

LEGAL ALERT

Les différents véhicules juridiques pour transférer des éléments patrimoniaux

Introduction

Lorsqu'une entreprise est vendue dans son ensemble, les actionnaires vont, en règle générale, transférer leurs titres à l'acheteur (« Share Deal »). En marge de ce cas de figure, il existe aussi la possibilité d'acquérir tout ou seulement une partie d'un patrimoine (« Asset Deal »). Quelles sont les possibilités offertes aux intéressés pour effectuer ces Asset Deals? La Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (« Loi sur la fusion ») répond, entre autres, à cette question.

Les explications ci-dessous ont pour but d'éclairer succinctement le praticien sur les différents moyens juridiques à disposition pour transférer des parts d'un patrimoine et également de les délimiter les uns des autres.

1. Instruments juridiques

Depuis l'introduction de la Loi sur la fusion, un sujet de droit peut dorénavant céder à un autre des éléments de son patrimoine soit par scission soit par transfert de patrimoine. Comme auparavant la possibilité de transférer individuellement actifs et passifs demeure ouverte.

1.1 Transfert individuel

Transférer des éléments de patrimoine à titre individuel signifie qu'il faut respecter, pour chaque élément patrimonial concerné, les règles régissant son transfert afin d'opérer une cession valable. Le respect des différentes règles de forme propres à la cession concerne non seulement l'acte générateur d'obligation mais aussi l'acte de disposition. Ainsi le transfert d'un immeuble requiert un acte authentique, ce dernier étant la forme exigée pour l'acte générateur d'obligation, et une inscription au registre foncier pour l'acte de disposition. Il y a, de plus, des exigences de formes propres à la cession de participations, de droits de propriété intellectuelle, de créances et dettes.

Dans le cadre d'une cession de patrimoine avant l'entrée en vigueur de la Loi sur la fusion, les parties pouvaient alors recourir à l'article 181 du Code des obligations (CO) pour transférer des dettes. La réglementation de l'art. 181 CO permettait un transfert à l'acheteur, « en bloc », de par la loi, des dettes d'un patrimoine, sans devoir recourir pour chacune des dettes concernées

aux règles de forme régissant leur transfert. Avec la Loi sur la fusion, le recours à la cession de patrimoine de l'art. 181 CO est désormais exclu pour les sociétés commerciales, les coopératives, les associations, fondations et raisons individuelles inscrites au registre du commerce (art. 181 al. 4 CO).

1.2 Scission

Les nouvelles dispositions de la Loi sur la fusion concernant la scission, qui sont par ailleurs applicables seulement aux sociétés de capitaux et coopératives, permettent le transfert de parties de patrimoine d'une société à une autre. Les associés de la société transférante reçoivent en contrepartie des parts sociales ou des droits de sociétariat de la société reprenante. Les associés de la société transférante peuvent se voir attribuer des parts sociales ou des droits de sociétariat non proportionnels à leur participation antérieure (scission asymétrique).

Si les exigences légales sont satisfaites, l'ensemble des actifs et passifs cédés passent à la société reprenante lors de l'inscription de la scission au registre du commerce (succession universelle partielle). Les règles de formes relatives au

transfert de chaque actif et passif (transfert individuel), prévues par le CO et le Code civil, ne s'appliquent pas. Par contre, à l'inscription au registre du commerce, tous les documents et pièces déposés pour la scission sont accessibles au public.

Le législateur s'étant abstenu de prévoir une disposition explicite sur le sujet, il demeure controversé si, et dans quelle mesure, les contrats passent *uno actu* à la société reprenante en cas de scission. D'après le Message du Conseil fédéral, la cession des contrats sans l'accord des co-contractants n'est pas envisageable. En revanche la doctrine majoritaire admet un tel transfert de contrat, pour autant qu'il y ait un rapport évident entre l'élément patrimonial à transférer et le contrat en question, ce dernier doit de plus ne pas apparaître comme hautement personnel, intransmissible ni contenir une clause d'incessibilité. Ce contrat devra aussi explicitement figurer dans l'inventaire. Jusqu'à ce que le Tribunal fédéral ou le législateur clarifie ce point, il est fortement recommandé dans le cadre d'une scission de recueillir l'accord des co-contractants préalablement au transfert.

