

La protection des créanciers dans les opérations de restructuration de la LFus

Mémoire de maîtrise universitaire en droit

présenté à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique
de l'Université de Lausanne par

Matteo Berti

sous la direction du

Professeur Edgar Philippin

Semestre de printemps 2020

Table des matières

Table des abréviations.....	IV
Bibliographie.....	VI
I. Introduction.....	1
II. La protection des créanciers dans la LFus.....	2
A. La protection des créanciers en tant que but de la LFus	2
B. Les différents mécanismes de protection des créanciers	2
III. La protection des créanciers dans la fusion	4
A. Le régime de protection des créanciers dans la fusion	4
1. Les risques encourus par les créanciers	4
2. Les mécanismes de protection des créanciers.....	4
B. Le droit d'obtenir des sûretés (art. 25 LFus)	5
1. Généralités.....	5
2. L'appel aux créanciers	5
a. L'obligation de faire l'appel aux créanciers, son contenu et ses modalités	5
b. La possibilité de s'exonérer de l'appel aux créanciers	7
c. L'absence de contrôle et de sanction en cas de non-respect	7
3. Garantie des créances.....	8
a. Créances concernées et cercle des créanciers protégés.....	8
b. Requête à présenter par les créanciers	9
c. Genre et ampleur des sûretés	10
d. Moment de la fourniture des sûretés	11
e. La réserve de l'exécution en lieu et place	11
f. L'extinction de l'obligation de fournir des sûretés	12
g. Poursuite et voies de droit.....	14
C. Le maintien de la responsabilité personnelle antérieure des associés (art. 26 LFus)	14
1. Généralités.....	14
2. Créances concernées et cercle des créanciers protégés	15
a. Créances transférées exclusivement	15
b. Créances antérieures à la fusion.....	15
3. Fusions concernées.....	15
4. Continuation de la responsabilité.....	16
5. Limitation temporelle de la responsabilité.....	17
a. Cas général	17
b. Emprunts obligataires et autres titres d'obligation émis publiquement.....	19
IV. La protection des créanciers dans la scission.....	19
A. Le régime de protection des créanciers dans la scission.....	19
1. Les risques encourus par les créanciers	19
2. Les mécanismes de protection des créanciers.....	20
B. Le droit d'obtenir des sûretés (art. 45 et 46 LFus)	20
1. Généralités.....	20
2. L'appel aux créanciers	21
a. L'obligation de faire l'appel aux créanciers, son contenu et ses modalités	21
b. L'absence de possibilité de s'exonérer de l'appel aux créanciers.....	22
c. Contrôle et sanction en cas de non-respect.....	22

3.	Garantie des créances.....	23
a.	Créances concernées et cercle des créanciers protégés.....	23
b.	Requête à présenter par les créanciers	24
c.	Genre et ampleur des sûretés	25
d.	Moment de la fourniture des sûretés	25
e.	La réserve de l'exécution en lieu et place	26
f.	L'extinction de l'obligation de fournir des sûretés.....	26
g.	Poursuite et voies de droit.....	27
C.	La responsabilité solidaire subsidiaire (art. 47 LFus).....	28
1.	Généralités.....	28
2.	Créances concernées et cercle des créanciers protégés	28
a.	Créanciers transférés	29
b.	Créanciers demeurant dans la société transférante.....	29
c.	Créanciers préexistants de la (des) société(s) reprenante(s).....	30
3.	Subsidiarité de la responsabilité	31
4.	Limitation temporelle de la responsabilité.....	31
5.	Conséquences de la responsabilité solidaire.....	32
a.	Dans les relations externes	32
b.	Dans les relations internes	33
D.	Le maintien de la responsabilité personnelle antérieure des associés (art. 48 LFus)	34
1.	Généralités.....	34
2.	Renvoi pur et simple à l'article 26 LFus	34
V.	La protection des créanciers dans la transformation	35
A.	Le régime de protection des créanciers dans la transformation	35
1.	Les risques encourus par les créanciers	35
2.	Les mécanismes de protection des créanciers.....	36
B.	Le maintien de la responsabilité personnelle antérieure des associés (art. 68 al. 1 LFus).....	36
1.	Généralités.....	36
2.	Renvoi pur et simple à l'article 26 LFus	36
C.	L'absence d'appel aux créanciers et de sûretés en leur faveur	37
VI.	La protection des créanciers dans le transfert de patrimoine	37
A.	Le régime de protection des créanciers dans le transfert de patrimoine	37
1.	Les risques encourus par les créanciers	37
2.	Les mécanismes de protection des créanciers.....	38
B.	La responsabilité solidaire de l'ancien débiteur aux côtés du nouveau (art. 75 al. 1 et al. 2 LFus)	39
1.	Généralités.....	39
2.	Créances concernées et cercle des créanciers protégés	39
a.	Créances transférées exclusivement	39
b.	Créances antérieures au transfert de patrimoine	40
3.	Limitation temporelle de la responsabilité.....	40
4.	Conséquences de la responsabilité solidaire.....	41
C.	Le droit subsidiaire d'obtenir des sûretés (art. 75 al. 3 et al. 4 LFus)	41
1.	Généralités.....	41
2.	L'absence d'appel aux créanciers.....	41
3.	Garantie des créances.....	41

a.	Créances concernées et cercle des créanciers protégés.....	41
b.	Subsidiarité de la garantie des créances.....	42
c.	Requête à présenter par les créanciers	43
d.	Genre et ampleur des sûretés	44
e.	Moment de la fourniture des sûretés	44
f.	La réserve de l'exécution en lieu et place	45
g.	Poursuite et voies de droit.....	45
VII.	Comparaison et approche critique des différents régimes de protection des créanciers dans les opérations de restructuration de la LFus	46
A.	La protection des créanciers dans la scission : satisfaisante ou excessive ?	46
1.	Position des critiques.....	46
2.	Solutions proposées par la doctrine.....	48
B.	Conséquences liées à la comparaison entre les régimes de protection des créanciers de la scission et du transfert de patrimoine : vers une « scission en deux étapes » ?	50
VIII.	Conclusion	52

Table des abréviations

al.	alinéa(s)
AP	avant-projet
Art.	<i>Artikel</i> (article(s))
art.	article(s)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
cf.	<i>confer</i> (voir/se reporter à)
ch.	chiffre(s)
chap.	chapitre(s)
cit.	cité
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse. Livre cinquième : Droit des obligations (Code des obligations, RS 220)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
et al.	<i>et alii</i> (et autres)
FF	Feuille fédérale
GesKR	<i>Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen</i>
LFus	Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion, RS 221.301)
lit.	<i>littera</i> (lettre(s))
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
n.b.p.	note de bas de page
ORC	Ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce (RS 221.411)
p.	page(s)
phr.	phrase
PJA	Pratique juridique actuelle
PME	petite(s) et moyenne(s) entreprise(s)
REPRAX	Droit des sociétés et droit du registre du commerce : revue de la législation et de la pratique
RS	Recueil systématique du droit fédéral

RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
s.	et suivant(e)
SJ	Semaine judiciaire
ss	et suivant(e)s
vol.	volume(s)
Vorbem.	<i>Vorbemerkungen</i> (remarques préliminaires)

Bibliographie

Doctrine

- Affentranger Markus*, Commentaire des articles 25, 26, 45 à 48 et 75 LFus, in : Fusionsgesetz. Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts (*Baker & McKenzie*, édit.), 2^{ème} éd., Berne 2015.
- Affentranger Markus/Reinert Peter*, Commentaire de l'article 68 LFus, in : Fusionsgesetz. Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts (*Baker & McKenzie*, édit.), 2^{ème} éd., Berne 2015.
- Albrecht Andreas C.*, Vor Art. 3-28 LFus et commentaire des articles 3 à 6, 9 à 11, 25 et 26 LFus, 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) (*Frank Vischer*, édit.), 2^{ème} éd., Zurich et al. 2012.
- Altenburger Peter R./Calderan Massimo/Lederer Werner*, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht. Ein Handbuch zum Fusionsgesetz, zur Handelsregisterverordnung und zum Steuerrecht, Zurich et al. 2004.
- Amstutz Marc/Mabillard Ramon*, Fusionsgesetz (FusG). Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003, Bâle 2008.
- L'Esprit de la loi sur la fusion. Réflexions sur l'admissibilité des opérations hors LFus, RSDA 2011, p. 349-364.
 - Commentaire de l'introduction à la Loi sur la fusion, in : Commentaire romand. Code des obligations II. Commentaire art. 530-1186 CO, art. 120-141 LIMF, ORAb, avec des introductions à la LFus et la LTI (*Pierre Tercier/Marc Amstutz/Rita Trigo Trindade*, édit.), 2^{ème} éd., Bâle 2017.
- Bahar Rashid*, Commentaire des articles 29 à 48, 51, 52, 69 à 75 et 105 à 107 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, LIFD, LHID, LIA, LPP, LB, LSA) (*Henry Peter/Rita Trigo Trindade*, édit.), Genève et al. 2005.
- Scission au sens strict et substituts fonctionnels : réflexions théoriques, in : Les restructurations en droit des sociétés, du travail et international privé (*Henry Peter/Nicolas Dutoit*, édit.), Genève et al. 2010, p. 13-56.
- Bauen Marc/Bernet Robert*, Schweizer Aktiengesellschaft. Aktienrecht, Fusionsrecht, Börsenrecht, Steuerrecht, Zurich et al. 2007.
- Bauen Marc/Jegher Gion/Wenger Boris/Zen-Ruffinen Marie-Noëlle*, Merger law/Loi sur la fusion/Fusionsgesetz/Legge sulla fusione, Zurich et al. 2005.
- Beretta Piera*, Strukturanpassungen. Fusion – Spaltung – Umwandlung – Vermögensübertragung, Bâle 2006 (Schweizerisches Privatrecht, vol. VIII/8).
- Vor Art. 69-77 LFus et commentaire des articles 69 à 72 LFus, 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) (*Frank Vischer*, édit.), 2^{ème} éd., Zurich et al. 2012.
- Beretta Piera/Hubschmid Ursula*, Commentaire de l'article 68 LFus, 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) (*Frank Vischer, édit.*), 2^{ème} éd., Zurich et al. 2012.
- Binder Andreas*, Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften bei Spaltung und Vermögensübertragung. Ein Beitrag zu einer sachgerechten Auslegung des Fusionsgesetzes, Zurich 2005.
- Wege, Irrwege und Umwege für Umstrukturierungen. Situation de lege lata und Vorschläge de lege ferenda, GesKR 2007, p. 123-132.
- Binder Andreas/Roberto Vito/Schenker Urs/Tschäni Rudolf/Watter Rolf*, Projekt Minirevision Fusionsgesetz. Vorschläge Stand 18.02.2006 (<https://www.binderlegal.ch/uploads/media/Projekt_Minirevision_Fusionsgesetz.pdf>, dernière consultation le 29 avril 2020).
- Böckli Peter*, Schweizer Aktienrecht. Mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und Abschlussprüfung in neuer Fassung - unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, 4^{ème} éd., Zurich et al. 2009.
- Burckhardt Bertossa Jacqueline/Eichner Mark*, Commentaire des articles 32 à 35, 43, 44, 51 et 52 LFus, 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) (*Frank Vischer, édit.*), 2^{ème} éd., Zurich et al. 2012.
- Champeaux Christian*, Fusionsgesetz. Aspekte der Handelsregisterpraxis, REPRAX 2/2011, p. 51-73 et et REPRAX 3/2011, p. 1-19.
- Chapuis Olivier*, Loi sur la fusion. Questions choisies, REPRAX 2/2005, p. 18-28.
- Christ Benedict F.*, Commentaire des articles 73 à 75 LFus, 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) (*Frank Vischer, édit.*), 2^{ème} éd., Zurich et al. 2012.
- Vermögensübertragung. Beobachtungen aus praktischer Sicht, in : Das Fusionsgesetz. Bewährungsprobe nach dem 8. Jahr (*Marc Amstutz/Roland M. Müller/Inge Hochreutener, édit.*), Berne 2015, p. 109-131.
- Ehrat Felix R./Colombini Marco/Baumgartner Urs L./Oertle Matthias*, Commentaire de l'article 68 LFus, in : Basler Kommentar. Fusionsgesetz (*Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker, édit.*), 2^{ème} éd., Bâle 2015.
- Frick Joachim*, Vorbem. zu Art. 69-72 LFus et commentaire des articles 69 à 72 LFus, in : Fusionsgesetz. Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts (*Baker & McKenzie, édit.*), 2^{ème} éd., Berne 2015.
- Gasser Urs/Eggenberger Christian*, Vorentwurf zu einem Fusionsgesetz. Grundzüge und ausgewählte Einzelfragen, PJA 1998, p. 457-481.
- Gerhard Frank*, Scission au sens strict et substituts fonctionnels : observations pratiques, in : Les restructurations en droit des sociétés, du travail et international privé (*Henry Peter/Nicolas Dutoit, édit.*), Genève et al. 2010, p. 57-87.
- Glanzmann Lukas*, Umstrukturierungen. Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 3^{ème} éd., Berne 2014.

- Verfasst das Schweizer Fusionsgesetz einen Numerus clausus ?, in : Das Fusionsgesetz. Bewährungsprobe nach dem 8. Jahr (*Marc Amstutz/Roland M. Müller/Inge Hochreutener*, édit.), Berne 2015, p. 1-33.
- Gübeli Christian A.*, Gläubigerschutz im Erbrecht, thèse, Zurich 1999.
- Hanselmann Petra*, Commentaire des articles 29 et 30 LFus, in : Fusionsgesetz. Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts (*Baker & McKenzie*, édit.), 2^{ème} éd., Berne 2015.
- Hirsiger Caroline*, Der Schutz der Gesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer bei der Fusion von Kapitalgesellschaften nach schweizerischem und europäischem Fusionsrecht, thèse Bâle, Zurich et al. 2006.
- Hubatka Judith/Werder-Stern Andrea*, Der Gläubigerschutz bei Emigrationstatbeständen unter FusG i.V.m. IPRG (Sitzverlegung, Fusion, Spaltung), REPRAX 1/2014, p. 1-31.
- Kägi Urs/Ehret Felix R.*, Commentaire des articles 45 à 48 et 75 LFus, in : Basler Kommentar. Fusionsgesetz (*Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker*, édit.), 2^{ème} éd., Bâle 2015.
- Kläy Hanspeter/Domenghini Federico*, La nuova legge sulla fusione, REPRAX 2-3/2004, p. 106-124.
- Looser-Krogh Peter*, Die Vermögensübertragung. Kompromiss zwischen Strukturanpassungsfreiheit und Vertragsschutz im Entwurf des Fusionsgesetzes, PJA 2000, p. 1095-1111.
- Malacrida Ralph*, Neuer Wind im Restrukturierungsrecht. Kurswechsel im Gläubigerschutz ?, GesKR 2007, p. 236-255.
- Commentaire des articles 69 à 74, 86, 87 et 98 LFus, in : Basler Kommentar. Fusionsgesetz (*Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker*, édit.), 2^{ème} éd., Bâle 2015.
- Martini Claudia K.*, Commentaire de l'article 108 LFus, 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) (*Frank Vischer*, édit.), 2^{ème} éd., Zurich et al. 2012.
- Maurenbrecher Benedikt/Waller Stefan*, Commentaire de l'article 108 LFus, in : Basler Kommentar. Fusionsgesetz (*Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker*, édit.), 2^{ème} éd., Bâle 2015.
- Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter*, Droit suisse des sociétés. Avec mise à jour 2015 (édition française par *Peter Jordanov*), Berne 2015.
- Meisterhans Clemens*, FusG : alles erleichtert ?, in : Das Fusionsgesetz : Bewährungsprobe nach dem 8. Jahr (*Marc Amstutz/Roland M. Müller/Inge Hochreutener*, édit.), Berne 2015, p. 189-197.
- Office fédéral du registre du commerce*, Commentaire abrégé des dispositions d'exécution de l'ordonnance sur le registre du commerce relatives à la loi sur la fusion 11 octobre 2004, REPRAX 2-3/2004, p. 40-78.
- Olgiasi Lorenzo*, Commentaire des articles 1 à 111 LFus, in : Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse : FusG, UWG, PauRG und KKG (*Marc Amstutz/Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb*, édit.), 3^{ème} éd., Zurich et al. 2016.
- Peter Henry*, Commentaire des articles 1, 2 et 53 à 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, LIFD, LHID, LIA, LPP, LB, LSA) (*Henry Peter/Rita Trindade*, édité.), Genève et al. 2005 (cit. 2005a).
- LFus : concepts généraux et questions controversées, SJ 2005 II, p. 71-103 (cit. 2005b).
 - La LFus : chronique d'un échec ?, in : Les restructurations en droit des sociétés, du travail et international privé (*Henry Peter/Nicolas Dutoit*, édité.), Genève et al. 2010, p. 1-12.
- Peter Henry/Wyler Rémy*, Commentaire de l'article 68 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, LIFD, LHID, LIA, LPP, LB, LSA) (*Henry Peter/Rita Trindade*, édité.), Genève et al. 2005.
- Pfeifer Michael/Dobry Oesch Karolina*, Vor Art. 29-52 LFus et commentaire des articles 29 à 31 LFus, 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) (*Frank Vischer*, édité.), 2^{ème} éd., Zurich et al. 2012.
- Pfeifer Michael/Meier Andreas L.*, Ausschliesslichkeit der Regelung der FusG für Strukturanpassungen, insbesondere für Spaltungen ?, PJA 2004, p. 833-838.
- Pfeifer Michael/Müller Roland M.*, Commentaire des articles 45 à 48 LFus, 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) (*Frank Vischer*, édité.), 2^{ème} éd., Zurich et al. 2012.
- Philippin Edgar*, Régime matrimonial et protection des créanciers : articles 193 CC et 57 LDIP, thèse Lausanne, Berne 2000.
- Reutter Thomas U.*, Commentaire des articles 43 et 44 LFus, in : Basler Kommentar. Fusionsgesetz (*Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker*, édité.), 2^{ème} éd., Bâle 2015.
- Rouiller Nicolas/Bauen Marc/Bernet Robert/Lasserre Rouiller Colette*, La société anonyme suisse. Droit commercial, droit comptable, responsabilité, loi sur la fusion, droit boursier, droit fiscal, 2^{ème} éd., Genève et al. 2017.
- Ruedin Roland*, La protection des créanciers dans le projet de loi sur la fusion, in : Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht : Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag (*Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Roger Zäch/Dieter Zobl*, édité.), Zurich et al. 2003, p. 687-703.
- Schnyder Anton K.*, Alternative und kumulative Anknüpfung als Fragestellung des Schutzes von Gläubigern und Anteilseignern im Internationalen Gesellschaftsrecht, in : Individuum und Verband. Festgabe zum schweizerischen Juristentag 2006 (*Roger Zäch et al.*, édité.), Zurich et al. 2006, p. 377-393.
- Schumacher Reto T.*, Die Vermögensübertragung nach dem Fusionsgesetz, thèse Zurich, Zurich et al. 2005.
- Thévenaz Alain*, La protection des créanciers et des associés lors de la scission de sociétés, RSDA 2004, p. 208-214.
- Thomi Roger/Reich Philippe M.*, Commentaire de l'article 1 LFus, in : Fusionsgesetz. Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts (*Baker & McKenzie*, édité.), 2^{ème} éd., Berne 2015.

- Trigo Trindade Rita*, Commentaire des articles 3 à 26 et 108 à 110 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, LIFD, LHID, LIA, LPP, LB, LSA) (*Henry Peter/Rita Trigo Trindade*, édit.), Genève et al. 2005.
- Trigo Trindade Rita/Griessen Cotti Annie*, FusG. Echo aus der Praxis, GesKR 2007, p. 144-152.
- Trigo Trindade Rita/Peter Henry/Griessen Cotti Annie*, La loi sur la fusion en application, PJA 2008, p. 55-71.
- Truffer Roland*, Commentaire des articles 25 et 26 LFus, in : Basler Kommentar. Fusionsgesetz (*Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker*, édit.), 2^{ème} éd., Bâle 2015.
- Vischer Frank*, Des principes de la loi sur la fusion et de quelques questions controversées, RSDA 2004, p. 155-161.
- Vischer Markus*, Spaltung mittels Vermögensübertragung, GesKR 2012, p. 569-575.
- Vischer Markus/Gnos Urs P.*, Erfahrungen mit dem Fusionsgesetz, PJA 2006, p. 783-807.
- Vogel Alexander/Heiz Christoph/Behnisch Urs R./Sieber Andrea/Opel Andrea*, FusG. Kommentar. Fusionsgesetz mit weiteren Erlassen, 3^{ème} éd., Zurich 2017.
- von Büren Roland/Kindler Thomas*, Der Vorentwurf zu einem neuen Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz, FusG), RSDA 1998, p. 1-14.
- von Büren Roland/Stoffel Walter A./Weber Rolf H.*, Grundriss des Aktienrechts. Mit Berücksichtigung der laufenden Revision, 3^{ème} éd., Zurich et al. 2011.
- von der Crone Hans Caspar/Gersbach Andreas*, La fusion et la scission : procédure et réalisation (dans une perspective pratique), RSDA 2004, p. 186-196.
- von der Crone Hans Caspar/Gersbach Andreas/Kessler Franz J./von der Crone Brigitte/Ingber Karin*, Das Fusionsgesetz, 2^{ème} éd., Zurich et al. 2017.
- von Salis Ulysses*, Fusionsgesetz (<http://fusionsgesetz.ch/fusg_082004.pdf>, dernière consultation le 18 mai 2020).
- Walder Hans Ulrich*, Gläubigerschutz im schweizerischen Erbrecht, in : Festschrift für Claudio Soliva zum 65. Geburtstag (*Clausdieter Schott/Eva Petrig Schuler*, édit.), Zurich 1994, p. 339-348.
- Watter Rolf/Büchi Raffael*, Die Spaltung nach Fusionsgesetz als Mauerblümchen der Praxis ?, GesKR 2007, p. 164-169.
- Commentaire des articles 29 à 35, 51 et 52 LFus, in : Basler Kommentar. Fusionsgesetz (*Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker*, édit.), 2^{ème} éd., Bâle 2015.
- Watter Rolf/Kägi Urs*, Haftung des übernehmenden Rechtsträgers für « zurückbleibende » Verbindlichkeiten bei Vermögensübertragung/Ausgliederung ? Zulässigkeit einer reziproken Ausgestaltung von Art. 75 FusG auf vertraglicher Basis, in : Law & Economics. Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag (*Robert Waldburger/Peter Sester/Christoph Peter/Charlotte M. Baer*, édit.), Berne 2015, p. 279-304.
- Weber Martin*, Commentaire des articles 1 à 111 LFus, in : Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse : FusG, UWG, PauRG und KKG (*Marc Amstutz/Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb*, édit.), 3^{ème} éd., Zurich et al. 2016.

Wyler Rémy/Heinzer Boris, La protection des partenaires contractuels dans la loi sur la fusion, in : Coopération et fusion d'entreprises (Mathieu Blanc/Laure Dallèves, édit.), Lausanne 2005, p. 169-221.

Wyss Alexander, Commentaire des articles 18, 20, 43, 44, 64 et 65 LFus, in : Fusionsgesetz. Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts (Baker & McKenzie, édit.), 2^{ème} éd., Berne 2015.

Zobl Dieter, Die Umwandlung von Gesellschaften nach neuem FusG, RSDA 2004, p. 169-177.

Documents officiels

Avant-projet de loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation de sujets (loi sur la fusion), novembre 1997 (cit. AP-LFus).

Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion ; LFus) du 13 juin 2000, FF 2000 p. 3995 ss (cit. Message LFus).

Rapport explicatif concernant l'avant-projet de loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation de sujets (loi sur la fusion), novembre 1997 (cit. Rapport explicatif AP-LFus).

I. Introduction

Les créanciers font partie des acteurs les plus protégés en droit suisse. En effet, la position de créancier implique par définition une prise de risques, le premier de ces risques étant celui de non-exécution de la créance. Dans le cas le plus fréquent, c'est-à-dire celui de la créance pécuniaire, cela se traduit par le risque d'insolvabilité du débiteur qui, dans le pire scénario, engendrerait *in fine* l'impossibilité pour celui-ci d'honorer sa dette.

Ainsi, nombreux sont les domaines du droit dans lesquels le législateur a instauré des mécanismes de protection ou des dispositions légales dont le but principal ou accessoire est de défendre les intérêts des créanciers. C'est principalement le cas en droit de la poursuite et de la faillite, mais également en droit commercial, en droit matrimonial, en droit successoral ou encore en droit international privé¹.

