



Chapitre de livre

2009

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

L'article 6 LFus et la révision du droit de la société anonyme

Buecher, Marc

How to cite

BUECHER, Marc. L'article 6 LFus et la révision du droit de la société anonyme. In: Economie, environnement, éthique : de la responsabilité sociale et sociétale : Liber amicorum Anne Petitpierre-Sauvain. Trigo Trindade, R., Peter H. & Bovet C. (Ed.). Genève : Schulthess, 2009. p. 79–85. (Collection genevoise)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:4713>

Liber
Amicorum
Anne Petitpierre-Sauvain

Economie Environnement Ethique

De la responsabilité sociale
et sociétale

Edité par
Rita Trigo Trindade
Henry Peter
Christian Bovet

L'article 6 LFus et la révision du droit de la société anonyme

MARC BUECHER*

I. Introduction

Le projet de révision du droit de la SA touche aussi la LFus. En effet, la révision de l'art. 725 CO fait un ricochet dans l'art. 6 LFus. Dans cette courte contribution, nous nous interrogerons sur la pertinence de la modification proposée pour l'art. 6 LFus, ainsi que sur le fonctionnement de cet article en général en nous limitant aux fusions entre sociétés anonymes (SA) et sociétés à responsabilité limitée (Sàrl).

Après un exposé général du mécanisme de l'art. 6 LFus, nous traiterons de ses conditions d'application, puis des conditions posées par cet article pour que la fusion soit permise. Enfin, nous proposerons une alternative à l'art. 6 LFus qui tiendra compte des problèmes soulevés au cours de cette contribution, avant de conclure.

II. Le mécanisme de l'art. 6 LFus

Lors de fusions entre des SA et/ou des Sàrl, les conditions posées par l'art. 6 LFus s'appliquent lorsque l'une des sociétés participantes se trouve en situation de surendettement et de perte en capital qualifiée ou seulement en situation de perte en capital qualifié.

Lorsque l'art. 6 LFus s'applique, il est exigé des sociétés « saines » qu'elles aient dans leur bilan assez de fonds propres librement disponibles (ci-après fonds libres) pour pouvoir « couvrir » la perte en capital qualifiée de la société « en difficulté ».

L'art. 6 LFus permet donc les fusions lorsque le transfert virtuel de la contre-valeur de fonds libres de la société saine à la société en difficulté permet de sortir cette dernière de la situation de perte en capital qualifiée.

Une alternative à la présence de fonds libre est offerte par l'art. 6 LFus. Il s'agit du recours à la postposition de créance. Cette possibilité vient directe-

* Lic. iur., MBL, doctorant, a été assistant de Mme la Prof. Anne Petitpierre-Sauvain. A travers cet article, il tient à lui témoigner sa reconnaissance pour sa disponibilité et sa grande ouverture à la discussion.

ment de l'art. 725 al. 2 CO. C'est précisément à propos de la postposition de créance que le projet de révision de la SA propose de modifier l'art. 6 LFus.

III. Les conditions d'application de l'art. 6 LFus

A. Le surendettement

La situation de surendettement est celle dans laquelle les actifs sociaux ne suffisent plus à couvrir les fonds étrangers¹. Cette notion est héritée de l'art. 725 al. 2 CO. Cet article impose au conseil d'administration d'aviser le juge lorsque la société est dans cette situation².

Cette situation implique que d'une part la société a éprouvé des pertes et que d'autre part sa valeur comptable est négative. L'art. 6 LFus, qui a pour but de protéger les créanciers des sociétés participant à une fusion risquée, a repris ce seuil pour déclencher des obligations spéciales lors d'une telle fusion. Nous rappellerons quand même que la valeur réelle d'une société en général et d'une société en surendettement en particulier est le plus souvent différente de sa valeur comptable. Les pertes, par exemple, ont une valeur fiscale qui n'est pas prise en compte dans la valeur comptable.

B. La perte en capital qualifiée

Pour les fusions entre des SA et des Sàrl, l'art. 6 LFus s'applique dès que l'une des sociétés participantes se trouve en situation de perte en capital qualifiée. Lorsque la société en perte de capital qualifiée n'est pas en plus en situation de surendettement, les créanciers de cette société sont entièrement couverts. Seul l'investissement des actionnaires/associés subit un découvert.

Cette situation est reprise de l'art. 725 al. 1 CO. Cette disposition impose au conseil d'administration la convocation immédiate des actionnaires/associés pour leur proposer « des mesures d'assainissement ». Il en découle que la situation de perte en capital qualifiée est, au sens de l'art. 725 al. 1 CO, un seuil d'alerte interne³.

