

# La fusion transfrontalière de sociétés en droit suisse

Florence GUILLAUME

*Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel  
Avocate*

## SOMMAIRE

	Introduction .....	235
Section 1.	Le régime des sociétés en droit international privé suisse. .	236
Section 2.	La fusion internationale .....	238
Section 3.	Le contrat de fusion. ....	247
Section 4.	La scission, le transfert de patrimoine et le transfert de société. ....	248
	Conclusion .....	254

## INTRODUCTION

La fusion transfrontalière de sociétés existe en droit suisse depuis longtemps. La possibilité de mettre en œuvre une fusion au niveau international était admise en pratique<sup>1</sup>, même avant d'avoir été codifiée dans la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)<sup>2</sup>.

Depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2004, les articles 161 à 164b LDIP offrent un corps de règles de conflit complet régissant quatre formes de restructurations transfrontalières : le transfert international de société, la fusion internationale, la scission internationale et le transfert de patrimoine international. Ces trois dernières formes de restructurations peuvent être mises en œuvre selon les modalités prévues en droit interne dans la loi fédérale sur la fusion (LFus)<sup>3</sup>. En revanche, cette loi n'est pas applicable au transfert international de société qui est une forme de restructuration purement internationale. Lorsque la restructuration concerne une société inscrite au registre du commerce suisse, l'enregistrement s'opère aux conditions fixées dans l'Ordonnance sur le registre du commerce (ORC)<sup>4</sup>.

Il ressort de statistiques établies entre juillet 2004 et juillet 2009<sup>5</sup> qu'environ trois quarts des restructurations transfrontalières enregistrées en Suisse sont réalisées sous la forme d'un transfert de société. La majorité de ces transferts sont des cas d'immigration de société. Le quart restant correspond à des fusions, dont une très grande partie se réalise vers la Suisse. Pendant la période examinée, toutes les fusions transfrontalières enregistrées en Suisse ont eu lieu sous la forme d'une absorption. Il s'agit le plus souvent d'absorptions par une société suisse d'une société du même groupe située en terres étrangères, fréquemment *off shore*. Aucun cas de scission internationale ni de transfert de patrimoine international n'a été enregistré pendant cette période.

On rappellera que les règles de droit européen ne sont pas applicables lorsqu'une société régie par le droit suisse participe à une restructuration transfrontalière, dès lors que la Suisse n'est pas membre de l'Union européenne. Une telle société ne peut pas bénéficier des règles applicables à la fusion intracommunautaire<sup>6</sup>, ni se prévaloir des principes

<sup>1</sup> Voy. G. KAUFMANN-KOHLER et F. GUILLAUME, in PETER *et al.* (éd.), *Commentaire LFus*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich, 2011, art. 163a LDIP, n° 2.

<sup>2</sup> Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP; RS 291).

<sup>3</sup> Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 3 octobre 2003 (LFus; RS 221.301).

<sup>4</sup> Ordonnance sur le registre du commerce du 17 octobre 2007 (ORC; RS 221.411).

<sup>5</sup> Ces statistiques ont été établies dans le cadre d'un projet de recherche du Fonds national suisse de la recherche scientifique (FNS) piloté par l'Université de Genève; elles ont été relatées par C. KLEINER, «Les restructurations en droit civil et en droit international privé – Un état des lieux en droit international privé», in PETER et DUTOIT (éd.), *Les restructurations en droit des sociétés, du travail et international privé*, Genève/Zurich/Bâle, 2010, pp. 251-270.

<sup>6</sup> Dir. 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux du 26 octobre 2005 (*J.O.U.E.*, n° L 310 du 25 novembre 2005, p. 1); Dir. 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statu-

de droit communautaire, comme par exemple la liberté d'établissement<sup>7</sup>. Les aspects internationaux de l'opération sont donc réglés uniquement par les règles de droit international privé de chaque État concerné.

### SECTION 1. LE RÉGIME DES SOCIÉTÉS EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ SUISSE

Comme une restructuration transfrontalière ne peut être effectuée que par une société, il n'est pas inutile de définir la notion de société en droit international privé suisse. Quelques mots sur la méthode retenue en droit suisse pour déterminer le droit applicable à une société permettront de délimiter le cadre juridique dans lequel s'inscrit une restructuration transfrontalière à laquelle participe une société régie par le droit suisse.

