

CHAMBRE DES RECOURS CIVILE

Arrêt du 12 avril 2016

Composition : M. WINZAP, président
MM. Sauterel et Pellet et Mmes Courbat et Giroud Walther,
juges
Greffier : M. Hersch

Art. 6 al. 1 et 2 LFus ; 130 al. 2 ORC

Statuant à huis clos sur le recours interjeté par **M. _____ SA**, à Nyon, requérante, contre la décision rendue le 13 janvier 2016 par le Préposé de l'Office cantonal du registre du commerce, la Chambre des recours civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par décision du 13 janvier 2016, le Préposé de l'Office cantonal du registre du commerce (ci-après : le Préposé) a suspendu l'inscription au registre du commerce de la fusion requise par M. _____ SA le 22 décembre 2015.

A l'appui de sa décision, le Préposé, statuant sur une réquisition de M. _____ SA visant à l'inscription au registre du commerce de sa fusion avec les sociétés P. _____ SA et W. _____ SA, a relevé que les sociétés reprises se trouvaient en situation de perte de capital. A cet égard, il a considéré que l'attestation produite par M. _____ SA ne remplissait pas les exigences des art. 6 al. 1 et 2 LFus, puisqu'elle ne mentionnait ni le fait que la société reprenante disposait de fonds propres librement disponibles équivalant au montant du découvert, ni une acceptation par des créanciers des sociétés concernées de la postposition de leurs créances. Le Préposé a également considéré que la réquisition de radiation de W. _____ SA, avec siège à Fribourg, devait lui être remise.

B. Par acte du 27 janvier 2016, M. _____ SA a interjeté recours contre la décision précitée, en concluant, avec suite de frais et dépens, à son annulation et à ce qu'ordre soit donné à l'Office cantonal du registre de commerce de procéder à l'inscription de la fusion entre M. _____ SA, P. _____ SA et W. _____ SA selon réquisition du 11 (recte : 22) décembre 2015, subsidiairement à son annulation et au renvoi de la cause au Préposé pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Dans sa réponse du 25 février 2016, le Préposé a déclaré se référer aux motifs de sa décision du 13 janvier 2016.

C. La Chambre des recours civile fait sien dans son entier l'état de fait de la décision, complété par les pièces du dossier, dont il ressort notamment ce qui suit :

1. Le 20 octobre 2015, M._____ SA, avec siège à Nyon, a requis du Préposé l'examen préalable de sa fusion simplifiée avec P._____ SA et W._____ SA, avec siège à Nyon, respectivement à Fribourg. Elle a joint à sa réquisition les documents suivants : les extraits du registre du commerce des sociétés M._____ SA, P._____ SA et W._____ SA ; un projet de réquisition de modification du registre du commerce relatif à la fusion de M._____ SA avec P._____ SA et W._____ SA, par reprise par la première de l'actif et du passif des dernières, sans augmentation du capital, la totalité du capital des sociétés concernées étant détenues par le même actionnaire ; deux projets de contrat de fusion, entre M._____ SA et P._____ SA d'une part et entre M._____ SA et W._____ SA d'autre part ; les bilans révisés de P._____ SA et de W._____ SA au 30 juin 2015 ; un projet d'attestation d'un expert-réviseur agréé au sens de l'art. 6 al. 2 LFus, mentionnant que « *selon notre appréciation, les exigences figurant à l'art. 6 al. 1 LFus sont réalisées car la perte de capital des sociétés transférantes sera totalement couverte dans le cadre de la fusion et le bilan après fusion de la société reprenante ne présentera aucune perte de capital* » ; un tableau excel daté du 25 avril 2015 exposant les bilans des trois sociétés impliquées au 30 juin 2015 ainsi que le bilan prévisible de la nouvelle entité après fusion.

Le capital-actions de P._____ SA s'élève à 1'000'000 francs. Son bilan au 30 juin 2015 mentionne des actifs de 355'014 fr. et des passifs envers les tiers de 81'120 fr., laissant apparaître des actifs nets de 273'894 francs. Le compte de pertes et profits pour la période comprise entre le 1^{er} janvier 2015 et le 30 juin 2015 mentionne un gain de 897'956 fr. (« *Retained earnings* », ce qui correspond à du bénéfice non distribué).

