

La Fusion et la Scission: Procédure et Réalisation (dans une perspective pratique)

par Prof. Dr. iur. Hans Caspar von der Crone, ll.m., Avocat à Zurich et
Dr. iur. Andreas Gersbach, ll.m., Avocat à Zurich¹

The new Swiss merger act broadens extensively the range of possible structures for acquisitions and reorganizations, e.g. by introducing the new transaction form of spin-offs («scission»). Along with this flexibilization, however, comes formalization of transaction procedures. The regular procedures for mergers and spin-offs are particularly complex. A regular merger is implemented in six steps: First, the boards of the involved companies conclude a merger contract, of which the necessary content is stipulated by the merger act. Then, the boards have to establish an explanatory report on the merger, on behalf of the associates. The merger contract, the explanatory report as well as the underlying accounting reports then have to be verified by a particularly qualified accountant. The accountant has to establish in a statement that all the checked documents are correct and the assumptions made therein are at least justifiable. In the following, the associates must be given the opportunity to consult all the documents explained above. Finally, the general assemblies of the merging companies have to approve the merger. The merger comes into legal effect when it is filed with the commercial register. However, in many constellations, notably with small or medium companies, not all these steps have to be followed, the respective companies benefiting from the legal privilege of simplified procedures.

The procedure of a spin-off follows basically analogue steps like the ones described for the merger procedure. Particularities of the spin-off are the duty to fix an exact allocation of assets between the involved companies in an inventory, as well as the enhanced procedures of creditor protection. There are several criteria in which the spin-off procedure can be modified alternatively (e.g. «symmetric or asymmetric scission»).

A short overview is given to the legal remedies for merger act transactions: there is an action for associates to determine the «adequate compensation» for their share parts, an action for associates in cases of violation of merger act provisions and an action against the persons charged with merger act transactions for violation of their fiduciary duties. The article ends with an outlook on the practical impact of mergers and spin-offs: While for mergers, the special forms of simplified procedures, as well as the «squeeze out merger» (against monetary compensation only) will be the core field of application, the spin-off will probably be rarely used. Its procedure is too complex – and the same factual results can often equally be attained by using the much more flexible transaction form of transfer of assets (which is not subject to this contribution).

Sommaire

I. Introduction

II. La fusion

A. Définition

B. Différentes procédures de fusion

C. La procédure ordinaire de fusion

1. Le contrat de fusion
2. Le rapport écrit sur la fusion
3. La vérification par un réviseur particulièrement qualifié
4. Le droit des associés de consulter les documents
5. L'approbation par l'assemblée générale
6. L'inscription au registre du commerce

D. Procédures simplifiées

1. Petites et moyennes entreprises (PME)
2. La fusion simplifiée des sociétés de capitaux

III. La scission

A. Définition

B. Différentes options de réalisation

1. Le sort de la société transférante

2. Le sort de la société reprenante

3. L'attribution des parts sociales et des droits de sociétariat

C. La procédure ordinaire de scission

1. Analogie avec la procédure de fusion
2. Le contrat de scission et l'inventaire
3. L'avis aux créanciers et la garantie des créances

IV. Droits et responsabilités

1. L'examen des parts sociales et des droits de sociétariat
2. L'annulabilité de la décision sur la transaction
3. La responsabilité des personnes chargées de la transaction

V. Perspective sur la portée pratique de la fusion et de la scission

1. Fusion
2. Scission

¹ Nous remercions lic. iur. *Guillaume Vionnet*, Zurich, pour son aide au niveau linguistique.

I. Introduction

La Loi sur la fusion entraîne une libéralisation des opérations admissibles au prix d'une formalisation de la procédure.

Parmi les quatre opérations possibles selon la LFus, la fusion et la scission connaissent les procédures les plus complexes. Dans notre contribution, nous présentons la procédure générale de ces deux formes de transaction et exposons quelques questions particulières y relatives. Nous continuons avec une brève description des moyens juridiques permettant de corriger des irrégularités dans la procédure. L'exposé se termine par une perspective sur la portée pratique de la réglementation sur la fusion et la scission.

Les deux opérations – fusion et scission – suivent le principe de la continuité du sociétariat. Ce principe signifie qu'une société ne peut être privée de ses associés lors d'une restructuration, même si, après la transaction, le sociétariat se retrouve dans une société autre que celle dont il faisait partie à l'origine.² Dans les deux opérations, il existe toutefois des cas de figure où la continuité du sociétariat n'est matériellement plus garantie,³ à savoir la fusion contre dédommagement⁴ et la scission asymétrique.⁵

La fusion et la scission entraînent un transfert du patrimoine de la société à titre universel (en allemand: «*Universalsukzession*»).⁶ Pour la fusion, ce transfert concerne tout le patrimoine de la société («*tout ou rien*») tandis que pour la scission, il peut aussi n'être que partiel.⁷ Ce transfert à titre «*universel*

partiel» (en allemand: «*partielle Universalsukzession*»⁸) est une des grandes nouveautés structurelles de la LFus, nouveauté qui nourrira sûrement une grande discussion.⁹

II. La fusion

A. Définition

Dans une fusion, une société transférante décide de transférer l'ensemble de son patrimoine à une société reprenante,¹⁰ et de se dissoudre lors de ce transfert.¹¹ La perte du sociétariat de la société transférante est en général compensée par l'attribution de parts sociales (par exemple des actions) ou de droits de sociétariat¹² de la société reprenante.¹³ Cependant, selon la nouvelle LFus, l'indemnisation peut aussi, à certaines conditions, consister en d'autres formes de dédommagement, notamment en argent: dans cette fusion *squeeze out*, il est donc possible d'exclure des associés du sociétariat de la société résultant de la fusion.¹⁴ Par contre, la LFus ne prévoit pas de droit d'«*exit*» contre compensation pécuniaire en faveur des associés minoritaires.¹⁵

(en droits allemand, américain et suisse), thèse, Genève 1999, p. 229, qui parle du «respect rigoureux du principe de succession universelle (nonobstant son caractère partiel)».

⁸ Terminologie allemande du Message concernant la LFus, p. 4465 (pour la scission et le transfert de patrimoine).

⁹ Pour un exposé détaillé sur cette question, dans le contexte du transfert de patrimoine, voir: [<http://www.fusg.ch/vmuebr/recht/verfdok/index.php#titel12>].

¹⁰ Voir p. ex. les termes de l'art. 7 al. 1 LFus.