Le droit des restructurations d'entreprises n'y échappe pas, car il est indispensable de protéger les créanciers d'une société qui mute. En effet, une modification dans la structure même d'une société peut avoir toute une série de conséquences pouvant affecter les créanciers : par exemple, une modification de la substance économique de leur débiteur ou un changement, voire une suppression, de leur débiteur initial.

La loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion, LFus), entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004, a répondu au besoin de protection des créanciers en instaurant, pour chacune des opérations de restructuration qu'elle régit, des mécanismes concrets visant à les protéger. Cette loi n'a fait suite à rien dans le domaine, car avant son introduction tant les restructurations de sociétés que la protection des créanciers étaient réalisées à l'aide de dispositions éparses du CO et des outils de droit commun que nous possédions déjà à l'époque².

Le présent travail vise à présenter les différents instruments de protection des créanciers prévus par la LFus ainsi que les principales critiques formulées à leur encontre.

Dans ce but, nous examinerons avant tout de quelle façon la protection des créanciers a été appréhendée par la LFus et quelle place lui a été réservée dans cette loi (cf. infra chap. II). Dans un deuxième temps, nous analyserons en détail les mécanismes spécifiques de protection des créanciers prévus par la LFus pour chacune des opérations de restructuration : la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (cf. infra chap. III à VI). Finalement, nous aborderons une approche plus critique de la réglementation qui sera en particulier centrée sur les reproches à l'encontre du régime de protection des créanciers en matière de scission (cf. infra chap. VII).

¹ A titre d'exemples, nous pouvons citer : en droit international privé : *Judith Hubatka/Andrea Werder-Stern* (2014), *Caroline Hirsiger* (2006), *Anton K. Schnyder* (2006) et *Edgar Philippin* (2000) ; en droit matrimonial : *Edgar Philippin* (2000) ; en droit successoral : *Christian A. Gübeli* (1999) et *Hans Ulrich Walder* (1994).

² *Roland von Büren/Thomas Kindler* (1998), p. 2.

II. La protection des créanciers dans la LFus

A. La protection des créanciers en tant que but de la LFus

L'article 1 alinéa 2 LFus prévoit que cette loi « garantit la sécurité du droit et la transparence tout en protégeant les créanciers, les travailleurs et les personnes disposant de participations minoritaires » et place ainsi la protection des créanciers parmi les buts poursuivis par la loi. Cette disposition exprime le « principe de l'immunité des créanciers » qui veut que les créanciers ne doivent pas subir (ou risquer de subir) de préjudice du fait de la restructuration³. Les créanciers font donc partie des trois catégories de parties prenantes aux opérations de restructuration considérées comme particulièrement vulnérables et qui méritent d'être protégées⁴.

Comme l'expose le Message du Conseil fédéral au sujet de la LFus, « même si la portée d'une telle disposition peut paraître limitée, elle revêt néanmoins une certaine utilité lors de l'interprétation de la loi. Lorsque plusieurs interprétations sont possibles, il y a lieu de choisir celle qui réalise au mieux les buts poursuivis »⁵ par la LFus.

B. Les différents mécanismes de protection des créanciers

La portée limitée de l'article 1 alinéa 2 LFus est également due aux nombreuses dispositions de la LFus qui mettent en œuvre la protection des créanciers.

Tout d'abord, la réglementation de chacune des opérations de restructuration prévues par la LFus comporte une ou plusieurs dispositions spécifiques destinées à protéger les intérêts des créanciers en instaurant notamment des devoirs de publicité, la responsabilité des associés pour les dettes ou la fourniture de sûretés. Seuls les mécanismes de protection des créanciers qui découlent de ces dispositions spécifiques feront l'objet du présent travail. Il s'agit :

- pour la fusion, des articles 25 et 26 LFus (cf. infra chap. III) ;
- pour la scission, des articles 45 à 48 LFus (cf. infra chap. IV) ;
- pour la transformation, de l'article 68 alinéa 1 LFus (cf. infra chap. V) ;
- pour le transfert de patrimoine, de l'article 75 LFus (cf. infra chap. VI).

À côté de ces dispositions spécifiques protectrices des créanciers, la LFus comporte de nombreuses autres dispositions et institutions qui ont également pour effet de contribuer, de près ou de loin, à la protection des créanciers. Il s'agit notamment⁶ :

³ Henry Peter (2005b), p. 85.

⁴ Henry Peter (2005a), art. 1 LFus n° 14.

⁵ Message LFus, p. 4042.

⁶ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 45 LFus n° 6, art. 68 LFus n° 5, art. 75 LFus n° 7 s. ; Benedict F. Christ (2015), p. 122 ; Felix R. Ehrat/Marco Colombini (2015), art. 68 LFus n° 5 ss ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 45 LFus n° 1h ss, art. 75 LFus n° 4 ss ; Roger Thomi/Philippe M. Reich (2015), art. 1 LFus n° 21 ; Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 10 ss ;

- du catalogue des opérations autorisées (art. 4 LFus pour la fusion, art. 30 LFus pour la scission, art. 54 LFus pour la transformation, art. 69 al. 1 LFus pour le transfert de patrimoine) ;
- de l'obligation d'établir un rapport et de le faire vérifier par un expert-réviser agréé (art. 14 et 15 LFus pour la fusion, art. 39 et 40 LFus pour la scission, art. 61 et 62 LFus pour la transformation) ;
- des règles générales sur le capital social (art. 10 LFus pour la fusion, art. 34 LFus pour la scission, art. 57 LFus pour la transformation, art. 69 al. 2 LFus pour le transfert de patrimoine) ;
- de l'exigence de disposer de fonds propres librement disponibles pour couvrir un éventuel dédommagement (art. 8 LFus) ou une soulte (art. 7 al. 2 LFus) ;
- de l'action en responsabilité dans les restructurations (art. 108 LFus) ;
- de l'obligation d'établir un bilan intermédiaire (art. 11 LFus pour la fusion, art. 35 LFus pour la scission, art. 58 LFus pour la transformation) ;
- de la responsabilité solidaire pour les dettes non attribuées en matière de scission (art. 38 al. 3 LFus) ;
- des règles concernant les fusions de sociétés en situation de perte en capital ou de surendettement (art. 6 LFus) ;
- de la nécessité d'un excédent actif du patrimoine transféré en matière de transfert de patrimoine (art. 71 al. 2 LFus).

Par ailleurs, pour toutes les restructurations dites « spéciales »⁷ il existe également des dispositions, générales⁸ ou spécifiques⁹, analogues à celles que l'on retrouve dans la réglementation des restructurations « ordinaires », qui se contentent en général de renvoyer à ces dispositions ou de permettre de renoncer à celles-ci.

Finalement, bien qu'elle ne soit pas directement traitée par une disposition spécifique de la LFus,

Piera Beretta (2012), Vor Art. 69-77 LFus n° 11 ; *Marc Amstutz/Ramon Mabillard* (2008), art. 25 LFus n° 1, art. 75 LFus n° 2 ; *Caroline Hirsiger* (2006), p. 239 ; *Marc Bauen/Gion Jegher/Boris Wenger/Marie-Noëlle Zen-Ruffinen* (2005), p. 154, p. 171 ; *Henry Peter* (2005a), art. 1 LFus n° 14.

⁷ Il s'agit de toutes les restructurations de fondations, d'institutions de prévoyance ou de PME, des restructurations auxquelles participent des instituts de droit public ainsi que des fusions simplifiées de sociétés de capitaux.

⁸ Pour les restructurations de fondations : art. 80, 81 et 86 al. 2 LFus ; pour les restructurations d'institutions de prévoyance : art. 89, 91, 92, 97 al. 3 et 98 al. 2 LFus ; pour les restructurations auxquelles participent des instituts de droit public : art. 100 al. 1 LFus ; pour les restructurations de PME : art. 14 al. 2, 15 al. 2, 39 al. 2, 40, 61 al. 2 et 62 al. 2 LFus ; pour les fusions simplifiées de sociétés de capitaux : art. 24 LFus.

⁹ Pour les restructurations de fondations : art. 81 al. 3, 85 al. 1 à 3 et 86 al. 2 LFus ; pour les restructurations d'institutions de prévoyance : art. 96 al. 1 à 4, 97 al. 3 et 98 al. 2 LFus ; pour les restructurations auxquelles participent des instituts de droit public : art. 101 LFus.

une problématique également liée à la protection des créanciers est celle de la réduction du capital de la société transférante à la suite d'une séparation (au sens de l'art. 29 lit. b LFus)¹⁰.

III. La protection des créanciers dans la fusion

A. Le régime de protection des créanciers dans la fusion

1. *Les risques encourus par les créanciers*

Pour les créanciers de la (des) société(s) transférante(s), une fusion impose un changement de débiteur, et cela sans qu'ils aient à donner leur consentement (contrairement aux règles applicables pour la reprise de dette, cf. art. 175 ss CO). Ils perdent leur débiteur pour en gagner un nouveau (la société reprenante) qui, en général, est déjà engagé à l'égard d'autres créanciers. Le nouvel actif social répond de toutes les dettes de la société reprenante, c'est-à-dire de ses propres dettes et de celles qui lui ont été transférées par le biais de la fusion. Cela peut également engendrer une diminution de leur taux de couverture. De plus, ils peuvent subir une modification du régime de responsabilité des associés pour les dettes sociales¹¹.

Pour les créanciers de la société reprenante, une fusion implique l'arrivée de nouveaux créanciers et donc une modification du pourcentage de couverture de leurs créances par l'actif social de la société reprenante¹².

Il découle de ces considérations que la fusion est souvent considérée comme étant relativement peu dangereuse pour les créanciers, car, à l'inverse de la scission¹³, elle ne cause en général pas de perte de substrat de responsabilité¹⁴. Au contraire, ayant pour conséquence la réunion de deux patrimoines ou plus (surtout si ceux-ci présentent tous un excédent d'actifs), la plupart des fusions ne portent pas du tout atteinte aux intérêts des créanciers¹⁵.

2. *Les mécanismes de protection des créanciers*

Pour répondre aux risques relatifs à une fusion, le législateur a prévu deux mécanismes spécifiques de protection des créanciers : l'appel aux créanciers et l'obligation de garantir

¹⁰ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 45 LFus n° 3 ; Markus Affentranger (2015), art. 45 LFus n° 1 ; Michael Pfeifer/Roland M. Müller (2012), art. 45 LFus n° 2 ; Message LFus, p. 4094.

¹¹ Roland Ruedin (2003), p. 688. Voir aussi : Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 5 ; Markus Affentranger (2015), art. 25 LFus n° 3 ; Lukas Glanzmann (2014), n° 603.

¹² Roland Ruedin (2003), p. 688.

¹³ Cf. infra chap. IV.A.1.

¹⁴ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 3 ; Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 2 ; Message LFus, p. 4078 s. Voir aussi : Markus Affentranger (2015), art. 25 LFus n° 2 ; Lukas Glanzmann (2014), n° 603 ; Peter Böckli (2009), §3 n° 156.

¹⁵ Message LFus, p. 4078 s. Voir aussi : Marc Bauen/Gion Jegher/Boris Wenger/Marie-Noëlle Zen-Ruffinen (2005), p. 141 ; Rémy Wyler/Boris Heinzer (2005), p. 169 s. ; Hanspeter Kläy/Federico Domenghini (2004), p. 121.

leurs créances à l'article 25 LFus (cf. infra chap. B) et le maintien de la responsabilité personnelle antérieure des associés de la (des) société(s) transférante(s) à l'article 26 LFus (cf. infra chap. C)¹⁶.

B. Le droit d'obtenir des sûretés (art. 25 LFus)

1. *Généralités*

Le premier instrument spécifique de protection des créanciers en matière de fusion est le droit accordé aux créanciers d'obtenir, à certaines conditions et sur requête, la garantie de leurs créances (cf. infra chap. 3) et l'obligation pour les sociétés fusionnantes d'effectuer un appel aux créanciers les informant de ce droit (cf. infra chap. 2).

En matière de fusion, la garantie des créances intervient postérieurement à l'effectivité de l'opération¹⁷.

2. *L'appel aux créanciers*

a. *L'obligation de faire l'appel aux créanciers, son contenu et ses modalités*

L'article 25 alinéa 2 LFus *in initio* dispose que les sociétés participant à la fusion informent leurs créanciers de leur droit de requérir des sûretés par une triple publication dans la Feuille officielle suisse du commerce¹⁸. L'appel aux créanciers (aussi appelé « avis aux créanciers ») doit donc contenir toutes les indications nécessaires aux créanciers pour leur permettre de prendre connaissance de leur droit et de l'exercer s'ils le souhaitent, notamment le nom des sociétés participantes, la date de l'effectivité de la fusion, l'indication des personnes de références et du délai pour produire les créances¹⁹.

Une question qui se pose est celle du moment de l'appel aux créanciers, car le texte de loi n'y répond pas directement et la doctrine pas unanimement. En effet, la loi use le pluriel et parle des « sociétés qui fusionnent ». Une partie minoritaire de la doctrine en déduit, par pure interprétation littérale, que la triple publication des avis aux créanciers doit avoir lieu avant l'inscription de la fusion au registre du commerce, car après celle-ci il ne reste plus qu'une seule société (la société reprenante)²⁰. Cependant, selon la doctrine majoritaire, cette interprétation littérale ne correspond

¹⁶ Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 10 ; Rita Trigo Trindade (2005), art. 25 LFus n° 7.

¹⁷ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 7 ; Markus Affentranger (2015), art. 25 LFus n° 3 s. ; Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 14 ; Andreas C. Albrecht (2012), art. 25 LFus n° 3 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 2 et n° 4.

¹⁸ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 22 ; Markus Affentranger (2015), art. 25 LFus n° 14 ; Lukas Glanzmann (2014), n° 627 ; Andreas C. Albrecht (2012), art. 25 LFus n° 11.

¹⁹ Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 27 ; Lukas Glanzmann (2014), n° 633 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 12 ; Rita Trigo Trindade (2005), art. 25 LFus n° 15 s.

²⁰ Markus Affentranger (2015), art. 25 LFus n° 14 ; Peter R. Altenburger/Massimo Calderan/Werner Lederer (2004), n° 253.

ni à la pratique ni au concept de protection des créanciers postérieure à la fusion introduit par le législateur dans la LFus. De plus, les créanciers ne peuvent de toute façon pas requérir de sûretés avant l'effectivité de la fusion, il n'est dès lors pas indispensable que la triple publication ait lieu avant celle-ci. Ainsi, une partie majoritaire de la doctrine admet que la triple publication des avis aux créanciers ait lieu après l'inscription de la fusion au registre du commerce et c'est d'ailleurs ce qui arrive le plus souvent en pratique²¹.

L'admission de la triple publication après l'effectivité de la fusion peut cependant mener à des difficultés au vu du fait que le délai de trois mois pour requérir des sûretés part dès la date à laquelle la fusion déploie ses effets (cf. art. 25 al. 1 LFus), et non dès la troisième publication de l'appel aux créanciers dans la Feuille officielle suisse du commerce²². Par ailleurs, les trois publications doivent être effectuées dans trois numéros différents, mais peuvent l'être dans trois numéros consécutifs de la Feuille officielle suisse du commerce²³. Ainsi, il est imaginable que la triple publication des avis aux créanciers ait lieu quelques jours avant, voire après, la fin du délai pour requérir des sûretés, limitant ainsi fortement son utilité²⁴. Dans les faits, une telle hypothèse aurait pour effet de raccourcir considérablement, voire de supprimer totalement, le délai de production des créances²⁵. Or, le législateur n'a prévu aucune sanction pour les cas où les avis aux créanciers ne sont pas effectués ou le sont trop tardivement (seule une action en responsabilité demeure ouverte aux créanciers dans ces situations)²⁶ et est ainsi parti du principe que les créanciers devaient être attentifs à l'inscription de la fusion au registre du commerce marquant le départ du délai de trois mois.

Afin de limiter les risques d'abus, il est dès lors préférable d'effectuer les avis aux créanciers immédiatement, ou dans un délai approprié, après la date à laquelle la fusion déploie ses effets (cf. art. 22 LFus)²⁷.

²¹ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 24 ; Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Brigitte von der Crone/Karin Ingber (2017), n° 378 ; Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 26 ; Lukas Glanzmann (2014), n° 630 ; Andreas C. Albrecht (2012), art. 25 LFus n° 12 ; Peter Böckli (2009), §3 n° 159 ; Rita Trigo Trindade (2005), art. 25 LFus n° 19 s. ; Ulysses von Salis (2004), p. 179.

²² Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 25 s. ; Markus Affentranger (2015), art. 25 LFus n° 14 ; Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 26 ; Andreas C. Albrecht (2012), art. 25 LFus n° 12 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 11 ; Rita Trigo Trindade (2005), art. 25 LFus n° 18 et n° 22.

²³ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 22 ; Markus Affentranger (2015), art. 25 LFus n° 14 ; Lukas Glanzmann (2014), n° 627 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 11 ; Rita Trigo Trindade (2005), art. 25 LFus n° 17 ; Peter R. Altenburger/Massimo Calderan/Werner Lederer (2004), n° 255 ; Ulysses von Salis (2004), p. 179.

²⁴ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 25 ; Andreas C. Albrecht (2012), art. 25 LFus n° 12.

²⁵ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 25.

²⁶ Cf. infra chap. III.B.2.c.

²⁷ Pour un délai d'environ dix à quinze jours ouvrables, voir : Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 26. Pour un délai d'un mois, voir : Lukas

b. *La possibilité de s'exonérer de l'appel aux créanciers*

Le législateur semble avoir limité l'intérêt qu'il accordait à l'appel aux créanciers en matière de fusion en y prévoyant une exception dans la loi. En effet, l'article 25 alinéa 2 LFus *in fine* indique que les sociétés participant à la fusion peuvent renoncer à la triple publication des avis aux créanciers si un expert-réviseur agréé atteste que l'ensemble des créances connues ou escomptées peuvent être exécutées au moyen de la fortune disponible des sociétés fusionnantes²⁸. Le moment déterminant pour effectuer ce test est celui de la fusion, ou immédiatement après celle-ci, mais non la date du bilan²⁹.

Selon le Message du Conseil fédéral au sujet de la LFus, « [cette] possibilité de dispenser les sociétés qui fusionnent de procéder aux avis aux créanciers a été introduite afin de tenir compte des fusions qui mettent en cause des sociétés financièrement saines »³⁰.

Il est important de noter que le fait d'obtenir ladite attestation d'un expert-réviseur agréé permet uniquement de renoncer à l'appel aux créanciers ; elle ne dispense en aucun cas de l'obligation de fournir des sûretés tant que celle-ci ne s'est pas éteinte^{31 32}.

c. *L'absence de contrôle et de sanction en cas de non-respect*

Outre le fait d'y prévoir une exception, le législateur a également limité l'importance accordée à l'appel aux créanciers en omettant de sanctionner le non-respect de cette obligation. En effet, la loi ne prévoit pas de sanction en cas de violation de l'obligation d'effectuer la triple publication dans la Feuille officielle suisse du commerce et aucune instance n'est chargée de contrôler le respect de cette obligation³³.

L'unique possibilité pour les créanciers est d'intenter une action en responsabilité au

Glanzmann (2014), n° 631 ; Andreas C. Albrecht (2012), art. 25 LFus n° 12. Pour une publication simultanée, voir : Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 11. Pour une publication immédiatement après, voir : Rita Trigo Trindade (2005), art. 25 LFus n° 19. Pour un délai de trois mois, voir : Ulysses von Salis (2004), p. 184.

²⁸ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 27 ; Markus Affentranger (2015), art. 25 LFus n° 15 ; Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 29 ; Lukas Glanzmann (2014), n° 629 ; Andreas C. Albrecht (2012), art. 25 LFus n° 13 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 13.

²⁹ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 27 ; Markus Affentranger (2015), art. 25 LFus n° 15 ; Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 29 ; Lukas Glanzmann (2014), n° 629 ; Peter Böckli (2009), §3 n° 163.

³⁰ Message LFus, p. 4079.

³¹ Cf. infra chap. III.B.3.f.

³² Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 29a ; Markus Affentranger (2015), art. 25 LFus n° 15 ; Andreas C. Albrecht (2012), art. 25 LFus n° 5 ; Rémy Wyler/Boris Heinzer (2005), p. 172.

³³ Rita Trigo Trindade (2005), art. 25 LFus n° 21.

sens de l'article 108 LFus, mais cela pour autant qu'ils puissent démontrer que l'absence d'avis aux créanciers leur a causé un dommage direct³⁴.

Pour le reste, comme exposé³⁵, le délai pendant lequel les créanciers sont autorisés à requérir des sûretés part dès l'effectivité de la fusion, indépendamment des avis aux créanciers³⁶. Par ailleurs, l'absence d'appel aux créanciers n'est pas susceptible de remettre en cause la fusion, car celle-ci est exécutée avant même que naisse l'obligation d'informer les créanciers³⁷.

3. Garantie des créances

a. Créances concernées et cercle des créanciers protégés

L'article 25 alinéa 1 LFus énonce que la société reprenante garantit « les créances des créanciers des sociétés qui fusionnent ». Cela signifie donc que, peu importe à l'encontre de quelle société ils possédaient leurs créances avant l'opération, tous les créanciers des sociétés participantes pourront requérir des sûretés³⁸.

Seules les créances nées avant que la fusion ne déploie ses effets, c'est-à-dire avant son inscription au registre du commerce au sens de l'article 22 alinéa 1 LFus (en relation avec l'art. 932 al. 2 CO), sont visées par l'article 25 alinéa 1 LFus³⁹; auxquelles la doctrine majoritaire ajoute également les créances dont la cause est antérieure à cette date⁴⁰.

Une créance qui est déjà garantie ne nécessite pas de sûretés supplémentaires, sauf si les garanties actuelles ne remplissent pas les exigences de l'article 25 alinéa 1 et alinéa 3 LFus^{41 42}.

³⁴ Rita Trigo Trindade (2005), art. 25 LFus n° 22. Voir aussi : Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 26 et n° 42 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 11 et n° 18.

³⁵ Cf. supra chap. III.B.2.a.

³⁶ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 25 s. ; Markus Affentranger (2015), art. 25 LFus n° 14 ; Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 26 ; Andreas C. Albrecht (2012), art. 25 LFus n° 12 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 11 ; Rita Trigo Trindade (2005), art. 25 LFus n° 18 et n° 22.

³⁷ Rita Trigo Trindade (2005), art. 25 LFus n° 22.

³⁸ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 10 ; Markus Affentranger (2015), art. 25 LFus n° 5 ; Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 17 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 5 ; Rita Trigo Trindade (2005), art. 25 LFus n° 35.

³⁹ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 11 ; Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 18 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 5 ; Rita Trigo Trindade (2005), art. 25 LFus n° 35 ; Message LFus, p. 4079 ; Rapport explicatif AP-LFus, p. 37.

⁴⁰ Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Brigitte von der Crone/Karin Ingber (2017), n° 381 s. ; Markus Affentranger (2015), art. 25 LFus n° 6 ; Lukas Glanzmann (2014), n° 611 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 5 ; Rita Trigo Trindade (2005), art. 25 LFus n° 35 ; Ulysses von Salis (2004), p. 182 s. Pour un avis contraire, voir : Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 12 ; Martin Weber (2016), art. 25 LFus n° 5 ; Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 18.

⁴¹ Cf. infra chap. III.B.3.c.

⁴² Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 15 ; Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 21 ; Lukas Glanzmann (2014), n° 620 ; Andreas C. Albrecht (2012),

Les créances dont l'exécution est déjà mise en danger avant la fusion ou dont la mise en danger ne résulte pas de la fusion ne donnent pas le droit d'obtenir des garanties au sens de l'article 25 LFus, sauf si la mise en danger est augmentée par la fusion⁴³.

En outre, seules sont concernées les créances qui ont une valeur patrimoniale et qui ne sont pas encore exigibles⁴⁴. En effet, les créances qui sont déjà exigibles ne sont pas visées par l'article 25 alinéa 1 LFus, car les créanciers peuvent déjà en exiger l'exécution⁴⁵.

b. *Requête à présenter par les créanciers*

Au sens de l'article 25 alinéa 1 LFus, l'octroi de sûretés est conditionné à une requête des créanciers « dans le délai de trois mois à compter de la date à laquelle la fusion déploie ses effets »⁴⁶.

La demande doit être présentée à la société issue de la fusion, c'est-à-dire la société reprenante. En effet, elle est l'unique débitrice de l'obligation de fournir des sûretés, car, la protection des créanciers étant postérieure à la réalisation de la fusion, la (les) société(s) transférante(s) n'existe(nt) plus⁴⁷.