Le capital-actions de W._____ SA s'élève à 4'200'000 francs. Son bilan au 30 juin 2015 mentionne des actifs de 313'074 fr. et des passifs envers les tiers de 135'171 fr., laissant apparaître des actifs nets

de 177'903 francs. Le compte de pertes et profits pour la période comprise entre le 1^{er} janvier 2015 et le 30 juin 2015 mentionne une perte de 4'046'497 fr. (« *Accumulated deficit* », ce qui correspond à une perte, ou « *Loss* »).

Le projet de bilan après fusion, ébauché sur un tableau excel, indique que le capital-actions de la nouvelle entité s'élèvera 400'000 francs. Il mentionne des actifs à hauteur de 644'539 fr. et des passifs envers les tiers de 143'352 fr., laissant apparaître des actifs nets de 501'186 francs.

2. Par courriel du 22 octobre 2015, le Préposé a indiqué à M._____ SA que le projet d'attestation remis ne remplissait pas les exigences des art. 6 al. 1 et 2 LFus, de sorte qu'en l'état, la fusion ne pourrait pas être inscrite.

Le 2 novembre 2015, M._____ SA a requis du Préposé la reconsidération de sa position.

Le 9 novembre 2015, le Préposé a confirmé que l'attestation de l'expert-réviseur agréé soumise en projet, qui ne stipulait pas que la société reprenante disposait de fonds propres librement disponibles équivalant au montant du découvert des deux sociétés transférantes, ne serait pas acceptée, et que si M._____ SA devait requérir l'inscription de la fusion en l'état, une décision formelle et motivée de rejet, susceptible de recours, serait rendue.

3. Le 22 décembre 2015, M._____ SA a déposé une réquisition de modification, accompagnée des mêmes annexes que celles soumises dans la requête d'examen préalable du 20 octobre 2015, à l'exception du tableau excel détaillant les bilans des sociétés impliquées et de la nouvelle entité post-fusion, qui n'a pas été déposé. La réquisition de modification ainsi que les contrats de fusion étaient signés du 11 décembre 2015. L'attestation au sens de l'art. 6 al. 2 LFus, datée du 15 décembre 2015,

émanait d'O._____ SA et était notamment signée par [...], expert-réviseur agréé.

Le 22 décembre 2015, P._____ SA a requis du Préposé sa radiation du Registre du commerce par suite de fusion. W._____ SA en a fait de même à la même date, par réquisition adressée au Service du registre du commerce du canton de Fribourg.

En droit :

1. Selon l'art. 165 ORC (ordonnance sur le registre du commerce du 17 octobre 2007 ; RS 221.411), les décisions des offices cantonaux du registre du commerce peuvent faire l'objet d'un recours (al. 1), qui doit être déposé dans les trente jours qui suivent la notification de la décision (al. 4) auprès de la Chambre des recours civile du Tribunal cantonal (art. 67 et 73 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01] ; art. 18 al. 3 let. a ROTC [règlement organique du Tribunal cantonal du 13 novembre 2007 ; RSV 173.31.1]).

En l'espèce, adressé en temps utile à l'autorité compétente par une personne qui a un intérêt à recourir, le présent recours est recevable. La Chambre de céans siège à cinq membres lorsque la cause litigieuse porte sur une question importante ou de principe (art. 12 al. 3 ROTC).

2. Selon l'art. 1 lit. b CPC, le Code de procédure civile s'applique aux décisions judiciaires de la juridiction gracieuse. La décision entreprise, rendue par le préposé au registre du commerce, relève certes de la juridiction gracieuse, mais n'est pas une décision judiciaire. Ainsi, considérant la nature publique des intérêts que doit protéger le préposé, la Chambre des recours civile applique la LPA-VD (loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36 ; CREC 19 mars 2014/109

consid. 2 ; CREC 18 juin 2013/213 consid. 2 ; CREC 24 septembre 2012/330 consid. 2).

Selon l'art. 98 LPA-VD, le recourant peut invoquer la violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), et la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). Il ne peut prendre de conclusions qui sortent du cadre fixé par la décision attaquée, mais peut en revanche présenter des allégués et des moyens de preuve qui n'ont pas été invoqués jusque-là (art. 79 al. 2 LPA-VD, applicable par le renvoi de l'art. 99 LPA-VD).

En l'espèce, l'ensemble des pièces produites à l'appui du recours l'âdjà été devant le Préposé, à l'exception de la réquisition de modification de W._____ SA du 11 décembre 2015 (pièce 11). Cette dernière pièce, adressée au Service du registre du commerce du canton de Fribourg, est recevable au regard de l'art. 79 al. 2 LPA-VD précité.

