UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Chapitre d'actes 2008

Published version Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

# Le transfert de patrimoine professionnel : une contribution helvétique au droit des sociétés luxembourgeois

Bahar, Rashid

**How to cite**

BAHAR, Rashid. Le transfert de patrimoine professionnel : une contribution helvétique au droit des sociétés luxembourgeois. In: Le nouveau droit luxembourgeois des sociétés. Prüm, André (Ed.). Luxembourg. Bruxelles : Larcier, 2008. p. 107–141. (Collection de la Faculté de droit, d'économie et de finance de l'Université du Luxembourg)

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:30395

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

# Le transfert de patrimoine professionnel

## Une contribution helvétique au droit des sociétés luxembourgeois

Rashid BAHAR

*Docteur en droit, LL.M.,*
*avocat à Zurich, Bär & Karrer AG*

**SOMMAIRE**

1. Introduction . . . . . 109
2. Techniques de restructuration et les lacunes à combler . . . . . 110
3. Historique helvétique : du droit allemand au transfert de patrimoine . . 114
4. Statistiques : les illusions perdues du droit suisse . . . . . 121
5. Transfert de patrimoine professionnel au Luxembourg . . . . . 128
6. Conclusion . . . . . 137
7. Bibliographie . . . . . 139

> *In Switzerland, they had brotherly love, they had 500 years of democracy and peace, and what did they produce? The cuckoo clock.* (Orson Welles)

## 1. INTRODUCTION

Le transfert de patrimoine professionnel est l'ornithorynque du droit des restructurations. Tout comme l'ornithorynque est un mammifère qui pond des œufs, le transfert de patrimoine professionnel est un croisement entre les techniques de restructuration sociétales, comme la fusion ou la scission et les techniques du droit civil, comme la cession d'actifs et passifs. Alors que, pour observer l'ornithorynque dans la nature, il faut se rendre en Australie, c'est en Suisse qu'il faut se rendre pour voir le transfert de patrimoine en action.

L'objet de cette contribution est de présenter cette créature rare, qui a été observée a 970 reprises en Suisse de juin 2004 à juin 2006. Dans un premier temps, en bon taxonomiste, je situerai cette opération dans la grande famille des techniques de restructuration. Puis, dans un second temps, j'expliquerai les facteurs environnementaux qui permirent à cette institution d'évoluer jusqu'à son stade actuel dans l'ordre juridique suisse. Dans un troisième temps, j'examinerai les statistiques suisses et expliquerai les raisons pour lesquelles cette institution occupe une niche particulière dans l'écosystème juridique helvétique. Enfin, je me tournerai vers le Luxembourg. Je décrirai comment cette institution a été reçue et adaptée aux conditions locales. J'analyserai les parties et l'objet de l'opération ainsi que son fonctionnement en termes de procédure et de protection des créanciers, avant de conclure par un pronostic sur les chances de survie de cette étrange créature.

Avant de me lancer dans le cœur de ma contribution, il me paraît opportun de me livrer à une précision : juriste suisse, mes réflexions sont teintées par les concepts et les préjugés de cet ordre juridique. Bien que je me sois penché sur le droit luxembourgeois des restructurations, mon regard est celui d'un observateur externe qui n'a pas suivi et encore moins participé aux débats juridiques qui ont occupé la communauté juridique luxembourgeoise.

## 2. TECHNIQUES DE RESTRUCTURATION ET LES LACUNES À COMBLER

### 2.1. Triptyque classique

Les fusions et acquisitions occupent une place centrale dans l'économie contemporaine. Elles opèrent des transferts de biens d'une importance manifeste : une seule opération permet de déplacer une entreprise d'une valeur de plusieurs dizaines ou centaines de millions de francs suisses d'un acteur à un autre. L'entreprise ne constituant pas une chose distincte, mais plutôt un ensemble disparate d'actifs et de passifs, de contrats et de relations, l'opération implique directement ou indirectement nombre de parties, actionnaires et autres investisseurs, dirigeants sociaux, créanciers, fournisseurs et clients et travailleurs.

Le travail du juriste, qu'il agisse en qualité d'avocat d'affaires, qui planifie et exécute une transaction, ou de législateur, qui veut régler ces opérations, consiste à minimiser les coûts de transaction [1]. Il s'agit ainsi d'opter pour l'opération la plus simple et rapide à mener à bien en termes de procédures et d'actes à accomplir, mais également de minimiser les risques que certains biens soient perdus en route et ne soient pas transférés ou, inversement, que des charges indésirables résultent de cette opération. Ces diverses sources de coûts de transaction sont parfois complémentaires, et il est possible de faire d'une pierre deux coups. Souvent, ils sont au contraire mutuellement exclusifs, et la simplicité suppose une prise de risque.

Pour mener sa tâche à bien, l'avocat n'opère pas dans le vide, mais doit tenir compte des contraintes du droit positif et recourir aux techniques que ce dernier lui offre. Dans le domaine des fusions et acquisitions, il est ainsi convenu de distinguer trois techniques classiques [2] :

– le transfert d'actifs et passifs (*asset deal*),
– le transfert d'actions (*share deal*),
– la fusion.

Chacune de ces techniques présente ses avantages et désavantages : le transfert d'actifs et passifs offre aux parties le

1 GILSON, R. J., (1984), pp. 254-255.
2 Voir, notamment, TSCHÄNI, R., (1998), p. 3; BAHAR, R., (2004), p. 18.

choix de la contre-prestation et est ouvert à toute personne physique ou morale. En revanche, il est compliqué tant au niveau de la conclusion du contrat que sur le plan de son exécution (*closing*) : des exigences de formes varient selon les actifs et passifs impliqués, et le transfert procède à titre singulier suivant le mode requis pour chaque actif déterminé [3].

À l'autre extrême, le transfert d'actions est d'une simplicité absolue : en principe, il suffit de transmettre les actions pour que la transaction soit parfaite [4]. En amont, les parties sont libres de choisir la contre-prestation qui leur paraît la plus appropriée à leur besoin et, sur le plan contractuel, il suffit d'une offre et une acceptation informelles pour que le contrat soit conclu [5]. De la sorte, des actifs d'une valeur incommensurable peuvent être transférés sans le moindre obstacle et rassemblés au sein d'un groupe de sociétés.

Derrière cette simplicité se cache le plus gros inconvénient des transferts d'actions : ils laissent subsister la société acquise en tant qu'entité autonome et avec elle toutes ses obligations [6]. Il n'est dès lors pas exclu que l'on retrouve des squelettes dans les placards de la société reprise, risque que la pratique anglo-saxonne nomme de façon plus stoïque *legacy risks*. Ce problème est généralement mitigé par la responsabilité limitée de la personne morale [7]. Par ailleurs, puisqu'un transfert d'actions se contente de transférer le contenant sans affecter le contenu, à moins de procéder à quelque restructuration supplémentaire, il ne sera pas possible de pleinement réunir les actifs et passifs de la société reprise avec ceux de la reprenante.

La fusion, dernier élément du triptyque, permet d'éviter ce problème : elle rassemble les actifs et passifs des deux sociétés fusionnantes au sein d'une seule entité [8]. Cependant, elle suppose de garantir la continuité du sociétariat à tous les associés des parties prenantes à l'opération et, sous réserve d'une éven-

3 Voir, notamment, TSCHÄNI, R., (1998), p. 16; BAHAR, R., (2004), p. 26.
4 Voir, notamment, TSCHÄNI, R., (1998), pp. 17-20 BAHAR, R., (2004), pp. 31-32.
5 Voir, notamment, BAHAR, R. (2004), p. 31.
6 Cela présente, bien entendu, un corollaire plus positif que l'acquéreur est certain que, sous réserve de clause de changement de contrôle, l'entier de l'entier de l'entreprise passe sous son contrôle. BAHAR, R. (2004), p. 32.
7 TSCHÄNI, R., (1998), p. 24; BAHAR, R. (2004), p. 32.
8 Voir la définition prévue à l'art. 3, al. 2, LFus.

tuelle soulte, limite le choix de la contre-prestation aux seules parts sociales de la société absorbante [9]. Par ailleurs, acte social, elle suit une procédure lourde et compliquée, qui suppose la conclusion d'un contrat de fusion [10], la préparation d'un rapport de fusion [11], vérifié par un réviseur particulièrement qualifié [12], une décision des assemblées générales des sociétés concernées [13]. De surcroît, elle n'est ouverte qu'aux personnes morales et aux sociétés commerciales, mais non aux particuliers [14]. Enfin, cette technique a l'inconvénient de ses avantages : elle entraîne une succession universelle de l'ensemble des actifs et passifs, bons ou mauvais, connus ou inconnus. Il n'est pas possible de procéder de façon sélective et séparer le bon grain de l'ivraie [15].

### 2.2. Innovations récentes : scission et transfert de patrimoine

C'est cet obstacle que des innovations récentes, la division, équivalent à la scission du droit luxembourgeois, ou la séparation, comparable au transfert de branche d'activité et au transfert d'universalité, cherchent à résoudre : tout comme la fusion, ils constituent des techniques sociales permettant de transférer par succession universelle des actifs et passifs moyennant la garantie de la continuité du sociétariat. En revanche, ils se distinguent de la fusion, parce qu'ils permettent de limiter la portée du transfert à certains actifs et passifs et non l'ensemble de l'exploitation [16]. Théoriquement, elles offrent ainsi un moyen de concilier succession universelle et contrôle des *legacy risks* [17]. Par ailleurs, dans une perspective luxembourgeoise, le choix entre la scission,

9 Art. 7 LFus. Voir aussi art. 3 (1) et 4 (2), Directive 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978, fondée sur l'article 54, §3, sous g) du traité et concernant les fusions des sociétés anonymes, JOCE L 295 du 20 octobre 1978 p. 36 (citée : troisième directive 78/855/CEE). (1978). La loi sur la fusion reconnaît deux exceptions à ce principe. Premièrement, les parties peuvent offrir un dédommagement alternatif. Art. 8, al. 1, LFus. Deuxièmement, elles peuvent également offrir un dédommagement exclusif, mais alors la décision doit recueillir une majorité qualifiée de 90% des associés. Art. 18, al. 5, LFus.

10 Art. 12, al. 1, LFus.

11 Art. 14, al. 1. LFus.

12 Art. 15, al. 1, LFus.

13 Art. 18, al. 1, LFus.

14 Art. 4, LFus.

15 BAHAR, R. (2004), p. 20.

16 BAHAR, R. (2004), pp. 24-25.

17 En pratique, les règles sur la protection des créanciers et, en particulier, la responsabilité solidaire subsidiaire de l'art. 47, al. 1, LFus, ont eu pour effet d'instaurer une responsabilité illimitée réduisant à néant cette délimitation. WATTER, R. et BÜCHI, R. (2007), p. 166.

d'une part, et le transfert de branche d'activité ou d'universalité, d'autre part, permet d'opter ou non pour la dissolution de la société transférante.

Ces techniques ressortent du droit des sociétés. Par conséquent, elles ne sont ouvertes qu'aux sociétés commerciales et coopératives [18], et d'autres formes assimilées, notamment en droit luxembourgeois les GIE et les GIEE [19]. Bien que l'exécution de ces actes soit relativement simple, elles supposent de suivre une procédure longue et complexe pour prendre la décision sociale [20]. Enfin, sous réserve d'une éventuelle soulte, ces opérations ne permettent d'offrir que des actions à titre de contre-prestation [21].