¹¹ La loi ne contient pas de définition de la fusion. Pour des descriptions, voir p. ex. le Message concernant la LFus, p. 4046, titre 2.1.2.1; *Kläy Hanspeter/Turin Nicholas*, Der Entwurf zum Fusionsgesetz, REPRAX 1/2001, p. 1ss, p. 9; *Trigo Trindade Rita*, La fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine selon le nouveau droit, Jusletter 3 novembre 2003 [4].

¹² Art. 7 al. 1 LFus.

¹³ La transaction appelée «quasi-fusion», dans laquelle une société acquiert toutes ou la majorité des actions/parts d'une autre société, ne tombe pas sous la définition de la fusion et n'est pas réglée dans la LFus; voir *von Büren Roland*, Neue Entwicklungen im Wirtschaftsrecht: Der Vorwurf zu einem Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern, Jusletter 22 mai 2000 [35]; *Vischer Frank*, Einführung in das Fusionsgesetz, ZBJV/RJB (1999) 135bis, p. 9ss, p. 16.

¹⁴ Art. 8 LFus.

¹⁵ *Isler Peter/von Salis Ulysses*, Fusionen, in: Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Tagung zum neuen Fusionsgesetz, 10 septembre 2003, p. 16.

² Message concernant la LFus, p. 4054, titre 2.1.2.2 (pour la fusion) et p. 4086, titre 2.1.3.2 (pour la scission); voir aussi *Trigo Trindade Rita*, La fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine selon le nouveau droit, Jusletter 3 novembre 2003 [11–14].

³ *Hopf Michel*, Desideratas und Randnotizen zum vorgeschlagenen Fusionsgesetz, L'Expert-comptable suisse 1/2001, p. 49ss, qualifie ces cas de «private Enteignung der betreffenden Gesellschafter» (p. 50).

⁴ Art. 8 LFus.

⁵ Art. 31 al. 2 lit. b LFus. Dans ce cas, la continuité du sociétariat est davantage «formelle» que «matérielle», voir *Trigo Trindade Rita*, La fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine selon le nouveau droit, Jusletter 3 novembre 2003 [14].

⁶ Pour la fusion: art. 22 LFus et Message concernant la LFus, p. 4075 ss («*uno actu*»); pour la scission: art. 52 LFus et Message concernant la LFus, p. 4098.

⁷ Voir Message concernant la LFus, p. 4098: «Les parts de patrimoine définies dans l'inventaire [...] sont transférées en un seul acte (*uno actu*) aux sociétés reprenantes». Voir aussi *Eberhard Stefan*, La scission de la société anonyme

Pratiquement tous les types de sociétés peuvent opérer une fusion, notamment avec une société revêtant une autre forme juridique. L'article 4 LFus prévoit une liste exhaustive des combinaisons autorisées.¹⁶

B. Différentes procédures de fusion

Le législateur a élaboré des règles relativement détaillées pour la procédure ordinaire de fusion. Celles-ci forment la majeure partie des articles sur la fusion dans la LFus. Elles traitent notamment de l'information des parties qui ne sont pas protégées par des mesures de transparence.¹⁷

Quoiqu'il en soit, cette forme «standard» sera plutôt rare en pratique. En effet, la loi permet de nombreux allègements de la procédure dans plusieurs cas particuliers, notamment en faveur des petites et moyennes entreprises («PME»), qui constituent la grande majorité des sociétés suisses, ainsi qu'en cas de fusion entre sociétés de capitaux dans un même groupe (y compris les «fusions mère-fille»).¹⁸ Cela aboutit à ce que les cas de fusion ordinaire feront peut-être 10% de toutes les fusions en comparaison des cas de fusion simplifiée.

Présentons maintenant la procédure ordinaire de fusion, en mentionnant les assouplissements possibles pour chaque étape. Les critères concrets de ces assouplissements seront détaillés à la fin du chapitre consacré à la fusion.

C. La procédure ordinaire de fusion

Une fusion ordinaire s'effectue en six étapes:

1. Le contrat de fusion

Les organes supérieurs de direction (p.ex. le conseil d'administration)¹⁹ des sociétés qui fusion-

nent concluent un contrat de fusion en la forme écrite.²⁰ Le contenu obligatoire de ce contrat est prescrit à l'art. 13 LFus: d'après cette disposition, le contrat de fusion doit entre autres contenir le rapport d'échange des parts sociales, les modalités d'échange, ainsi que tout avantage particulier attribué aux membres d'un organe de direction ou d'administration. Il suffit que le contrat de fusion satisfasse à la forme écrite,²¹ même si la fusion entraîne un transfert d'immeubles.²²

2. Le rapport écrit sur la fusion

Ensuite, les organes supérieurs de direction doivent établir un rapport écrit sur la fusion.²³ Les organes des deux sociétés peuvent rédiger le rapport chacun pour soi ou en commun. Le rapport doit expliquer et justifier, des points de vue juridique et économique, le but et les conséquences générales de la fusion, ainsi que ses effets particuliers pour les associés, les créanciers et les travailleurs. Des explications détaillées sont exigées pour le calcul de l'indemnisation des associés, notamment concernant le rapport d'échange des parts sociales, le montant d'un éventuel dédommagement et les méthodes d'évalua-

ministration (art. 707 et 765 CO); pour la société à responsabilité limitée, l'ensemble des associés (art. 811 CO); pour la société coopérative, l'administration par un groupe d'associés (art. 894 CO); pour la société simple, la société en commandite et la société en nom collectif, l'ensemble des associés sans restriction de responsabilité (art. 535, 557 et 599 CO); pour l'association, le comité de direction (art. 69 CC). La conclusion de contrats stratégiquement importants – comme un accord de fusion – fait partie des tâches non déléguables de l'organe supérieur de direction. Cela ressort de l'art. 716a al. 1 lit. a CO: la haute direction est attribuée de manière intransmissible et inaliénable au conseil d'administration de la société anonyme. Cela signifie que, déjà selon le droit en vigueur, le conseil d'administration a la charge du contrat de fusion. L'art. 12 al. 1 LFus a un contenu identique.

²⁰ Art. 12 LFus.

²¹ Art. 12 al. 2 LFus; voir aussi art. 13 CO.

²² En revanche, la décision de fusion prise par l'assemblée générale est en principe soumise à la forme authentique (Art. 20 LFus et Message concernant la LFus, p. 4061).

