

In:

Peter, Henry, Dutoit, Nicolas (Hrsg.), Les restructurations en droit des sociétés, du travail et international privé, Zürich 2010.

24 thèses sur les restructurations d'assainissement

Rita Trigo Trindade* / Lukas Glanzmann**

Table des matières

- I. Introduction
- II. Les fusions d'assainissement
 - A. Fusions avec une société en perte de capital
 - 1. Reprise d'une société avec perte en capital simple par une société saine
 - 2. Reprise d'une société avec perte en capital qualifiée par une société saine
 - a. « Compensation » avec les fonds libres disponibles
 - b. Un curieux paradoxe
 - c. L'assainissement préalable de la société et l'absence de logique du système
 - d. « Compensation » avec les créances postposées
 - 3. Reprise d'une société saine par une société en perte de capital qualifiée
 - 4. Conclusion intermédiaire
 - B. Fusions avec une société surendettée
 - 1. L'exigence de la postposition des créances
 - a. Fusion aboutissant à une société surendettée
 - b. Autres fusions impliquant une société surendettée
 - 2. L'exigence des fonds propres librement disponibles
 - a. Fusion entre sociétés indépendantes et fusions avec une filiale surendettée
 - b. Fusion d'une filiale avec la société mère surendettée ou fusion entre sociétés soeurs
 - (i) Société saine reprenante
 - (ii) Société saine transférante
 - 3. Conséquences pour l'art. 6 L Fus
- III. Les scissions d'assainissement
 - A. La situation de la société transférante
 - 1. Différence entre séparation et division
 - 2. Séparation d'un excédent d'actifs
 - 3. Séparation d'un excédent passif
 - B. La situation de la société reprenante
 - 1. Scission aux fins de constitution d'une nouvelle société
 - 2. Scission aux fins de reprise
 - a. Transfert d'un excédent passif
 - (i) Pas de surendettement ou de perte en capital qualifiée de la société reprenante
 - (ii) Exigence de fonds propres librement disponibles?
 - b. Reprise d'un excédent actif scindé par une société à assainir
 - C. Conclusion intermédiaire

Bibliographie

* Professeure à l'Université de Genève, avocate.

** Privat docent à l'Université de St. Gall, Docteur en droit, LLM, avocat, Baker & McKenzie, Zurich

- IV. Les transformations d'assainissement
- V. Transferts de patrimoine d'assainissement
- VI. Conclusion

I. Introduction

Dans un environnement compétitif, les périodes de difficultés financières révèlent souvent un besoin accru de restructuration et d'assainissement pour les entreprises. Le droit privé suisse prévoit un certain nombre de mécanismes de restructuration¹ ainsi que quelques instruments d'assainissement²; il ne consacre cependant qu'une seule règle aux outils qui permettent en même temps d'assainir et de restructurer les entreprises: l'art. 6 de la loi sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine. La présente contribution porte un regard critique sur cette (absence de) réglementation et avance 24 thèses, qui n'ont pour seule prétention que d'ouvrir la discussion en vue d'une amélioration et clarification de la réglementation sur les restructurations d'assainissement.

Il convient de préciser d'emblée que l'assainissement auquel se réfère la loi sur la fusion et le présent article est avant tout une notion juridique: il s'agit de faire échapper une société aux états de fait de la perte en capital qualifiée³ et du surendettement⁴ et non la faire (re)venir à la rentabilité.

Afin d'alléger notre texte, notre analyse sera essentiellement concentrée sur les sociétés anonymes, ce qui nous permet de tenir compte des opérations de restructuration les plus fréquentes. Les raisonnements peuvent cependant, *mutatis mutandis*, être étendus aux autres formes de société qui ont un capital⁵ et surtout aux sociétés à responsabilité limitée.

¹ Voir en particulier Les art. 3 ss LFus pour la fusion, 29 ss LFus pour la scission, 53 ss pour la transformation et 69 ss pour le transfert de patrimoine.

² Notamment la réévaluation (art. 670 CO), réduction déclarative du capital (art. 735 CO), réduction « harmonica » (art. 732 al. 1 CO).

³ Pour les SA, art. 725 al. 1^{er} CO, applicable par renvoi aux SARL (art. 820 CO) et aux SCPA (art. 764 al. 2 CO). Pour les sociétés coopératives, voir art. 903 al. 3 CO, qui se distingue de l'art. 725 al. 1^{er} CO par l'absence de référence à la réserve légale générale.

⁴ Pour les SA, art. 725 al. 2 CO, applicable par renvoi aux SARL (art. 820) et aux SCPA (art. 764 al. 2 CO). Pour les sociétés coopératives, voir art. 903 al. 2 CO.

⁵ SARL, SCPA et Coopérative.

II. Les fusions d'assainissement

La loi sur la fusion régit explicitement les fusions d'assainissement à son article 6, al. 1^{er}, en disposant qu'« une société dont la moitié de la somme du capital-actions ou du capital social et des réserves légales n'est plus couverte, ou qui est surendettée, ne peut fusionner avec une autre société que si cette dernière dispose de fonds propres librement disponibles équivalant au montant du découvert et, le cas échéant, du surendettement ». Elle ajoute encore que « cette exigence ne s'applique pas dans la mesure où des créanciers des sociétés participant à la fusion acceptent que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances ». Le respect de ces conditions est vérifié par le préposé au registre du commerce: l'al. 2 de l'art. 6 LFus prévoit en effet que « l'organe supérieur de direction ou d'administration doit présenter à l'office du registre du commerce une attestation d'un expert-réviseur agréé selon laquelle la condition fixée à l'al. 1^{er} est remplie ».

Ainsi, alors que pour les fusions qui ne sont pas des fusions d'assainissement la loi sur la fusion se contente d'une sauvegarde *a posteriori* des intérêts des créanciers de sociétés fusionnantes⁷, l'art. 6 LFus instaure – toujours en vue de la protection des créanciers – un mécanisme d'autorisation préalable des fusions d'assainissement. Cette protection *a priori* ne remplace d'ailleurs pas celle qui intervient postérieurement à la fusion⁸: le mécanisme institué par l'art. 6 s'ajoute à la procédure prévue par l'art. 25 LFus.

Implicitement, l'art. 6 LFus se rattache aux mêmes « seuils » que ceux régis par l'art. 725 CO, lesquels déclenchent l'obligation des organes de sociétés anonymes de prendre des mesures d'assainissement et de déposer le bilan de la société^{9/10}. L'art. 6 LFus concerne en effet des fusions impliquant deux sortes de

⁶ Il s'agit en réalité de conditions alternatives.

⁷ Voir art. 25 LFus. Voir notamment aussi, MARKUS AFFENTRANGER, Stämpflis Handkommentar, FusG 25, N 3, ALBRECHT, Zürcher Kommentar zum FusG, Zürich 2004, Art. 25 N 3, AMSTUTZ, MABILLARD, Fusionengesetz (FusG) Kommentar, art. 25 N 4, BAUEN, BERNET, Schweizer Aktiengesellschaft, § 806, MEIER-HAYOZ, Forstmoser, Gesellschaftsrechts 10. A., 25 N 53, Comm LFus – TRIGO TRINDADE, art. 25, N 7.

⁸ Message concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, FF 2000 3995, p. 4053. Voir aussi MARKUS AFFENTRANGER, Stämpflis Handkommentar, FusG 25, N 3, ALBRECHT, Zürcher Kommentar zum FusG, Zürich 2004, Art. 25 N 1, AMSTUTZ, MABILLARD, Fusionengesetz (FusG) Kommentar, art. 6 N 1, AMSTUTZ, MABILLARD, Fusionengesetz (FusG) Kommentar, art. 25 N 1, MARTIN FREY, Stämpflis Handkommentar, FusG 6, N 3, BSK FusG – MEINHARDT, Art. 6 N 2 et 30, Comm LFus – TRIGO TRINDADE, art. 6, n° 6 et art. 25 N 8, BSK FusG – TRUFFER, Art. 25 N 6.

⁹ Les seuils de l'art. 725 CO sont également applicables pour les SCPA et les SARL; pour les sociétés coopératives, le seuil de la perte en capital qualifiée prévu par l'art. 6 LFus se distingue du seuil prévu par l'art. 903 al. 3 CO. Voir notamment à ce sujet ALBRECHT, Zürcher Kommentar zum

sociétés en difficulté: les sociétés *surendettées* (situation régie, pour la société anonyme, par l'art. 725, al. 2, CO) et les sociétés en situation de *perte de capital qualifiée* (situation visée, pour les sociétés anonymes, par l'art. 725, al. 1^{er}, CO), étant entendu que pour que l'art. 6 LFus soit applicable il est nécessaire, mais il suffit, qu'une seule société surendettée ou en situation de perte en capital qualifiée participe à la fusion¹¹. Lorsqu'aucune société fusionnante ne réalise l'une ou l'autre de ces conditions, l'art. 6 LFus est inapplicable, ce qui signifie en particulier que cette disposition ne pose aucune restriction à la fusion de deux ou plusieurs sociétés ayant subi des pertes « simples » (*i. e.* inférieures à la moitié de la somme de leur capital et réserve légale respectifs)¹².

Il est indifférent, au regard de l'art. 6 LFus, que la société en difficulté soit reprise par une société saine ou que l'opération se fasse en sens inverse (reprise de la société saine par la société en difficulté)¹³.

Le mécanisme prévu par l'art. 6 LFus consiste à comparer le montant des pertes dépassant la moitié du capital et de la réserve légale de la société en difficulté aux postes de comparaison que sont les *fonds propres librement disponibles*, d'une part, ou les *créances postposées*, d'autre part, étant précisé que lorsque les postes de comparaison ont une valeur plus importante que celle desdites pertes, la fusion est admissible¹⁴. La comparaison imposée par le législateur s'explique sans doute par le fait que celui-ci croyait (à tort) que les postes de comparaison – qui sont à la disposition des actionnaires (pour les fonds propres librement disponibles) ou ont fait l'objet d'un consentement particulier des créanciers concernés (pour les créances postposées) – peuvent « compenser » ou « absorber » lesdites pertes¹⁵.

FusG, Zürich 2004, Art. 6 N 10 s, AMSTUTZ, MABILLARD, Fusionsgesetz (FusG) Kommentar, art. 6 N 7, LUCA DALLA TORRE, Die Sanierungsfusion – eine rechtliche und ökonomische Analyse, Stämpfli, 2007, p. 16 s, BSK FusG – Meinhardt, Art. 6 N 12, Comm LFus – TRIGO TRINDE, art. 6, n° 11.

¹⁰ Le projet de révision du droit de la société anonyme introduit l'insolvabilité dans les seuils d'alerte à l'article 725a P-CO. Mais l'art. 6 LFus n'a pas été modifié en ce sens; cf. thèse en préparation de Marc Buecher.

¹¹ DALLA TORRE, Die Sanierungsfusion – eine rechtliche und ökonomische Analyse, Stämpfli, 2007, p. 7, BSK FusG – MEINHARDT, Art. 6 N 13.

¹² BUECHER « L'article 6 LFus et la révision du droit de la société anonyme. In Economie, environnement, éthique: de la responsabilité sociale et sociétale: Liber amicorum Anne Petitpierre-Sauvain », Schulthess, p. 85.

