

Hochschulstrasse 17
3001 Berne
Téléphone +41 31 635 48 12
Fax +41 31 634 50 55
coursupreme-civil.berne@justice.be.ch

Décision

HG 23 94
HG 23 160 (appel en cause)

Berne, le 7 avril 2025

(Expédition le 24 avril 2025)

Composition

Juge d'appel Niklaus (Président e.r.), Juges de commerce
Siegenthaler et Guenat
Greffière Horisberger

Participants à la procédure

A. _____
représentée par M^e B. _____
demanderesse

et

C. _____
défenderesse substituée

D. _____
représentée par M^e E. _____
défenderesse reprenante / appelante en cause

F. _____
représentée par M^e G. _____
appelée en cause

Objet

droit des contrats / substitution de partie

demande du 15 août 2023

requête d'appel en cause du 22 décembre 2023



Chapeau :

Art. 83 al. 4, 2^e phrase CPC ; art. 69 ss LFus ; Substitution de partie *ex lege* dans le cas d'un transfert de patrimoine.

Examen de la licéité d'un transfert de patrimoine. Le transfert de patrimoine selon les art. 69 ss LFus peut inclure des rapports juridiques et cette inclusion ne nécessite pas l'accord des cocontractants concernés. Une clause d'incessibilité du contrat ne peut en principe (sauf cas très particulier) pas faire obstacle à un transfert de patrimoine (consid. VII et VIII).

Considérants:

I. En procédure

1. Le 15 août 2023, A._____ (ci-après : la demanderesse) a déposé une demande désignée comme demande en paiement contre C._____ et H._____. La demande concerne des défauts de I._____, pour lequel C._____ a fonctionné comme entrepreneur total.
2. Le 2 novembre 2023, la demanderesse s'est désistée de son action contre H._____. L'ordonnance de liquidation partielle liquidant et rayant du rôle la partie de la procédure concernant H._____ a été rendue le 10 janvier 2024.
3. Le 9 novembre 2023, D._____, par son mandataire, a indiqué avoir repris tous les actifs et passifs de la société défenderesse C._____ en lien notamment avec le projet J._____, à la faveur d'un transfert de patrimoine fondé sur les articles 69 et suivants de la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (LFus ; RS 221.301). A titre de moyen de preuve, elle a déposé les pièces justificatives (ci-après : PJ) 102 à 104. Elle a fait valoir que ce transfert de patrimoine avec actifs et passifs était un cas de succession universelle partielle, qui prenait effet dès l'inscription du reprenant au registre du commerce (en se référant à l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_601/2019 du 25 novembre 2020 consid. 3.1) et entraînait une substitution de partie *ex lege*, au sens de l'art. 83 al. 4, 2^e phrase du Code de procédure civile (CPC ; RS 272).
4. Dans son mémoire de réponse du 22 décembre 2023, D._____ a conclu au rejet des conclusions prises par A._____ dans sa demande du 15 août 2023 et a appelé en cause F._____.
5. Dans son ordonnance du 10 janvier 2024, le Juge instructeur a pris et donné acte du mémoire de réponse déposé par D._____, ainsi que de la requête d'appel en cause, d'un bordereau de pièces, d'un bordereau de pièces requises et d'un bordereau des témoins requis. Il en a transmis une copie à A._____ et à F._____. Il a également notamment constaté que D._____ s'était substituée

à C._____ pour le dépôt du mémoire de réponse et devenait partie reprenante au sens de l'art. 83 CPC. Il a encore constaté que C._____ n'avait pas déposé de mémoire de réponse, qu'elle n'était pas représentée par le mandataire de D._____ et qu'elle se retirait implicitement du procès. Il a en outre imparti un délai de 30 jours à A._____ pour se prononcer, si elle le souhaitait, sur la substitution de partie effectuée.

6. Le 17 janvier 2024, A._____ s'est prononcée sur la question de la qualité de partie de la défenderesse, contestant la substitution de partie de C._____ par D._____.
7. Par ordonnance du 1^{er} février 2024, la procédure concernant l'examen de l'admissibilité de la requête d'appel en cause formée par D._____ a été suspendue jusqu'à ce qu'il soit statué sur la question de l'admissibilité de la substitution de partie de C._____ par D._____.
8. Le 22 avril 2024, D._____ s'est déterminée sur les objections formulées par A._____ sur la substitution de C._____ par D._____ le 17 janvier 2024.
9. Le 22 mai 2024, A._____ a déposé ses déterminations finales sur la substitution de partie invoquée par D._____.
10. Par ordonnance du 6 juin 2024, le Président e.r. a informé les parties que M. Siegenthaler et M. Guenat avaient été désignés en tant que Juges de commerce dans la présente affaire et leur a imparti un délai de 20 jours pour faire valoir d'éventuels motifs de récusation. Les parties ont également été informées qu'il était envisagé de rendre la décision incidente sur la qualité de partie de C._____, respectivement de D._____, par voie de circulation, sans débats oraux, à moins qu'elles ne s'y opposent.
11. Le 11 juin 2024, D._____ a informé le Tribunal de céans qu'un sursis concordataire provisoire au sens de l'art. 293c de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillites (LP ; RS 281.1) avait été accordé à la société C._____ et a sollicité la suspension de la procédure jusqu'à droit connu dans la procédure de sursis concordataire.
12. Dans son ordonnance du 13 juin 2024, le Président e.r. a informé les parties que le Tribunal de céans entendait poursuivre la procédure jusqu'à ce qu'il soit statué sur la question de la qualité de partie de C._____ respectivement de D._____. Il a précisé que la suspension de la procédure serait constatée seulement si la substitution de partie n'était pas admise.
13. Le 17 juin 2024, D._____ a déposé ses déterminations sur l'écriture de A._____ du 22 mai 2024.
14. Le 3 juillet 2024, A._____ a déposé une réplique spontanée sur les déterminations de D._____ du 17 juin 2024 accompagnée d'une liste des opérations relatives à la question de la substitution de partie.

15. Le 12 juillet 2024, D. _____ a déposé une liste des opérations en vue de la fixation des dépens sur la question de la substitution de partie.
16. Aucune des parties n'a fait valoir de motifs de récusation à l'encontre des Juges de commerce, M. Sigenthaler et M. Guenat.

II. En fait

17. Le 27 juin 2012, A. _____ et C. _____ ont conclu un contrat d'entreprise totale portant sur J. _____ (ci-après : le Contrat ET) Le prix total de l'ouvrage était fixé à CHF 63'440'000.00 hors TVA, soit CHF 68'515'200.00 TVA à 8 % incluse. Conformément à l'art. 2.2 du Contrat ET, les conditions générales des contrats d'entreprise totale de la Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics (ci-après : KBOB ; édition 2010) étaient incorporées en tant qu'élément du contrat. Conformément à l'art. 2.3 du Contrat ET, la norme SIA 118 (1977/1991) était incorporée en tant qu'élément du contrat. Le contrat ET portait notamment sur la réalisation du bâtiment dit Q. _____. Le bâtiment Q. _____ a été réceptionné le 21 avril 2015. Le 27 juillet 2019, une panne est survenue au sein de l'installation de production de froid industriel de ce bâtiment. Le 10 décembre 2019, A. _____, C. _____ ainsi que deux autres entreprises sous-traitantes de cette dernière, ont conclu une convention d'expertise-arbitrage. L'expert-arbitre a rendu son rapport complet le 9 novembre 2021. Le 17 novembre 2021, A. _____ a adressé un avis des défauts à C. _____. A. _____ chiffre son dommage total à CHF 3'970'548.54 qui se répartit par CHF 1'134'000.00 s'agissant des frais de remplacement de l'installation de production de froid industriel, par CHF 2'815'712.57 s'agissant du dommage consécutif au défaut et par CHF 20'835.97 s'agissant des frais de l'expertise-arbitrage avancés par R. _____
18. Par contrat du 28 septembre 2022, C. _____ a transféré une partie de son patrimoine à D. _____ au sens des art. 69 ss LFus.
19. Le 5 octobre 2022, l'avis suivant a été publié dans la Feuille officielle suisse du commerce (ci-après : la FOSC) :
- « C. _____, in N. _____, CHE-_____, Aktiengesellschaft (SHAB Nr. _____). Vermögensübertragung : Die Gesellschaft überträgt gemäss Vertrag vom _____ Aktiven von CHF _____ und Passiven (Fremdkapital) von _____ auf die D. _____, in O. _____. Gegenleistung : keine ».
20. Il est rappelé que le 15 août 2023, A. _____ a déposé la demande en paiement contre C. _____ et H. _____ qui fait l'objet de la présente procédure. Elle a retiré son action contre H. _____ le 2 novembre 2023.
21. Il est également rappelé que par courrier du 9 novembre 2023, D. _____ a indiqué avoir repris tous les actifs et passifs de la société défenderesse C. _____ en lien notamment avec le projet J. _____ (ci-après également : K. _____), à la faveur

d'un transfert de patrimoine fondé sur les articles 69 ss LFus. D. _____ a fait valoir que ce transfert de patrimoine avec actifs et passifs était un cas de succession universelle partielle, qui prenait effet dès l'inscription du reprenant au registre du commerce et que cela entraînait une substitution de partie *ex lege*, au sens de l'art. 83 al. 4, 2^e phrase du CPC.

22. A. _____ conteste la substitution de partie et la procédure a été limitée à cette question. Il convient dès lors d'examiner la qualité de partie de C. _____, respectivement D. _____, dans la présente décision.

III. Questions procédurales préalables

23. Compétence

- 23.1 Selon le contrat d'entreprise signé par les parties, celles-ci ont décidé de soumettre le contrat exclusivement au droit suisse. Les parties ont également convenu de soumettre leur litige au siège du maître de l'ouvrage, à savoir Berne (art. 17 CPC).
- 23.2 La compétence matérielle du Tribunal de céans (litige commercial) est en l'espèce également donnée (art. 6 al. 1 CPC et art. 7 al. 1 de la loi portant introduction du code de procédure civile, du code de procédure pénale et de la loi sur la procédure pénale applicable aux mineurs [LiCPM ; RSB 271.1]). Les conditions de l'art. 6 al. 2 et 3 CPC sont remplies.
- 23.3 Le Tribunal de céans est ainsi compétent pour connaître du présent litige et statue dans sa composition habituelle à trois juges, dont deux juges spécialisés (art. 45 de la loi sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public [LOJM ; RSB 161.1]).

24. Décision incidente, respectivement finale

- 24.1 La présente décision ne concerne que la question de la qualité de partie de C. _____, respectivement de D. _____. Etant donné qu'elle est susceptible de mettre fin immédiatement à la procédure pour l'une des deux parties qui viennent d'être mentionnées, elle revêt la qualité d'une décision incidente, respectivement finale pour la partie qui sera considérée hors de cause (art. 237 CPC ; DENIS TAPPY, in Commentaire romand, Code de procédure civile, 2^e éd. 2019, n° 3 ad art. 237 CPC).
- 24.2 Aucune des parties n'ayant requis la tenue de débats oraux, il est statué par voie de circulation sur la question de la qualité de partie de C. _____ respectivement de D. _____.