La requête doit être présentée dans un délai de trois mois. Le début du délai part dès la date à laquelle la fusion devient effective et déploie ses effets, c'est-à-dire dès l'inscription de la fusion au registre du commerce au sens de l'article 22 LFus (en relation avec l'art. 932 al. 2 CO)⁴⁸. Il s'agit d'un délai de péremption qui ne peut être prolongé, même avec l'accord de la société⁴⁹. Il en découle que le créancier

art. 25 LFus n° 5 ; *Marc Amstutz/Ramon Mabillard* (2008), art. 25 LFus n° 6 ; *Rita Trigo Trindade* (2005), art. 25 LFus n° 37.

⁴³ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 25 LFus n° 33 ; *Markus Affentranger* (2015), art. 25 LFus n° 19 ; *Roland Truffer* (2015), art. 25 LFus n° 36 ; *Lukas Glanzmann* (2014), n° 617 ; *Andreas C. Albrecht* (2012), art. 25 LFus n° 7 et n° 14 s. ; *Marc Amstutz/Ramon Mabillard* (2008), art. 25 LFus n° 22.

⁴⁴ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 25 LFus n° 11 ; *Roland Truffer* (2015), art. 25 LFus n° 17 s. ; *Marc Amstutz/Ramon Mabillard* (2008), art. 25 LFus n° 5.

⁴⁵ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 25 LFus n° 11 ; *Roland Truffer* (2015), art. 25 LFus n° 18 ; *Andreas C. Albrecht* (2012), art. 25 LFus n° 5 ; *Marc Amstutz/Ramon Mabillard* (2008), art. 25 LFus n° 6 ; *Rita Trigo Trindade* (2005), art. 25 LFus n° 37. Pour un avis contraire, voir : *Caroline Hirsiger* (2006), p. 218.

⁴⁶ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 25 LFus n° 19 ; *Markus Affentranger* (2015), art. 25 LFus n° 10 ; *Marc Amstutz/Ramon Mabillard* (2008), art. 25 LFus n° 17.

⁴⁷ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 25 LFus n° 8 ; *Markus Affentranger* (2015), art. 25 LFus n° 5 ; *Roland Truffer* (2015), art. 25 LFus n° 15 ; *Lukas Glanzmann* (2014), n° 616, n° 640 ; Message LFus, p. 4079.

⁴⁸ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 25 LFus n° 20 ; *Markus Affentranger* (2015), art. 25 LFus n° 10 ; *Roland Truffer* (2015), art. 25 LFus n° 33 ; *Peter Böckli* (2009), §3 n° 166 ; *Rita Trigo Trindade* (2005), art. 25 LFus n° 40.

⁴⁹ *Markus Affentranger* (2015), art. 25 LFus n° 10 ; *Roland Truffer* (2015), art. 25 LFus n° 33 ; *Peter Böckli* (2009), §3 n° 166 ; *Marc Amstutz/Ramon Mabillard* (2008), art. 25 LFus n° 17 ; *Rita Trigo Trindade* (2005), art. 25 LFus n° 40 ; *Ulysses von Salis* (2004), p. 184.

n'aura aucune prétention s'il dépose sa demande après le délai⁵⁰ et qu'une renonciation à présenter la requête n'aura d'autres conséquences que la déchéance du droit d'obtenir la garantie des créances⁵¹ ; il conserve en particulier le droit d'obtenir l'exécution de la créance lorsque celle-ci deviendra exigible et celui d'agir par les autres voies de droit prévues par la LFus ou par le droit commun⁵².

Au sujet de la forme de la demande, la loi ne contient aucune prescription. Cela signifie qu'une requête présentée oralement est possible. À des fins probatoires, il est cependant conseillé d'effectuer la demande, au mieux par un envoi recommandé, mais à tout le moins en la forme écrite⁵³.

c. *Genre et ampleur des sûretés*

La loi ne contient aucune disposition sur la nature des garanties à fournir. Selon le Message du Conseil fédéral au sujet de la LFus, « les sûretés peuvent prendre la forme d'une garantie personnelle (cautionnement, art. 492 ss CO ; porte-fort, art. 111 CO ; reprise cumulative de dette) ou d'une garantie réelle (gage, art. 793 ss et 884 CC) »⁵⁴. La doctrine considère que cette énumération n'est pas exhaustive et que d'autres formes de sûretés peuvent également entrer en ligne de compte⁵⁵.

La société reprenante est en droit de choisir la forme des sûretés à fournir dans le cas particulier et n'est pas tenue d'offrir à tous les créanciers des garanties de même nature ; les créanciers ne possèdent aucune prétention à cet égard⁵⁶. Stratégiquement, du point de vue de la société reprenante, la forme des garanties peut cependant faire l'objet de négociations avec les créanciers, dans le but de satisfaire leurs attentes et les mener à diminuer leurs prétentions dans la fusion⁵⁷.

Les sûretés doivent garantir la totalité de la valeur nominale de la créance annoncée⁵⁸, à laquelle une partie de la doctrine ajoute les créances accessoires

⁵⁰ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 19 ; Markus Affentranger (2015), art. 25 LFus n° 10 ; Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 33.

⁵¹ Rita Trigo Trindade (2005), art. 25 LFus n° 42.

⁵² Rita Trigo Trindade (2005), art. 25 LFus n° 42.

⁵³ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 21 ; Markus Affentranger (2015), art. 25 LFus n° 10 ; Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 33 ; Peter Böckli (2009), § 3 n° 166 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 17 ; Rita Trigo Trindade (2005), art. 25 LFus n° 41.

⁵⁴ Message LFus, p. 4079. Voir aussi : Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 17 ; Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 23 ; Lukas Glanzmann (2014), n° 626 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 19.

⁵⁵ Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 23 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 19.

⁵⁶ Markus Affentranger (2015), art. 25 LFus n° 11 ; Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 25 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 19 ; Rita Trigo Trindade (2005), art. 25 LFus n° 47 ; Roland Ruedin (2003), p. 698.

⁵⁷ Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 19.

⁵⁸ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 10 et n° 18 ; Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Brigitte von der Crone/Karin Ingber (2017), n° 383 ; Martin Weber (2016), art. 25 LFus n° 9 ; Markus Affentranger (2015), art. 25 LFus n° 12 ;

nées avant la fusion⁵⁹. Si la créance est déjà partiellement garantie, les sûretés déjà existantes doivent être complétées de façon appropriée afin que la créance soit garantie dans sa totalité⁶⁰.

d. *Moment de la fourniture des sûretés*

En matière de fusion, la fourniture des sûretés intervient après la réalisation de l'opération, c'est-à-dire après son inscription au registre du commerce (au sens de l'art. 22 LFus en relation avec l'art. 932 al. 2 CO)⁶¹.

La société reprenante doit veiller à ce que tous les créanciers des sociétés fusionnantes qui requièrent des sûretés soient traités de manière égale⁶². Cela signifie en particulier qu'elle devra attendre l'échéance du délai de production de trois mois pour connaître les créanciers qui désirent des sûretés et déterminer si elle est en mesure de donner suite à l'ensemble des requêtes⁶³.

e. *La réserve de l'exécution en lieu et place*

L'article 25 alinéa 4 LFus démontre qu'une créance exécutée n'a pas à être garantie⁶⁴ en prévoyant que la société reprenante peut, en lieu et place de la fourniture de sûretés, choisir d'exécuter la créance. L'exécution immédiate des créances est cependant soumise à certaines conditions.

Premièrement, cette réserve concerne les créances qui ne sont pas encore exigibles, mais qui, conformément à l'article 81 CO, sont déjà exécutoires⁶⁵ ; c'est-à-dire que l'exécution anticipée n'est pas exclue par les termes du contrat, par la nature de celui-ci ou par les circonstances. Ainsi, la fusion ne donne pas de droit à une exécution anticipée à la société reprenante⁶⁶.

Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 24 ; Lukas Glanzmann (2014), n° 626 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 8.

⁵⁹ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 10 ; Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Brigitte von der Crone/Karin Ingber (2017), n° 383 ; Martin Weber (2016), art. 25 LFus n° 9 ; Lukas Glanzmann (2014), n° 626.

⁶⁰ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 15 ; Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 21 ; Andreas C. Albrecht (2012), art. 25 LFus n° 5.

⁶¹ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 7 ; Markus Affentranger (2015), art. 25 LFus n° 3 s. ; Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 14 ; Andreas C. Albrecht (2012), art. 25 LFus n° 3 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 2 et n° 4.

⁶² Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 25 ; Andreas C. Albrecht (2012), art. 25 LFus n° 9 ; Rita Trigo Trindade (2005), art. 25 LFus n° 47.

⁶³ Andreas C. Albrecht (2012), art. 25 LFus n° 9 ; Rita Trigo Trindade (2005), art. 25 LFus n° 47 ; Rémy Wyler/Boris Heinzer (2005), p. 171.

⁶⁴ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 34 ; Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 44 ; Andreas C. Albrecht (2012), art. 25 LFus n° 17 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 24.

⁶⁵ Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 44 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 24 ; Rita Trigo Trindade (2005), art. 25 LFus n° 45 ; Message LFus, p. 4080.

⁶⁶ Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 44 ; Lukas Glanzmann (2014), n° 620 ; Rémy Wyler/Boris Heinzer (2005), p. 175.

Deuxièmement, l'exécution en lieu et place n'est possible que « dans la mesure où il n'en résulte aucun dommage pour les autres créanciers » (cf. art. 25 al. 4 LFus). Il faut lire dans cette limitation un renvoi aux restrictions prévues dans d'autres lois, notamment à l'article 167 CP qui réprime les avantages accordés à certains créanciers et aux articles 285 et suivants LP qui concernent l'action révocatoire⁶⁷. À l'instar de ce qui vaut pour la garantie des créances, la société qui désire exécuter certaines créances au lieu de fournir des sûretés serait donc bien avisée d'attendre l'échéance du délai de production afin d'avoir connaissance des créanciers qui requièrent des sûretés, pouvoir évaluer les risques et prendre des décisions éclairées⁶⁸. Par ailleurs, la doctrine exige de la société qu'elle s'appuie sur des raisons objectives pour choisir les créanciers dont les créances seront exécutées⁶⁹.

f. *L'extinction de l'obligation de fournir des sûretés*

Selon l'article 25 alinéa 3 LFus, l'obligation de fournir des sûretés s'éteint si la société débitrice de l'obligation de fournir des sûretés (c'est-à-dire la société reprenante) prouve que la fusion ne compromet pas l'exécution des créances pour lesquelles des sûretés ont été requises⁷⁰. Il doit être déterminé individuellement pour chaque créance annoncée si la fusion met (ou non) son exécution en danger⁷¹.

Étant la plus à même de connaître et d'établir l'état de ses comptes, c'est bien à la société, et non aux créanciers, d'apporter la preuve de l'absence de mise en danger des créances par la fusion. Il s'agit donc d'un renversement du fardeau de la preuve⁷².

La société reprenante peut apporter cette preuve à l'aide notamment des comptes annuels, des bilans intermédiaires ou d'une attestation spéciale d'un expert-réviseur agréé⁷³. Une attestation de l'article 25 alinéa 2 LFus *in fine* peut également être produite par la société et constituer un indice pour la preuve de l'article 25 alinéa 3

⁶⁷ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 35 ; Markus Affentranger (2015), art. 25 LFus n° 20 ; Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 44 ; Andreas C. Albrecht (2012), art. 25 LFus n° 17 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 24 ; Rita Trigo Trindade (2005), art. 25 LFus n° 45 ; Rémy Wyler/Boris Heinzer (2005), p. 175 ; Message LFus, p. 4080.

⁶⁸ Cf. supra chap. III.B.3.d.

⁶⁹ Peter Böckli (2009), §3 n° 173. Voir aussi : Markus Affentranger (2015), art. 25 LFus n° 21 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 24.

⁷⁰ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 30 ; Markus Affentranger (2015), art. 25 LFus n° 16 ; Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 34 ; Marc Bauen/Gion Jegher/Boris Wenger/Marie-Noëlle Zen-Ruffinen (2005), p. 141.

⁷¹ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 32 ; Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 34 ; Lukas Glanzmann (2014), n° 618 ; Andreas C. Albrecht (2012), art. 25 LFus n° 14.

⁷² Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 31 ; Markus Affentranger (2015), art. 25 LFus n° 16 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 20 ; Message LFus, p. 4080.

⁷³ Markus Affentranger (2015), art. 25 LFus n° 16 ; Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 39. Pour une présentation des différents moyens d'apporter la preuve de l'art. 25 al. 3 LFus, voir : Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 31.

LFus⁷⁴, mais elle n'est pas à elle seule une preuve suffisante au sens de cette disposition⁷⁵.

Si le créancier considère que la preuve fournie par la société est insuffisante et qu'elle refuse à tort de fournir des sûretés, il peut faire appel au tribunal pour trancher la question^{76 77}.

Dans la pratique, cette exception de l'article 25 alinéa 3 LFus est devenue la règle⁷⁸. Il y a plusieurs explications à ce phénomène dans la doctrine. D'une part, les exigences en termes de preuve ne doivent pas être trop strictes, car la mise en danger de la créance par la fusion dépend principalement de facteurs futurs⁷⁹. D'autre part, il ne doit pas être admis trop facilement que la fusion met en danger l'exécution des créances⁸⁰. En effet, paradoxalement, c'est parfois l'obligation de fournir des sûretés qui risque de rendre insolvable une société financièrement saine, avec une planification optimale de la gestion des dettes, mais dont soudainement les liquidités se trouvent excessivement liées par l'obligation de fournir des sûretés à brève échéance⁸¹. Dès lors, il y a lieu d'être restrictif dans l'octroi des sûretés⁸² et il faut considérer que la société reprenante a apporté la preuve de « ce que la fusion ne compromet pas l'exécution des créances » lorsqu'elle a pu démontrer que ni la solvabilité ni le degré de couverture des créances de la société après la fusion ne sont sensiblement inférieurs à ceux de la société qui était débitrice du créancier avant la fusion⁸³. La doctrine estime ainsi qu'une mise en danger de l'exécution de la créance (au sens de l'art. 25 al. 3 LFus) ne doit être admise que lorsqu'en raison de la fusion, la créance en question ne peut plus être entièrement comptabilisée et doit faire l'objet d'une correction de valeur conformément aux principes généralement admis dans le commerce⁸⁴.

⁷⁴ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 31 ; Markus Affentranger (2015), art. 25 LFus n° 16 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 23. Voir aussi : Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 38 qui exige cependant qu'il soit établi que l'expert-réviseur agréé avait connaissance des créances qui ont été annoncées.

⁷⁵ Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 38. Pour un avis contraire, voir : Roland Ruedin (2003), p. 698.

⁷⁶ Cf. infra chap. III.B.3.g.

⁷⁷ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 32 ; Markus Affentranger (2015), art. 25 LFus n° 17 ; Lukas Glanzmann (2014), n° 619 ; Peter Böckli (2009), §3 n° 170a ; Caroline Hirsiger (2006), p. 229 s. ; Rémy Wylér/Boris Heinzer (2005), p. 172 s. ; Message LFus, p. 4080 ; Rapport explicatif AP-LFus, p. 37.

⁷⁸ Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 36 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 20.

⁷⁹ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 31 ; Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 34 s. ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 20.

⁸⁰ Markus Affentranger (2015), art. 25 LFus n° 18 ; Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 36 s. ; Rita Trigo Trindade (2005), art. 25 LFus n° 44.

⁸¹ Andreas C. Albrecht (2012), art. 25 LFus n° 9 ; Rita Trigo Trindade (2005), art. 25 LFus n° 44 ; Ulysses von Salis (2004), p. 181.

⁸² Rita Trigo Trindade (2005), art. 25 LFus n° 44 ; Ulysses von Salis (2004), p. 181.

⁸³ Rita Trigo Trindade (2005), art. 25 LFus n° 44. Voir aussi : Andreas C. Albrecht (2012), art. 25 LFus n° 15.

⁸⁴ Markus Affentranger (2015), art. 25 LFus n° 18 ; Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 37 ; Lukas Glanzmann (2014), n° 618 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 21.

g. *Poursuite et voies de droit*

Le fait que la société reprenante refuse ou retarde la fourniture de sûretés n'a aucune influence sur l'existence ou la validité de la fusion⁸⁵.

Dans une telle situation, le créancier lésé peut cependant ouvrir une action en fourniture de sûretés contre la société reprenante⁸⁶. Ledit créancier devra alors prouver que les conditions de l'article 25 alinéa 1 LFus (surtout l'existence de sa créance) sont bien réunies et qu'il est en droit d'obtenir des sûretés de la part de la société reprenante⁸⁷. À cette dernière incombera en revanche la preuve que la fusion ne compromet pas l'exécution de la créance (au sens de l'art. 25 al. 3 LFus) et qu'elle n'a ainsi pas l'obligation de fournir des sûretés⁸⁸. Selon l'article 42 CPC, le for de l'action se situe au siège de l'un des sujets impliqués dans la fusion⁸⁹.

En parallèle, le créancier peut également tenter d'introduire une poursuite en fourniture de sûretés au sens de l'article 38 alinéa 1 LP. Cependant, ne possédant pas forcément de titre de mainlevée, le créancier sera souvent contraint d'attendre de pouvoir se baser sur un jugement condamnant la société à la fourniture de sûretés⁹⁰.

De plus, selon les circonstances, une partie de la doctrine considère que le créancier peut intenter une action en responsabilité au sens de l'article 108 LFus⁹¹.

C. Le maintien de la responsabilité personnelle antérieure des associés (art. 26 LFus)

1. *Généralités*

L'article 26 LFus dispose que les associés de la (des) société(s) transférante(s) qui répondaient personnellement des dettes avant la fusion continuent de répondre, durant trois ans, des dettes qui sont nées avant l'opération. À l'instar de la garantie des créances, le maintien de la responsabilité personnelle antérieure des associés est un instrument de protection mis en œuvre postérieurement à l'effectivité de la fusion⁹².

⁸⁵ Markus Affentranger (2015), art. 25 LFus n° 13 et n° 17 ; Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 40 ; Lukas Glanzmann (2014), n° 619 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 9. Voir aussi : Caroline Hirsiger (2006), p. 229 s.

⁸⁶ Markus Affentranger (2015), art. 25 LFus n° 13 ; Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 40 ; Peter Böckli (2009), §3 n° 171 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 9 ; Caroline Hirsiger (2006), p. 229 s.

⁸⁷ Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 40 ; Peter Böckli (2009), §3 n° 171 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 9.

⁸⁸ Peter Böckli (2009), §3 n° 171 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 9.

⁸⁹ Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 40.

⁹⁰ Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 40 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 9 ; Rita Trigo Trindade (2005), art. 25 LFus n° 49.

⁹¹ Claudia K. Martini (2012), art. 108 LFus n° 49 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 25 LFus n° 9 ; Caroline Hirsiger (2006), p. 230. Pour un avis contraire, voir : Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 42.

⁹² Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 26 LFus n° 1.

2. Créances concernées et cercle des créanciers protégés

a. Créances transférées exclusivement

Contrairement à l'article 25 LFus⁹³, l'article 26 LFus ne s'applique qu'aux créances de la (des) société(s) transférante(s) qui ont été transférées à la société reprenante par le biais de la fusion⁹⁴.

b. Créances antérieures à la fusion

Comme indiqué expressément dans l'article 26 alinéa 1 LFus, seuls les créanciers qui possèdent des créances nées « avant la publication de la décision de fusion », ou dont la cause est antérieure à cette date, peuvent continuer à invoquer la responsabilité personnelle des associés⁹⁵. En réalité, contrairement à la lettre de la loi, la date déterminante est celle à partir de laquelle la fusion déploie ses effets, c'est-à-dire la date de son inscription au registre du commerce au sens de l'article 22 alinéa 1 LFus (en relation avec l'art. 932 al. 2 CO)⁹⁶.

La formulation large de la loi permet par exemple d'englober des prétentions découlant d'un contrat conclu avant la fusion⁹⁷ ou alors des prétentions découlant d'actes illicites antérieurs à la fusion, alors même que le dommage n'est pas encore survenu au moment de celle-ci⁹⁸.

3. Fusions concernées

Le maintien de la responsabilité personnelle antérieure des associés (art. 26 LFus) ne peut s'appliquer que lorsque, avant la fusion, les associés de la (des) société(s) transférante(s) étaient soumis à un tel régime de responsabilité et si, à l'issue de l'opération, au moins un de ces associés ne l'est plus ou est soumis à un régime de responsabilité moins rigoureux⁹⁹.

En effet, selon le Message du Conseil fédéral au sujet de la LFus, une telle situation peut en particulier se présenter lorsque la fusion a lieu entre sociétés de forme juridique

⁹³ Cf. supra chap. III.B.3.a.

⁹⁴ Rita Trigo Trindade (2005), art. 26 LFus n° 5. Voir aussi : Markus Affentranger (2015), art. 26 LFus n° 2.

⁹⁵ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 26 LFus n° 4 ; Markus Affentranger (2015), art. 26 LFus n° 2 ; Roland Truffer (2015), art. 26 LFus n° 9 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 26 LFus n° 5 ; Rita Trigo Trindade (2005), art. 26 LFus n° 6.

⁹⁶ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 26 LFus n° 4 ; Markus Affentranger (2015), art. 26 LFus n° 2 ; Roland Truffer (2015), art. 26 LFus n° 8 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 26 LFus n° 5 ; Rita Trigo Trindade (2005), art. 26 LFus n° 6.

⁹⁷ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 26 LFus n° 5 ; Roland Truffer (2015), art. 26 LFus n° 9 ; Lukas Glanzmann (2014), n° 657 ; Andreas C. Albrecht (2012), art. 26 LFus n° 7 ; Rémy Wyler/Boris Heinzer (2005), p. 176.

⁹⁸ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 26 LFus n° 5 ; Markus Affentranger (2015), art. 26 LFus n° 2 ; Roland Truffer (2015), art. 26 LFus n° 9 ; Lukas Glanzmann (2014), n° 657 ; Andreas C. Albrecht (2012), art. 26 LFus n° 7 ; Rita Trigo Trindade (2005), art. 26 LFus n° 8 ; Rémy Wyler/Boris Heinzer (2005), p. 176 ; Message LFus, p. 4080 ; Rapport explicatif AP-LFus, p. 37.

⁹⁹ Rita Trigo Trindade (2005), art. 26 LFus n° 9 et n° 17 s.

différente : par exemple, lorsqu'une société anonyme reprend une société en nom collectif, car les associés de cette dernière deviennent actionnaires de la société anonyme et n'assument plus aucune responsabilité pour les dettes sociales conformément à l'article 680 alinéa 1 CO¹⁰⁰.

L'article 26 LFus ne concerne pas tous les types de responsabilités. En effet, seules les responsabilités personnelles pour les dettes de la société qui sont imposées par la loi ou les statuts aux associés sont visées¹⁰¹. Ainsi, « toutes les obligations que les associés assument contractuellement envers les créanciers de leur société, tels les cautionnements, garanties ou reprises cumulatives de dette » ne sont en particulier pas concernées¹⁰².

De plus, l'article 26 LFus vise uniquement les cas de responsabilité personnelle, limitée ou illimitée, pour les dettes de la société¹⁰³. La question de savoir si les obligations d'effectuer des versements supplémentaires¹⁰⁴ sont également concernées par l'article 26 LFus est controversée en doctrine ; la doctrine majoritaire y répond cependant par la négative¹⁰⁵.

Concrètement, les régimes de responsabilité potentiellement touchés par l'article 26 LFus sont impérativement prévus par la loi pour la société en nom collectif (art. 568 ss CO), pour la société en commandite (art. 594 et 604 ss CO) et pour la société en commandite par actions (art. 764 CO)¹⁰⁶. De plus, ils peuvent être facultativement prévus par les statuts pour la société coopérative (art. 869 s. CO) et pour l'association (art. 71 CC)¹⁰⁷.

4. Continuation de la responsabilité

Seuls les associés qui étaient responsables personnellement (de façon limitée ou illimitée) des dettes de la société transférante en question et dont la responsabilité personnelle a

¹⁰⁰ Message LFus, p. 4080. Voir aussi : *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 26 LFus n° 1 ; *Markus Affentranger* (2015), art. 26 LFus n° 1.

¹⁰¹ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 26 LFus n° 2 ; *Marc Amstutz/Ramon Mabillard* (2008), art. 26 LFus n° 4 ; *Rita Trigo Trindade* (2005), art. 26 LFus n° 10.

¹⁰² *Rita Trigo Trindade* (2005), art. 26 LFus n° 11. Voir aussi : *Marc Amstutz/Ramon Mabillard* (2008), art. 26 LFus n° 4.

¹⁰³ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 26 LFus n° 2 ; *Roland Truffer* (2015), art. 26 LFus n° 6 ; *Rita Trigo Trindade* (2005), art. 26 LFus n° 12.