²³ Art. 14 LFus. Le rapport contient une très grande partie de l'information requise pour un prospectus d'émission selon l'art. 652a CO. Ainsi, dans le cas où la société reprenante effectue une augmentation de capital par une émission publique, les deux documents peuvent coïncider. Tel n'est pas le cas pour une augmentation de capital d'une société cotée en bourse: dans ce cas, l'art. 38 du Règlement de cotation exige beaucoup plus d'informations que celles contenues dans le rapport sur la fusion.

¹⁶ Restent notamment exclues les entreprises individuelles, dont la structure est fondamentalement différente de celles des associations et sociétés, voir *Meier-Schatz Christian*, Einführung in das neue Fusionsgesetz, AJP/PJA 2002, p. 514ss, p. 519.; *Vischer Frank*, Einführung in das Fusionsgesetz, ZBJV/RJB (1999) 135bis, p. 9ss, p. 16.

¹⁷ *Isler Peter/von Salis Ulysses*, Fusionen, in: Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Tagung zum neuen Fusionsgesetz, 10 septembre 2003, p. 7.

¹⁸ Art. 23 ss LFus. (fusion simplifiée; *short form merger*).

¹⁹ Pour la société anonyme et la société en commandite par actions, l'organe supérieur de direction est le conseil d'ad-

tion.²⁴ Les sociétés ne sont toutefois pas tenues d'exposer des secrets d'entreprise dans le rapport.²⁵ Il n'est pas nécessaire d'établir un rapport dans l'hypothèse d'une fusion entre deux associations. Il en va de même pour les petites et moyennes entreprises, si tous les associés consentent à la fusion.²⁶

3. La vérification par un réviseur particulièrement qualifié

Le contrat de fusion, le rapport sur la fusion ainsi que les bilans sur lesquels la fusion se fonde doivent être vérifiés par un réviseur particulièrement qualifié.²⁷ Celui-ci doit s'assurer que les rapports d'échange ainsi qu'un éventuel dédommagement sont «soutenables», de même, que les méthodes permettant de déterminer les rapports d'échange ou l'indemnisation sont «adéquates». Il ne s'agit donc pas d'une vérification de la «justesse» des valeurs établies, mais plutôt de la garantie que ces valeurs et les méthodes pour les déterminer sont convenables. Le réviseur rend ses conclusions dans un rapport écrit. Selon l'article 727c CO, le réviseur doit être indépendant. Cette condition exclut par exemple qu'un réviseur ayant conseillé les sociétés pour la réalisation de la fusion soit aussi chargé de sa vérification. A nouveau, les petites et moyennes entreprises peuvent renoncer à cette vérification, moyennant l'approbation de tous les associés.²⁸ Le rapport de fusion ainsi que la vérification par le réviseur remplacent en plusieurs points²⁹ les documents requis pour une augmentation de capital (art. 652e ss CO) de la société reprenante. Tel n'est pas le cas pour les assouplissements PME;

en ce qui les concerne, les documents requis par le CO doivent à notre avis toujours être rédigés.³⁰

4. Le droit des associés de consulter les documents

Trente jours avant leur décision sur la fusion, chacune des sociétés concernées doit soumettre à ses associés les documents relatifs à la fusion:³¹ le contrat de fusion, le rapport de fusion, le rapport de révision ainsi que les comptes et rapports annuels de toutes les sociétés impliquées.³² Ce droit à une information anticipée est limité aux seuls associés. Il n'est en particulier pas accordé aux créanciers.³³ Les documents doivent être mis à disposition au siège social; la société doit fournir des copies gratuites aux sociétaires qui en font la demande.³⁴ Pour maintenir le délai de trente jours, une publication sur internet est aussi concevable – avec l'inconvénient que des tiers à la société auront aussi la possibilité de consulter les documents. Toutefois, la plupart de ces documents seront accessibles au public via le registre du commerce après la fusion. Ici aussi, les petites et moyennes entreprises peuvent renoncer à la procédure de consultation, moyennant l'approbation de tous les associés.³⁵ L'organe supérieur de direction est tenu d'informer les autres sociétés impliquées

²⁴ Les parties sont libres d'inclure plus d'information dans le rapport de fusion. Comme illustration de la façon d'établir le rapport, on renvoie à l'art. 662a al. 2 ch. 2 CO (clarté et caractère essentiel des informations).

²⁵ Art. 663e al. 1 CO par analogie; voir *Comboeuf Albert*, Stämpfli-Handkommentar zum FusG, art. 14 N 12.

²⁶ Art. 14 al. 2 et al. 5 LFus.

²⁷ Art. 15 LFus. Tel est le cas si la société reprenante est une société de capitaux ou une société coopérative avec des parts sociales. Pour la définition du réviseur particulièrement qualifié voir aussi l'art. 727b CO et l'Ordonnance du 15 juin 1992 sur les qualifications professionnelles des réviseurs particulièrement qualifiés, RS 221.302.

²⁸ Art. 15 al. 2 LFus. L'exception au devoir d'examen pour les PME sous forme de société anonyme est contraire à l'art. 10 de la troisième Directive CE sur le droit des sociétés.

²⁹ Art. 9 al. 2 LFus; ainsi p. ex. l'art. 628 al. 1 CO; voir *Bommer Florian*, Stämpfli-Handkommentar zum FusG, art. 9 N 13.

³⁰ *Isler Peter/von Salis Ulysses*, Fusionen, in: Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Tagung zum neuen Fusionsgesetz, 10 septembre 2003, p. 18.

³¹ Art. 16 LFus.

³² La situation financière des sociétés concernées est d'une importance capitale pour la décision de fusion. Selon l'art. 11 LFus, le législateur veille à ce que les sociétés impliquées présentent les clôtures des comptes précédant directement la décision sur la fusion. Si les comptes ont été clôturés plus de six mois avant la décision ou si des modifications importantes se sont produites dans l'intervalle (par exemple un écoulement massif de capital), les sociétés doivent fournir une clôture de semestre. Il n'est pas exigé de présenter un véritable «bilan de fusion». En outre, le législateur se contente du bilan des sociétés concernées et n'exige pas la présentation des comptes de pertes et profits. Conformément à l'art. 957 CO, l'obligation de présenter le bilan se limite aux sociétés devant légalement tenir une comptabilité.