IV. Position des parties et questions à examiner

25. Position de A._____

25.1 En résumé, A._____ allègue n'avoir jamais été informée du transfert de patrimoine avant l'envoi, par le mandataire de D._____, du courrier du 9 novembre 2023, en violation du contrat d'entreprise totale du 27 juin 2012, de sorte que C._____ ne pourrait en toute hypothèse pas invoquer le transfert de patrimoine pour contester sa qualité de partie défenderesse. A._____ émet des doutes quant à savoir si les rapports juridiques la liant à C._____ ont été intégralement transférés à D._____, prétendant notamment que le contrat de transfert de patrimoine ne serait pas suffisamment clair, en particulier en ce qui concerne les passifs transférés. Elle fait valoir que le contrat de transfert de patrimoine produit par D._____ se limite à mentionner en annexe 5a, le contrat « K._____ », mais ne liste aucunement les actifs et passifs y relatifs. Selon A._____, la stricte application de l'art. 1.4 du contrat de transfert de patrimoine conduirait à ce que C._____ demeure la débitrice de A._____, puisque les prétentions déduites en procédure sont nées avant le 31 août 2022. A._____ remet ensuite en doute la validité du transfert de patrimoine. Selon elle, le transfert de patrimoine prévu par les art. 69 ss LFus ne peut avoir pour conséquence de contourner le caractère incessible d'un rapport juridique, sans quoi il serait toujours possible pour une partie de transférer unilatéralement un rapport juridique pourtant voulu comme incessible dans l'intention commune des parties au moment de la conclusion du contrat. Cela vaut selon elle d'autant plus qu'en l'occurrence, les contrats octroyés par A._____ se fondent sur la procédure des marchés publics, dans laquelle des critères spécifiques sont requis des entreprises concernées. A._____ fait valoir qu'il conviendra de constater que, faute d'accord de sa part, le contrat d'entreprise totale du 27 juin 2012 ne pouvait être valablement transféré à D._____. Dans ce cas, C._____ demeurerait la partie défenderesse et D._____ ne pourrait intervenir qu'à titre accessoire (art. 74 CPC). A._____ argumente finalement que l'art. 75 al. 1 LFus institue une responsabilité solidaire de la société cédante et que, dans la mesure où les créances qu'elle fait valoir dans la procédure sont toutes nées avant le 5 octobre 2022, la responsabilité solidaire trouverait à s'appliquer. Elle précise que cela s'appliquerait même s'il fallait constater que le contrat de transfert de patrimoine a impliqué le transfert du contrat d'entreprise totale du 27 juin 2012 et des dettes en résultant.

26. Position de D._____

26.1 D'un point de vue procédural, D._____ fait valoir qu'elle a informé le Tribunal de commerce du transfert de patrimoine par écriture du 9 novembre 2023 et avait requis la substitution de partie. Elle ajoute que la demanderesse ne s'est nullement opposée à cette substitution. Le Tribunal de commerce a ensuite constaté la substitution de partie par une ordonnance incidente du 10 janvier 2024, conformément à l'art. 83 al. 4 CPC (ch. 4 de l'ordonnance) et que si la demanderesse souhaitait contester cette substitution et la qualité de partie de D._____, elle

aurait dû attaquer le chiffre 4 de l'ordonnance du 10 janvier 2024 par un recours immédiat.

- 26.2 Pour le surplus, D._____ fait valoir que le contrat d'entreprise relatif à K._____ lui a été intégralement transféré, ce qui inclut l'ensemble des créances et obligations relevant de la garantie pour les défauts. Elle précise qu'il ressort notamment de la clause 1.1 du contrat de transfert que les rapports contractuels des projets terminés pour lesquels la garantie de l'ouvrage courait encore sont transférés à D._____ sans restriction et que ces rapports sont spécialement listés à l'annexe 6a du contrat qui fait notamment état du contrat d'entreprise relatif au projet K._____, de sorte que les obligations transférées ne font aucun doute. D._____ relève que le ch. 1.1 (qui prévoit notamment que l'objet du transfert se compose en particulier des contrats pour les projets achevés pendant la période de garantie, conformément à l'annexe 6a [contrats de travail avec les clients]) et l'annexe 6a du contrat de transfert constituent des clauses contraires au ch. 1.4 du contrat de transfert (qui prévoit que sauf convention contraire dans le contrat, tous les droits et obligations relatifs à l'objet du transfert qui sont nés avant le 31 août 2022 restent intégralement acquis à la société cédante et qu'en revanche tous les droits et obligations relatifs à l'objet du transfert qui sont nés et naîtront après le 31 août 2022 relèveront exclusivement de la société reprenante) dont il découle indubitablement que les rapports juridiques relevant de la garantie pour les défauts lui ont été transférés, avec les obligations en résultant. Selon D._____, la clause contractuelle des Conditions générales des contrats d'entreprise totale de la KBOB doit céder le pas face aux règles régissant le transfert de patrimoine. Elle précise que selon la doctrine, un transfert de patrimoine fondé sur les art. 69 ss LFus comprend la possibilité de transférer des contrats sans l'accord des tiers contractants et que cela se justifie en raison du but du transfert de patrimoine, qui est de permettre à des sociétés de procéder à une restructuration. Selon elle, le fait d'exiger l'accord d'un tiers-cocontractant pour permettre le transfert d'un contrat dans le cadre d'un transfert de patrimoine ne porte pas seulement atteinte à la notion de succession universelle, mais aussi au but intrinsèque du transfert de patrimoine au sens des art. 69 ss LFus. D._____ relève que le transfert de patrimoine n'a nullement été opéré dans le but de contourner la clause d'incessibilité figurant dans le contrat d'entreprise passé avec A._____, mais bien dans le cadre d'une opération plus globale de restructuration d'entreprise, de sorte que la clause d'incessibilité invoquée par A._____ ne saurait faire obstacle au transfert du rapport contractuel litigieux à elle-même. Selon elle, les règles régissant les marchés publics ne s'opposent pas non plus au transfert du contrat conclu avec C._____. Elle fait valoir que dans le cas du transfert de patrimoine de C._____ à elle-même, l'ensemble des activités de construction et des ressources lui ont été transmises. Elle allègue que la partie opérationnelle et économique de C._____, qui a justifié à l'époque l'adjudication du marché en sa faveur, est intégralement passée par succession universelle partielle chez elle-même et qu'il s'ensuit que la réalité économique du rapport à la base de l'adjudication demeure inchangée. Finalement, D._____ souligne que selon l'art. 83 al. 4 CPC, la substitution de partie ensuite d'une succession universelle n'est pas soumise à accord de la partie adverse et que cela résulte du fait que les éventuelles dettes et créances sont passées de par la loi à la nouvelle partie. Elle

relève que, selon la jurisprudence et la doctrine, une fois le cas de succession universelle connu du tribunal, la substitution s'opère ex lege et doit être prise en compte d'office. Elle ajoute que la responsabilité solidaire prévue par l'art. 75 al. 1 LFus ne saurait tenir en échec la réalité juridique du transfert de patrimoine et ses conséquences sur la titularité des rapports juridiques, tant sur le plan matériel que formel, sans remettre en cause l'interprétation uniforme de la notion de succession universelle. Selon elle, tout au mieux, la solidarité au sens de l'art. 75 al. 1 LFus autorise une partie à modifier ses conclusions ensuite de la substitution de partie, mais elle ne l'autorise pas à s'opposer à la substitution elle-même, qui résulte de la loi.

27. Questions à examiner

- 27.1 Sur la base de l'argumentation des parties, il conviendra d'examiner en premier lieu les questions liées à l'institution juridique de la substitution de partie et à celle du transfert de patrimoine (ch. V). A cet effet, le Tribunal de commerce rappellera les principes juridiques liés à la substitution de partie (ch. V.28) et ceux liés au transfert de patrimoine (ch. V.29), vérifiera s'il s'agit en l'espèce bien d'un cas de substitution de partie et non d'une action mal introduite (ch. V.30) et traitera ensuite l'argument procédural de D._____ lié à l'absence de recours immédiat contre la substitution de partie (ch. V.31).
- 27.2 Dans un deuxième temps, il conviendra de se pencher plus spécifiquement sur la question de savoir si le rapport juridique entre A._____ et C._____ a fait l'objet d'un transfert de patrimoine ou non (ch. VI), ce qui nécessitera de reprendre les allégations de D._____ (ch. VI.32) avant que le Tribunal de commerce ne puisse procéder à ses propres constatations (ch. VI.33).
- 27.3 Il y aura troisièmement lieu d'examiner la licéité du transfert de patrimoine qui est contestée dans le cas d'espèce (ch. VII). Dans ce contexte, il conviendra de répondre aux deux questions suivantes.
- Un rapport juridique peut-il faire l'objet d'un transfert de patrimoine ?
 - Le transfert d'un tel rapport juridique dans le cadre d'un patrimoine nécessite-t-il l'accord du cocontractant ?

Dans le but de répondre à ces questions, le Tribunal décrira dans un premier temps la problématique (ch. VII.34) et se penchera ensuite sur l'interprétation de la loi (ch. VII.35).

- 27.4 Dans la quatrième partie de son développement, le Tribunal de commerce devra examiner si des clauses d'incessibilité individuelles sont susceptibles de faire obstacle au transfert d'un rapport juridique lors d'un transfert de patrimoine (ch. VIII).
- 27.5 Cinquièmement, la réponse à toutes ces questions permettra de statuer, dans la conclusion, sur la substitution de partie contestée et sur une éventuelle suspension de la procédure (ch. IX).
- 27.6 En sixième et dernier lieu, le Tribunal de commerce devra se pencher sur les implications procédurales de l'existence de la responsabilité solidaire qui est prévue par l'art. 75 LFus (ch. X).

V. De la substitution de partie et du transfert de patrimoine

28. Principes juridiques de la substitution de partie en général

- 28.1 La substitution de partie vise un changement de partie (art. 83 CPC ; *Parteiwechsel*) en cours d'instance, en particulier en cas d'aliénation de l'objet du litige (ou de cession de créance) durant le procès (art. 83 al. 1 CPC) ou en vertu de dispositions spéciales prévoyant une succession légale (art. 83 al. 4, 2^e phrase CPC ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_ 560/2015 du 20 mai 2016 consid. 4.2). En dehors de ces hypothèses, le changement de partie est subordonné au consentement de la partie adverse (art. 83 al. 4, 1^{re} phrase CPC). La substitution de partie, sous réserve de ce dernier cas, n'est donc pas un moyen pour le demandeur de corriger ses erreurs de procédure dans la désignation de celui qui a qualité pour agir ou pour défendre (ATF 142 III 782 consid. 3.2.2 ; arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 25 février 2020 CACI 2020/97 consid. 3.2.2.1 ; NICOLAS JEANDIN, in Commentaire romand, Code de procédure civile, 2^e éd. 2019, n° 5 ad art. 83 CPC).
- 28.2 La substitution de partie *ex lege* (art. 83 al. 4, 2^e phrase CPC) intervient lorsque le changement de légitimation survient de façon originaire, c'est-à-dire indépendamment de la volonté de celui qui perd la légitimation, laquelle volonté ne s'exprime pas ou porte sur un acte qui, en lui-même, provoque le transfert de l'objet litigieux. Ces hypothèses comprennent les cas de succession à titre universel, à l'instar d'une fusion (art. 22 LFus ; arrêt du Tribunal fédéral 5A_256/2016 du 9 juin 2017 consid. 3.2), d'une scission (art. 52 LFus ; NICOLAS JEANDIN, *op. cit.*, n° 29 ad art. 83 CPC) ou d'un transfert de patrimoine (art. 69 et 73 LFus ; SCHWANDER, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [édit.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3^e éd. 2016, n. 41 ad art. 83 CPC ; GROSS/ZUBER, in Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, 2012, n° 29 ad art. 83 CPC ; MICHEL DUCROT, Les restructurations d'entreprises selon la loi sur la fusion : leurs conséquences sur les parties et l'instance, RSPC 2006 pp. 213 ss, spéc. p. 230), pour autant, dans ce dernier cas, que le litige ait pour objet un élément patrimonial attribué dans l'inventaire au reprenant (arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 25 février 2020 CACI 2020/97 consid. 3.2.2.3).
- 28.3 Dans la mesure où le droit matériel seul induit le changement de légitimation, le juge ne doit pas avoir d'autre choix que de prendre acte de la substitution de partie qui en découle (NICOLAS JEANDIN, *op. cit.*, n° 28 ad art. 83 CPC et les références citées).

