit comme garantie.

En matière de scission, le droit d'exiger des sûretés prend naissance avant la réalisation de l'opération de scission. Il faut également relever que seuls les créanciers du sujet transférant bénéficient de ce droit et que, contrairement à la fusion, c'est le sujet transférant qui est tenu de fournir les sûretés. Cependant, il va de soi que les sûretés pourront également être fournies par le sujet reprenant ou par un tiers.

Tout comme en matière de fusion, le sujet transférant peut également 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 (art. 57, al. 2).

### **Art. 58 Responsabilité pour les dettes non attribuées**

L'article 58 constitue le parallèle à l'article 48 en ce qui concerne les dettes du sujet transférant qui n'ont pas été attribuées par le contrat ou le projet de scission. Cette disposition prévoit la responsabilité solidaire de l'ensemble des sujets participant à la scission pour l'exécution des dettes qui ont été omises de l'inventaire (au sujet de l'inventaire, voir les remarques concernant l'art. 47, let. b). Cette responsabilité solidaire s'étend à l'ensemble des dettes qui n'ont pas été attribuées, peu importe leur cause, et peu importe que l'omission lors de l'établissement de l'inventaire soit volontaire ou non. Ainsi, même en cas de dissociation, le sujet reprenant assumera une responsabilité solidaire pour une dette du sujet transférant consécutive à un acte illégitime de ce dernier et dont l'existence était inconnue au moment de la scission.

### **Art. 59 Responsabilité subsidiaire des sujets participant à la scission**

Outre le droit d'exiger des sûretés (art. 57), la protection des créanciers est renforcée par l'article 59, qui prévoit la responsabilité subsidiaire et solidaire des sujets auxquels les dettes n'ont pas été attribuées par le contrat ou le projet de scission. Lorsque le créancier du sujet transférant n'a pas été désintéressé par le sujet auquel la dette a été attribuée en vertu du contrat ou du projet de scission (sujet responsable à titre principal), les autres sujets participant à la scission (sujets responsables à titre subsidiaire) sont solidairement tenus de son exécution.

Les sujets responsables à titre subsidiaire ne peuvent cependant être recherchés que lorsque les conditions de l'article 59, alinéa 2, sont réunies. D'une part, la créance ne doit pas être garantie, notamment sur la base de l'article 57; d'autre part le sujet responsable à titre principal doit soit:

- avoir été déclaré 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 recherché 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.

Il faut relever que cette disposition reprend les conditions applicables en matière de cautionnement (art. 495, al. 1er, CO).

La responsabilité subsidiaire des sujets participant à la scission (art. 59), combinée avec le droit des créanciers d'exiger des sûretés (art. 57), offre aux créanciers du sujet qui se scinde une protection efficace contre les risques et les abus qui peuvent être liés à une opération de scission. Même si ces mesures de protection vont au-delà des exigences minimales prévues par l'article 12 de la sixième directive européenne, elles sont nécessaires en raison de la nouvelle répartition du patrimoine du sujet transférant consécutive à la scission.

### **Art. 60 Responsabilité personnelle des associés**

Tout comme en matière de fusion, la scission ne saurait avoir un effet rétroactif en ce qui concerne la responsabilité personnelle des associés du sujet transférant 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. Par conséquent, l'article 60 prévoit que les dispositions de l'article 26 s'appliquent par analogie en matière de scission.

### **Art. 61 Attestation du respect des dispositions concernant la protection des créanciers**

En raison de la mise en danger accrue des intérêts des créanciers occasionnée par la scission, la protection des créanciers doit intervenir avant que la scission ne déploie ses effets. Dès lors, l'inscription de la scission au registre du commerce, et par conséquent la validité juridique de l'opération de scission, dépend du respect des dispositions concernant la protection des créanciers. L'article 61 prévoit qu'un réviseur particulièrement qualifié doit attester que les dispositions concernant la protection des créanciers ont été respectées. Une telle vérification n'est en revanche pas nécessaire en matière de fusion, car la protection des créanciers n'intervient qu'après la réalisation de la fusion (art. 25).

## **Section 7: Inscription au registre du commerce**

### **Art. 62 à 64 Inscription au registre du commerce; Effet juridique; Publication**

Tout comme en matière de fusion, la scission doit être inscrite au registre du commerce et publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce (art. 62 et 64). En vertu de l'article 62, alinéa 1er, la réquisition d'inscription au registre du commerce ne

doit cependant avoir lieu qu'après l'approbation de la scission par l'ensemble des sujets y participant (art. 53 et 54) et l'établissement de l'attestation du réviseur relative au respect des dispositions concernant la protection des créanciers (art. 61).

Lorsque le capital d'une société anonyme, d'une société en commandite par actions ou d'une société à responsabilité limitée doit être réduit en relation avec une séparation (art. 42), l'inscription au registre du commerce de la réduction de capital doit avoir lieu simultanément avec l'inscription de la scission (art. 62, al. 2).

En cas de scission par division, le sujet transférant est radié d'office du registre du commerce simultanément avec l'inscription de la scission (art. 39, let a, et 62, al. 3).

L'inscription de la scission au registre du commerce a un effet constitutif: l'ensemble des actifs et passifs énumérés dans l'inventaire sont transférés de par la loi aux sujets reprenants (art. 63).

## **Section 8: Dispositions spéciales concernant la scission d'institutions de prévoyance**

### **Art. 65 à 67 Protection des assurés; Contrat de scission ou projet de scission, rapport de scission et vérification; Approbation**

Comme il a déjà été mentionné dans les remarques concernant l'article 40, une institution de prévoyance revêtant la forme juridique d'une fondation ou d'une société coopérative peut faire l'objet d'une scission lorsque son but est maintenu. Ainsi, l'avant-projet tient compte du fait que, en relation avec la scission d'une société de capitaux ou d'une société coopérative, la scission d'une institution de prévoyance liée au sujet transférant peut se révéler nécessaire.

En principe, les dispositions générales concernant la scission s'appliquent; les articles 66 et 67 apportent néanmoins certaines précisions qui visent en premier lieu à prévenir toute atteinte au statut juridique des assurés liée à la scission. Le maintien du statut juridique et des prétentions englobe aussi bien des ayants-droit futurs, que les "retraités" qui jouissent déjà de prestations d'assurance. Le maintien du statut juridique signifie également que les contributions des assurés et de l'entreprise soient réglées de la même manière au sein du nouveau sujet.

Tout comme en matière de fusion d'institutions de prévoyance, la scission de telles institutions est également soumise à l'approbation de l'autorité de surveillance (art. 67; cf. également les remarques relatives à l'art. 38).

## **Chapitre 4: Transformation**

### **Section 1: Dispositions générales**

#### **Art. 68 Principe**

L'article 60 prévoit qu'un sujet peut changer de forme juridique par voie de transformation tout en maintenant l'ensemble de ses rapports juridiques. Contrairement à la réglementation actuelle de la transformation d'une société anonyme en une société à responsabilité limitée (transformation par transfert; art. 824 ss CO), l'avant-projet prévoit une transformation directe (transformation par changement de la forme juridique; cf. également ci-dessus ch. 183), sans dissolution et sans transfert des rapports juridiques à un sujet nouvellement constitué. Ainsi, le principe de la continuité s'applique, aussi bien en ce qui concerne les rapports juridiques internes du sujet que ses rapports juridiques externes.

#### **Art. 69 Transformations autorisées**

La loi doit déterminer quelles sont les possibilités de transformation. L'article 69 s'inspire des possibilités de fusion entre sujets de formes juridiques différentes prévues par l'article 4.

Tableau des possibilités de transformation selon l'article 69:

**transformation**

<b>en</b>	Société en nom collectif	Société en commandite	Société anonyme	Société en commandite par actions	Société à responsabilité limitée	Société coopérative avec parts sociales	Société coopérative sans parts sociales	Association
<b>de</b>								
Société en nom collectif		Art. 69 al. 2 let. b	Art. 69 al. 2 let. a					
Société en commandite	Art. 69 al. 3 let. b		Art. 69 al. 3 let. a					
Société anonyme				Art. 69 al. 1 <sup>er</sup> let. a		Art. 69 al. 1 <sup>er</sup> let. b		
Société en commandite par actions			Art. 69 al. 1 <sup>er</sup> let. a		Art. 69 al. 1 <sup>er</sup> let. a	Art. 69 al. 1 <sup>er</sup> let. b		
Société à responsabilité limitée			Art. 69 al. 1 <sup>er</sup> let. a			Art. 69 al. 1 <sup>er</sup> let. b		
Société coopérative avec parts sociales			Art. 69 al. 4 let. a					
Société coopérative sans parts sociales			Art. 69 al. 4 let. a					Art. 69 al. 4 let. b
Association						Art. 69 al. 5		

- Les sociétés en nom collectif et en commandite peuvent se transformer en une société de capitaux. Ainsi, on évite de devoir dissoudre la société et de transférer son patrimoine à une société de capitaux par voie d'apport en nature. De même, une société en nom collectif peut se transformer en une société en commandite, l'opération inverse étant également prévue. Ces deux dernières possibilités de transformation sont un peu particulières dans la mesure où elles ne dépendent pas dans tous les cas de la volonté de la société, mais de la modification du cercle ou de la qualité des associés. Dès lors, elles sont soumises aux dispositions spéciales de l'article 70.
- Les sociétés de capitaux (société anonyme, société en commandite par actions et société à responsabilité limitée) peuvent se transformer en une société de capitaux de forme juridique différente ou encore en une société coopérative. Dans ce dernier cas, la décision de transformation doit cependant être approuvée par l'ensemble des associés de la société de capitaux conformément à l'article 79, alinéa 1<sup>er</sup>, lettre b. En revanche, la transformation d'une société de capitaux en une société en nom collectif ou en commandite est exclue, car les dispositions spéciales concernant la liquidation des sociétés de capitaux pourraient être éludées suite à cette opération.

- Les sociétés coopératives avec ou sans capital social peuvent se transformer en une société de capitaux. A ce sujet, il faut se référer aux remarques concernant l'article 4, qui ont également cours en matière de transformation. Les sociétés coopératives peuvent également se transformer en une association, pour autant qu'elles ne disposent pas d'un capital social; les sociétés coopératives avec un capital social doivent par conséquent supprimer leur capital avant d'entreprendre une telle transformation. Les raisons à l'appui de cette solution sont les mêmes qu'en matière de reprise par voie de fusion d'une société coopérative avec un capital social par une association: le capital social ne peut être transposé dans une association sans être dénaturé.
- Les associations peuvent se transformer en une société coopérative. L'article 69, alinéa 5, restreint cependant cette possibilité aux associations inscrites au registre du commerce. En effet, cette formalité est nécessaire afin de pouvoir s'assurer que l'association était valablement constituée avant l'opération de transformation. Il faut relever que cette exigence ne présente pas un obstacle à la transformation d'associations, dans la mesure où les associations non inscrites au registre du commerce doivent simplement requérir leur inscription avant la réalisation de la transformation. La possibilité de transformer une association en une société coopérative doit avant tout permettre aux associations "économiques", qui ont été reconnues en tant que forme juridique *para legem* (ATF 90 II 333ss, 336), d'acquiescer la forme juridique adéquate de la société coopérative (cf. également art. 59, al. 2, CC).
- Les fondations sont exclues du cercle des sujets pouvant se transformer en raison de la différence fondamentale de structure qu'elles présentent par rapport aux autres formes juridiques.
- Les instituts de droit public peuvent se transformer en un sujet de droit privé conformément aux dispositions spéciales du chapitre 5 de l'avant-projet (art. 85ss), qui prévoit la transformation en une société de capitaux, une société coopérative, une association ou une fondation.