L'art. 6 LFus transforme ce seuil pour les actionnaires/associés en condition d'application d'une norme de protection des créanciers. Or, celui-ci n'est

¹ Une SA ou une Sàrl en situation de surendettement est aussi en situation de perte en capital qualifiée.

² PETER H., CAVADINI F., Commentaire Romand CO II, 2008, art. 725, N 44 ss.

³ PETER, CAVADINI (2008), art. 725, N 16.

pas adapté en cas de fusion quel que soit le rôle de la société en difficulté dans la fusion.

En effet, en tant que société transférante la société en perte de capital qualifiée apporte dans la fusion seulement son patrimoine dont l'actif social dépasse les dettes. Il en découle que les créanciers des autres sociétés participantes ne risquent pas de voir la couverture de leurs créances diminuer.

Lorsque cette société est reprenante, ses propres créanciers sont déjà couverts, de sorte que les créanciers des sociétés transférantes ne risquent pas non plus de voir la couverture de leurs créances diminuer.

Enfin, une société dont le capital est entièrement couvert n'est pas plus sûre qu'une société ayant un capital trois fois plus élevé couvert à la hauteur d'un tiers⁴. Il suffit d'ailleurs à cette dernière de procéder à une diminution de capital déclarative (art. 735 CO et 653r P-CO) avant de procéder à la fusion, pour éviter l'application de l'art. 6 LFus. Reste à savoir s'il est opportun d'imposer cette opération, alors que la structure des fonds propres de la société en question va changer, voire disparaître dans la fusion.

Au vu de ce qui précède, le choix de la perte en capital qualifiée comme seuil d'application de l'art. 6 LFus ne paraît pas judicieux.

C. Les fusions mère-fille

La LFus prévoit des allègements dans la procédure lors de fusions mère-fille (Art. 23 al. 1, let. a et al. 2 LFus). Par contre, la LFus ne s'intéresse pas au bilan de la société résultante. Or, la société mère apporte tout son patrimoine à l'exception de sa participation dans la société fille, celle-ci disparaissant dans la fusion.

Il se peut donc qu'une fois cette participation retranchée de l'actif social de la société mère, celle-ci apporte plus de dettes que d'actif⁵. La fusion mère-fille équivaut alors à une fusion entre une société saine (la société fille) et une société surendettée (la société mère). Mais cette fusion pourra être effectuée sans respecter les conditions de l'art. 6 LFus, car les bilans des sociétés participantes antérieurs à la fusion ne présentent pas de surendettement. Des fusions «à risques» selon les critères posés par l'art. 6 LFus peuvent donc être réalisées sans que cet article ne s'applique.

⁴ GLANZMANN L., *Umstrukturierungen*, Berne (Stämpfli) 2008.

⁵ DALLA TORRE L., *Die Sanierungsfusion – einrechtliche und ökonomische Analyse*, Thèse Berne (Stämpfli) 2007, p. 175.

IV. Les conditions posées par l'art. 6 LFus

A. Les fonds propres librement disponibles

Les fonds propres peuvent être séparés en deux catégories : les fonds liés et les fonds libres. Les premiers sont composés du capital et des réserves légales (la réserve légale générale tant qu'elle ne dépasse pas la moitié du capital, la réserve pour actions propres, la réserve de réévaluation, les réserves statutaires et celles constituées par l'assemblée générale affectées à un but spécial⁶). Les seconds correspondent à la différence entre les fonds propre totaux et les fonds liés.

Contrairement aux fonds liés qui doivent rester dans la société pour servir de sécurité aux créanciers sociaux, La contre-valeur des fonds libres peut être distribuée aux associés/actionnaires ou être utilisée pour acheter des actions propres (art. 659 al. 1 et 783 al. 1 CO ainsi que 659 al. 1 P-CO).

Dans le premier cas, les fonds libres disparaissent du bilan après leur utilisation. Dans le second, ils rejoignent les fonds liés sous forme d'une réserve pour actions propres (art. 659a al. 2 CO). Le projet de révision de la SA prévoit que la valeur d'acquisition des actions n'apparaisse pas à l'actif du bilan et qu'elle soit déduite des fonds libres disponibles (la réserve issue du bénéfice) (art. 659a al. 4 P-CO). Contrairement à ce qui précède, l'art. 6 LFus ne s'intéresse pas au sort des fonds libres après la fusion ce qui donne les résultats exposés ci-dessous pour les sociétés résultantes.