¹³ Message, FF 2000 3995, p. 4054, ALBRECHT, Zürcher Kommentar zum FusG, Zürich 2004, Art. 6 N 18, FREY, Stämpfli's Handkommentar, FusG 6, N 6, GLANZMANN, Umstrukturierungen, Stämpfli, n. 215, BSK FusG – MEINHARDT, Art. 6 N 6, Comm LFus – TRIGO TRINDE, art. 6, N 8.

¹⁴ ALBRECHT, Zürcher Kommentar zum FusG, Zürich 2004, Art. 25 N 15.

¹⁵ Comm LFus – TRIGO TRINDE, art. 6, n° 26.

Le premier poste auquel il convient de comparer les pertes dépassant la moitié du capital et de la réserve légale est celui des fonds libres disponibles d'une ou de plusieurs autres sociétés fusionnantes (cas échéant, en additionnant lesdits fonds libres disponibles). La notion de fonds propres librement disponibles a été reprise de l'art. 659 al. 1^{er} CO¹⁶ et il est plus aisé de la définir négativement. Entrent en effet dans les fonds propres librement disponibles, tous les fonds propres de la société qui ne sont pas liés. Ces derniers sont constitués du capital, des réserves légales spéciales (réserve pour actions propres¹⁷ et réserve de réévaluation¹⁸) et de la réserve légale générale dans la mesure où elle ne dépasse pas la moitié du capital¹⁹. A cet égard, il y a lieu de préciser que, bien qu'il soit incontesté qu'un agio rentre dans la réserve légale générale²⁰, une partie de la doctrine est d'avis que l'agio est toujours lié, même lorsque la réserve légale générale dépasse la moitié du capital actions²¹.

Alternativement, l'art. 6 LFus permet de comparer lesdites pertes à des créances qui ont été postposées dans la société en difficulté ou dans n'importe quelle autre société fusionnante. La notion de créances postposées a été importée, elle aussi, du droit de la société anonyme²² (après avoir été développée par la pratique) où elle fait référence aux « créanciers de la société [qui] acceptent que [lors de la faillite] leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société » et qui, pour le cas du surendettement de la société, lui consentent un sursis à l'exigibilité de leurs créances afin d'éviter sa faillite²³. Pour les besoins de l'art. 6 LFus, il est possible d'ajouter les créances postposées d'une société à celles d'une autre société²⁴.

¹⁶ DALLA TORRE, Die Sanierungsfusion – eine rechtliche und ökonomische Analyse, Stämpfli, 2007, p. 65 s, FREY, Stämpfli's Handkommentar, FusG 6, N 4, BSK FusG – Meinhardt, Art. 6 N 17, Comm LFus – TRIGO TRINDE, art. 6, n° 21.

¹⁷ Art. 659 a al. 2 et 671 a CO.

¹⁸ Art. 670 al. 1^{er} et 671 b CO.

¹⁹ Art. 671 al. 3 CO.

²⁰ Voir art. 671 al. 2 ch. 1 CO.

²¹ Selon NEUHAUS/SCHÖNBÄCHLER, l'agio peut être distribué dans la mesure où la réserve légale dépasse la moitié du capital-actions, BaK-NEUHAUS/SCHÖNBÄCHLER, N 31 ss. *Contra*: BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, Schulthess, 2009, § 12 -527 qui considère que l'agio est intégralement lié. Le projet prévoit que l'agio entre dans la réserve issue du capital (P-CO 671 al. 1 ch. 1), cette dernière ne pouvant être utilisée que pour la couverture des pertes (P-CO 671 al. 2 ch. 1).

²² CO 725 al. 2 CO.

²³ Pour plus d'informations sur la postposition de créances, voir notamment GLANZMANN: Rangrücktritt oder Nachrangvereinbarung, in GesKR 1/2007, 6 – 23 + BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, Schulthess, 2009, § 13 -792 ss.

²⁴ AMSTUTZ, MABILLARD, Fusionsgesetz (FusG) Kommentar, art. 6 N 19, DALLA TORRE, Die Sanierungsfusion – eine rechtliche und ökonomische Analyse, Stämpfli, 2007, p. 91, BSK FusG – MEINHARDT, Art. 6 N 18, Comm LFus – TRIGO TRINDE, art. 6, n° 43.

Dans la logique de cette disposition, enfin, rien ne s'oppose à ce que l'on additionne deux postes aussi différents que des fonds libres disponibles (provenant d'une société fusionnante saine) et des créances postposées figurant au bilan de sociétés en difficultés ou même de sociétés saines pour les comparer aux dites pertes de la société en difficulté²⁵.

A. Fusions avec une société en perte de capital

Nous montrerons ci-après, au moyen de différents exemples chiffrés, que, pour les sociétés en perte de capital qualifiée, les comparaisons qu'impose l'art. 6 de la loi sur la fusion ne font guère de sens. A cet effet, nous comparerons une fusion à laquelle participe une société avec une perte en capital simple qui échappe à l'art. 6 LFus (ci-dessous 1) à des fusions impliquant une société en perte de capital qualifiée (chiffres suivants).

1. Reprise d'une société avec perte en capital simple par une société saine

Soit une société A SA, dont le capital s'élève à CHF 1'000'000.-, divisé en 100'000 actions de CHF 10.-, et dont la valeur réelle – établie par un expert au moyen des méthodes applicables dans le domaine considéré²⁶ – est de CHF 10'000'000.- (i.e. la valeur réelle de chacune de ses actions est de CHF 100.-). Son bilan se présente comme suit:

	Bilan A SA (KCHF)		
actifs	20'000	19'000	fonds tiers
		1'000	capital
pertes	0	0	réserves
total	20'000	20'000	total

Selon la loi sur la fusion, la reprise, par voie de fusion, d'une société B. SA, au capital de CHF 1'200'000, divisé en 80'000 actions de CHF 15.-, dont la valeur

²⁵ DALLA TORRE, Die Sanierungsfusion – eine rechtliche und ökonomische Analyse, Stämpfli, 2007, p. 87.

²⁶ Concernant les différentes méthodes d'évaluation qui peuvent être appliquées pour établir la valeur d'une société dans le cadre de la LFus, voir notamment AMSTUTZ, MABILLARD, Fusionengesetz, art. 7 11 ss, BURCKHARDT, Zürcher Kommentar zum FusG, Zürich 2004, Art. 25 N 3, KESSLER, DIETRICH, BERLINGER, Das Fusionengesetz, Zürich 2004, pp. 8 ss, Fusionengesetz (FusG) Kommentar, GLANZMANN, art. 7 N 12, GLANZMANN, Umstrukturierungen, Stämpfli, n. 193 ss, BSK FusG – TSCHÄNI/PAPA, Art. 7 N 185, Stämpfli Handkommentar, FusG 7, N 10, Comm LFus – TRIGO TRINDADE, art. 7, n° 81 s.

réelle est de CHF 2'000'000.- (soit de CHF 25.- par action) et dont le bilan est reproduit ci-après, ne pose pas de problème.

	Bilan B SA (KCHF)		
actifs	35'000	34'000	fonds tiers
		1'200	capital
pertes	200	0	réserves
total	35'000	35'000	total

En effet, les pertes (CHF 200'000.-) sont inférieures à la moitié du capital et de la réserve légale de la société (CHF 600'000.-): la société est hors du champ d'application de l'art. 725 al. 1^{er} CO et également hors du champ d'application de l'art. 6 LFus.

Dans une telle fusion, le rapport d'échange²⁷, qui résulte du rapport entre la valeur d'une action B (CHF 25.-) et la valeur d'une action A (CHF 100.-), est de 0,25, de telle sorte qu'il faut 4 actions B pour avoir droit à une action A. En conséquence, pour remettre suffisamment d'actions A à tous les actionnaires de la société B, il convient d'émettre 80'000 (c'est le nombre d'actions B) x 0,25 actions A, soit 20'000 actions. Dès lors que chaque action A a une valeur nominale de CHF 10.-, il convient donc d'émettre du nouveau capital A à hauteur de CHF 200'000.-. Le bilan *post-fusion* de la société A se présente par conséquent comme suit:

	Bilan A SA (KCHF)		
actifs	55'000 (= 20'000 + 35'000)	53'000 (= 19'000 + 34'000)	fonds tiers
		1'200 (= 1'000 + 200)	capital
		800	agio de fusion (->réserve légale)
pertes	0	0	réserves
total	55'000	55'000	total

La valeur de la société issue de la fusion correspond à la somme des valeurs des sociétés A et B et est de CHF 12'000'000.-.

²⁷ Concernant le rapport d'échange, voir notamment art. 7 LFus et note précédente.

2. Reprise d'une société avec perte en capital qualifiée par une société saine

a. « Compensation » avec les fonds libres disponibles

La loi sur la fusion, en revanche, s'oppose à la reprise, par voie de fusion, de la société B* SA par la société A SA (du précédent exemple), lorsque la première dispose d'un capital-actions de CHF 2'400'000.-, divisé en 80'000 actions de 30.-, que la valeur de la société est de CHF 2'000'000.- (soit, ici encore, CHF 25.- par action) et que son bilan se présente comme suit:

	Bilan B* SA (KCHF)		
actifs	35'000	34'000	fonds tiers
		2'400	capital
pertes	1'400	0	réserves
total	35'000	35'000	total

Il s'avère en effet qu'une telle fusion s'inscrit dans le cadre de l'art. 6 LFus, puisque B* SA, dont les pertes de CHF 1'400'000 sont supérieures à la moitié de son capital (CHF 1'200'000.-), est une société en perte de capital qualifiée (cf. l'art. 725 al. 1^{er} CO et l'art. 6 al. 1^{er} LFus). Or, comme A SA ne dispose pas de fonds propres librement disponibles (elle ne dispose d'aucune réserve), qui serait à même de « compenser » la perte de CHF 1'400'000.-, la fusion n'est pas admise.

Cela est choquant: en effet, tant le rapport d'échange, que le montant de l'augmentation du capital requise pour effectuer une telle fusion et, enfin, que le bilan après fusion des sociétés A SA et B* SA seraient identiques – si la fusion était admise – à ceux de la fusion entre A SA et B SA décrite ci-dessus. En effet, le rapport d'échange, qui se calculerait ici encore sur la base de la valeur d'une action B* (CHF 25.-) et de la valeur d'une action A (CHF 100.-), serait encore de 0,25. En effet, que la valeur des actions A et B, respectivement de A et B* ne dépend pas de la structure des fonds propres de la société concernée, soit de la manière dont lesdits fonds propres se répartissent en capital, (réserves) ou pertes. Par conséquent, ici comme précédemment, il faudrait 4 actions B* pour avoir droit à une action A et, partant, il conviendrait d'émettre 20'000 actions de valeur nominale de CHF 10.-, soit CHF 200'000.- de nouveau capital A pour effectuer la fusion. Sans surprise, le bilan *post-fusion* de la société A se présenterait comme suit:

	Bilan A SA (KCHF)		
actifs	55'000 (= 20'000 + 35'000)	53'000 (= 19'000 + 34'000)	fonds tiers
		1'200 (= 1'000 + 200)	capital
		800	agio de fusion (->réserve légale)
pertes	0	0	réserves
total	55'000	55'000	total

Ici encore, la valeur de la société issue de la fusion serait de CHF 12'000'000.-.