#### **Art. 70 Règles spéciales concernant la transformation de sociétés en nom collectif et de sociétés en commandite**

La transformation d'une société en nom collectif en une société en commandite, ainsi que l'opération inverse, sont déjà possibles en vertu des règles actuelles du code des obligations. En effet, ces deux formes de sociétés sont fondamentalement identiques quant à leurs structures. Une société en commandite devient automatiquement une société en nom collectif lorsque tous les associés commanditaires se retirent ou acquièrent la qualité d'associés indéfiniment responsables. De même, une société en nom collectif devient une société en commandite par l'entrée d'un commanditaire dans la société, ou suite à l'acquisition de la qualité de commanditaire par

un associé indéfiniment responsable. L'article 70 veut par conséquent exclure ces cas de transformation de la réglementation de l'avant-projet. Il en va de même de la continuation des affaires d'une société en nom collectif ou en commandite sous la forme d'une entreprise individuelle conformément à l'article 579 du code des obligations.

## **Section 2: Parts sociales et droit de sociétariat**

### **Art. 71 Maintien des parts sociales et des droits de sociétariat**

L'article 71 contient des dispositions qui visent à protéger les associés du sujet qui change de forme juridique. Ces dispositions correspondent dans une large mesure à celles applicables en matière de fusion (art. 7). La transformation ne doit pas porter atteinte aux droits des associés, qui doivent obtenir des droits équivalents dans la nouvelle forme juridique. Il va de soi que cette disposition ne protège pas les associés contre les modifications de leurs droits qui sont inhérentes au changement de forme juridique, tels que l'introduction d'un devoir de fidélité (art. 866 CO) suite à la transformation d'une société anonyme en société coopérative, ou encore l'introduction d'une interdiction de faire concurrence (art. 818 CO) suite à la transformation d'une société anonyme en société à responsabilité limitée.

Contrairement à la fusion, il n'est pas prévu que le rapport d'échange des parts sociales peut être égalisé par une soulte (cf. art. 7, al. 2). En effet, la transformation ayant lieu sans transfert de patrimoine, la valeur des parts sociales doit être identique avant et après la transformation.

En ce qui concerne l'article 71, alinéas 2 à 5, qui traite des droits à attribuer aux associés sans parts sociales, aux titulaires de parts sociales sans droit de vote, aux titulaires de droits spéciaux et aux titulaires de bons de jouissance, il peut être renvoyé aux remarques relatives à l'article 7, alinéas 3 à 6.

En cas de non respect des dispositions de l'article 71, les associés atteints dans leurs droits peuvent exiger du tribunal qu'il fixe une soulte conformément à l'article 91.

## **Section 3: Fondation et bilan intermédiaire**

### **Art. 72 Dispositions concernant la fondation**

Bien que la transformation au sens de l'article 68 ait lieu sans constitution d'un nouveau sujet, les conditions pour la fondation du sujet de nouvelle forme juridique doivent néanmoins être respectées. Ainsi, l'article 72 prévoit que les dispositions du code civil et du code des obligations concernant la fondation du sujet de nouvelle forme juridique s'appliquent. Ce principe concerne notamment les exigences relati-

ves au capital, à la formation de la raison de commerce ou du nom, au but, à l'organisation du sujet, etc. En revanche, il ne s'applique pas en ce qui concerne le nombre de fondateurs; une société à responsabilité limitée unipersonnelle peut par conséquent se transformer directement en une société anonyme unipersonnelle.

D'autre part, l'article 72 permet également de tenir compte des exigences posées par l'article 13 de la deuxième directive européenne en matière de droit des sociétés (77/91/CEE).

### **Art. 73 Bilan intermédiaire**

Tout comme en matière de fusion et de scission, l'opération de transformation doit avoir lieu sur la base d'un bilan récent. Dans ce sens, l'article 73 prévoit l'obligation d'établir un bilan intermédiaire lorsque la date de clôture du dernier bilan est antérieure de plus de six mois à celle de l'établissement du rapport de transformation.

## **Section 4: Projet de transformation, rapport de transformation et vérification**

### **Art. 74 et 75 Etablissement du projet de transformation; Contenu du projet de transformation**

La procédure de transformation est similaire à bien des égards à celle applicable en matière de fusion et de scission. Elle se base sur un projet de transformation (art. 74 et 75), un rapport de transformation (art. 76) et un rapport de révision (art. 77).

L'article 74 prévoit que l'établissement du projet de transformation relève de la compétence de l'organe supérieur de direction ou d'administration du sujet. Le projet de transformation doit revêtir la forme écrite et être soumis à l'approbation de l'assemblée générale, respectivement des associés (pour les sociétés en nom collectif et en commandite), conformément à l'article 79. L'article 75 détermine quant à lui le contenu du projet de transformation.

### **Art. 76 Rapport de transformation**

Suivant l'exemple du rapport de fusion (art. 14) et du rapport de scission (art. 49), l'article 76 prévoit que l'organe supérieur de direction ou d'administration du sujet doit, également en cas de transformation, établir un rapport de transformation détaillé concernant le changement de forme juridique envisagé.

### **Art. 77 Vérification du projet de transformation et du rapport de transformation**

En conformité avec la réglementation de la fusion et de la scission, l'article 77 prévoit l'intervention d'un réviseur particulièrement qualifié, qui doit vérifier si le projet de transformation, le rapport de transformation, ainsi que le bilan servant de base à la transformation, respectent les conditions posées par la loi.

### **Art. 78 Dépôt du projet de transformation et droit de consultation**

L'article 78 constitue la disposition parallèle aux articles 17 et 52, applicables en matière de fusion et de scission. Il prévoit deux différents modes de publicité pour les documents servant de base à l'opération de transformation. D'une part, le projet de transformation doit être déposé au registre du commerce du siège du sujet au moins 30 jours avant la réunion de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la transformation. Le projet de transformation déposé au registre du commerce peut être consulté par les tiers, y compris les créanciers du sujet. D'autre part, le sujet doit déposer le projet de transformation, le rapport de transformation, le rapport de vérification, ainsi que les comptes annuels et les rapports annuels des trois derniers exercices, y compris l'éventuel bilan intermédiaire, à son siège. Ces documents doivent également être déposés au moins 30 jours avant la réunion de l'assemblée générale et peuvent être consultés par les associés; ceci afin qu'ils puissent se faire une opinion quant à la décision à prendre au sujet de la transformation. Les associés peuvent exiger du sujet qu'il leur remette des copies gratuites de ces documents. Le dépôt des documents au registre du commerce et au siège du sujet doit faire l'objet d'une publication dans la Feuille officielle suisse du commerce, qui informe des possibilités de consultation.

Contrairement à la fusion et à la scission (art. 17, al. 4, et 52), il n'est pas prévu de droit de consultation étendu pour les créanciers du sujet qui change de forme juridique. En effet, la transformation n'implique pas un transfert du patrimoine du sujet; celui-ci est simplement habillé d'une nouvelle forme juridique. Dès lors, les exigences quant à la protection des intérêts des créanciers vont beaucoup moins loin qu'en matière de fusion et de scission (cf. art. 84 et les remarques y relatives).

## **Section 5: Décision de transformation et inscription au registre du commerce**

### **Art. 79 Décision de transformation**

Conformément aux articles 74, alinéa 2, et 79, l'organe supérieur de direction ou d'administration du sujet doit soumettre le projet de transformation à l'approbation de l'assemblée générale, respectivement à l'approbation des associés pour les sociétés

en nom collectif et en commandite. A cet égard, l'article 79 prévoit les mêmes quorums qu'en matière de fusion entre sujets de formes juridiques différentes.

### **Art. 80 à 83            Acte authentique; Inscription au registre du commerce; Effet juridique; Publication**

En vertu de l'article 80, la décision de transformation (art. 79) doit faire l'objet d'un acte authentique.

Une fois la transformation approuvée, l'organe supérieur de direction ou d'administration doit, conformément à l'article 81, requérir l'inscription au registre du commerce de la transformation.

Selon l'article 82, l'inscription au registre du commerce a pour effet de rendre la transformation juridiquement valable. Par cette inscription, le sujet est régi par les nouveaux statuts, ainsi que par les dispositions légales applicables à la nouvelle forme de droit.

## **Section 6:        Protection des créanciers**

### **Art. 84    Responsabilité personnelle des associés**

La protection des créanciers doit également être garantie en matière de transformation. Il faut cependant tenir compte du fait que la transformation n'a pas d'incidence sur le patrimoine du sujet. En effet, la transformation au sens de l'avant-projet n'a pas pour effet de transférer le patrimoine, mais seulement de l'habiller d'une nouvelle forme juridique. Dans certains cas, les créanciers pourraient cependant subir un préjudice du fait que la transformation peut restreindre ou supprimer une responsabilité personnelle des associés du sujet. Tel est notamment le cas, lors de la transformation d'une société en nom collectif ou en commandite en une société de capitaux, ou encore lors de la transformation d'une société coopérative avec responsabilité personnelle des coopérateurs en une société anonyme.

Dès lors, l'article 84 prévoit que les dispositions de l'article 26 concernant la continuité de la responsabilité personnelle des associés s'appliquent également en matière de transformation.

## **Chapitre 5: Instituts de droit public**

### **Art. 85    Fusion et transformation**

Le chapitre 5 de l'avant-projet regroupe les règles spéciales concernant la participation d'un institut de droit public (au sujet de la définition de cette notion, voir l'art. 2, let. c, ainsi que les remarques y relatives) à une opération de fusion avec un sujet de

droit privé, ainsi que la transformation d'un tel institut en sujet de droit privé. Il faut relever que ces dispositions ne traitent que des aspects de droit privé liés à la participation d'un institut de droit public à une fusion ou à une transformation (article premier, al. 2). En particulier, pour les opérations qui impliquent le transfert d'une unité patrimoniale de la corporation de droit public, la Confédération, les cantons ou les communes ont besoin d'une base légale spéciale, que ce soit une loi ou une décision formelle d'une instance gouvernementale. L'aspect de droit public et de droit administratif de l'opération de fusion ou de transformation est régi par les dispositions respectives de la Confédération, des cantons et des communes.

La scission d'instituts de droit public n'est pas réglementé par l'avant-projet. En effet, la scission d'un institut de droit public en plusieurs autres instituts de droit public est régie par le droit public. La scission d'un institut de droit public en sujets de droit privé peut quant à elle suivre deux voies: l'institut de droit public peut se transformer en un sujet de droit privé qui ensuite fera l'objet d'une scission, ou alors, il peut se scinder en plusieurs instituts de droit public, qui ensuite feront chacun l'objet d'une transformation en sujet de droit privé.

Selon l'article 85, alinéa 1er, seules la reprise d'un institut de droit public par un sujet de droit privé et la transformation d'un institut de droit public en sujet de droit privé sont prévues. 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, sortent du cadre de l'avant-projet. Il faut cependant réserver les dispositions du code des obligations concernant le transfert du patrimoine d'un sujet de droit privé à une corporation de droit public (cf. les art. 751 CO pour la société anonyme et 915 CO pour la société coopérative). Il s'agit toutefois d'un cas particulier de dissolution, à l'occasion de laquelle le transfert de patrimoine remplace la liquidation. Une telle reprise de patrimoine par une corporation de droit public a donc lieu sans continuité du sociétariat des associés.

L'article 85, alinéa 1er, prévoit qu'un institut de droit public peut transférer son patrimoine dans le cadre d'une fusion à une société de capitaux, une société coopérative, une association ou une fondation. De même, il peut se transformer en l'une de ces formes juridiques.