³³ Selon l'article 17 al. 1 de l'avant-projet de la LFus, un droit de consultation anticipée était aussi prévu pour les tiers (notamment pour les créanciers). Cette proposition a été l'objet d'une large critique, qui soutenait que les fusions auraient très souvent été empêchées ou du moins retardées par des créanciers craignant de perdre un substrat pour leurs créances.

³⁴ Art. 16 al. 3 LFus.

³⁵ Art. 16 al. 2 LFus.

ainsi que ses propres associés sur des modifications importantes du patrimoine (actif ou passif) survenues dans l'intervalle.³⁶

5. L'approbation par l'assemblée générale

Ensuite, l'assemblée générale de chaque société³⁷ doit approuver la fusion. L'article 18 LFus fixe en une liste détaillée les quorums nécessaires à la décision de fusion. Ces quorums dépendent notamment du type de société en question et de l'éventuelle attribution de devoirs additionnels aux associés. Deux exemples de rigidité particulière: requiert l'unanimité une décision qui peut avoir pour effet d'introduire une obligation d'opérer des versements supplémentaires ou de fournir d'autres prestations personnelles, ou implique encore une responsabilité personnelle des associés d'une société transférante.³⁸ Tel est par exemple le cas si une société coopérative ou une société à responsabilité limitée reprend une société anonyme.³⁹ Une majorité qualifiée de 90% des associés (à notre avis calculée selon le droit de vote) est requise si, dans le cadre de la fusion, les associés de la société transférante ne doivent pas recevoir de parts sociales, mais seulement un dédommagement en argent.⁴⁰ La décision de fusion fait l'objet d'un acte authentique. Ce document sert aussi de titre pour le transfert d'immeubles.⁴¹

6. L'inscription au registre du commerce

Enfin, la fusion déploie ses effets dès son inscription au registre du commerce.⁴² A cette date (ou plus exactement au moment de l'inscription dans le journal du registre du commerce),⁴³ l'ensemble des actifs

et passifs de la société transférante passe légalement – à titre de succession universelle – à la société reprenante. Il en va de même des dettes et des relations contractuelles,⁴⁴ sans qu'il soit nécessaire de procéder au transfert individuel et formel de tous les éléments du patrimoine en question (par une cession de créance par exemple).

Malgré cette simplification du transfert grâce à la succession universelle, il peut être nécessaire ou du moins recommandé de valider de manière formelle quelques modifications résultant de la fusion. Pour le transfert d'immeubles par voie de fusion (ou de scission), l'art. 104 LFus requiert l'inscription ultérieure de l'opération au registre foncier.⁴⁵ Pour des raisons de clarté et de sécurité du droit, il est aussi recommandé d'inscrire le transfert des biens immatériels comme les marques, les designs ou brevets d'invention dans les registres prévus à cet effet.⁴⁶

Le transfert des contrats de travail est particulièrement encadré par la loi, l'art. 27 LFus renvoyant aux mesures de l'art. 333 CO. Cette disposition requiert entre autres une consultation des employés au sujet de la fusion. Si la société reprenante augmente son capital au cours de la fusion, les documents requis pour cette opération⁴⁷ doivent également être présentés au registre du commerce, comme pour la fondation d'une nouvelle société (tel est notamment le cas pour les fusions par voie de combinaison). Au moment de l'inscription de la fusion, la société transférante est radiée du registre de commerce.⁴⁸

D. Procédures simplifiées

1. Petites et moyennes entreprises (PME)

Il a déjà été mentionné que la loi prévoit de nombreux assouplissements pour les fusions entre petites et moyennes entreprises si tous les associés s'enten-

³⁶ «Modifications du patrimoine», art. 17 LFus.

³⁷ Une exception au principe de l'approbation par l'assemblée générale est prévue pour les sociétés en commandite et en nom collectif, ces formes juridiques ne disposant pas d'organe correspondant à l'assemblée générale. L'approbation incombe dans ce cas aux sociétaires.

³⁸ Art. 18 al. 1 lit. b et al. 4 LFus; Message concernant la LFus, p. 4072.

³⁹ Voir p. ex. art. 18 al. 1 lit. b LFus.

⁴⁰ Art. 18 al. 5 LFus.

⁴¹ En revanche, le contrat de fusion impliquant un transfert d'immeubles n'est pas soumis à la forme authentique (Art. 20 LFus et Message concernant la LFus, p. 4061).

⁴² Art. 22 al. 1 LFus. Pour les associations qui ne sont pas inscrites au registre du commerce, les effets légaux entrent en vigueur au moment des décisions de fusion (art. 22 al. 2 LFus).

⁴³ Art. 932 al. 1 CO

⁴⁴ Pour cette question controversée surtout dans le domaine de la scission et du transfert de patrimoine, voir entre autres: [<http://www.fusg.ch/vmuebr/recht/verfdok/index.php#titel12>]; *Beretta Piera*, Vertragsübertragungen im Anwendungsbereich des geplanten Fusionsgesetzes, SJZ/RSJ 98, p. 249 ss; *Behnisch Urs R./Büchi Raffael*, Mängel des Entwurfs zum Fusionsgesetz im Bereich der Spaltung, Jusletter 24 septembre 2001.

⁴⁵ Art. 104 al. 1 LFus.

⁴⁶ *Tschäni Rudolf*, M&A Transaktionen nach Schweizer Recht, Zurich 2003, p. 251.

⁴⁷ Voir aussi dans ce contexte l'art. 9 LFus.

⁴⁸ Art. 21 al. 3 LFus. Les créanciers de la société transférante devront donc s'adresser à la société naissant de la fusion.

dent à l'unanimité. La définition des petites et moyennes entreprises se trouve à l'article 2 lit. e LFus: une entreprise est qualifiée de petite ou moyenne – indépendamment de sa structure juridique⁴⁹ – si elle n'est pas débitrice d'emprunts par obligations et si ses parts sociales ne sont pas cotées en bourse. En outre, elle ne doit pas dépasser deux des grandeurs suivantes pendant les deux exercices qui précèdent la décision de fusion:

1. total du bilan de 20 millions de francs,
2. chiffre d'affaires de 40 millions de francs,
3. moyenne annuelle de 200 emplois à plein temps.

Dans le cas où seulement une des sociétés impliquées dans la fusion est une PME, celle-ci conserve son privilège procédural. Cependant, comme l'autre société «non-PME» doit aussi exposer (par exemple dans le rapport de fusion) les particularités de son «partenaire PME», celui-ci est, de manière indirecte, tenu d'indiquer tous les points correspondants. Dans ce cas, l'assouplissement PME reste plutôt théorique.