29. Principes juridiques du transfert de patrimoine en général

- 29.1 Depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 2004, de la LFus, le transfert du patrimoine d'une société est soumis aux art. 69 ss LFus.
- 29.2 Lors d'un transfert de patrimoine au sens des art. 69 ss LFus, le contrat de transfert doit notamment comporter un inventaire désignant clairement les objets du patrimoine actif et passif qui sont transférés, les immeubles, les papiers-valeurs et les valeurs immatérielles devant être mentionnés individuellement (art. 71 al. 1 let. b LFus). Les objets du patrimoine actif ainsi que les créances et les droits immatériels

qui ne peuvent être attribués sur la base de l'inventaire demeurent au sein du sujet transférant (art. 72 LFus). Le transfert de patrimoine doit, pour des raisons de publicité, obligatoirement faire l'objet d'une inscription au registre du commerce au siège du sujet transférant (art. 73 al. 1 LFus). Le transfert de patrimoine permet, en effet, de transférer un ensemble d'actifs et passifs, donc des droits, sans que les règles de forme ordinaires propres au transfert de chacun des biens concernés soient observées : l'inscription constitutive au registre foncier n'est pas requise pour qu'un transfert d'immeubles déploie ses effets ; il en est de même de l'endossement pour les papiers-valeurs à ordre et de la cession civile pour les créances. L'abandon de ces règles de forme présuppose donc nécessairement que la publicité relative au transfert des droits soit garantie d'une autre manière ; l'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce est dès lors indispensable. Elle a un effet constitutif (art. 73 al. 2 LFus ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_503/2017 du 8 octobre 2018 consid. 5.5). Le transfert de patrimoine est ainsi effectif le jour de la publication dans la FOSC ; art. 936a du Code des obligations [CO ; RS 220] ; voir RALPH MALACRIDA, in Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 3^e éd. 2025, n° 10 ad art. 73 LFus). Les effets du transfert de patrimoine consistent en une succession universelle partielle, en ce sens que celle-ci est quantitativement limitée aux éléments figurant dans l'inventaire. Ces effets portent donc sur tous les actifs et passifs désignés dans l'inventaire accompagnant le contrat de transfert (arrêt du Tribunal fédéral 5A_734/2018 et 5A_736/2018 du 4 décembre 2018 consid. 4.3.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_213/2017 du 27 octobre 2017 consid. 1.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_130/2015 du 2 septembre 2015 consid. 3.1, publié in mietrechtspraxis [mp] 2016 p. 60). La conséquence procédurale du transfert de patrimoine ou de la scission par séparation est dès lors identique à celle découlant de la fusion ou de la scission par division. Ainsi, dans la mesure où le litige a pour objet un élément patrimonial attribué dans l'inventaire au sujet reprenant, il y a une substitution de partie en vertu du droit fédéral (MICHEL DUCROT, *op. cit.*, p. 230). Il n'y a en revanche pas substitution de partie lorsque le litige porte sur un élément patrimonial ne figurant pas à l'inventaire (MICHEL DUCROT, *loc. cit.*). Enfin, il appartient à celui qui se prévaut d'une substitution de partie de prouver que les conditions en sont réalisées (art. 8 CC [Code civil suisse ; RS 210] ; voir arrêt du Tribunal fédéral 4A_130/2015 du 2 septembre 2015 consid. 3.2 ; arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 25 février 2020 CACI 2020/97 consid. 3.2.3).

- 29.3 Le principe selon lequel le transfert de patrimoine déploie ses effets dès son inscription au registre du commerce n'est pas impératif. Les parties peuvent convenir que le transfert de patrimoine déploie des effets rétroactifs à une date déterminée, notamment pour des raisons fiscales ou comptables, même si la loi ne contient pas de mention expresse dans ce sens à l'art. 73 LFus, comme c'est le cas aux art. 13 al. 1 let. g et 37 let. g LFus (RALPH MALACRIDA, *op. cit.*, n° 7 ad art. 73 LFus ; BENEDICT F. CHRIST, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2^e éd. 2012, n° 24 ad art. 73 LFus). Même si les parties prévoient un effet rétroactif, le tiers est protégé et conserve la faculté de s'acquitter de la dette cédée en main du cédant, jusqu'à ce qu'il ait été informé de la cession de la créance (voir BENEDICT F. CHRIST, *op. cit.*, n°s 24 et 25 ad art. 73 LFus, voir ég. ALEXANDER VOGEL ET AL., Fusionsgesetz, 3^e éd. 2017, n° 17 ad art. 73 LFus, pour qui la rétroactivité peut intervenir « entre les parties

à la cession de patrimoine » ; arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 25 février 2020 CACI 2020/97 consid. 3.2.4).

- 29.4 A teneur de l'art. 936a CO, les inscriptions au registre du commerce sont publiées par voie électronique dans la Feuille officielle suisse du commerce. Elles déploient leurs effets dès la publication. Les inscriptions deviennent opposables aux tiers et commencent à produire des effets à leur égard à compter de cette publication (GUILLAUME VIANIN, in *Commentaire romand, Code des obligations II*, 3^e éd. 2024, n° 8 ad art. 936a CO). L'art. 936b CO dispose que dès lors qu'un fait a été inscrit au registre du commerce, nul ne peut se prévaloir de ne pas en avoir eu connaissance (al. 1) et que, lorsqu'un fait dont l'inscription est requise n'a pas été enregistré, il ne peut être opposé à un tiers que s'il est établi que celui-ci en a eu connaissance (al. 2). Selon l'art. 936b al. 3 CO, quiconque s'est fondé de bonne foi sur un fait erroné inscrit au registre du commerce est protégé dans sa bonne foi lorsqu'aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose.
- 29.5 Lorsqu'il y a transfert de patrimoine, seule est inscrite au registre du commerce et publiée dans la FOSC la valeur totale des actifs et des passifs transférés selon l'inventaire (art. 139 let. c de l'ordonnance sur le registre du commerce [ORC ; RS 221.411] ; art. 2 al. 1 et annexe 1.1 let. b de l'ordonnance sur la Feuille officielle suisse du commerce [OFOSC ; RS 221.415]). Ne sont en revanche pas inscrits ni publiés le contrat de transfert de patrimoine (RASHID BAHAR, in *Commentaire LFus*, 2005, n° 15 ad art. 73 LFus) et la liste des actifs et des passifs, notamment les créances et les relations contractuelles, qui figurent dans l'inventaire (art. 71 al. 1 let. b LFus ; RALPH MALACRIDA, *op. cit.*, n° 10 ad art. 73 LFus ; HANS VON DER CRONE ET AL., *Das Fusionsgesetz*, 2^e éd. 2017, n° 1013 ; ALEXANDER VOGEL ET AL., *op. cit.*, n° 19 ad art. 73 LFus ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_601/2019 du 25 novembre 2020 consid. 3.2).
- 29.6 Dès lors, les effets de publicité susmentionnés ne s'étendent qu'à l'existence du transfert de patrimoine et non aux objets du patrimoine désignés dans l'inventaire contenu dans le contrat de transfert (RALPH MALACRIDA, *loc. cit.* ; ALEXANDER VOGEL ET AL., *loc. cit.* ; RASHID BAHAR, *loc. cit.*). À moins qu'ils ne soient informés des détails du transfert, les débiteurs de bonne foi peuvent ainsi exécuter leur prestation auprès du transférant (HANS VON DER CRONE ET AL., *loc. cit.* ; RASHID BAHAR, *loc. cit.*). En effet, d'une part, ceux-ci ne peuvent comprendre, en se référant à la seule publication dans la FOSC ou à l'extrait du registre du commerce quels actifs et quels passifs ont été transférés (ALEXANDER VOGEL ET AL., *loc. cit.*). D'autre part, il apparaît plus logique d'exiger de la société reprenant le patrimoine transféré qu'elle informe le débiteur de l'existence du transfert plutôt que de mettre à la charge du débiteur l'incombrance de consulter, avant d'effectuer toute prestation, l'inventaire du contrat de transfert et toutes les pièces justificatives relatives aux inscriptions contenues dans le registre du commerce (HANS VON DER CRONE ET AL., *op. cit.*, p. 461 s. n° 1013 ; cf. ALEXANDER VOGEL ET AL., *loc. cit.*). De même, tant qu'il n'a pas été informé du transfert, le débiteur de bonne foi peut ouvrir action contre son créancier transférant (arrêt du Tribunal fédéral 4A_601/2019 du 25 novembre 2020 consid. 3.2).

30. De l'existence d'un cas de substitution de partie en l'espèce

- 30.1 La substitution de partie doit être distinguée de l'action mal introduite (défaut de légitimation) ou de la désignation inexacte d'une partie, voire d'une modification touchant à cette désignation. Comme cela a déjà été exposé, elle n'a pas pour but de permettre au demandeur de corriger ses erreurs de procédure dans la désignation de la personne qui a qualité pour agir ou pour défendre (ch. 28.1).
- 30.2 En l'espèce, A._____ a allégué n'avoir jamais été informée du transfert de patrimoine (p. 2 du courrier du 17 janvier 2024), ce qui n'a pas été contredit par D._____ (p. 1-2 du courrier du 22 avril 2024), ni par C._____ (absence de prise de position). Le contraire ne peut être établi sur la base du dossier et il sied de considérer que A._____ ne savait rien du transfert de patrimoine allégué avant le début de la procédure.
- 30.3 Selon la jurisprudence citée ci-dessus (ch. 29.6 *in fine*), A._____ pouvait donc de bonne foi agir contre C._____. En conséquence, il s'agit bel et bien d'un cas dans laquelle se pose la question d'une éventuelle substitution de partie et non d'une action introduite contre la fausse partie. La substitution aurait dans ce cas lieu pour des faits antérieurs au dépôt de la demande, faits que la demanderesse ignorait faute d'avoir été communiqués.

31. Des conséquences de l'absence de recours immédiat contre l'ordonnance du 10 janvier 2024

- 31.1 Ainsi que cela a déjà été exposé ci-dessus (ch. IV.26.1), D._____ fait valoir (en se référant à l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_877/2021 du 12 novembre 2021 consid. 2.1) que si la demanderesse souhaitait contester la substitution de partie et la qualité de partie de D._____, elle aurait dû attaquer le chiffre 4 de l'ordonnance du 10 janvier 2024 par un recours immédiat, ce qu'elle n'a pas fait.
- 31.2 Quant à la demanderesse, elle fait valoir que l'ordonnance du Tribunal de commerce du 10 janvier 2024 était une simple ordonnance d'instruction (rendue en vertu de l'art. 124 CPC) contre laquelle aucun recours immédiat n'est admissible, sauf s'il est prévu par la loi ou si l'ordonnance peut causer un préjudice difficilement réparable (en se référant à l'art. 319 let. b CPC).
- 31.3 En l'espèce, le Tribunal de commerce a effectivement constaté que D._____ s'était substituée à C._____ pour le dépôt du mémoire de réponse et qu'elle devenait partie reprenante au sens de l'art. 83 CPC (ch. 4). Au ch. 6, le Tribunal de commerce a toutefois imparti un délai de 30 jours à la demanderesse pour se prononcer, si elle le souhaitait, sur la substitution de partie effectuée. Il ne s'agissait ainsi nullement d'une « autre décision préjudicielle et incidente notifiée séparément » qui aurait pu faire l'objet d'un recours au sens de l'art. 93 de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110). En effet, le fait de donner un délai à l'adverse partie pour se prononcer représente un cas typique d'une ordonnance de conduite du procès qui ne cause pas de préjudice irréparable. Il sied également de relever, à l'instar de la demanderesse, que l'arrêt invoqué par D._____ fait suite à une décision incidente rendue par l'instance précédente sur la question de la légitimation passive, après que la procédure eut été limitée à la question de la légitimation passive, si bien

qu'un recours s'imposait alors logiquement contre cette décision. Il n'est ainsi pas pertinent dans le cas d'espèce puisqu'en l'occurrence, l'ordonnance du 10 janvier 2024 est une ordonnance d'instruction.