#### § 1. La notion de société

La notion de société est définie de façon extrêmement large en droit international privé suisse : est qualifiée de société « toute société de personnes organisée » et « tout patrimoine organisé » (art. 150, al. 1 LDIP). Lorsqu'une entité n'est pas suffisamment organisée, elle est régie par les règles applicables aux contrats (art. 150, al. 2 LDIP). Le critère de l'organisation est donc déterminant pour distinguer les sociétés des contrats.

Ce critère, qui laisse une marge d'appréciation importante, présente l'avantage que des formes d'organisation sociale existant dans les droits étrangers mais inconnues du droit matériel suisse peuvent être qualifiées de sociétés en droit international privé<sup>8</sup>. Ces entités peuvent participer à une restructuration internationale, à condition toutefois que toutes les conditions requises pour sa mise en œuvre soient remplies<sup>9</sup>. Il est en particulier nécessaire que le droit applicable à l'entité considérée l'autorise à participer à une restructuration transfrontalière et que cette opération puisse être également réalisée du point de vue du droit international privé des autres États concernés.

Par exemple, le trust peut être qualifié de société quand bien même il n'est pas possible d'en constituer un en droit suisse. Toutefois, depuis

le 1<sup>er</sup> juillet 2007, des règles de conflit spécifiques au trust ont été introduites dans la LDIP<sup>10</sup>. Ces règles s'appliquent notamment pour définir la notion de trust et déterminer le droit applicable. En revanche, elles ne sont d'aucune utilité en cas de restructuration internationale impliquant un trust. Pour ce cas de figure, les articles 161 à 164b LDIP pourraient être appliqués, dès lors que le trust peut être qualifié de société au sens de l'article 150, alinéa 1 LDIP. Toutefois, en l'état, le droit suisse ne permet pas de réaliser une opération de restructuration vers ou depuis la Suisse impliquant un trust.

#### § 2. La détermination de la loi applicable à la société (*lex societatis*)

Le critère de rattachement des sociétés retenu en droit international privé suisse est celui de l'incorporation (art. 154, al. 1 LDIP) : les sociétés sont régies par le droit de l'État dans lequel elles ont accompli les formalités de constitution, autrement dit le droit de l'État en vertu duquel elles sont organisées<sup>11</sup>. Ce critère présente l'avantage d'offrir une certaine sécurité, car l'État de constitution est facilement identifiable, ainsi qu'une certaine stabilité, car la *lex societatis* ne change que dans les circonstances exceptionnelles d'une restructuration transfrontalière. Il favorise également la liberté des fondateurs de choisir la loi applicable à la société qu'ils entendent constituer. Cette liberté de choix subsiste au cours de la vie de la société, puisque ses dirigeants peuvent changer la *lex societatis* tout en maintenant l'identité de la société (au moyen d'un transfert international de société) ou modifier la structure de son patrimoine (au moyen d'une fusion internationale, d'une scission internationale ou d'un transfert de patrimoine international) en fonction de motifs économiques, fiscaux ou juridiques<sup>12</sup>. En conséquence, le système de rattachement des sociétés choisi en droit international privé suisse assure autant que possible la mobilité des sociétés helvétiques souhaitant émigrer à l'étranger et celle des sociétés étrangères souhaitant immigrer en Suisse.

À titre subsidiaire, le critère de rattachement à l'État de l'administration de fait de la société intervient à la place de celui de l'incorporation dans deux situations (art. 154, al. 2 LDIP)<sup>13</sup> : d'une part, lorsque la société n'a pas respecté les conditions constitutives de fondation (notamment en relation avec les formalités de publicité ou d'enregistrement

taire d'une SE ou d'une SCE d'un Etat membre à un autre (J.O.U.E., n° L 310 du 25 novembre 2009, p. 34).

<sup>7</sup> Art. 49 et 54 TFUE (anciens art. 43 et 48 du Traité CE). Une société régie par le droit suisse ne peut, en particulier, pas invoquer la jurisprudence SEVIC de la Cour de justice des Communautés européennes (C.J.C.E., 13 décembre 2005, SEVIC Systems AG, aff. C-411/03, Rec., 2005, p. I-1085), selon laquelle la fusion intracommunautaire est une modalité d'exercice de la liberté d'établissement.