On constate ainsi que l'exigence des fonds propres librement disponibles à hauteur des pertes dépassant la moitié du capital et de la réserve légale prévue par l'art. 6 LFus empêche une fusion qui ne présenterait aucun risque particulier pour les créanciers (comme le montre clairement le bilan *post-fusion* ci-dessus), et traite de manière différente deux situations, qui, au final, sont identiques.

b. Un curieux paradoxe

Imaginons que B* SA doive être reprise, par voie de fusion, par la société A* SA, au capital de CHF 500'000.-, divisé en 100'000 actions de CHF 5.-. La valeur de A* SA, comme celle de A SA, est de CHF 10'000'000.- et la valeur de chacune de ses actions est, par conséquent, de CHF 100.-. Son bilan est le suivant:

	Bilan A* SA (KCHF)		
actifs	20'000	19'000	fonds tiers
		500	capital
		250	réserve légale
pertes	0	250	ben. reporté
total	20'000	20'000	total

On constate, au regard de ce bilan, que – dès lors que la réserve légale est inférieure à la moitié du capital-actions (CHF 250'000.-) et donc liée²⁸ – A* SA dispose de CHF 250'000 de fonds libres disponibles, soit d'un montant suffisant pour compenser les CHF 200'000.- de pertes dépassant la moitié du capital-actions et des réserves de la société B* SA.

²⁸ Concernant les fonds propres liés, voir ci-dessus ad notes 16 à 21.

Après la fusion, la valeur de A* SA est de CHF 12'000'000.-, comme dans les deux cas précédents. Le rapport d'échange est identique à celui de la fusion entre A SA et B SA (CHF 25.-/CHF 100.- = 0,25). L'augmentation du capital requise est cependant moins importante: en effet, s'il s'agit toujours de remettre $0,25 \times 80'000$ actions A aux actionnaires de B* SA, il faut noter que les actions A* n'ont qu'une valeur nominale de CHF 5.-; il suffit donc d'augmenter le capital de A* SA de CHF 100'000.- ($20'000 \times \text{CHF } 5.-$). Au final, le bilan après la fusion entre A* SA et B* SA, se présentera comme suit:

	Bilan A* SA (KCHF)		
actifs	55'000 (= 20'000 + 35'000)	53'000 (= 19'000 + 34'000)	fonds tiers
		600 (= 500 + 100)	capital
		250	réserve légale
		900	agio de fusion (->réserve légale)
pertes	0	250	bén. reporté
total	55'000	55'000	total

Ainsi, même si l'on suit l'opinion de doctrine la plus restrictive selon laquelle l'agio de fusion ne peut en aucun cas être distribué aux actionnaires²⁹, on observe qu'après la fusion A* SA – B* SA, A* SA continue à disposer de CHF 250'000.- qu'elle peut librement verser à ses actionnaires sous la forme de dividende ou utiliser pour effectuer un rachat d'actions propres³⁰ (le montant disponible est de CHF 1'050'000.- si l'on suit la doctrine, actuellement prédominante, selon laquelle l'agio, qui rentre dans la réserve légale générale, est librement disponible dans la mesure où la réserve légale générale dépasse la moitié du capital-actions³¹). Or, si la fusion entre la société A SA et la société B* SA³² avait été auto-

risée, les montants à disposition se seraient élevés à CHF 0.- selon la doctrine restrictive³³, respectivement à CHF 200'000.-³⁴ selon la doctrine plus libérale.

Cet exemple montre l'absurdité d'une réglementation qui se veut protectrice des créanciers et qui, au final, est plus défavorable pour ces derniers.

c. L'assainissement préalable de la société et l'absence de logique du système

Il est vrai que la société B* SA peut échapper à sa situation de société en perte de capital qualifiée qui déclenche la soumission à l'art. 6 LFus et à l'empêchement de fusionner avec la société A SA, en procédant préalablement à une réduction déclarative du capital³⁵. L'utilisation de cette possibilité, qui ne concerne évidemment que les sociétés dont le capital dépasse le minimum légal, ne nous paraît guère satisfaisante. On ne voit pas, en effet, quel peut être l'intérêt d'une société qui va disparaître à se soumettre à une opération de chirurgie esthétique qui n'améliore en rien sa situation financière, mais qui entraîne des coûts pour ladite société.

On peut d'ailleurs observer dans ce contexte qu'on ne comprend pas les valeurs qui sous-tendent la règle de l'art. 6 LFus. D'un côté, on permet en effet à une société présentant une perte qualifiée de capital au bilan de réduire son capital de manière déclarative au moyen de la procédure « allégée » de réduction du capital³⁶, une procédure qui, on le sait, renonce à tout appel aux créanciers. D'un autre côté, on empêche purement et simplement la même société de procéder à une fusion d'assainissement – qui serait, elle, suivie d'un appel aux créanciers³⁷ – parce que l'autre société participant à la fusion ne dispose pas de fonds propres librement disponibles suffisants.

Plus généralement, le mécanisme consistant à empêcher une fusion en se fondant sur la seule situation précédant l'assainissement sans aucunement s'intéresser au résultat produit par ladite opération, va à l'encontre de la logique

²⁹ Voir à ce sujet ci-dessus ad note 21.

³⁰ Selon cette conception défendue par Böckli (cf. réf. note 29), l'agio de fusion entre pour le tout dans les fonds propres liés. Dès lors que, par ailleurs, le bénéfice reporté s'élève à CHF 250'000.-, les fonds propres librement disponibles (utilisables pour la distribution de dividende ou le rachat d'actions) correspondent à ce montant.

³¹ Font partie des fonds propres librement disponibles selon cette conception, défendue notamment par Neuhaus (cf. réf. note 21), la partie de la réserve légale qui dépasse la moitié du capital + le bénéfice reporté: [(KCHF 200.- (poste « réserve légale ») + KCHF 900.- (poste « agio de fusion » -> réserve légale)) - KCHF 300.- (capital/2)] + les autres réserves (KCHF 300.-) = KCHF 1'100.-.

³² Voir ch. 2a ci-dessus.

³³ Selon cette conception (voir nbp. 30 ci-dessus), l'agio de fusion entre pour le tout dans les fonds propres liés. Dès lors que, par ailleurs, les réserves de la société sont nulles, les fonds propres librement disponibles (utilisables pour la distribution de dividende ou le rachat d'actions) sont nuls.

³⁴ Soit la partie de la réserve légale qui dépasse la moitié du capital + le bénéfice reporté: [KCHF 800.- (« agio de fusion » -> réserve légale) - KCHF 600.- (capital/2)] + le bénéfice reporté (KCHF 0.-) = KCHF 200.-.

³⁵ Art. 735 CO.

³⁶ Art. 735 CO, également applicable à la SARL, la SCPA et la société coopérative.

³⁷ Art. 25 al. 2 LFus.

habituelle en droit des sociétés où l'on juge de la licéité des mesures d'assainissement en tenant compte de leurs résultat.

d. « Compensation » avec les créances postposées

Au niveau du concept même, l'acceptation par le législateur de l'idée que des pertes en capital, qui normalement sont à la charge des actionnaires, puissent être « compensés » avec des créances postposées paraît bizarre. Il n'est cependant pas nécessaire de trop chercher à comprendre les raisons qui ont pu inciter le législateur à imaginer que les créanciers puissent supporter les pertes des actionnaires. En effet, la postposition de créances pour permettre une fusion avec une société en perte de capital qualifiée n'est qu'un exercice de style qui peut être immédiatement arrêté une fois intervenue la fusion³⁸.

Supposons que dans la fusion entre A SA et B* SA, décrite ci-dessus sous 2a, un créancier ait consenti à postposer sa créance à hauteur de CHF 200'000.-. Dans ce cas, la fusion serait possible au regard du texte de l'art. 6 LFus, ce qui est heureux, car, comme on l'a vu précédemment, la société issue de la fusion ne présente pas de perte en capital ou de surendettement³⁹. Dans une telle situation, la postposition de créances n'est évidemment pas nécessaire et le Tribunal fédéral, qui a souligné le lien entre le surendettement et la postposition, a confirmé, dans un arrêt qui ne concernait pas la loi sur la fusion, que la loi ne s'oppose pas à ce que les parties (i. e. la société fusionnante et le créancier) lèvent la postposition dès qu'il n'y a plus (ou pas) de surendettement⁴⁰.

3. Reprise d'une société saine par une société en perte de capital qualifiée

Comparons la reprise (non admise par l'art. 6 LFus) de A SA par B* SA⁴¹ avec la reprise (admise par l'art. 6 LFus) de A* SA par cette même société⁴².

³⁸ BUECHER, Marc. « L'article 6 LFus et la révision du droit de la société anonyme. In Economie, environnement, éthique: de la responsabilité sociale et sociétale: Liber amicorum Anne Petit-pierre-Sauvain », Schulthess, p. 83. Voir aussi déjà en ce sens, TRIGO TRINDADE/ GRIESSEN-COTTI, FusG, Echo aus der Praxis, in GesKR 2007, 144, 151.

³⁹ Voir le bilan A SA après fusion ci-dessus p. 115.

⁴⁰ ATF 4C.47/2003 du 2 juillet 2003.

⁴¹ Pour la situation financière de ces sociétés, voir le ch. 2a ci-dessus; la fusion envisagée est la fusion « inverse » de celle décrite sous 2a puisque la société reprenante sous 2a prend ici le rôle de société transférante.

⁴² Pour la situation financière de ces sociétés, voir le ch. 2b ci-dessus; il s'agit ici aussi de la fusion « inverse » de celle décrite sous 2b.

Dans les deux cas, la valeur de la société après fusion serait de CHF 12'000'000.- et le rapport d'échange de 4 actions A, respectivement A*, pour une action B (soit la fraction CHF 100.-/CHF 25.-). Il faudrait donc 400'000 nouvelles actions B* SA pour désintéresser les actionnaires de A SA ou de A* SA ce qui représenterait une augmentation du capital de CHF 10'000'000.- (CHF 25 × 400'000). Comme précédemment, la structure des fonds propres de la société reprise est sans incidence sur le rapport d'échange, et, partant, sur l'augmentation du capital de la société reprenante. Dès lors, le bilan après fusion se présenterait comme suit:

	Bilan B* SA (KCHF)		
actifs	55'000 (= 35'000 +20'000)	53'000 (= 34'000 + 19'000)	fonds tiers
		12'400 (=2'400 + 10'000)	capital
perte de fusion	9'000		
pertes	1'400	0	réserves
total	65'400	65'400	total

Les autorités du registre du commerce empêcheraient déjà la reprise de A SA par B* SA en raison des exigences prévues par l'art. 6 LFus. Elles s'opposeraient également à l'inscription de la fusion B*SA – A* SA, mais pour d'autres motifs. En effet, la perte de fusion implique, en apparence, que le nouveau capital de la société n'est pas entièrement libéré.