- 31.4 Il faut donc admettre que c'est la présente décision incidente, respectivement finale, qui ouvre seule la voie d'un recours séparé au Tribunal fédéral. L'argument de D._____ doit dès lors être rejeté.

VI. De l'existence d'un transfert de patrimoine en l'espèce

32. Allégués de D._____

- 32.1 Il convient d'examiner si, comme le prétend D._____, le rapport juridique ou contractuel lui a bien été transféré. Si tel est le cas, il y aura lieu d'admettre que l'éventuelle substitution de C._____ par D._____ serait intervenue en application de l'art. 83 al. 4 CPC, naturellement sous réserve de la licéité du transfert de patrimoine qui sera examinée ultérieurement.
- 32.2 Dans son mémoire de réponse du 22 décembre 2023, D._____ a en particulier fait valoir qu'elle avait repris les rapports contractuels de C._____ relatifs au projet de K._____ ensuite d'un transfert de patrimoine et que ce dernier comprenait également les relations contractuelles de C._____ avec les sous-traitants engagés pour réaliser les travaux de construction de K._____. Elle relève que parmi ces sous-traitants figurent notamment la société L._____, anciennement M._____ et renvoie à l'annexe 5a du contrat de transfert de patrimoine n^{os} 10, 89 et 161 du numéro de projet 1412149 K._____. Elle ajoute que M._____ est devenue L._____ selon publication dans la FOSC du 26 avril 2016 et que L._____ est devenue F._____ selon publication dans la FOSC du 2 novembre 2023.

33. Constatations du Tribunal de commerce

- 33.1 Le Tribunal de commerce constate que C._____ et D._____ ont conclu le 28 septembre 2022 un contrat de transfert de patrimoine au sens des art. 69 ss LFus. Selon ce contrat de transfert, la société cédante est autorisée à disposer effectivement et juridiquement de l'objet du transfert conformément aux annexes 1, 2, 3a, 3b, 4a, 4b, 6, 7 et 9 immédiatement après l'inscription dudit contrat de transfert au registre du commerce. Font exception à cette règle les projets en cours d'exécution avec un degré de réalisation de 99 % ou plus selon les annexes 5a et 5b pour lesquels la disposition effective et juridique n'est transférée à la société reprenante qu'à la réception des travaux par le client. Il est précisé que ces contrats figurants à l'annexe 5a et à l'annexe 5b restent encore chez la société cédante pour le reste de l'exécution et jusqu'à la réception des travaux par le client et qu'ils ne sont ainsi alors transférés à la société reprenante qu'avec celle-ci. Il est ajouté que les garanties nécessaires pour les défauts seront alors fournies directement aux clients par la société reprenante. Les contrats et conventions à transférer dans le cadre du transfert de patrimoine sont énumérés dans les annexes 3a, 3b, 4a, 4b, 5a, 5b, 6 et 7 du contrat de transfert. Il est précisé qu'au moment de l'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce, la société reprenante n'est toutefois

pas encore entrée dans les contrats mentionnés aux annexes 5a et 5b. Cette entrée et les droits et obligations qui y sont liés n'interviennent qu'au moment de la réception des travaux par le client.

- 33.2 Le contrat de transfert contient à l'annexe 6a une liste des contrats avec des clients pour les objets achevés dans la période de garantie. Y figure le projet numéro P._____ dont le client est A._____ et daté du 27 juin 2012. Le numéro de projet ne correspond toutefois pas à celui figurant sur le contrat du 27 juin 2012 déposé au dossier (PJ 3 demanderesse).
- 33.3 Il n'est pas contesté que le bâtiment Q._____ a été réceptionné le 21 avril 2015. Selon le procès-verbal de réception (PJ 5 demanderesse), la réception de ce bâtiment concernait une partie de l'ouvrage.
- 33.4 Selon ce qui précède, il convient de constater que les rapports contractuels de C._____ relatifs au projet de K._____ figurent à l'annexe 5a et 5b du contrat de transfert de patrimoine, à savoir les projets en cours d'exécution avec un degré de réalisation de 99 % pour lesquels la société reprenante n'était toutefois pas encore entrée dans les contrats au moment de la signature du contrat de transfert et pour lesquels l'entrée et les droits et obligations liés n'interviendraient qu'au moment de la réception des travaux par le client. Il ressort toutefois de la prise de position de A._____ du 17 janvier 2024 qu'une réception finale a eu lieu le 24 octobre 2019 pour le contrat d'entreprise totale du 27 juin 2012, ce qui n'a pas été contesté par D._____. A._____ a précisé que le comportement de C._____ donnait à penser que cette dernière pourrait considérer, ou du moins avoir considéré dans un premier temps que le contrat d'entreprise n'était pas encore achevé ce qui pourrait notamment s'expliquer par le litige objet de la procédure. Dans sa prise de position du 22 avril 2024, D._____ allègue que le contrat d'entreprise relatif à K._____ lui a été intégralement transféré, ce qui inclut l'ensemble des créances et obligations relevant de la garantie pour les défauts. Elle précise qu'il ressort notamment de la clause 1.1 du contrat de transfert que les rapports contractuels et les projets terminés pour lesquels la garantie de l'ouvrage courait encore étaient transférés à D._____, sans restriction. Elle ajoute que ces rapports sont spécialement listés à l'annexe 6a du contrat qui fait notamment état du contrat d'entreprise relatif au projet K._____ (p. 4 de l'annexe 6a sous référence P._____), de sorte que les obligations transférées ne font aucun doute.
- 33.5 Dans la mesure où A._____ a admis qu'une réception finale avait eu lieu le 24 octobre 2019 pour le contrat d'entreprise totale du 27 juin 2012, soit avant la signature du contrat de transfert de patrimoine, il convient de retenir que le contrat d'entreprise a été inscrit à juste titre à l'annexe 6a sous référence P._____. Le contrat a ainsi été clairement énuméré dans la liste des contrats à transférer. Cette énumération globale du contrat à transférer est ainsi suffisante selon le Tribunal de commerce. En effet, le transfert du contrat englobe, en l'absence d'élément contraire prévu dans le contrat de transfert, toutes les créances et obligations actuelles et futures découlant de ce contrat. La LFus n'exige que l'indication de la valeur totale des actifs et des passifs à transférer et non pas les actifs et les passifs pour chaque objet du transfert de patrimoine.

- 33.6 S'agissant du ch. 1.4 du contrat de transfert, le Tribunal de commerce relève qu'il ressort de celui-ci que, pour autant que rien d'autre ne soit prévu par le contrat de transfert de patrimoine, tous les droits et obligations en lien avec l'objet du transfert, tels qu'ils sont nés avant et jusqu'au 31 août 2022 demeurent intégralement auprès de la société transférante et qu'en revanche tous les droits et obligations en lien avec l'objet du transfert nés après le 31 août 2022 et qui naissent appartiennent exclusivement à la société reprenante. Le Tribunal de commerce partage ainsi l'avis de D._____ selon lequel le ch. 1.1 et l'annexe 6a du contrat de transfert constituent des clauses contraires au ch. 1.4 du contrat de transfert dont il découle indubitablement que les rapports juridiques relevant de la garantie pour les défauts ont été transférés à D._____, avec les obligations en résultant et que cette clause a uniquement pour but de régler tous les cas qui n'auraient pas été prévus par le contrat de transfert de patrimoine.
- 33.7 Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal de commerce estime que le contrat de transfert de patrimoine est suffisamment clair et que, selon celui-ci, les actifs et les passifs (portant également sur les dettes nées avant et jusqu'au 31 août 2022) relatifs au projet K._____ ont été transférés à D._____, sous réserve naturellement de l'examen de la licéité du transfert qui sera effectué ci-après.

VII. De la licéité du transfert de patrimoine en l'espèce

34. Problématique et opinions doctrinales

- 34.1 Etant donné que la licéité du transfert de patrimoine est contestée en l'espèce, il convient d'examiner, comme cela a déjà été exposé (ch. IV.27.3), si le transfert de patrimoine peut inclure ou non des rapports juridiques, notamment des contrats. A cette question, est intrinsèquement liée celle de savoir si l'accord du cocontractant est requis pour le transfert d'un contrat dans le cadre d'un transfert de patrimoine au sens de l'art. 69 LFus. Ces deux questions seront dès lors traitées ensemble. La question principalement débattue en doctrine est celle de la nécessité de l'accord ou non du cocontractant. La plupart des auteurs semble admettre implicitement que le transfert de patrimoine peut inclure des contrats.
- 34.2 La question de savoir si l'accord du cocontractant est requis pour le transfert d'un contrat dans le cadre d'un transfert de patrimoine au sens de l'art. 69 ss LFus a été laissée ouverte dans la jurisprudence (arrêt du Tribunal fédéral 4A_130/2015 du 2 septembre 2015 consid. 3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 5A_734/2018 du 4 décembre 2018 consid. 4.3.4). Dans ce dernier arrêt, il a été relevé qu'un arrêt semblait partir du principe que tel était le cas par application analogique de la jurisprudence relative à l'art. 17 al. 3 de la loi fédérale sur la procédure civile fédérale (PCF ; RS 273 ; substitution de partie s'opérant de plein droit : arrêt du Tribunal fédéral 4A_213/2017 du 27 octobre 2017 consid. 2 et la référence à l'arrêt du Tribunal fédéral 4C.385/2005 du 31 janvier 2006 consid. 1.2.2 ; voir également les arrêts du Tribunal fédéral 4A_54/2017 du 29 janvier 2018 consid. 1.2 ; 4A_373/2015 du 26 janvier 2016 consid. 1.1 ; 4A_458/2007 du 28 janvier 2008 consid. 1).