C'est dans ce contexte qu'intervient le transfert de patrimoine professionnel. C'est une institution nouvelle qui ne ressort pas du droit des sociétés, mais se conçoit comme un hybride du droit commercial. Tout comme la scission, il permet de transférer par succession universelle tout ou partie des actifs et passifs compris dans un patrimoine et suit une procédure de conclusion relativement complexe. En revanche, il est ouvert à tous les acteurs de la vie des affaires, sociétés, commerçants en raison individuelle [22], et, même dans sa version luxembourgeoise, aux professionnels. Il permet aux participants de choisir librement la contre-prestation qui leur convient le mieux, à l'exception d'actions de la société reprenante : cette restriction s'explique par une volonté d'éviter une concurrence déloyale à la scission et aux autres opérations analogues.

En bref, le transfert de patrimoine met une flèche de plus à l'arc des entreprises qui entendent se restructurer. Il comble les lacunes qui existent entre les ventes d'actifs et passifs et les opérations sociétales, en offrant plus de flexibilité tant au niveau de la définition du cercle des actifs et passifs transférés que sur

18 Art. 30, LFus.
19 Art. 308*bis*-1, L.S.C.
20 Voir les art. 36 à 44, LFus.
21 Art. 31, al. 1, LFus. Contrairement à la fusion, même en présence d'une décision prise à la majorité qualifiée, il n'est pas possible de procéder à une scission sans remettre des actions aux associés. Tout au plus, moyennant une décision prise par 90% des associés, est-il admissible de procéder à une scission asymétrique et de ne pas permettre aux associés de recevoir des parts proportionnellement à la participation antérieure (art. 31, al. 2, l et b, LFus et art. 43, al. 3, LFus).
22 Art. 69, al. 1 LFus.

le plan de la contre-prestation. Par ailleurs, elle élargit le champ d'application des opérations sociétales aux personnes physiques commerçantes ou, même dans sa version luxembourgeoise, professionnelles.

## 3. HISTORIQUE HELVÉTIQUE : DU DROIT ALLEMAND AU TRANSFERT DE PATRIMOINE

### 3.1. Genèse de la loi sur la fusion : les lacunes du droit suisse

Si Orson Welles s'est trompé en affirmant que la Suisse a eu 500 années de paix et de démocratie et n'a produit que le coucou, il n'a pas fondamentalement tort. La Suisse n'est pas un ordre juridique particulièrement innovateur. L'originalité du droit privé suisse tient bien plus de sa capacité d'assimiler et ajuster à ses propres besoins les innovations des ordres juridiques voisins, d'abord l'Allemagne, mais aussi la France [23] et, plus récemment, l'Union européenne [24]. De plus, en droit commercial suisse, ce sont les tribunaux plutôt que le législateur fédéral qui ont fait preuve d'innovation [25]. L'invention du transfert de patrimoine est

[23] Une comparaison sommaire avec le droit des États voisins est ainsi systématiquement incluse dans les travaux préparatifs suisses. Voir, par ex., *Message concernant une loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation et le transfert de patrimoine du 13 juin 2000*, Feuille Fédérale 2000 3995, pp. 4036-4041.

[24] Malgré sa décision de ne pas adhérer à l'Espace économique européen, la Suisse transpose sur une base volontaire la législation européenne, à moins qu'elle considère qu'il existe des raisons particulières de s'en écarter. Tout projet de loi comporte donc une section sur l'euro-compatibilité. Voir, en matière de LFus, *Message concernant une loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation et le transfert de patrimoine du 13 juin 2000*, Feuille Fédérale 2000 3995, pp. 4066-4068.

[25] Par exemple, une grande partie de la protection des actionnaires minoritaires a été développée par la jurisprudence dans une série de causes célèbres. Voir, généralement, TRIGO TRINDADE, R. et BAHAR, R. (2002), p. 383. Par exemple, l'arrêt du Tribunal fédéral du 3 avril 1973, *Ringier & Co. SA c. Weltwoche-Verlag Karl von Schumacher & Co. AG*, ATF 99 II 55, JT 1973 I 618. Arrêt du 22 septembre 1976, *Ringier & Co. AG c. Jean Frey AG et Offset & Buchdruck AG*, ATF 102 II 265 et, dans une moindre mesure, l'arrêt du Tribunal fédéral du 25 juin 1991, *Association CANES c. Nestlé S.A.,* ATF 117 II 290, SJ 1991 653, JT 1996 I 162. Ils ont limité la discrétion de la majorité dans la fixation du prix d'émission d'action. Voir aussi l'arrêt du Tribunal fédéral du 25 avril 1994, *UBS c. BK Vision AG*, ATF 121 III 219, JT 1996 I 162. Dans le domaine du droit des restructurations, il en a également été ainsi : par exemple, l'arrêt du Tribunal fédéral du 14 décembre 1989, *H. et T. T. c. Versicherungskasse zu Gunsten ehemaliger Arbeitnehmer der X. AG*, ATF 115 II 415, JT 1991 I 130, a permis aux fondations de fusionner. L'arrêt Beauregard, qui a reconnu l'inexistence d'un *numerus clausus* des formes de restructuration, a, sans aucun doute, eu pour effet de déclencher une vague de libéralisme qui a renforcé le sentiment d'urgence relatif à l'adoption d'une législation sur ce thème. Arrêt du Tribunal fédéral du 20 novembre 1998, *Beauregard Sàrl c. Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud*, ATF 125 III 18, SJ 1999 I 233, JT 1999 I 455.

donc quelque chose de relativement exceptionnel, et son historique mérite d'être exploré plus avant.

La loi sur la fusion du 3 octobre 2003[26] trouve ses origines au début des années 1990. À l'époque, malgré l'entrée en vigueur d'un nouveau droit des sociétés anonymes qui mettait un terme à des travaux qui avaient duré presque trente ans, les juristes suisses ont dû constater l'inadéquation, ou du moins le caractère lacunaire, du droit suisse des restructurations : ce constat a été mis en lumière dans trois cas.

Premièrement, la Suisse s'apprêtait à ratifier le traiter d'adhésion à l'Espace économique européen et a donc dû passer en revue la compatibilité de son droit des sociétés avec le droit communautaire, et en particulier des troisième et sixième directives européennes[27]. Alors que les règles applicables à la fusion supposaient un ajustement mineur du droit national, la notion même de scission était alors inconnue du droit commercial suisse.

Deuxièmement, face à cette question, mais aussi à d'autres controverses, l'Office fédéral de la justice, chargé de l'élaboration du droit commercial, commandita au professeur Vischer un avis de droit sur diverses questions relatives au droit des restructurations. Cet avis de droit répondit aux questions posées, mais souligna également la nécessité de revoir les textes légaux[28].

Enfin, le coup de grâce fut asséné par le Tribunal fédéral dans l'arrêt *Beauregard*[29]. La haute Cour suisse considéra que le texte du Code des obligations était lacunaire, mais ne s'opposait pas à la reconnaissance de nouvelles formes de restructuration. En l'espèce, il s'agissait de la transformation d'une société en responsabilité limitée en société anonyme[30], mais, peu après, de nombreuses autres opérations furent menées à bien[31]. L'administration considéra qu'il fallait agir.

---

26 Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion, LFus, RS 221.301).

27 Rapport explicatif, pp. 7-8. Voir la troisième directive 78/855/CEE); sixième directive 82/891/CEE du Conseil du 17décembre 1982, fondée sur l'article 54, §3, point g) du traité et concernant les scissions des sociétés anonymes, J.O.C.E. L 378 du 31 décembre 1982, p. 47.

28 Voir VISCHER, F. (1993). Voir aussi Rapport final du Groupe de réflexion «Droit des sociétés» du 24 septembre 1993, p. 64.

29 Arrêt du Tribunal fédéral du 20 novembre 1998, *Beauregard Sàrl c. Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud*, ATF 125 III 18, SJ 1999 I 233, JT 1999 I 455.

30 Arrêt du Tribunal fédéral du 20 novembre 1998, *Beauregard Sàrl c. Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud*, ATF 125 III 18, SJ 1999 I 233, JT 1999 I 455.

31 Voir notamment PETER, H. (1999), p. 120.

### 3.2. Origines du transfert de patrimoine : un droit trop rigide

Avant d'aller plus avant dans la genèse de la loi sur la fusion, il convient cependant de souligner un point central : le droit suisse était certes lacunaire, mais il était néanmoins flexible. Il a permis non seulement de nombreuses restructurations de petites et moyennes entreprises, mais encore des opérations d'énorme envergure. Si l'on parcourt le SMI, l'indice qui comprend les vingt plus grandes capitalisations boursières suisses, on constate rapidement que la plupart de ces sociétés ont vécu une restructuration fondamentale avant l'entrée en vigueur de la loi sur la fusion. Sans prétendre à l'exhaustivité, UBS SA est le fruit de la fusion de deux grandes banques suisses, nommément la Société de banque suisse et l'Union de banque suisse. Novartis est le résultat de la fusion de Sandoz et de Ciba Geigy; ABB SA de la fusion entre la société suédoise Asea avec son homologue suisse Brown Boveri SA. Swiss Life était une coopérative jusqu'à sa transformation en société anonyme. Swisscom est née à la suite de la scission et la privatisation partielle de l'ancienne entreprise publique chargée des postes et des télécommunications. Givaudan est le résultat d'une scission improprement dite de Roche, et Syngenta le produit du *spin-off* des activités agrochimiques de Novartis et d'Astra-Zeneca. Cet inventaire non exhaustif témoigne ainsi que les juristes suisses, avocats ou juges, ont pu et su combler les vides juridiques afin de satisfaire les besoins du monde des affaires et qu'en définitive le droit n'était pas si inadéquat que l'on pourrait le croire de prime abord.

Néanmoins, l'administration considéra que la situation n'était pas tenable et décida d'initier une procédure législative. Elle développa, avec l'appui du professeur Vischer, un avant-projet de loi sur la fusion, inspiré de l'*Umwandlungsgesetz*[32] allemande[33]. Ce projet proposa d'introduire trois formes de scission :

– la division, analogue à la scission des droits belge et luxembourgeois, permettant de céder une partie des actifs à une

[32] *Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts* du 28octobre 1994 (BGBl 1994 I 3210, 1995 I 428; Umwandlungsgesetz, UmwG).

[33] Voir, par exemple, Rapport explicatif, p. 50, note 26. La référence au droit allemand a été maintenue dans le projet du Conseil fédéral. Voir *Message concernant une loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation et le transfert de patrimoine du 13 juin 2000*, Feuille Fédérale 2000 3995, p. 4090, note 122 et p. 4093, note 126.

société et le reste à une autre, puis de dissoudre sans liquidation la société aliénante [34];

– la séparation, comparable au transfert de branche d'activité, aliénant seule une partie des activités contre la remise d'actions aux associés de la société scindée [35];

– la dissociation, ressemblant à la séparation, sinon que la société scindée et non ses associés était la bénéficiaire de la contre-prestation [36].