On peut se demander pourquoi ces allègements de la procédure de fusion sont réservés aux PME, puisque de toute façon, les associés doivent s'accorder à l'unanimité. La réponse se trouve dans l'historique du projet de loi, qui ne prévoyait à l'origine aucune règle spéciale pour les PME. Cela fut largement critiqué durant la procédure de consultation,⁵⁰ et c'est probablement par considération politique qu'une réglementation particulière pour les petites et moyennes entreprises a été élaborée.

2. La fusion simplifiée des sociétés de capitaux

Les sociétés de capitaux peuvent fusionner à des conditions considérablement simplifiées: elles peuvent renoncer à certaines formalités (par exemple en donnant moins d'indications dans le contrat de fusion ou en ne rendant pas de rapport de fusion) si la société reprenante détient au moins 90% (mais pas la totalité) des parts sociales de la société transférante et

si quelques autres conditions sont remplies. Elles peuvent renoncer à presque toutes les formalités si la société reprenante détient la totalité des parts sociales de la société transférante. Une réglementation détaillée se trouve aux articles 23 et 24 LFus. Cette modalité sera très importante en pratique, puisque selon les informations de l'Office fédéral du registre du commerce (OFRC), la vaste majorité des fusions consiste en une intégration à la société «mère» (ou inversement) ou à une société «sœur».⁵¹ A notre avis, la fusion simplifiée devrait aussi être admise par analogie dans l'hypothèse de participations indirectes⁵² (trust avec des sub-holdings ou fusions entre sociétés «sœurs» de différents niveaux).

III. La scission

A. Définition

Dans une scission, une société transférante transfère une partie ou l'ensemble de son patrimoine à une (ou plusieurs) société(s) reprenante(s)⁵³ contre l'attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat de ces dernières à ses associés.⁵⁴ Dans le cas classique de la scission par séparation, le patrimoine de la société transférante appartiendra après l'opération à au moins deux sociétés différentes. En ce sens, la scission peut être qualifiée comme l'opération inverse de la fusion.⁵⁵ La scission implique donc d'une part une répartition du patrimoine, et d'autre part une nouvelle attribution des parts sociales ou des droits de sociétariat.⁵⁶

⁴⁹ Pour le choix de la structure juridique d'une PME, voir p. ex. *Baillly-Masson Claude*, Le choix de la structure juridique d'une PME, L'Expert-comptable suisse 1-2/2002, p. 27 ss.

⁵⁰ Pour la doctrine, voir p. ex. *Meier-Schatz Christian/Gasser Urs*, Der Vorentwurf zum Fusionsgesetz aus der Sicht der Familienaktiengesellschaft, SZW/RSDA 1/1999, p. 17 ss, p. 20 ss; *Vischer Frank*, Einführung in das Fusionsgesetz, ZBJV/RJB (1999) 135^{bis}, p. 9 ss, p. 39.

⁵¹ *Klây Hanspeter/Turin Nicholas*, Der Entwurf zum Fusionsgesetz, REPRAX 1/2001, p. 1ss, p. 13.

⁵² *Isler Peter/von Salis Ulysses*, Fusionen, in: Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Tagung zum neuen Fusionsgesetz, 10 septembre 2003, p. 30, partagent cet avis.

⁵³ Voir p. ex. les termes de l'art. 29 LFus.

⁵⁴ Message concernant la LFus, p. 4083. Pour la définition de la scission, voir *Bessenich Balthasar*, SZW/RSDA 4/1992, p. 157.

⁵⁵ *Eberhard Stefan*, La scission de la société anonyme (en droits allemand, américain et suisse), thèse, Genève 1999, p. 1; *Malacrida Ralph*, Spaltung von Gesellschaften, in: Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Tagung zum neuen Fusionsgesetz, 10 septembre 2003, p. 1. Cette expression ne recouvre toutefois pas toutes les modalités de scission; elle conserve tout de même une valeur indicative.

⁵⁶ *Klây Hanspeter/Turin Nicholas*, Der Entwurf zum Fusionsgesetz, dans REPRAX 1/2001, p. 1ss, p. 19.

La scission est prévue uniquement pour les sociétés de capitaux et les sociétés coopératives.⁵⁷ Néanmoins, différents types de sociétés peuvent naître d'une scission: ainsi, par exemple, une société anonyme pourrait se diviser par voie de scission en une société coopérative et une société à responsabilité limitée.⁵⁸

B. Différentes options de réalisation

Pour la réalisation d'une scission, le législateur prévoit les alternatives suivantes (1–3), selon les différents points de vue:⁵⁹

1. Le sort de la société transférante

- *Division* (art. 29 lit. a LFus): la société transférante divise l'ensemble de son patrimoine en deux ou plusieurs parts qui sont à leur tour transférées à d'autres sociétés. Les associés de la société transférante reçoivent des parts sociales ou des droits de sociétariat des sociétés reprenantes. La société transférante – dès lors sans patrimoine – est dissoute et radiée du registre du commerce.
- *Séparation* (art. 29 lit. b LFus): la société transférante transfère uniquement une partie de son patrimoine à une ou plusieurs autres sociétés. La société transférante continue à exister avec le reste de son patrimoine.

2. Le sort de la société reprenante

- *Scission à des fins de reprise*: le patrimoine (entier ou partiel) de la société transférante est attribué à une ou plusieurs sociétés préexistantes.⁶⁰ Il sera alors souvent nécessaire d'augmenter leur capital respectif.⁶¹ Au vu de sa fonction, la scission à des fins de reprise peut être qualifiée de stade intermédiaire entre une scission et une fusion.
- *Scission à des fins de fondation*: le patrimoine (entier ou partiel) de la société transférante est at-

tribué à une ou plusieurs sociétés constituée(s) dans le cadre de la scission.⁶² L'art. 34 LFus fait directement référence aux dispositions du Code des obligations sur la naissance d'une nouvelle société, tout en excluant les dispositions concernant le nombre requis de fondateurs et les apports en nature. Ce renvoi devrait empêcher que les prescriptions communes sur la naissance d'une nouvelle société soient éludées par voie de scission. Pour des raisons de sécurité du droit, la constitution d'une nouvelle société doit être documentée indépendamment du fait que la société soit «originellement» créée ou soit le résultat d'une scission. Nous plaçons donc pour une application étendue des dispositions sur la constitution d'une nouvelle société, et notamment pour la tenue d'une assemblée générale de fondation, lors de laquelle les statuts doivent être établis et les organes nommés. Au vu de sa fonction, la scission à des fins de fondation peut être qualifiée de stade intermédiaire entre une scission et une fondation.