- 34.3 Le Tribunal fédéral a toutefois admis que les effets du transfert de patrimoine consistent en une succession universelle partielle, en ce sens que celle-ci est quantitativement limitée aux éléments figurant dans l'inventaire. Dits effets portent donc sur tous les actifs et passifs désignés dans l'inventaire accompagnant le contrat de transfert (arrêt du Tribunal fédéral 5A_734/2018 du 4 décembre 2018 consid. 4.3.4 et les références citées).
- 34.4 La doctrine majoritaire se prononce quant à elle en faveur du transfert des contrats *uno actu* (voir la définition au ch. 35.4.1 ci-après) à l'instar des actifs et passifs (voir MARC AMSTUTZ/RAMON MABILLARD, in Commentaire romand, Code des obligations II, 3^e édition 2024, Intro. LFus n° 247 ss et les références ; RALPH MALACRIDA, *op. cit.*, n° 15b ad art. 73 LFus et les références citées).
- 34.5 A la différence de la cession, qui se limite au transfert d'une ou de plusieurs créances, la transmission de contrat (cession ou reprise de contrat, *Vertragsübernahme*) poursuit un but plus fondamental, visant au transfert de l'intégralité du rapport contractuel (avec tous les droits et obligations y relatifs, y compris les droits formateurs) d'une partie contractante à un tiers qui se substitue à celle-ci. Puisque la disposition de l'art. 164 CO traite uniquement du transfert des créances (au sens technique du terme), le droit suisse ne connaît pas de réglementation législative générale du transfert de l'intégralité d'un rapport contractuel. Néanmoins, la transmission d'un contrat en soi est généralement admise et relève de la liberté contractuelle. Elle se fonde soit directement sur une disposition légale particulière, soit sur un accord entre les trois parties concernées non soumis à une forme particulière (THOMAS PROBST, in Commentaire romand, Code des obligations I, 3^e éd. 2021, n° 10 ad art. 164 CO).
- 34.6 Contrairement à la cession d'une créance, le transfert du contrat est un acte juridique tripartite. Il nécessite l'accord de l'entrant (*Eintretender*), du sortant (*Ausscheidender*) et du restant (*Verbleibender*). En cas de fusion ou de scission par division, le sujet transférant disparaît. Il est dès lors admis que le contrat est transféré au sujet reprenant *ex lege*, donc sans que l'accord du restant soit nécessaire (MICHEL DUCROT, *op. cit.*, p. 221). Une partie de la doctrine estime que, dans la mesure où le sujet transférant ne disparaît pas dans le cas du transfert de patrimoine, l'accord du restant est nécessaire à la transmission d'un contrat et qu'il n'y aurait dès lors pas de transfert *ex lege* dans le cadre d'un transfert de patrimoine.
- 34.7 La LFus régit expressément le transfert du contrat de travail en renvoyant à l'article 333 CO : quelle que soit la mesure de restructuration mise en œuvre, le contrat peut dès lors être transféré et, dans ce cas, le sujet reprenant succède à l'employeur originaire, mais le travailleur a la possibilité de mettre fin au contrat. S'agissant des autres contrats, la question de savoir s'ils peuvent en cas de scission par séparation ou de transfert de patrimoine être cédés sans le consentement du restant est controversée. Les avis de la doctrine sont partagés, notamment au regard des travaux législatifs. Il convient de relever que les créances et les dettes découlant de l'exécution, respectivement de l'inexécution, d'un contrat peuvent être cédées, respectivement reprises, sans le consentement du cocontractant. Cela signifie qu'elles peuvent figurer dans un inventaire lors d'une scission par séparation ou d'un transfert de patrimoine (MICHEL DUCROT, *op. cit.*, p. 221).

- 34.8 Selon RALPH MALACRIDA, la controverse théorique concernant la nature juridique d'une succession universelle partielle ne doit pas masquer le fait que les différentes approches dogmatiques conduisent à des résultats pratiquement similaires. Selon lui, les auteurs qui partent de la prémisse d'une succession universelle limitée, même en cas de transfert de patrimoine, prévoient des exceptions relativement larges pour protéger les tiers, de sorte que ces tiers peuvent se dégager de leurs obligations envers le sujet reprenant malgré la succession universelle. Si à l'inverse, on part du principe que la succession universelle partielle dans le cadre du transfert de patrimoine ne constitue pas une succession universelle au sens du droit de la fusion, il s'avère que même en tenant compte des volontés du législateur, des éléments patrimoniaux peuvent être transférés par le biais d'un transfert des différentes composantes du contrat (créances et obligations) sans le consentement exprès des tiers concernés (RALPH MALACRIDA, *op. cit.*, n° 17 ad art. 73 LFus et les références citées).
- 34.9 En l'espèce, il convient de constater que la demande porte sur l'exercice de droit de garantie de la part de la demanderesse. Selon la jurisprudence les droits à la réduction du prix et à la résolution du contrat sont incessibles, car ce sont des droits formateurs. Le débiteur cédé peut toutefois donner son consentement au transfert de ces droits et le cas échéant, ils sont cessibles. Quant au droit à la réparation, il est cessible, même s'il s'agit d'un droit formateur. La créance en réparation du dommage consécutif au défaut est cessible selon les règles sur la cession de créance (art. 164 ss CO). En l'occurrence, la demande ne porte que sur une créance en réparation du dommage consécutif au défaut, de sorte que la créance est en principe cessible. En effet, la demanderesse a relevé que si C._____ devait renoncer à la réfection de l'ouvrage, elle se réservait – ce qu'elle ne faisait pas encore par le dépôt de sa demande – d'exercer son droit à la réduction de prix tel que prévu par l'art. 169 al. 1 ch. 2 de la norme SIA 118. Finalement, la demanderesse a également fait valoir des prétentions pour le dommage consécutif au défaut et pour les frais de l'expertise-arbitrage avancés par R._____.
- 34.10 En application de l'art. 164 CO, le créancier peut céder son droit à un tiers sans le consentement du débiteur, à moins que la cession n'en soit interdite par la loi, la convention ou la nature de l'affaire. En l'espèce, l'art. 34 des Conditions générales des contrats d'entreprise totale de la KBOB (édition 2010), auquel est soumis le contrat d'entreprise totale du 27 juin 2012 signé par A._____ et C._____ prévoit que chaque partie ne peut transférer ou céder le contrat ou les droits et obligations qui en découlent qu'avec l'accord écrit de l'autre partie et que celui-ci est également requis pour la mise en gage des créances qui résultent du contrat. Il s'ensuit que la créance en réparation du dommage consécutif au défaut n'est en l'occurrence pas cessible sans l'accord de la partie adverse.
- 34.11 Il s'ensuit que la controverse théorique concernant la nature juridique d'une succession universelle partielle doit être tranchée dans le cas d'espèce, afin de pouvoir déterminer la licéité de l'inclusion du contrat entre A._____ et C._____ dans le contrat de transfert de patrimoine conclu entre cette dernière et D._____. Il convient dès lors d'examiner si le transfert dans le cadre d'un transfert de patrimoine des contrats *uno actu* à l'instar des actifs et des passifs s'applique en

l'espèce. Au vu de la jurisprudence du Tribunal fédéral (lequel n'a pas tranché cette question) et de la doctrine qui est partagée sur le sujet, il convient de procéder à l'interprétation de la loi selon les méthodes usuelles.

35. De l'interprétation de la loi

35.1 Généralités

35.1.1 La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge cherchera la véritable portée de la norme au regard notamment de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique ; ATF 140 III 315 et les références citées).

35.2 Interprétation littérale

35.2.1 Le texte des art. 69 ss LFus ne donne pas de réponse à la question de savoir si et à quelles conditions (à savoir en particulier : avec ou sans l'accord du cocontractant) les contrats peuvent être transférés en cas de transfert de patrimoine. En effet, la loi dispose simplement que le transfert de patrimoine peut avoir pour objet « tout ou partie [d'un] patrimoine » (art. 69 al. 1 LFus). Il est ainsi loin d'être acquis que les contrats en tant que tels constituent des éléments « patrimoniaux » au sens des art. 69 ss LFus (PASCAL G. FAVRE, in AISUF – Travaux de la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg Volume N° 246, Le Transfert conventionnel de contrat, analyse théorique et pratique, 2005, n° 268). Il y a donc lieu de recourir aux autres modes d'interprétation de la loi.

35.3 Interprétation historique

35.3.1 Le Message concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 13 juin 2000 ne contient aucune indication qui permette de comprendre quelle était l'opinion des auteurs du projet quant aux transferts de contrats (HENRY PETER, Le sort des contrats en cas de transfert de patrimoine, in Revue suisse du droit des affaires et du marché financier [RSDA] 2004, p. 225).

35.3.2 Lors des débats parlementaires, une minorité de la Commission des affaires juridiques du Conseil national proposa de compléter l'article 71 al. 1 let. e LFus afin de préciser que le contrat de transfert devait spécifiquement contenir, une « liste » non seulement « des rapports de travail transférés », mais aussi « des autres contrats transférés » (Bulletin officiel, Conseil national [ci-après : BO CN] , 2003/1, p. 244). Cette proposition a été rejetée tant par la commission que par le Conseil national (par 93 voix contre 52 ; BO CN 2003/1 p. 244). S'agissant des motifs de ce refus, il apparaît que le rapporteur Cina de la Commission a invité le Conseil national à écarter la proposition susmentionnée en soutenant que le transfert de patrimoine ne pouvait englober que des droits et obligations « qui sont transmissibles ». Il a précisé que « Pour tous les autres droits, il est nécessaire de recueillir le consentement de l'autorité – par exemple, en matière de transfert de concession – ou de respecter les formalités permettant de lever la restriction au transfert. Le transfert des contrats n'y fait pas exception. Mme Ménétrety-Savary

veut cependant élargir cette possibilité. Elle veut ouvrir la porte aux transferts de contrats sans l'accord des cocontractants, par voie de transfert de patrimoine. Ceci reviendrait à un changement de système fondamental. Selon la doctrine et la pratique, un contrat ne peut être cédé que par la conclusion d'un nouveau contrat qui porte sur la cession de contrat. Ce contrat de cession de contrat doit impérativement être agréé par l'ensemble des parties au contrat. Certes, il existe des exceptions, comme l'article 333 CO pour les rapports de travail, ainsi que les articles 261 et 263 CO pour les contrats de bail. Cependant, il s'agit de règles spéciales. Le Code des obligations ne contient aucune règle générale régissant la cession de contrat. On ne peut donc pas prévoir, dans la loi sur la fusion, que le simple fait d'énumérer des rapports contractuels dans l'inventaire des actifs et des passifs transférés aurait pour conséquence de transférer globalement ces contrats sans l'assentiment des cocontractants. Une telle réglementation ne peut pas être cautionnée par le législateur car elle ouvrirait la porte à d'innombrables abus. Je rappelle ici que les parties au contrat de transfert de patrimoine composent librement le patrimoine qui sera transféré et peuvent se contenter de transférer un seul contrat qui, sinon, serait intransmissible sans l'accord de l'ensemble des cocontractants. Il s'agit donc de faire prévaloir les intérêts des personnes qui subiraient le changement de cocontractant sur celui des entreprises participant au transfert de patrimoine et de respecter les principes du droit actuel en matière de cession de contrat. La proposition de la minorité Ménétrety-Savary ne protège pas suffisamment les intérêts des cocontractants, même si elle prévoit à l'article 76 alinéa 2 la possibilité de résilier le contrat qui a été transféré » (BO CN 2003/1 p. 244-245).

35.3.3 Le Bulletin officiel du Conseil national rapporte ensuite une intervention de l'ancienne conseillère fédérale Ruth Metzler, qui invoqua trois motifs pour lesquels le transfert des contrats ne devait pas être accepté, rappelant en définitive qu'il fallait s'en tenir en matière de transfert de contrat aux principes du droit en vigueur (BO CN 2003/1 p. 244) :

- Le principe de l'autonomie privée garantit le libre choix du partenaire contractuel, de sorte qu'il en résulte qu'il n'est pas possible de changer de partie contractante sans l'accord de toutes les parties contractantes.
- Le transfert de patrimoine conduirait à un risque d'abus. Le transfert de patrimoine pourrait faire l'objet d'un seul contrat et cela permettrait de contourner l'exigence de consentement de toutes les parties contractantes.
- La fusion et le transfert de patrimoine reposent sur des concepts fondamentalement différents. Dans le cas de la fusion, l'ensemble du patrimoine est transféré par succession universelle. Dans le cas du transfert de patrimoine, seul l'inventaire est transféré et seuls les actifs figurant dans l'inventaire sont transférés. Contrairement à la fusion, l'entité transférante ne disparaît pas après l'exécution du transfert de patrimoine. Elle continue d'exister et d'assumer les droits et obligations intransmissibles, par exemple sur la base de relations contractuelles. Le transfert de patrimoine n'apporte qu'une simplification en ce qui concerne les exigences formelles. Le régime actuel de transfert des contrats ne doit donc pas être modifié, si l'une des parties ne donne pas son consentement, le contrat ne peut pas être transféré. Il existe toutefois des règles spéciales pour le transfert des contrats de travail, de bail et d'assurance.