Comme il a été mentionné dans les remarques concernant l'article 2, lettre c, un institut de droit public au sens de l'avant-projet ne dispose pas nécessairement de la personnalité juridique. Par conséquent, il se peut que son patrimoine ne soit pas juridiquement distinct de celui de la corporation de droit public dont il relève. Il est donc nécessaire de déterminer quels sont les objets qui forment le patrimoine de l'institut de droit public. Dans ce sens, l'article 85, alinéa 2, prévoit l'obligation pour l'institut de droit public d'établir un inventaire des objets du patrimoine actif et passif qui seront transférés par la fusion ou la transformation. Seuls les postes portés dans l'inventaire seront transférés de par la loi au sujet reprenant. De même, en cas de transformation, le sujet de droit privé deviendra titulaire des actifs et passifs énoncés dans l'in-

ventaire. Par conséquent, la transformation d'un institut de droit public en sujet de droit privé présente une légère différence dogmatique par rapport à la transformation au sens des articles 68ss, dans la mesure où il ne s'agit pas d'une transformation directe, mais d'une transformation par transfert d'un patrimoine.

### **Art. 86 Droit applicable**

L'article 86 prévoit que, en principe, les dispositions de l'avant-projet s'appliquent par analogie à la fusion et à la transformation d'un institut de droit public. Toutefois, seule une application analogique est exigée, afin de permettre de ne pas appliquer à titre exceptionnel les dispositions qui ne seraient du tout appropriées dans un cas d'espèce, ou alors de les adapter aux particularités que la participation d'un institut de droit public peut impliquer. Il faut notamment penser à l'harmonisation des dispositions de la présente loi avec les dispositions du droit public. Par exemple, lorsque l'avant-projet parle "d'organe supérieur de direction ou d'administration" (cf. art. 12 et 74), le droit public détermine à quel organe revient cette position au sein de l'institut de droit public.

En vertu de l'article 86, alinéa 2, les dispositions de l'avant-projet concernant la fusion d'institutions de prévoyance (art. 35 à 38) s'appliquent par analogie à la transformation d'institutions de prévoyance régies par le droit public. Ainsi, la transformation d'institutions de prévoyance doit notamment être approuvée par l'autorité de surveillance au sens de l'article 61 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)<sup>27</sup> (cf. art. 38 et les remarques concernant cette disposition).

L'article 86, alinéa 2, fait cependant une réserve en faveur du droit public fédéral, cantonal et communal pour deux questions particulières. La décision relative à l'approbation de la fusion ou de la transformation par l'institut de droit public (cf. art. 18 et 79), ainsi que le droit de consultation (cf. art. 17 et 78), relèvent du droit public. Une autre réserve est formulée à l'article 96 en ce qui concerne la responsabilité des personnes qui agissent pour le compte de l'institut de droit public dans le cadre d'une fusion ou d'une transformation.

### **Art. 87 Responsabilité de la Confédération, des cantons et des communes**

En général, la Confédération, les cantons et les communes répondent au moins subsidiairement des dettes de leurs instituts de droit public. La responsabilité subsidiaire de l'Etat est, notamment en ce qui concerne les banques cantonales, souvent avancée comme argument justifiant le choix de la forme de droit public. Les créanciers de l'institut de droit public ne doivent pas être déçus dans leurs attentes quant à la

---

<sup>27</sup> RS 831.40

responsabilité de l'Etat. Par conséquent, leur situation est en tous points comparable à celle des créanciers d'un sujet de droit privé dont les associés n'assument plus une responsabilité personnelle suite à une fusion ou à une transformation (voir la réglementation des art. 26 et 84). Dès lors, l'article 87 reprend les règles concernant la responsabilité personnelle des associés. En vertu de cette disposition, la corporation de droit public qui assumait une responsabilité pour les dettes de l'institut de droit public reste tenue dans la même mesure des dettes nées avant la publication de la décision de fusion ou de transformation, ou dont la cause remonte à une période antérieure à cette date. Les prétentions à l'encontre de la corporation de droit public se prescrivent au plus tard cinq ans dès la date de la publication de la décision de fusion ou de transformation. Lorsque la prétention ne devient exigible qu'après cette date, la prescription court dès l'exigibilité. En cas d'émission publique d'obligations d'emprunt ou d'autres titres semblables par l'institut de droit public, la responsabilité de la corporation de droit public subsiste jusqu'à leur remboursement, sous réserve de dispositions contraires contenues dans le prospectus.

L'article 87, alinéa 4, prévoit expressément que les dispositions générales concernant la protection des créanciers en cas de fusion prévues par l'article 25, s'appliquent également en matière de fusion à laquelle participe un institut de droit public.

## **Chapitre 6: Dispositions communes**

### **Section 1: Examen par l'office du registre du commerce et inscription au registre du commerce**

#### **Art. 88 Examen par l'office du registre du commerce**

L'article 88 traite de l'inscription au registre du commerce des opérations de fusion, de scission et de transformation et en particulier du pouvoir d'examen des autorités du registre du commerce. Les contours de ce pouvoir d'examen ont fait l'objet d'une série d'arrêts du Tribunal fédéral (cf. en particulier ATF 114 Ib 264, 114 II 69, 116 II 78, 117 II 188, 119 II 465, 120 II 379 et 120 IV 204). Selon le Tribunal fédéral, le pouvoir d'examen s'étend, en principe, à la vérification des conditions formelles du droit du registre du commerce. En revanche, le pouvoir d'examen est limité en ce qui concerne le droit matériel. La vérification de la conformité au droit matériel doit se limiter au respect des dispositions impératives édictées dans l'intérêt public ou afin de protéger les tiers. Même dans ces cas, l'inscription ne doit, selon la jurisprudence, être refusée que "lorsqu'elle viole manifestement et indubitablement des règles légales impératives, mais pas lorsqu'il s'agit d'une question d'interprétation dont l'appréciation relève du juge" (ATF 114 II 68 et 117 II 188). Cette définition du pouvoir d'examen des autorités du registre du commerce est cependant controversée dans la doctrine et s'avère difficile à mettre en œuvre dans la pratique. En particulier, même

l'application des dispositions impératives qui visent à protéger l'intérêt public ou l'intérêt de tiers n'est pas garantie lorsque la question juridique est discutée.

L'avant-projet comporte une réorganisation fondamentale du droit des sociétés et, d'une manière générale, du droit des personnes morales. Il veut élargir considérablement les possibilités de restructurations. Il faut cependant en assurer simultanément la conformité à la loi. Par conséquent, il s'impose de définir clairement le pouvoir d'examen des autorités du registre du commerce, non seulement du point de vue formel, mais également du point de vue matériel. Il faut en particulier prendre en considération que l'avant-projet contient avant tout des dispositions impératives qui visent à protéger les intérêts de tiers et à garantir la sécurité des transactions, d'où la nécessité d'un examen par les autorités du registre du commerce. Par ailleurs, en cas de refus d'inscription par l'autorité du registre du commerce, un recours auprès d'une autorité judiciaire est toujours ouvert.

L'article 88 détermine les contours et les limites du pouvoir d'examen des autorités du registre du commerce lors de l'inscription d'une fusion, scission ou transformation. En particulier, l'office du registre du commerce doit examiner les questions suivantes:

- L'opération de fusion, scission ou transformation doit être autorisée par la loi. Il faut rappeler que les articles 4ss, 39s, 69 et 85 énumèrent de manière exhaustive les formes et les possibilités de fusions, scissions et transformations qui sont autorisées. Cette réglementation a notamment pour objectif de remédier à l'insécurité juridique que nous connaissons aujourd'hui et de rétablir l'ordre dans le droit des sociétés. Il appartient aux autorités du registre du commerce d'examiner avant l'inscription si les conditions légales sont respectées et de veiller à ce que la restructuration soit entreprise dans le cadre de la loi. Le pouvoir d'examen des autorités du registre du commerce garantit également la sécurité juridique lors de ces opérations.
- Les pièces justificatives requises par la loi et l'ordonnance (cf. art. 89) doivent être réunies.
- Le contrat de fusion (art. 12 et 13), le projet ou le contrat de scission (art. 46 et 47) et le projet de transformation (art. 74 et 75) doivent être complets. Il en va de même en ce qui concerne le rapport de fusion (art. 14), le rapport de scission (art. 49) et le rapport de transformation (art. 76), ainsi que le rapport de révision (art. 5, al. 2, 6, al. 2, 15, 50 et 77). L'examen de ces pièces est en principe limité à l'intégralité de leur contenu; en revanche, l'exactitude du contenu n'a pas à être examinée (cf. cependant l'art. 88, al. 2). Cet examen appartient au juge dans le cadre d'une action en annulation (art. 92) ou d'une action en responsabilité (art. 94). Pour les questions particulièrement importantes, comme par exemple la fusion en cas de perte en capital ou de surendettement (art. 6), ou encore la question du respect des dispositions concernant la protection des créanciers en matière de scission (art. 61), une attestation d'un réviseur particulièrement qualifié

quant au respect des dispositions légales est exigée. Ainsi, pour ces questions, l'examen de l'office du registre du commerce peut se limiter à l'existence de l'attestation exigée ainsi qu'à l'intégralité de son contenu. En cas de fusion entre fondations, l'examen matériel appartient à l'autorité de surveillance de la fondation (art. 34, al. 2).

- Les décisions des organes compétents en vertu de la loi doivent être complètes et les majorités requises (art. 18, 29, 34, 38, 53, 54, 67 et 79) doivent être réunies. L'examen est de nature plutôt formelle et relativement facile dans la mesure où les décisions font en général l'objet d'un acte authentique (art. 19, 55, al. 1er, et 80; cf. cependant les art. 27, al. 1er, et 55, al. 2, qui prévoient la forme écrite).
- La fusion, la scission, et la transformation doivent respecter les dispositions impératives du droit civil fédéral, et notamment la partie générale du code des obligations et le droit des sociétés. Le pouvoir d'examen ne s'étend cependant pas à l'observation des dispositions du droit public fédéral, cantonal ou communal. En effet, l'office du registre du commerce n'a pas une fonction de police, il doit seulement veiller au respect du droit privé fédéral impératif. Demeurent toutefois réservés les cas où un acte législatif prévoit expressément que l'inscription au registre du commerce est soumise à une autorisation administrative.
- Lorsque la fusion, la scission ou la transformation est, en vertu de l'avant-projet ou d'une autre loi fédérale, soumise à l'approbation d'une autorité, le préposé au registre du commerce ne peut inscrire l'opération qu'une fois cette approbation donnée. Lorsque l'approbation peut faire l'objet d'une action en justice, il faut en outre attendre qu'elle soit entrée en force. Cette disposition tient compte des règles concernant la concentration d'entreprises de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels)<sup>28</sup> ainsi que des exigences d'autorisation prévues pour les fondations, les institutions de prévoyance et les banques (cf. art. 34 pour les fondations; art. 38, 67 et 86 pour les institutions de prévoyance; art. 3, al. 3, de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne<sup>29</sup> pour les banques). En annexe à l'avant-projet, il est également proposé d'introduire une telle exigence d'approbation dans la loi fédérale sur la surveillance des institutions d'assurances privées<sup>30</sup> (cf. l'avant-projet d'art. 9a de la loi sur la surveillance des assurances). Les détails de la procédure d'inscription au registre du commerce de fusions, scissions et transformations soumises à autorisation doivent en outre être réglés au niveau de l'ordonnance (cf. art. 89).