¹⁰⁴ De telles obligations peuvent par exemple être prévues statutairement pour combler des pertes constatées par le bilan dans une société à responsabilité limitée (art. 777 al. 2 ch. 4 et 795 ss CO) ou dans une société coopérative (art. 833 ch. 5 et 871 CO).

¹⁰⁵ *Markus Affentranger* (2015), art. 26 LFus n° 3 ; *Lukas Glanzmann* (2014), n° 656 ; *Andreas C. Albrecht* (2012), art. 26 LFus n° 3 ; *Marc Amstutz/Ramon Mabillard* (2008), art. 26 LFus n° 4 ; *Rita Trigo Trindade* (2005), art. 26 LFus n° 13 ; *Ulysses von Salis* (2004), p. 186 ; *Dieter Zobl* (2004), p. 177. Pour un avis contraire, voir : *Roland Truffer* (2015), art. 26 LFus n° 11.

¹⁰⁶ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 26 LFus n° 2 ; *Markus Affentranger* (2015), art. 26 LFus n° 3 ; *Roland Truffer* (2015), art. 26 LFus n° 6 ; *Andreas C. Albrecht* (2012), art. 26 LFus n° 2 ; *Marc Amstutz/Ramon Mabillard* (2008), art. 26 LFus n° 4 ; *Rita Trigo Trindade* (2005), art. 26 LFus n° 15 ; *Ulysses von Salis* (2004), p. 186.

¹⁰⁷ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 26 LFus n° 2 ; *Markus Affentranger* (2015), art. 26 LFus n° 3 ; *Roland Truffer* (2015), art. 26 LFus n° 6 ; *Marc Amstutz/Ramon Mabillard* (2008), art. 26 LFus n° 4 ; *Rita Trigo Trindade* (2005), art. 26 LFus n° 16 ; *Ulysses von Salis* (2004), p. 186.

été réduite ou supprimée à la suite de la fusion voient leur (ancienne) responsabilité continuer sur la base de l'article 26 LFus¹⁰⁸.

L'article 26 LFus n'instaure pas un nouveau régime de responsabilité, mais prévoit uniquement la continuation du régime existant avant la fusion¹⁰⁹, et cela aux mêmes conditions, limitations et modalités que celles qui valaient dans la société transférante en question¹¹⁰. Cela signifie que pour qu'un créancier puisse, après la fusion, faire valoir la responsabilité, par exemple¹¹¹, d'un ancien associé d'une société en nom collectif, il faut que cet associé soit tombé en faillite ou alors que la société débitrice (c'est-à-dire, après la fusion, la société reprenante) soit dissoute ou ait été l'objet de poursuites infructueuses (art. 568 al. 3 CO par analogie)¹¹².

Ainsi, la responsabilité personnelle de l'associé qui subsiste après la fusion par le biais de l'article 26 LFus n'est pas une responsabilité solidaire avec la société reprenante, mais demeure seulement une responsabilité subsidiaire conformément aux dispositions applicables dans la société transférante en question¹¹³. Cela se déduit desdites dispositions légales du droit des sociétés qui prévoient uniquement une responsabilité subsidiaire (cf. art. 568 al. 3, 604, 764 al. 1, 802 al. 1 et 869 al. 2 CO) et jamais une responsabilité solidaire de l'associé¹¹⁴.

5. Limitation temporelle de la responsabilité

a. Cas général

L'article 26 alinéa 2 LFus *in initio* prévoit que les prétentions découlant de la responsabilité personnelle des associés pour les dettes de la société transférante en question se prescrivent au plus tard trois ans après la date à laquelle la fusion déploie ses effets¹¹⁵.

Ce délai de trois ans est un délai de prescription (et non un délai de péremption). Il

¹⁰⁸ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 26 LFus n° 2 ; Rita Trigo Trindade (2005), art. 26 LFus n° 19.

¹⁰⁹ Rita Trigo Trindade (2005), art. 26 LFus n° 21. Voir aussi : Andreas C. Albrecht (2012), art. 26 LFus n° 5 s.

¹¹⁰ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 26 LFus n° 3 ; Roland Truffer (2015), art. 26 LFus n° 10 ; Lukas Glanzmann (2014), n° 659 ; Andreas C. Albrecht (2012), art. 26 LFus n° 5 s. ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 26 LFus n° 6 ; Rémy Wyler/Boris Heinzer (2005), p. 176 s.

¹¹¹ Pour une présentation complète, voir : Rita Trigo Trindade (2005), art. 26 LFus n° 24.

¹¹² Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 26 LFus n° 3 ; Roland Truffer (2015), art. 26 LFus n° 10 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 26 LFus n° 6.

¹¹³ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 26 LFus n° 3 ; Markus Affentranger (2015), art. 26 LFus n° 4 ; Andreas C. Albrecht (2012), art. 26 LFus n° 6 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 26 LFus n° 6.

¹¹⁴ Andreas C. Albrecht (2012), art. 26 LFus n° 6.

¹¹⁵ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 26 LFus n° 6 ; Roland Truffer (2015), art. 26 LFus n° 12 ; Andreas C. Albrecht (2012), art. 26 LFus n° 8 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 26 LFus n° 7.

obéit donc aux principes généraux des articles 127 et suivants CO et peut en particulier être interrompu conformément à l'article 135 CO¹¹⁶.

Si une créance est soumise à un délai de prescription plus court, c'est ce délai qui vaut également pour l'associé responsable. L'article 26 alinéa 2 LFus n'a donc pas pour effet de prolonger une prescription qui serait arrivée à échéance avant la fin du délai de trois ans¹¹⁷.

En principe, le délai part dès la date à laquelle la fusion devient effective et déploie ses effets, c'est-à-dire dès la date de son inscription au registre du commerce au sens de l'article 22 LFus (en relation avec l'art. 932 al. 2 CO)¹¹⁸. Cette règle ne vaut cependant que pour les créances exigibles au moment de la fusion. En effet, la loi prévoit une exception pour les créances qui ne deviennent exigibles qu'après la date à laquelle la fusion déploie ses effets (et non la date de publication de la décision de fusion comme l'indique le libellé de la disposition) ; pour celles-ci, la prescription court dès l'exigibilité (cf. art. 26 al. 2 phr. 2 LFus)¹¹⁹.

L'article 26 alinéa 2 LFus *in fine* précise en outre que cette limitation temporelle de la responsabilité personnelle ne s'applique pas aux associés qui assument également une responsabilité personnelle pour les dettes de la société reprenante¹²⁰. Ainsi, si un ancien associé d'une société transférante voit sa responsabilité personnelle maintenue dans la même mesure ou aggravée dans la société reprenante après la fusion, celui-ci répondra de l'ensemble des dettes de la société reprenante (y compris celles qui ont été transférées de son ancienne société par la fusion), aux conditions valables dans celle-ci et sans limite temporelle¹²¹. Cela illustre clairement que le maintien de la responsabilité personnelle des associés au sens de l'article 26 LFus vaut cumulativement aux conséquences de la fusion elle-même¹²².

¹¹⁶ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 26 LFus n° 6 ; Markus Affentranger (2015), art. 26 LFus n° 4 ; Roland Truffer (2015), art. 26 LFus n° 12 ; Andreas C. Albrecht (2012), art. 26 LFus n° 9 ; Rita Trigo Trindade (2005), art. 26 LFus n° 25.

¹¹⁷ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 26 LFus n° 6 ; Markus Affentranger (2015), art. 26 LFus n° 4 ; Roland Truffer (2015), art. 26 LFus n° 12 ; Andreas C. Albrecht (2012), art. 26 LFus n° 8 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 26 LFus n° 8 ; Rita Trigo Trindade (2005), art. 26 LFus n° 27.

¹¹⁸ Message LFus, p. 4080 s. Voir aussi : Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 26 LFus n° 6 ; Markus Affentranger (2015), art. 26 LFus n° 4 ; Roland Truffer (2015), art. 26 LFus n° 8 ; Rita Trigo Trindade (2005), art. 26 LFus n° 27.

¹¹⁹ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 26 LFus n° 7 ; Markus Affentranger (2015), art. 26 LFus n° 4 ; Roland Truffer (2015), art. 26 LFus n° 12 ; Andreas C. Albrecht (2012), art. 26 LFus n° 8 ; Rita Trigo Trindade (2005), art. 26 LFus n° 28.

¹²⁰ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 26 LFus n° 8 ; Markus Affentranger (2015), art. 26 LFus n° 5 ; Roland Truffer (2015), art. 26 LFus n° 13.

¹²¹ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 26 LFus n° 8 ; Markus Affentranger (2015), art. 26 LFus n° 5. Voir aussi : Caroline Hirsiger (2006), p. 229.

¹²² Roland Truffer (2015), art. 26 LFus n° 13. Voir aussi : Markus Affentranger (2015), art. 26 LFus n° 5 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 26 LFus n° 2.

b. *Emprunts obligataires et autres titres d'obligation émis publiquement*

L'article 26 alinéa 3 LFus prévoit une règle spéciale pour les emprunts par obligations et les autres titres d'obligation émis publiquement. En effet, pour ces titres, la responsabilité personnelle des associés subsiste jusqu'au remboursement de la créance¹²³. Cette prolongation de la responsabilité « s'impose »¹²⁴ dans un but de protection des investisseurs et de la confiance qui est placée dans de tels titres¹²⁵.

Cette règle n'est toutefois pas impérative et l'émetteur peut prévoir une disposition contraire dans le prospectus¹²⁶. Par ailleurs, elle peut être modifiée par la communauté des créanciers instaurée par l'article 1157 alinéa 1 CO dont les pouvoirs sont réservés par la loi (cf. art. 26 al. 3 LFus *in fine*)¹²⁷.

IV. La protection des créanciers dans la scission

A. Le régime de protection des créanciers dans la scission

1. *Les risques encourus par les créanciers*

La scission implique une substitution de débiteur pour les créanciers transférés de la société transférante¹²⁸, et cela sans qu'ils aient à donner leur consentement (contrairement aux règles applicables pour la reprise de dette, cf. art. 175 ss CO). Ils perdent leur débiteur pour en gagner un nouveau (la société reprenante) qui, en général, est déjà engagé à l'égard d'autres créanciers. La scission peut aussi engendrer une diminution de leur taux de couverture. De plus, ils peuvent perdre la protection d'un système de responsabilité des associés pour les dettes sociales¹²⁹.

Pour les créanciers de la (des) société(s) reprenante(s), une scission implique l'arrivée de nouveaux créanciers et une dégradation du taux de couverture de leurs créances¹³⁰. Par

¹²³ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 26 LFus n° 9 ; Markus Affentranger (2015), art. 26 LFus n° 6 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 26 LFus n° 10.

¹²⁴ Message LFus, p. 4081.

¹²⁵ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 26 LFus n° 9 ; Markus Affentranger (2015), art. 26 LFus n° 6 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 26 LFus n° 10 ; Rita Trigo Trindade (2005), art. 26 LFus n° 29 n.b.p. 21.

¹²⁶ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 26 LFus n° 9 ; Markus Affentranger (2015), art. 26 LFus n° 6 ; Rita Trigo Trindade (2005), art. 26 LFus n° 29.

¹²⁷ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 26 LFus n° 10 ; Markus Affentranger (2015), art. 26 LFus n° 6 ; Roland Truffer (2015), art. 26 LFus n° 14 ; Rita Trigo Trindade (2005), art. 26 LFus n° 29.

¹²⁸ C'est-à-dire l'ensemble des créanciers de la société transférante en cas de division et uniquement les créanciers transférés à la société reprenante en cas de séparation.

¹²⁹ Roland Ruedin (2003), p. 689. Voir aussi : Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 45 LFus n° 3 ; Markus Affentranger (2015), art. 45 LFus n° 1 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 45 LFus n° 1c s. ; Lukas Glanzmann (2014), n° 604 ; Michael Pfeifer/Roland M. Müller (2012), art. 45 LFus n° 2 ; Message LFus, p. 4094.

¹³⁰ Roland Ruedin (2003), p. 689. Voir aussi : Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 45 LFus n° 4 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 45 LFus n° 1e.

ailleurs, la reprise d'un patrimoine peut engendrer une diminution de la solvabilité de la société reprenante en question¹³¹.

La scission a également, et surtout, des conséquences sur les créanciers non transférés de la société transférante¹³². En effet, bien qu'ils conservent leur débiteur et l'éventuel système de responsabilité des associés pour les dettes sociales, ceux-ci perdent nécessairement une partie de l'actif social qui sert de garantie à leurs créances, autrement dit une partie de leur substrat de responsabilité, jamais compensée complètement par le transfert d'une partie des dettes¹³³.

Il découle de ces considérations que la scission est souvent considérée comme plus dangereuse pour les créanciers que la fusion¹³⁴.

2. Les mécanismes de protection des créanciers

Au vu des risques encourus par ceux-ci en cas de scission, il s'est avéré « nécessaire de prévoir une protection accrue des créanciers »¹³⁵. Le législateur a répondu à cette nécessité en prévoyant trois mécanismes spécifiques de protection des créanciers en matière de scission : l'obligation d'effectuer un appel aux créanciers et de garantir les créances aux articles 45 et 46 LFus (cf. infra chap. B), la responsabilité solidaire subsidiaire des autres sociétés participant à la scission à l'article 47 LFus (cf. infra chap. C) et le maintien de la responsabilité personnelle antérieure des associés de la société transférante à l'article 48 LFus (cf. infra chap. D).

B. Le droit d'obtenir des sûretés (art. 45 et 46 LFus)

1. Généralités

Le premier et plus important mécanisme de protection des créanciers en matière de scission consiste en la garantie des créances. Compte tenu du besoin de protection accru des créanciers des sociétés participant à une scission, le législateur a estimé devoir les protéger davantage qu'en matière de fusion¹³⁶. Cet objectif est réalisé par l'obligation

¹³¹ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 45 LFus n° 4 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 45 LFus n° 1e ; Lukas Glanzmann (2014), n° 604 ; Michael Pfeifer/Roland M. Müller (2012), art. 45 LFus n° 2. Voir aussi : Message LFus, p. 4094.

¹³² C'est uniquement en cas de séparation qu'il existe des créanciers non transférés qui demeurent dans la société transférante, car en cas de division la société transférante est radiée du registre du commerce (cf. art. 51 al. 3 LFus) et tous ses créanciers sont transférés.

¹³³ Roland Ruedin (2003), p. 689. Voir aussi : Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 45 LFus n° 3 ; Markus Affentranger (2015), art. 45 LFus n° 1 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 45 LFus n° 1a ss ; Lukas Glanzmann (2014), n° 604 ; Michael Pfeifer/Roland M. Müller (2012), art. 45 LFus n° 2 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 45/46 LFus n° 2.

¹³⁴ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 45 LFus n° 3 ; Markus Affentranger (2015), art. 45 LFus n° 1 ; Lukas Glanzmann (2014), n° 604 ; Michael Pfeifer/Roland M. Müller (2012), art. 45 LFus n° 2 ; Rashid Bahar (2005), art. 45 LFus n° 1 ; Rémy Wyler/Boris Heinzer (2005), p. 177 ; Alain Thévenaz (2004), p. 212 ; Roland Ruedin (2003), p. 689.

¹³⁵ Message LFus, p. 4094. Voir aussi : Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 45 LFus n° 5 ; Rashid Bahar (2005), art. 45 LFus n° 1.

¹³⁶ Cf. supra chap. IV.A.2.

d'effectuer l'appel aux créanciers et l'absence de possibilité de s'en exonérer (cf. infra chap. 2), mais également par le fait qu'en matière de scission, à l'inverse de la fusion¹³⁷, la garantie des créances est mise en œuvre avant l'inscription de l'opération au registre du commerce et avant la décision de scission (cf. art. 43 al. 1 LFus) (cf. infra chap. 3)¹³⁸.

2. L'appel aux créanciers

a. L'obligation de faire l'appel aux créanciers, son contenu et ses modalités

L'article 45 alinéa 1 LFus dispose que les créanciers de l'ensemble des sociétés participant à la scission sont informés par une triple publication dans la Feuille officielle suisse du commerce qu'ils peuvent exiger des sûretés s'ils produisent leurs créances¹³⁹. Chacune des sociétés participantes doit effectuer (séparément) l'avis à ses propres créanciers, c'est-à-dire tant la société transférante que la (les) société(s) reprenante(s)¹⁴⁰.

Les modalités de l'annonce sont essentiellement identiques à celles de l'appel aux créanciers de l'article 25 alinéa 2 LFus¹⁴¹. Les sociétés participantes doivent informer leurs créanciers de leur droit par le biais de trois publications dans la Feuille officielle suisse du commerce, lesquelles doivent être effectuées dans trois numéros différents, mais qui peuvent être consécutifs¹⁴².

La loi ne contient pas de précisions au sujet du moment auquel l'appel aux créanciers doit avoir lieu, mais, en pratique, il est effectué aussi tôt que possible¹⁴³. La troisième publication dans la Feuille officielle suisse du commerce doit impérativement¹⁴⁴ avoir lieu au minimum deux mois avant la décision des assemblées générales des sociétés participantes sur le contrat ou le projet de scission (cf. art. 46 al. 1 et 43 al. 1 LFus)¹⁴⁵.

¹³⁷ Cf. supra chap. III.B.1.

¹³⁸ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 45 LFus n° 2 s. ; *Markus Affentranger* (2015), art. 45 LFus n° 1 ; *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 45 LFus n° 1h, art. 46 LFus n° 1 et n° 5 ; *Michael Pfeifer/Roland M. Müller* (2012), art. 45 LFus n° 3 ; *Marc Amstutz/Ramon Mabillard* (2008), art. 45/46 LFus n° 1 s. ; *Rashid Bahar* (2005), art. 45 LFus n° 1.

¹³⁹ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 45 LFus n° 9 ; *Markus Affentranger* (2015), art. 45 LFus n° 2 ; *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 45 LFus n° 6 ; *Lukas Glanzmann* (2014), n° 627 ; *Michael Pfeifer/Roland M. Müller* (2012), art. 45 LFus n° 4 ; *Rashid Bahar* (2005), art. 45 LFus n° 3.

¹⁴⁰ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 45 LFus n° 9 ; *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 45 LFus n° 6 ; *Marc Amstutz/Ramon Mabillard* (2008), art. 45/46 LFus n° 3.

¹⁴¹ Cf. supra chap. III.B.2.a.

¹⁴² *Markus Affentranger* (2015), art. 45 LFus n° 2 ; *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 45 LFus n° 7 ; *Lukas Glanzmann* (2014), n° 627.

¹⁴³ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 45 LFus n° 11.

¹⁴⁴ Pour l'admission d'une exception lorsque la société est en mesure d'apporter la preuve de l'art. 46 al. 2 LFus immédiatement après la troisième publication, voir : *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 45 LFus n° 2b ; *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 45 LFus n° 8a ; *Christian Champeaux* (2011), p. 70.

¹⁴⁵ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 45 LFus n° 11 ; *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 45 LFus n° 8 ; *Lukas Glanzmann* (2014), n° 632 ; *Michael Pfeifer/Roland*

Concernant le contenu de l'annonce, les sociétés doivent uniquement informer les créanciers de l'existence d'un contrat ou d'un projet de scission et de leur droit d'exiger des sûretés dans un délai de deux mois à compter de l'effectivité de la scission. Elles ne sont en revanche pas tenues de mettre à leur disposition les documents concernant l'opération ou de permettre de les consulter¹⁴⁶. En pratique, les créanciers peuvent toutefois demander des renseignements avant d'exiger des sûretés. Stratégiquement, bien qu'elles soient en principe libre de refuser de les donner (sous réserve des devoirs d'information fondés sur la bonne foi en affaires et l'art. 2 al. 1 CC), les sociétés ont avantage à communiquer volontairement les renseignements nécessaires aux créanciers afin de leur démontrer que la scission ne présente pas de danger pour leurs créances et les convaincre de renoncer à requérir des sûretés¹⁴⁷.

b. *L'absence de possibilité de s'exonérer de l'appel aux créanciers*

En matière de scission, l'appel aux créanciers est systématique et obligatoire¹⁴⁸. En effet, contrairement à ce qui vaut dans la fusion (cf. art. 25 al. 2 LFus *in fine*)¹⁴⁹, les sociétés ne peuvent pas renoncer à l'avis aux créanciers en présentant l'attestation d'un expert-réviseur agréé que toutes les créances connues ou escomptées peuvent être exécutées au moyen de leur fortune disponible¹⁵⁰. Par conséquent, la publication des avis aux créanciers représente une condition *sine qua non* de la scission qui doit être réalisée avant que celle-ci ne puisse être inscrite au registre du commerce, même s'il est établi que les créanciers ne peuvent pas demander de sûretés conformément à l'article 46 alinéa 2 LFus¹⁵¹ ou que tous les créanciers connus renoncent à le faire¹⁵².

c. *Contrôle et sanction en cas de non-respect*

Le respect de l'obligation d'effectuer les avis aux créanciers, dans les modalités requises par l'article 45 LFus, est une condition matérielle pour l'inscription de la scission au registre du commerce¹⁵³ qui est contrôlée par l'office du registre du

M. Müller (2012), art. 45 LFus n° 6 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 45/46 LFus n° 4. Voir aussi : Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach (2004), p. 194.

¹⁴⁶ Rashid Bahar (2005), art. 45 LFus n° 3. Voir aussi : Lukas Glanzmann (2014), n° 634.

¹⁴⁷ Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 45 LFus n° 9a ; Lukas Glanzmann (2014), n° 634 ; Rashid Bahar (2005), art. 45 LFus n° 5 s. Voir aussi : Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 45/46 LFus n° 5.

¹⁴⁸ Michael Pfeifer/Roland M. Müller (2012), art. 45 LFus n° 7.

¹⁴⁹ Cf. supra chap. III.B.2.b.

¹⁵⁰ Michael Pfeifer/Roland M. Müller (2012), art. 45 LFus n° 7 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 45/46 LFus n° 6 ; Rashid Bahar (2005), art. 45 LFus n° 4.

¹⁵¹ Rashid Bahar (2005), art. 45 LFus n° 4. Voir aussi : Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 45 LFus n° 2a ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 45 LFus n° 6.

¹⁵² Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 45 LFus n° 9b ; Lukas Glanzmann (2014), n° 629. Voir aussi : Clemens Meisterhans (2015), p. 196.

¹⁵³ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 45 LFus n° 2a. Voir aussi : Olivier Chapuis (2005), p. 23 s. ; Office fédéral du registre du commerce (2004), p. 52.

commerce¹⁵⁴. En effet, au sens de l'article 134 alinéa 1 lettre g ORC, les sociétés participant à la scission doivent joindre à la réquisition d'inscription au registre du commerce des pièces justificatives attestant que l'article 45 LFus (et non l'art. 46 LFus¹⁵⁵) a bien été respecté ; faute de quoi, l'inscription de la scission ne peut pas avoir lieu¹⁵⁶.

Par ailleurs, une action en responsabilité au sens de l'article 108 LFus demeure possible¹⁵⁷.

3. Garantie des créances

a. Créances concernées et cercle des créanciers protégés

S'ils produisent leurs créances dans le délai fixé par la loi¹⁵⁸, les créanciers de l'ensemble des sociétés participant à la scission (et non uniquement ceux de la société transférante) peuvent obtenir des sûretés¹⁵⁹. Le Message du Conseil fédéral au sujet de la LFus justifie le besoin de protection des anciens créanciers de la (des) société(s) reprenante(s) déjà existante(s) par le risque de « dégradation de la solvabilité de la société reprenante [en question] »¹⁶⁰ consécutif à la reprise d'une part du patrimoine de la société transférante.

La garantie des créances de l'article 46 LFus ne vise que les créances qui sont nées avant la troisième publication de l'avis aux créanciers¹⁶¹, auxquelles la doctrine majoritaire ajoute également celles dont la cause est antérieure à cette date¹⁶². De plus, seules sont concernées les créances qui ont une valeur patrimoniale et qui ne sont pas encore exigibles¹⁶³.

Pour le surplus, il convient de renvoyer aux développements relatifs aux créances visées par l'article 25 LFus¹⁶⁴.

¹⁵⁴ Olivier Chapuis (2005), p. 23 s. ; Office fédéral du registre du commerce (2004), p. 52.

¹⁵⁵ Cf. infra chap. VII.A.2.

¹⁵⁶ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 45 LFus n° 2a ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 45 LFus n° 9c.

¹⁵⁷ Benedikt Maurenbrecher/Stefan Waller (2015), art. 108 LFus n° 38 ; Claudia K. Martini (2012), art. 108 LFus n° 49.

¹⁵⁸ Cf. infra chap. IV.B.3.b.