3.

3.1 La recourante reproche au Préposé d'avoir refusé d'inscrire au registre du commerce sa fusion avec P._____ SA et W._____ SA. Selon elle, le Préposé, en retenant que les conditions des art. 6 al. 1 et 2 LFus n'étaient pas remplies dans le cas d'espèce, aurait méconnu le sens de ces dispositions.

3.2 Selon l'art. 6 LFus (loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine ; RS 221.301), une société dont la moitié de la somme du capital-actions ou du capital social et des réserves légales n'est plus couverte, ou qui est surendettée, ne peut fusionner avec une autre société que si cette dernière dispose de fonds propres librement disponibles équivalant au montant du découvert et, le cas échéant, du surendettement. Cette exigence ne s'applique pas dans la mesure où des créanciers des sociétés participant à la fusion acceptent que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances (al. 1). L'organe supérieur de direction ou d'administration doit

présenter à l'office du registre du commerce une attestation d'un expert-réviseur agréé selon laquelle la condition fixée à l'al. 1 est remplie (al. 2).

L'art. 131 al. 1 ORC (ordonnance sur le registre du commerce du 17 octobre 2007 ; RS 221.411) comporte une liste des pièces justificatives qui doivent être jointes à la réquisition d'inscription par les entités juridiques participant à la fusion. L'art. 131 al. 1 let. g ORC prévoit en particulier qu'en cas de fusion d'entités juridiques ayant subi une perte en capital ou surendettées, l'attestation prévue à l'art. 6 al. 2 LFus doit être produite.

Pour déterminer si une entité juridique se trouve en situation de perte en capital, les offices du registre du commerce suivent l'avis de Böckli (Schweizer Aktienrecht, 4^e éd., 2009, nn. 723 ss p.1828), selon lequel sur la base du dernier bilan annuel, on additionnera le capital-actions nominal, le capital-participations nominal et les réserves légales (constituées de l'addition de la réserve générale, de la réserve pour actions propres et de la réserve pour réévaluation). Cette somme sera ensuite divisée par deux. Le montant qui en découle sera comparé à l'excédent d'actifs (actifs-fonds étrangers) et si l'excédent d'actifs est plus petit que la moitié du capital-actions et des réserves légales, on se trouve en présence d'une perte de capital au sens de l'art. 6 al. 1 LFus, rendant nécessaire une attestation au sens de l'art. 6 al. 2 LFus (Gwelessiani/Schindler, Commentaire pratique de l'Ordonnance sur le registre du commerce, 2014, n. 465 ad art. 131 ORC).

3.3 Le sens à donner à l'exigence des fonds propres librement disponibles mentionnée à l'art. 6 al. 1 LFus est sujet à controverse.

L'art. 6 LFus a été adopté tel quel par le législateur (cf. Projet, FF 2000 p. 4187, dont la teneur est identique à la loi adoptée par les Chambres, étant précisé qu'une deuxième phrase a été rajoutée à l'alinéa 1 de l'art. 6 LFus sur proposition de la Commission juridique du Conseil des Etats, autorisant aussi la fusion d'assainissement par postpositions de créances, cas non réalisé en l'espèce). Le Message du Conseil fédéral

indique que le montant total des pertes en capital et du surendettement des sociétés qui fusionnent doit être couvert par le montant total des fonds propres librement disponibles des autres sociétés parties au contrat (FF 2000 p. 4053).

Une partie de la doctrine s'en tient à la lettre de la loi et à l'interprétation proposée par le Message. Selon cette doctrine, seule est déterminante au regard de l'art. 6 al. 1 LFus la situation *ante fusion* des sociétés impliquées ; c'est à ce moment qu'il faut examiner si la perte en capital de la société reprise est compensée par les fonds propres librement disponibles de la société reprenante. A cet égard, le bilan d'ouverture de la société issue de la fusion ne joue aucun rôle et n'a pas à être examiné (Albrecht, in Vischer (éd.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2^e éd., 2012, n. 15 ad art. 6 LFus ; Erni, in Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker (éds.), Basler Kommentar Fusionsgesetz, 2^e éd., 2015, n. 16 ad art. 6 LFus ; Glauser, La fusion d'assainissement, L'expert-comptable suisse 2004 p. 1003 ; von Salis, Fusionsgesetz, 2004, p. 24).