---

<sup>28</sup> RS 251

<sup>29</sup> RS 952.0

<sup>30</sup> RS 961.01

L'article 88, alinéa 2, n'attribue aux autorités du registre du commerce qu'un pouvoir d'examen limité en ce qui concerne l'exactitude du contrat ou projet sur lequel se base la fusion, la scission ou la transformation: l'inscription peut être refusée lorsque le contrat ou le projet est manifestement incorrect. Par conséquent, cette disposition constitue une réserve à l'article 88, alinéa 1er, lettre c. En revanche, l'inexactitude d'un rapport (d'un réviseur ou d'un organe supérieur de direction ou d'administration) ne permet pas de refuser l'inscription, même si elle est manifeste.

### **Art. 89 Dispositions d'exécution**

La fusion, la scission et la transformation doivent, pour déployer leurs effets, être inscrites au registre du commerce (art. 20, 62 et 81). En outre, différents documents doivent être déposés à l'office du registre du commerce pour consultation (art. 17, 28, 52, et 78). Dès lors, des dispositions d'exécution, qui règlent les détails de la procédure d'inscription et de la procédure de dépôt, s'avèrent nécessaires. L'article 89 contient une telle norme de délégation.

## **Section 2: Réquisition d'inscription au registre foncier**

### **Art. 90**

La fusion, la scission et la transformation déploient leurs effets par leur inscription au registre du commerce (art. 21, 63 et 82; cf. cependant art. 27, al. 3). A cette date, les droits et obligations sont transférés de par la loi au sujet reprenant (fusion et scission), respectivement le patrimoine est habillé d'une nouvelle forme juridique (transformation). Le transfert des droits, respectivement la modification de la forme juridique (cf. art. 31, al. 2, de l'ordonnance sur le registre foncier<sup>31</sup>) doivent néanmoins être portées à la connaissance des autorités du registre foncier. Dans ce sens, l'article 90 constitue une disposition d'ordre qui vise à assurer la concordance entre la réalité et l'inscription au registre foncier, afin de garantir la sécurité juridique et la véracité des registres publiques. Cette disposition prévoit que le sujet reprenant, ou, en cas de transformation, le sujet qui change de forme juridique, doit requérir l'inscription au registre foncier des modifications qui résultent de la fusion, de la scission ou de la transformation, et ce dans le délai de trois mois dès l'inscription de ces opérations.

---

<sup>31</sup> RS 211.432.1

### **Section 3: Examen des parts sociales et des droits de sociétariat**

#### **Art. 91**

L'article 91 constitue la base légale permettant aux associés d'exiger un contrôle judiciaire des parts sociales ou des droits de sociétariat qui leur ont été attribués dans le cadre d'une fusion, d'une scission ou d'une transformation. Sous réserve de l'hypothèse du dédommagement en cas de fusion (art. 8), la fusion, scission et transformation a toujours lieu dans la continuité du sociétariat: les associés ne peuvent être exclus du sujet à l'occasion d'une fusion, scission ou transformation; de même, leurs parts sociales ou leurs droits de sociétariat doivent être maintenus de manière adéquate. A cet effet, il est prévu aux articles 7, 41 et 71 des dispositions concernant le maintien des parts sociales et des droits de sociétariat pour chacune de ces opérations. Lorsque ces dispositions n'ont pas été respectées, chaque associé a le droit d'exiger du tribunal qu'il fixe une soulte afin de rétablir l'adéquation des parts sociales ou droits de sociétariat qui doivent revenir aux associés. Le droit d'exiger un contrôle judiciaire est prévu comme droit individuel. Le jugement du tribunal n'a d'effet qu'à l'égard du demandeur. Par ailleurs, ce droit doit être exercé dans le délai de deux mois dès la publication de la fusion, de la scission ou de la transformation. Ce délai relativement court est nécessaire pour des raisons de sécurité juridique.

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. 49) et le rapport de transformation (art. 76). De même il doit être vérifié par un réviseur particulièrement qualifié (art. 15, 50 et 77). L'associé demandeur devrait par conséquent établir l'inadéquation du maintien des parts sociales ou des droits de sociétariat par de nouvelles expertises.

Comme un examen judiciaire prend du temps et qu'il rendra nécessaires de nouvelles expertises, cette procédure ne doit pas remettre en question la validité de la décision de fusion, de scission ou de transformation (art. 91, al. 2). Dès lors, 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. A cet égard, l'article 91 prévoit expressément que le tribunal n'est pas lié par le montant maximal de la soulte fixé par l'article 7, alinéa 2.

## **Section 4: Annulabilité des décisions de fusion, de scission ou de transformation**

### **Art. 92 Principe**

L'article 92, alinéa 1er, prévoit le droit pour chaque associé d'attaquer en justice la décision de fusion, de scission ou de transformation qui ne respecte pas les dispositions de la loi. Ce droit appartient aussi bien aux associés du sujet transférant qu'aux associés du sujet reprenant, à la condition toutefois qu'ils n'aient pas approuvé la décision de fusion, de scission ou de transformation. L'action en annulation doit être exercée dans le délai de six mois dès la date de publication de la fusion, de la scission ou de la transformation dans la Feuille officielle suisse du commerce (art. 22, 64 et 83). Lorsqu'une telle publication n'est pas exigée, soit en cas de fusion entre associations non inscrites au registre du commerce (art. 27, al. 3), le délai court dès la date de la décision de l'assemblée générale. L'article 91, alinéa 2, prévoit le même droit d'attaquer la décision également lorsque celle-ci a été prise par l'organe supérieur de direction ou d'administration, soit en cas de fusion simplifiée (art. 23 et 24) et de scission par voie de dissociation sans modification du but du sujet (art. 54).

Les articles 22 de la troisième directive européenne et 19 de la sixième directive européenne contiennent les principes qui doivent être respectés en cas de nullité de la fusion ou de la scission. Ces normes s'écartent à certains égards des règles actuelles du droit suisse concernant le droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale ou d'en faire constater la nullité (cf. en particulier les art. 706ss CO applicables en matière de sociétés anonymes). Il est cependant nécessaire de réglementer de manière générale l'annulabilité des fusions, scissions et transformations dans le cadre de l'avant-projet, en particulier en raison du fait que des sujets de formes juridiques différentes peuvent participer à ces opérations. Il faut également relever que si les dispositions des deux directives européennes mentionnées ci-dessus parlent de nullité de la fusion et de la scission, il ressort clairement du texte qu'il s'agit d'une action en annulation selon la terminologie du droit suisse.

### **Art. 93 Conséquences d'une irrégularité**

L'article 93 règle les conséquences juridiques consécutives à la violation des dispositions de l'avant-projet. En conformité avec les articles 22, alinéa 1er, lettre d, de la troisième directive européenne et 19, alinéa 1er, lettre d, de la sixième directive européenne, l'avant-projet distingue les irrégularités auxquelles il peut être remédié de celles auxquelles il ne peut pas être remédié. Dans le premier cas, le tribunal ne constate pas la nullité de la décision de fusion, de scission ou de transformation, mais il accorde un délai aux sujets afin qu'ils remédient à l'irrégularité. 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 ou de

transformation et ordonne les mesures nécessaires afin de rétablir la situation antérieure à la fusion, la scission ou la transformation.

## **Section 5: Responsabilité**

### **Art. 94 et 95 Responsabilité et qualité pour agir; Responsabilité solidaire**

Les opérations de fusion, de scission et de transformation entraînent une responsabilité accrue des personnes qui ont collaboré à leur réalisation. A cet effet, les articles 94 et 95 posent des dispositions spéciales de responsabilité. Celles-ci s'inspirent largement des normes de responsabilité du nouveau droit de la société anonyme (art. 752ss CO).

### **Art. 96 Responsabilité en matière d'instituts de droit public**

L'article 96 prévoit que la responsabilité des personnes qui agissent pour le compte d'un institut de droit public dans le cadre d'une fusion ou d'une transformation 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 ou d'une transformation, le font généralement "dans l'exercice de leur charge" au sens de l'article 61, alinéa 1er, du code des obligations. Certes, en ce qui concerne les instituts de droit public cantonal qui exercent une activité commerciale (comme par exemple les banques cantonales), la responsabilité pour les actes résultant de son exploitation est, en vertu de l'article 61, alinéa 2, du code des obligations, 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 et de transformation.

## **Chapitre 7: Disposition transitoire et dispositions finales**

### **Art. 97 Disposition transitoire**

L'article 97 détermine le champ d'application temporel des dispositions de la loi. Cette disposition retient comme moment décisif la date de la réquisition d'inscription au registre du commerce de la fusion, scission ou transformation; les fusions, scissions et transformations dont l'inscription au registre du commerce est requise après l'entrée en vigueur de l'avant-projet sont régies par ses dispositions. Ce critère a été choisi afin de permettre aux sujets d'anticiper l'entrée en vigueur et d'entreprendre les premières démarches en vue d'une fusion, d'une scission ou d'une transforma-

tion. Il va de soi que, dans ce cas, les actes juridiques effectués en vue d'une fusion, scission ou transformation, dont l'inscription au registre du commerce sera requise après la date de l'entrée en vigueur, doivent être conformes à la loi. Cette solution a cependant pour conséquence que les fusions et transformations dont la réquisition d'inscription au registre du commerce intervient après l'entrée en vigueur de la loi doivent respecter toutes les exigences du nouveau droit, même si elles ont été décidées sous l'ancien droit.

### **Art. 98 Référendum et entrée en vigueur**

L'article 98 précise que cette loi est sujette au référendum facultatif et délègue au Conseil fédéral la compétence d'en fixer la date de son entrée en vigueur.

## **22 Modification du droit en vigueur**

### **221 Code des obligations**

#### **Art. 181 4<sup>e</sup> al. (nouveau)**

L'article 181 du code des obligations (CO) traite de la cession d'un patrimoine ou d'une entreprise comme d'un cas particulier de la reprise de dette. L'article 181, 1<sup>er</sup> alinéa, CO parle de reprise d'un patrimoine ou d'une entreprise "avec actif et passif" et utilise ainsi la même terminologie qu'en matière de fusion de sociétés anonymes (art. 748 CO) et de fusion de sociétés coopératives (art. 914 CO). Toutefois, l'article 181 CO ne concerne que le transfert légal 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 des dettes transférées de par la loi, l'article 181, 2<sup>e</sup> alinéa, 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.

En vertu du droit actuel, une société de capitaux ou une société coopérative peut également transférer des parts de son patrimoine ou de son entreprise par le biais de l'article 181 CO. Une entreprise peut également faire l'objet d'un apport en nature (art. 628 CO) lors de la fondation d'une société anonyme ou lors d'une augmentation de capital. A cet effet, un contrat de reprise d'entreprise conformément à l'article 181 CO est toujours nécessaire. Le transfert de l'ensemble du patrimoine d'une société de capitaux, sans liquidation de cette dernière, est exclu pour des raisons de droit des sociétés. En effet, la société perdrait sa substance et son substrat de responsabilité, du moins lorsque la contre-prestation versée par le repreneur n'a pas la même valeur que le patrimoine transféré. Une exception est cependant prévue à l'article

751 CO pour le cas particulier de la reprise du patrimoine d'une société anonyme par une corporation de droit public.

Le transfert d'une partie d'entreprise par le biais de l'article 181 CO n'est aujourd'hui liée à aucune disposition spéciale du droit des sociétés. Il n'est pas prévu de vérification particulière du contrat de reprise, notamment eu égard à l'adéquation de la contre-prestation, ou de devoir d'information en faveur des associés qui irait au-delà des dispositions générales de publicité (art. 663b – 663d CO). En général, les associés ne sont pas informés du prix auquel la partie d'entreprise a été transférée.