Or, la perte de fusion pourrait être évitée – aussi bien pour la fusion B*SA – A SA que pour la fusion B*SA – A* SA qui aboutissent à des résultats identiques et devraient dès lors être traitées de la même manière – si le RC n'insistait pas sur une reprise aux valeurs comptables. L'utilisation des valeurs comptables peut sans doute présenter des avantages fiscaux (dont l'étude dépasserait largement le cadre de la présente contribution), mais elle ne s'impose pas dès lors qu'il y a acquisition et que, d'ordinaire, celle-ci justifie une réévaluation et/ou l'inscription d'un *goodwill*⁴³. Rolf Watter a suggéré qu'en l'état du droit déjà, il était possible de contourner l'exigence de reprise aux valeurs comptables par une cession des actifs à la société reprenante préalablement à la fusion, le paiement s'effectuant par confusion au moment de la fusion⁴⁴.

⁴³ Dans le même sens, MÜLLER, Sanierungsfusion und Rechnungslegung, not. p. 242.

⁴⁴ Intervention lors du colloque.

Les observations faites précédemment sur la « compensation » des pertes dépassant la moitié du capital et de la réserve légale avec des créances postposées⁴⁵ valent *mutatis mutandis* dans ce contexte.

4. Conclusion intermédiaire

Il résulte de ce qui précède qu'en cas de fusion impliquant une société en perte de capital qualifiée, l'exigence des fonds propres librement disponibles ou celle des créances postposées à hauteur des pertes dépassant la moitié du capital et de la réserve légale, est au mieux inutile, au pire contreproductive. Elle conduit à empêcher des fusions sans que cela ne soit justifié par l'intérêt poursuivi par le législateur (*i. e.* la protection des créanciers) et à traiter de manière différente des situations somme toute identiques. En conséquence, et c'est là notre 1^{ère} thèse, **de lege lata déjà, il y a lieu de faire abstraction de l'exigence des fonds propres librement disponibles ou de celle des créances postposées à hauteur des pertes dépassant la moitié du capital et de la réserve légale.**

Certains préposés au registre du commerce nous ont confirmé qu'il leur semblait impossible de s'écarter du texte clair d'une loi récente. Il n'est guère vraisemblable que cette question fasse l'objet d'une décision judiciaire au plus haut niveau – qui lèverait sans doute les réticences des autorités d'application de la loi sur la fusion: les coûts et le retard engendrés par une procédure judiciaire étant de nature à dissuader les sociétés fusionnantes de prouver qu'elles ont bien raison. Aussi une intervention du législateur, qui viendrait confirmer que les sociétés en situation de perte en capital qualifiée doivent être exclues du champ d'application de l'art. 6 LFus nous semble-t-elle souhaitable.

A ce stade, on pourrait se demander s'il y a lieu de remplacer l'art. 6 LFus par une autre réglementation, qui serait exclusivement applicable aux sociétés en situation de perte de capital qualifiée. Les exemples développés ci-dessus ne font pas apparaître, à notre sens, de besoin particulier d'intervention législative. Cela est d'emblée évident dans tous les cas où la fusion conduit à une société au bilan sain. Pour les fusions illustrées sous ch. 3, et sous réserve d'une clarification des règles comptables tendant à confirmer que la fusion peut donner lieu à une réévaluation des actifs transférés et l'inscription d'un *goodwill* de fusion, il nous semble que les règles ordinaires de la LFus sur la protection des créanciers, auxquelles viennent s'ajouter les règles du CO sur la protection du capital suffisent amplement.

⁴⁵ Voir supra II, A, 2, d.

B. Fusions avec une société surendettée

Les fusions impliquant une société surendettée soulèvent notamment de délicates questions en relation avec le rapport d'échange (indépendamment d'ailleurs du rôle – de société transférante ou reprenante – joué par la société surendettée)⁴⁶. Ces difficultés sont causées, entre autres, par l'impossibilité de libérer une augmentation de capital d'une société saine fusionnant avec une société surendettée au moyen de l'excédent passif de cette dernière⁴⁷. Faute de place, nous ne développerons pas davantage ces éléments ici.

1. L'exigence de la postposition des créances

a. Fusion aboutissant à une société surendettée

Lors de toute fusion, indépendamment de son sens, les actifs et les fonds de tiers des sociétés fusionnantes s'additionnent. Dès lors, lorsqu'une société fusionnante présente un excédent passif et que l'autre société fusionnante dispose d'un actif net supérieur au surendettement, ledit actif net couvrira l'excédent passif et fera disparaître le surendettement. En d'autres termes, la société issue d'une fusion impliquant une société surendettée est seulement une société surendettée lorsque l'actif net de l'autre société fusionnante (ou des autres, s'il y en a plusieurs) ne couvre pas le surendettement⁴⁸.

Selon notre 2^{ème} thèse, **il n'est pas désirable qu'une fusion qui se prétend « d'assainissement » conduise à une société surendettée (ou même à une société au bord du surendettement). Mieux: il est à notre sens souhaitable que la société issue de la fusion ne soit plus en situation de perte en capital qualifiée.**

⁴⁶ Voir notamment à ce sujet TRIGO TRINDADE, La fin des actionnaires fantômes: exclusion d'actionnaires lors d'assainissements, in: Droit des sociétés: Mélanges en l'honneur de Roland Ruedin. – Bâle, 2006. – pp. 307-320.

⁴⁷ Cette impossibilité découle de l'art. 624 CO qui statue l'impossibilité de prévoir un prix d'émission des actions en dessous du pair.

⁴⁸ Le patrimoine de la société X est composé d'un actif social de CHF 500'000.- et de fonds étrangers pour CHF 300'000.-. Son actif net est donc de CHF 200'000.-. Si la société X fusionne avec la société Y dont le patrimoine présente un actif social de CHF 600'000.- et des fonds étrangers pour CHF 900'000.-, soit un excédent de passif de CHF 300'000.-, la société résultante sera surendettée. En effet, la somme des actifs sociaux des sociétés X et Y est de CHF 1'100'000.- et celle de leurs fonds étrangers est de 1'200'000.- soit un excédent de passif de CHF 100'000.-.

Cette thèse implique déjà que, contrairement à ce qui est implicitement autorisé par l'art. 6⁴⁹ et pratiqué aujourd'hui⁵⁰, il ne devrait pas être admis de fusionner deux sociétés surendettées, même si elles disposent de postpositions de créances suffisantes.

Une exception à cette règle ne devrait être tolérée et **la fusion qui aboutit à une société surendettée devrait être admise seulement si elle s'inscrit dans un processus qui aboutira, grâce à des mesures d'assainissement complémentaires décidées simultanément à la fusion, à une société qui n'est pas en situation de perte de capital qualifiée**. C'est notre 3^{ème} thèse.

b. Autres fusions impliquant une société surendettée

La possibilité de lever la postposition immédiatement après la fusion lorsque la société issue de la fusion n'est pas surendettée⁵¹ implique qu'il n'est guère utile de vérifier préalablement à la fusion qu'il y ait des *postpositions de créances* suffisantes, lorsque l'on sait que la fusion n'aboutira pas à une société surendettée.

2. L'exigence des fonds propres librement disponibles

Lorsqu'une société fusionnante présente un excédent passif et que l'autre société fusionnante dispose d'un actif net supérieur au surendettement, l'actif net de la société saine couvre l'excédent passif et fait disparaître le surendettement: en d'autres termes, il est mis à contribution pour le paiement des dettes de la société surendettée. Cette mise à contribution de l'actif net d'une société fusionnante pour garantir et/ou payer les dettes d'une société surendettée (qui n'aurait pas été en mesure de désintéresser les créanciers concernés) représente une prestation de la société (plus) saine au profit de la société surendettée. Or, en droit des sociétés de capitaux, les prestations entre sociétés sont soumises à des règles différentes selon qu'elles interviennent entre sociétés indépendantes ou d'une so-

⁴⁹ Selon le Message LFus, p. 4053 « La fusion entre deux sociétés surendettées est donc toujours exclue. ». Cette affirmation était valable pour le projet qui ne permettait pas le recours à la postposition de créance. Or, la loi permet la postposition de créances et autorise donc des sociétés surendettées à fusionner entre elles, pour autant qu'elles puissent postposer des créances pour les montants suffisants. Par exemple la société A qui a un actif social de KCHF 500, des fonds étrangers pour KCHF 600 et un capital de KCHF 100 peut fusionner avec une société dont l'actif social est de KCHF 1'000, les fonds étrangers de KCHF 1'200 et un capital de KCHF 200 à condition qu'elles arrivent à postposer des créances pour un total de KCHF 450 (soit KCHF 300 de surendettement + la moitié de la somme de leur poste capital).

⁵⁰ Le Registre du Commerce de Genève, notamment, a accepté l'inscription de telles fusions.

⁵¹ Voir ATF 4C.47/2003 du 2 juillet 2003 et ci-dessus II, A, 2, d.

ciété mère à sa filiale, d'une part, ou qu'elles sont le fait de la filiale à sa mère ou d'une société à sa société sœur, d'autre part.

a. Fusion entre sociétés indépendantes et fusions avec une filiale surendettée

Dans le droit ordinaire, face à des prestations entre *sociétés indépendantes* (qui traitent *at arm's length*) ou encore face à des prestations dites « *downstream* » d'une société mère à sa filiale, le législateur fait confiance à l'autonomie de la volonté du prestataire qui est présumé agir dans son propre intérêt et examine d'éventuels déséquilibres entre prestation et contreprestation, au seul regard de l'obligation de diligence des administrateurs de la société qui paraît trop généreuse⁵². Le concept des *fonds propres librement disponibles* y est dénué de signification.

Le fait que de telles prestations interviennent dans le cadre d'une fusion ne justifie pas, à notre sens, que l'on recoure à un concept étranger pour juger de leur admissibilité. Il y a en effet un risque que l'utilisation de ce critère en droit des restructurations pousse le juge à l'utiliser aussi dans le droit ordinaire des sociétés, ce qui conduirait à limiter, de manière excessive et sans raison valable, l'autonomie des parties et leur capacité à agir dans leur propre intérêt. D'où notre 4^{ème} thèse, qui est fondamentalement en opposition avec la règle de l'art. 6 en vigueur: **l'existence de fonds propres librement disponibles n'est pas pertinente pour juger de l'admissibilité d'une fusion entre sociétés indépendantes (dont l'une est surendettée) ou de celle d'une fusion d'une société mère avec sa filiale surendettée**. Ces fusions doivent être appréciées au regard du devoir de diligence du conseil d'administration de la société saine⁵³.

b. Fusion d'une filiale avec la société mère surendettée ou fusion entre sociétés sœurs

Le concept des fonds propres librement disponibles prend seulement son sens – il fait partie des éléments pertinents pour juger de la licéité d'une prestation sans contreprestation⁵⁴ – en présence de prestations d'une société à son actionnaire ou à un proche de ce dernier, soit en particulier en présence de prestations d'une filiale à sa mère (« *upstream* ») ou de prestations entre sociétés sœurs (« *cross-*

⁵² GLANZMANN, Umstrukturierungen, Stämpfli, n. 105.

⁵³ Voir déjà en ce sens GLANZMANN, Umstrukturierungen, Stämpfli, n. 105.