<sup>8</sup> Sur la notion de société en droit international privé suisse, voy. F. GUILLAUME, *Lex societatis – Principes de rattachement des sociétés et correctifs institués au bénéfice des tiers en droit international privé suisse*, Zurich, 2001, pp. 11 et s.

<sup>9</sup> Voy. *infra*, section 2.

<sup>10</sup> Les art. 149a à 149d LDIP complètent la Convention de La Haye, du 1<sup>er</sup> juillet 1985, relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (CLaH-Trust), laquelle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2007 pour la Suisse. Voy. à ce sujet F. GUILLAUME, « Trust, réserves héréditaires et immeubles », *Pratique Juridique Actuelle* (PJA), 2009, pp. 33-46.

<sup>11</sup> Voy. F. GUILLAUME, *Lex societatis*, op. cit., pp. 115 et s. et pp. 189 et s.

<sup>12</sup> La doctrine admet à ce sujet que les associés d'une société régie par le droit suisse n'ont pas de droit à ce que la société reste toujours régie par le droit suisse. Voy. D. GIRSBERGER et R. RODRIGUEZ, in HONSELL, VOGT, SCHNYDER et BERTI (éd.), *Basler Kommentar – Internationales Privatrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle, 2007, art. 163 LDIP, n° 11.

<sup>13</sup> Voy. F. GUILLAUME, *Lex societatis*, op. cit., pp. 191 et s.

dans un registre public) prévues dans le droit de l'État en vertu duquel elle s'est organisée et, d'autre part, lorsqu'il n'est pas possible de déterminer de façon certaine le droit de l'État de constitution de la société. Cette deuxième hypothèse peut se produire notamment lorsque la société n'est pas soumise à des formalités de publicité ou d'enregistrement spécifiques.

## SECTION 2. LA FUSION INTERNATIONALE

La principale difficulté d'une fusion internationale réside dans la nécessité de coordonner les lois applicables aux sociétés participant à l'opération. Cette coordination est essentielle pour éviter la création de rapports juridiques boiteux. Elle n'est possible que si les modalités de mise en œuvre d'une fusion prescrites par les ordres juridiques concernés présentent une certaine compatibilité.

### § 1. Notion

La fusion est une opération transfrontalière lorsque les sociétés participantes sont régies par des lois différentes. Le droit régissant chacune des sociétés est déterminé en appliquant les règles de droit international privé de l'État concerné<sup>14</sup>. En droit suisse, le critère de l'incorporation est en principe applicable (art. 154, al. 1 LDIP)<sup>15</sup>. Les modalités de mise en œuvre d'une fusion internationale sont essentiellement les mêmes que pour une fusion purement interne, autrement dit entre sociétés régies par le même droit.

En droit suisse, une fusion de sociétés peut être mise en œuvre selon les modalités figurant dans la LFus<sup>16</sup>. Celle-ci prévoit deux formes de fusion (art. 3, al. 1 LFus) : la reprise d'une société par une autre («fusion par absorption») et la réunion de deux ou plusieurs sociétés en une seule («fusion par combinaison»). En outre, il est possible de réaliser des fusions simplifiées de sociétés de capitaux, en particulier dans le cadre de fusions intragroupes<sup>17</sup>, de même que des fusions d'assainissement<sup>18</sup>.

Les éléments essentiels d'une fusion retenus en droit suisse sont les suivants :

<sup>14</sup> D. GIRSBERGER et R. RODRIGUEZ, in *Basler Kommentar – Internationales Privatrecht*, op. cit., art. 163a LDIP, n° 2; B. DUTOIT, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 4<sup>e</sup> éd., Bâle/Genève/Munich 2005, art. 163a LDIP, n° 2.

<sup>15</sup> Voy. supra, section 1, § 2.

<sup>16</sup> Voy. les art. 3 et s. LFus. R. TRIGO TRINDADE, in PETER et al. (éd.), *Commentaire LFus*, op. cit., art. 3 et s. LFus; M. AMSTUTZ et R. MABILLARD, *Fusionsgesetz (FusG) – Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003*, Bâle, 2008, art. 3 et s. LFus; WATTER, VOGT, TSCHÄNI et DAENIKER (éd.), *Basler Kommentar – Fusionsgesetz*, Bâle/Genève/Munich, 2005, art. 3 et s. LFus.

<sup>17</sup> Voy. les art. 23 et 24 LFus.