Lorsque les fonds libres sont dans la société reprenante, ils restent intacts tant que le patrimoine de la/des société/s transférante/s est supérieur ou égale CHF 0.-, alors que s'ils sont dans une société transférante, ils disparaissent, la société apportant son patrimoine, mais pas la structure de ses fonds propres.

Il en découle une discrimination incohérente des sociétés candidates à la fusion. En effet, entre deux sociétés ayant le même patrimoine, l'une ayant la totalité de ses fonds sous forme de fonds liés et l'autre n'ayant qu'un minimum de fonds liés et disposant de fonds libres, l'art. 6 LFus autorisera la fusion avec la deuxième et non avec la première.

La comparaison des sociétés résultant des fusions auxquelles prennent part ces deux sociétés montre que cette distinction n'est pas justifiée. Si les sociétés précitées prennent la place des sociétés transférantes dans la fusion, la société résultante sera identique quelle que soit la structure des ses fonds propres (avec ou sans fonds libres).

Dans le rôle de société reprenante, la structure des fonds propres de la société résultant de la fusion est différente. La société disposant de fonds libres

⁶ TRIGO TRINDADE R., Commentaire Romand CO II, 2008, art. 659, N 27.

disponibles les conserve (tout ou partie en cas de surendettement de la société transférante). L'autre société garde ses fonds liés. Au final, cette dernière présente plus de fonds liés que la première. La fusion interdite par l'art. 6 LFus est en définitive plus sûre pour les créanciers que celle qui est autorisée.

En conclusion, l'existence de fonds libres disponibles dans une société est rassurante, car elle montre que la société a réalisé des bénéfices par le passé. Mais l'exigence de leur présence exclut des fusions qui ne sont comparative-ment pas plus préjudiciables aux créanciers. Au contraire, certaines fusions interdites par l'art. 6 LFus sont même plus sûres pour les créanciers que des fusions autorisées. Cette exigence ne donne donc pas un résultat satisfaisant.

B. La postposition de créance

Le projet de révision de la SA précise ce qu'est la postposition de créance en cas de surendettement (art. 725c al. 5 P-CO) et de fusion art. 6 LFus P-CO. Il expose aussi quand l'ajournement cesse, à savoir quand la société n'est plus surendet-tée.

La postposition de créance peut être utilisée pour éviter la faillite d'une société surendettée (art. 725 al. 2 CO et art. 725c P-CO) ou pour permettre une fu-sion soumise à l'art. 6 LFus. Or, le risque pris par le créancier postposant en comparaison des autres créanciers n'est pas le même dans ces deux situations.

Dans une situation de surendettement (art. 725 al. 2 CO et art. 725c P-CO), le créancier qui postpose sa créance accepte d'être désintéressé en dernier. Ce faisant, si l'actif social est supérieur aux autres créances, il permet à la société de surseoir à l'appel au juge. Le créancier, quant à lui, consent à prendre un risque supplémentaire pour permettre à la société de poursuivre son activité. Lorsque l'actif social est à nouveau supérieur à toutes les créances, l'ajourne-ment de la créance postposée cesse. Ce mécanisme n'aggrave pas la situation des autres créanciers, leurs créances étant entièrement couvertes par l'actif so-cial.

L'application de la postposition à une fusion d'assainissement pose deux problèmes principaux. D'une part, selon le texte de l'art. 6 LFus et plus encore selon celui de l'art. 6 LFus P-CO, la postposition serait déjà utilisable en cas de perte en capital qualifiée, tout en admettant que la créance postposée soit libé-rée si la société n'est plus en situation de surendettement. La postposition ne durera donc que le temps de la procédure de fusion, ce qui n'offre aucune pro-tection supplémentaire aux créanciers.

D'autre part, contrairement à la situation de l'art. 725 al. 2 CO, la fusion im-plique la réunion de patrimoine de plusieurs sociétés dans la société repre-nante. Si cette dernière n'est pas en situation de surendettement, la postposi-tion nécessaire à la fusion selon l'art. 6 LFus n'aura duré que le temps de la

procédure de fusion. Dans ce cas, le créancier postposant ne court aucun risque. Par contre, les créanciers de la société saine voient l'excédent d'actif de la société débitrice diminuer. La protection prévue par l'art. 6 LFus est donc illusoire.

Il ressort de ce qui précède que l'utilisation de la postposition de créance, dans les conditions posées par l'art. 6 LFus, n'apporte aucune protection aux créanciers des sociétés participantes. Au contraire, elle permet de contourner l'exigence de fonds libres disponibles, condition qui est plus difficile à réaliser⁷.