⁵⁴ Voir déjà les règles sur versement dividendes: art. 675 CO (SA) et 798 (Sàrl) et le rachat d'actions: art. 659 CO (SA) et art. 783 CO (Sàrl).

stream »)⁵⁵. A première vue, il se justifie dès lors d'examiner la licéité des prestations d'une société à sa société mère ou à une société sœur qui interviennent dans le cadre d'une fusion à l'aune de l'existence ou non de fonds propres librement disponibles à hauteur du montant de la prestation (*i. e.* du surendettement).

(i) Société saine reprenante

Lorsque la *société saine est la société reprenante*, et dès lors qu'il n'est pas admissible de libérer une éventuelle augmentation du capital au moyen de l'excédent passif apporté par la société en difficulté⁵⁶, l'exigence de l'existence, auprès de la société saine, de fonds propres librement disponibles aura tout naturellement pour conséquence que le bilan de la société issue de la fusion sera sain⁵⁷.

Ce point peut être illustré par l'exemple suivant de la fusion entre les sociétés sœurs, X SA et Y SA, filiales à 100% de Z SA. Les bilans de X SA et de Y SA se présentent comme suit:

	Bilan X SA (KCHF)		
actifs	22'000	19'000	fonds tiers
		300	capital
		150	réserve légale
pertes	0	2'550	FLD
total	22'000	22'000	total

	Bilan Y SA (KCHF)		
actifs	15'000	17'500	fonds tiers
pertes	5'000	2'500	capital
total	20'000	20'000	total

Dès lors que la fusion (qui ne serait pas admise selon le texte de l'art. 6 LFus en vigueur) ne pourrait pas donner lieu à une augmentation du capital (vu l'apport

d'un excédent passif), le bilan de X SA après la reprise de Y SA se présenterait comme suit:

	Bilan X SA (KCHF)		
actifs	37'000 (= 22'000 + 15'000)	36'500 (= 19'000 + 17'500)	fonds tiers
		300	capital
		150	réserve légale
pertes	0	50	FLD
total	37'000	37'000	total

Dans notre exemple, le surendettement de Y SA (de CHF 2'500'000.-) qui serait «épongé» grâce à la fusion et qui correspond à la prestation de X SA à Y SA est couvert par les fonds propres librement disponibles (FLD) de X SA. Cela est suffisant du point de vue de l'admissibilité de la prestation à un actionnaire ou un de ses proches selon le droit des sociétés⁵⁸ et en ligne avec nos observations ci-dessus⁵⁹, même si, en l'état et pour les motifs indiqués plus haut⁶⁰, le RC refuserait sans doute d'inscrire cette fusion en arguant de l'insuffisance des fonds propres librement disponibles de X SA.

Dans la mesure où le respect de l'exigence des fonds propres librement disponibles à hauteur de la prestation (applicable en droit des sociétés) permet d'assurer que l'on aboutisse à une société saine, il se justifie à notre sens de maintenir cette exigence en droit des fusions. Notre 5^{ème} thèse veut par conséquent que **la reprise, par voie de fusion d'une société mère ou d'une société sœur surendettées par une filiale, respectivement une société sœur, saines ne soit admissible que dans la mesure où ladite société saine dispose de fonds propres librement disponibles à hauteur du montant du surendettement**⁶¹. Notons en passant que les bilans à prendre en considération dans ce contexte sont les bilans d'exploitation des sociétés fusionnantes.

(ii) Société saine transférante

On peut se demander si l'existence, auprès de la société saine, de fonds propres librement disponibles à hauteur du surendettement⁶² doit être vérifiée indépendamment du sens de la fusion, *i. e.* même lorsque *la société saine est la société*

⁵⁵ GLANZMANN, Umstrukturierungen, Stämpfli, n. 106.

⁵⁶ L'apport de la société en difficulté est négatif, dès lors aucune contreprestation n'est due.

⁵⁷ Pour que la société saine dispose de fonds propres librement disponibles à hauteur du surendettement de la société à assainir, son actif net doit couvrir au moins un montant équivalent à la somme de son propre capital, de sa réserve légale (liée) et du surendettement de la société à assainir. Comme lors de la fusion, les actifs et les fonds de tiers des sociétés fusionnantes s'additionnent, la partie de l'actif net qui couvre le surendettement «épongera» le surendettement de la société à assainir, mais l'actif net restant sera toujours suffisant pour couvrir le capital (non augmenté) et les autres fonds liés.

⁵⁸ Voir ci-dessus note 52.

⁵⁹ Voir ci-dessus note 122.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Voir déjà en ce sens GLANZMANN, Umstrukturierungen, Stämpfli, n. 74n.

⁶² Cette exigence serait considérée insuffisante par le RC: voir ci-dessus p. 122.

transférante et, de ce fait, appelée à disparaître. Si les fonds propres librement disponibles de la société saine couvrent le surendettement de la société mère ou de la société sœur surendettée, il est certain que la société issue de la fusion ne sera pas surendettée⁶³. Cela étant, il est des cas où malgré le respect de cette exigence, la société reprenante peut rester en situation de perte en capital qualifiée après la fusion⁶⁴. Le bilan de la société issue de la fusion, lors de laquelle Y SA reprend X SA (toujours sans augmentation du capital de cette dernière), permet d'illustrer cette dernière situation:

	Bilan Y SA (KCHF)		
actifs	37'000 (= 22'000 + 15'000)	36'500 (= 19'000 + 17'500)	fonds tiers
		2'500	capital
pertes	2'000	0	FLD
total	37'000	37'000	total

Dans un tel cas, l'existence de fonds propres librement disponibles à hauteur du surendettement est insuffisante. Si l'on veut aboutir à l'assainissement de la société reprenante, il faut exiger que la société issue de la fusion ne soit plus en situation de perte de capital qualifiée (ni, *a fortiori*) de surendettement. C'est le lieu de relever que si, au plus tard au moment de la fusion, la société Y SA procédait à une réduction (déclarative) de son capital pour le porter au maximum à CHF 1'000'000.- (auquel cas les pertes s'élèveraient tout juste à CHF 500'000.-), la société issue de la fusion pourrait être considérée comme assainie.

Les fonds propres librement disponibles de la société saine transférante à hauteur du surendettement de la société en difficulté ne sont pas toujours insuffisants pour assainir la société issue de la fusion (*i. e.* la faire sortir de la situation visée par l'art. 725 al. 1^{er} CO). Supposons, qu'au lieu de fusionner avec la société Y SA, X SA (qui dispose de CHF 2'500'000.- de fonds propres librement disponibles) fusionne avec la société Y* SA, dont le bilan, comme on peut le

⁶³ Pour que la société saine dispose de fonds propres librement disponibles à hauteur du surendettement de la société à assainir, son actif net doit couvrir au moins un montant équivalent à la somme de son propre capital et du surendettement de la société à assainir. Cet actif net permettra dès lors toujours d'«éponger» le surendettement de la société à assainir.

⁶⁴ Lorsque l'actif net de la société transférante est inférieur au double des pertes de la société reprenante, la société résultante sera en perte de capital qualifiée. Exemple (où les valeurs réelles sont égales aux valeurs comptables): la société X a un excédent d'actif de CHF 750'000.- et la société Y une perte de CHF 500'000. La société Y verra son capital réduit à zéro puis augmenté à CHF 750'000 et intégrera l'actif social et les fonds étrangers de la société X. Au final la société Y restera avec une perte de CHF 500'000.- équivalant aux 2/3 de son capital. Elle sera donc en situation de perte de capital qualifié.

voir ci-après, ne se distingue de celui de Y SA que par le montant de son capital (CHF 100'000.- plutôt que CHF 2'500'000.-) et, partant, ses pertes (CHF 2'600'000.- plutôt que CHF 5'000'000.-).

	Bilan Y* SA (KCHF)		
actifs	15'000	17'500	fonds tiers
pertes	2'600	100	capital
total	17'600	17'600	total

Dans ce cas, le bilan *post-fusion* de Y* SA (qui par hypothèse ne procède pas à une augmentation du capital) se présente comme suit:

	Bilan Y* SA (KCHF)		
actifs	37'000 (= 22'000 + 15'000)	36'500 (= 19'000 + 17'500)	fonds tiers
		100	capital
		400	agio de fusion
total	37'000	37'000	total

Dans cette situation, qui se produit lorsque le capital de la société transférante est plus important que celui de la société reprenante, le capital de la société issue de la fusion est entièrement couvert et la société dispose d'un agio (qui va à la réserve légale générale⁶⁵) à hauteur de 4x le montant de ce dernier. Comme vu précédemment, certains auteurs sont d'avis que l'agio est toujours lié et ne peut être redistribué aux actionnaires; d'autres en revanche admettraient la distribution à hauteur de CHF 350'000.- (soit la partie de la réserve générale légale qui dépasse la moitié du capital)⁶⁶.

On peut se demander si, dans une configuration dans laquelle une partie des fonds nécessaires pour effectuer la prestation/fusion pourraient, selon une partie de la doctrine, être immédiatement redistribués aux actionnaires de la société reprenante, l'exigence selon laquelle la société saine (qui disparaît) doit disposer de fonds propres librement disponibles à hauteur du surendettement de la société à assainir ne va pas au-delà de son but. Il est vrai que la société saine fait une prestation à hauteur du surendettement à la société à assainir⁶⁷. Cela étant, cette société disparaît dans l'opération⁶⁸ et le montant de son capital ne servira dorénavant plus de référence pour la protection des créanciers: c'est celui de la so-

⁶⁵ Art. 671 al. 2 ch. 1.

⁶⁶ Voir au sujet de la controverse doctrinale, supra note 21.

⁶⁷ Voir ci-dessus p. 124 ad 2.

⁶⁸ Il s'agit de la société transférante.

ciété reprenante qui remplira cette fonction. Par ailleurs, le droit de la fusion prévoit – sous la forme de l'appel aux créanciers qui intervient après la fusion⁶⁹ – un mécanisme de protection des créanciers (notamment de ceux de la société transférante) qui, lors de la réduction du capital, justifie que l'on permette une distribution aux actionnaires allant au-delà de celle qui aurait été autorisée au vu des fonds propres librement disponibles dans une société donnée⁷⁰.

C'est pourquoi, il nous semble plus raisonnable d'abandonner l'exigence de fonds propres librement disponibles à hauteur du surendettement et d'exiger, **dans tous les cas de reprise d'une société saine par sa société mère ou par une société sœur surendettée que la société issue de la fusion soit à tout le moins sortie de la situation prévue par l'art. 725 al. 1^{er} CO**. C'est notre 6^{ème} thèse.

3. Conséquences pour l'art. 6 LFus

Comme on aura pu le constater, nos thèses sont pour l'essentiel en opposition avec les règles de l'art. 6 LFus relatives aux fusions impliquant (au moins) une société surendettée.

Cela étant, si à ce stade, les reproches que nous faisons ici à l'art. 6 LFus ne nous paraissent pas assez graves pour empêcher purement et simplement l'application de cette norme, nous sommes d'avis qu'ils le sont suffisamment pour demander une révision rapide d'une loi qui nous semble particulièrement peu convaincante.