3. L'attribution des parts sociales et des droits de sociétariat

- Dans une *scission symétrique*, les associés de la société transférante reçoivent, proportionnellement à leur participation antérieure, des parts sociales ou des droits de sociétariat de l'ensemble des sociétés participant à la scission.⁶³
- Dans une *scission asymétrique*, les associés de la société transférante reçoivent des parts sociales ou des droits de sociétariat de certaines ou de l'ensemble des sociétés participant à la scission, qui ne sont pas proportionnels à leur participation antérieure.⁶⁴ Un exemple: avant la scission, A et B détiennent chacun 50% de la société transférante. Dans une scission de type «séparation», A pourrait recevoir une part de 70% de la société reprenante contre 30% pour B, alors que celui-ci se verrait attribuer 90% de la société transférante contre seulement 10% pour A (exemple 1)⁶⁵. La

⁵⁷ Art. 30 LFus. Suivant la typologie juridique, le champ d'application de la scission est donc assez limité. Pour les autres formes (p. ex. une association), il reste toutefois comme alternative le transfert de patrimoine, voir p. ex. *Epper Martin*, *Stämpfli-Handkommentar zum FusG*, art. 30 N 3.

⁵⁸ Message concernant la LFus, p. 4085.

⁵⁹ Voir aussi l'aperçu dans le Message concernant la LFus, p. 4012 ss, titre 1.3.2.2.

⁶⁰ Art. 36 al. 1 LFus.

⁶¹ Art. 33 LFus.

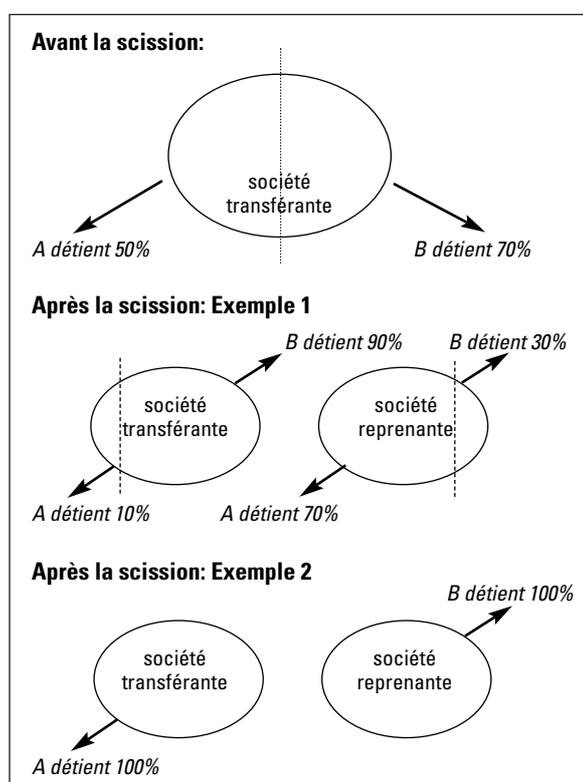
⁶² Art. 36 al. 2 LFus.

⁶³ Art. 31 al. 2 lit. a LFus.

⁶⁴ Art. 31 al. 2 lit. b LFus.

⁶⁵ Il n'est cependant pas nécessaire qu'il en résultent des pourcentages de participation inversés. Ceux-ci seraient seulement concevables dans les cas où les deux sociétés résultant de la scission sont de même valeur et où tous les droits de sociétariat sont conçus de la même façon.

scission asymétrique permet aussi d'exclure complètement certains associés de certaines sociétés reprenantes: ainsi, dans notre exemple, A pourrait se voir attribuer la totalité des parts de la société reprenante, alors que B acquiert la totalité de la société transférante (exemple 2).⁶⁶



Ces différentes alternatives peuvent être combinées de façon flexible. Par exemple, une scission de type «séparation» peut être opérée à des fins de reprise ou à des fins de fondation; de même, une division ou une séparation peuvent chacune être opérées de façon symétrique ou asymétrique, etc.

C. La procédure ordinaire de scission

1. Analogie avec la procédure de fusion

La procédure de scission connaît une structure très similaire à celle de la fusion. Les points suivants

notamment sont presque identiques: le rapport écrit sur la transaction, les bilans respectifs, la vérification par un réviseur qualifié, le droit des associés de consulter les documents, l'approbation par les assemblées générales respectives ainsi que l'inscription au registre du commerce. Il en va de même pour les assouplissements en faveur des petites et moyennes entreprises. Très souvent, la LFus renvoie, en ce qui concerne la procédure de scission, aux dispositions sur la fusion.

Pour cette raison, nous ne répéterons pas les étapes similaires à la fusion, mais nous limiterons à souligner deux éléments particuliers à la procédure de scission: (1) l'obligation d'établir un inventaire détaillant la répartition des objets du patrimoine entre les sociétés concernées et (2) les mesures plus strictes de protection des créanciers.

2. Le contrat de scission et l'inventaire

Le contrat de scission correspond en de nombreux points à celui de fusion. Son contenu est déterminé par l'art. 37 LFus. Dans une scission à des fins de fondation, il n'existe pas encore, à ce stade, de co-contractants. L'organe supérieur de la société transférante va donc établir l'équivalent du contrat de scission tout seul. Dans ce cas, la LFus parle de «projet de scission».⁶⁷

Dans une fusion, tous les éléments du patrimoine de la société transférante passent dans la société reprenante. Il en va différemment pour la scission: une partie du patrimoine demeure dans la société transférante (fusion de type «séparation»), ou encore, l'ensemble du patrimoine est réparti parmi plusieurs sociétés reprenantes. De plus, et contrairement à la fusion, la société transférante peut continuer à exister en cas de scission.⁶⁸ Pour ces raisons, il est important de désigner clairement quels éléments du patrimoine sont attribués à quelle société.

La loi requiert en conséquence que le contrat de scission contienne un inventaire. Cet inventaire doit clairement présenter l'attribution des éléments du pa-

⁶⁶ Pour une description détaillée des scissions symétriques et asymétriques, voir p.ex. *Glanzmann Lukas*, *Stämpfli-Handkommentar zum FusG*, art. 31 N 9 ss.