35.3.4 La partie de la doctrine qui veut exclure le transfert des contrats s'appuie ainsi sur les travaux parlementaires en estimant que le législateur s'est consciemment refusé

à modifier le texte du projet de loi et à y inclure les contrats parmi les « objets du patrimoine » pouvant être transférés et, partant, qu'il a renoncé – pour ce qui est du transfert des contrats – à déroger aux principes généraux du droit des obligations (PASCAL G. FAVRE, *op. cit.*, n° 285, citant d'autres auteurs).

35.3.5 HENRY PETER relève quant à lui que le fait que le parlement a renoncé à corriger le texte du projet en y citant expressément les contrats parmi les « objets du patrimoine » qui peuvent être transférés l'a fait pour des motifs qui sont tout sauf convaincants. Il ajoute que le fait qu'il n'ait pas requis que la liste « des autres contrats transférés » doive figurer dans le contrat de transfert ne signifie pas que ces contrats ne peuvent pas être transférés, mais simplement qu'il n'est pas nécessaire de les énumérer spécifiquement et individuellement. Il relève en sus, que bien qu'ayant identifié le problème, le législateur n'a néanmoins pas estimé opportun de préciser que le transfert des contrats est exclu, de sorte que l'on ne saurait ainsi considérer que la loi contient un silence qualifié (HENRY PETER, *op. cit.*, p. 225-226 et les références citées).

35.3.6 S'agissant de l'interprétation historique, le Tribunal se rallie à l'opinion qui vient d'être citée et qui paraît pertinente : le législateur a certes discuté des deux questions qui se posent, sans le faire de manière convaincante. La discussion qui a eu lieu n'a pas vraiment trouvé d'écho dans le texte de la loi.

35.4 Interprétation téléologique

35.4.1 L'institution du transfert de patrimoine, réglée par les art. 69 ss LFus vise à permettre de transférer – de par la loi et *uno actu* (c'est-à-dire sans que l'on doive respecter les règles de forme propres à la succession à titre singulier – un patrimoine avec actifs et passifs, tout en garantissant un certain degré de transparence à l'intérieur de la société concernée ; Message LFus, p. 4117 ; PASCAL G. FAVRE, *op. cit.*, n° 268). Le transfert de patrimoine peut constituer une alternative à une fusion, à une scission ou à une transformation. Il peut également servir de solution de rechange pour les opérations de fusion, de scission et de transformation que la LFus ne prévoit pas, ou encore permettre de réaliser des opérations de restructuration (Message LFus, p. 4018). Le but du transfert de patrimoine au sens de la LFus est ainsi de permettre des restructurations qui ne seraient pas permises par la LFus notamment en raison de la liste exhaustive des possibilités de fusion, de scission et de transformation (*numerus clausus*) et de favoriser les opérations de restructuration.

35.4.2 Il convient également de relever que jusqu'à l'adoption de la LFus, la cession d'un patrimoine ou d'une entreprise avec actif et passif relevait exclusivement de l'art. 181 CO. L'application de cette disposition était problématique, puisqu'elle ne prévoyait pas un transfert de par la loi des actifs composant l'entreprise et, d'autre part, elle ne tenait pas compte des besoins légitimes qu'avaient les associés de la société transférante d'obtenir des informations sur le transfert de patrimoine de la société. L'institution du transfert de patrimoine, réglée par les art. 69 ss LFus, visait à remédier à ces inconvénients (PASCAL G. FAVRE, *op. cit.*, 2005, n° 266). Le transfert de patrimoine est désormais un complément important à l'art. 181 CO. Celui-ci est certes maintenu, mais sa portée est fortement réduite : il ne s'applique plus qu'aux personnes non inscrites au registre du commerce, tandis que la cession d'une

entreprise ou d'un patrimoine appartenant à une société commerciale, à une société coopérative, à une entreprise individuelle, à une association ou à une fondation inscrite au registre du commerce est impérativement soumise aux art. 69 ss LFus (PASCAL G. FAVRE, *op. cit.*, 2005, n° 267). Contrairement à la reprise de dette ordinaire, la reprise de dette au sens de l'art. 181 al. 1 CO se produit de par la loi, dès la communication aux créanciers de l'acquisition de l'entreprise ou du patrimoine avec actif et passif, et sans leur consentement. Conformément au texte clair de cette disposition légale, il est très largement admis que le transfert d'un patrimoine ou d'une entreprise avec actif et passif ne permet pas d'imposer aux créanciers-restants le transfert à l'acquéreur de l'entreprise (nouveau cocontractant) des contrats, faisant partie de celle-ci, qui ont été conclus avec l'aliénateur (partie sortante ; PASCAL G. FAVRE, *op. cit.*, 2005, n° 268).

- 35.4.3 Selon PETER HENRY, le fait que le transfert de patrimoine des art. 69 ss LFus ait été conçu comme une alternative ou un succédané aux autres techniques de restructuration que sont notamment la fusion ou la scission est un choix délibéré du législateur, ménagé précisément pour offrir une palette aussi large que possible de variantes de restructurations, l'une pouvant être préférée à l'autre en fonction des contingences du cas d'espèce, de sorte que l'on ne saurait, par une interprétation restrictive des dispositions sur le transfert de patrimoine, ajouter des obstacles qui auraient pour résultat d'anéantir ou en tout cas de limiter considérablement cette faculté. Quant à l'autre but du transfert de patrimoine ayant été conçu pour permettre des restructurations qui ne seraient à défaut pas consenties par la LFus, notamment en raison de la liste exhaustive des possibilités de fusion, de scission et de transformation, il souligne que de ce point de vue également, poser des exigences particulières en cas de transfert de patrimoine, non prévues par la loi et supplémentaires par rapport au régime applicable aux transferts de contrats en cas de fusion, limiterait cette possibilité et irait à l'encontre de ce qui a été voulu par le législateur (HENRY PETER, *op. cit.*, p. 225-226 et les références citées).
- 35.4.4 En ce qui concerne les intérêts en jeu, le premier est celui de favoriser les restructurations dans l'intérêt de l'économie suisse ; la LFus a par ailleurs pour souci de protéger les créanciers, les travailleurs et les personnes disposant de participations minoritaires (HENRY PETER, *op. cit.*, p. 226 et les références citées). S'agissant des créanciers, hormis dans les cas particuliers où le cocontractant a choisi un partenaire en fonction de ses qualités spécifiques, donc *intuitu personae*, sa seule préoccupation regarde en général la solvabilité de son partenaire contractuel. Selon HENRY PETER, l'art. 75 LFus qui instaure une responsabilité solidaire des « anciens débiteurs » pendant une durée de 3 ans, permet de satisfaire l'exigence de la solvabilité du partenaire contractuel. Il relève que l'art. 75 al. 3 LFus dispose par ailleurs que des sûretés peuvent être exigées par le cocontractant si la responsabilité solidaire s'éteint avant la fin du délai de 3 ans ou si les créanciers rendent vraisemblable que la responsabilité solidaire ne constitue pas une protection suffisante. Il conclut que ce système protège adéquatement le cocontractant dans la mesure où il est créancier en vertu du contrat transféré, et qu'il n'y a donc pas lieu de lui donner de droits supplémentaires en conséquence – ou à titre de condition – dudit transfert (HENRY PETER, *op. cit.*, p. 227 et les références citées). Quant aux travailleurs, ils sont protégés par l'art. 75 LFus, mais également par les exigences

prévues aux art. 76 et 77 LFus, et notamment par le régime instauré par l'art. 333 CO dont l'application est expressément réservée à l'art. 76 al. 1 LFus, entraînant s'ils le souhaitent la résiliation du contrat à l'expiration du délai de congé légal, étant entendu que l'ancien employeur et l'acquéreur répondent solidairement des créances du travailleur. Quant aux associés minoritaires, le fait d'admettre que des contrats puissent être transférés sans l'accord des cocontractants ne cause, en tant que tel, aucun préjudice particulier aux détenteurs de participations minoritaires dans le capital de la société et s'ils sont informés des opérations concernées par l'art. 74 LFus (HENRY PETER, *op. cit.*, p. 227 et les références citées).

35.4.5 Le Tribunal de commerce constate que le but de la loi, lequel est de faciliter les opérations de restructuration, ne peut être atteint ou ne peut l'être que beaucoup plus difficilement si le consentement de tiers est exigé et si, par leur refus, ils peuvent empêcher le transfert de certains contrats. L'interprétation téléologique parle dès lors en faveur d'un transfert licite « *uno actu* », sans accord du ou des cocontractants.

35.5 Interprétation systématique

35.5.1 Selon l'art. 71 al. 1 let. b LFus, le contrat de transfert contient un inventaire qui désigne clairement les objets du patrimoine actif et passif qui sont transférés. Il est précisé que les immeubles, les papiers-valeurs et les valeurs immatérielles doivent être mentionnés individuellement. La liste des rapports de travail transférés en raison du transfert de patrimoine doit également être indiquée.

35.5.2 S'agissant des contrats, seule est fait mention des rapports de travail. La question se pose dès lors de savoir si le fait que seul le contrat de travail a été mentionné veut dire que le transfert des autres types de contrats est exclu ou qu'ils sont régis par le principe de la libre transférabilité. Les auteurs en faveur de cette deuxième thèse, comme par exemple HENRY PETER, estiment que si le législateur avait voulu restreindre le transfert des autres types de contrats, il l'aurait fait comme il l'a fait précisément s'agissant des rapports de travail en raison du régime de protection particulier dont ceux-ci jouissent (HENRY PETER, *op. cit.*, p. 228).

35.5.3 Il ressort toutefois du message concernant l'art. 52 LFus au sujet des effets juridiques d'une scission ce qui suit : « Les parts de patrimoine définies dans l'inventaire intégré au contrat de scission ou au projet de scission (art. 37, let. b) sont transférées en un seul acte (*uno actu*) aux sociétés reprenantes. Le transfert a lieu sans que les règles de forme propres au transfert individuel des différents objets patrimoniaux doivent être respectées. En revanche, les contrats ne sont pas transférés en tant que tels ; l'accord de l'ensemble des parties au contrat est indispensable pour pouvoir procéder à la substitution d'une partie au contrat. Des règles spéciales sont cependant contenues dans les art. 261 CO et 333 CO. Ces normes légales, qui sont applicables lors de scissions (cf. notamment le renvoi de l'art. 49), prévoient la substitution d'une partie au contrat de bail ou au contrat de travail. Sauf disposition légale spéciale, la scission ne provoque pas une modification unilatérale parmi les parties à un contrat » (Message p. 4098 ad art. 52).

35.5.4 Concernant la systématique de la loi, il convient également de relever que tant dans la fusion (art. 22 al. 1 LFus), que dans la scission (art. 52 LFus) et que dans le transfert de patrimoine, le transfert a lieu « de par la loi » et déploie ses effets dès son inscription au registre du commerce. Cet élément serait ainsi en faveur d'un même traitement pour les trois types d'adaptation des structures juridiques. Selon

les auteurs en faveur d'un transfert « *uno actu* », dans les trois cas de figure, la succession a lieu à titre universel. Dans le cas de la fusion, elle est toutefois totale, alors que dans le cas de la scission et du transfert de patrimoine, elle est partielle. C'est-à-dire qu'elle est limitée aux éléments figurant dans le contrat de transfert. Cela signifierait pour les auteurs précités que le transfert se produit « *uno actu* » pour les trois cas de figure, sans exception quant à leur nature et sans conditions, sous réserve que les contrats concernés figurent dans l'inventaire de ce qui est cédé pour le transfert de patrimoine (HENRY PETER, *op. cit.*, pp. 228-229).

35.5.5 Le Tribunal de commerce constate que l'interprétation systématique n'apporte pas d'élément déterminant, mais qu'elle parle malgré cela plutôt en faveur d'un transfert de patrimoine licite « *uno actu* », sans l'accord du ou des cocontractants.