Selon l'avant-projet sur la fusion, le transfert du patrimoine ou d'une entreprise d'une société anonyme ou d'une société coopérative est qualifié de "dissociation", qui constitue une sous catégorie de la scission (art. 39, let. c, AP-LFus). La dissociation se caractérise par le fait qu'un sujet transfère une ou plusieurs parts de son patrimoine à d'autres sujets et reçoit comme contre-prestation, soit des parts sociales ou des droits de sociétariat des sujets reprenants, soit un dédommagement. Contrairement aux autres formes de scission (division et séparation), ce ne sont pas les associés du sujet transférant qui reçoivent la contre-prestation des sujets reprenants, mais le sujet transférant lui-même.

Un des objectifs particuliers de l'avant-projet de loi sur la fusion est de garantir les droits des associés du sujet transférant, et ce, également en matière de dissociation. Dans ce but, le contrat ou le projet de scission ainsi que le rapport de scission doivent être vérifiés par un réviseur particulièrement qualifié (art. 50 AP-LFus). Cette vérification s'étend également aux parts sociales ou aux droits de sociétariat, respectivement au dédommagement, que le sujet transférant reçoit (art. 49, 2<sup>e</sup> al., let. d, AP-LFus). En outre, la dissociation doit faire l'objet d'un compte rendu dans le rapport annuel ou lors de l'assemblée générale lorsque l'établissement d'un tel rapport n'est pas requis (art. 54, 2<sup>e</sup> al., AP-LFus).

Contrairement à l'article 181, 2<sup>e</sup> alinéa, CO, l'avant-projet de loi sur la fusion ne prévoit pas une responsabilité solidaire limitée dans le temps de l'ancien débiteur, mais prévoit le droit pour les créanciers d'exiger des sûretés (art. 56 et 57 AP-LFus). En comparaison avec la responsabilité solidaire pendant deux ans de l'ancien débiteur prévue par l'article 181, 2<sup>e</sup> alinéa, CO, cette solution peut sembler plus sévère. Toutefois, lorsque la contre-prestation attribuée au sujet transférant (parts sociales ou droits de sociétariat, respectivement dédommagement) est adéquate, celui-ci ne devrait cependant pas avoir de difficultés à prouver que la dissociation ne compromet pas l'exécution des créances (art. 57, 1<sup>er</sup> al., AP-LFus). En général, il n'y a pas non plus de mise en danger des créanciers lors du transfert d'une entreprise au sein d'un groupe de sociétés dans le but de transformer le sujet transférant en société holding.

Contrairement à la cession d'entreprise au sens de l'article 181 CO, la dissociation au sens de l'avant-projet de loi sur la fusion présente l'avantage d'un transfert des actifs de par la loi au sujet reprenant (art. 63 AP-LFus), alors même que le sujet

transférant continue d'exister. Le transfert de par la loi de certaines parts de patrimoine ne pose pas de problèmes juridiques lorsque les parts de patrimoine concernées par le transfert sont clairement définies dans un inventaire. Par ailleurs, des réglementations analogues existent déjà dans certains ordres juridiques étrangers, notamment en Allemagne et en Autriche. En adoptant un transfert de par la loi, la controverse concernant le transfert des rapports d'obligations de durée liés à une entreprise dans le cadre de l'article 181 CO devient sans objet<sup>32</sup>.

En résumé, la réglementation de la dissociation vise d'une part, à protéger les droits et les intérêts des associés et des créanciers du sujet transférant et, d'autre part, à faciliter le transfert de patrimoine, avant tout par le principe du transfert de par la loi.

Comme il a déjà été mentionné, les dispositions de l'article 181 CO et celles de l'avant-projet de loi sur la fusion présentent de grandes différences. Une réglementation qui permettrait une application alternative des dispositions de l'article 181 CO et de celles de la loi sur la fusion ne fait guère de sens et n'a pas fait ses preuves en Allemagne. Il est cependant nécessaire de protéger les associés en matière de transfert d'entreprises. Il ne faut pas perdre de vue que d'importantes transactions ont aujourd'hui lieu sur la base de l'article 181 CO, sans que les intérêts des associés ne soient protégés juridiquement. Dès lors, il se justifie de prévoir à l'article 181, 4<sup>e</sup> alinéa, AP-CO que cette disposition ne s'applique pas en matière de transfert du patrimoine d'une société de capitaux ou d'une société coopérative.

#### **Art. 704, 1er al. ch. 8, 748 à 750, 770, 2e et 3e al., 824 à 826 et 914**

Les dispositions de la loi sur la fusion doivent se substituer aux règles actuelles du code des obligations concernant la fusion et la transformation. Dès lors, il est nécessaire d'abroger les articles concernant ces opérations.

#### **Art. 936a Numéro d'identification (*nouveau*)**

La loi sur la fusion introduit des possibilités de restructurations qui, selon les circonstances, peuvent créer une incertitude quant à la véritable identité du sujet. Ainsi, une transformation combinée avec un transfert de siège ou une modification de la raison de commerce peut induire en erreur. Afin de faciliter l'identification des sujets, la proposition d'article 936a du code des obligations prévoit un système de numérotation fixe des sujets inscrits au registre du commerce; ces derniers reçoivent un numéro d'identification qui reste inchangé, notamment en cas de transformation, de transfert de siège ou de modification de la raison de commerce. D'autre part, cette

---

<sup>32</sup> Cf. VON TUHR/ESCHER, OR Allg. Teil, vol. II, Zurich 1974, p. 399/400; E. BUCHER, OR Allg. Teil, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich 1988, p. 589 ss; H. BECKER, Berner Kommentar, Art. 181 OR N. 6.

disposition introduit l'obligation d'indiquer le numéro d'identification, aux côtés de la raison de commerce, sur les lettres, les notes de commande et les factures.

L'article 936a, alinéa 2, reprend en partie le contenu de l'article 4 de la première directive européenne en matière de droit des sociétés du 9 mars 1968 (68/151/CEE), qui prévoit l'obligation d'indiquer sur les lettres et les notes de commande le registre du commerce compétent et le numéro d'immatriculation aux côtés de la forme juridique et du siège de la société. Cette obligation est au service de la transparence des relations juridiques; elle doit rendre possible l'identification du sujet par l'ensemble des destinataires de sa correspondance et faciliter les demandes de renseignements auprès des autorités du registre du commerce.

Le numéro d'identification ne doit être indiqué que sur les lettres, les notes de commande et les factures. En revanche, il ne doit pas obligatoirement être mentionné sur les autres documents ainsi que dans les publicités.

Toutefois, la réglementation de l'article 936a ne suit pas la première directive européenne en ce qui concerne l'obligation d'indiquer la forme juridique et le siège du sujet. En vertu du droit actuel, seules les raisons de commerce des sociétés à responsabilité limitée (art. 949, al. 2, CO) ainsi que des sociétés anonymes et des sociétés coopératives contenant un nom de famille (art. 950 CO) doivent comprendre la forme juridique du sujet. L'obligation d'indiquer la forme juridique fait, en droit suisse, partie du droit des raisons de commerce. Il appartient donc à une future révision des règles concernant la formation des raisons de commerce d'examiner si et dans quelle mesure cette exigence doit être reprise par le droit suisse.

L'introduction du numéro d'identification et de l'obligation concernant son indication sur les documents commerciaux nécessite des dispositions d'exécution. A cette fin, l'article 936a, alinéa 4, prévoit de déléguer au Conseil fédéral la compétence d'édicter par voie d'ordonnance des dispositions d'exécution.

#### **Art. 4 des dispositions finales et transitoires des titres 24 à 33**

L'article 4 des dispositions finales et transitoires des titres vingt-quatrième à trente-troisième délègue au Conseil fédéral la compétence d'édicter des règles en matière de transformation de sociétés coopératives en sociétés commerciales. Cette clause de délégation se référait à l'entrée en vigueur de la révision du code des obligations de 1936. Sur la base de cette disposition, le Conseil fédéral édicta une ordonnance à caractère transitoire qui fut abrogée en 1968. L'article 4 des dispositions finales transitoires de 1936 étant devenu désuet, il peut être abrogé en relation avec la création de la nouvelle loi sur la fusion.

## 222 Code pénal

### Art. 326ter Contravention aux dispositions concernant les raisons de commerce

Le nouvel article 936a du code des obligations introduit un système de numérotation fixe des sujets inscrits au registre du commerce et prévoit l'obligation d'indiquer le numéro d'identification sur les lettres, les notes de commande et les factures (cf. les remarques concernant l'avant-projet d'article 936a CO).

Afin de faciliter la mise en oeuvre de l'article 936a du code des obligations, l'article 326ter du code pénal doit prévoir le parallèle entre la non observation des règles concernant les raisons de commerce et celles concernant le numéro d'identification.

D'autre part, une révision de l'ordonnance sur le registre du commerce (ORC ; RS 221.411), qui devrait entrer en vigueur au 1er janvier 1998, prévoit l'abrogation des articles 45ss ORC concernant la procédure d'autorisation pour l'utilisation de désignations nationales, territoriales et régionales. La suppression de cette procédure d'autorisation rend l'article 326ter, alinéa 3, du code pénal désuet.

## 223 Droit international privé

### 223.1 Introduction

Le droit suisse ne règle pas expressément la fusion et la scission transfrontalières, ce qui ne signifie pas pour autant que ces opérations sont contraires à la loi. Il est cependant nécessaire d'apporter quelques précisions en relation avec l'avant-projet de loi sur la fusion. Il appartient à la loi sur le droit international privé (LDIP) de notamment poser les conditions auxquelles les normes impératives de la loi sur la fusion s'appliquent en matière de fusions et de scissions transfrontalières.

L'article 150, 1<sup>er</sup> alinéa, LDIP donne une définition autonome de la notion de "société". Ce terme désigne "toute société de personnes organisée et tout patrimoine organisé" (telle une fondation). Afin de conserver l'unité intrinsèque de la LDIP, la notion de "société" est également utilisée dans le nouveau chapitre consacré à la fusion et à la scission, bien que la loi sur la fusion parle quant à elle de "sujet". Toutefois, cette dernière notion inclut également les instituts de droit public, auxquels les dispositions de la LDIP s'appliquent tout au plus par analogie.

La fusion et la scission transfrontalières ne sont possibles que pour les sujets, qui en vertu des ordres juridiques qui les régissent, peuvent fusionner entre eux ou se scinder. Cela conduit, pour certaines questions, à une application cumulative des dispositions des deux ordres juridiques. Cette solution prévaut déjà dans la réglementation actuelle concernant le transfert de siège. Ainsi, les sujets qui participent à une fusion

ou a une scission internationales et qui ont leur siège en Suisse sont soumis à la réglementation de la loi sur la fusion.

La question de savoir si les restructurations transfrontalières vont se multiplier dépend en premier lieu de la question de savoir si la fusion d'une société suisse avec une société étrangère entraîne une imposition de ses réserves latentes. En principe, il faut partir de l'idée qu'à l'avenir aussi les réserves latentes continueront d'être imposées, sous réserve du cas où la société étrangère reprenante maintient l'exploitation de l'entreprise suisse sous la forme d'une succursale. La situation juridique pourrait néanmoins se modifier en cas d'intégration plus poussée au sein de l'Union européenne.