En parallèle, l'avant-projet envisageait d'interdire l'application de l'article 181 CO aux transferts de patrimoine ou d'entreprise entre des personnes morales commerciales [37]. Cette disposition prévoyait une reprise de l'ensemble des dettes en cas de cession d'entreprise ou de branche d'activité. En d'autres termes, si un acquéreur parvenait, par le biais d'acquisitions individuelles, à mettre la main sur l'entreprise entière ou une de ses branches d'activités [38], il pouvait, d'entente avec le cédant, reprendre toutes les dettes qui l'intéressaient sans devoir s'assurer le consentement du créancier ainsi cédé, sous réserve d'une solidarité passive d'une durée de deux ans à compter de la publication du transfert [39]. Cette institution ne visait pas le transfert d'actifs [40] et encore moins la transmission de contrats [41]. Ces derniers, selon la doctrine suisse, étant composés non seulement de créances, en principe cessibles par acte écrit, et de dettes, mais également de droits formateurs, incessibles, ne peuvent être transmis que moyennant un

34 Art. 39 let. a AP-LFus.
35 Art. 39 let. b AP-LFus.
36 Art. 39 let. c AP-LFus.
37 Art. 181 al. 4 CO, selon AP-LFus.
38 Notion comprise comme «*ein in organisch sich geschlossene Teil des Vermögens oder des Geschäftes*», selon la formule consacrée par VON BÜREN (1964), p. 152. Voir aussi TSCHÄNI, R., (2002), ad art. 181 CO, nos 8-10. TRIGO TRINDADE, R., (2004), p. 217.
39 Art. 181, al. 1 et 2 aCO. Voir V. TUHR, A. et PETER, H. (1979), p. 395; TSCHÄNI, R. (2002), ad art. 181 CO, n° 10.
40 Arrêt du Tribunal fédéral du 28 juillet 1983, *Hotel B. AG c. Conseil d'État du Canton du Valais*, ATF 109 II 99, consid. 2, p. 101; Arrêt du Tribunal fédéral du 14 décembre 1989, *H. et T. T. c. Versicherungskasse zu Gunsten ehemaliger Arbeitnehmer der X. AG*, ATF 115 II 415, consid. 2b, p. 418; Arrêt du Tribunal fédéral du 7 août 2000, *Banque de Dépôts et de Gestion contre Henri et Eric Bonnet* ATF 126 III 375, consid. 2c, p. 378. Voir aussi TSCHÄNI, R. (2002), ad art. 181 CO, n° 1; TSCHÄNI, R. (2007), p. 170. PROBST, T. (2003), ad art. 181 CO, n° 26. TRIGO TRINDADE, R. (2004), p. 215.
41 Voir aussi BUCHER, E. (1998), p. 591. SPIRIG, E. (1994), ad art. 181 CO, n° 41; TSCHÄNI, R. (2002), ad art. 181 CO, n° 5; TSCHÄNI, R. (2007), p. 170. PROBST, T. (2003), ad art. 181 CO, n° 3; TRIGO TRINDADE, R. (2004), p. 215.

accord tripartite [42], sous réserve de nombreuses exceptions, s'agissant notamment des contrats d'assurance [43], des baux [44] et des rapports de travail [45]. Malgré ce défaut, l'article 181 CO permettait sans formalisme de transférer l'ensemble des passifs relatifs à une entreprise [46]. Seul le droit des sociétés pouvait imposer une décision du conseil d'administration, voire de l'assemblée générale s'il s'agissait d'émettre de nouvelles actions, de changer le but social ou de dissoudre de fait la société [47].

La scission apparaissait dans ce contexte comme restreignant excessivement la liberté des parties : si le projet passait, il n'aurait plus été possible d'aliéner une branche d'activité par le biais de l'article 181 CO et, par conséquent, d'offrir autre chose que des actions à titre de contre-prestation. Par ailleurs, là où souvent un acte informel suffisait, les formalités sociales requises pour ces opérations de restructuration imposaient systématiquement une décision de l'assemblée générale et des rapports du conseil d'administration audités par un réviseur particulièrement qualifié. Il n'est dès lors guère surprenant que cette institution ait fait l'objet d'une très mauvaise réception lors de la procédure de consultation [48].

En réponse à cette réaction, le Conseil fédéral fléchit. Il décida de maintenir deux formes de scission, la division et d'abandonner la dissociation, mais, au lieu de battre entièrement en retraite, il décida de faire preuve d'innovation et d'introduire le transfert de patrimoine [49]. Cette nouvelle institution est donc un hybride entre la dissociation et l'article 181 CO : il emprunte de la scission la transmission d'une partie de l'entreprise par succession univer-

42 SPIRIG, E. (1994), ad art. 181 CO, n° 41 ; BUCHER, E. (1998), p. 591 ; TSCHÄNI, R. (2002), ad art. 181 CO, n° 5 ; TURIN, N. (2003), p. 115.

43 Art. 67 LCR, s'agissant de l'assurance responsabilité civile du détenteur d'automobile ; art. 54 LCA, s'agissant des assurances relatives à une chose.

44 Art. 263 CO ; art. 290 CO concernant le bail à ferme et l'art. 14 LBFA.

45 Art. 333 CO.

46 TRIGO TRINDADE, R. (2004), p. 216.

47 Voir, notamment, BAHAR R. (2004), pp. 46-54.

48 Classement des réponses à la suite de la procédure de consultation : Loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation de sujets (loi sur la fusion) (1999), pp. 16-18 et les commentaires particuliers, pp. 331-334. Voir aussi, prenant acte de cette position, *Message concernant une loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation et le transfert de patrimoine du 13 juin 2000*, Feuille Fédérale 2000 3995, p. 4017.

49 *Message concernant une loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation et le transfert de patrimoine du 13 juin 2000*, Feuille Fédérale 2000 3995, p. 4017.

selle [50], mais reprend de l'article 181 CO son caractère purement patrimonial, renonçant à régler la procédure de décision sociale, et dans les grandes lignes le système de protection des créanciers fondés sur une solidarité limitée dans le temps [51]. En revanche, il se distingue de cette disposition en couvrant également la transmission des actifs et en abandonnant toute référence au critère de l'exploitation [52]. Le transfert de patrimoine peut ainsi même être utilisé pour le transfert d'un actif unique [53]. Cependant, restriction quelque peu paradoxale, seul un patrimoine présentant un solde d'actifs nets positif peut être transféré [54].

Par ailleurs, le transfert de patrimoine est ouvert à l'ensemble des commerçants [55] et laisse aux parties le libre choix de la contre-prestation [56]. En synthèse, plus qu'une forme particulière de scission, le transfert de patrimoine est conçu comme une institution à part entière, un passe-partout ou une clause générale du droit des restructurations [57]. Pour s'en convaincre, il suffit de regarder le tableau des opérations faisables :

---

50 Voir l'art. 73 LFus. Voir aussi *Message concernant une loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation et le transfert de patrimoine du 13 juin 2000*, Feuille Fédérale 2000 3995, p. 4018. BAHAR, R. (2005), ad art. 73 LFus, n° 12.

51 Voir l'art. 75 LFus.

52 *Message concernant une loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation et le transfert de patrimoine du 13juin 2000*, Feuille Fédérale 2000 3995, pp. 4112-4113. Voir aussi TRIGO TRINDADE, R. (2004), p. 217. *Contra,* VISCHER, F. (2004), p. 161, qui se réfère à la définition fiscale du «patrimoine», ainsi qu'à l'ancienne pratique relative à l'art. 181 CO.

53 *Message concernant une loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation et le transfert de patrimoine du 13 juin 2000*, Feuille Fédérale 2000 3995, p. 4112.

54 Art. 71 al. 2, LFus. Voir aussi la critique de TRIGO TRINDADE, R. (2004), p. 217; BAHAR, R. (2005), ad art. 71, LFus, n° 23. Ce choix est d'autant plus paradoxal que la jurisprudence relative à l'art. 181 CO avait admis une cession qui présentait un solde négatif. Voir, p. ex., L'arrêt du Tribunal fédéral, *VOP Stadtplan A.-G. c. Hegner*, ATF 79 II 289, consid. c. 4c, p. 292. Par ailleurs, le droit des fusions tolère la fusion de société surendettée. Art. 6, LFus.

55 Voir art. 69, al. 1, LFus. Le droit luxembourgeois franchit une étape de plus et ouvre cette opération à l'ensemble des acteurs professionnels. Voir ci-dessous.

56 Art. 71 al. 1 let. d LFus, qui se réfère à l'obligation de faire mention de l'*éventuelle* contreprestation dans le contrat de transfert de patrimoine. Voir *Message concernant une loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation et le transfert de patrimoine du 13 juin 2000*, Feuille Fédérale 2000 3995, pp. 4112 et 4115. TURIN, N. (2003), p. 156; TRIGO TRINDADE, R. (2004), p. 218.

57 *Message concernant une loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation et le transfert de patrimoine du 13 juin 2000*, Feuille Fédérale 2000 3995, pp. 4018-4019, qui explique que le transfert de patrimoine est censé prévenir les inconvénients du *numerus clausus* des formes de restructuration en permettant de fait des opérations autrement impossibles. Voir aussi TRIGO TRINDADE, R. (2004), p. 216; VON DER CRONE, H.C., GERSBACH, A., KESLER, F.J., DIETRICH, M. et K. BERLINGER (2004), n° 807.

TABLEAU 1 : **Restructurations réalisables en droit suisse**

| Reprenant/ En / De/ Transférant | Entreprise individuelle | SNC | S. en comm. | SA | S. en c. par actions | Sàrl | Société. Coop. | Assoc. | Fondation |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Ent. en raison individuelle | TP | TP | TP | TP | TP | TP | TP | TP | TP |
| SNC | TP | F/TP | F/T/TP | F/T/TP | F/T/TP | F/T/TP | F/T/TP | TP | TP |
| Société. en commandite | TP | F/T/TP | F/T/TP | F/T/TP | F/T/TP | F/T/TP | F/T/TP | TP | TP |
| SA | TP | TP | TP | F/S/TP | F/S/T/TP | F/S/T/TP | F/S/T/TP | TP | TP |
| Société en c. par action | TP | TP | TP | F/S/T/TP | F/S/TP | F/S/T/TP | F/S/T/TP | TP | TP |
| Sàrl. | TP | TP | TP | F/S/T/TP | F/S/T/TP | F/S/TP | F/S/T/TP | TP | TP |
| S. coopérative | TP | TP | TP | F/S/T/TP | F/S/T/TP | F/S/T/TP | F/S/TP | F/T/TP | TP |
| Association | TP | TP | TP | F/T/TP | F/T/TP | F/T/TP | F/T/TP | F/TP | TP |
| Fondation | TP | TP | TP | TP | TP | TP | TP | TP | F/TP |

F : fusion ; S : Scission (en gris) ; T : Transformation ; TP : transfert de patrimoine.

Le Parlement fut convaincu par cette institution novatrice, et sans difficulté majeure cette institution fit son entrée dans l'ordre juridique suisse le 1er juillet 2004 avec l'entrée en vigueur de la loi sur la fusion [58].

## 4. STATISTIQUES : LES ILLUSIONS PERDUES DU DROIT SUISSE

### 4.1. Le transfert de patrimoine en pratique : quelques statistiques

La loi sur la fusion fut grandement attendue par les praticiens suisses : il suffit d'observer le nombre de commentaires, de monographies et d'articles parus sur ce thème [59]. Cependant, plus de deux ans après son entrée en vigueur, force est de constater que cette loi n'a pas eu le succès attendu.