<sup>18</sup> Voy. l'art. 6 LFus. La fusion d'assainissement intervient lorsque la moitié du capital et des réserves légales n'est plus couverte ou lorsque l'actif ne couvre plus les dettes.

- 1) la réunion juridique de deux sociétés ou plus (les sociétés transférentes) en une seule société (la société reprenante);
- 2) le transfert à la société reprenante de l'ensemble des actifs et passifs de la ou des sociétés transférentes par succession universelle;
- 3) l'attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat de la société reprenante aux associés de la ou des sociétés transférentes; et
- 4) la dissolution sans liquidation de la ou des sociétés transférentes.

La continuité du sociétariat au sein de la société reprenante est un principe cardinal du droit suisse. La fusion ne doit pas entraîner une détérioration de la situation des associés de la ou des sociétés transférentes au sein de la société reprenante. Le rapport d'échange doit donc être adéquat (art. 7 LFus). Si nécessaire, l'attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat doit être complétée par le versement d'une soulte, laquelle ne doit toutefois pas dépasser un dixième de la valeur réelle des parts sociales attribuées. À titre exceptionnel, les associés de la ou des sociétés transférentes peuvent avoir le choix, ou même être contraints, de renoncer à tout ou partie de leur sociétariat au sein de la société reprenante. Dans un tel cas, ils doivent recevoir un dédommagement adéquat en espèces ou d'une autre nature (art. 8 LFus).

### § 2. Les règles de conflit applicables

La fusion internationale est régie essentiellement par les articles 163a et 163b LDIP. Ces dispositions sont complétées par plusieurs normes traitant notamment des formalités en relation avec l'enregistrement de la fusion au registre du commerce (art. 164 LDIP et art. 146 ORC), ainsi que de la compétence directe des autorités suisses pour traiter des prétentions issues d'une procédure de fusion (art. 164a LDIP).

#### I. Les conditions essentielles

Une fusion transfrontalière ne peut être mise en œuvre que si plusieurs conditions essentielles sont respectées. Ces conditions s'ajoutent à celles prescrites pour une fusion interne, de manière à prendre en compte le caractère international de l'opération. Leur respect est impératif pour que la fusion puisse déployer des effets juridiques dans tous les ordres juridiques concernés.

La première condition de base est que la *lex societatis* de chacune des sociétés participantes doit autoriser la réalisation d'une fusion transfrontalière. Du point de vue du droit suisse, il est suffisant que le droit étranger admette implicitement la possibilité de faire une fusion transfrontalière<sup>19</sup>. Le silence de la loi étrangère ne s'oppose donc pas à la mise en œuvre d'une fusion transfrontalière<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Conseil fédéral, Message concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (loi sur la fusion; LFus) du 13 juin 2000, *FF*, 2000, pp. 3995 et s., n° 2.2.3.2, p. 4151.

<sup>20</sup> On retrouve la même condition par exemple en droit luxembourgeois : l'art. 257, al. 3 de la loi du 10 août 1915 (telle que modifiée par la loi du 23 mars 2007) prévoit qu'une

La seconde condition réside dans la nécessité de coordonner les lois en présence, de manière à ce que la fusion puisse déployer des effets juridiques sous l'empire de chacune d'elles. Une fusion internationale ne peut ainsi être réalisée qu'en respectant les conditions matérielles fixées par la *lex societatis* de chacune des sociétés participantes. Ces lois doivent par conséquent prévoir la possibilité de réaliser une fusion selon des modalités semblables. Lorsque la *lex societatis* de l'une d'entre elles prescrit des conditions impératives incompatibles avec celles imposées par la *lex societatis* de l'une des autres sociétés, la fusion ne pourra pas être mise en œuvre.

À ce titre, il est intéressant de relever que la notion de fusion retenue en droit matériel suisse<sup>21</sup> est très proche de celle existant en droit communautaire<sup>22</sup>. La principale différence réside dans le fait que le droit suisse permet d'offrir le choix, voire de contraindre, les associés de la société transférante d'accepter un dédommagement en lieu et place de parts sociales ou de droits de sociétariat de la société reprenante (art. 8 LFus). Dans un tel cas, la décision de fusion doit être approuvée à une majorité de 90% des associés de la société transférante (art. 18, al. 5 LFus). Une autre différence réside dans le mode de calcul de la valeur d'une éventuelle soule en espèces : le droit suisse prévoit qu'elle ne doit pas dépasser un dixième de la valeur réelle des parts sociales attribuées (art. 7, al. 2 LFus), contre 10% de la valeur nominale desdites parts en droit communautaire (art. 3, al. 1 Dir. 78/855/CEE).