¹⁵⁹ Rashid Bahar (2005), art. 46 LFus n° 1. Voir aussi : Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 45/46 LFus n° 3.

¹⁶⁰ Message LFus, p. 4094.

¹⁶¹ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 46 LFus n° 8 ; Markus Affentranger (2015), art. 46 LFus n° 2 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 46 LFus n° 7.

¹⁶² Markus Affentranger (2015), art. 46 LFus n° 2 ; Lukas Glanzmann (2014), n° 611 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 45/46 LFus n° 3 n.b.p. 7. Pour un avis contraire, voir : Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 46 LFus n° 7 s.

¹⁶³ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 46 LFus n° 7 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 46 LFus n° 7a.

¹⁶⁴ Cf. supra chap. III.B.3.a.

b. *Requête à présenter par les créanciers*

Comme en matière de fusion, afin d'obtenir la garantie de leurs créances, les créanciers des sociétés participant à la scission doivent en faire la demande¹⁶⁵.

La requête doit être présentée à la société débitrice respective de chaque créancier¹⁶⁶, car le droit d'exiger des sûretés vaut uniquement à l'égard de celle-ci¹⁶⁷. En d'autres termes, chaque société n'est débitrice de l'obligation de garantir les créances qu'envers les créanciers qui étaient les siens avant la scission¹⁶⁸. Une « intercession »¹⁶⁹ est cependant possible ; il s'agit de la situation dans laquelle une société participante (en particulier la (les) société(s) reprenante(s) pour les créanciers transférés) se charge de fournir les sûretés aux créanciers à la place de la société débitrice¹⁷⁰.

Contrairement à ce qui vaut en matière de fusion¹⁷¹, la requête doit être formulée dans un délai de deux mois (et non de trois mois) et le délai part dès la troisième publication de l'avis aux créanciers¹⁷².

Il faut noter que, comme en matière de fusion, ce délai est un délai de péremption¹⁷³. Dès lors, sachant que la présentation d'une demande de sûretés n'est pas une obligation, mais une simple incombeance¹⁷⁴, une requête déposée en retard (ou non déposée) n'aura d'autres conséquences que la péremption et la perte de la prétention¹⁷⁵. En particulier, les créanciers agissant ainsi ne subiront ni préjudices ni désavantages et bénéficieront toujours de l'ensemble des voies de droit ordinaires ainsi que des mesures spécifiques prévues par la LFus (comme le recours à la responsabilité solidaire subsidiaire de l'art. 47 LFus)^{176 177}.

¹⁶⁵ Markus Affentranger (2015), art. 46 LFus n° 1 ; Lukas Glanzmann (2014), n° 635.

¹⁶⁶ Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 46 LFus n° 9 ; Lukas Glanzmann (2014), n° 640.

¹⁶⁷ Message LFus, p. 4095. Voir aussi : Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 46 LFus n° 6 ; Markus Affentranger (2015), art. 45 LFus n° 2, art. 46 LFus n° 1 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 46 LFus n° 6a ; Lukas Glanzmann (2014), n° 616 ; Michael Pfeifer/Roland M. Müller (2012), art. 46 LFus n° 1.

¹⁶⁸ Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 46 LFus n° 6a ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 45/46 LFus n° 3.

¹⁶⁹ Expression empruntée à : Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 46 LFus n° 6a.

¹⁷⁰ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 46 LFus n° 6 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 46 LFus n° 6a.

¹⁷¹ Cf. supra chap. III.B.3.b.

¹⁷² Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 46 LFus n° 10 ; Markus Affentranger (2015), art. 46 LFus n° 1 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 46 LFus n° 9a.

¹⁷³ Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 46 LFus n° 9a.

¹⁷⁴ Markus Affentranger (2015), art. 45 LFus n° 2 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 46 LFus n° 9a ; Message LFus, p. 4095.

¹⁷⁵ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 46 LFus n° 10 s. ; Markus Affentranger (2015), art. 45 LFus n° 3 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 46 LFus n° 9a ; Michael Pfeifer/Roland M. Müller (2012), art. 45 LFus n° 8 ; Rashid Bahar (2005), art. 46 LFus n° 3.

¹⁷⁶ Cf. infra chap. IV.C.

¹⁷⁷ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 46 LFus n° 10 s. ; Markus Affentranger (2015), art. 45 LFus n° 3 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 46 LFus n° 9a ; Michael

Concernant la forme de la demande, sans précisions de la loi, c'est la liberté de la forme (cf. art. 11 CO) qui vaut. Cependant, une requête écrite reste conseillée à des fins probatoires¹⁷⁸.

c. *Genre et ampleur des sûretés*

Les principes applicables pour la fusion¹⁷⁹ le sont aussi en matière de scission. En effet, les sûretés doivent permettre de garantir la totalité de la valeur nominale de la créance annoncée par le créancier¹⁸⁰, à laquelle une partie de la doctrine ajoute les créances accessoires nées avant la troisième publication de l'appel aux créanciers¹⁸¹.

Concernant la nature des garanties à fournir, à défaut de précisions de la loi à ce sujet, la doctrine considère qu'il en va de la même manière que pour les sûretés de l'article 25 LFus. Elles peuvent donc prendre la forme d'une garantie personnelle (cautionnement, art. 492 ss CO ; porte-fort, art. 111 CO ; reprise cumulative de dette) ou d'une garantie réelle (gage, art. 793 ss et 884 CC)¹⁸². La société débitrice est en droit de choisir la forme des sûretés¹⁸³ et n'est pas tenue de fournir à tous les créanciers des garanties de même nature¹⁸⁴.

d. *Moment de la fourniture des sûretés*

À l'inverse de la règle applicable dans la fusion¹⁸⁵, le principe de la protection préventive des créanciers en matière de scission veut que les sûretés soient fournies avant que les sociétés ne puissent prendre la décision de scission¹⁸⁶. Le respect des dispositions protectrices des créanciers est, en matière de scission, une condition

Pfeifer/Roland M. Müller (2012), art. 45 LFus n° 8 ; *Rashid Bahar* (2005), art. 46 LFus n° 3 ; Message LFus, p. 4095.

¹⁷⁸ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 46 LFus n° 9 ; *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 46 LFus n° 9 ; *Lukas Glanzmann* (2014), n° 639 ; *Rashid Bahar* (2005), art. 46 LFus n° 1.

¹⁷⁹ Cf. supra chap. III.B.3.c.

¹⁸⁰ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 46 LFus n° 7 ; *Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Brigitte von der Crone/Karin Ingber* (2017), n° 633 ; *Martin Weber* (2016), art. 46 LFus n° 8 ; *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 46 LFus n° 10 ; *Lukas Glanzmann* (2014), n° 626 ; *Ulysses von Salis* (2004), p. 351.

¹⁸¹ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 46 LFus n° 7 ; *Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Brigitte von der Crone/Karin Ingber* (2017), n° 633 ; *Martin Weber* (2016), art. 46 LFus n° 8 ; *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 46 LFus n° 10 ; *Lukas Glanzmann* (2014), n° 626.

¹⁸² *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 46 LFus n° 11 ; *Markus Affentranger* (2015), art. 46 LFus n° 2 ; *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 46 LFus n° 10 ; *Lukas Glanzmann* (2014), n° 626 ; *Rashid Bahar* (2005), art. 46 LFus n° 9.

¹⁸³ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 46 LFus n° 12 ; *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 46 LFus n° 10.

¹⁸⁴ *Rashid Bahar* (2005), art. 46 LFus n° 9.

¹⁸⁵ Cf. supra chap. III.B.3.d.

¹⁸⁶ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 46 LFus n° 12 ; *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 46 LFus n° 11a ; *Lukas Glanzmann* (2014), n° 619.

de réalisation de celle-ci. On évite ainsi que des scissions « précipitées » puissent porter, intentionnellement ou fortuitement, préjudice aux créanciers¹⁸⁷.

En effet, l'article 43 alinéa 1 LFus énonce que les organes compétents des sociétés participant à la scission « ne peuvent soumettre le contrat ou le projet de scission à l'approbation de l'assemblée générale qu'une fois les sûretés fournies » (au sens de l'art. 46 LFus) et, en cas de conflit entre la société et un créancier à ce sujet, la décision de scission ne peut pas être prise avant que le tribunal ait tranché le litige^{188 189}.

e. *La réserve de l'exécution en lieu et place*

L'article 46 alinéa 3 LFus prévoit que la société tenue de fournir des sûretés peut se libérer de son obligation en exécutant la créance¹⁹⁰.

À l'instar de ce qui vaut en matière de fusion, cette exécution immédiate en lieu et place de la fourniture de sûretés est soumise à certaines conditions. En effet, cette possibilité n'est ouverte que si la créance en question est exécutable, c'est-à-dire que l'exécution anticipée n'est pas exclue par les termes du contrat, par la nature de celui-ci ou par les circonstances (cf. art. 81 CO), et « dans la mesure où il n'en résulte aucun dommage pour les autres créanciers » (cf. art. 46 al. 3 LFus *in fine*), par quoi il faut entendre un renvoi à l'action révocatoire des articles 285 et suivants LP¹⁹¹.

f. *L'extinction de l'obligation de fournir des sûretés*

L'article 46 alinéa 2 LFus prévoit que la société débitrice peut éteindre son obligation de fournir des sûretés en prouvant que la scission ne compromet pas l'exécution des créances pour lesquelles des sûretés ont été requises¹⁹².

Comme en matière de fusion, ce renversement du fardeau de la preuve est nécessaire, car seule la société elle-même est en mesure d'établir sa situation financière¹⁹³. La société débitrice peut apporter cette preuve à l'aide des comptes

¹⁸⁷ Message LFus, p. 4093. Voir aussi : *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 45 LFus n° 2a ; *Roland Ruedin* (2003), p. 699.

¹⁸⁸ Cf. infra chap. IV.B.3.g.

¹⁸⁹ Message LFus, p. 4095.

¹⁹⁰ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 46 LFus n° 17 ; *Markus Affentranger* (2015), art. 46 LFus n° 4 ; *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 46 LFus n° 16 ; *Michael Pfeifer/Roland M. Müller* (2012), art. 46 LFus n° 5 ; *Rashid Bahar* (2005), art. 46 LFus n° 11.

¹⁹¹ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 46 LFus n° 18 ; *Markus Affentranger* (2015), art. 46 LFus n° 4 ; *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 46 LFus n° 16 ; *Michael Pfeifer/Roland M. Müller* (2012), art. 46 LFus n° 5 ; *Rashid Bahar* (2005), art. 46 LFus n° 11 ; Message LFus, p. 4095.

¹⁹² *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 46 LFus n° 13 ; *Markus Affentranger* (2015), art. 46 LFus n° 3 ; *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 46 LFus n° 15 ; *Michael Pfeifer/Roland M. Müller* (2012), art. 46 LFus n° 2 ; *Rashid Bahar* (2005), art. 46 LFus n° 4.

¹⁹³ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 46 LFus n° 15 ; *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 46 LFus n° 15 ; *Michael Pfeifer/Roland M. Müller* (2012), art. 46 LFus n° 2 ; Message LFus, p. 4095.

annuels, des bilans intermédiaires ou d'une attestation spéciale d'un expert-réviseur agréé¹⁹⁴.

Si le créancier n'est pas satisfait par la preuve apportée par la société, il peut faire appel au tribunal pour trancher la question^{195 196}.

g. *Poursuite et voies de droit*

En cas de litige entre la société et un créancier quant au principe de l'attribution de sûretés ou quant à la nature de celles-ci, il appartient au tribunal de trancher la cause avant que la décision de scission ne puisse être prise¹⁹⁷.

Le for du procès se situe au siège de l'un des sujets impliqués dans la scission (cf. art. 42 CPC)¹⁹⁸. Le rôle de demandeur dans l'action en fourniture de sûretés incombe au créancier qui prétend, et qui devra prouver (cf. art. 8 CC), que des garanties auraient dû lui être fournies ou qu'elles ne l'ont pas suffisamment été. En revanche, en cas d'action négatoire, c'est la société qui souhaite faire constater que l'obligation de fournir des sûretés s'est éteinte qui assume le rôle de demandeur¹⁹⁹ et qui devra prouver (et non rendre vraisemblable) que l'opération ne compromet pas l'exécution de la créance²⁰⁰.

Sachant que la décision de scission ne peut être prise avant le règlement de la question des sûretés (cf. art. 43 al. 1 LFus), la société a un intérêt significatif à un règlement rapide des différends l'opposant aux créanciers²⁰¹. Ces derniers ont donc une possibilité de retarder, voire de bloquer, une opération planifiée et possèdent ainsi un moyen de pression important à faire valoir sur la société et, de fait, un droit de veto²⁰² sur la scission^{203 204}. Dès lors, dans le but d'éviter un tel retardement de l'opération, il est conseillé aux sociétés participantes de mener le plus tôt possible

¹⁹⁴ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 46 LFus n° 15 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 46 LFus n° 15.

¹⁹⁵ Cf. infra chap. IV.B.3.g.

¹⁹⁶ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 46 LFus n° 14 ; Markus Affentranger (2015), art. 46 LFus n° 3 ; Lukas Glanzmann (2014), n° 619 ; Michael Pfeifer/Roland M. Müller (2012), art. 46 LFus n° 3.

¹⁹⁷ Message LFus, p. 4095. Voir aussi : Markus Affentranger (2015), art. 46 LFus n° 3 ; Michael Pfeifer/Roland M. Müller (2012), art. 46 LFus n° 3 ; Rashid Bahar (2005), art. 46 LFus n° 8 ; Marc Bauen/Gion Jegher/Boris Wenger/Marie-Noëlle Zen-Ruffinen (2005), p. 155.

¹⁹⁸ Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 46 LFus n° 13.

¹⁹⁹ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 46 LFus n° 14 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 46 LFus n° 13 ; Michael Pfeifer/Roland M. Müller (2012), art. 46 LFus n° 3.

²⁰⁰ Rashid Bahar (2005), art. 46 LFus n° 7.

²⁰¹ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 46 LFus n° 16.

²⁰² Rashid Bahar (2010), p. 29.

²⁰³ Cf. infra chap. VII.A.1.

²⁰⁴ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 45 LFus n° 11, art. 46 LFus n° 16 ; Markus Affentranger (2015), art. 46 LFus n° 3 ; Lukas Glanzmann (2014), n° 619 ; Rémy Wyler/Boris Heinzer (2005), p. 180.

des pourparlers avec les créanciers au sujet de l'ampleur et de la nature des sûretés à fournir, voire d'une éventuelle renonciation à en requérir²⁰⁵.

Par ailleurs, une éventuelle poursuite en constitution de sûretés au sens de l'article 38 alinéa 1 LP est possible certes, mais souvent qu'après avoir obtenu un jugement condamnant la société à la fourniture de sûretés²⁰⁶, sauf si le créancier possède déjà un titre de mainlevée.

C. La responsabilité solidaire subsidiaire (art. 47 LFus)

1. *Généralités*

La protection des créanciers est renforcée en matière de scission par la responsabilité solidaire subsidiaire qui, au contraire de la garantie des créances²⁰⁷, est mise en œuvre postérieurement à l'effectivité de l'opération²⁰⁸. L'article 47 alinéa 1 LFus prévoit que, si les conditions de l'alinéa 2 sont remplies, « les sociétés responsables à titre subsidiaire » sont solidairement responsables envers les créanciers qui n'ont pas été désintéressés par « la société responsable à titre principal ».

Ainsi, chacune des sociétés participantes (sociétés responsables à titre subsidiaire) répond solidairement des dettes attribuées par le contrat ou le projet de scission à une autre (société responsable à titre principal), si cette dernière fait défaut ou s'avère incapable de faire face à ses obligations²⁰⁹. Si leur responsabilité subsidiaire est engagée, l'ensemble de leur fortune peut être utilisé pour désintéresser les créanciers, quelle que soit la valeur du patrimoine reçu dans la scission²¹⁰.

2. *Créances concernées et cercle des créanciers protégés*

Avec le critère de l'attribution des dettes selon le contrat ou le plan de scission, la loi démontre que la responsabilité solidaire subsidiaire ne peut porter que sur des créances préexistantes à l'opération²¹¹. La doctrine majoritaire considère que la délimitation temporelle des créances touchées par la responsabilité solidaire subsidiaire (art. 47 LFus) doit être identique à celle des créances visées par le maintien de la responsabilité personnelle antérieure (art. 48 LFus en relation avec l'art. 26 LFus)²¹². Ainsi, seules sont concernées les créances nées avant l'effectivité de la scission, c'est-à-dire avant son

²⁰⁵ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 45 LFus n° 11, art. 46 LFus n° 16. Voir aussi : Amstutz/Ramon Mabillard (2011), p. 356 s.

²⁰⁶ Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 46 LFus n° 13 ; Rashid Bahar (2005), art. 46 LFus n° 10.

²⁰⁷ Cf. supra chap. IV.B.1.

²⁰⁸ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 47 LFus n° 1.

²⁰⁹ Rashid Bahar (2005), art. 47 LFus n° 1. Voir aussi : Markus Affentranger (2015), art. 47 LFus n° 1 ; Michael Pfeifer/Roland M. Müller (2012), art. 47 LFus n° 1.

²¹⁰ Rashid Bahar (2005), art. 47 LFus n° 1. Voir aussi : Martin Weber (2016), art. 47 LFus n° 8.

²¹¹ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 47 LFus n° 3a.

²¹² Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 47 LFus n° 3a ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 47 LFus n° 8.

inscription au registre du commerce au sens de l'article 52 alinéa 1 LFus (en relation avec l'art. 932 al. 2 CO), ou dont la cause est antérieure à cette date²¹³.

Le même critère de l'attribution des dettes selon le contrat ou le plan de scission laisse cependant plusieurs questions ouvertes quant à la délimitation matérielle des créances touchées par la responsabilité solidaire subsidiaire (art. 47 LFus). En effet, il est évident, à la lecture de l'article 47 alinéa 1 LFus, que les créances transférées sont concernées (cf. infra chap. a). En revanche, les questions se posent de savoir si la responsabilité solidaire vise également les créanciers non transférés de la société transférante (cf. infra chap. b) et les créanciers préexistants de la (des) société(s) reprenante(s) (cf. infra chap. c).

a. *Créanciers transférés*

Les créances transférées sont visées directement par l'énoncé de l'article 47 alinéa 1 LFus. Il s'agit des créances d'anciens créanciers de la société transférante qui ont été intégrées dans l'inventaire du contrat ou du plan de scission (art. 37 lit. b LFus) et ont ainsi été transférées à une des sociétés reprenantes²¹⁴.

b. *Créanciers demeurant dans la société transférante*

La question de savoir si la responsabilité solidaire concerne également les créanciers dont les créances demeurent dans la société transférante ne se pose qu'en cas de séparation²¹⁵. En effet, en cas de division, ce sont systématiquement toutes les dettes de la société transférante qui sont transférées à l'une ou à l'autre des sociétés reprenantes et si certaines dettes ne peuvent (explicitement ou implicitement) être attribuées, c'est la responsabilité solidaire primaire prévue par l'article 38 alinéa 3 LFus qui s'applique en tant que *lex specialis*²¹⁶.

L'interprétation littérale de l'article 47 alinéa 1 LFus mène à penser que la responsabilité solidaire ne porte pas sur les dettes non touchées par la séparation qui restent dans la société transférante. La doctrine estime cependant qu'il faut s'écarter de cette interprétation, car, même si elles ne font pas partie de l'inventaire (art. 37 lit. b LFus), les dettes qui demeurent dans la société transférante sont en général elles aussi attribuées, de façon explicite ou implicite, en vertu du contrat ou du projet de scission²¹⁷. Ainsi, l'interprétation téléologique doit primer, car l'interprétation littérale conduit à une inégalité de traitement injustifiée entre créanciers transférés et non transférés, alors que ces derniers voient également

²¹³ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 47 LFus n° 3a ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 47 LFus n° 8 ; Lukas Glanzmann (2014), n° 647 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 47 LFus n° 8.

²¹⁴ Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 47 LFus n° 5.

²¹⁵ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 47 LFus n° 8.

²¹⁶ Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 47 LFus n° 5a ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 47 LFus n° 5.

²¹⁷ Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 47 LFus n° 6.

leurs droits potentiellement compromis par la perte d'une partie de l'actif social de leur débiteur^{218 219}.

Partant, la doctrine considère que la responsabilité solidaire subsidiaire concerne non seulement les dettes transférées, mais également celles qui ne font pas partie de l'inventaire du contrat ou du projet de scission et qui demeurent dans la société transférante²²⁰.

c. *Créanciers préexistants de la (des) société(s) reprenante(s)*

L'applicabilité de la responsabilité solidaire subsidiaire aux créances des anciens créanciers de la (des) société(s) reprenante(s) est une question controversée en doctrine²²¹.

La doctrine dominante considère que, bien qu'il soit généralement admis qu'une scission peut comporter des risques pour cette catégorie de créanciers (l'arrivée de nouveaux créanciers impliquant notamment une dégradation du taux de couverture de leurs créances), leur situation peut être assimilée à celle résultant d'une fusion et nécessite dès lors moins de protection²²². De plus, comme en matière de fusion, les intérêts de ces créanciers sont déjà protégés par la possibilité de requérir la garantie de leurs créances au sens de l'article 46 LFus, et cela même en amont de la décision de scission (cf. art. 43 al. 1 LFus)²²³. Par ailleurs, le libellé de l'article 47 alinéa 1 LFus démontre également que ces créanciers ne peuvent pas être inclus dans le champ d'application de cette disposition, car leurs créances ne sont pas susceptibles d'être transférées par la scission ou de faire l'objet du contrat ou du projet de scission²²⁴.

Partant, la doctrine majoritaire considère qu'une différence de traitement est justifiée par le besoin de protection moins élevé que pour les autres créanciers et estime que

²¹⁸ Cf. supra chap. IV.A.1.

²¹⁹ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 47 LFus n° 9 ; *Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Brigitte von der Crone/Karin Ingber* (2017), n° 640 ; *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 47 LFus n° 6.

²²⁰ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 47 LFus n° 9 ; *Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Brigitte von der Crone/Karin Ingber* (2017), n° 640 ; *Markus Affentranger* (2015), art. 47 LFus n° 1a ; *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 47 LFus n° 6 ; *Rashid Bahar* (2005), art. 47 LFus n° 4 ; *Rémy Wyler/Boris Heinzer* (2005), p. 182. Pour un avis contraire, voir : *Marc Amstutz/Ramon Mabillard* (2008), art. 47 LFus n° 5.

²²¹ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 47 LFus n° 10 ; *Markus Affentranger* (2015), art. 47 LFus n° 1b. Pour une présentation détaillée des différents avis doctrinaux, voir : *Lukas Glanzmann* (2014), n° 646 n.b.p. 1650.

²²² *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 47 LFus n° 10 ; *Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Brigitte von der Crone/Karin Ingber* (2017), n° 641 ; *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 47 LFus n° 7.

²²³ *Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Brigitte von der Crone/Karin Ingber* (2017), n° 641 ; *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 47 LFus n° 7 ; *Marc Amstutz/Ramon Mabillard* (2008), art. 47 LFus n° 5.

²²⁴ *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 47 LFus n° 7.

les créanciers préexistants de la (des) société(s) reprenante(s) ne peuvent dès lors pas bénéficier de la responsabilité solidaire subsidiaire de l'article 47 LFus²²⁵.

3. Subsidiarité de la responsabilité

Contrairement à celle prévue pour le transfert de patrimoine (art. 75 LFus)²²⁶, la responsabilité solidaire en matière de scission est subsidiaire. Ainsi, les sociétés responsables à titre subsidiaire ne peuvent être actionnées en responsabilité qu'aux conditions cumulatives posées par l'article 47 alinéa 2 LFus²²⁷.

D'une part, la créance en question ne doit pas avoir été garantie, notamment au sens de l'article 46 LFus.

D'autre part, par analogie avec les dispositions sur le cautionnement (cf. art. 495 al. 1 CO), il doit survenir un évènement de nature à compromettre le recouvrement de la créance ou le rendre plus difficile. Ainsi, selon l'article 47 alinéa 2 LFus, les sociétés responsables à titre subsidiaire ne peuvent être recherchées que si la société responsable à titre principal remplit au moins l'une des conditions alternatives suivantes²²⁸ :

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

4. Limitation temporelle de la responsabilité

La doctrine n'est pas unanime sur la question de savoir pendant combien de temps subsiste la responsabilité solidaire de l'article 47 LFus.

²²⁵ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 47 LFus n° 10 ; Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Brigitte von der Crone/Karin Ingber (2017), n° 641 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 47 LFus n° 7 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 47 LFus n° 5 ; Rashid Bahar (2005), art. 47 LFus n° 4 ; Rémy Wyler/Boris Heinzer (2005), p. 182. Pour un avis contraire, voir : Roland Ruedin (2003), p. 695.