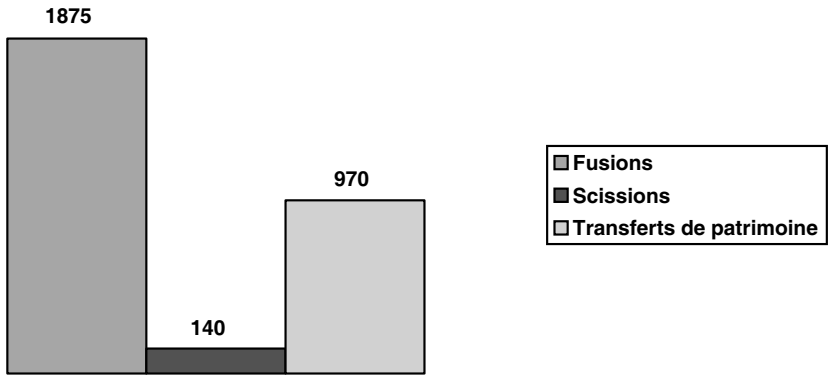


Figure 1 : Restructurations du 1.7.2004 au 30.6.2006 (Source : TRIGO TRINDADE/ GRIESSEN COTTI, 2007)

Rita Trigo Trindade et Annie Griessen Corti ont dressé un inventaire attentif des opérations de restructuration en Suisse du 1er juillet 2004 au 30 juin 2006, soit pendant les deux premières

58 RO 2004 2617.

59 Par exemple, pas moins de quatre commentaires sont parus sur cette loi. Voir BAKER & MCKENZIE (2003); VISCHER, F., BERETTA, P. et MÜLLER, R.M. (2004); PETER, H. et TRIGO TRINDADE, R. (2005); WATTER, R., VOGT, N.P., TSCHÄNI, R. et DAENIKER, D. (2005). Pour une bibliographie complète, voir *www.lfus.ch*. À titre de comparaison, le droit de la société anonyme n'a pas été commenté dans son intégralité dans le commentaire dit bernois et le commentaire dit zurichois pour partie n'a pas été mis à jour depuis un certain temps. De même, il n'existe que deux grands traités du droit de la société anonyme. Voir FORSTMOSER, P., MEIER-HAYOZ, A. et NOBEL, P. (1996); BÖCKLI, P. (2004).

années de vie de cette nouvelle loi. En résumé, elles ont noté que la fréquence des fusions est restée dans l'ensemble constante par rapport à la période qui a précédé l'entrée en vigueur de la loi, que la scission avec 140 opérations n'a pas eu un grand succès et, enfin, qu'avec 970 opérations, le transfert de patrimoine a rencontré un certain écho dans la pratique [60]. Sur la base de ces chiffres, il est évident que la critique était fondée, et le législateur a eu raison d'abandonner la dissociation pour introduire le transfert de patrimoine.

En revanche, si l'on analyse de façon plus détaillée les opérations, les données racontent une autre histoire : entre 55 et 65% des opérations ont été opérées par un commerçant en raison individuelle voulant apporter des actifs et passifs vers une société de capitaux, société à responsabilité limitée ou société anonyme [61]. Par ailleurs, entre 20 et 25% des opérations sont le fruit de restructurations intra-groupes (filialisations ou autres). Enfin, les chercheuses recensent un certain nombre d'opérations visant avant tout à transférer un portefeuille immobilier où la technique du transfert de patrimoine a pour principal avantage d'éviter la multiplication des actes authentiques, et donc des frais de notaire [62].

À la lumière de ces statistiques, il faut retenir que le transfert de patrimoine n'est donc pas utilisé dans des opérations commerciales *at-arm's-length*, mais plutôt comme moyen de simplifier l'accomplissement d'actes entre proches, que ce soit la fondation d'une société ou des restructurations au sein d'un groupe de sociétés [63]. D'ailleurs, avec Trigo Trindade et Griessen Cotti, il y a lieu de se demander si, dans le premier cas, il ne serait pas plus opportun de reconnaître une « transformation » improprement dite d'une entreprise en raison individuelle en société de capitaux [64].

---

60 TRIGO TRINDADE, R. et GRIESSEN COTTI, A. (2007), pp. 144-146. Voir aussi TSCHÄNI, R. (2007), p. 170, qui décompte, du 1er juillet 2004 au 27 février 2007, 1239 transferts de patrimoine pour 2464 fusions, ce qui indique que la proportion semble rester constante; TRIGO TRINDADE, R., PETER, H. et GRIESSEN COTTI, A. (2008), p. 62.

61 TRIGO TRINDADE, R. et GRIESSEN COTTI, A. (2007), p. 146; TRIGO TRINDADE, R., PETER, H. et GRIESSEN COTTI, A., (2008), p. 62.

62 TRIGO TRINDADE, R. et GRIESSEN COTTI, A. (2007), p. 146. Voir aussi RAMPINI, C. (2006), p. 166.

63 TRIGO TRINDADE, R. et GRIESSEN COTTI, A. (2007), p. 146. Ces chiffres sont corroborés par une autre étude d'Andreas Binder et Oliver Jaberg, qui ont analysé 198 transferts de patrimoine parmi lesquels seuls 22 ont eu lieu entre acteurs indépendants. SCHÜLE, K. et BINDER, A. (2007), p. 979; TSCHÄNI, R. (2007), p. 170.

64 TRIGO TRINDADE, R. et GRIESSEN COTTI, A. (2007), p. 148; TRIGO TRINDADE, R., PETER, H. et GRIESSEN COTTI, A., (2008), p. 62.

### 4.2. Bilan de l'opération

Le transfert de patrimoine n'a donc pas pris la place des ventes d'actifs et passifs ou des fusions, et ce, alors que les reprises de dettes sur la base de l'article 181 CO ne sont plus possibles pour les personnes inscrites au registre du commerce [65]. C'est donc un bilan plutôt mitigé qui ressort de cette analyse de deux ans de pratique. Faut-il alors garder le transfert de patrimoine ? Est-ce que cette institution a sa place dans l'ordre juridique ? La réponse, tant théorique qu'empirique, est positive. On l'a vu, sur un plan théorique, le transfert de patrimoine, précisément parce qu'il est un hybride qui n'appartient ni au droit des sociétés ni au droit des biens, comble des vides juridiques et complète l'arsenal du praticien. Empiriquement, la réponse est encore plus simple : dans 970 cas [66], les acteurs économiques y ont vu une institution intéressante, qui, par rapport aux autres techniques envisageables, présentait plus d'avantages que de désavantages.

Pour donner un peu plus de teneur à ce nombre, il faut le mettre en parallèle avec les institutions voisines : les 1875 fusions et les 140 scissions. D'abord, il en ressort que la scission est un échec cuisant et doit être revisitée. En même temps, le transfert de patrimoine ne tient pas toutes ses promesses : il n'a pas été aussi fréquemment employé qu'il aurait pu l'être, et la pratique continue à avoir recours aux transferts individuels d'actifs et passifs [67]. C'est pourquoi, à moins de tomber dans une argumentation panglossienne, il faut conclure que des améliorations sont possibles si l'objectif est de permettre à cette institution de déployer toute sa voilure.

À regarder de plus près, le transfert de patrimoine du droit suisse révèle certaines faiblesses. Tout comme l'article 181 CO, il n'emporte pas clairement le transfert des contrats, et ce, malgré la succession universelle qu'il est censé emporter [68]. Certes, la doctrine a essayé de diverses façons de surmonter cet obstacle par divers arguments, plus ou moins convaincants, dont l'inven-

65 Art. 181 al. 4 CO.
66 TRIGO TRINDADE, R. et GRIESSEN COTTI, A. (2007), p. 146.
67 SCHÜLE, K. et BINDER, A. (2007), pp. 979-980.
68 Voir notamment PROBST, T. (2003), ad art. 181 CO, n° 19; WATTER, R. et KÄGI, U. (2004), p. 231.

taire dépasse le cadre de cette contribution [69], mais il n'empêche que le message du Conseil fédéral est clair sur cette question, et le Conseil national a voté contre l'inclusion explicite des contrats dans l'inventaire [70]. De sorte qu'une interprétation historique force à conclure que, de façon générale, les contrats ne peuvent être transférés par la voie de la succession universelle par inventaire [71]. Cette conclusion est paradoxale. Elle va à l'encontre de l'idée même de succession universelle [72], sans parler du but de la loi [73]. Elle consacre ainsi une erreur du législateur qui ne peut être corrigée que par une révision légale, même dans un système juridique qui permet au juge de combler des lacunes de la loi [74] et qui reconnaît expressément à la jurisprudence et à la doctrine la qualité de source juridique [75]. Le lecteur luxembourgeois notera

69 Voir la synthèse de WYLER, R. et HEINZER, B. (2005), pp. 193-208. En bref, une partie de la doctrine, se fondant avant tout sur le but de la loi et l'institution de la succession universelle, considère que les contrats passent. Voir BERETTA, P. (2002), p. 249; FRICK, J. (2003), ad art. 69 LFus, n° 22; BÖCKLI, P. (2004), §3, n° 372a; PETER, H. (2004), p. 230; VISCHER, F., (2004), pp. 160-161. TRIGO TRINDADE, R. (2004), p. 218; VON DER CRONE, H.C., GERSBACH, A., KESLER, F.J., DIETRICH, M. et BERLINGER, K. (2004), nos 964-1018. WATTER, R. et BÜCHI, R. (2005), ad art. 52 LFus, nos 6 à 12. Une position intermédiaire, à laquelle je me rattache, est que la loi sur la fusion exclut le transfert en tant que tel des contrats, mais n'exclut pas le transfert de l'ensemble des créances et des dettes qui en résultent, ce qui a pour effet que seule la relation contractuelle est incessible. Ce courant admet que la volonté hypothétique des parties puisse, en l'absence de stipulation expresse, conduire à inférer une transmission du contrat en parallèle au transfert de patrimoine. Voir WATTER, R. et KÄGI, U. (2004), p. 248, qui remet en question la théorie de l'acte unique dans le contexte des transferts de patrimoine; BAHAR, R. (2005), ad art. 29 LFus, nos 14 à 17, ad art. 69 LFus, nos 14 à 17; MALACRIDA, R. (2005), ad art. 73 LFus, nos 17-20.

70 *Message concernant une loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation et le transfert de patrimoine du 13juin 2000*, Feuille Fédérale 2000 3995, p. 4098. Intervention Anne-Catherine Menetray Savary, BO CN 2003, p. 243 (proposant, sans succès, la mention expresse des autres contrats dans la description de l'inventaire). Intervention Jean-Michel Cina, BO CN 2003, pp. 243-244, s'opposant à la proposition au motif que le transfert de contrat sans le consentement de toutes les parties serait un changement de système fondamental qui ne se justifierait pas. Intervention de la madame la Conseillère fédérale Ruth Metzler, BO CN 2003, p. 244. Voir aussi TURIN, N. (2003), pp. 58 et suiv., 109, 114, 224 et suiv.

71 BAHAR, R. (2005), ad art. 29 LFus, nos 14 à 17, ad art. 69 LFus, nos 14 à 17. *Contra* WYLER, R. et HEINZER,B. (2005), p. 206, qui refusent de considérer que la décision du Parlement de rejeter la proposition minoritaire tendant à la mention des «autres contrats» fait de l'absence de toute référence aux contrats dans le texte légal un silence qualifié et non une simple lacune. Voir aussi TSCHÄNI, R. (2007), p. 173, qui voit dans le silence légal une décision du législateur de ne pas trancher la question dans un sens ou dans l'autre.