⁶⁷ Art. 36 al. 2 LFus.

⁶⁸ Dans cette mesure, le risque de double disposition sur la même position du patrimoine augmente, par exemple sur un immeuble transféré dans le cadre d'une scission à la société reprenante, mais qui figure toujours, selon le registre foncier, dans le patrimoine de la société transférante. Voir p. ex. *Klät Hanspeter/Turin Nicholas*, *Der Entwurf zum Fusionsgesetz*, REPRAX 1/2001, p. 1ss, p. 23.

trimoine actif et passif, ainsi que la répartition des fractions d'entreprise entre les sociétés impliquées.⁶⁹ Les immeubles, les papiers-valeurs et les valeurs immatérielles doivent être mentionnés de façon individuelle. Au surplus, l'inventaire doit contenir une liste des rapports de travail transférés lors de la scission.⁷⁰ Pour les autres éléments, une description générale suffit. A notre avis, des descriptions trop détaillées ou encore exhaustives devraient être évitées.⁷¹ En effet, un niveau élevé de détails augmente le risque d'omissions ou de conclusions *ex contrario*. En outre, les éléments concrets du patrimoine peuvent se modifier entre le moment de la conclusion du contrat de scission⁷² et celui de son approbation par l'assemblée générale.⁷³ Nous conseillons donc d'utiliser de préférence des descriptions plutôt générales, avec une mention séparée des positions particulièrement importantes.

L'article 38 LFus contient une réglementation de répartition des éléments du patrimoine qui, n'étant pas compris dans le contrat de scission, restent inattribués: en cas de division, ces objets appartiennent en copropriété à l'ensemble des sociétés reprenantes, proportionnellement à l'actif net qui leur revient en vertu du contrat de scission. En cas de séparation, ces objets demeurent au sein de la société transférante.⁷⁴

Selon le Message sur La loi sur la fusion,⁷⁵ l'inventaire doit présenter un excédent à l'actif. A notre avis, cette condition ne devrait pas être interprétée trop strictement: une «scission à des fins d'assainissement» devrait être admise dans certains cas, en particulier si le patrimoine transféré ne présente un tel excédent qu'une fois intégré dans la société reprenante (grâce à un effet de synergie). D'autre part, nous plaçons pour une application analogique des

dispositions de l'article 6 LFus: si les conditions relatives à la provision sont remplies par la société reprenante (fonds propres adéquats et librement disponibles), il devrait aussi être possible de transférer un inventaire ne présentant pas d'excédent à l'actif.

3. L'avis aux créanciers et la garantie des créances

Contrairement à la fusion, la scission prive les créanciers de la société transférante d'une partie du substrat «garantissant» leur créance. Ce risque potentiel implique des mesures relativement élevées de protection des créanciers.

Selon l'art. 46 LFus, les assemblées générales des sociétés impliquées dans une scission ne peuvent l'approuver qu'une fois accomplie la procédure de garantie des créances. Suivant cette procédure, chaque créancier peut exiger la garantie de sa créance,⁷⁶ y compris si elle est contestée ou conditionnelle.⁷⁷ Les créanciers sont informés sur leur droit par une triple publication dans la Feuille officielle suisse du commerce.⁷⁸ Ils peuvent exiger la garantie dans les deux mois à dater de la dernière publication.⁷⁹ Afin d'assurer le bon déroulement de la procédure de scission, il faudrait ainsi veiller à informer les créanciers au moins deux mois avant l'approbation de l'opération par l'assemblée générale, ainsi qu'à transmettre aux associés les documents relatifs aux créanciers.

Une société peut se libérer de l'obligation de fournir des sûretés en prouvant que la scission ne com-

⁶⁹ Art. 37 lit. b LFus.

⁷⁰ Art. 37 lit. i LFus.

⁷¹ Voir p. ex. *Malacrida Ralph*, Spaltung von Gesellschaften, in: Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Tagung zum neuen Fusionsgesetz, 10 septembre 2003, p. 17, qui partage cet avis.

⁷² Ou, dans une scission à des fins de fondation, l'établissement du «projet de scission».

⁷³ *Schenker Urs*, Stämpfli-Handkommentar zum FusG, art. 37 N 6.

⁷⁴ L'article 38 al. 1 LFus établit cette réglementation pour les objets à l'actif du patrimoine. L'alinéa 2 prévoit une application par analogie pour les créances et les droits immatériels.

⁷⁵ Message concernant la LFus, p. 4084.

⁷⁶ Le droit à une garantie ne concerne en principe que les créances nées *avant* l'appel aux créanciers. Cette restriction temporelle est nécessaire pour des raisons pratiques, l'obligation de fournir une garantie pouvant sinon s'avérer comme *perpetuum mobile* pour des créances fondées *après* l'appel aux créanciers. Une scission ne pourrait jamais aboutir si de nouvelles revendications naissaient pendant le délai de deux mois, puisque ce dernier devrait à son tour être prolongé en conséquence. En outre, on peut déduire du but de l'obligation de fournir une garantie que les droits sont nés (de bonne foi) en connaissance du patrimoine précédant la scission. D'autre part, le cercle des créances à garantir s'élargit au moins en faveur des employés, en vertu de la combinaison des art. 46 et 49 al. 2 LFus. Le montant futur de leurs créances de travail peut en effet facilement être déterminé à l'avance.

⁷⁷ *Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter*, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 53 N 163 zu Art. 733 OR.

⁷⁸ Art. 45 LFus.

⁷⁹ Art. 46 al. 1 LFus; Message concernant la LFus, p. 4095.

promet pas l'exécution de la créance concernée,⁸⁰ ou encore en exécutant la créance de manière anticipée, si cela ne lèse pas les droits des autres créanciers.⁸¹

IV. Droits et responsabilités

Sous le titre «dispositions communes», la LFus prévoit quelques moyens juridiques permettant de remédier aux effets néfastes de transactions irrégulières.

1. L'examen des parts sociales et des droits de sociétariat

Selon l'art. 105 LFus, chaque associé qui estime ne pas avoir reçu de compensation adéquate lors d'une fusion, d'une scission ou d'une transformation peut exiger dans les deux mois à dater de la décision sur la transaction que le juge lui attribue une soulte appropriée. Le jugement aura effet pour tous les associés des sociétés concernées, pour autant qu'ils soient dans la même situation que le demandeur. A notre avis, cet effet global n'intervient que dans les hypothèses où la demande de l'associé plaignant est satisfaite, car des imperfections dans la gestion d'une procédure judiciaire ne doivent pas se répercuter sur les droits des tiers.