²²⁶ Cf. infra chap. VI.B.

²²⁷ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 47 LFus n° 2.

²²⁸ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 47 LFus n° 14 s. ; Markus Affentranger (2015), art. 47 LFus n° 2 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 47 LFus n° 11 ; Michael Pfeifer/Roland M. Müller (2012), art. 47 LFus n° 2 s. ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 47 LFus n° 9 ; Rashid Bahar (2005), art. 47 LFus n° 3 et n° 5 ; Message LFus, p. 4095 s.

Le point de départ de la controverse est identique et très souvent critiqué²²⁹ : l'article 47 LFus ne contient ni délai de prescription ni délai de péremption et ne fixe ainsi pas de limitation temporelle à la responsabilité. Partant de cela, il existe deux points de vue divergents.

Une partie minoritaire de la doctrine déduit de l'énoncé légal que la responsabilité solidaire subsidiaire est « éternelle »²³⁰. Concrètement, cela signifie que les sociétés responsables à titre subsidiaire peuvent être actionnées solidairement tant et aussi longtemps que la créance concernée n'est pas prescrite selon le délai de prescription qui lui est applicable²³¹.

La doctrine majoritaire estime en revanche qu'en admettant cela, la (les) société(s) reprenante(s) serai(en)t dans l'impossibilité totale d'estimer les risques relatifs à une scission, ce qui entraverait par trop le bon fonctionnement de cet outil de restructuration en le rendant irréalisable et lui faisant perdre en attractivité. Cette partie majoritaire de la doctrine préconise ainsi une application analogique de l'article 75 LFus qui prévoit un délai de prescription de trois ans²³² (dès l'effectivité de la scission au sens de l'art. 52 al. 1 LFus en relation avec l'art. 932 al. 2 CO ou dès l'exigibilité ultérieure)²³³.

5. Conséquences de la responsabilité solidaire

La nature et les effets de la solidarité de l'article 47 LFus font également l'objet de quelques divergences doctrinales.

Tout d'abord, concernant la nature de la solidarité, la doctrine majoritaire estime qu'il s'agit, à l'instar de la responsabilité solidaire prévue par l'article 75 LFus pour le transfert de patrimoine, d'un cas de solidarité parfaite au sens des articles 143 et suivants CO²³⁴.

Au sujet des effets de la solidarité, il faut distinguer la situation dans les relations externes (cf. infra chap. a) de celle dans les relations internes (cf. infra chap. b).

a. Dans les relations externes

Une question à laquelle la doctrine ne donne pas une réponse unanime est celle de savoir si, dès le moment où les conditions de l'article 47 alinéa 2 LFus sont réalisées,

²²⁹ Cf. infra chap. VII.A.1.

²³⁰ Expression empruntée à : Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 47 LFus n° 12 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 47 LFus n° 12.

²³¹ Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Brigitte von der Crone/Karin Ingber (2017), n° 644 ; Markus Affentranger (2015), art. 47 LFus n° 1d ; Lukas Glanzmann (2014), n° 648 ; Rémy Wyler/Boris Heinzer (2005), p. 183.

²³² Cf. infra chap. VI.B.3.

²³³ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 47 LFus n° 13 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 47 LFus n° 12 ; Michael Pfeifer/Roland M. Müller (2012), art. 47 LFus n° 6 ; Peter Böckli (2009), §3 n° 323 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 47 LFus n° 12 s. ; Andreas Binder (2005), p. 33 ss ; Peter R. Altenburger/Massimo Calderan/Werner Lederer (2004), n° 657 ; Ulysses von Salis (2004), p. 356.

²³⁴ Martin Weber (2016), art. 47 LFus n° 8 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 47 LFus n° 10 ; Piera Beretta (2006), p. 288. Pour un avis contraire, voir : Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 47 LFus n° 14.

la société responsable à titre principal est également solidairement responsable avec les sociétés responsables à titre subsidiaire ou si ces dernières le sont uniquement entre elles.

Une partie minoritaire de la doctrine soutient cette dernière hypothèse et considère ainsi que la société responsable à titre principal n'est pas concernée par la responsabilité solidaire de l'article 47 LFus²³⁵.

La doctrine majoritaire estime cependant que la responsabilité de la société responsable à titre principal ne cesse pas d'exister et que toutes les sociétés participant à la scission (y compris donc celle responsable à titre principal) sont solidairement responsables. Ainsi, si les conditions de l'article 47 alinéa 2 LFus sont remplies, le créancier a le libre choix d'actionner n'importe laquelle des sociétés participantes pour une partie ou pour l'entier de sa créance (art. 144 al. 1 CO)²³⁶.

b. Dans les relations internes

À défaut de précisions dans l'article 47 LFus à ce sujet, la doctrine admet, conformément aux principes applicables en matière de solidarité (art. 148 et 149 CO), que la société qui a fourni une prestation dans les relations externes dispose d'un recours dans les relations internes envers les autres sociétés solidairement responsables²³⁷.

Sous réserve de dispositions contraires du contrat ou du projet de scission, c'est en premier lieu envers la société responsable à titre principal (à laquelle la créance a été attribuée) que la société responsable subsidiairement peut recourir pour l'entier de la prestation qu'elle a fournie au créancier²³⁸.

Si aucun recours ne peut être pris envers la société responsable à titre principal ou si le recours envers cette société est resté sans succès, la société responsable subsidiairement qui a fourni une prestation dispose d'un recours envers les autres sociétés responsables à titre subsidiaire. En l'absence de plan d'allocation interne dans le contrat ou le projet de scission, la doctrine considère que, contrairement à l'article 148 alinéa 1 CO, les dettes ne doivent pas être assumées à parts égales entre les sociétés responsables à titre subsidiaire, mais, par analogie à l'article 38

²³⁵ Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 47 LFus n° 10 ; Rashid Bahar (2005), art. 47 LFus n° 2.

²³⁶ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 47 LFus n° 4 ; Markus Affentranger (2015), art. 47 LFus n° 1c ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 47 LFus n° 13 ; Peter R. Altenburger/Massimo Calderan/Werner Lederer (2004), n° 656.

²³⁷ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 47 LFus n° 5 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 47 LFus n° 15 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 47 LFus n° 11.

²³⁸ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 47 LFus n° 5 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 47 LFus n° 15 ; Rashid Bahar (2005), art. 47 LFus n° 2.

alinéa 1 LFus, proportionnellement à la fortune nette qui leur revient en vertu du contrat ou du projet de scission²³⁹.

D. Le maintien de la responsabilité personnelle antérieure des associés (art. 48 LFus)

1. *Généralités*

En matière de scission, la loi contient un troisième instrument spécifique de protection des créanciers. En effet, l'article 48 LFus prévoit le maintien de la responsabilité personnelle antérieure des associés de la société transférante qui, au contraire de la garantie des créances²⁴⁰, mais à l'instar de la responsabilité solidaire subsidiaire, est mis en œuvre après l'effectivité de la scission²⁴¹.

Dès lors, une question intéressante est celle de la relation entre ces deux responsabilités, car tant la responsabilité solidaire prévue à l'article 47 LFus²⁴² que la responsabilité personnelle des associés prévue par le droit des sociétés²⁴³ sont des responsabilités subsidiaires. Il s'agit donc de déterminer laquelle est subsidiaire à l'autre.

La règle retenue par la doctrine est celle de la « double subsidiarité »²⁴⁴. Ainsi, la responsabilité personnelle subsidiaire des associés (art. 48 LFus en relation avec l'art. 26 LFus) n'entre en jeu que si les poursuites en justice du créancier sont restées sans succès tant contre la société responsable à titre principal que contre les sociétés responsables à titre subsidiaire au sens de l'article 47 LFus ou si l'exercice du droit du créancier contre toutes ces sociétés est impossible ou sensiblement entravé²⁴⁵. En effet, les conditions du droit des sociétés relatives à la responsabilité personnelle subsidiaire des associés doivent être remplies non seulement à l'égard de la société transférante, mais également à l'égard de toutes les sociétés responsables à titre principal ou subsidiaire²⁴⁶. En d'autres termes, la responsabilité personnelle des associés de la société transférante de l'article 48 LFus est elle-même subsidiaire à la responsabilité solidaire subsidiaire de l'article 47 LFus²⁴⁷.

2. *Renvoi pur et simple à l'article 26 LFus*

S'agissant de la réglementation du maintien de la responsabilité personnelle des associés,

²³⁹ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 47 LFus n° 5 ; Markus Affentranger (2015), art. 47 LFus n° 1c ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 47 LFus n° 15 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 47 LFus n° 11 ; Rashid Bahar (2005), art. 47 LFus n° 2.

²⁴⁰ Cf. supra chap. IV.B.1.

²⁴¹ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 47 LFus n° 1.

²⁴² Cf. supra chap. IV.C.3.

²⁴³ Cf. supra chap. III.C.4.

²⁴⁴ Expression empruntée à : Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 48 LFus n° 3.

²⁴⁵ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 48 LFus n° 3 ; Markus Affentranger (2015), art. 48 LFus n° 1 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 48 LFus n° 3 ; Michael Pfeifer/Roland M. Müller (2012), art. 48 LFus n° 2 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 48 LFus n° 3.

²⁴⁶ Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 48 LFus n° 3.

²⁴⁷ Markus Affentranger (2015), art. 48 LFus n° 1 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 48 LFus n° 3.

l'article 48 LFus prévoit une application par analogie de l'article 26 LFus. Ainsi, les associés de la société transférante qui, avant la scission, assumaient une responsabilité personnelle pour les dettes de celle-ci continuent de répondre, durant trois ans, des dettes nées avant l'effectivité de l'opération (au sens de l'art. 52 LFus en relation avec l'art. 932 al. 2 CO).

Limitées également par le catalogue de l'article 30 LFus, les scissions potentiellement visées par le maintien de la responsabilité personnelle (art. 48 LFus) sont moins nombreuses qu'en matière de fusion, ce qui restreint également l'importance pratique de ce mécanisme de protection des créanciers²⁴⁸. Concrètement, il s'agit des cas où la société transférante était une société en commandite par actions (art. 764 CO) ou une société coopérative (art. 869 s. CO)²⁴⁹.

Concernant les modalités d'exercice de cette responsabilité personnelle, il convient de renvoyer purement et simplement, comme le fait l'article 48 LFus, aux chapitres relatifs à l'article 26 LFus²⁵⁰.

V. La protection des créanciers dans la transformation

A. Le régime de protection des créanciers dans la transformation

1. *Les risques encourus par les créanciers*

La transformation est l'opération qui compromet le moins les intérêts des créanciers²⁵¹. En effet, la transformation n'implique ni un changement de débiteur ni une modification de la fortune sociale. La société subsiste et continue de répondre avec le même actif social à l'égard des créanciers, seule sa forme juridique change ; il s'agit d'un « changement d'habit juridique »²⁵². Dès lors, par rapport à la fusion et à la scission, les risques pour les créanciers sont faibles en cas de transformation²⁵³.

Cependant, ils ne sont pas nuls. En effet, un besoin de protection des créanciers existe dans les situations dans lesquelles, avant la transformation, la société connaissait un régime de responsabilité personnelle des associés pour les dettes sociales et que celui-ci

²⁴⁸ Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 48 LFus n° 1a.

²⁴⁹ Markus Affentranger (2015), art. 48 LFus n° 2 ; Rashid Bahar (2005), art. 48 LFus n° 1. Voir aussi : Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 48 LFus n° 3b qui ajoute cependant les cas d'obligations d'effectuer des versements supplémentaires dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés coopératives.

²⁵⁰ Cf. supra chap. III.C.

²⁵¹ Roland Ruedin (2003), p. 688

²⁵² Expression empruntée à : Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 68 LFus n° 3 ; Markus Affentranger/Peter Reinert (2015), art. 68 LFus n° 1 ; Felix R. Ehrat/Marco Colombini (2015), art. 68 LFus n° 2 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 68 LFus n° 1 ss.

²⁵³ Roland Ruedin (2003), p. 688. Voir aussi : Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 68 LFus n° 3 ; Markus Affentranger/Peter Reinert (2015), art. 68 LFus n° 1 ; Felix R. Ehrat/Marco Colombini (2015), art. 68 LFus n° 2 s. ; Piera Beretta/Ursula Hubschmid (2012), art. 68 LFus n° 1 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 68 LFus n° 1 ; Henry Peter/Rémy Wyler (2005), art. 68 LFus n° 3 s. ; Rémy Wyler/Boris Heinzer (2005), p. 190 ; Message LFus, p. 4111.

est modifié, au détriment des créanciers, à la suite du changement de forme juridique (par exemple, en cas de transformation d'une société en nom collectif en société anonyme)²⁵⁴.

2. *Les mécanismes de protection des créanciers*

Le faible besoin de protection des créanciers en matière de transformation a poussé le législateur à renoncer à la garantie des créances (cf. infra chap. C), mais à prévoir néanmoins le maintien de la responsabilité personnelle des associés (art. 68 al. 1 LFus) (cf. infra chap. B).

B. Le maintien de la responsabilité personnelle antérieure des associés (art. 68 al. 1 LFus)

1. *Généralités*

Le maintien de la responsabilité personnelle des associés de la société qui se transforme (art. 68 al. 1 LFus) est le seul instrument spécifique de protection des créanciers prévu par la LFus pour la transformation et il intervient postérieurement à l'effectivité de l'opération²⁵⁵.

2. *Renvoi pur et simple à l'article 26 LFus*

L'article 68 alinéa 1 LFus prévoit une application par analogie de l'article 26 LFus s'agissant de la réglementation du maintien de la responsabilité personnelle des associés. Dès lors, les associés de la société qui se transforme qui répondaient personnellement des dettes de celle-ci avant la transformation continuent de répondre, durant trois ans, des dettes qui sont nées avant l'effectivité de l'opération (au sens de l'art. 67 LFus en relation avec l'art. 932 al. 2 CO).

Les transformations dans lesquelles le maintien de la responsabilité personnelle des associés peut entrer en ligne de compte sont essentiellement les suivantes²⁵⁶ :

- transformation d'une société en commandite (art. 594 et 604 ss CO) en une société anonyme, une société à responsabilité limitée, une société en commandite par actions ou, selon les statuts, une société coopérative ;
- transformation d'une société coopérative (art. 869 s. CO) en une société anonyme, une société à responsabilité limitée ou, selon les statuts, une association ;

²⁵⁴ Roland Ruedin (2003), p. 688. Voir aussi : Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 68 LFus n° 4 ; Markus Affentranger/Peter Reinert (2015), art. 68 LFus n° 3 ; Felix R. Ehrat/Marco Colombini (2015), art. 68 LFus n° 3 ; Piera Beretta/Ursula Hubschmid (2012), art. 68 LFus n° 2 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 68 LFus n° 2 ; Henry Peter/Rémy Wyler (2005), art. 68 LFus n° 5 ; Rémy Wyler/Boris Heinzer (2005), p. 190.

²⁵⁵ Felix R. Ehrat/Marco Colombini (2015), art. 68 LFus n° 7.

²⁵⁶ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 68 LFus n° 6 ; Felix R. Ehrat/Marco Colombini (2015), art. 68 LFus n° 8 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 68 LFus n° 4.

- transformation d'une association (art. 71 CC) en une société anonyme, une société à responsabilité limitée, une société en commandite par actions ou, selon les statuts, une société coopérative ;
- transformation d'une société en commandite par actions (art. 764 CO) en une société anonyme, une société à responsabilité limitée ou, selon les statuts, une société coopérative ;
- transformation d'une société en nom collectif (art. 568 ss CO) en une société anonyme, une société à responsabilité limitée, une société en commandite par actions, une société en commandite²⁵⁷ ou, selon les statuts, une société coopérative.

Pour les modalités d'exercice de cette responsabilité personnelle, il convient de renvoyer purement et simplement, comme le fait l'article 68 LFus, aux chapitres relatifs à l'article 26 LFus²⁵⁸.

C. L'absence d'appel aux créanciers et de sûretés en leur faveur

À l'inverse de ce qui est prévu en matière de fusion (art. 25 LFus)²⁵⁹ et de scission (art. 45 et 46 LFus)²⁶⁰, la société qui se transforme n'a pas d'avis aux créanciers à effectuer ou de sûretés à fournir. La renonciation à ces exigences est une conséquence des risques moindres que représente la transformation pour les créanciers²⁶¹.

VI. La protection des créanciers dans le transfert de patrimoine

A. Le régime de protection des créanciers dans le transfert de patrimoine

1. *Les risques encourus par les créanciers*

Pour les créanciers transférés de la société transférante, le transfert de patrimoine implique un changement de débiteur, et cela sans qu'ils aient à donner leur consentement (contrairement aux règles applicables pour la reprise de dette, cf. art. 175 ss CO). Ils perdent leur débiteur pour en gagner un nouveau (la société reprenante) qui, en général, est déjà engagé à l'égard d'autres créanciers. Le transfert de patrimoine peut aussi engendrer une diminution de leur taux de couverture. De plus, ils risquent d'être désavantagés si la société reprenante est moins solvable que leur ancien débiteur, si elle

²⁵⁷ Pour une présentation des problèmes de protection des créanciers liés à la transformation d'une société en nom collectif en une société en commandite (art. 54 al. 2 lit. c LFus) par l'acquisition de la qualité de commanditaire par un associé (art. 55 al. 1 lit. b LFus), voir : *Felix R. Ehrat/Marco Colombini* (2015), art. 68 LFus n° 10.

²⁵⁸ Cf. supra chap. III.C.

²⁵⁹ Cf. supra chap. III.B.

²⁶⁰ Cf. supra chap. IV.B.

²⁶¹ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 68 LFus n° 2 ; *Felix R. Ehrat/Marco Colombini* (2015), art. 68 LFus n° 7 ; *Marc Amstutz/Ramon Mabillard* (2008), art. 68 LFus n° 3 ; *Marc Bauen/Robert Bernet* (2007), n° 832 ; *Marc Bauen/Gion Jegher/Boris Wenger/Marie-Noëlle Zen-Ruffinen* (2005), p. 165 ; *Henry Peter/Rémy Wyler* (2005), art. 68 LFus n° 9.

est surendettée ou si elle fournit une contre-prestation trop élevée à la société transférante. Ils peuvent également perdre la protection d'un système de responsabilité des associés pour les dettes sociales²⁶².

Pour les créanciers non transférés de la société transférante, le risque est moindre, mais pas nul. En effet, ils peuvent subir une perte de substrat de responsabilité si la contre-prestation reçue par la société reprenante a une valeur inférieure à celle du patrimoine transféré²⁶³.

Les créanciers préexistants de la société reprenante risquent une dégradation du taux de couverture de leurs créances par l'arrivée de nouveaux créanciers et peuvent également subir une perte de substrat de responsabilité si la contre-prestation fournie par la société reprenante est trop élevée par rapport à la valeur du patrimoine reçu de la société transférante²⁶⁴.

2. Les mécanismes de protection des créanciers

Le législateur a prévu à l'article 75 LFus deux instruments spécifiques de protection des créanciers dans le transfert de patrimoine : d'une part, reprise pour l'essentiel de l'article 181 alinéa 2 CO²⁶⁵, la responsabilité solidaire de l'ancien débiteur aux côtés du nouveau (cf. infra chap. B), et d'autre part, le droit subsidiaire d'obtenir des sûretés (cf. infra chap. C).

Il faut cependant préciser qu'en matière de transfert de patrimoine, à l'inverse de ce qui vaut dans la fusion²⁶⁶ et dans la scission²⁶⁷, seuls les créanciers transférés sont protégés par l'article 75 LFus. En effet, cette disposition ne vise ni les créanciers demeurant dans la société transférante ni les créanciers préexistants de la société reprenante²⁶⁸ et ceux-ci ne sont dès lors protégés que par les dispositions générales protectrices des créanciers^{269 270}.

²⁶² Roland Ruedin (2003), p. 689. Voir aussi : Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 75 LFus n° 1 s. ; Markus Affentranger (2015), art. 75 LFus n° 1 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 75 LFus n° 4 s. ; Lukas Glanzmann (2014), n° 606 ; Benedict F. Christ (2012), art. 75 LFus n° 2 ; Rashid Bahar (2005), art. 75 LFus n° 1 ; Message LFus, p. 4119.

²⁶³ Roland Ruedin (2003), p. 689. Voir aussi : Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 75 LFus n° 2 et n° 7 s. ; Markus Affentranger (2015), art. 75 LFus n° 2 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 75 LFus n° 5 ss ; Benedict F. Christ (2012), art. 75 LFus n° 3.

²⁶⁴ Roland Ruedin (2003), p. 689. Voir aussi : Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 75 LFus n° 2 et n° 7 s. ; Markus Affentranger (2015), art. 75 LFus n° 2 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 75 LFus n° 5 ss ; Benedict F. Christ (2012), art. 75 LFus n° 3.

²⁶⁵ Message LFus, p. 4119. Voir aussi : Rashid Bahar (2005), art. 75 LFus n° 1 ; Roland Ruedin (2003), p. 701.

²⁶⁶ Cf. supra chap. III.B.3.a.

²⁶⁷ Cf. supra chap. IV.B.3.a.

²⁶⁸ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 75 LFus n° 2 s. ; Markus Affentranger (2015), art. 75 LFus n° 2 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 75 LFus n° 4 ; Benedict F. Christ (2012), art. 75 LFus n° 3 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 75 LFus n° 2 ; Rashid Bahar (2005), art. 75 LFus n° 2 ; Rémy Wyler/Boris Heinzer (2005), p. 186 ; Peter Loser-Krogh (2000), p. 1105.

²⁶⁹ Cf. supra chap. II.B.

²⁷⁰ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 75 LFus n° 7 s. ; Markus Affentranger (2015), art. 75 LFus n° 2 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 75 LFus n° 5b s. ; Benedict F. Christ (2012), art. 75 LFus n° 3 ; Rashid Bahar (2005), art. 75 LFus n° 2 ; Reto T. Schumacher (2005), p. 182 ss ; Peter Loser-Krogh (2000), p. 1105.

Cette différence de traitement est critiquée en doctrine²⁷¹. En effet, bien que certains auteurs expliquent cette inégalité par le fait que c'est à la société transférante que revient la contre-prestation en matière de transfert de patrimoine²⁷², il est évident que ces deux catégories de créanciers risquent également d'être touchées par l'opération, notamment si la contre-prestation fournie par la société reprenante n'est pas équivalente au patrimoine transféré²⁷³.

B. La responsabilité solidaire de l'ancien débiteur aux côtés du nouveau (art. 75 al. 1 et al. 2 LFus)

1. *Généralités*

La responsabilité solidaire de l'ancien débiteur aux côtés du nouveau (art. 75 al. 1 LFus) constitue le plus important mécanisme spécifique de protection des créanciers en matière de transfert de patrimoine ; elle intervient après l'effectivité de l'opération²⁷⁴. Contrairement à l'article 47 LFus²⁷⁵, l'article 75 LFus ne prévoit pas une responsabilité solidaire subsidiaire, mais primaire²⁷⁶. Ainsi, l'article 75 alinéa 1 LFus dispose que, pendant trois ans, l'ancien débiteur (la société transférante) reste solidairement responsable aux côtés du nouveau (la société reprenante) pour les dettes nées avant le transfert de patrimoine.

2. *Créances concernées et cercle des créanciers protégés*

a. *Créances transférées exclusivement*

Comme nous l'avons vu²⁷⁷, seuls les créanciers transférés sont protégés. Ainsi, l'article 75 alinéa 1 LFus ne vise que les anciennes dettes de la société transférante qui ont été transférées à la société reprenante par le biais du transfert de patrimoine²⁷⁸.

Comme le prévoit l'article 73 alinéa 2 LFus, il faut se baser sur l'inventaire pour connaître les passifs transférés à la société reprenante²⁷⁹. Si certaines dettes de la société transférante ne peuvent (explicitement ou implicitement) être attribuées à la société reprenante sur la base de l'inventaire, la doctrine majoritaire préconise une application par analogie de l'article 72 LFus, ayant pour conséquence que les passifs

²⁷¹ Rashid Bahar (2005), art. 75 LFus n° 2 ; Roland Ruedin (2003), p. 701 s. Pour un avis contraire, voir : Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 75 LFus n° 5 ss.

²⁷² Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 75 LFus n° 5. Voir aussi : Rolf Watter/Urs Kägi (2015), p. 280.

²⁷³ Cf. supra chap. VI.A.1.

²⁷⁴ Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 75 LFus n° 1.

²⁷⁵ Cf. supra chap. IV.C.3.

²⁷⁶ Peter Böckli (2009), §3 n° 393 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 75 LFus n° 1 ; Rémy Wyler/Boris Heinzer (2005), p. 186.