72 Voir PETER, H. (2004), pp. 225 et 229; VON DER CRONE, H.C., GERSBACH, A., KESLER, F.J., DIETRICH, M. et BERLINGER, K. (2004), nos 964-1018. Il est vrai que le législateur semble avoir distingué la succession universelle de la scission et du transfert de patrimoine en instaurant un «transfert selon inventaire». *Message concernant une loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation et le transfert de patrimoine du 13 juin 2000*, Feuille Fédérale 2000 3995, p. 4116.

73 BÖCKLI, P. (2004), §3, n° 372a; PETER, H. (2004), p. 225; TRIGO TRINDADE, R. (2004), p. 218.

74 Art. 1, al. 2 CC.

75 Art. 1, al. 3 CC.

d'ailleurs que cette conception étrange n'a pas affecté la scission en droit belge [76], ni le transfert de patrimoine luxembourgeois.

En tout état de cause, il convient, à mon avis, de remettre encore plus en question l'argument dogmatique selon lequel les relations contractuelles et les droits formateurs ne peuvent être cédés, alors que les créances et les dettes peuvent l'être, et ce, d'autant que, dans certains cas, la loi n'a guère vu de problème à prévoir un transfert automatique du contrat. Il en va ainsi en matière d'assurances [77], de baux [78] et de rapports de travail [79]. Cette conclusion s'impose également par analogie à d'autres contrats de durée innomés, contrats de licence ou crédit-bail [80]. La théorie selon laquelle la cession de toutes les créances et de toutes les dettes issues d'un contrat ne saurait emporter la transmission du contrat dans son ensemble me paraît en définitive faire preuve d'un dogmatisme exagéré. Certes, une relation contractuelle constitue plus qu'un ensemble de créances et de dettes, mais sans elles, elle est réduite à une coquille vide. C'est pourquoi, en dehors des exceptions liées au caractère abusif du transfert ou de la nature hautement personnelle de la relation, qui, au demeurant, devrait également affecter le transfert des créances [81] ou des dettes [82], il me semble difficile de comprendre pourquoi la relation contractuelle devrait être séparée des créances et des dettes auxquelles elle se rapporte. Je persiste donc à considérer que la transmission du contrat devrait se produire de plein droit dès que toutes les créances et dettes sont transférées par scission ou transfert de patrimoine, pour autant que cela corresponde à la volonté expresse, implicite ou hypothétique des parties au contrat [83].

76 VAN OMESLAGH, P. (2004), p. 354.
77 Art. 67 LCR, s'agissant de l'assurance responsabilité civile du détenteur d'automobile; art. 54 LCA, s'agissant des assurances relatives à une chose.
78 Art. 263 CO; art. 290 CO concernant le bail à ferme et l'art. 14 LBFA.
79 Art. 333 CO.
80 BAHAR, R. (2005), ad art. 29 LFus, n° 14, ad art. 69 LFus, n° 14; MALACRIDA, R. (2005), ad art. 73 LFus, n° 20.
81 Art.164, al. 1 CO, qui permet la cession de créances, sauf quand elle est exclue par la loi, la convention ou la nature de l'affaire.
82 Voir art. 68 CO, permettant la délégation de l'exécution d'une obligation, sauf quand le créancier a intérêt à ce qu'elle soit exécutée personnellement par le débiteur.
83 BAHAR, R. (2005), ad art. 29 LFus, nos 14 à 17, ad art. 69 LFus, nos 14 à 17; MALACRIDA, R. (2005), ad art. 73 LFus, n° 20.

Néanmoins, cette controverse, dans une perspective réaliste, ne pourra être résolue que par le législateur : non pas qu'un juge ne pourrait pas suivre la doctrine majoritaire et contredire le Conseil fédéral, et voir, dans le silence légal, une invitation faite à combler par voie prétorienne une lacune légale [84], mais plutôt parce qu'un praticien raisonnable ne prendra pas le risque de forcer le transfert d'un contrat par transmission universelle, sauf circonstances véritablement exceptionnelles [85].

De surcroît, les mesures de protection des créanciers s'avèrent drastiques [86]. Les trois ans de responsabilité solidaire dès la naissance de la dette reprise exposent le cédant à compter sur une responsabilité d'une durée potentiellement longue, voire illimitée [87]. Or, le cédant n'est pas en mesure d'influencer le moment auquel la dette cédée naîtra. Par ailleurs, en présence de contrats de durée, les dettes peuvent échoir à un horizon de dizaines d'années. Il suffit de penser au remboursement d'un emprunt. Cette difficulté est accrue par le fait que ce délai fait prescrire et non périmer la dette. Il s'ensuit que, selon les principes généraux du droit suisse des obligations [88], le délai peut être interrompu ou suspendu, ce qui permet de prolonger d'autant la responsabilité [89]. En synthèse, il n'est pas possible d'avoir un *clean break* lors de transferts de patrimoine, ce qui rend l'opération particulièrement délicate lorsqu'elle fait s'opposer des inconnus qui ne peuvent pas surveiller, et encore moins influencer la solvabilité de leurs partenaires contractuels [90].

Si la solidarité ne suffisait pas, le transfert de patrimoine permet également aux créanciers d'exiger la remise de sûretés dans certaines hypothèses [91]. Or, vu que le reprenant est déjà personnellement responsable, seule une sûreté réelle ou l'intercession

84 Art. 1, al. 2 CC.
85 TSCHÄNI, R. (2007), p. 173; TRIGO TRINDADE, R. , PETER, H. et GRIESSEN COTTI, A. (2008), p. 70.
86 BINDER, A. (2005), p. 9; SCHÜLE, K. et BINDER, A. (2007), p. 980; TSCHÄNI, R. (2007), p. 173. La situation est encore pire s'agissant de la scission, raison pour laquelle cette institution est si peu usitée en pratique. WATTER, R. et BÜCHI, R. (2007), pp. 166 et 169; TRIGO TRINDADE, R. , PETER, H. et GRIESSEN COTTI, A. (2008), p. 63
87 TSCHÄNI, R. (2007), p 173. Ils restent cependant raisonnables, comparés à l'absence de limitation de la responsabilité subsidiaire prévue en matière de scission. Voir l'art. 47, al. 1, LFus; WATTER, R. et BÜCHI, R. (2007), p. 166.
88 Art. 135 ss CO.
89 TSCHÄNI, R. (2007), p. 173.
90 SCHÜLE, K. et BINDER, A. (2007), p. 980; TSCHÄNI, R. (2007), p. 173.
91 Art. 75, al. 2, LFus.

d'un tiers peut offrir une garantie suffisante. En conjonction avec l'exigence de dépossession du droit des sûretés mobilières suisse [92], à moins de disposer d'immeubles hypothécables, seule la remise en gage d'espèces ou de papiers-valeurs peut être envisagée sans compliquer l'exploitation de l'entreprise, ce qui constitue un obstacle supplémentaire à l'opération.

Enfin, bien qu'elle constitue rarement à elle seule un obstacle dirimant, l'exigence de précision de l'inventaire est souvent l'objet de crispation en raison de la difficulté opérationnelle de préparer cette liste et, surtout, de l'atteinte potentielle au secret des affaires qu'elle emporte [93]. Il est vrai que, dans certaines hypothèses, la pratique du registre du commerce de Zurich a assoupli cette exigence en se contentant d'un bilan complété par les précisions supplémentaires requises en matière d'immeubles et de papiers-valeurs [94].

En synthèse, le transfert de patrimoine n'est, en réalité, de loin pas le passe-partout que le législateur avait promis. Les possibilités d'amélioration sont nombreuses. Une révision légale s'impose donc [95]. En temps ordinaire, il n'y aurait eu guère d'espoir de voir une révision à bref délai, étant donné les longueurs de la procédure législative suisse. Rappelons, si besoin est, que la Suisse a initié un grand projet de révision du droit de la société anonyme au milieu des années soixante en suivant l'exemple de ses voisins français et allemand, mais contrairement à la loi sur les sociétés commerciales de 1966 [96] et l'*Aktiengesetz* de 1965, ce projet suisse n'a été adopté dans sa version définitive qu'en 1991 [97]. L'historique de la loi sur la fusion, initiée en 1991 et adoptée en 2003, bien que moins extrême, démontre également que la célérité n'est pas une force du législateur suisse.

Deux facteurs laissent cependant espérer : premièrement, le Conseil fédéral vient de soumettre à l'Assemblée fédérale un

92 Voir l'art. 717, al. 1, CO, et l'art. 884 CO. Certes, il existe des exceptions et des moyens d'éviter ces prescriptions, mais la complexité est telle que le jeu n'en vaut pas la chandelle dans un cas comme celui-ci.
93 TSCHÄNI, R. (2007), p. 172.
94 *Handelsregisteramt Kanton Zürich, Fragen und Antworten zum neuen Fusionsgesetz*, www.hrazh.ch.
95 TRIGO TRINDADE, R. , PETER, H. et GRIESSEN COTTI, A. (2008), p. 69.
96 Désormais inclus dans le Code de commerce.
97 Voir la loi fédérale du 4 octobre 1991, RO 1992 733.

nouveau projet de révision du droit de la société anonyme [98], qui certes ne modifie pas la loi sur la fusion, mais a le mérite de remettre le droit commercial sur l'établi parlementaire. Deuxièmement, le professeur Andreas Binder avec son collègue Vito Roberto a réuni M^es^ Urs Schenker et Rudolf Tschäni, et le professeur Rolf Watter, un véritable *Who's who* des fusions et acquisitions en Suisse autour d'un projet de mini-révision de la loi sur la fusion [99]. Après avoir essayé sans succès d'avoir l'attention de l'administration, ils ont soumis ce projet à divers parlementaires dans l'espoir d'y avoir une meilleure réception [100]. Le sort en est jeté, et il ne reste plus qu'à voir quel en sera le résultat.

## 5. TRANSFERT DE PATRIMOINE PROFESSIONNEL AU LUXEMBOURG

### 5.1. Historique

L'historique du transfert de patrimoine professionnel au Luxembourg a été à peine moins mouvementé que son aïeul helvétique. Proposé dans le cadre de la révision du droit luxembourgeois des restructurations, le transfert de patrimoine professionnel a fait l'objet d'une réception mitigée qui se comprend par sa genèse. Alors qu'en Suisse l'invention du transfert de patrimoine a été perçue comme une solution de compromis, destinée à concilier les exigences de la pratique et des milieux économiques avec la systématique de la loi sur la fusion, le transfert de patrimoine professionnel au Luxembourg a été introduit pour des motifs plus «entrepreneuriaux», pour ne pas dire opportunistes : après s'être inspiré dans les grandes lignes du système du droit belge, le législateur luxembourgeois a considéré l'opportunité de reprendre cette institution novatrice du droit suisse. Il a certes repris le système belge dans son ensemble. En même temps, il a constaté que le transfert de patrimoine ne

98 *Message concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce)*, pas encore publié à la Feuille fédérale, disponible sur *http ://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision.html*.

99 BINDER A., ROBERTO, V., SCHENKER, U., TSCHÄNI, R. et WATTER, R. (2006). Voir aussi BINDER, A. (2007).

100 SCHÜLE, K. et BINDER, A. (2007).

faisait qu'étendre la palette des techniques [101] ou, pour reprendre la formule de la Commission juridique, « de diversifier les instruments à la disposition des sociétés en vue de leur restructuration [102] ». En d'autres termes, son introduction au Luxembourg ne pouvait pas faire de mal et, au pire, serait inutilisée en pratique. Il est vrai que l'expérience positive de l'importation de la fiducie suisse dans l'ordre juridique luxembourgeois et le succès qui s'en est suivi a, sans aucun doute, donné au législateur luxembourgeois le goût de l'aventure [103].