35.6 Synthèse

35.6.1 En résumé, les auteurs en faveur d'un transfert « *uno actu* » des contrats (sans l'accord des cocontractants), se fondent principalement sur l'interprétation téléologique ; les auteurs qui excluent le transfert des contrats sans l'accord des cocontractants se basent principalement sur l'interprétation historique.

35.6.2 La doctrine en faveur du transfert « *uno actu* » pour la séparation et le transfert de patrimoine a développé une stratégie visant à rendre possible, au niveau de l'interprétation de la loi, une « correction » de l'élément d'interprétation historique. Il convient de citer ici un passage de l'opinion de MARC AMSTUTZ/RAMON MABILLARD (*op. cit.*, Intro. LFus n° 247 et les références) :

Les arguments sont connus et énumérés ici uniquement succinctement. (1) Les travaux préparatoires sont en soi contradictoires et doivent donc être fortement mis en question. (2) Le but de la loi de faciliter les adaptations structurelles devrait avoir le pas sur l'élément historique. (3) Le fait que la loi allemande sur la transformation, qui repose sur le principe du transfert *ex lege* des contrats lors de scissions, ait servi de modèle pour la LFus remet en question dans une large mesure les interventions durant les travaux préparatoires. (4) La solution proposée dans les interventions de Cina et Metzler est en conflit avec l'élément d'interprétation réaliste. (5) Le texte de l'art. 37 let. b LFus, spécialement l'expression de « fractions d'entreprise » qui y est utilisée, laisse fortement présumer que le législateur voulait mettre à disposition un « *Gefäss [...] für alles, was zu einem Betrieb gehört, aber nicht in die Kategorien «Aktiven» und «Passiven» passt* ». Les contrats entreraient ainsi dans ce « *Gefäss* ». Il faudrait en déduire que les contrats seraient transférés comme les actifs et les passifs, c'est-à-dire *uno actu*. (6) Enfin, on peut aussi argumenter «*dass bei einer Übertragung aller gegenwärtigen und künftigen aus einem Vertrag entstehenden Forderungen und Verpflichtungen aus vertragsrechtlichen Gründen auch das gesamte Vertragsverhältnis übergeht, inkl. sämtlicher Gestaltungsrechte aus dem Vertrag* ».

35.6.3 MARC AMSTUTZ/RAMON MABILLARD relèvent de plus ce qui suit (*op. cit.*, Intro. LFus n°s 248 et 249 et les références) :

Ces arguments sont sans doute bien fondés et nous partageons l'avis selon lequel la séparation et le transfert de patrimoine, comme instituts de la réorganisation d'entreprises, impliquent de par leur nature un transfert *uno actu* des contrats. Toute autre solution conduirait à rendre inutilisables ces formes d'adaptation de structures. Il se pose toutefois la question de savoir s'il est compatible avec les règles de la méthode juridique de résoudre le problème par voie d'interprétation. Eu égard à la clarté de la volonté du Parlement, l'élément historique ne nous paraît pas pouvoir être remis en cause (surtout pas par une interprétation téléologique, car aussi bien Cina que la Conseillère fédérale Metzler ont relevé

que la protection des tiers doit avoir la priorité sur le but général de la loi de faciliter les adaptations de structures). Dès lors, selon l'opinion soutenue ici, la seule question qui peut se poser est celle de savoir si *in casu* il y a une lacune improprement dite ou (selon la terminologie moderne) une lacune d'exception. Ou, autrement dit : sommes-nous ici en présence d'un cas dans lequel le juge est habilité à développer une solution *contra legem* ? Il convient de répondre affirmativement à cette question. En effet, le juge ne peut être lié par la loi que si celle-ci est libre de tout arbitraire. Cette condition fait défaut « *wenn eine gesetzliche Regelung gegen ein unabweisbares Verkehrsbedürfnis verstösst, sich also bereits in der Rechtswirklichkeit definitiv herausstellt, dass eine Norm den Interessen und Anschauungen der Rechtsunterworfenen diametral entgegensteht* ». Ce cas de figure qui concède au juge le pouvoir de déroger à la loi a été qualifié dans la doctrine par l'expression de « *Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs* ». Il requiert que la preuve soit apportée qu'un acte législatif est, (1) massivement et (2) sans justification objective, contraire aux attentes des cercles intéressés. Que la première de ces conditions est ici remplie résulte sans autre du fait qu'en maintenant l'exigence de l'accord des cocontractants, la séparation et le transfert de patrimoine deviendraient vraisemblablement lettre morte, quand bien même la pratique en a absolument besoin. Concernant la seconde condition, on pourrait se demander si la protection des tiers ne constitue pas un motif objectif dans le sens décrit. On peut répondre négativement, car le système de protection des créanciers de LFus 45 ss et 75 offre toutes les garanties nécessaires pour que les parties aux contrats transférés ne subissent aucun dommage. Dans cette mesure, on ne peut pas souscrire à l'opinion émise par Cina et la Conseillère fédérale Metzler au Conseil national, selon laquelle la protection des créanciers serait prioritaire. Cette opinion ne peut justifier la solution ayant eu les faveurs du Parlement. Plaide également dans ce sens le large consensus de la doctrine qui considère qu'un transfert *uno actu* des contrats doit être admis aussi bien dans le cadre de LFus 29 ss que dans celui de LFus 69 ss ».

35.6.4 Après examen de tous les arguments en présence, le Tribunal de commerce est d'avis qu'il convient de suivre la doctrine citée ci-dessus, selon laquelle le transfert des contrats *uno actu* doit être admis dans le cadre des art. 69 ss LFus conformément au but de la loi, lequel est de faciliter la restructuration des entreprises. L'interprétation téléologique de la loi doit clairement l'emporter sur son interprétation historique. Par ailleurs, le Tribunal de commerce est d'avis que la solution qui doit être retenue n'est pas « *contra legem* » (vu que l'interprétation littérale ne donne pas de réponse claire) et qu'elle ne résulte pas d'une « *Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs* » ou d'une réduction téléologique.

35.6.5 L'évolution du monde économique est de plus en plus rapide. Dans un tel contexte, il est absolument essentiel que les entreprises suisses puissent procéder de manière efficace et rapide à des restructurations qui s'imposent en vue de préserver leur compétitivité dans un environnement difficile. Il s'agit d'éléments qui peuvent tout à fait être retenus dans le cadre de l'interprétation ordinaire de la loi, sans intervention « créatrice » du juge. Si l'accord de tous les cocontractants devait être retenu pour pouvoir transférer des rapports juridiques dans le cadre des art. 69 ss LFus, cela aurait pour effet de compliquer à l'excès la restructuration des entreprises. La présente procédure est par ailleurs la preuve que l'exigence de l'accord des cocontractants n'est guère praticable, étant donné que cette exigence permettrait à n'importe quel cocontractant de remettre en cause, même plusieurs années plus tard, un transfert de patrimoine conclu en bonne et due forme et inscrit au registre du commerce. De plus, l'exigence de l'accord des cocontractants aurait pour effet de

rendre le transfert de patrimoine lettre morte et d'empêcher concrètement des restructurations indispensables. On peut imaginer un cas dans lequel une entreprise n'aurait d'autre choix, pour des motifs économiques, que de se séparer d'un pan entier de son activité commerciale, y compris tout le savoir-faire lié. Il faudrait dans un tel cas impérativement qu'elle puisse transférer également les rapports juridiques liés à cette partie de son activité commerciale, car sans cela, des cocontractants pourraient l'obliger à maintenir des rapports juridiques qu'elle n'aurait plus la possibilité d'honorer et empêcher concrètement la restructuration.

- 35.6.6 En résumé, il convient d'admettre que le transfert de patrimoine selon la LFus peut inclure des rapports juridiques et que cette inclusion ne nécessite pas l'accord des cocontractants concernés. Ce résultat pourrait certes laisser redouter certains abus, notamment en permettant théoriquement de contourner des restrictions légales au transfert de certains éléments patrimoniaux. Un tel risque d'abus ne peut toutefois pas conduire à poser l'exigence générale de l'accord du ou des cocontractants pour qu'un transfert de patrimoine selon la LFus puisse avoir lieu. L'examen d'un éventuel abus doit se faire dans le cas particulier, ce que la loi permet dans tous les cas (art. 2 CC). Pour le surplus, les créanciers apparaissent suffisamment protégés par le mécanisme de la responsabilité solidaire de l'art. 75 LFus.

VIII. De la clause d'incessibilité du contrat

36. Allégués de A._____

- 36.1 A._____ fait valoir que l'art. 34 des Conditions générales des contrats d'entreprise totale de la KBOB (édition 2010), auquel est soumis le contrat d'entreprise totale du 27 juin 2012 prévoit que chaque partie ne peut transférer ou céder le contrat ou les droits et obligations qui en découlent qu'avec l'accord écrit de l'autre partie et que celui-ci est également requis pour la mise en gage des créances qui résultent du contrat. A._____ ajoute que les contrats octroyés par elle-même se fondent sur la procédure des marchés publics, dans laquelle des critères spécifiques (conditions de participations et conditions d'aptitude) sont requis des entreprises concernées, de sorte qu'un transfert unilatéral pourrait mener à une révocation du marché public, si les critères impératifs comme notamment la capacité économique et financière de l'entreprise ne sont pas remplis par la société reprenante.
- 36.2 Vu qu'un transfert de patrimoine sans l'accord du cocontractant, à savoir « *uno actu* », a été admis ci-dessus, il convient d'examiner si une clause d'incessibilité insérée dans un contrat est en mesure d'empêcher un transfert de patrimoine au sens des art. 69 ss LFus, selon ce qui est allégué par A._____.

37. Positions doctrinales

- 37.1 Pour une partie de la doctrine, les interdictions de cession ou de reprises de dette convenues de manière standard ne suffisent pas à empêcher un transfert de patrimoine. Toutefois si l'interdiction de la cession a un but de protection particulier (caractère hautement personnel de l'obligation, capacité particulière ou solvabilité du débiteur), il convient d'examiner si cela justifie un droit de résiliation extraordinaire

du cocontractant (RALPH MALACRIDA, *op. cit.*, n° 20 ad art. 73 LFus et les références à d'autres auteurs ; voir également, sans véritable prise de position, MICHEL DUCROT, *op. cit.*, pp. 222-223).

- 37.2 Selon MALACRIDA, les accords contractuels qui visent directement à exclure certains effets de la succession universelle partielle en tant que telle ne seraient pas valables à cet égard, car l'art. 73 al. 2 LFus constituerait une norme de droit impératif que les parties ne peuvent décider de contourner. En revanche les parties seraient libres de convenir contractuellement que le transfert d'un droit ou d'un contrat déterminé à l'occasion d'un futur transfert de patrimoine requiert l'accord de l'autre partie, faute de quoi le droit ou le contrat est caduc (RALPH MALACRIDA, *op. cit.*, n° 21 ad art. 73 LFus et les références citées).
- 37.3 MARC AMSTUTZ et RAMON MABILLARD abondent dans le même sens, en précisant qu'une convention visant à exclure tout transfert ne peut en principe pas empêcher le transfert *uno actu* du contrat. Toutefois, il conviendrait selon eux de reconnaître au cocontractant un droit de retrait pour justes motifs, car les principes généraux du droit des contrats seraient sans autre applicables en cas de scission et de transfert de patrimoine (MARC AMSTUTZ/RAMON MABILLARD, *op. cit.*, Intro. LFus n° 251 ss et les références).