## **223.2            Commentaire des dispositions**

### **223.21    Fusion transfrontalière**

#### **Art. 163a (nouveau)            Principe**

L'article 163a, 1<sup>er</sup> alinéa, AP-LDIP arrête le principe selon lequel la fusion est autorisée dans le cadre de cette disposition ainsi que des articles suivants. En outre, cette disposition détermine le droit applicable au contrat de fusion.

En matière de fusion transfrontalière également, le contrat de fusion constitue la base de l'opération de fusion. La question se pose de savoir si les parties peuvent librement choisir le droit applicable à ce contrat en vertu du principe consacré par l'article 116, 1<sup>er</sup> alinéa, LDIP. Cette question est controversée dans la doctrine. Il faut partir du principe que le contrat de fusion est étroitement lié au droit des sociétés. Pour cette raison, le contrat de fusion doit au moins respecter les dispositions impératives du droit des sociétés des ordres juridiques concernés. L'article 163a, 2<sup>e</sup> alinéa, AP-LDIP le prévoit expressément. Pour le reste, il n'y a cependant pas d'objection de principe à permettre aux parties de choisir le droit applicable au contrat de fusion (art. 163a, 3<sup>e</sup> al., AP-LDIP). Il faut notamment penser à l'aspect contractuel du contrat de fusion. 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, tout comme le prévoit l'article 117, 2<sup>e</sup> alinéa, LDIP. Ces liens sont réputés exister avec l'Etat dont l'ordre juridique régit la société reprenante (art. 163a, 4<sup>e</sup> al., AP-LDIP). En ce qui concerne la forme du contrat de fusion, il est prévu que, suivant l'exemple du projet de réglementation de l'Union européenne, les règles de forme des ordres juridiques concernés doivent être respectées, ce qui conduit à l'application du droit le plus exigeant. Un contrat de fusion qui ne serait soumis à aucune règle de forme est exclu, dans la mesure où l'avant-projet de loi sur la fusion prévoit la forme écrite (art. 12, 2<sup>e</sup> al.). Dès lors, l'article 124 LDIP n'est pas applicable.

### **Art. 163b (nouveau) Fusion de l'étranger vers la Suisse**

La fusion de sociétés étrangères peut résulter de leur absorption par une société suisse ou de leur réunion au sein d'une nouvelle société suisse (fusion par combinaison), et ce, pour autant que le droit applicable à la société étrangère l'autorise. Il appartient à chaque Etat de déterminer si et à quelles conditions une société peut quitter son domaine de souveraineté.

En principe, les conditions et les effets de la fusion d'une société étrangère transférante avec une société suisse reprenante sont soumis au droit suisse. Cependant, la fusion n'est possible que si les dispositions impératives du droit étranger sont également respectées. Le droit étranger peut par exemple prévoir des exigences spéciales de majorité pour la décision de fusion de la société, réglementer les changes, soumettre l'opération à des exigences fiscales particulières ou encore exiger le maintien d'un établissement sur le territoire national.

Par ailleurs, la fusion transfrontalière avec une société suisse en tant que sujet reprenant est soumise à la condition que le sujet étranger puisse intégrer une des formes juridiques du droit suisse au sens de l'article 4 AP-LFus. Cette exigence découle déjà de l'article 161, 1<sup>er</sup> alinéa *in fine*, LDIP.

L'hypothèse de la réunion au sein d'une nouvelle société suisse de deux sociétés étrangères incorporées dans deux Etats étrangers différents par voie de fusion par combinaison n'est pas expressément réglementée. Ce cas peut cependant sans autre être réglé par une application analogue des nouvelles dispositions concernant la fusion de la LDIP. Le contrat de fusion doit respecter les dispositions impératives du droit des sociétés des trois ordres juridiques concernés et, de surcroît, il est, à défaut d'élection de droit, présumé être régi par le droit suisse en tant que droit de la société reprenante. De la même manière, les exigences des deux ordres juridiques étrangers doivent être respectées conformément à l'article 163b, 1<sup>er</sup> alinéa, AP-LDIP.

### **Art. 163c (nouveau) Fusion de la Suisse vers l'étranger**

La fusion d'une société suisse par voie d'absorption par une société étrangère ou de constitution d'une nouvelle société étrangère (fusion par combinaison) est en principe régie par le droit étranger.

En revanche, le droit suisse doit protéger le statut juridique des titulaires de parts, des associés et des créanciers de la société qui quitte la Suisse.

En cas de reprise d'une société suisse par une société étrangère, l'article 163c AP-LDIP prévoit que la société suisse doit apporter la preuve:

- que la fusion a pour effet de transférer l'ensemble de ses actifs et passifs à la société étrangère, et

- que les parts sociales ou les droits de sociétariat des titulaires de parts ou des associés sont maintenus de manière adéquate au sein de la société étrangère reprenante. Le droit au versement d'une soulte destinée à égaliser le rapport d'échange en fait également partie (art. 7 AP-LFus).

Par ailleurs, la société suisse doit respecter toutes les dispositions du droit suisse qui s'appliquent à la société transférante. En premier lieu, il s'agit des dispositions de l'avant-projet de loi sur la fusion destinées à protéger les associés et, en particulier, des dispositions concernant le rapport de fusion (art. 15 AP-LFus), la procédure de dépôt du contrat de fusion et le droit de consultation (art. 17 AP-LFus), l'approbation par l'assemblée générale (art. 18 AP-LFus) ainsi que le droit à l'examen des parts sociales et des droits de sociétariat, qui découle de ces règles de protection internes à la société (art. 91 AP-LFus). En outre, les limites générales pour une fusion prévues aux articles 3 ss de l'avant-projet de loi sur la fusion devront également être respectées.

La protection des créanciers pose des problèmes particuliers. Il faut relever que le projet de 10<sup>ème</sup> directive de l'Union européenne (art. 9, 2<sup>e</sup> al.) interdit, en cas de fusion entre sociétés anonymes de différents Etats membres, une protection des créanciers qui irait au-delà de celle prévue en matière de fusion interne. L'avant-projet de loi sur la fusion prévoit à ses articles 25 (en cas de fusion) et 57 (en cas de scission) que les créanciers ont le droit d'exiger la garantie de leurs créances. Cette prétention s'éteint lorsque le sujet prouve que la fusion ou la scission ne compromet pas l'exécution des créances. Sur le plan international, cette preuve sera en général difficile à apporter dans la mesure où les créanciers sont renvoyés à un substrat de responsabilité à l'étranger. En matière de scission, il est prévu que, contrairement à la fusion, l'appel aux créanciers ainsi que le droit d'exiger des sûretés qui en découle doivent intervenir avant l'inscription au registre du commerce de la décision de scission et sa publication. Cette solution doit être reprise en matière de fusion transfrontalière. Ainsi, la radiation de la société suisse du registre du commerce ne peut intervenir qu'une fois que les créanciers ont obtenu des sûretés. Dans ce but, l'article 163c, 3<sup>e</sup> alinéa, AP-LDIP prévoit 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. Celui qui produit ses créances peut exiger de la société suisse qu'elle fournisse des sûretés conformément à l'article 57 AP-LFus. La radiation de la société suisse du registre du commerce ne pourra intervenir que si les prétentions des créanciers de cette société auront été garanties ou payées ou encore si les créanciers consentent à la radiation (art. 164, 1<sup>er</sup> al., AP-LDIP).

## 223.22 Scission transfrontalière

### Art. 163d (nouveau)

Il est en principe admis qu'une société suisse transfère, par voie de division, de séparation ou de dissociation, des parts de son patrimoine à une société étrangère existante ou à constituer, et ce, contre attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat. De même, il est admis qu'une société étrangère transfère de telles valeurs patrimoniales à une société suisse contre attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat.

En vertu de l'article 163d AP-LDIP, les dispositions de la LDIP concernant la fusion (art. 163a, 163b et 163d AP-LDIP) s'appliquent par analogie à la scission transfrontalière. Il s'agit donc également de prendre en considération les différents ordres juridiques concernés. C'est en particulier le cas en matière de division, qui est liée à la dissolution de la société qui se scinde (art. 39, let. a, AP-LFus). Une concordance entre les ordres juridiques concernés est également nécessaire en matière de séparation et de dissociation (art. 39, let. b et c, AP-LFus) qui ont lieu contre attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat.

En particulier en cas de division et de séparation, la protection des associés de la société qui se scinde revêt une importance particulière. En revanche, la dissociation est moins problématique dans la mesure où les droits de participation du sujet reprenant reviennent directement à la société qui se scinde et non pas à ses titulaires de parts. Toutefois, en matière de dissociation, l'évaluation correcte des parts sociales qui constituent la contre-prestation pour le transfert de la part de patrimoine est particulièrement importante pour les titulaires de parts de la société transférante, car il s'agit toujours d'une transformation, du moins partielle, de la société en une société holding.

La scission est subsidiairement régie par le droit applicable à la société qui se scinde (art. 163d, 2<sup>e</sup> al., AP-LDIP). Sur ce point, il y a par conséquent une différence avec la réglementation de la fusion, qui prévoit l'application subsidiaire du droit applicable à la société reprenante (art. 163b, 2<sup>e</sup> al. et 163c, 4<sup>e</sup> al., AP-LDIP). La fusion présente les liens les plus étroits avec le droit applicable à la société reprenante. En revanche en matière de scission, c'est le droit applicable au sujet transférant qui est davantage concerné, la protection du statut juridique des titulaires de parts de cette société étant primordiale.

En ce qui concerne le contrat de scission, l'article 163a AP-LDIP s'applique par analogie. Cependant, à défaut d'élection de droit, le contrat de scission est présumé être régi par le droit applicable à la société qui se scinde. Les dispositions impératives du droit des sociétés des ordres juridiques concernés doivent être respectées. Le projet

de scission établi par les organes de la société qui se scinde est régi par le droit applicable à la société qui se scinde (cf. art. 163d, 2<sup>e</sup> al., AP-LDIP).

### **223.23 Dispositions communes concernant le transfert de siège, la fusion et la scission**

#### **Art. 164 (complété) Radiation du registre du commerce, lieu de la poursuite et for**

L'article 164 AP-LDIP reprend pour l'essentiel le contenu actuel de cette disposition. Le titre marginal "Dettes de la société" n'est cependant pas satisfaisant. Il doit être précisé par "Radiation du registre du commerce, lieu de la poursuite et for". Par ailleurs, le texte de la loi est complété comme suit:

- Le 1<sup>er</sup> alinéa s'applique également en matière de fusion et de division. Seule la division, à l'exclusion de la séparation et de la dissociation, entraîne la dissolution de la société qui se scinde et sa radiation du registre du commerce (art. 62, 3<sup>e</sup> al., AP-LFus).
- La radiation ne peut intervenir que si la preuve a été apportée que les créanciers qui ont produit leurs créances conformément aux articles 163, 2<sup>e</sup> alinéa, 163c, 3<sup>e</sup> alinéa, et 163d, 1<sup>er</sup> alinéa, AP-LDIP ont été garantis ou désintéressés, ou encore qu'ils consentent à la radiation. Comme l'office du registre du commerce doit pouvoir vérifier relativement facilement l'exactitude de cette preuve, il est prévu qu'un réviseur particulièrement qualifié doit attester que les dispositions concernant la protection des créanciers ont été respectées (art. 164, 1<sup>er</sup> al., AP-LDIP).
- Dans les hypothèses de la reprise par voie de fusion d'une société suisse par une société étrangère ainsi que de la division d'une société suisse en sociétés étrangères, la preuve doit être apportée que la fusion ou la division est devenue juridiquement valable en vertu du droit applicable à la société étrangère et 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 (cf. art. 7 s. AP-LFus). Ces versements doivent être effectués selon le droit étranger applicable. Les dispositions qui visent à protéger les associés constituent dans tous les cas des normes impératives du droit suisse des sociétés au sens de l'article 163c AP-LDIP. Il est également prévu que la preuve exigée par l'article 162, 2<sup>e</sup> alinéa AP-LDIP devra à l'avenir être apportée par le rapport d'un réviseur particulièrement qualifié.