Ce point de vue ne recueillit pas l'unanimité. S'il n'est guère étonnant que le Conseil d'État, gardien du temple juridique, se soit opposé à cet aventurisme législatif [104], il est plus surprenant que la Chambre de commerce se soit également opposée à la transplantation de cette institution dans l'ordre juridique luxembourgeois [105]. Dans les deux cas, les arguments avancés étaient d'ordre dogmatique et, à mon avis, traduisaient une incompréhension de l'institution. En tout état de cause, le ministère de la Justice persévéra, et, avec l'adoption de la loi du 23 mars 2007, le transfert de patrimoine professionnel fit son entrée dans le droit luxembourgeois [106].

### 5.2. Parties et objet de l'opération

Le transfert de patrimoine professionnel, dans son incarnation luxembourgeoise, est ouvert à toutes les sociétés commerciales, les groupements d'intérêts économiques et même les personnes

101 Exposé des motifs, p. 19.

102 Dépêche du président de la Chambre des députés au président du Conseil d'État du 1er juin 2006, p. 2.

103 Cette expérience a d'ailleurs servi comme argument afin d'expliquer que le principe d'unicité du patrimoine n'est pas absolu. Voir par ex. Rapport de la Commission juridique du 15 novembre 2006, p. 8.

104 Avis du Conseil d'État du 7 mars 2006, projet de loi modifiant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, p. 2 (considérant que l'institution est superfétatoire s'agissant des commerçants et des sociétés commerciales, contredit la théorie de l'unicité du patrimoine tout en remettant en question les règles sur les règles sur la délégation et la novation ainsi que le transport de créances).

105 Avis de la Chambre de commerce du 29 mars 2004, projet de loi modifiant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, pp. 5-7 (considérant que le transfert de patrimoine professionnel faisait double emploi avec les dispositions inspirées du droit belge sur l'apport d'universalité et l'apport de branche d'activités; que le patrimoine est indivisible et incessible; que l'inclusion des personnes physiques confère à cette institution un champ d'application trop large).

106 Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg, A N° 46 du 30 mars 2007, p. 816.

physiques commerçantes ou non[107]. La seule restriction couvre l'objet du transfert : seul le patrimoine professionnel peut être aliéné par ce biais[108]. Cette définition permet ainsi aux professions libérales, non commerçantes, de bénéficier de cette institution, par exemple pour la cession de tout ou partie de leur pratique avec les dettes y afférentes[109]. Plus encore, même un particulier qui dévouerait une partie de ses avoirs à la poursuite d'une activité lucrative, fût-elle accessoire, pourrait recourir à cette technique.

Le transfert peut ainsi viser l'ensemble des actifs et passifs, contrats et autorisations qui servent à l'exercice d'une profession[110]. La notion de patrimoine professionnel est empruntée au droit fiscal, où l'on distingue la fortune professionnelle par destination de celle par affectation[111] : la première catégorie couvre les biens qui, par destination, servent ce but – pour prendre un exemple digne d'une image d'Épinal : les outils de l'artisan. La seconde, plus subjective, englobe les biens qui, par choix, sont affectés à l'exercice d'une activité lucrative – pour reprendre un cliché : un tableau de maître qui décore la salle du conseil d'administration[112]. Compte tenu de ce caractère subjectif, il importe de préciser que le caractère professionnel des biens transférés s'applique tant au niveau du transférant qu'au niveau du reprenant[113]. Il est ainsi exclu d'utiliser cette opération dans des opérations avec des consommateurs.

En définitive, seuls des actifs et passifs appartenant à la fortune privée ne peuvent être transférés par cette technique[114]. Même dans ce cas, des exceptions sont possibles : dans la mesure où un bien n'est pas, par nature, destiné à la fortune privée, il serait

107 Art. 308*bis*-6, al. 1, L.S.C.
108 Art. 308*bis*-6, al. 1, L.S.C.
109 Exposé des motifs, p. 34.
110 Rapport de la Commission juridique du 15 novembre 2006, p. 4, qui mentionne expressément le transfert des contrats comme un des avantages de la fusion et de la scission qui par l'introduction du transfert de patrimoine devrait être étendu à tous les commerçants. L'inclusion des contrats et des autorisations administratives est d'ailleurs reconnue en matière de cession de fonds de commerce, où certes seul le transfert d'actifs est possible, notion qui recouvre la clientèle, le droit au bail et les autorisations administratives. Voir dépêche du président de la Chambre des députés au président du Conseil d'État du 1er juin 2006, p. 6.
111 Art. 19 LIR. Voir rapport de la Commission juridique du 15 novembre 2006, p. 8.
112 WINANDY, J.P. (2002), nos 133 et suiv.; STEICHEN, A. (2004), n° 168 et suiv.
113 Art. 308*bis*-6, al. 1, L.S.C.
114 Art. 308*bis*-6, al. 1, L.S.C. *a contrario*.

possible de le réaffecter au patrimoine professionnel, puis de le transférer. Par exemple, un collectionneur d'art pourrait se décider, avant de céder sa collection, avec les assurances et les prêts qui ont servi à financer ses acquisitions, de devenir marchand d'art professionnel et d'affecter sa collection à ce but. Il lui est alors possible de recourir au transfert de patrimoine pour transférer l'ensemble en bloc. Toutefois, cette solution n'est pas la panacée, car l'affectation de biens à la fortune professionnelle a probablement aussi des conséquences fiscales qui peuvent retirer tout intérêt à l'opération.

Le «patrimoine» transféré par le biais d'un transfert de patrimoine professionnel comprend tout ou partie des actifs et passifs, contrats et autorisations inclus dans la fortune professionnelle [115]. Contrairement à ce que pourrait laisser croire son nom, le transfert de patrimoine n'emporte pas la transmission du patrimoine au sens technique du terme [116]. Ce dernier reste rattaché à la personne physique ou morale [117]. Ce sont certains éléments qui le composent qui passent du transférant à l'acquéreur. Les parties sont d'ailleurs libres de déterminer librement ce qu'ils entendent inclure dans le champ de l'opération. Contrairement au transfert d'universalité ou la fusion, ils ne sont pas tenus de transférer l'entier des éléments du patrimoine, et, contrairement, au transfert de branche d'activité, il n'est pas nécessaire que les biens cédés aient un quelconque rapport entre eux [118]. C'est donc une technique d'une grande flexibilité.

Plus encore, le transfert de patrimoine professionnel opère une succession universelle selon l'inventaire [119]. Tous les actifs, passifs,

---

115 Dépêche du président de la Chambre des députés au président du Conseil d'État du 1er juin 2006, p. 6; rapport de la commission juridique du 15 novembre 2006, p. 4. Voir aussi VAN OMESLAGH, P. (2004), p. 354, s'agissant du droit belge.

116 Voir aussi, en matière de transfert de branche d'activité, rapport de la commission juridique du 15 novembre 2006, p. 7. Ainsi, il est paradoxal que tant les opposants que les partisans du transfert de patrimoine professionnel se soient combattus sur la question de savoir si cette institution était compatible avec le principe d'unicité du patrimoine. Voir rapport de la commission juridique du 15 novembre 2006, pp. 9-10; avis du Conseil d'État du 7 mars 2006, Projet de loi modifiant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, p. 2; avis de la Chambre de commerce du 29 mars 2004, Projet de loi modifiant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, pp. 5-7.

117 AUBRY, C et RAU, C., Droit civil français, 6e éd., t. VI, p. 231, cité par la dépêche du président de la Chambre des députés au président du Conseil d'État du 1er juin 2006, p. 6.

118 *Cf.* art.308*bis*-3, al. 3 L.S.C. Rapport de la Commission juridique du 15 novembre 2006, p. 9.

119 Exposé des motifs, p. 18.

contrats et autorisations administratives passent de plein droit dans le cadre de cette opération. Le droit luxembourgeois tranche ainsi sans ambages la controverse helvétique sur le transfert des contrats [120]. Au demeurant, faut-il le rappeler, la succession universelle selon inventaire constitue une forme particulière de transmission d'actifs et passifs. À ce titre, elle constitue un acte juridique distinct de la cession de créances, de la novation ou de la reprise de dettes et soumise à ses propres exigences formelles et matérielles [121].

La seule contrainte à laquelle le transfert de patrimoine professionnel est soumis quant à son objet consiste à exiger que le «patrimoine» transféré présente un excédent d'actifs [122]. En d'autres termes, il faut comprendre que les actifs transférés valent plus que les dettes remises, étant précisé que les actifs et passifs transférés devront être évalués à la valeur d'exploitation (et non de liquidation) [123]. Cette exigence, d'ailleurs, ne fait guère de sens : elle ne protège pas les parties à l'opération ni leurs créanciers, puisque le montant de l'éventuelle contre-prestation reste à l'entière disposition des parties, sous réserve des règles générales, notamment sur les distributions des fonds propres et les actes révocables par l'action paulienne [124]. La société reprenante peut ainsi payer plus qu'elle ne reçoit et se voir appauvrie malgré l'acquisition d'un patrimoine d'une valeur nette positive [125].

D'ailleurs, les parties sont libres de déterminer la contre-prestation offerte lors d'un transfert de patrimoine professionnel [126]. La seule restriction, qui vise à protéger la scission et les actes analogues, consiste à interdire la remise d'actions ou de parts

120 Dépêche du président de la Chambre des députés au président du Conseil d'État du 1er juin 2006, p. 6; rapport de la Commission juridique du 15 novembre 2006, p. 4. Voir aussi VAN OMESLAGH, P. (2004), p. 354, s'agissant du droit belge.

121 Rapport de la Commission juridique du 15 novembre 2006, p. 10.

122 Art. 308*bis*-8, al. 3, L.S.C.

123 TURIN, N. (2003), p. 153 (que l'on ne saurait suivre lorsqu'il précise que, si l'opération vise à liquider une société, il faut néanmoins se baser sur la valeur de liquidation); BAHAR, R. (2005), ad art. 71, LFus, n° 23. Voir aussi MALACRIDA, R. (2005), ad art. 71, LFus, n° 14, qui se réfère simplement à une évaluation comptable complète et équitable.

124 Art. 1167 C. civ.

125 Voir dans ce sens TRIGO TRINDADE, R. (2004), p. 217; BAHAR, R. (2005), ad art. 71, LFus, n° 23; BINDER, A. (2005), p. 15. Dans ce cas, d'autres règles interviennent, plus efficacement, pour protéger les créanciers et les actionnaires. LOSER-KROGH, P. (2000), p. 1105; VON DER CRONE, H.C., GERSBACH, A., KESLER, F.J. , DIETRICH, M. et BERLINGER, K. (2004), n° 847; MALACRIDA, R. (2005), ad art. 71 LFus, n° 15.

126 Exposé des motifs, p. 35.

sociales de la société reprenante [127]. Pour le reste, les parties peuvent laisser libre cours à leur imagination et offrir de la monnaie sonnante et trébuchante, des valeurs mobilières ou tout autre actif. Il serait même concevable d'échanger deux ensembles de biens en couplant deux transferts de patrimoine professionnel [128]. Les parties peuvent également faire intervenir un tiers et insérer l'opération dans une relation tripartite. Elles peuvent renoncer à toute contre-prestation et donner à la transaction un caractère de libéralité [129]. Bien entendu, les limites générales du droit des sociétés restreignent cette liberté. On pense aux règles sur la protection du capital et la protection des créanciers, sans mentionner les devoirs des organes [130]. Dans la plupart des cas, l'opération aura ainsi un caractère synallagmatique, mais la vie des affaires recèle suffisamment de surprises pour que l'on puisse s'attendre à voir des opérations plus originales.