La coordination des lois en présence soulève une difficulté particulière s'agissant des formes de sociétés pouvant participer à une fusion internationale. Il doit s'agir dans tous les cas d'une société au sens du droit international privé. En droit suisse, aussi bien les sociétés de personnes organisées que les patrimoines organisés sont qualifiés de sociétés (art. 150, al. 1 LDIP)<sup>23</sup>. Plus précisément, seules les sociétés qui sont autorisées à opérer une fusion selon leur *lex societatis* peuvent participer à une fusion internationale. En droit suisse, il s'agit notamment des sociétés de capitaux (sociétés anonymes, sociétés en commandite par actions, sociétés à responsabilité limitée), ainsi que certaines sociétés de personnes (sociétés en nom collectif, sociétés en commandite et sociétés coopératives)<sup>24</sup>. Le critère qui doit être retenu pour déterminer si les sociétés concernées peuvent fusionner réside dans la compatibilité de leurs formes juridiques<sup>25</sup>. Cette compatibilité doit être vérifiée de cas en

société régie par le droit luxembourgeois peut fusionner avec une société régie par un droit étranger «pour autant que le droit national de cette dernière [...] ne s'y oppose pas». Voy. P.-H. CONAC, «La fusion transfrontalière en droit luxembourgeois», cet ouvrage, p. 61.

<sup>21</sup> Voy. *supra*, section 2, §1.

<sup>22</sup> Voy. la directive 78/855/CEE du Conseil concernant les fusions des sociétés anonymes du 9 octobre 1978 (J.O.C.E., n° L 295 du 20 octobre 1978, p. 36).

<sup>23</sup> Voy. *supra*, section 1, §1.

<sup>24</sup> Le régime légal des sociétés est défini aux art. 552 et s. du Code des obligations du 30 mars 1911 (CO; RS 220).

<sup>25</sup> Cette exigence correspond à celle requise par l'art. 146, al. 1, litt. c ORC pour procéder à l'enregistrement de la fusion au registre du commerce. Voy. *infra*, section 2, §2, II, B.

cas en fonction de l'organisation structurelle des sociétés impliquées dans l'opération de restructuration<sup>26</sup>. L'aspect crucial, à ce titre, est le rapport entre les associés et la société. En particulier, une forme de société qui prévoit une responsabilité subsidiaire de ses associés ne peut pas être fusionnée dans une société dont la forme implique une exclusion de la responsabilité de ses associés<sup>27</sup>. À ce titre, les formes de fusion autorisées en droit interne offrent des indices utiles pour déterminer la compatibilité des sociétés. Il n'est toutefois pas possible d'appliquer le *numerus clausus* des fusions autorisées en droit interne (art. 4 LFus) dans un cadre international, dès lors que les formes d'organisation sociale ne sont pas identiques dans tous les ordres juridiques<sup>28</sup>. Pour cette même raison, la dénomination de la forme de société n'importe pas : sa structure et son régime légal sont seuls déterminants.

## II. La fusion par immigration

La fusion par immigration vise l'hypothèse d'une fusion vers la Suisse. La société transférante est régie par un droit étranger, alors que la société reprenante est régie par le droit suisse.

### A) Le respect des conditions essentielles

Les conditions qui doivent être réunies pour mettre en œuvre une fusion par immigration sont fixées à l'article 163a LDIP<sup>29</sup>. Cette disposition reprend les conditions de base qui viennent d'être exposées en les précisant.

Tout d'abord, une fusion internationale ne peut être réalisée que si la *lex societatis* de chacune des sociétés participantes autorise une telle opération de restructuration (art. 163a, al. 1 LDIP). En outre, les sociétés participantes doivent avoir des formes d'organisation sociale compatibles. La preuve de cette compatibilité doit être fournie au moment de l'enregistrement de la fusion au registre du commerce (art. 146, al. 1, litt. c ORC). Enfin, les conditions matérielles fixées par la *lex societatis* étrangère de la société transférante (art. 163a, al. 1 LDIP) ainsi que celles figurant dans le droit suisse applicable à la société reprenante (art. 163a, al. 2 LDIP) doivent être respectées.