La réglementation prévue aux 1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> alinéas vise également la protection des créanciers et des titulaires de parts d'une société suisse qui fusionne avec une société étrangère ou encore qui se divise en sociétés étrangères. Elle garantit que la radiation d'une société suisse du registre du commerce ne sera opérée qu'une fois

que les créanciers et les associés de cette société auront reçu les sûretés auxquelles ils ont droit. D'autre part, l'action basée sur l'article 91 AP-LFus offre à chaque associé la garantie supplémentaire de pouvoir exiger la fixation d'une soule par un tribunal. Cette action est dirigée non pas contre la société suisse transférante mais contre la société étrangère reprenante. Afin de protéger les associés suisses, il se justifie de prévoir un for en Suisse contre cette société (art. 164, 3<sup>e</sup> al., AP-LDIP).

L'article 164, 4<sup>e</sup> alinéa, AP-LDIP prévoit que la société peut être poursuivie à son précédent siège aussi longtemps que les créanciers et les titulaires de parts n'ont pas été désintéressés ou n'ont pas obtenu de sûretés. Aux côtés du lieu de la poursuite, il est proposé de maintenir le for judiciaire en Suisse. Il s'agit en premier lieu du for de la société suisse radiée (art. 151 LDIP), mais également du for en Suisse pour les actions dirigées contre la société étrangère reprenante (art. 164, 3<sup>e</sup> al., AP-LDIP).

### **Art. 164a Transfert, fusion et scission à l'étranger**

La LDIP ne contient aucune disposition qui détermine à quelles conditions est reconnu en Suisse un transfert de siège étranger, auquel ne participe aucune société régie par le droit suisse. Il en va de même en matière de fusions et de scissions étrangères. Cette question peut s'avérer particulièrement importante, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer l'appartenance de valeurs patrimoniales sises en Suisse.

Il faut rappeler le principe selon lequel de telles opérations ne peuvent être réalisées qu'en tenant compte de l'ensemble des ordres juridiques concernés. Aussi longtemps qu'il n'existe pas de traités internationaux, un acte juridique intervenu dans un Etat et qui n'a pas été reconnu dans les autres Etats concernés ne déploie pas d'effets. Il s'ensuit que la reconnaissance par la Suisse ne peut avoir lieu que si le transfert, la fusion ou la scission a été reconnue valable par l'ensemble des ordres juridiques concernés.

## **223.24 Modification d'autres dispositions de la LDIP**

### **Art. 162, 3<sup>e</sup> al. Transfert d'une société de l'étranger en Suisse; moment déterminant**

La révision de cette disposition vise simplement à harmoniser la LDIP de 1987 avec le nouveau droit de la société anonyme entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1992. En effet, le droit de la société anonyme exige, pour les opérations importantes, un rapport d'un "réviseur particulièrement qualifié" (art. 727b CO), alors que l'actuel article 162, 3<sup>e</sup> alinéa, LDIP parle de "rapport de révision délivré par un office reconnu à cet effet par le Conseil fédéral". Dorénavant, la preuve que le capital est couvert devra être apportée par le rapport d'un réviseur particulièrement qualifié.

### **Art. 163 Transfert d'une société de la Suisse à l'étranger**

A différents égards, le texte actuel de cette disposition n'est pas satisfaisant.

Contrairement à l'article 161, 1<sup>er</sup> alinéa, LDIP qui régit le transfert d'une société de l'étranger en Suisse et en pose les conditions, l'actuel article 163, 1<sup>er</sup> alinéa, LDIP parle de différentes preuves que la société suisse doit apporter avant de se soumettre au droit étranger. La justification de ces deux réglementations différentes est difficile à entrevoir. Ces deux dispositions devraient être mieux harmonisées. Dès lors, en accord avec l'article 161 LDIP, l'article 163, 1<sup>er</sup> alinéa, AP-LDIP prévoit qu'une société suisse peut, sans procéder à une liquidation ni à une nouvelle fondation, se soumettre au droit étranger si elle satisfait aux conditions fixées par le droit suisse et si elle continue d'exister en vertu du droit étranger. Cette nouvelle formulation n'apporte pas de modification matérielle.

La réglementation actuelle de la protection des créanciers en cas de soumission d'une société suisse à un droit étranger se distingue par le fait que, certes la société doit sommer les créanciers par un appel public de faire connaître leurs prétentions, mais il n'est pas fait mention des conséquences qui en résultent, à savoir que les créanciers qui ont produit leurs créances ont le droit d'exiger des sûretés. Le nouvel article 163, 2<sup>e</sup> alinéa, AP-LDIP rattache la sommation publique de faire connaître les prétentions au droit des créanciers d'exiger des sûretés par application analogique de l'article 57 AP-LFus, comme cela est également prévu à l'article 163c, 3<sup>e</sup> alinéa, AP-LDIP en cas de fusion d'une société suisse avec une société étrangère. Cette nouvelle formulation n'apporte pas de modification matérielle fondamentale. L'actuel article 164 LDIP ne laisse aucun doute quant au fait le droit d'obtenir des sûretés ou d'être désintéressé était tacitement présumé par le législateur de la LDIP. Par conséquent, la modification matérielle se limite au fait que l'article 57 AP-LFus prévoit en premier lieu le droit d'obtenir des sûretés (cf. commentaire de l'art. 57 AP-LFus).

L'actuel 2<sup>e</sup> alinéa devient le 3<sup>e</sup> alinéa de l'article 163 AP-LDIP.

## **224 Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité**

### **Art. 62, 3<sup>e</sup> al. (nouveau)**

Conformément à la pratique actuelle, l'avant-projet prévoit que la fusion, la scission et la transformation d'institutions de prévoyance sont soumises à l'approbation de l'autorité de surveillance (cf. art. 38, 67 et 86 ainsi que les remarques concernant l'art. 38). En complétant la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)<sup>33</sup>, une norme de délégation doit être créée afin de per-

---

<sup>33</sup> RS 831.40

mettre au Conseil fédéral d'édicter par voie d'ordonnance des dispositions concernant l'approbation de fusions, scissions et transformations par les autorités de surveillance. A ce propos, l'exercice de la surveillance en matière de liquidations et de liquidations partielles d'institutions de prévoyance doit également être réglementé de manière plus précise. Une telle ordonnance aura pour effet d'assurer la sécurité juridique ainsi qu'une pratique uniforme des autorités de surveillance. D'autre part, elle rendra possible une préparation adéquate des restructurations d'institutions de prévoyance soumises à autorisation.

## **225 Loi fédérale sur les banques et caisses d'épargne**

### **Art. 14**

L'article 14, alinéa 1er, de la loi fédérale sur les banques et caisses d'épargne (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. al. 4). Eu égard à la nouvelle réglementation de la transformation prévue par la loi sur la fusion (art. 68ss), cette disposition peut être abrogée. D'autre part, les alinéas 2 à 4 de l'article 14 de la loi sur les banques et caisses d'épargne étant devenus désuets, il s'impose également de les abroger.

## **226 Loi fédérale sur surveillance des institutions d'assurance privées**

### **Art. 9a**

En conformité avec l'exigence de l'approbation de fusions, de scissions et de transformations d'institutions de prévoyance (cf. art. 38, 67 86, al. 2 de l'avant-projet et art 62, al. 3, LPP), la loi fédérale sur la surveillance des institutions d'assurance privées (loi sur la surveillance des assurances)<sup>34</sup> doit également prévoir une telle réserve d'approbation. En effet, l'approbation de ces opérations de restructuration par l'autorité de surveillance est également nécessaire eu égard à la protection des assurés. Les questions de la fusion, de la scission et de la transformation d'institutions d'assurance seront vraisemblablement réglementées de manière plus détaillées dans le cadre d'une future révision totale de la loi sur la surveillance des assurances.

### **Art. 42. 1<sup>er</sup> al.**

La modification de l'article 42 de la loi sur la surveillance des assurances confère la compétence au Conseil fédéral d'édicter par voie d'ordonnance des dispositions

---

<sup>34</sup> RS 961.01

complémentaires en matière d'approbation par l'autorité de surveillance de fusions, scissions et transformation d'institutions d'assurance.

## Table des matières

<b>CONDENSÉ</b> .....	<b>2</b>
<b>1 PARTIE GÉNÉRALE</b> .....	<b>3</b>
11 SITUATION JURIDIQUE ACTUELLE .....	3
111 RÈGLES LÉGALES .....	3
112 DÉVELOPPEMENTS DUS À LA JURISPRUDENCE ET À LA PRATIQUE DES AUTORITÉS DU REGISTRE DU COMMERCE .....	4
12 CARENCES DU DROIT ACTUEL .....	5
13 OBJECTIFS DE LA NOUVELLE RÉGLEMENTATION .....	7
14 ELABORATION DE L'AVANT-PROJET .....	7
15 CRÉATION D'UNE LOI SPÉCIALE .....	8
16 RAPPORTS ENTRE L'AVANT-PROJET ET LA RÉGLEMENTATION DES CONCENTRATIONS D'ENTREPRISES DE LA LOI SUR LES CARTELS .....	9
17 RÉVISION DU DROIT FISCAL .....	9
18 ÉLÉMENTS PRINCIPAUX DE L'AVANT-PROJET .....	10
181 FUSION .....	10
182 SCISSION .....	11
183 TRANSFORMATION .....	13
19 REMARQUES DE DROIT COMPARÉ .....	14
191 DROIT DES ÉTATS VOISINS .....	14
192 DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE .....	15
<b>2 PARTIE SPÉCIALE</b> .....	<b>17</b>
21 COMMENTAIRE DES DISPOSITIONS DE L'AVANT-PROJET DE LOI SUR LA FUSION .....	17
CHAPITRE 1: OBJET ET DÉFINITIONS .....	17
<i>Article premier</i> <i>Objet</i> .....	17
<i>Art. 2</i> <i>Définitions</i> .....	17
CHAPITRE 2: FUSION .....	19
SECTION 1: DISPOSITIONS GÉNÉRALES .....	19
<i>Art. 3</i> <i>Principe</i> .....	19
<i>Art. 4</i> <i>Fusions autorisées</i> .....	20
<i>Art. 5</i> <i>Fusion d'un sujet en liquidation</i> .....	23
<i>Art. 6</i> <i>Fusion de sujets en cas de perte en capital ou de surendettement</i> .....	24
SECTION 2: PARTS SOCIALES ET DROITS DE SOCIÉTARIAT .....	26
<i>Art. 7</i> <i>Maintien des parts sociales et des droits de sociétariat</i> .....	26
<i>Art. 8</i> <i>Dédommagement</i> .....	27
SECTION 3: AUGMENTATION DE CAPITAL, FONDATION ET BILAN INTERMÉDIAIRE .....	28
<i>Art. 9</i> <i>Augmentation de capital en cas de fusion par absorption</i> .....	28
<i>Art. 10</i> <i>Fondation du nouveau sujet en cas de fusion par combinaison</i> .....	29
<i>Art. 11</i> <i>Bilan intermédiaire</i> .....	29
SECTION 4: CONTRAT DE FUSION, RAPPORT DE FUSION ET VÉRIFICATION .....	29
<i>Art. 12</i> <i>Conclusion du contrat de fusion</i> .....	29
<i>Art. 13</i> <i>Contenu du contrat de fusion</i> .....	30
<i>Art. 14</i> <i>Rapport de fusion</i> .....	31
<i>Art. 15</i> <i>Vérification du contrat de fusion</i> .....	31
<i>Art. 16</i> <i>Information quant aux modifications du patrimoine</i> .....	31
<i>Art. 17</i> <i>Dépôt du contrat de fusion et droit de consultation</i> .....	32
SECTION 5: DÉCISION DE FUSION ET INSCRIPTION AU REGISTRE DU COMMERCE .....	33