Un autre courant doctrinal met en avant l'absence de corrélation entre la situation des sociétés antérieurement à la fusion et celle qui prévaudra ensuite de cette opération. Les auteurs en question soulignent qu'un examen *ante fusion* de la compensation de la perte en capital n'est pas à même de garantir que la nouvelle société sera en définitive saine. Ils expliquent que si les postes « actifs » et « dettes » de la société reprise sont en principe repris tels quels dans le bilan de la société reprenante, il n'en va pas de même des postes « capital », « réserves », « bénéfices » et « pertes », qui n'ont de sens que par rapport à la société reprise elle-même. Le résultat du bilan d'ouverture dépendra des postes « réserves », « bénéfices » ou « pertes » de la société reprenante avant la fusion ainsi que du montant de l'augmentation du capital de la société reprenante, lequel est fonction du rapport d'échange requis pour maintenir les droit des associés (Trigo Trindade, in Peter/Trigo Trindade (éds.), Commentaire LFus, 2005, n. 26 ad art. 6 LFus). Ces auteurs préconisent donc de faire abstraction de la lettre de l'art. 6 al 1

LFus au profit d'une interprétation téléologique de cette disposition, mieux à même de protéger les intérêts des créanciers. Selon eux, il convient d'examiner si les sociétés reprises contiennent suffisamment de fonds propres librement disponibles pour former une société reprenante dont le bilan d'ouverture, *post fusion*, ne présentera pas de perte de capital. Le document déterminant à cet égard est le bilan d'ouverture de la société issue de la fusion (Amstutz/Mabillard, Fusionsgesetz Kommentar, 2008, nn. 18-20 ad art. 6 LFus ; Böckli, op. cit., n. 205 p. 409 ; Schenker, Die Fusion, PJA 2004 pp. 773 s. ; Trigo Trindade, op. cité, nn. 25 ss ad art. 6 LFus).

3.4 En l'espèce, il n'est pas contesté que les deux sociétés destinées à être reprises par la recourante sont en situation de perte de capital au sens de l'art. 725 al. 1 CO. L'attestation au sens de l'art. 6 al. 2 LFus produite par la recourante, signée d'un expert-réviseur agréé, est rédigée dans les termes suivants : « *selon notre appréciation, les exigences figurant à l'art. 6 al. 1 LFus sont réalisées car la perte de capital des sociétés transférantes sera totalement couverte dans le cadre de la fusion et le bilan après fusion de la société reprenante ne présentera aucune perte de capital* ». Cette attestation ne fait toutefois pas mention des fonds propres librement disponibles de la société reprenante - à savoir la recourante - antérieurement à la fusion, et les comptes révisés de cette dernière, au contraire de ceux des sociétés reprises, n'ont pas été produits. En l'état, il n'est donc pas possible de déterminer si la recourante dispose de suffisamment de fonds propres pour couvrir les pertes en capital des deux sociétés reprises.

Dans ces conditions, les exigences posées par le texte légal et la doctrine dite « littéraliste », fondées sur la situation des sociétés impliquées antérieurement à la fusion, ne sont pas remplies. La Chambre de céans ne voit pas de raisons, dans le cas d'espèce, de remettre en cause la pratique du Préposé, ni de s'écarter du texte clair de la loi pour « en faire abstraction », selon les termes de la doctrine opposée (Trigo Trindade, op. cit., n. 25 ad art. 6 LFus), la disposition en question ayant au demeurant été adoptée sans discussion par le législateur.

Quoi qu'il en soit, dans le cas concret, la question de l'éventuelle application de la doctrine dite « téléologique », fondée sur la situation de la nouvelle entité postérieurement à la fusion, peut rester ouverte, puisque l'attestation produite, qui consiste en un texte prérédigé par la recourante, dont l'expert-réviseur agréé s'est limité à remplir les espaces vides et à ajouter son en-tête, ne suffit pas à établir que la nouvelle entité présentera un bilan d'ouverture dénué de perte de capital. La recourante n'a produit ni les comptes révisés de la société reprenante, ni le bilan d'ouverture prévisible de la nouvelle entité. Se fonder uniquement sur une attestation rédigée en des termes très généraux, établie par une entité par ailleurs organe de révision des sociétés surendettées, sans aucun autre justificatif, reviendrait à priver le Préposé de toute possibilité de contrôle des conditions de l'art. 6 al. 1 LFus.

Dès lors, le refus du Préposé d'inscrire la fusion requise ne prête pas le flanc à la critique ; le grief de la recourante se révèle mal fondé.