### 5.3. Procédure

La procédure applicable aux transferts de patrimoine professionnel est réglée de façon uniforme pour toutes les personnes morales, étant entendu que les personnes physiques ne sont sujettes à aucune règle spécifique, sinon la préparation du projet de transfert et les mesures de publicité. En résumé, il s'agit d'une procédure de scission simplifiée [131]. Le législateur luxembourgeois s'est, au demeurant, distancé de son homologue suisse. Ce dernier, par souci de flexibilité, s'est contenté de régir les étapes essentielles de la procédure sans prévoir de règles de compétences ou de quorum spécifiques, laissant les règles générales du droit des sociétés s'appliquer [132]. En revanche, la loi luxembour-

[127] Art. 308*bis*-6, al. 2, L.S.C. Voir aussi Exposé des motifs, p. 34.
[128] TURIN, N. (2003), p. 157; BAHAR, R. (2005), ad art. 75, LFus, n° 21.
[129] Exposé des motifs, p. 35. Rapport de la Commission juridique du 15novembre 2006, p. 6. Voir, en droit suisse, *Message concernant une loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation et le transfert de patrimoine du 13 juin 2000*, Feuille Fédérale 2000 3995, p. 4115; BAHAR, R. (2005), ad art. 71, LFus, n° 16; MALACRIDA, R. (2005), ad art. 71, LFus, n° 9. Voir aussi VON DER CRONE, H.C., GERSBACH, A., KESLER, F.J. , DIETRICH, M. et BERLINGER, K. (2004), n^os^ 850-854.
[130] FRICK, J. (2003), ad art. 75, LFus, n° 5; TURIN, N. (2003), p. 155-156; VON DER CRONE, H.C., GERSBACH, A., KESLER,F.J. , DIETRICH, M. et BERLINGER, K. (2004), n^os^ 834-835 et 854; BAHAR, R. (2005), ad art. 75, LFus, n° 20.
[131] Exposé des motifs p. 35.
[132] Art. 69, al. 2, LFus. Art. 70, LFus. Voir aussi *Message concernant une loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation et le transfert de patrimoine du 13 juin 2000*, Feuille Fédérale 2000 3995, p. 4098.

geoise définit de façon exhaustive la marche à suivre sans laisser de place aux règles générales [133].

La première étape de tout transfert de patrimoine de professionnel consiste en l'élaboration d'un projet de transfert par les organes de gestion [134]. Ce document fait mention de la forme juridique, du nom et du siège de chaque sujet participant à l'opération. Il comprendra l'inventaire qui définira le «patrimoine» transféré, ou plus exactement des actifs, passifs, contrats et autres autorisations transférés. Il mentionnera la valeur nette des actifs et passifs transférés et l'éventuelle contre-prestation [135]. Il devra être agréé par les organes de gestion des deux sociétés concernées et publié par chacun des sujets participant au transfert, un mois au moins avant la conclusion du contrat, c'est-à-dire – s'agissant des personnes morales – un mois avant l'assemblée générale qui se prononcera sur le projet [136]. Ces derniers devront également préparer un rapport écrit détaillé expliquant et justifiant d'un point de vue tant juridique qu'économique le but et la conséquence de l'opération, le contenu du contrat de transfert et la contre-prestation [137]. Il s'agit, en d'autres termes, de mettre les associés en position de statuer en pleine connaissance de cause.

Ensuite, sur la base de ces documents, les assemblées générales des sociétés concernées sont amenées à statuer sur l'opération. Leurs décisions sont sujettes aux quorums de présence et de décision applicables aux modifications des statuts [138]. Au demeurant, les associés sont également protégés par une action en nullité comparable à celle disponible pour la scission [139]. Elle leur permet de s'attaquer à toute décision qui serait contraire au droit, mais, si le vice peut être réparé, confère à la société un délai pour remédier au vice et se conformer au droit [140].

En principe, une fois que la décision est prise par les assemblées générales concernées, le transfert déploie ses effets inter-

133 Exposé des motifs p. 35.
134 Art. 308*bis*-8 al. 1, L.S.C.
135 Art. 308*bis*-8 al. 2, L.S.C.
136 Art. 308*bis*-9, L.S.C.
137 Art. 308*bis*-10, L.S.C.
138 Art.308*bis*-7, al. 1, L.S.C.
139 Art. 308*bis*-14, L.S.C. Exposé des motifs, p. 36.
140 Art. 308*bis*-14, let. d L.S.C.

nes immédiatement [141], les effets externes n'intervenant qu'après que les mesures de publicité officielle sont accomplies [142]. En particulier, le transfert entraîne de plein droit la transmission des actifs et passifs énumérés dans l'inventaire au sujet reprenant. [143] Une exception s'applique en matière de droits de propriété industriels et intellectuels ainsi que de droits réels autres que des sûretés mobilières et immobilières qui doivent faire l'objet de mesures de publicité propres avant d'être opposables aux tiers [144]. Ces règles n'ont rien de particulier, puisque le juriste luxembourgeois y reconnaîtra les principes déjà applicables en matière de fusion [145].

### 5.4. Protection des créanciers

Si les associés sont protégés par des droits d'information et la procédure de décision sociale, les créanciers bénéficient avant tout de l'instauration d'une responsabilité solidaire du reprenant pour les dettes transférées et un droit d'exiger des sûretés. Sur ce plan, le droit luxembourgeois a fidèlement repris le modèle suisse [146]. Ainsi, le transférant reste solidairement responsable pendant trois ans des dettes transférées [147]. Ce délai de trois ans commence à courir à partir de la publication officielle, s'agissant des dettes exigibles, et dès leur exigibilité pour les autres [148]. En droit suisse tout comme en droit luxembourgeois, il s'agit d'un délai de prescription qui peut donc être suspendu ou interrompu [149]. Comme il a été observé précédemment, cette solidarité a pour effet de lier le transférant au reprenant pendant une période qui peut s'étendre virtuellement à l'infini, s'agissant de dettes transférées, mais non exigibles [150].

Si cette responsabilité solidaire, qui constitue implicitement une sûreté personnelle, ne lui était pas suffisante, le créancier peut aussi demander des sûretés. La loi distingue dans ce contexte

141 Art. 308*bis*-12, al. 1, .S.C.
142 Art. 308*bis*-12, al. 2, L.S.C.
143 Art. 308*bis*-13, al. 1, L.S.C.
144 Art. 308bis-13, al. 2, L.S.C.
145 Voir art. 303, L.S.C.
146 Exposé des motifs, p. 36.
147 Art. 308*bis*-11, al. 1, L.S.C.
148 Art. 308*bis*-11, al. 2, L.S.C.
149 Art. 2242 à 2259 C. civ.
150 Voir ci-dessus, p. 120.

deux hypothèses : premièrement, le droit aux sûretés prend naissance quand le reprenant cesse d'exister [151]. Par exemple, il naît si ce dernier venait à être liquidé après avoir transmis l'entier de sa fortune [152]. Paradoxalement, le créancier est également protégé, si la disparition du transférant est causé par des événements indépendants de l'opération, notamment sa mise en faillite [153], ce qui constitue, en termes d'égalité des créanciers, un résultat plus que douteux [154]. Deuxièmement, le droit aux sûretés est donné, quand la solidarité n'offre pas une garantie suffisante de solvabilité [155]. Ce deuxième cas de figure s'applique tout naturellement lorsque la contre-prestation n'était pas adéquate [156], mais se justifie moins lorsque le transférant disposait d'une assise financière fragile déjà avant l'accomplissement de l'opération [157]. Par ailleurs, les créanciers qui ne sont pas directement concernés par l'opération peuvent également demander des sûretés selon la procédure existante en matière de scission [158]. Ils ne peuvent en revanche pas faire valoir la responsabilité solidaire des sujets participants à l'opération.

Dans la mesure où le régime de solidarité constitue déjà une forme de sûreté personnelle, le transférant ne peut pas offrir son propre crédit en garantie par le biais de sûretés personnelles, mais seulement des garanties réelles, gages ou autres [159]. Il peut aussi solliciter l'intercession d'un tiers, distinct du reprenant et du transférant, par exemple un proche, qui peut offrir son crédit en cautionnant le transférant ou en se portant fort de l'exécution des

151 Art. 308*bis*-11, al. 3, L.S.C.

152 TURIN, N. (2003), p. 212; BAHAR, R. (2005), ad art. 75, LFus, n° 6.

153 *Message concernant une loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation et le transfert de patrimoine du 13 juin 2000*, Feuille Fédérale 2000 3995, p. 4119; VON DER CRONE, H.C., GERSBACH, A., KESLER, F.J. , DIETRICH, M. et BERLINGER, K. (2004), n° 923. EHRAT, F.R. et WIDMER, M. (2005), ad art. 75, LFus, n° 14.

154 Néanmoins, ce cas de figure a été expressément envisagé par le législateur suisse.

155 Art. 308*bis*-11, al. 3 L.S.C.

156 LOSER-KROGH, P. (2000), p. 1105; VON DER CRONE, H.C., GERSBACH, A., KESLER, F.J. , DIETRICH, M. et BERLINGER, K. (2004), n° 923; BAHAR, R. (2005), ad art. 75, LFus, n° 7; EHRAT, F.R. et WIDMER, M. (2005), ad art. 75, LFus, n° 14.

157 EHRAT, F.R. et WIDMER, M. (2005), ad art. 75, LFus, n° 14. Comp. *Message concernant une loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation et le transfert de patrimoine du 13 juin 2000*, Feuille Fédérale 2000 3995, p. 4119.

158 Art. 308bis-11, al. 4, L.S.C.

159 EHRAT, F.R. et WIDMER, M. (2005), ad art. 75, LFus, n° 16. Comp. *Message concernant une loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation et le transfert de patrimoine du 13 juin 2000*, Feuille Fédérale 2000 3995, p. 4080, qui semblent tolérer les deux formes de sûretés; TURIN, N. (2003), p. 213; VON DER CRONE, H.C., GERSBACH, A., KESLER, F.J. , DIETRICH, M. et BERLINGER, K. (2004), n° 927.

créances, ou encore une banque, qui émettrait une garantie ou une lettre de crédit *stand-by*[160]. Dernière possibilité, le transférant ou le reprenant peuvent procéder à une exécution anticipée, pour autant que cela soit compatible avec la créance[161] et qu'il n'en résulte pas de préjudice pour les autres créanciers[162], notion qui renvoie aux conditions objectives de l'action paulienne du droit suisse[163].

## 6. CONCLUSION

Les expériences suisse et luxembourgeoise avec le transfert de patrimoine sont riches d'enseignements concernant la «transplantation» d'une institution juridique. Le transfert de patrimoine a été créé en Suisse afin de faire un pont entre les institutions purement sociétales et les techniques purement patrimoniales du droit civil, alors que le législateur s'apprêtait à abolir son prédécesseur, l'article 181 CO. Il fut donc l'objet d'un accueil triomphal, à certains égards trop peu critique. Au Luxembourg, le législateur l'a envisagé, dans le cadre d'une révision de plus grande envergure, comme un outil supplémentaire. Non seulement les gardiens du Temple, mais aussi les praticiens l'ont reçu avec une certaine méfiance, ne comprenant guère ce que ce corps étranger pouvait apporter, au lieu de rationnellement prendre acte de l'élargissement de la palette des techniques disponibles.