A cet égard, nous sommes d'avis que (tout en réservant, bien sûr, l'application des règles de protection du capital) il est plus logique de s'orienter sur le *résultat de la fusion* plutôt que sur la situation de départ des sociétés fusionnantes. Il y aurait lieu d'exiger – indépendamment de la situation de départ des sociétés fusionnantes – que la société issue de la fusion ne soit ni en situation de perte qualifiée, ni *a fortiori* surendettée. La vérification du respect de cette exigence ne devrait guère poser de problèmes si on demandait aux organes supérieurs de direction ou d'administration des sociétés qui fusionnent de soumettre le bilan d'ouverture de la société issue de la fusion (qui n'aurait pas à être approuvé par

l'assemblée générale) auquel serait joint une attestation du réviseur de la société reprenante qui viendrait confirmer le respect de l'exigence.

III. Les scissions d'assainissement

La loi sur la fusion – qui prévoit, pour la scission, un corset strict de règles tendant à protéger les créanciers et notamment une responsabilité subsidiaire, mais solidaire et non limitée dans le temps de toutes les sociétés ayant participé à la scission⁷¹ – ne contient aucune règle sur les scissions d'assainissement. Si le Message ne se prononce pas sur l'admissibilité des scissions de sociétés en situation de perte de capital qualifié ou de surendettement, il relève que le transfert d'un excédent passif serait illicite dans le cadre d'une scission⁷², le Conseil fédéral étendant ainsi aux scissions la règle adoptée à l'art. 71 al. 2 LFus pour le transfert de patrimoine.

A notre avis, le silence de la loi sur la fusion n'impose pas une interprétation restrictive et plusieurs auteurs se sont prononcés en faveur du transfert d'un excédent de passifs⁷³ ou encore de l'admission d'une scission de société en situation de perte de capital qualifiée ou de surendettement⁷⁴. Comme nous le montrerons ci-après, l'interdiction générale de procéder à une scission d'une société en perte de capital qualifiée ou d'une société surendettée ou encore celle de transférer, par voie de scission, un excédent passif tiennent insuffisamment compte des résultats auxquels peuvent aboutir de telles scissions. C'est pourquoi, *de lege lata* déjà, **il y a lieu de permettre, en principe, les scissions impliquant une société en perte de capital qualifiée ou surendettée** (c'est là notre 7^{ème} thèse) **ainsi que le transfert d'un excédent passif** (c'est là notre 8^{ème} thèse) et de s'en tenir aux règles générales de protection du capital, qui restent applicables en cas de scission, même si la loi sur la fusion ne le prévoit pas expressément.

⁶⁹ Voir l'art. 25 LFus.

⁷⁰ Voir l'art. 9 al. 1 LFus qui pose que « la société reprenante doit augmenter son capital dans la mesure où le maintien des droits des associés de la société transférante l'exige. » Il n'y a donc pas d'exigence quant aux fonds liés de la société reprenante. Voir aussi AMSTUTZ, MABILLARD, Fusionengesetz (FusG) Kommentar, art. 9 N 4, BSK FusG – DIEM, Art. 9 N 20, Comm LFus – TRIGO TRINDADE, art. 9 N 7 ss.

⁷¹ Art. 47 LFus.

⁷² Message LFus, p. 4084. Comm LFus – BAHAR, art. 29, N 4, EPPER, Stämpfli Handkommentar, FusG 29, N 23; voir aussi en ce sens REPRAX 2004, Commentaire abrégé des dispositions d'exécution de l'ordonnance sur le registre du commerce relatives à la loi sur la fusion 11 octobre 2004, p. 53.

⁷³ AMSTUTZ, MABILLARD, Fusionengesetz (FusG) Kommentar, art. 30 N 5 VOGEL/HEIZ/BEHNISCH, FusG 29 N. 24 ss.

⁷⁴ AMSTUTZ, MABILLARD, Fusionengesetz (FusG) Kommentar, art. 30 N 5 VOGEL/HEIZ/BEHNISCH, FusG 29 N. 24 ss.

A. La situation de la société transférante

1. Différence entre séparation et division

Dans une séparation, la société transférante cède (seulement) une partie de son patrimoine et survit seule, sans être fusionnée à une autre société⁷⁵. Lors d'une division, en revanche, la société transférante cède la totalité de son patrimoine et disparaît⁷⁶.

Dans la perspective d'une scission-assainissement, cette différence a pour conséquence qu'après la scission, il n'y a plus lieu de se soucier de la situation d'une société qui a été divisée puisqu'elle n'existe plus. En revanche, il convient de veiller à ce que la société qui, lors de la séparation, a cédé une partie de son patrimoine et qui doit continuer son existence puisse le faire sur des bases saines.

2. Séparation d'un excédent d'actifs

Une société qui se sépare d'un excédent d'actifs (*i. e.* de plus d'actifs que de dettes), s'appauvrit. Elle s'appauvrit au profit de (certains de) ses associés ou plus précisément leur (re)distribue une partie de son patrimoine. Pour des motifs tenant à la protection du capital, une telle distribution ne peut prendre (dans le contexte d'une scission) que la forme d'une réduction du capital⁷⁷ ou, le cas échéant, d'un versement de dividende⁷⁸.

Si une distribution de dividende suppose toujours l'existence de fonds propres librement disponibles⁷⁹, la réduction – constitutive – du capital suppose, en premier lieu, que le capital existant soit supérieur au minimum légal⁸⁰ et qu'il ne soit pas réduit en-dessous de ce montant. Une telle réduction constitutive suppose également « que les créances [soient] entièrement couvertes par le capital-actions réduit », par quoi il faut entendre (comme le révèle notamment la comparaison avec les textes allemand et italien de l'art. 732 al. 2 CO⁸¹) « nonobstant »

le capital-actions réduit. En d'autres termes, que la réduction du capital ne doit pas conduire au surendettement de la société⁸². Par ailleurs et bien que la loi ne le dise pas expressément, il résulte à notre sens du système de la protection du capital que les actionnaires qui bénéficient d'une réduction constitutive du capital ne peuvent se voir attribuer tout ou partie des actifs qui couvrent le capital restant après réduction; la réduction constitutive ne saurait en effet conduire à une perte en capital, qu'elle soit simple ou qualifiée⁸³. Il serait en effet contradictoire que la loi mette en place des mécanismes qui ont pour objectif de veiller à ce que les associés versent à la société un montant au moins équivalent au montant du capital⁸⁴ et de les empêcher de faire des prélèvements sans contrepartie lorsque le capital et les réserves légales ne sont pas couverts⁸⁵, et qu'elle permette, sous couvert d'une réduction de capital, de priver les créanciers du substrat correspondant au capital restant après réduction. Les mêmes considérations s'opposent, à notre avis, à ce qu'une réduction constitutive du capital ait lieu lorsqu'une partie du capital de la société a déjà été entamé par des pertes, *i. e.* lorsque la société est en situation de perte en capital simple ou qualifiée⁸⁶.

Les contraintes susmentionnées n'empêchent pas toute séparation d'un excédent d'actifs lorsqu'une société a déjà subi une perte en capital (simple ou qualifiée). Selon notre 9^{ème} thèse, **une société ayant subi une perte en capital (simple ou qualifiée) est en droit de se séparer d'un excédent d'actifs si (mais seulement si), au plus tard au moment de la séparation, la société peut à la fois procéder à la réduction constitutive du capital nécessaire à la séparation et s'assainir en procédant à une réduction déclarative du capital**. Il faut donc que la société ayant subi une perte en capital dispose de suffisamment de marge dans son capital par rapport au minimum légal pour à la fois éponger ses pertes et procéder à la réduction constitutive nécessaire pour opérer la séparation.

En revanche, l'impossibilité d'opérer une réduction constitutive du capital lorsque la société est surendettée⁸⁷ empêche toute séparation d'un excédent d'actifs. Notre 10^{ème} thèse peut ainsi être formulée comme suit: **une société surendettée ne peut procéder à la séparation d'un excédent d'actifs**.

⁷⁵ Art. 29 let. b LFus.

⁷⁶ Art. 29 let. a LFus.

⁷⁷ C'est l'hypothèse envisagée par la LFus: voir l'art. 32 LFus.

⁷⁸ voir à ce sujet Comm LFus – BAHAR, art. 32 N 4, BURCKHART BERTOSSA, Zürcher Kommentar zum FusG, Zürich 2004, Art. 32 N 6.

⁷⁹ Voir art. 675 al. 2 CO applicable aussi à la SCPA et SARL. Dans la société coopérative art. 860 CO. Soit CHF 100'000.- pour la SA.

⁸⁰ Cette disposition est applicable par renvoi aux SCPA (art. 762 al. 2 CO), SARL (art. 782 al. 4 CO) et par analogie aux réductions de capital dans la société coopératives qui ne sont pas dues à la sortie des associés (voir à ce sujet Jacques-André Reymond, la coopérative, Traité de droit privé suisse. Vol. 8, Droit commercial t. 3, pp. 79 ss).

⁸² Message LFus, p. 4087, Comm LFus – BAHAR, art. 32 N 7, BSK FusG – WATTER, BÜCHI, Art. 32 N 4.

⁸³ Cela n'a pas été relevé dans les différents commentaires de la LFus.

⁸⁴ Voir les règles sur le pay-in, notamment les article 633 ss CO pour la SA et par renvoi de art. 777 c CO pour la Sarl et l'art. 762 al. 2 CO pour la SCPA.

⁸⁵ Voir les règles sur le pay-out, notamment concernant les dividendes art. 675 ss CO et rachat d'actions propres.

⁸⁶ Contra FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, 1995, § 53 N 39 qui admettent la combinaison d'une réduction déclarative et d'une réduction constitutive.

⁸⁷ Art. 732 al. 2 CO.

On peut ainsi conclure que, de fait, les conditions d'une séparation d'un excédent actif empêchent ainsi toute transaction de ce type qui n'aboutirait pas à une société transférante saine.

3. Séparation d'un excédent passif

La séparation d'un excédent passif (soit de plus de fonds de tiers que d'actifs) enrichit la société transférante. En conséquence, lors d'une telle séparation, il n'est pas nécessaire de procéder à une réduction de capital (ou un versement de dividendes).

Dès lors, du point de vue de la société transférante, la seule question qui peut se poser en relation avec un tel transfert est celle de savoir si – pour juger de l'admissibilité de la transaction – il faut exiger ou non que ledit transfert soit suffisant pour aboutir à l'assainissement de la société transférante. Nous sommes d'avis que tel doit être le cas. D'où notre 11^{ème} thèse: **lors d'une séparation impliquant le transfert d'un excédent passif, la transaction n'est admissible que si, à l'issue de l'opération, la société transférante est au moins sortie de la situation visée par l'art. 725 al. 1^{er} CO.**

B. La situation de la société reprenante

La loi sur la fusion admet, on le sait, des scissions aux fins de constitution d'une nouvelle société⁸⁸ et des scissions aux fins de reprise⁸⁹. Dans le premier cas, la part du patrimoine transféré dans le cadre de la séparation ou d'une division constituera la seule fortune de la société nouvellement créée. Dans le deuxième cas, en revanche, ledit patrimoine « fusionnera » avec celui de la société reprenante⁹⁰. On comprend ainsi aisément que les conditions d'admissibilité des scissions-assainissement soient fonction du type de scission considéré.