À ce sujet, le texte final adopté par le législateur suisse n'est pas très clair sur la question de savoir s'il convient d'appliquer les conditions

<sup>26</sup> Voy. G. KAUFMANN-KOHLER et F. GUILLAUME, in PETER et al. (éd.), *Commentaire LFus*, op. cit., art. 163a LDIP, n° 3; D. GIRSBERGER et R. RODRIGUEZ, in *Basler Kommentar – Internationales Privatrecht*, op. cit., art. 163a LDIP, n° 12.

<sup>27</sup> Voy., *mutatis mutandis*, Th. VOGT, *Fragen des Handelsregisterrechts bei Sitzverlegung in die Schweiz*, Reprax, 2008, pp. 114-123 (116).

<sup>28</sup> Du même avis : G. KAUFMANN-KOHLER et F. GUILLAUME, in PETER et al. (éd.), *Commentaire LFus*, op. cit., art. 163a LDIP, n° 3; D. GIRSBERGER et R. RODRIGUEZ, in *Basler Kommentar – Internationales Privatrecht*, op. cit., art. 163a LDIP, n° 14.

<sup>29</sup> Voy. G. KAUFMANN-KOHLER et F. GUILLAUME, in PETER et al. (éd.), *Commentaire LFus*, op. cit., art. 163a LDIP; D. GIRSBERGER et R. RODRIGUEZ, in *Basler Kommentar – Internationales Privatrecht*, op. cit., art. 163a LDIP.

prescrites par toutes les lois en présence de façon cumulative ou distributive. Il ressort des travaux législatifs que l'idée de base était d'appliquer cumulativement les conditions matérielles fixées par la *lex societatis* de chacune des sociétés participantes. Toutefois, le législateur suisse a précisé que, même si ces conditions doivent en principe s'appliquer de façon cumulative, il convient néanmoins de tenir compte des intérêts qu'elles visent à protéger<sup>30</sup>. Par exemple, la société transférante régie par un droit étranger n'a pas besoin de respecter les conditions fixées par le droit suisse en vue de protéger les intérêts des associés d'une société transférante. Ces conditions visent à éviter qu'il ne soit porté atteinte à des intérêts helvétiques dignes de protection et n'ont donc pas à être appliquées dans le cadre d'une fusion par immigration, puisque celle-ci ne touche pas à de tels intérêts. En revanche, la société transférante devra bien entendu respecter les conditions correspondantes prescrites par sa propre *lex societatis*.

Cette approche pragmatique doit être suivie en pratique. Dans la mesure où il est souvent inutile, voire impossible, d'appliquer toutes les conditions matérielles exigées par toutes les lois en présence à toutes les sociétés participantes, il faut admettre que seules certaines de ces conditions doivent être appliquées de façon cumulative. Il s'agit des modalités de la fusion qui sont communes à toutes les sociétés participantes. On peut citer à titre d'exemple les questions relatives au contenu et à la forme du contrat de fusion. Pour cette première catégorie de conditions, l'application cumulative des lois en présence est indispensable. Lorsque les conditions prescrites ne sont pas compatibles, il convient d'appliquer celles qui sont les plus strictes. Par exemple, si un droit exige que le contrat de fusion soit passé en la forme authentique<sup>31</sup>, cette exigence de forme doit être impérativement respectée. En revanche, il est suffisant que chacune des sociétés participantes respecte les conditions de la fusion prescrites par sa propre *lex societatis* qui ne sont pas communes à toutes les sociétés participantes. Ces conditions ne sont en effet pas à proprement parler internationales. Il s'agit par exemple des conditions pour prendre la décision de fusion (désignation de l'organe chargé d'approuver le contrat de fusion, conditions de quorum et de majorité), des conditions d'une augmentation du capital (pour la société reprenante), etc. Le fait que chacune des sociétés participantes respecte les conditions prescrites par sa propre *lex societatis* est suffisant pour ce type de conditions.

### B) Le droit applicable à la fusion par immigration

Le législateur suisse est parti du principe que l'ordre juridique régissant la société reprenante est celui qui présente les liens les plus étroits

<sup>30</sup> Conseil fédéral, Message concernant la loi fédérale sur la fusion, *op. cit.*, n° 2.2.3.2, p. 4151.