De façon tout aussi paradoxale, il convient de noter que la controverse qui a le plus occupé les juristes suisses, nommément la question du transfert des contrats, est passée totalement inaperçue au Luxembourg. Sans aucun doute, l'expérience avec la scission et l'influence belge avec certaines institutions voisines ont constitué une base suffisante pour qu'il ne fasse pas l'ombre d'un doute que la notion même de succession universelle suppose la transmission des contrats, conclusion dogmatiquement

160 C'est à mon avis ainsi qu'il faut comprendre le passage précité du message sur ce point.
161 Il n'est ainsi pas possible d'utiliser cette disposition afin de rembourser de façon anticipée un prêt à intérêt avant terme sans payer d'éventuelles pénalités. Voir TRUFFER, R. (2005), ad art. 25, LFus, n° 44; WYLER, R. et HEINZER, B. (2005), p. 175.
162 Art. 308*bis*-11, al. 5, L.S.C.
163 Art. 285 et suiv., LP. Voir, dans ce sens, VON DER CRONE, H.C., GERSBACH, A., KESLER, F.J. , DIETRICH, M. et BERLINGER, K. (2004), n° 929; TRUFFER, R. (2005), ad art. 25, LFus, n° 45; WYLER, R. et HEINZER, B. (2005), p. 175.

exacte au demeurant. En même temps, des questions comme la compatibilité de cette institution avec le principe d'universalité du patrimoine et les formes requises pour la cession de créances, la reprise de dettes ou la novation ont occupé les juristes luxembourgeois, alors que leurs collègues suisses n'ont même pas considéré que ces choix puissent constituer un problème. D'ailleurs, preuve supplémentaire que les sensibilités varient, en Suisse, l'absence de procédure sociale pour décider d'un transfert de patrimoine en fait sa force, au Luxembourg, une lacune que le législateur a vite fait de combler.

Au-delà de ces observations, qui intéressent avant tout le comparatiste, le transfert de patrimoine professionnel est une institution prometteuse. Il comble les lacunes des techniques de restructuration existantes et permet ainsi de diminuer les coûts de transactions lors de ces opérations complexes. En effet, il combine la simplicité d'un transfert par succession universelle avec la flexibilité de transfert d'actifs et passifs individualisés garantissant la liberté de délimiter tant le cercle de l'opération que la nature de la contre-prestation. Bref, le transfert de patrimoine professionnel pourrait détrôner toutes les formes de restructurations connues.

S'il n'en a pas été ainsi en Suisse et qu'il en sera probablement de même au Luxembourg, c'est que cette institution pèche par excès de prudence. Les mesures de protection des créanciers sont trop restrictives et rendent l'opération trop rigide. La pratique helvétique a montré que l'opération sert avant tout à des opérations entre proches, lors de la fondation de sociétés ou de restructuration de groupes. Il y a fort à prévoir que le Grand-Duché de Luxembourg verra l'expérience se rééditer, et l'on n'observera pas de transfert de patrimoine entre partenaires indépendants. Tout au plus faut-il espérer que l'introduction de cette institution au Luxembourg permettra la réalisation d'opérations transfrontières, fussent-elles intra-groupes.

Il reste une lueur d'espoir pour laisser le transfert de patrimoine prendre son envol. Avant tout, il s'agit de simplifier le régime de protection des créanciers et de mettre en œuvre un véritable *clean break* qui permette à chacune des parties de reprendre son chemin une fois l'opération accomplie. Un appel aux créanciers assorti d'un droit de demander des sûretés réelles ou personnelles est ainsi nettement plus à même de répondre à

ce besoin. Au demeurant, il faudrait encore se demander si une garantie intégrale des créanciers se justifie, eu égard au traitement des créanciers en dehors de toute opération de restructuration.

Par ailleurs, sans mentionner de corrections mineures, comme l'abolition de l'exigence d'un excédent d'actif, le champ d'application de l'opération pourrait être élargi et permettre le transfert de tout patrimoine, qu'il soit professionnel ou privé. Une telle institution pourrait faciliter des opérations civiles, notamment dans le cadre de la planification successorale ou des œuvres caritatives. On pourrait ainsi imaginer qu'un philanthrope offre à une fondation sa collection d'art avec ses assurances et, le cas échéant, des financements en utilisant un transfert de patrimoine.

En conclusion, le transfert de patrimoine professionnel ressemble à l'ornithorynque, mammifère qui pond des œufs et qui ressemble à un croisement entre un castor et un canard. Aujourd'hui, c'est une créature étrange, mais il ne tient qu'au législateur de l'ajuster pour que cet hybride puisse montrer sa véritable envergure. Certes, il s'agit d'un pari courageux, mais le droit commercial est rempli de paris courageux qui ont fait leurs preuves : il suffit de penser à la notion de personne morale à responsabilité, de l'action, droit de sociétariat transmissible, et de la société unipersonnelle. Souhaitons un avenir comparable au transfert de patrimoine, que ce soit en Suisse ou au Luxembourg.

## 7. BIBLIOGRAPHIE


BAHAR, R., *Le rôle du conseil d'administration lors des fusions et acquisitions : une approche systématique*, Zurich, Schulthess, 2004.

BAHAR, R., *in* Henry Peter et Rita Trigo Trindade éds, *Commentaire LFus*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2005.

BINDER, A., «Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften bei Spaltung und Vermögensübertagung», *Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Aargauischen Anwaltsverband*, Zurich, Schulthess, 2005 pp. 3-43.

BINDER, A., «Wege, Irrwege, und Umwege für Umstrukturierungen», *GesKR* (2007), pp. 123-143.

BINDER, A., ROBERTO, V., SCHENKER, U., TSCHÄNI, R. et WATTER, R., «Minirevision Fusionsgesetz», 2006.

BÖCKLI, P., *Schweizer Aktienrecht*, 3e éd., Zurich, Schulthess, 2004.

BUCHER, E., *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktrecht*, 2e éd., Zurich, Schulthess, 1998.

*Classement des réponses à la suite de la procédure de consultation : Loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation de sujets (loi sur la fusion)*, Berne, 1999.

EHRAT, F.R. et WIDMER, M. *in* Rolf Watter, Nedim Peter Vogt, Rudolf Tschäni et Daniel Daeniker éds, *Basler Kommentar, Fusionsgesetz*, Bâle, Genève, Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2005, art. 45, 46, 75, 104, LFus.

FORSTMOSER, P., MEIER-HAYOZ, A. et NOBEL, P., *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne, Staempfli, 1996.

GILSON, R.J., «Value Creation by Business Lawyers : Legal Skills and Asset Pricing», *Yale Law Journal* 94 (1984), pp. 239-314.

MALACRIDA, R., *in* Rolf Watter, Nedim Peter Vogt, Rudolf Tschäni et Daniel Daeniker éds, *Basler Kommentar, Fusionsgesetz*, Bâle, Genève, Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2005, art. 69-74, 86, 87, 98, LFus.

PETER, H., «Les restructurations des entreprises dans une perspective nationale et transfrontalière», *Semaine judiciaire* 1999 (1999), p. 101.

PETER, H., «Le sort des contrats en cas de transfert de patrimoine», *Revue suisse de droit des affaires* 76 (2004), p. 223.

PROBST, T., *in* Luc Thévenoz et Franz Werro éds, *Commentaire romand : Code des obligations art. 1-529; Loi sur le crédit à la consommation; Loi sur les voyages à forfait*, Genève, Bâle, Munich, 2003.

RAMPINI, C., «Handänderung von Immobilien durch Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz», *Schweizer Treuhänder* (2006), p. 164.

SCHÜLE, K. et BINDER, A., «Von einer zweiten, verbesserten Auflage des Fusionsgesetz», *Schweizer Treuhänder* (2007), p. 978.

STEICHEN A., *Précis de droit fiscal de l'entreprise*, 3e éd., Luxembourg, Saint-Paul, (2004).

TRIGO TRINDADE, R., «Le transfert de patrimoine», *Revue suisse de droit des affaires* 76 (2004), p. 215.

TRIGO TRINDADE, R. et BAHAR, R., «Droits des actionnaires minoritaires en Suisse», *Rapports suisses présentés au XVIe Congrès international de droit comparé*, Zurich, Schulthess, 2002, p. 381.

TRIGO TRINDADE, R. et GRIESSEN COTTI, A., «Echo aus der Praxis», *GesKR* (2007), p. 144.

TRIGO TRINDADE, R., PETER, H. et GRIESSEN COTTI, A. «La loi sur la fusion en application», *Pratique juridique actuelle* (2008), p. 55.

TRUFFER, R., *in* Rolf Watter, Nedim Peter Vogt, Rudolf Tschäni et Daniel Daeniker éds, *Basler Kommentar, Fusionsgesetz*, Bâle, Genève, Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2005, art. 25, 26, LFus.

TSCHÄNI, R., «Übernahme- und Zusamenschlussformen», *in* Rolf Tschäni ed., *Mergers & Acquisitions*, Zurich, Schulthess, 1998, p. 1.

TSCHÄNI, R.,*in Basler Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht : OR I*, Bâle, Genève, Munich, Schulthess, 2002, ad art. 181 CO.

TSCHÄNI, R.,«Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz und auf anderen Wegen», *GesKR* (2007), p. 170.

TUHR, A. v. et H. PETER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, 3e éd., vol. I/2, Zurich, Schulthess, 1979.

TURIN, N., *Le transfert de patrimoine selon le projet de loi sur la fusion*, *Collection Neuchâteloise*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2003.

VAN OMESLAGH, P., «La cession de contrats et en particulier la cession de contrats synallagmatiques», *in* Anne Héritier Lachat et Laurent Hirsch éds, *De lege ferenda : Réflexion sur le droit désirable en l'honneur du professeur Alain Hirsch*, Genève, Slatkine, 2004, p. 349.

VISCHER, F., «Drei Fragen aus dem Fusionsrecht», *RSDA* 65 (1993), p. 1.

VISCHER, F.,«Des principes de la loi sur la fusion et de quelques questions controversées», *Revue suisse de droit des affaires* 96 (2004), p. 155.

VON BÜREN, B., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Zurich, Schulthess, 1964.

VON DER CRONE, H.C., GERSBACH, A., KESLER, F.J., DIETRICH, M. et BERLINGER, K., *Das Fusionsgesetz*, Zurich, Schulthess, 2004.

WATTER, R. et BÜCHI, R., *in* Rolf Watter, Nedim Peter Vogt, Rudolf Tschäni et Daniel Daeniker éds, *Basler Kommentar, Fusionsgesetz*, Bâle, Genève, Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2005, art. 29-35, 51, 52, LFus.

WATTER, R.,«Die Spaltung nach Fusionsgesetz als Mauerblümchen der Praxis?», *GesKR* (2007), p. 164.

WATTER, R. et KÄGI, U., «Die Übergang von Verträgen bei Fusionen, Splatungen und Vermögensübertragungen», *Revue suisse de droit des affaires* 76 (2004), p. 231.

WINANDY, J.P., *Les Impôts sur le revenu et la fortune*, Luxembourg : promo*culture*, 2002.

WYLER, R. et HEINZER, B., «La protection des partenaires contractuels dans la loi sur la fusion», *in* Mathieu Blanc et Laure Dallèves éds, *Coopération et fusion d'entreprises, Travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 6 octobre 2004*, Lausanne, Cedidac, 2005, p. 167.