1. Scission aux fins de constitution d'une nouvelle société

Il est inconcevable qu'une société de capitaux ou une société coopérative commence son existence avec un excédent passif⁹¹. Dès lors, toute scission lors

de laquelle une société nouvellement constituée se verrait attribuer un excédent passif est d'emblée exclue.

C'est le lieu de relever que si la société reprenante nouvellement constituée prévoit un capital – on sait que seul le droit de la société coopérative s'accommode de l'absence de capital⁹² et que toutes les sociétés de capitaux imposent un capital minimal⁹³ – le capital prévu ou les parts sociales remises aux associés dans la société coopérative doivent être libérés. Or, compte tenu du principe de continuité du sociétariat, qui s'oppose notamment à ce que les associés de la société transférante se voient imposer des obligations supplémentaires pour accéder au sociétariat dans la société reprenante⁹⁴, cette libération doit intervenir intégralement au moment de la scission, *i. e.* au moment de la constitution de la société reprenante⁹⁵.

Il découle de ce qui précède, et c'est là notre 12^{ème} thèse, qu'une **scission (séparation ou division) aux fins de constitution d'une nouvelle société n'est admissible que si elle porte sur un transfert d'un excédent d'actifs, étant précisé que l'excédent d'actif en question doit être suffisant pour libérer le capital de la société nouvellement constituée lorsque celle-ci est une société de capitaux ou une coopérative avec capital.**

2. Scission aux fins de reprise

Techniquement, la reprise d'une partie du patrimoine de la société scindée (par voie de séparation ou de division) par une société existante correspond à la fusion de ladite partie du patrimoine avec la société reprenante⁹⁶. Cette similitude constitue à notre sens un argument supplémentaire pour ne pas admettre une interdiction de principe des scissions-assainissement. Elle justifie aussi que les thèses présentées ci-avant en relation avec la fusion s'appliquent *mutatis mutandis* aux scissions aux fins de reprise. Nous distinguerons les cas dans lesquels la scission (séparation ou division) implique le transfert d'un excédent passif, de ceux dans lesquels la scission (séparation ou division) implique le transfert d'un excédent d'actifs et vise à sauver une société reprenante surendettée.

⁸⁸ Art. 29 let. a LFus.

⁸⁹ Art. 29 let. b LFus.

⁹⁰ La proximité de la fusion a été relevée notamment par BAHAR, art. 29, N 22.

⁹¹ Art. 34 LFus.

⁹² Voir l'article 833 ch. 1 CO.

⁹³ Art. 621 CO (SA), 773 CO (SARL), 764 al. 2 et 621 CO (SCPA).

⁹⁴ Art. 31 LFus.

⁹⁵ Art. 34 et 7 LFus.

⁹⁶ Voir note 90 ci-dessus.

a. Transfert d'un excédent passif

- (i) Pas de surendettement ou de perte en capital qualifiée de la société reprenante

De la même manière qu'une fusion impliquant une société surendettée n'aboutit à une société surendettée que lorsque l'actif net de l'autre société fusionnante ne couvre pas le surendettement⁹⁷, la reprise, dans le cadre d'une séparation ou d'une division, par une société saine existante d'un excédent passif scindé n'entraîne pas nécessairement le surendettement de la société reprenante. Un tel surendettement ne se produit en effet que lorsque l'actif net de la société reprenante est insuffisant pour couvrir ledit excès de passifs. Dès lors, comme pour les fusions, nous sommes d'avis qu'il n'est pas désirable qu'une scission qui se prétend « d'assainissement » conduise à une société surendettée (ou même à une société au bord du surendettement). Mieux: il est à notre sens souhaitable que la reprise d'un excédent passif ne conduise pas la société reprenante en situation de perte en capital qualifiée. C'est là notre 13^{ème} thèse qui reprend *mutatis mutandis* notre 2^{ème} thèse.

- (ii) Exigence de fonds propres librement disponibles?

Dans le cadre d'une séparation ou d'une division, la reprise par une société saine existante d'un excédent passif scindé représente une prestation de ladite société à la société qui s'est scindée.

Pour les mêmes motifs que ceux exposés ci-dessus pour les fusions⁹⁸, et ce sera notre 14^{ème} thèse, **la reprise de l'excédent passif scindé doit être examinée au regard du seul devoir de diligence lorsque la société reprenante est indépendante de la société qui s'est scindée ou lorsque cette dernière société est la filiale (ou sous-filiale) de la société reprenante.**

Notre 15^{ème} thèse, qui s'appuie également sur les développements effectués ci-dessus pour la fusion⁹⁹, veut que **la société reprenante qui est une filiale ou une sœur de la société qui se scinde soit seulement en droit de reprendre l'excédent passif scindé, lorsqu'elle dispose de fonds propres librement disponibles suffisants pour ce faire.**

⁹⁷ Voir ci-dessus p. 123 ad 1 a.

⁹⁸ Voir ci-dessus p. 125 ad 2 a (thèse 4).

⁹⁹ Voir ci-dessus p. 127 ad (i) (thèse 5).

b. Reprise d'un excédent actif scindé par une société à assainir

La reprise d'un excédent actif scindé par une société à assainir est comparable à la reprise, par voie de fusion, d'une société saine par une société à assainir¹⁰⁰.

Or, compte tenu de l'objectif d'assainissement visé, selon notre 16^{ème} thèse (qui s'inspire de notre 6^{ème} thèse¹⁰¹), **la reprise de l'excédent actif par une société à assainir ne devrait à notre avis être admise que si elle permet à ladite société de sortir au moins de la situation visée par l'art. 725 al. 1^{er} CO.**

La question de savoir si la société qui se scinde doit disposer de fonds propres librement disponibles à hauteur du surendettement de la société reprenante lorsque l'excédent actif doit servir à assainir ladite société reprenante doit à notre avis toujours recevoir une réponse négative. Il nous apparaît en effet que les mécanismes menant à la réduction du capital, respectivement à la dissolution de la société scindée permettent de renoncer à une telle exigence même dans l'hypothèse où la société reprenante est une société sœur ou la société mère de la société scindée¹⁰². Dès lors, selon notre 17^{ème} thèse, **la validité de la reprise de l'excédent actif par une société à assainir doit dans tous les cas être examinée au regard du seul devoir de diligence des organes des sociétés participant à la scission.**

C. Conclusion intermédiaire

Si l'on accepte le *principe même de l'admissibilité des scissions d'assainissement* et que l'on s'oriente sur le *résultat de la scission* en tenant compte des règles de protection du capital, on peut constater que l'institution de la scission peut s'avérer un instrument d'assainissement utile.

Il reste qu'en l'état du droit, et c'est notre 18^{ème} thèse, **la responsabilité subsidiaire, solidaire et non limitée dans le temps prévue par l'art. 47 LFs empêche de fait les scissions d'assainissement**, ce qui est à nos yeux regrettable.

IV. Les transformations d'assainissement

Comme pour la scission, la loi sur la fusion est muette sur les transformations d'assainissement. Là encore, le point de vue selon lequel le silence légal est un

¹⁰⁰ Voir ci-dessus note 90.

¹⁰¹ Voir ci-dessus p. 130.

¹⁰² Voir à ce sujet ci-dessus p. 126 ss, les développements en relation avec la 5^{ème} et 6^{ème} thèse (reprise d'une société saine par une société mère ou sœur surendettée).

silence qualifié et que la LFus ne prévoit pas de place pour une transformation d'assainissement semble avoir été adopté par les autorités du registre du commerce¹⁰³. Ce point de vue restrictif est renforcé, par l'exigence adoptée en pratique selon laquelle une transformation ne saurait impliquer une réduction du capital, celle-ci ne pouvant être effectuée que dans la forme d'origine ou une fois que la transformation est intervenue. Or, il est des circonstances où une réduction (déclarative) ne peut pas intervenir dans la forme d'origine dès lors que le capital minimum a été atteint et où il n'est pas non plus possible d'effectuer la réduction après la transformation en raison de l'impossibilité (qui découle des règles sur la fondation des sociétés) de constituer une société issue de la transformation au capital plus élevé que le minimum légal mais qui serait partiellement découvert.

A notre avis, **il se justifie d'empêcher la transformation d'une société surendettée en une autre forme de société surendettée**. C'est là notre 19^{ème} thèse.

Nous doutons en revanche qu'il soit raisonnable d'exclure *a priori* la transformation d'une société ayant subi une perte en capital (simple ou qualifiée). Il nous semblerait p.ex. souhaitable qu'une société anonyme dont le capital est partiellement entamé puisse se transformer en SARL au capital inférieur, mais entièrement couvert. Le fait qu'en l'état du droit (et pour autant qu'il y ait des postpositions nécessaires, dont on a montré ci-dessus qu'elles étaient inutiles¹⁰⁴), il n'y ait pas d'obstacle à ce qu'une société anonyme surendettée au capital de CHF 100'000.- soit absorbée par une SARL au capital de CHF 20'000.- qui pourrait même n'être que partiellement couvert à l'issue de l'opération¹⁰⁵ et que le législateur ait voulu un certain parallélisme entre les fusions et les transformations admissibles¹⁰⁶ plaide à notre sens en faveur de la validité de ces transformations. Ces considérations nous amènent à conclure, et c'est notre 20^{ème} thèse, que, **sur le principe, les transformations qui aboutissent à des sociétés saines doivent être admises, même si elles impliquent une réduction du capital de la société qui se transforme**.

¹⁰³ Voir notamment REPRAX 2004 p. 56: « Le bilan de transformation est déterminant pour constater que le capital est entièrement couvert au moment de la transformation. La LFus part du principe que la transformation d'une société est exclue lorsque son bilan présente un excédent de passifs [dans le langage de l'OFRC, ce terme signifie des pertes]. La transformation en elle-même ne constitue pas une mesure d'assainissement. [...] D'éventuelles mesures d'assainissement doivent être entreprises avant la transformation sur la base des dispositions applicables à l'ancienne forme de droit. »

¹⁰⁴ Voir ci-dessus p. 119 et p. 123 / 124.

¹⁰⁵ Voir ci-dessus p. 123 / 124.

¹⁰⁶ Message concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, FF 2000 3995, p. 4099 s.

Il est vrai que le législateur (qui a renoncé à l'appel aux créanciers pour les réductions déclaratives de capital) a prévu – en principe – une telle procédure d'avis aux créanciers à la suite d'une fusion¹⁰⁷, mais non à la suite d'une transformation. Il a estimé, en effet, que le patrimoine d'une société qui se transforme reste constant et que, partant, les créanciers de ladite société ne courent aucun risque autre que celui de perdre le bénéfice d'une éventuelle responsabilité personnelle des associés¹⁰⁸. Ce point de vue ne s'avère pas complètement exact si, comme nous le soutenons, il est admissible de procéder à une réduction du capital en cours de transformation. Plus précisément, les créanciers risquent d'être lésés si ladite réduction est constitutive (*i.e.* qu'elle dépasse le montant des éventuelles pertes au bilan de la société qui se transforme) dès lors qu'une telle réduction transforme des fonds précédemment liés en fonds librement disponibles (qui pourraient être distribués sous la forme d'un dividende ou utilisés à l'occasion d'un rachat d'actions). Quand bien même le risque pour les créanciers ne se réalise qu'en présence d'une réduction constitutive, nous sommes d'avis qu'il y a lieu de traiter de la même manière ce type de réduction et les réductions déclaratives du capital intervenant en cours de transformation. Nous proposons en conséquence de combler la lacune (*i.e.* le déficit de protection des créanciers) en ce sens que **pour toute réduction de capital intervenant en cours de transformation, il y a lieu d'appliquer l'art. 25 LFus par analogie**. C'est là notre 21^{ème} thèse.