1.3 Le transfert de patrimoine

Le transfert de patrimoine permet également de céder des actifs et passifs à un autre sujet de droit « par succession universelle partielle ». Au contraire de la scission, les associés de la société transférante ne reçoivent pas de parts sociales ou de droits de sociétariat du sujet reprenant. Le transfert de patrimoine se

limite à une pure cession légale d'éléments patrimoniaux. Comme c'est le cas pour la scission, l'inscription au registre du commerce a pour effet que tous les documents érigés pour le transfert de patrimoine deviennent connus du public.

Il est ici aussi controversé si le transfert des relations contractuelles est conditionné par l'accord du co-contractant. En attendant que la problématique soit clarifiée il est recommandé, également dans le cadre d'un transfert de patrimoine, de recueillir l'accord du co-contractant.

2. Transfert individuel vs. scission / transfert de patrimoine

Même après l'entrée en vigueur de la Loi sur la fusion, le transfert à titre individuel de chaque actif et passif demeure possible. Le transfert « en bloc » des dettes n'est lui par contre plus possible de par l'art. 181 al. 4 CO. Céder des éléments patrimoniaux par transfert individuel, de par l'obligation de respecter pour chaque élément patrimonial concerné les règles régissant son transfert, peut s'avérer coûteux et lourd. Il présente néanmoins, en comparaison de la scission et du transfert de patrimoine, l'avantage de ne requérir aucune publication et partant, aucune divulgation d'informations éventuellement confidentielles ou internes. De surcroît, en cas de transfert entre sociétés d'un groupe, renoncer aux moyens offerts par la Loi sur la fusion et opter pour le transfert

individuel d'actifs et passifs conduira à un transfert en règle générale plus rapide et moins coûteux.

3. Scission vs. transfert de patrimoine

Afin d'éviter que les règles plus contraignantes de la scission soient contournées via le recours au transfert de patrimoine, le législateur a prévu à l'art. 69 LFus que le droit de la scission, avec ses normes protectrices précises, s'applique dès qu'un transfert d'éléments patrimoniaux implique la cession de parts sociales ou de droits de sociétariat de la société reprenante à celle transférante. Dans la mesure où aucune part sociale ou aucun droit de sociétariat n'est distribué, les dispositions sur le transfert de patrimoine sont alors applicables. Si une participation déjà détenue voit sa valeur intrinsèque augmenter par suite d'un transfert de patrimoine (par exemple au sein d'un groupe de sociétés), cela ne suffira à conduire à l'application des dispositions de la scission. Cela a pour conséquence que le transfert de patrimoine sera de loin plus souvent sollicité que la scission, particulièrement dans le cadre de restructuration au sein d'un groupe.

Information

Le « Legal Alert » a pour but de donner un aperçu de développements juridiques récents. Son contenu n'exprime pas un avis juridique.

Auteur:

Urs Wolf, lic. oec., avocat
Senior Manager
(urs.wolf@ch.eylaw.com)

Votre interlocuteur pour des questions juridiques :

Bâle

Ernst & Young AG
Thomas Bauer
Aeschengraben 9
Postfach
4002 Bâle
Tél. +41 58 286 86 11
thomas.bauer@ch.eylaw.com

Berne

Ernst & Young AG
Daniel Bachmann
Belpstrasse 23
Postfach
3001 Berne
Tél. +41 58 286 66 11
daniel.bachmann@ch.eylaw.com

Genève

Ernst & Young SA
Olivier Dunant
59, route de Chancy
Case postale
1213 Petit-Lancy
Tél. +41 58 286 56 11
olivier.dunant@ch.eylaw.com

Zurich

Ernst & Young AG
Stefan Seiler
Bleicherweg 21
Postfach
8022 Zurich
Tél. +41 58 286 36 11
stefan.seiler@ch.eylaw.com