4.

4.1 Dans un second grief, la recourante estime que c'est à tort que le Préposé a exigé d'elle la transmission de la réquisition de radiation de la société reprise W. _____ SA, dont le siège est à Fribourg.

4.2 Aux termes de l'art. 130 al. 2 ORC, si les entités juridiques participant à la fusion ne relèvent pas du même arrondissement de registre, l'office du registre du commerce de l'entité juridique reprenante est compétent pour examiner la fusion et l'ensemble des pièces justificatives. Il informe les offices du registre du commerce du siège des entités juridiques transférantes qu'il va procéder à l'inscription et leur transmet les réquisitions les concernant. La radiation des entités juridiques transférantes est inscrite sans nouvel examen.

Cette disposition règle la compétence des offices du registre du commerce impliqués dans le processus de fusion. Etant donné que la

société transférante disparaît dans le cadre d'une succession universelle, il paraît adéquat que ce soit l'office du registre du commerce au siège de l'entité juridique reprenante qui procède à l'examen matériel de la fusion (Gwelessiani/Schindler, op. cit., n. 454 ad art. 130 ORC). Si une réquisition est déposée auprès d'un office non compétent, par exemple auprès du registre du commerce au siège de la société reprise, il incombe à cet office de transmettre la réquisition à l'office compétent pour l'examen matériel (Champeaux, in Siffert/Turin, Handelsregisterverordnung Kommentar, 2013, n. 6 ad art. 130 ORC) Au terme de son examen, l'office du registre du commerce au siège de la société reprenante informe l'office du registre du commerce au siège de la société reprise du résultat de l'examen matériel de la fusion. En cas de résultat positif, l'office du registre du commerce au siège de la société reprise radie alors d'office la société reprise, sans examen des documents de fusion, conformément à l'art. 21 al. 3 LFus (Champeaux, op. cit., nn. 7-8 ad art. 130 ORC ; Gwelessiani/Schindler, op. cit., n. 454 ad art. 130 ORC).

4.3 En l'espèce, la société reprenante a son siège à Nyon, de sorte que c'est l'Office du registre du commerce du canton de Vaud qui est compétent pour procéder à l'examen matériel de la fusion. L'office du registre du commerce du siège de la société reprise W._____ SA, soit celui du canton de Fribourg, n'est compétent que pour procéder à l'inscription de la radiation, sans examen de la fusion, conformément aux informations que lui transmettra son homologue vaudois à l'issue de son examen. Par ailleurs, au cas où, comme en l'espèce, une réquisition a été transmise à un office non compétent, il incombe à ce dernier de la transmettre à l'office compétent pour l'examen matériel. Par conséquent, il appartenait à l'Office du registre du commerce du canton de Vaud d'interpeller son homologue fribourgeois pour que la réquisition de radiation de la société W._____ SA lui soit transmise, et non d'exiger de la recourante qu'elle lui fournisse ce document. Par surabondance, il faut relever que la réquisition de radiation ne figure pas parmi la liste des pièces justificatives de l'art. 131 al. 1 ORC. Il convient donc d'admettre le recours sur ce point.

5. Il découle des considérants qui précèdent que le recours doit être partiellement admis en ce sens que la recourante ne doit pas remettre à l'office cantonal du registre du commerce la réquisition de radiation de la société reprise W. _____ SA.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 500 fr. (art. 14 OEMRC [ordonnance fédérale du 3 décembre 1954 sur les émoluments en matière de registre du commerce ; RS 221.411.1]), doivent être mis par 400 fr. à la charge de la recourante, qui n'obtient gain de cause que sur un point accessoire, et laissés pour le solde, soit par 100 fr., à la charge de l'Etat (art. 49 al. 1 LPA-VD).

Par ces motifs,
la Chambre des recours civile du Tribunal cantonal,
prononce :

- I.** Le recours est partiellement admis.
- II.** La décision du 13 janvier 2016 est réformée en ce sens que le chiffre 2 est supprimé.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 500 fr. (cinq cents francs), sont mis à la charge de la recourante M. _____ SA à concurrence de 400 fr. (quatre cents francs), le solde par 100 fr. (cent francs) étant laissé à la charge de l'Etat.
- IV.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Olivier Nicod (pour M. _____ SA),
- Monsieur le Préposé de l'Office cantonal du registre du commerce.

La Chambre des recours civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).