Pour le reste, les règles sur la protection du capital lors de la fondation assurent que le capital de la société issue de la transformation soit entièrement couvert et, partant, que la société soit saine. En effet, sous réserve de quelques exceptions non pertinentes ici, ladite société issue de la transformation doit être constituée selon les règles applicables à la forme juridique en cause¹⁰⁹.

V. Transferts de patrimoine d'assainissement

Selon l'art. 71 al. 2 LFus, le transfert de patrimoine n'est autorisé que si l'inventaire présente un excédent d'actifs. Nous avons montré ailleurs que cette interdiction repose sur une conception erronée des besoins de protection des créanciers¹¹⁰ et nous sommes d'avis que, **de lege ferenda, les transferts de patrimoine portant sur un excédent de passifs devraient être admis aux mê-**

¹⁰⁷ Art. 25 LFus.

¹⁰⁸ Voir art. 68 al. 1 et 26 LFus.

¹⁰⁹ Voir art. 57 LFus.

¹¹⁰ TRIGO TRINDADE, « Le transfert de patrimoine », in: RSDA 2004 p. 217.

mes conditions que la séparation d'un excédent passif lors d'une scission¹¹¹. C'est là notre 22^{ème} thèse.

Pour ce qui est de l'utilisation du transfert de patrimoine *de lege lata*, nous tenons à nous distancier des quelques voix qui entendent limiter la liberté contractuelle des parties et exigent que les passifs liés aux actifs faisant l'objet du transfert de patrimoine soient obligatoirement inclus dans ledit transfert¹¹². A notre avis, ce point de vue est notamment contraire à l'art. 72 LFus. Selon notre 23^{ème} thèse, **le transfert de passifs peut être exclu d'un transfert de patrimoine et seuls les passifs qui sont expressément inscrits dans l'inventaire sont transférés**.

La formulation de l'art. 75 al. 1^{er} LFus, selon lequel « les anciens débiteurs restent solidairement obligés pendant trois ans avec le nouveau débiteur de l'exécution des dettes nées avant le transfert de patrimoine » a suscité des controverses s'agissant des dettes faisant l'objet de la responsabilité solidaire¹¹³. Au titre de dernière thèse, nous nous rallions à la conception selon laquelle **la responsabilité solidaire n'existe que pour les passifs transférés** et non pour tous les passifs de la société transférante existant avant le transfert.

VI. Conclusion

A notre avis, les règles sur les restructurations d'assainissement pourraient être notablement améliorées. La révision du droit de la société anonyme en cours – qui touche notamment certains aspects liés à l'assainissement des sociétés¹¹⁴ – nous semble une occasion idéale pour ouvrir la discussion sur cette réglementation peu heureuse et faire progresser le droit des restructurations d'assainissement.

¹¹¹ Voir ci-dessus p. 134 ad 3 pour la société qui se sépare de l'excédent passif et p. 134 ad B1 et p. 136 pour la société qui le reprend.

¹¹² Voir notamment les auteurs cités par GLANZMANN, Umstrukturierungen, N 318, nbp. 861.

¹¹³ Cette interprétation, qui se fonde sur le texte allemand, est notamment suggérée par BERETTA, Strukturpassungen, p. 294, lorsqu'elle soutient que la responsabilité solidaire s'étend aux passifs qui ne peuvent pas être attribués de manière précise.

¹¹⁴ Voir notamment les articles 725 ss P-CO.

Bibliographie

Textes officiels

Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livres cinquième: Droit des obligations) (cité: CO).

Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (cité: Loi sur la fusion ou LFus).

Message du Conseil fédéral du 13 juin 2000 concernant la LFus, FF 2000 3995 (cité: Message).

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

Jurisprudence

ATF 4C.47/2003 du 2 juillet 2003

Doctrine

AFFENTRANGER MARKUS, art. 25 FusG, in: Fusionsgesetz: Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts / Baker & McKenzie (Hrsg.) Stämpfli Handkommentar, 2003.

ALBRECHT ANDREAS, art. 6, 25 FusG, in: Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz: Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003 sowie zu den ergänzenden Erlassen (IPRG, Steuerrecht), F. Vischer et Vischer Anwälte und Notare éds, Zurich, Bâle, Genève: Schulthess, 2004.

AMSTUTZ, MARC ET MABILLARD, RAMON, Fusionsgesetz (FusG): Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003, Bâle, Genève, Munich: Helbing & Lichtenhahn, 2008.

AMSTUTZ, MARC ET MABILLARD, RAMON, Introduction à la Loi sur la fusion, in: Commentaire romand, Code des obligations II, art. 530–1186 CO, P. Tercier et M. Amstutz (éds), Bâle: Helbing Lichtenhahn, 2008.

BAHAR RASHID, Art. 29-48 LFus, in: Commentaire LFus: Commentaire de la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine ainsi que des dispositions des lois fédérales modifiées par la LFus (LDFR, CO, LFors, LDIP, CP, LT, LIFG, LHID, LIA, LPP, LB, LSA), H. Peter et R. Trigo Trindade (éds), Genève, Zurich Bâle: Schulthess, 2005.

BERETTA PIERA, Strukturpassungen, in: Schweizerisches Privatrecht VIII/8, Basel 2006.

- BUECHER MARC, « L'article 6 LFus et la révision du droit de la société anonyme. In *Economie, environnement, éthique: de la responsabilité sociale et sociétale: Liber amicorum Anne Petitpierre-Sauvain* », Schulthess, p. 85.
- BÖCKLI, PETER, *Schweizer Aktienrecht*, 4ème éd, Zurich: Schulthess, 2009.
- BURCKHARDT SEBASTIAN, art. 7 FusG, in: *Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz: Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003 sowie zu den ergänzenden Erlassen (IPRG, Steuerrecht)*, F. Vischer et Vischer Anwälte und Notare éds, Zurich, Bâle, Genève: Schulthess, 2004.
- BURCKHART BERTOSSA JACQUELINE, Art. 32 FusG, in: *Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz: Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003 sowie zu den ergänzenden Erlassen (IPRG, Steuerrecht)*, F. Vischer et Vischer Anwälte und Notare éds, Zurich, Bâle, Genève: Schulthess, 2004.
- VON DER CRONE, HANS CASPAR, GERSBACH, ANDREAS, KESSLER, FRANZ J., DIETRICH, MARTIN ET BERLINGER, KATJA, *Das Fusionsgesetz*, Zurich, Bâle, Genève: Schulthess, 2004.
- DALLA TORRE, *Die Sanierungsfusion – eine rechtliche und ökonomische Analyse*, Stämpfli, 2007.
- DIEM HANS-JAKOB, Art. 9 FusG, in: *Basler Kommentar, Fusionsgesetz*, R. Watter, N. P. Vogt, R. Tschäni, D. Daeniker éds, Bâle, Genève, Munich: Helbing & Lichtenhahn, 2005.
- EPPER MARTIN, Art. 29 FusG, in: *Fusionsgesetz: Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts / Baker & McKenzie (Hrsg.) Stämpfli Handkommentar*, 2003.
- FORSTMOSER, PETER, MEIER-HAYOZ, ARTHUR ET NOBEL, PETER, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne: Stämpfli, 1996.
- FREY MARTIN, art. 6 FusG, in: *Fusionsgesetz: Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts / Baker & McKenzie (Hrsg.) Stämpfli Handkommentar*, 2003.
- GERICKE, DIETER, Art. 56–58 FusG, in: *Basler Kommentar, Fusionsgesetz*, R. Watter, N. P. Vogt, R. Tschäni, D. Daeniker éds, Bâle, Genève, Munich: Helbing & Lichtenhahn, 2005.
- GLANZMANN, LUKAS, *Umstrukturierungen*, 2ème éd, Berne: Stämpfli, 2008.
- GLANZMANN LUKAS, « *Rangrücktritt oder Nachrangvereinbarung* », in *GesKR 1/2007*, pp. 6 – 23.
- MEINHARDT, MARCEL, Art. 6 FusG, in: *Basler Kommentar, Fusionsgesetz*, R. Watter, N. P. Vogt, R. Tschäni, D. Daeniker éds, Bâle, Genève, Munich: Helbing & Lichtenhahn, 2005.
- NEUHAUS/ BALKANYI, art. 671 CO, *Basler Kommentar zum Obligationenrecht II*, Honsell/ Vogt/Watter (Hrsg.), Basel, 2008.
- OLGIATI, LORENZO, Art. 1-111 FusG, in: *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, M. Amstutz, P. Breitschmid, A. Furrer, D. Girsberger, C. Huguenin, M. Müller-Chen, V. Roberto, A. Rumo-Jungo, A. K. Schnyder éds, Zürich: Schulthess, 2007.
- PESTALOZZI, CHRISTOPH M., Art. 56–58 FusG, in: *Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz: Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003 sowie zu den ergänzenden Erlassen (IPRG, Steuerrecht)*, F. Vischer et Vischer Anwälte und Notare éds, Zurich, Bâle, Genève: Schulthess, 2004.
- PETER, HENRY, Art. 53–67 LFus, in: *Commentaire LFus: Commentaire de la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine ainsi que des dispositions des lois fédérales modifiées par la LFus (LDFR, CO, LFors, LDIP, CP, LT, LIFG, LHID, LIA, LPP, LB, LSA)*, H. Peter et R. Trigo Trindade éds, Genève, Zurich, Bâle: Schulthess, 2005.
- RECORDON, PIERRE-ALAIN, Art. 557–573 CO, in: *Commentaire romand, Code des obligations II*, art. 530–1186 CO, P. Tercier et M. Amstutz éds, Bâle: Helbing Lichtenhahn, 2008.
- REYMOND, JACQUES-ANDRE, *La coopérative*, in: *Traité de droit privé suisse*, vol. VIII, tome III/1, Bâle et Francfort-sur-le-Main: Helbing & Lichtenhahn, 1996.
- TRIGO TRINDADE, RITA, Art. 3–26 LFus, in: *Commentaire LFus: Commentaire de la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine ainsi que des dispositions des lois fédérales modifiées par la LFus (LDFR, CO, LFors, LDIP, CP, LT, LIFG, LHID, LIA, LPP, LB, LSA)*, H. Peter et R. Trigo Trindade éds, Genève, Zurich Bâle: Schulthess, 2005.
- TRIGO TRINDADE RITA, GRIESSEN COTTI ANNIE, « *FusG, Echo aus der Praxis* », in *GesKR 2007*, 144, 151.
- TRIGO TRINDADE RITA, « *La fin des actionnaires fantômes: exclusion d'actionnaires lors d'assainissements* », in: *Droit des sociétés: Mélanges en l'honneur de Roland Rudin*. – Bâle, 2006. – pp. 307-320.