²⁷⁷ Cf. supra chap. VI.A.2.

²⁷⁸ Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 75 LFus n° 6a.

²⁷⁹ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 75 LFus n° 4 s. ; Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Brigitte von der Crone/Karin Ingber (2017), n° 933 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 75 LFus n° 6a ; Benedict F. Christ (2012), art. 75 LFus n° 5 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 75 LFus n° 4.

non attribués demeurent dans la société transférante et ne font dès lors pas l'objet de la responsabilité solidaire de l'article 75 alinéa 1 LFus²⁸⁰.

b. *Créances antérieures au transfert de patrimoine*

Ne sont visées par l'article 75 alinéa 1 LFus que les créances nées avant que le transfert de patrimoine ne déploie ses effets, c'est-à-dire avant son inscription au registre du commerce au sens de l'article 73 alinéa 2 LFus (en relation avec l'art. 932 al. 2 CO), ou dont la cause est antérieure à cette date²⁸¹.

3. *Limitation temporelle de la responsabilité*

L'article 75 alinéa 2 LFus limite la responsabilité solidaire de l'ancien débiteur aux côtés du nouveau à trois ans depuis la « publication du transfert du patrimoine ».

Ainsi, pour autant qu'elles ne se prescrivent pas plus tôt en application des principes généraux, les prétentions des créanciers transférés contre leur ancien débiteur (la société transférante) se prescrivent au plus tard trois ans après la date à laquelle le transfert du patrimoine déploie ses effets (au sens de l'art. 73 al. 2 LFus en relation avec l'art. 932 al. 2 CO). Si la créance ne devient exigible qu'après cette date, le délai de trois ans court dès l'exigibilité (art. 75 al. 2 LFus)²⁸².

À l'instar du délai prévu par l'article 26 LFus, celui de l'article 75 LFus est également un délai de prescription au sens des articles 127 et suivants CO (et non un délai de péremption) et peut ainsi être interrompu au sens de l'article 135 CO²⁸³.

Il faut noter que ce délai de prescription ne vaut que pour les prétentions à l'encontre de la société transférante. En effet, les prétentions des créanciers transférés contre leur nouveau débiteur (la société reprenante) se prescrivent selon les principes généraux du droit des obligations (art. 127 ss CO)²⁸⁴.

²⁸⁰ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 75 LFus n° 5 ; Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Brigitte von der Crone/Karin Ingber (2017), n° 939 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 75 LFus n° 6a ; Benedict F. Christ (2012), art. 75 LFus n° 7 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 75 LFus n° 4. Pour un avis contraire, voir : Piera Beretta (2012), art. 72 LFus n° 4.

²⁸¹ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 75 LFus n° 4 ; Markus Affentranger (2015), art. 75 LFus n° 4 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 75 LFus n° 6b ; Benedict F. Christ (2012), art. 75 LFus n° 4 s. ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 75 LFus n° 4.

²⁸² Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 75 LFus n° 9 ; Markus Affentranger (2015), art. 75 LFus n° 5 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 75 LFus n° 9 ; Benedict F. Christ (2012), art. 75 LFus n° 9 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 75 LFus n° 5 ; Rashid Bahar (2005), art. 75 LFus n° 3.

²⁸³ Markus Affentranger (2015), art. 75 LFus n° 5 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 75 LFus n° 9a ; Benedict F. Christ (2012), art. 75 LFus n° 9 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 75 LFus n° 5 ; Rashid Bahar (2005), art. 75 LFus n° 3.

²⁸⁴ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 75 LFus n° 9 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 75 LFus n° 9 ; Benedict F. Christ (2012), art. 75 LFus n° 10 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 75 LFus n° 5.

4. Conséquences de la responsabilité solidaire

À l'instar de celle de l'article 47 LFus, la doctrine majoritaire considère que la responsabilité solidaire de l'article 75 LFus constitue un cas de solidarité parfaite au sens des articles 143 et suivants CO²⁸⁵.

Ainsi, les deux sociétés participantes sont tenues des dettes transférées dans leur ensemble (art. 143 al. 1 CO) et le créancier peut, à son libre choix, exiger de chacune des sociétés toute ou partie de sa créance (art. 144 al. 1 CO) ; le paiement effectué par l'une des sociétés libère également l'autre (art. 147 al. 1 CO)²⁸⁶.

C. Le droit subsidiaire d'obtenir des sûretés (art. 75 al. 3 et al. 4 LFus)

1. Généralités

L'article 75 alinéa 3 LFus renforce la protection des créanciers en matière de transfert de patrimoine en prévoyant un droit pour les créanciers de requérir, subsidiairement, la garantie de leurs créances.

Comme en matière de fusion (art. 25 LFus), mais au contraire de ce qui vaut dans la scission (art. 46 LFus)²⁸⁷, la garantie des créances au sens de l'article 75 alinéa 3 LFus intervient postérieurement à l'effectivité de l'opération²⁸⁸.

2. L'absence d'appel aux créanciers

À l'inverse de la fusion (art. 25 al. 2 LFus)²⁸⁹ et de la scission (art. 45 LFus)²⁹⁰, la loi ne prévoit pas d'avis aux créanciers en matière de transfert de patrimoine²⁹¹.

3. Garantie des créances

a. Créances concernées et cercle des créanciers protégés

Le cercle des créanciers protégés est, essentiellement, identique à celui relatif à la

²⁸⁵ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 75 LFus n° 6 ; Markus Affentranger (2015), art. 75 LFus n° 3 ; Lukas Glanzmann (2014), n° 651 ; Benedict F. Christ (2012), art. 75 LFus n° 8 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 75 LFus n° 6 ; Rashid Bahar (2005), art. 75 LFus n° 4 ; Reto T. Schumacher (2005), p. 186 ; Rémy Wyler/Boris Heinzer (2005), p. 185 s. Voir aussi : Message LFus, p. 4119. Pour un avis contraire, voir : Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 75 LFus n° 8 ss.

²⁸⁶ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 75 LFus n° 6 ; Benedict F. Christ (2012), art. 75 LFus n° 8 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 75 LFus n° 6 ; Rashid Bahar (2005), art. 75 LFus n° 4 ; Reto T. Schumacher (2005), p. 186 ; Message LFus, p. 4119.

²⁸⁷ Cf. supra chap. IV.B.1.

²⁸⁸ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 75 LFus n° 14 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 75 LFus n° 10 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 75 LFus n° 7 ; Rémy Wyler/Boris Heinzer (2005), p. 188.

²⁸⁹ Cf. supra chap. III.B.2.

²⁹⁰ Cf. supra chap. IV.B.2.

²⁹¹ Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 75 LFus n° 10a ; Lukas Glanzmann (2014), n° 610, n° 627 ; Benedict F. Christ (2012), art. 75 LFus n° 11 ; Piera Beretta (2006), p. 296 ; Rashid Bahar (2005), art. 75 LFus n° 8.

responsabilité solidaire de l'article 75 alinéa 1 LFus²⁹². Il s'agit des créanciers qui possèdent des créances nées avant la date à laquelle le transfert de patrimoine déploie ses effets (au sens de l'art. 73 al. 2 LFus en relation avec l'art. 932 al. 2 CO), ou dont la cause est antérieure à cette date, et qui ont été transférées de la société transférante à la société reprenante²⁹³.

Cependant, le champ d'application de la garantie des créances (art. 75 al. 3 LFus) est un peu plus restrictif que celui de la responsabilité solidaire (art. 75 al. 1 LFus), car seules sont concernées les créances qui ont une valeur patrimoniale et qui ne sont pas encore exigibles.

Pour le surplus, il convient de renvoyer aux développements relatifs aux créances visées par l'article 25 LFus²⁹⁴.

b. *Subsidiarité de la garantie des créances*

Le droit d'obtenir des sûretés en matière de transfert de patrimoine ne joue pas le même rôle que dans la fusion ou la scission. En effet, dans le transfert de patrimoine, cet instrument de protection des créanciers est conçu comme un mécanisme qui vient compléter la responsabilité solidaire de l'article 75 alinéa 1 LFus, dans les cas où celle-ci n'existe plus ou n'est plus suffisante pour « protéger efficacement les créanciers »²⁹⁵. De ce fait, la doctrine qualifie souvent ce droit d'obtenir des garanties au sens de l'article 75 alinéa 3 LFus comme étant « extraordinaire », « subsidiaire » ou « exceptionnel »²⁹⁶.

Ainsi, l'article 75 alinéa 3 LFus prévoit que les sociétés participant au transfert de patrimoine (c'est-à-dire tant la société transférante que la société reprenante) garantissent les créances dans deux situations.

La première hypothèse (lit. a) est réalisée si, avant la fin du délai de trois ans de l'article 75 alinéa 2 LFus, la responsabilité solidaire de l'article 75 alinéa 1 LFus s'est éteinte. Une telle situation peut par exemple se présenter si l'une des sociétés participant au transfert de patrimoine est dissoute et liquidée à la suite de sa faillite (le moment déterminant étant alors le prononcé de la faillite et la radiation du registre du commerce)²⁹⁷.

²⁹² Cf. supra chap. VI.B.2.

²⁹³ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 75 LFus n° 12 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 75 LFus n° 11b ; Lukas Glanzmann (2014), n° 623 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 75 LFus n° 8.

²⁹⁴ Cf. supra chap. III.B.3.a.

²⁹⁵ Rashid Bahar (2005), art. 75 LFus n° 5.

²⁹⁶ Markus Affentranger (2015), art. 75 LFus n° 6 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 75 LFus n° 10 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 75 LFus n° 1 ; Piera Beretta (2006), p. 296.

²⁹⁷ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 75 LFus n° 10 ; Markus Affentranger (2015), art. 75 LFus n° 7 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 75 LFus n° 14a ; Lukas

La seconde hypothèse (lit. b) est réalisée si les créanciers parviennent à rendre vraisemblable que la responsabilité solidaire de l'article 75 alinéa 1 LFus ne constitue pas une protection suffisante. Cela peut notamment être le cas lorsque le transfert de patrimoine intervient sans contre-prestation et que, par ce fait, le patrimoine de l'ancien débiteur (la société transférante) est affaibli, alors que, dès le départ, le nouveau débiteur (la société reprenante) était moins solvable, voire surendetté. À l'inverse de la fusion (art. 25 al. 3 LFus)²⁹⁸ et de la scission (art. 46 al. 2 LFus)²⁹⁹, la preuve incombe aux créanciers, mais ils peuvent se limiter à la vraisemblance³⁰⁰.

c. *Requête à présenter par les créanciers*

La loi est muette sur l'exigence d'une requête des créanciers. En revanche, la doctrine considère que, comme en matière de fusion (art. 25 al. 1 LFus) et de scission (art. 46 al. 1 LFus), les créanciers qui désirent obtenir la garantie de leurs créances doivent en faire la demande³⁰¹.

La requête doit être présentée à la société de la part de laquelle le créancier en question souhaite recevoir des sûretés et elle peut l'être, au libre choix de celui-ci, tant à l'une qu'à l'autre des sociétés participant au transfert de patrimoine, car elles sont toutes deux débitrices de l'obligation de garantir les créances³⁰². Le créancier a également la possibilité de s'adresser aux deux sociétés participantes afin d'obtenir, de chacune d'elle, la garantie d'une partie de sa créance³⁰³.

Une différence fondamentale par rapport à ce qui vaut dans la fusion³⁰⁴ et la scission³⁰⁵ concerne le délai dans lequel doit être présentée la requête. En effet, selon la doctrine dominante, en matière de transfert de patrimoine, la requête peut,

Glanzmann (2014), n° 624 ; *Benedict F. Christ* (2012), art. 75 LFus n° 13 ; *Marc Amstutz/Ramon Mabillard* (2008), art. 75 LFus n° 10.

²⁹⁸ Cf. supra chap. III.B.3.f.

²⁹⁹ Cf. supra chap. IV.B.3.f.

³⁰⁰ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 75 LFus n° 11 ; *Markus Affentranger* (2015), art. 75 LFus n° 7 ; *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 75 LFus n° 14b ; *Benedict F. Christ* (2012), art. 75 LFus n° 14 ; *Marc Amstutz/Ramon Mabillard* (2008), art. 75 LFus n° 10 ; *Reto T. Schumacher* (2005), p. 187 s.

³⁰¹ *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 75 LFus n° 15 ; *Lukas Glanzmann* (2014), n° 635 ; *Benedict F. Christ* (2012), art. 75 LFus n° 19 ; *Marc Amstutz/Ramon Mabillard* (2008), art. 75 LFus n° 9 ; *Rashid Bahar* (2005), art. 75 LFus n° 8 ; *Rémy Wyler/Boris Heinzer* (2005), p. 188.

³⁰² *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 75 LFus n° 11 ; *Lukas Glanzmann* (2014), n° 623 ; *Benedict F. Christ* (2012), art. 75 LFus n° 19 ; *Marc Amstutz/Ramon Mabillard* (2008), art. 75 LFus n° 7 ; *Rashid Bahar* (2005), art. 75 LFus n° 8.

³⁰³ *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 75 LFus n° 11 ; *Benedict F. Christ* (2012), art. 75 LFus n° 19 ; *Marc Amstutz/Ramon Mabillard* (2008), art. 75 LFus n° 7.

³⁰⁴ Cf. supra chap. III.B.3.b.

³⁰⁵ Cf. supra chap. IV.B.3.b.

en principe et sous réserve de l'abus de droit (art. 2 CC), être présentée jusqu'à la fin du délai de trois ans de l'article 75 alinéa 2 LFus³⁰⁶.

Bien qu'une requête écrite soit recommandée pour des raisons probatoires, sans précisions de la loi à ce sujet, c'est la liberté de la forme (art. 11 CO) qui vaut pour la demande³⁰⁷.

d. *Genre et ampleur des sûretés*

Les principes applicables pour la fusion³⁰⁸ et la scission³⁰⁹ le sont aussi en matière de transfert de patrimoine. En effet, les garanties doivent permettre de couvrir la totalité de la valeur nominale de la créance annoncée par le créancier³¹⁰, à laquelle une partie de la doctrine ajoute les créances accessoires nées avant le transfert de patrimoine³¹¹.

Les sûretés peuvent prendre la forme d'une garantie personnelle (cautionnement, art. 492 ss CO ; porte-fort, art. 111 CO ; reprise cumulative de dette) ou d'une garantie réelle (gage, art. 793 ss et 884 CC)³¹². La société est en droit de choisir la forme des garanties et n'est pas tenue de fournir à tous les créanciers des sûretés de même nature³¹³.

e. *Moment de la fourniture des sûretés*

Comme en matière de fusion, mais au contraire de ce qui vaut dans la scission³¹⁴, la fourniture de sûretés au sens de l'article 75 alinéa 3 LFus intervient après la réalisation de l'opération³¹⁵.

³⁰⁶ *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 75 LFus n° 15a ; *Lukas Glanzmann* (2014), n° 638 ; *Marc Amstutz/Ramon Mabillard* (2008), art. 75 LFus n° 7. Pour un avis contraire, voir : *Rashid Bahar* (2005), art. 75 LFus n° 8.

³⁰⁷ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 75 LFus n° 14 ; *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 75 LFus n° 15 ; *Benedict F. Christ* (2012), art. 75 LFus n° 19 ; *Marc Amstutz/Ramon Mabillard* (2008), art. 75 LFus n° 9.

³⁰⁸ Cf. supra chap. III.B.3.c.

³⁰⁹ Cf. supra chap. IV.B.3.c.

³¹⁰ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 75 LFus n° 13 ; *Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Brigitte von der Crone/Karin Ingber* (2017), n° 934 ; *Martin Weber* (2016), art. 75 LFus n° 13 ; *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 75 LFus n° 16 ; *Lukas Glanzmann* (2014), n° 626 ; *Marc Amstutz/Ramon Mabillard* (2008), art. 75 LFus n° 7.

³¹¹ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 75 LFus n° 13 ; *Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Brigitte von der Crone/Karin Ingber* (2017), n° 934 ; *Martin Weber* (2016), art. 75 LFus n° 13 ; *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 75 LFus n° 16 ; *Lukas Glanzmann* (2014), n° 626.

³¹² *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 75 LFus n° 13 ; *Markus Affentranger* (2015), art. 75 LFus n° 8 ; *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 75 LFus n° 16a ; *Lukas Glanzmann* (2014), n° 626 ; *Benedict F. Christ* (2012), art. 75 LFus n° 17 ; *Rashid Bahar* (2005), art. 75 LFus n° 9.

³¹³ *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 75 LFus n° 16a ; *Benedict F. Christ* (2012), art. 75 LFus n° 17.

³¹⁴ Cf. supra chap. IV.B.3.d.

³¹⁵ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 75 LFus n° 14 ; *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 75 LFus n° 17 ; *Lukas Glanzmann* (2014), n° 610 ; Message LFus, p. 4119.

f. *La réserve de l'exécution en lieu et place*

L'article 75 alinéa 4 LFus prévoit une possibilité pour la société tenue de fournir des sûretés de se libérer de son obligation en exécutant la créance.

Les conditions applicables sont les mêmes que pour les dispositions correspondantes de la fusion (art. 25 al. 4 LFus) et de la scission (art. 46 al. 3 LFus)³¹⁶. D'une part, cette réserve vise les créances qui ne sont pas encore exigibles, mais déjà exécutoires au sens de l'article 81 CO ; c'est-à-dire que l'exécution anticipée n'est pas exclue par les termes du contrat, la nature de celui-ci ou par les circonstances. D'autre part, l'exécution de la créance en lieu et place de la fourniture de sûretés n'est possible que s'il n'en résulte aucun dommage pour les autres créanciers (art. 75 al. 4 LFus), par quoi il faut comprendre un renvoi à l'action révocatoire des articles 285 et suivants LP.

g. *Poursuite et voies de droit*

Si la société obligée ne fournit pas de sûretés ou en fournit en insuffisance, le créancier a la possibilité d'ouvrir une action en justice, en tant que demandeur, afin de faire valoir ses prétentions³¹⁷. Dans ce cas, il lui incombera de prouver (au degré de la preuve stricte pour la lit. a et de la vraisemblance pour la lit. b) la réalisation des conditions de l'article 75 alinéa 3 LFus³¹⁸. Le for de ce litige se situe au siège de l'un des sujets impliqués dans le transfert de patrimoine (art. 42 CPC)³¹⁹.

Parallèlement à une action judiciaire, le créancier peut également tenter d'introduire une poursuite en fourniture de sûretés au sens de l'article 38 alinéa 1 LP, mais il devra attendre de pouvoir se baser sur un jugement condamnant la société à la fourniture de sûretés, sauf s'il possède déjà un titre de mainlevée³²⁰.

De plus, selon les circonstances, une partie de la doctrine considère que le créancier peut intenter une action en responsabilité au sens de l'article 108 LFus³²¹.

³¹⁶ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 75 LFus n° 15 ; Markus Affentranger (2015), art. 75 LFus n° 9 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 75 LFus n° 20 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 75 LFus n° 13 ; Rashid Bahar (2005), art. 75 LFus n° 9 ; Message LFus, p. 4119.

³¹⁷ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 75 LFus n° 14 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 75 LFus n° 18 ; Benedict F. Christ (2012), art. 75 LFus n° 20 ; Rémy Wyler/Boris Heinzer (2005), p. 188.

³¹⁸ Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 75 LFus n° 18 ; Benedict F. Christ (2012), art. 75 LFus n° 20.

³¹⁹ Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 75 LFus n° 18.

³²⁰ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 75 LFus n° 14 ; Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Brigitte von der Crone/Karin Ingber (2017), n° 936 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 75 LFus n° 18 ; Rémy Wyler/Boris Heinzer (2005), p. 188.

³²¹ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 75 LFus n° 16.

VII. Comparaison et approche critique des différents régimes de protection des créanciers dans les opérations de restructuration de la LFus

Après avoir présenté les instruments spécifiques de protection des créanciers prévus par le législateur dans la LFus, il convient désormais de porter un regard critique à l'égard de ceux-ci.

C'est surtout la protection des créanciers en matière de scission qui a fait l'objet de reproches. En effet, les régimes prévus pour la fusion³²² et pour la transformation sont globalement considérés comme satisfaisants et adaptés aux risques encourus par les créanciers dans ces opérations ; celui prévu pour le transfert de patrimoine également, mais dans une moindre mesure, en raison, avant tout, des critiques au sujet de la limitation de la protection aux créanciers transférés³²³.

A. La protection des créanciers dans la scission : satisfaisante ou excessive ?

Le régime de protection des créanciers en matière de scission est souvent critiqué en doctrine³²⁴. Il est basé sur la conviction du législateur selon laquelle le besoin de protection des créanciers est plus élevé dans une scission que dans les autres restructurations de la LFus. Cette conception a débouché, selon certains auteurs, sur un régime excessif³²⁵, surtout en comparaison avec d'autres opérations qui ont des effets analogues à la scission sur les créanciers (ou sur certaines catégories d'entre eux)³²⁶. C'est une des raisons principales ayant mené certains praticiens à proposer, peu de temps après l'entrée en vigueur de la LFus, des réformes ponctuelles de cette loi³²⁷.

1. *Position des critiques*

L'absence de possibilité de s'exonérer de l'avis aux créanciers en matière de scission (contrairement à l'art. 25 al. 2 LFus qui le permet dans la fusion) est désapprouvée en doctrine et perçue comme non justifiée et incohérente³²⁸.

C'est cependant le principe de la garantie préventive des créances (art. 46 LFus), en amont de la transaction, qui veut également que les sociétés ne puissent pas prendre la décision

³²² Markus Affentranger (2015), art. 25 LFus n° 3. Pour des critiques du régime de protection des créanciers dans la fusion, voir : Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 25 LFus n° 6 ; Roland Truffer (2015), art. 25 LFus n° 4.

³²³ Pour de plus amples critiques du régime de protection des créanciers dans le transfert de patrimoine, voir : Andreas Binder (2005), p. 10 ss ; Roland Ruedin (2003), p. 701 s.

³²⁴ Pour un résumé des critiques à l'encontre de la protection préventive des créanciers dans la scission, ainsi qu'une « critique des critiques », voir : Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2011), p. 354 ss.

³²⁵ Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 45 LFus n° 11.

³²⁶ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 45 LFus n° 8 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 45 LFus n° 1m ; Michael Pfeifer/Roland M. Müller (2012), art. 47 LFus n° 5 ; Rashid Bahar (2005), art. 45 LFus n° 2, art. 75 LFus n° 1 ; Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach (2004), p. 196.

³²⁷ Andreas Binder/Vito Roberto/Urs Schenker/Rudolf Tschäni/Rolf Watter (2006), ch. III. Voir aussi : Michael Pfeifer/Roland M. Müller (2012), art. 47 LFus n° 5 ; Rashid Bahar (2010), p. 49 s. ; Andreas Binder (2007), p. 126 ss ; Ralph Malacrida (2007), p. 254 ; Andreas Binder (2005), p. 43 s.

³²⁸ Michael Pfeifer/Roland M. Müller (2012), art. 45 LFus n° 7 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 45/46 LFus n° 6 ; Rolf Watter/Raffael Büchi (2007), p. 166.

de scission avant le règlement de la question des sûretés (art. 43 al. 1 LFus), qui est le plus critiqué en doctrine³²⁹.

En effet, d'une part, le délai de production des créances de l'article 46 alinéa 1 LFus, bien qu'il ait été abaissé à deux mois par le législateur³³⁰, demeure une période pendant laquelle il ne se passe que peu d'évènements, mais qui est incompressible et qui doit nécessairement avoir lieu avant l'opération. Il découle de cette contrainte qu'une scission au sens de la LFus est significativement ralentie³³¹ et peut prendre en pratique entre quatre et six mois (depuis le plan de scission jusqu'à son inscription au registre du commerce) à être mise en œuvre³³².

D'autre part, il se peut qu'une société financièrement saine soit mise en péril en engageant excessivement ses liquidités pour la garantie des créances et qu'elle préférerait, de ce fait, ne pas avoir à fournir de sûretés³³³. Dans une telle hypothèse, la société tentera certes de prouver aux créanciers que la scission ne compromet pas l'exécution des créances (au sens de l'art. 46 al. 2 LFus). Toutefois, tant que les créanciers n'accepteront pas de renoncer à requérir des sûretés, les sociétés, et l'opération qu'elles envisageaient, se retrouvent tout simplement bloquées³³⁴. Dès lors, les créanciers disposent d'un moyen de pression conséquent sur les sociétés participant à la scission et peuvent ainsi les contraindre à garantir leurs créances en les menaçant de retarder la conclusion de l'opération³³⁵. Évidemment, dans une telle situation, il subsiste la possibilité pour la société concernée d'ouvrir une action négatoire, afin de faire constater par un juge que l'obligation de fournir des sûretés est éteinte (art. 46 al. 2 LFus). Cependant, il serait illusoire d'espérer recevoir un jugement sur l'action négatoire avant une à deux années, c'est-à-dire beaucoup trop tard pour pouvoir exécuter l'opération à temps ou pouvoir la faire rétroagir à la date souhaitée initialement, et la scission ne peut être exécutée avant le règlement du litige par le tribunal³³⁶. Partant, certains auteurs déplorent que la preuve libératoire accordée par la LFus soit vidée de toute substance en pratique³³⁷.