38. En l'espèce

- 38.1 Il convient de constater que l'interdiction de cession prévue à l'art. 34 des Conditions générales des contrats d'entreprise totale de la KBOB (édition 2010) auquel est soumis le contrat d'entreprise totale du 27 juin 2012 est générale. Elle ne permet donc pas de retenir que par cette interdiction de cession, les parties ont expressément voulu empêcher un transfert également dans le cadre d'un transfert de patrimoine. Il n'y a dès lors pas lieu de retenir que cette clause empêche le transfert du contrat dans le cas d'espèce.
- 38.2 Il est exact que les contrats octroyés par la demanderesse se fondent sur la procédure des marchés publics et obéissent donc à des critères précis, comme notamment la capacité économique et financière de l'entreprise adjudicataire. Si ces critères n'étaient pas remplis par la société reprenante, il faut retenir que seule pourrait être envisagée une révocation du marché public et non un empêchement du transfert du contrat par un transfert de patrimoine selon la LFus. Dans la mesure où un transfert de patrimoine ne peut avoir lieu que si les actifs de la société reprenante sont supérieurs aux passifs, il n'y a d'ailleurs pas de risque important à redouter. Au demeurant, il n'apparaît pas probable qu'une société adjudicataire d'un marché public opérerait un transfert de patrimoine comprenant des contrats faisant l'objet du marché en question à la légère. Il faudrait au contraire admettre qu'elle n'envisagerait cette démarche que si une restructuration s'impose impérativement, précisément pour permettre l'exécution du contrat faisant l'objet de l'adjudication. De manière générale, un but de protection spécifique ne saurait probablement guère être retenu dans le domaine très général de la construction, en particulier si la société reprenante dispose du savoir-faire nécessaire.
- 38.3 A ces considérations générales s'ajoutent des considérations plus spécifiques liées au cas d'espèce. Le contrat a été totalement exécuté et il ne s'agit que de l'exercice

de droits de garantie, si bien que les critères spécifiques liés à l'entreprise transférante en raison desquels une interdiction de cession aurait été convenue en raison d'un but de protection particulier ne sont plus aussi importants et peuvent être relativisés. En outre, A._____ n'a pas allégué que D._____ ne disposerait pas des moyens logistiques et/ou du savoir-faire nécessaire pour assumer les prestations en garantie découlant du contrat transféré.

- 38.4 Il convient dès lors d'admettre qu'une clause d'incessibilité du contrat ne peut en principe (sauf cas très particulier) pas faire obstacle à un transfert de patrimoine, ce qui s'applique spécifiquement dans la présente affaire.

IX. Conclusion quant à la validité de la substitution de partie et à l'éventuelle suspension de la procédure

39. Substitution de partie

- 39.1 Après examen des questions qui lui sont soumises, le Tribunal de commerce parvient à la conclusion que D._____ s'est valablement substituée à C._____ et est partie à la procédure HG 23 94. Le transfert de patrimoine prend effet juridiquement avec l'inscription au registre du commerce. A ce moment-là, tous les actifs et passifs mentionnés dans l'inventaire sont transférés de par la loi au sujet reprenant (art. 73 al. 2 phrases 1 et 2 LFus). La date d'inscription est celle de la réquisition au journal (GUILLAUME VIANIN, *op. cit.*, n° 40 ad art. 929 CO et n° 10 ad art. 936a CO), soit le 30 septembre 2022. Il convient dès lors de faire rétroagir les effets de la substitution de partie au jour de la litispendance, ce qui ne pose pas de problèmes particuliers, étant donné que C._____ n'a procédé à aucun acte procédural qui serait opposable (défavorablement) à D._____. Le *rubrum* des prochaines ordonnances et décisions sera corrigé en conséquence de la substitution qui a eu lieu.

40. Suspension de la procédure

- 40.1 Vu ce qui précède, il convient de constater que la présente procédure n'est pas suspendue de plein droit en vertu de l'art. 297 al. 5 LP (et non plus de l'art. 293c al. 1 LP, étant donné qu'un sursis définitif a été accordé à C._____ le 6 février 2025 pour une durée de 6 mois selon l'extrait du registre du commerce en ligne). En effet, D._____ n'est pas touchée par le sursis concordataire octroyé à C._____ et cette dernière n'est, à ce stade, pas partie à la procédure HG 23 94. Un nouvel examen de cette question devra éventuellement être fait ultérieurement (voir ch. X.42.2).

X. De la responsabilité solidaire de l'art. 75 al. 1 LFus et de ses implications procédurales

41. Généralités sur la responsabilité solidaire selon l'art. 75 al. 1 LFus

- 41.1 En vertu de l'art. 75 al. 1 LFus, l'ancien débiteur (le sujet transférant) répond pendant trois ans solidairement avec le nouveau débiteur (le sujet reprenant) des dettes

transférées qui ont été constituées avant le transfert de patrimoine. Contrairement à la scission, il s'agit ici d'un cas de véritable solidarité au sens de l'art. 143 al. 2 CO. Tant le sujet transférant que le sujet reprenant sont responsables de l'exécution de l'ensemble de la dette. Le paiement de l'un des débiteurs solidaires libère l'autre. Le caractère de cette responsabilité solidaire est inconditionnel et direct (non subsidiaire). Par conséquent, un créancier peut se retourner directement contre le sujet transférant, conformément à l'article 144 CO, sans devoir d'abord exiger l'exécution par le sujet reprenant (VON DER CRONE HANS CASPAR, GERSBACH ANDREAS, KESSLER FRANZ J., VON DER CRONE BRIGITTE, INGBER KARIN, in Das Fusionsgesetz, §5 Vermögensübertragung/ IV.-V, 2017, n^{os} 927-928 ; URS KÄGI, in Basler Kommentar, Fusionsgesetz, n° 8i ad art. 75 LFus ; sur l'aspect procédural, voir aussi MICHAEL GRABER, in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4^e éd. 2024, n° 40 ad art. 83 CPC).

42. Implications procédurales en l'espèce

- 42.1 Ainsi que le relève D. _____ dans son écriture du 22 avril 2024, la responsabilité solidaire prévue par l'art. 75 al. 1 LFus autorise une partie à modifier ses conclusions ensuite de la substitution de partie, mais elle ne l'autorise pas à s'opposer à la substitution elle-même, qui résulte de la loi (Décision du Tribunal de commerce du canton de Zurich HG 150211 du 20 juin 2018 consid. 3.3). Il est établi que A. _____ ignorait l'existence du transfert de patrimoine au moment de l'introduction de l'instance. Elle a donc actionné C. _____ en se fondant sur le contrat d'entreprise du 27 juin 2012 et des droits découlant de la garantie pour les défauts (et non en voulant se retourner contre C. _____ en sa qualité de société transférante solidairement responsable). Dans la mesure où le Tribunal de commerce retient que la titularité de ces droits est passée de par la loi à D. _____, justifiant ainsi la substitution de partie en vertu de l'art. 83 al. 4 CPC, il convient d'impartir un délai à la demanderesse pour qu'elle puisse modifier ses conclusions suite à la substitution de partie. En effet, l'art. 144 al. 1 CO prévoit que le créancier peut, à son choix, exiger de tous les débiteurs solidaires ou de l'un d'eux l'exécution intégrale ou partielle de l'obligation. La demanderesse a fait d'ailleurs valoir dans son écrit du 22 mai 2024 que si elle avait été au courant du transfert de patrimoine et de l'admission de sa validité, elle aurait agi d'une part contre D. _____, en sa qualité de titulaire principale des droits et obligations litigieux et d'autre part contre C. _____, en vertu de la responsabilité solidaire prévue par l'art. 75 al. 1 LFus, les conditions de la consorité simple étant manifestement réunies. Cette remarque est justifiée, dans la mesure où A. _____ a agi de bonne foi et que ce n'est pas à elle de subir d'un point de vue procédural l'absence d'information par C. _____, respectivement D. _____.
- 42.2 Un délai de deux mois sera dès lors imparti à la demanderesse pour qu'elle puisse dire si elle entend diriger son action aussi contre C. _____ et déposer le cas échéant son mémoire de demande modifié. En cas de recours contre la présente décision, ce délai sera annulé et un nouveau délai sera fixé en temps voulu, s'il y a lieu.

- 42.3 Il est précisé que si A. _____ choisit de diriger son action aussi contre C. _____, un nouvel examen de la question de la suspension de la procédure devra être effectué, ce qu'il conviendra de réserver expressément dans le dispositif de la présente décision.

XI. Frais et dépens

43. Aux termes de l'art. 104 al. 1 et 2 CPC, le tribunal statue sur les frais en règle générale dans la décision finale ; en cas de décision incidente (art. 237 CPC), les frais encourus jusqu'à ce moment peuvent être répartis.
44. En l'espèce, la présente est une décision incidente, respectivement finale. Il n'y a pas lieu de prélever de frais à la charge de C. _____, ni par ailleurs de F. _____ qui n'ont pas participé à l'échange d'écritures concernant la substitution de partie et n'ont pas pris de conclusions. En conséquence, le Tribunal de commerce décide de joindre au fond les frais engendrés par la présente décision, en précisant qu'ils seront fixés et prélevés dans la procédure opposant A. _____ et D. _____.
45. En ce qui concerne la question des dépens, la présente décision est, à ce stade, une décision finale concernant C. _____. Vu qu'il n'a pas encore été statué sur le principe de l'appel en cause, il ne peut être établi, à ce stade de la procédure si F. _____ y participera ou non. Il convient dès lors de statuer de manière définitive sur les dépens en lien avec la présente décision concernant C. _____ et F. _____. C. _____ et F. _____ n'ont ni requis l'allocation de dépens ni participé aux échanges d'écritures concernant la question de savoir si D. _____ s'était valablement substituée à C. _____. Elles n'ont donc pas droit à des dépens. Pour le reste, les dépens sont joints au fond.

Le Tribunal de commerce décide :

1. Il est constaté que D._____ s'est valablement substituée à C._____ et qu'elle est partie défenderesse (reprenante) dans la présente procédure HG 23 94 au sens de l'art. 83 CPC, les effets de la substitution remontant au jour de la litispendance. Le *rubrum* des futures ordonnances et décisions sera modifié en conséquence.
2. Il est constaté, à ce stade, que la procédure HG 23 94 n'est pas suspendue de par la loi en raison du sursis concordataire définitif accordé à C._____. L'instruction de l'affaire sera poursuivie, à moins qu'une modification de la demande ne commande un nouvel examen de cette question.
3. Un délai de **2 mois dès réception de la présente décision** est imparti à A._____ pour :
 - 3.1 indiquer si elle souhaite modifier sa demande et la diriger également contre C._____ en tant que débitrice solidairement responsable ;
 - 3.2 déposer le cas échéant son mémoire de demande modifié.
4. Il n'est pas perçu de frais à la charge de C._____ et de F._____. Pour le surplus, les frais liés à la présente décision sont joints au fond dans la procédure opposant A._____ et D._____.
5. Il n'est pas alloué de dépens à C._____ et à F._____. Pour le surplus, les dépens liés à la présente décision sont joints au fond dans la procédure opposant A._____ et D._____.
6. A notifier:
 - à A._____ par M^e B._____
 - à C._____
 - à D._____, par M^e E._____
 - à F._____, par M^e G._____

Berne, le 7 avril 2025
(Expédition le 24 avril 2025)

Au nom du Tribunal de commerce
Le Président e.r. :

Niklaus, Juge d'appel

La Greffière :

Horisberger

Voies de recours

(Valeur litigieuse : supérieure à CHF 30'000.00)

Dans les 30 jours dès sa notification écrite, la présente décision incidente, respectivement finale, peut faire l'objet d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral au sens des art. 39 ss, 72 ss et 90 ss LTF. Dans la mesure où elle est une décision incidente, elle n'est susceptible de recours que si elle est susceptible de causer un préjudice irréparable. Les motifs du recours sont mentionnés aux art. 95 ss LTF.

Le recours en matière civile, motivé par écrit et signé, doit respecter les conditions de forme prescrites à l'art. 42 LTF et être adressé au Tribunal fédéral (Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14).

La qualité pour recourir en matière civile est régie par l'art. 76 LTF.