<i>Art. 18</i> <i>Décision de fusion</i> .....	33
<i>Art. 19 à 22</i> <i>Acte authentique; Inscription au registre du commerce; Effet juridique; Publication</i> .....	34
SECTION 6: FUSION DE SOCIÉTÉS DE CAPITAUX SIMPLIFIÉE .....	35
<i>Art. 23 et 24</i> <i>Champ d'application; Conditions simplifiées</i> .....	35
SECTION 7: PROTECTION DES CRÉANCIERS .....	36
<i>Art. 25</i> <i>Garantie des créances</i> .....	36
<i>Art. 26</i> <i>Responsabilité personnelle des associés</i> .....	37
SECTION 8: DISPOSITIONS SPÉCIALES CONCERNANT LA FUSION D'ASSOCIATIONS .....	38
<i>Art. 27</i> <i>Simplification en matière de fusion d'associations</i> .....	38
<i>Art. 28</i> <i>Dépôt du contrat de fusion et droit de consultation</i> .....	39
<i>Art. 29</i> <i>Décision de fusion</i> .....	39
<i>Art. 30</i> <i>Droit de sortie</i> .....	39
<i>Art. 31</i> <i>Protection des créanciers</i> .....	40
SECTION 9: DISPOSITIONS SPÉCIALES CONCERNANT LA FUSION DE FONDATIONS .....	40
<i>Art. 32</i> <i>Protection des bénéficiaires ayant des prétentions</i> .....	40
<i>Art. 33</i> <i>Dispositions non applicables</i> .....	40
<i>Art. 34</i> <i>Contrat de fusion et approbation</i> .....	41
SECTION 10: DISPOSITIONS SPÉCIALES CONCERNANT LA FUSION D'INSTITUTIONS DE PRÉVOYANCE .....	41
<i>Art. 35</i> <i>Protection des assurés</i> .....	41
<i>Art. 36</i> <i>Dispositions applicables</i> .....	41
<i>Art. 37</i> <i>Contrat de fusion, rapport de fusion et vérification</i> .....	41
<i>Art. 38</i> <i>Approbation</i> .....	42
CHAPITRE 3: SCISSION .....	42
SECTION 1: DISPOSITIONS GÉNÉRALES .....	42
<i>Art. 39</i> <i>Principe</i> .....	42
<i>Art. 40</i> <i>Scissions autorisées</i> .....	43
SECTION 2: PARTS SOCIALES ET DROITS DE SOCIÉTARIAT.....	44
<i>Art. 41</i> <i>Maintien des parts sociales et des droits de sociétariat</i> .....	44
SECTION 3: RÉDUCTION DE CAPITAL, AUGMENTATION DE CAPITAL, FONDATION ET BILAN INTERMÉDIAIRE	45
<i>Art. 42</i> <i>Réduction de capital en cas de séparation</i> .....	45
<i>Art. 43</i> <i>Augmentation de capital</i> .....	46
<i>Art. 44</i> <i>Fondation d'un nouveau sujet</i> .....	46
<i>Art. 45</i> <i>Bilan intermédiaire</i> .....	46
SECTION 4: CONTRAT DE SCISSION, PROJET DE SCISSION, RAPPORT DE SCISSION ET VÉRIFICATION .....	47
<i>Art. 46</i> <i>Contrat de scission et projet de scission</i> .....	47
<i>Art. 47</i> <i>Contenu du contrat de scission ou du projet de scission</i> .....	47
<i>Art. 48</i> <i>Objets du patrimoine actif non attribués</i> .....	48
<i>Art. 49</i> <i>Rapport de scission</i> .....	48
<i>Art. 50 et 51</i> <i>Vérification du contrat de scission ou du projet de scission ainsi que du rapport de scission;</i> <i>Information quant aux modifications du patrimoine</i> .....	48
<i>Art. 52</i> <i>Dépôt du contrat de scission ou du projet de scission et droit de consultation</i> .....	49
SECTION 5: DÉCISION DE SCISSION .....	49
<i>Art. 53</i> <i>Décision de scission en cas de division ou de séparation</i> .....	49
<i>Art. 54</i> <i>Décision de scission en cas de dissociation</i> .....	50
<i>Art. 55</i> <i>Acte authentique</i> .....	50
SECTION 6: PROTECTION DES CRÉANCIERS .....	51
<i>Art. 56</i> <i>Appel aux créanciers</i> .....	51
<i>Art. 57</i> <i>Garantie des créances</i> .....	51
<i>Art. 58</i> <i>Responsabilité pour les dettes non attribuées</i> .....	52
<i>Art. 59</i> <i>Responsabilité subsidiaire des sujets participant à la scission</i> .....	52

Art. 60	Responsabilité personnelle des associés.....	53
Art. 61	Attestation du respect des dispositions concernant la protection des créanciers.....	53
SECTION 7:	INSCRIPTION AU REGISTRE DU COMMERCE.....	53
Art. 62 à 64	Inscription au registre du commerce; Effet juridique; Publication.....	53
SECTION 8:	DISPOSITIONS SPÉCIALES CONCERNANT LA SCISSION D'INSTITUTIONS DE PRÉVOYANCE.....	54
Art. 65 à 67	Protection des assurés; Contrat de scission ou projet de scission, rapport de scission et vérification; Approbation.....	54
CHAPITRE 4:	TRANSFORMATION.....	55
SECTION 1:	DISPOSITIONS GÉNÉRALES.....	55
Art. 68	Principe.....	55
Art. 69	Transformations autorisées.....	55
Art. 70	Règles spéciales concernant la transformation de sociétés en nom collectif et de sociétés en commandite.....	57
SECTION 2:	PARTS SOCIALES ET DROIT DE SOCIÉTARIAT.....	58
Art. 71	Maintien des parts sociales et des droits de sociétariat.....	58
SECTION 3:	FONDATION ET BILAN INTERMÉDIAIRE.....	58
Art. 72	Dispositions concernant la fondation.....	58
Art. 73	Bilan intermédiaire.....	59
SECTION 4:	PROJET DE TRANSFORMATION, RAPPORT DE TRANSFORMATION ET VÉRIFICATION.....	59
Art. 74 et 75	Etablissement du projet de transformation; Contenu du projet de transformation.....	59
Art. 76	Rapport de transformation.....	59
Art. 77	Vérification du projet de transformation et du rapport de transformation.....	60
Art. 78	Dépôt du projet de transformation et droit de consultation.....	60
SECTION 5:	DÉCISION DE TRANSFORMATION ET INSCRIPTION AU REGISTRE DU COMMERCE.....	60
Art. 79	Décision de transformation.....	60
Art. 80 à 83	Acte authentique; Inscription au registre du commerce; Effet juridique; Publication.....	61
SECTION 6:	PROTECTION DES CRÉANCIERS.....	61
Art. 84	Responsabilité personnelle des associés.....	61
CHAPITRE 5:	INSTITUTS DE DROIT PUBLIC.....	61
Art. 85	Fusion et transformation.....	61
Art. 86	Droit applicable.....	63
Art. 87	Responsabilité de la Confédération, des cantons et des communes.....	63
CHAPITRE 6:	DISPOSITIONS COMMUNES.....	64
SECTION 1:	EXAMEN PAR L'OFFICE DU REGISTRE DU COMMERCE ET INSCRIPTION AU REGISTRE DU COMMERCE.....	64
Art. 88	Examen par l'office du registre du commerce.....	64
Art. 89	Dispositions d'exécution.....	67
SECTION 2:	RÉQUISITION D'INSCRIPTION AU REGISTRE FONCIER.....	67
Art. 90.	.....	67
SECTION 3:	EXAMEN DES PARTS SOCIALES ET DES DROITS DE SOCIÉTARIAT.....	68
Art. 91.	.....	68
SECTION 4:	ANNULABILITÉ DES DÉCISIONS DE FUSION, DE SCISSION OU DE TRANSFORMATION.....	69
Art. 92	Principe.....	69
Art. 93	Conséquences d'une irrégularité.....	69
SECTION 5:	RESPONSABILITÉ.....	70
Art. 94 et 95	Responsabilité et qualité pour agir; Responsabilité solidaire.....	70
Art. 96	Responsabilité en matière d'instituts de droit public.....	70
CHAPITRE 7:	DISPOSITION TRANSITOIRE ET DISPOSITIONS FINALES.....	70
Art. 97	Disposition transitoire.....	70
Art. 98	Référendum et entrée en vigueur.....	71

22	MODIFICATION DU DROIT EN VIGUEUR .....	71
221	CODE DES OBLIGATIONS .....	71
	<i>Art. 181 4<sup>e</sup> al. (nouveau)</i> .....	71
	<i>Art. 704, 1<sup>er</sup> al. ch. 8, 748 à 750, 770, 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> al., 824 à 826 et 914.</i> .....	73
	<i>Art. 936a Numéro d'identification (nouveau)</i> .....	73
	<i>Art. 4 des dispositions finales et transitoires des titres 24 à 33</i> .....	74
222	CODE PÉNAL .....	75
	<i>Art. 326ter Contravention aux dispositions concernant les raisons de commerce</i> .....	75
223	DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ .....	75
223.1	INTRODUCTION .....	75
223.2	COMMENTAIRE DES DISPOSITIONS .....	76
	223.21 <i>Fusion transfrontalière</i> .....	76
	<i>Art. 163a (nouveau) Principe</i> .....	76
	<i>Art. 163b (nouveau) Fusion de l'étranger vers la Suisse</i> .....	77
	<i>Art. 163c (nouveau) Fusion de la Suisse vers l'étranger</i> .....	77
	223.22 <i>Scission transfrontalière</i> .....	79
	<i>Art. 163d (nouveau)</i> .....	79
	223.23 <i>Dispositions communes concernant le transfert de siège, la fusion et la scission</i> .....	80
	<i>Art. 164 (complété) Radiation du registre du commerce, lieu de la poursuite et for</i> .....	80
	<i>Art. 164a Transfert, fusion et scission à l'étranger</i> .....	81
	223.24 <i>Modification d'autres dispositions de la LDIP</i> .....	81
	<i>Art. 162, 3<sup>e</sup> al. Transfert d'une société de l'étranger en Suisse; moment déterminant</i> .....	81
	<i>Art. 163 Transfert d'une société de la Suisse à l'étranger</i> .....	82
224	LOI FÉDÉRALE SUR LA PRÉVOYANCE PROFESSIONNELLE VIEILLESSE, SURVIVANTS ET INVALIDITÉ .....	82
	<i>Art. 62, 3<sup>e</sup> al. (nouveau)</i> .....	82
225	LOI FÉDÉRALE SUR LES BANQUES ET CAISSES D'ÉPARGNE .....	83
	<i>Art. 14</i> .....	83
226	LOI FÉDÉRALE SUR SURVEILLANCE DES INSTITUTIONS D'ASSURANCE PRIVÉES .....	83
	<i>Art. 9a</i> .....	83
	<i>Art. 42. 1<sup>er</sup> al.</i> .....	83