La doctrine regrette ainsi le manque de cohérence du système de protection des créanciers en matière de scission, car, en réalité, il revient à admettre qu'une société qui veut

³²⁹ Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 45 LFus n° 11 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2011), p. 354 s. ; Rolf Watter/Raffael Büchi (2007), p. 166.

³³⁰ Pour une comparaison avec l'avant-projet de loi sur la fusion, et son rapport explicatif, qui prévoyait initialement un délai de production de trois mois également en matière de scission, voir : art. 57 al. 1 AP-LFus ; Rapport explicatif AP-LFus, p. 51. Voir aussi : Urs Gasser/Christian Eggenberger (1998), p. 475.

³³¹ Peter Böckli (2009), §3 n° 318 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 45/46 LFus n° 4 ; Rolf Watter/Raffael Büchi (2007), p. 166 s.

³³² Peter Böckli (2009), §3 n° 318. Voir aussi : Rolf Watter/Raffael Büchi (2007), p. 166 s.

³³³ Andreas Binder (2007), p. 124 ; Andreas Binder (2005), p. 15 s. et p. 39 ss.

³³⁴ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 45 LFus n° 11, art. 46 LFus n° 16 ; Markus Affentranger (2015), art. 46 LFus n° 3.

³³⁵ Rashid Bahar (2005), art. 46 LFus n° 8. Voir aussi : Markus Affentranger (2015), art. 46 LFus n° 3 ; Lukas Glanzmann (2014), n° 619.

³³⁶ Message LFus, p. 4095.

³³⁷ Rashid Bahar (2005), art. 46 LFus n° 8. Voir aussi : Andreas Binder (2005), p. 15 s.

participer à une scission, mais qui est en litige avec ses créanciers sur la fourniture de sûretés, devra les leur fournir et c'est parfois cela qui peut risquer de la placer dans une situation économique délicate³³⁸.

À côté de la garantie des créances, la responsabilité solidaire subsidiaire de l'article 47 LFus est également très critiquée en doctrine³³⁹. Conceptuellement déjà, cet instrument de protection des créanciers est problématique, car il aboutit à ce que le patrimoine de la société responsable à titre subsidiaire (qui représente également le substrat de responsabilité de ses propres créanciers) soit responsable subsidiairement de la mauvaise situation financière de la société responsable à titre principal, sans que la première n'ait de possibilités d'influencer les décisions prises par la seconde³⁴⁰. De plus, l'article 47 LFus est perçu comme étant trop sévère pour les sociétés qui ne reçoivent qu'une petite partie du patrimoine transféré dans la scission, mais qui répondent solidairement de toutes les dettes transférées qui restent impayées et cela même si elles ne leur ont pas été attribuées³⁴¹. La doctrine déplore également que la loi ne prévoise pas de limite temporelle à la responsabilité solidaire subsidiaire³⁴².

En ajoutant le droit d'obtenir des sûretés avant l'opération (art. 45 et 46 LFus) et la responsabilité solidaire subsidiaire (art. 47 LFus) au maintien de la responsabilité personnelle des associés (art. 48 LFus), on obtient un régime de protection des créanciers que la doctrine qualifie souvent de surprotecteur, voire bénéfique aux créanciers³⁴³. En effet, la doctrine estime que ceux-ci auraient été suffisamment protégés par la garantie préventive des créances et que la responsabilité solidaire subsidiaire, de plus, non limitée dans le temps par le législateur, n'aurait pas été nécessaire³⁴⁴.

2. Solutions proposées par la doctrine

La doctrine a développé quelques solutions dans le but de résoudre certaines problématiques que pose le régime de protection des créanciers en matière de scission.

Tout d'abord, comme en matière de fusion, une partie de la doctrine préconise d'interpréter restrictivement l'obligation de fournir des sûretés au sens de l'article 46 LFus, qui devrait

³³⁸ *Andreas Binder* (2007), p. 124 ; *Andreas Binder* (2005), p. 39 ss.

³³⁹ *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 47 LFus n° 1a ; *Lukas Glanzmann* (2014), n° 649 ; *Marc Amstutz/Ramon Mabillard* (2011), p. 355 s. ; *Rita Trigo Trindade/Henry Peter/Annie Griessen Cotti* (2008), p. 63 ; *Andreas Binder* (2007), p. 124 ; *Rolf Watter/Raffael Büchi* (2007), p. 167 ; *Andreas Binder* (2005), p. 10 ss.

³⁴⁰ *Michael Pfeifer/Roland M. Müller* (2012), art. 47 LFus n° 7 ; *Peter Böckli* (2009), §3 n° 322 s. ; *Marc Amstutz/Ramon Mabillard* (2008), art. 47 LFus n° 3 s.

³⁴¹ *Markus Affentranger* (2015), art. 47 LFus n° 1c. Voir aussi : *Michael Pfeifer/Roland M. Müller* (2012), art. 47 LFus n° 1.

³⁴² *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel* (2017), art. 47 LFus n° 1a ; *Petra Hanselmann* (2015), art. 29 LFus n° 3 ; *Michael Pfeifer/Roland M. Müller* (2012), art. 47 LFus n° 5 ; *Andreas Binder* (2007), p. 124 ; *Rolf Watter/Raffael Büchi* (2007), p. 167 s.

³⁴³ *Rolf Watter/Raffael Büchi* (2007), p. 167 s.

³⁴⁴ *Rolf Watter/Raffael Büchi* (2007), p. 169. Voir aussi : *Urs Kägi/Felix R. Ehrat* (2015), art. 47 LFus n° 3 qui considère que la responsabilité solidaire subsidiaire est superflue.

demeurer l'exception (et non la règle), et de n'admettre cette obligation à charge des sociétés que lorsqu'il résulte de la scission un réel danger pour les créances en question³⁴⁵.

Afin de contrebalancer le moyen de pression important qui est offert aux créanciers pour parvenir à la garantie de leurs créances, certains auteurs admettent que le juge a la possibilité d'autoriser la scission par voie de mesures provisionnelles, pour autant que la société consigne le montant de la créance ou fournisse des sûretés pendant le procès³⁴⁶.

Dans l'idée d'amenuiser les effets néfastes découlant de l'obligation de régler la question des sûretés avant la décision de scission (cf. art. 43 al. 1 LFus), une partie de la doctrine considère qu'une décision prise sans règlement de la question des sûretés ne doit qu'exceptionnellement être sanctionnée de nullité³⁴⁷. De plus, il est admis que l'inscription d'une scission au registre du commerce sur la base d'une décision violant l'article 43 alinéa 1 LFus doit, dans un but de sécurité juridique, bénéficier de l'« effet guérisseur » (*heilende Wirkung*) de l'inscription au registre³⁴⁸. Par ailleurs, la doctrine relève que le préposé au registre du commerce n'ayant pas la compétence de vérifier (par exemple, en requérant des pièces justificatives) le respect des exigences matérielles de l'article 46 LFus (cf. art. 134 al. 1 lit. g ORC *a contrario*, car il ne cite que l'art. 45 LFus, et non l'art. 46 LFus), il devra se contenter d'inscrire une scission, bien que potentiellement des sûretés aient été requises, mais non (ou non suffisamment) fournies³⁴⁹. De son côté, un créancier vigilant peut éviter l'inscription de la scission en requérant un blocage du registre du commerce au sens de l'article 162 ORC³⁵⁰. Si la scission est néanmoins inscrite, le créancier reste au bénéfice de la protection conférée par la responsabilité solidaire de l'article 47 LFus ainsi que de l'action en responsabilité au sens de l'article 108 LFus³⁵¹. En outre, sachant que le droit du créancier d'obtenir les sûretés qu'il a requises continue d'exister après l'inscription

³⁴⁵ Andreas Binder (2005), p. 39 ss.

³⁴⁶ Rashid Bahar (2005), art. 75 LFus n° 8. Voir aussi : Rémy Wylér/Boris Heinzer (2005), p. 181.

³⁴⁷ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 43 LFus n° 10 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 46 LFus n° 11c ; Thomas U. Reutter (2015), art. 43 LFus n° 12. Pour un avis contraire, voir : Alexander Wyss (2015), art. 43 LFus n° 5 ; Jacqueline Burckhardt Bertossa/Mark Eichner (2012), art. 43 LFus n° 4 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 43 LFus n° 7 ; Rashid Bahar (2005), art. 43 LFus n° 5.

³⁴⁸ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 43 LFus n° 10 ; Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Brigitte von der Crone/Karin Ingber (2017), n° 632 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 46 LFus n° 11c ; Thomas U. Reutter (2015), art. 43 LFus n° 12 ; Alexander Wyss (2015), art. 43 LFus n° 5 ; Jacqueline Burckhardt Bertossa/Mark Eichner (2012), art. 43 LFus n° 4 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 43 LFus n° 7. Sur la notion d'effet guérisseur de l'inscription au registre du commerce, voir : Christian Champeaux (2011), p. 16 s.

³⁴⁹ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 46 LFus n° 12a ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 46 LFus n° 11d ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 43 LFus n° 7.

³⁵⁰ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 45 LFus n° 11, art. 46 LFus n° 12 s. ; Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Brigitte von der Crone/Karin Ingber (2017), n° 632 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 46 LFus n° 11d ; Lukas Glanzmann (2014), n° 619 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 43 LFus n° 7.

³⁵¹ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 43 LFus n° 10 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 46 LFus n° 11b ; Thomas U. Reutter (2015), art. 43 LFus n° 12 s. ; Alexander Wyss (2015), art. 43 LFus n° 5.

de la scission au registre du commerce³⁵², la fourniture de sûretés ultérieure (et postérieure à ladite inscription) doit également avoir un « effet guérisseur »³⁵³.

Au sujet de la responsabilité solidaire subsidiaire de l'article 47 LFus, certains auteurs règlent les difficultés conceptuelles que peut poser son application pratique par le biais d'une interprétation téléologique du mécanisme. En effet, ils préconisent d'exclure la responsabilité solidaire lorsque la situation de difficulté financière que traverse la société responsable à titre principal est due à un comportement fautif de ses organes dirigeants³⁵⁴.

B. Conséquences liées à la comparaison entre les régimes de protection des créanciers de la scission et du transfert de patrimoine : vers une « scission en deux étapes » ?

Malgré les remèdes imaginés par la doctrine, la scission au sens de la LFus demeure une opération dotée d'une procédure souvent perçue comme étant trop longue et trop complexe, notamment en raison de son régime de protection des créanciers très contraignant³⁵⁵.

Il découle de ces considérations que la scission prévue par la LFus (aussi appelée « scission directe » ou « scission *uno actu* ») souffre d'impopularité en pratique³⁵⁶. En effet, celle-ci est dissuasive pour les complications qui accompagnent sa mise en œuvre³⁵⁷ et source de trop de risques et d'incertitudes pour les sociétés participantes³⁵⁸. De plus, elle n'apporte aucun avantage³⁵⁹ (ou pas suffisamment par rapport aux désavantages qu'elle implique³⁶⁰).

Ainsi, les praticiens ont rapidement réalisé qu'il était finalement plus simple et moins risqué pour les sociétés participantes³⁶¹ de continuer à scinder des sociétés comme c'était le cas avant l'apparition de la LFus, c'est-à-dire avec les outils et mécanismes de droit commun en réalisant une « scission en deux étapes » (*zweistufige Spaltung*) (aussi appelée « scission indirecte »)³⁶² ;

³⁵² Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 43 LFus n° 10 ; Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Brigitte von der Crone/Karin Ingber (2017), n° 632 ; Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 46 LFus n° 11b ; Thomas U. Reutter (2015), art. 43 LFus n° 13 ; Alexander Wyss (2015), art. 43 LFus n° 5.

³⁵³ Urs Kägi/Felix R. Ehrat (2015), art. 46 LFus n° 11b ; Thomas U. Reutter (2015), art. 43 LFus n° 13.

³⁵⁴ Michael Pfeifer/Roland M. Müller (2012), art. 47 LFus n° 7 ; Peter Böckli (2009), §3 n° 322 s. ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), art. 47 LFus n° 4.

³⁵⁵ Petra Hanselmann (2015), art. 29 LFus n° 3 ; Michael Pfeifer/Karolina Dobry Oesch (2012), Vor Art. 29-52 LFus n° 16 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2011), p. 349 s. ; Rita Trigo Trindade/Henry Peter/Annie Griessen Cotti (2008), p. 63 ; Andreas Binder (2005), p. 10 ss ; Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach (2004), p. 196.

³⁵⁶ Petra Hanselmann (2015), art. 29 LFus n° 3 ; Rolf Watter/Raffael Büchi (2015), art. 29 LFus n° 12 ; Lukas Glanzmann (2014), n° 601 ; Michael Pfeifer/Karolina Dobry Oesch (2012), Vor Art. 29-52 LFus n° 16 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2011), p. 349 s. ; Henry Peter (2010), p. 4 s. ; Rita Trigo Trindade/Henry Peter/Annie Griessen Cotti (2008), p. 58, p. 63 ; Rita Trigo Trindade/Annie Griessen Cotti (2007), p. 145 ; Rolf Watter/Raffael Büchi (2007), p. 164 ; Andreas Binder (2005), p. 8 s.

³⁵⁷ Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2011), p. 349 s. Voir aussi : Frank Gerhard (2010), p. 82 s. ; Rita Trigo Trindade/Henry Peter/Annie Griessen Cotti (2008), p. 63.

³⁵⁸ Rita Trigo Trindade/Henry Peter/Annie Griessen Cotti (2008), p. 63.

³⁵⁹ Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2011), p. 349 s. ; Rolf Watter/Raffael Büchi (2007), p. 169.

³⁶⁰ Andreas Binder (2005), p. 8 s.

³⁶¹ Rolf Watter/Raffael Büchi (2007), p. 168.

³⁶² Petra Hanselmann (2015), art. 29 LFus n° 4 ; Michael Pfeifer/Karolina Dobry Oesch (2012), Vor Art. 29-52 LFus n° 16 ; Michael Pfeifer/Roland M. Müller (2012), art. 47 LFus n° 5 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2011), p. 349 s. ; Frank Gerhard (2010), p. 62, p. 82 s. ; Andreas Binder (2005), p. 8 s.

la mise en œuvre de cette dernière ayant par ailleurs été facilitée par l'introduction du transfert de patrimoine dans la LFus³⁶³.

Pour la société transférante, la scission en deux étapes consiste, dans un premier temps, à isoler une partie de son patrimoine et à effectuer un apport en nature dans une société filiale existante ou à en créer une par ce biais-là. C'est pour cette première étape qu'est souvent utilisé, dans les limites fixées par l'article 69 alinéa 1 LFus³⁶⁴, le transfert de patrimoine au sens de la LFus, car il permet à la société transférante de transférer un patrimoine à la société filiale (société reprenante) et d'obtenir en contrepartie des parts sociales ou des droits de sociétariat de cette société. La seconde étape consiste pour la société transférante à transférer les parts sociales ou les droits de sociétariat de la société filiale à ses propres associés, notamment par le biais d'une distribution de dividendes en nature ou alors, à défaut de fonds propres librement disponibles en quantité suffisante, en effectuant une réduction constitutive³⁶⁵ du capital³⁶⁶. Après avoir réalisé ces deux étapes, le résultat final est identique à celui d'une scission selon les dispositions de la LFus³⁶⁷.

Cependant, la scission indirecte ne va pas sans poser de problèmes de protection des créanciers en éludant les dispositions protectrices prévues par la LFus (cf. art. 45 à 48 LFus), mais également de protection des actionnaires minoritaires en contournant les majorités requises par cette loi (cf. art. 43 LFus)³⁶⁸.

Par conséquent, depuis l'entrée en vigueur de la LFus, se pose la question de savoir s'il demeure possible d'effectuer des scissions en deux étapes ou si les dispositions sur la scission de la LFus doivent désormais s'appliquer (directement ou par analogie) à ce genre de procédés en deux

³⁶³ Michael Pfeifer/Karolina Dobry Oesch (2012), Vor Art. 29-52 LFus n° 16.

³⁶⁴ La doctrine majoritaire estime que les dispositions sur la scission de la LFus s'appliquent uniquement lorsque les parts sociales ou les droits de sociétariat du (des) sujet(s) reprenant(s) reviennent directement (c'est-à-dire en une étape) aux associés du sujet transférant, et non lorsqu'elles leur reviennent indirectement, lors d'une deuxième étape, comme c'est le cas dans la scission en deux étapes. Dans ce sens, voir : Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 69 LFus n° 17 ; Joachim Frick (2015), Vorbem. zu Art. 69-72 LFus n° 2a ; Rolf Watter/Raffael Büchi (2015), art. 29 LFus n° 14 ; Michael Pfeifer/Karolina Dobry Oesch (2012), Vor Art. 29-52 LFus n° 18 ; Rashid Bahar (2010), p. 40 ss ; Andreas Binder (2005), p. 31. Pour un avis contraire, voir : Peter R. Altenburger/Massimo Calderan/Werner Lederer (2004), n° 777 ss ; Ulysses von Salis (2004), p. 395 s.

³⁶⁵ Sur la notion de réduction constitutive de capital, voir : Nicolas Rouiller/Marc Bauen/Robert Bernet/Colette Lasserre Rouiller (2017), n° 258 ; Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser (2015), n° 655 ss ; Roland von Büren/Walter A. Stoffel/Rolf H. Weber (2011), n° 434 ss ; Marc Bauen/Robert Bernet (2007), n° 258.

³⁶⁶ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 29 LFus n° 6 ; Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Brigitte von der Crone/Karin Ingber (2017), n° 432 s. ; Petra Hanselmann (2015), art. 29 LFus n° 2 ; Rolf Watter/Raffael Büchi (2015), art. 29 LFus n° 12a ; Michael Pfeifer/Karolina Dobry Oesch (2012), Vor Art. 29-52 LFus n° 4 ; Frank Gerhard (2010), p. 64 ss ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), Systematischer Teil n° 396 ; Rashid Bahar (2005), art. 69 LFus n° 27 ; Andreas Binder (2005), p. 30 ; Michael Pfeifer/Andreas L. Meier (2004), p. 835 s.

³⁶⁷ Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Brigitte von der Crone/Karin Ingber (2017), n° 432. Voir aussi : Frank Gerhard (2010), p. 82 s.

³⁶⁸ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 29 LFus n° 9 ; Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Brigitte von der Crone/Karin Ingber (2017), n° 434 s. ; Rolf Watter/Raffael Büchi (2015), art. 29 LFus n° 17. Pour une présentation des différences principales entre la scission directe et la scission indirecte, voir : Rolf Watter/Raffael Büchi (2015), art. 29 LFus n° 18 ; Rashid Bahar (2010), p. 28 ss ; Peter Böckli (2009), §3 n° 342b.

étapes, dès lors que le résultat visé est le même qu'une scission au sens des dispositions de cette loi³⁶⁹.

Bien qu'une grande partie de la doctrine soit plutôt favorable à l'admission des scissions en deux étapes et défavorable à l'application (même analogique) des dispositions sur la scission de la LFus³⁷⁰, la question n'est pas résolue unanimement et demeure controversée en doctrine³⁷¹.

Quoiqu'il en soit, la pratique a démontré que les scissions en deux étapes sont bien souvent préférées aux scissions selon les règles de la LFus et que les autorités, tant du registre du commerce que fiscales, les acceptent³⁷².

VIII. Conclusion

La protection des créanciers a constitué un « souci central » du législateur³⁷³ dans l'élaboration de la loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion, LFus). En effet, cette loi comporte de nombreuses dispositions (tant générales que spécifiques) visant à protéger les créanciers des sociétés participant à des opérations de restructuration des risques qu'impliquent ces dernières pour les chances de recouvrement de leurs créances.

Dans le présent travail, nous avons tout d'abord examiné quelle place a été réservée à la protection des créanciers dans la LFus et quelles sont les différentes dispositions et institutions de la loi qui y contribuent.

Puis, la partie principale de ce travail a été dédiée à une présentation détaillée des différents mécanismes spécifiques de protection des créanciers prévus dans la réglementation de chacune des opérations de restructuration de la LFus. Nous avons analysé :

³⁶⁹ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 29 LFus n° 7 ; Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Brigitte von der Crone/Karin Ingber (2017), n° 433 ; Rolf Watter/Raffael Büchi (2015), art. 29 LFus n° 13 ; Markus Vischer (2012), p. 570 ; Peter Böckli (2009), §3 n° 342b ; Andreas Binder (2005), p. 30 s.

³⁷⁰ Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 29 LFus n° 7 s. ; Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Brigitte von der Crone/Karin Ingber (2017), n° 437 ; Lorenzo Olgiati (2016), art. 29 LFus n° 2 ; Lukas Glanzmann (2015), p. 12 ss, p. 17 ss ; Petra Hanselmann (2015), art. 29 LFus n° 4 ; Ralph Malacrida (2015), art. 69 LFus n° 12 ; Rolf Watter/Raffael Büchi (2015), art. 29 LFus n° 16 s. ; Lukas Glanzmann (2014), n° 132, n° 979 ss, n° 994 ss ; Piera Beretta (2012), Vor Art. 69-77 LFus n° 32 ; Michael Pfeifer/Karolina Dobry Oesch (2012), Vor Art. 29-52 LFus n° 18 s. ; Markus Vischer (2012), p. 571, p. 575 ; Rashid Bahar (2010), p. 40 ss ; Rashid Bahar (2005), art. 69 LFus n° 28 s. ; Andreas Binder (2005), p. 31 ss. Pour un avis contraire, voir : Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2011), p. 358 ss ; Peter Böckli (2009), §3 n° 342d ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), Systematischer Teil n° 396 ss ; Peter R. Altenburger/Massimo Calderan/Werner Lederer (2004), n° 318, n° 777 ss.

³⁷¹ Pour une présentation des différents avis doctrinaux, voir : Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2017), Intro. LFus n° 368 ss ; Lorenzo Olgiati (2016), art. 29 LFus n° 2 ; Frank Gerhard (2010), p. 65 s. ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2008), Systematischer Teil n° 396 ss.

³⁷² Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel (2017), art. 29 LFus n° 8 ; Petra Hanselmann (2015), art. 29 LFus n° 4 ; Rolf Watter/Raffael Büchi (2015), art. 29 LFus n° 12 ; Marc Amstutz/Ramon Mabillard (2011), p. 349 s. ; Rita Trigo Trindade/Henry Peter/Annie Griessen Cotti (2008), p. 65 ; Markus Vischer/Urs P. Gnos (2006), p. 795 s.

³⁷³ Frank Vischer (2004), p. 158.

- la garantie des créances (art. 25 LFus) et le maintien de la responsabilité personnelle antérieure des associés (art. 26 LFus) pour la fusion ;
- la garantie préventive des créances (art. 45 et 46 LFus), la responsabilité solidaire subsidiaire (art. 47 LFus) et le maintien de la responsabilité personnelle antérieure des associés (art. 48 LFus) pour la scission ;
- le maintien de la responsabilité personnelle antérieure des associés (art. 68 al. 1 LFus) pour la transformation ;
- la responsabilité solidaire de l'ancien débiteur aux côtés du nouveau (art. 75 al. 1 et al. 2 LFus) et la garantie subsidiaire des créances (art. 75 al. 3 et al. 4 LFus) pour le transfert de patrimoine.

Enfin, la dernière partie de ce travail a été consacrée à une esquisse des critiques de la doctrine à l'encontre des dispositions protectrices des créanciers en matière de scission. Nous avons découvert que la scission au sens de la LFus est très rarement mise en œuvre dans la pratique, et cela, en grande partie, à cause de son régime de protection des créanciers trop contraignant. En effet, de nos jours, c'est en deux étapes que les scissions continuent bien souvent d'être réalisées. Dès lors, l'admissibilité et la légalité de la scission en deux étapes, notamment au regard de la protection des créanciers, mais aussi des actionnaires minoritaires, sont deux questions très intéressantes qui pourraient constituer matière à une analyse approfondie dans le cadre d'un prochain travail, car elles font, aujourd'hui encore, l'objet de nombreuses divergences doctrinales.

Matteo Berti

Lausanne, le 29 mai 2020