V. Proposition de solution

Force est de constater que l'art. 6 LFus n'est satisfaisant ni dans sa version actuelle ni dans celle proposée dans le projet de révision de la SA. En effet, le seuil de la perte en capital n'est pas pertinent et certaines fusions risquées pour les créanciers peuvent être réalisées sans que l'art. 6 LFus s'applique. Quant aux conditions posées par l'art. 6 LFus, elles donnent des résultats incohérents. L'exigence de fonds libres effectue une discrimination entre des fusions sans raison valable, et la postposition de créance peut avoir pour conséquence la péjoration de la situation des créanciers.

Le traitement des fusions «à risque» doit remplir le double objectif de permettre l'assainissement de société en difficulté et de garantir une certaine sécurité aux créanciers. Dans sa thèse, Luca Dalla Torre a proposé deux alternatives à l'art. 6 LFus. La meilleure solution selon lui serait de ne pas avoir de norme spécifique pour les fusions d'assainissement⁸. Mais cette solution n'est pas compatible avec la garantie de sécurité pour les créanciers.

L'autre solution avancée par Luca Dalla Torre consiste à construire une protection des créanciers inspirée de celle existant lors de réduction de capital (art. 732 ss CO)⁹. Cette proposition ne permet pas d'éviter la problématique de la fixation de seuil d'application de la norme de protection.

Pour notre part, nous proposons d'imposer un minimum de fonds liés et une couverture minimale de ceux-ci pour toutes les fusions. De cette manière, ce n'est pas la situation des sociétés avant la fusion qui sera déterminante, mais la situation de la société résultante. Il n'y aura donc plus de seuil d'application de la protection, mais seulement des conditions d'autorisation de la fusion. De plus, les fusions d'assainissements seront soumises à des exigences équivalentes aux autres fusions.

⁷ TRIGO TRINDADE R., Commentaire LFus, 2005, art. 6, N 40.

⁸ DALLA TORRE (2007), p. 236 s.

⁹ Id., p. 237 s.

Pour la détermination des minima précités, il serait possible de s'aligner sur ceux d'une société résultant d'une fusion non soumise à l'art. 6 LFus. Cette manière de faire permettrait de ne pas écarter des fusions ordinaires admises actuellement. Le raisonnement menant à l'identification de ces minima est le suivant :

Les fonds propres liés minimum lors d'une fusion non soumise à l'art. 6 LFus sont équivalents au minimum légal exigé par la forme juridique de la société résultante choisie à savoir CHF 100'000.– pour une SA (art. 621 CO) ou CHF 20'000.– pour une Sàrl (art. 773 CO). En effet, la LFus permettant la fusion par combinaison de sociétés de capitaux en société de capitaux (art. 4 al. 1 LFus) les actionnaires/associés peuvent choisir de procéder à la fusion dans une SA ou une Sàrl, indépendamment de la forme juridique des sociétés transférées. La part des fonds propres liés correspondant au capital minimum est donc de CHF 20'000.–, quelle que soit la hauteur du capital des sociétés participantes.

La couverture des fonds liés devra être totale en cas de fusion par combinaison, par renvoi de l'art. 10 LFus¹⁰. Pour les fusions par absorption, les sociétés participantes pouvant être à la limite de la perte en capital qualifiée, nous retiendrons que leur apport net sera d'au minimum CHF 10'000.– pour les Sàrl et de CHF 50'000.– pour les SA. Il en découle que les fonds liés seront couverts à hauteur de CHF 20'000.– si la société reprenante est une Sàrl et d'au minimum CHF 60'000.–¹¹ si la société reprenante est une SA.

Selon cette approche les minima requis pour qu'une fusion soit autorisée seront les minima légaux imposés par la forme de la société reprenante, à savoir CHF 100'000.– pour une SA et CHF 20'000.– pour une Sàrl. Quant à la couverture des fonds liés, elle sera totale pour une Sàrl et de 60% pour une SA.

VI. Conclusions

Il ressort de ce qui précède que l'art. 6 LFus ne remplit pas de manière satisfaisante son rôle de filtre entre les fusions risquées pour les créanciers et les autres et que sa révision telle qu'elle est prévue dans le projet de révision du droit de la SA, n'est pas judicieuse. Au contraire, il vaudrait mieux supprimer le recours à la postposition de créance de cet article. Mais cette modification n'en rendra pas l'art. 6 LFus plus efficient pour autant. En effet, il serait tout indiqué de se préoccuper de la société résultant de la fusion en lui imposant des standards minimaux plutôt que d'analyser les bilans des sociétés participantes.

¹⁰ TRIGO TRINDADE (2005), Art. 10, N 26.

¹¹ Fusion par absorption d'un Sàrl par une SA.