Les coûts entraînés par le procès sont en général à la charge de la société reprenante. L'action de l'art. 105 LFus est à notre avis ouverte aux associés des sociétés transférantes et reprenantes; elle se dirige contre la société reprenante.⁸² Elle n'affecte pas la validité de la transaction elle-même et s'avère quasiment gratuite pour l'associé concerné. Cela pourrait avoir pour conséquence d'encourager les requêtes hasardeuses, les associés profitant de cette occasion d'obtenir un «plus» en faisant jouer l'action de l'art. 105 LFus. La pratique devra certainement fixer les limites à d'éventuels débordements.

2. L'annulabilité de la décision sur la transaction

Les associés qui n'ont pas approuvé une transaction peuvent l'attaquer en justice dans un délai de deux mois à dater de sa publication dans la Feuille of-

ficielle suisse du commerce.⁸³ En dérogation au droit commun des sociétés, les associés peuvent aussi attaquer la décision si elle n'a pas été prise par l'assemblée générale, mais par l'organe supérieur de direction (par exemple en cas de fusion simplifiée, en vertu des articles 23 et 24 LFus).⁸⁴

Conformément au principe de proportionnalité, le juge accorde d'abord le moyen de remédier à l'irrégularité attaquée. Ce n'est que s'il n'existe pas de remède ou qu'il reste sans effet que le juge annule la décision.⁸⁵

3. La responsabilité des personnes chargées de la transaction

Enfin, l'art. 108 LFus établit un régime de responsabilité relativement strict pour toutes les personnes chargées de la préparation ou de la conduite d'une transaction selon la LFus. La responsabilité s'étend à tout dommage causé intentionnellement ou par négligence envers les parties à la transaction, leurs associés ou leurs créanciers. En pratique, cette disposition aura pour effet d'aggraver la responsabilité des conseillers, notamment des avocats. La LFus renvoie à plusieurs dispositions du Code des obligations concernant la société anonyme; cependant, la responsabilité selon la LFus doit à notre avis être qualifiée de *lex specialis* par rapport au Code des obligations, et ainsi prévaloir dans tous les cas de collision.

V. Perspective sur la portée pratique de la fusion et de la scission

A. Fusion

Par rapport au droit existant, la procédure ordinaire de fusion devient plus complexe et probablement plus coûteuse.

⁸³ Art. 106 al. 1 LFus. Cette disposition ne mentionne que la décision de fusion, de scission ou de transformation. Le Message concernant la LFus (p. 4141; titre 2.1.9.4), en présentant l'al. 2 de l'art. 106 LFus, semble indiquer que la décision de transfert de patrimoine peut aussi être attaquée selon l'art. 106 LFus. A notre avis, l'annulabilité selon l'art. 106 LFus ne devrait pas être disponible pour les transferts de patrimoine, parce qu'elle serait pas compatible avec l'ordre des compétences dans le droit des sociétés. En plus, manque de normes spécifiques protégeant les associés dans le transfert du patrimoine; elle n'aura guère de champ d'application pratique, de toute façon.

⁸⁴ Message concernant la LFus, p. 4141; titre 2.1.9.4.

⁸⁵ Art. 107 LFus.

⁸⁰ Art. 46 al. 2 LFus.

⁸¹ Art. 46 al. 3 LFus.

⁸² Cela se laisse déduire de l'art. 105 al. 3 LFus.

Pourtant, une très grande partie des fusions bénéficieront des assouplissements prévus pour les sociétés de capitaux et les PME.⁸⁶ L'admission de la fusion avec dédommagement pécuniaire des sociétaires représente un pas vers une libéralisation en accord avec les exigences de la pratique.

Dès lors, ce sera surtout dans ces cas particuliers que la fusion connaîtra le cas échéant le plus de succès. Inversement, les fusions selon la procédure ordinaire seront moins fréquentes, probablement même moins qu'en vertu des actuels articles 748 et 749 CO.

2. Scission

La scission implique une procédure assez complexe, précise, donc coûteuse. Elle s'accompagne encore des mesures de protection des droits des créan-

ciers, ainsi que d'une stricte responsabilité solidaire de toutes les sociétés participantes. Toutefois, bon nombre d'effets d'une scission peuvent aussi être atteints au moyen d'un transfert de patrimoine, opération soumise à des règles beaucoup plus souples – une différence structurelle largement discutée.⁸⁷

La scission connaîtra ainsi un champ d'application relativement limité. Le cas typique sera celui où la continuité du sociétariat doit être garantie – notamment pour permettre une restructuration dans un groupe de sociétés. Des scissions sous forme de *spin-offs* de sociétés cotées en bourse pourront avoir lieu, attirant l'attention publique, comme cela a été le cas pour Novartis (Syngenta) ou Roche (Givaudan).⁸⁸

Toujours est-il que le transfert de patrimoine demeure la forme de transaction la moins réglementée et dès lors, très certainement, la plus attirante.

⁸⁶ Les PME représentent 997 sur 1'000 entreprises privées en Suisse, suivant une définition comme «entreprise privée avec moins de 250 employés» (une définition différente de celle de l'art 2 lit. e LFus). Voir *Stolz Peter*, Tendenzen im schweizerischen Wirtschaftsrecht – KMU und volkswirtschaftliche Effizienz, SJZ/RJSJ 1997, p. 113ss, p. 113.

⁸⁷ *Trigo Trindade Rita*, La fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine selon le nouveau droit, Jusletter 3 novembre 2003 [70]. Voir aussi *Malacrida Ralph*, Spaltung von Gesellschaften, in: Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Tagung zum neuen Fusionsgesetz, 10 septembre 2003, p. 27.

⁸⁸ A propos des *spin-offs* comme instruments de restructuration, voir p. ex. *Bühler Roger*, Spin-offs als Instrument der Umstrukturierung, Neue Zürcher Zeitung du 7 octobre 2000, p. 25. Pour d'autres raisons d'effectuer une scission, voir p. ex. *Zwicker Stefan/Künzle Hans Rainer*, Abspaltung von Unternehmensteilen bei der AG – rechtliche Aspekte, L'Expert-comptable suisse 11/1997, p. 993ss, p. 993.