<sup>31</sup> Seule la forme écrite est requise en droit suisse (art. 12, al. 2 LFus). Voy. *infra*, section 3, §1.

avec une opération de fusion<sup>32</sup>. La fusion par immigration est donc régie par le droit suisse (art. 163a, al. 2 LDIP). Celui-ci s'applique notamment au transfert de l'ensemble des droits et obligations de la société transférante à la société reprenante.

En outre, toutes les dispositions impératives du droit suisse doivent bien entendu être respectées. Il s'agit en particulier des dispositions de la loi fédérale sur les cartels<sup>33</sup>, de la loi fédérale sur les bourses<sup>34</sup>, ainsi que les lois fiscales<sup>35</sup>.

Le moment d'effectivité de la fusion n'est pas précisé dans la LDIP. Il convient donc d'appliquer les dispositions du droit interne par analogie. En droit suisse, la fusion déploie ses effets juridiques au moment de son inscription au registre du commerce suisse (art. 22, al. 1 LFus). Cette inscription a un effet constitutif. Elle entraîne automatiquement le transfert *uno actu* de tous les actifs et passifs de la société transférante à la société reprenante, ainsi que le transfert des parts sociales ou des droits de sociétariat. Lorsque la société n'est pas inscrite au registre du commerce, la fusion est effective dès que la décision de fusion a été adoptée par toutes les sociétés participantes (art. 22, al. 2 LFus, appliqué par analogie).

### C) La procédure de fusion

La procédure de fusion est décrite dans la LFus (art. 9 et s. LFus) ainsi que dans l'ORC. Celle-ci est applicable lorsque la société régie par le droit suisse est inscrite au registre du commerce. Dans ce cas, la fusion doit y être enregistrée pour être effective (art. 22, al. 1 LFus).

L'enregistrement de la fusion au registre du commerce doit être fait conformément aux modalités prévues par le droit suisse (art. 128 et s. ORC). Il doit être requis par l'organe supérieur de direction ou d'administration de la société reprenante dès que la décision de fusion a été prise (art. 21, al. 1 LFus; art. 130, al. 1 ORC). La réquisition d'inscription doit être adressée à l'Office du registre du commerce du canton dans lequel se trouve le siège de la société reprenante (art. 130, al. 2 ORC). Les cantons ont en effet la compétence de tenir le registre du commerce (art. 3 ORC). La décision finale d'autoriser ou non l'enregistrement de la fusion revient cependant à l'Office fédéral du registre du commerce (OFRC) à Berne. La réquisition d'inscription de la fusion doit contenir toutes les données requises pour une fusion de sociétés suisses et être

<sup>32</sup> Conseil fédéral, Message concernant la loi fédérale sur la fusion, *op. cit.*, n° 2.2.3.2, p. 4151.

<sup>33</sup> Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (LCart; RS 251).

<sup>34</sup> Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 24 mars 1995 (LBVM; RS 954.1).

<sup>35</sup> Concernant la réglementation fiscale applicable en matière de restructurations internationales, voy. X. OBERSON et P.-M. GLAUSER, in PETER et al. (éd.), *Commentaire LFus, op. cit.*, ad dispositions fiscales; R. DANON, «Restructurations internationales de sociétés de capitaux. Analyse comparative du droit suisse et européen», *Archives de droit fiscal suisse* (ASA), 2005, pp. 257-312.

accompagnée de plusieurs pièces justificatives (art. 131 et 146, al. 1 ORC)<sup>36</sup>. Il s'agit en particulier des documents suivants :

- le contrat de fusion<sup>37</sup>;
- le bilan de fusion de la société transférante. La date de clôture du bilan ne doit pas être antérieure de plus de six mois à celle de la conclusion du contrat de fusion (art. 11, al. 1 LFus). Celui-ci doit donc être conclu avant le 30 juin si la fusion s'opère sur la base du bilan révisé au 31 décembre. À défaut, il est nécessaire d'établir un bilan intermédiaire. Le bilan de fusion contient notamment l'indication de la valeur totale des actifs et passifs transférés. Il peut être établi conformément aux principes comptables de la loi applicable à la société transférante, sans qu'il soit nécessaire de le convertir en un bilan conforme aux exigences comptables du droit suisse. En particulier, les montants inscrits au bilan n'ont pas besoin d'être convertis en francs suisses;
- les décisions de fusion de chacune des sociétés adoptées par leur organe compétent. Ces décisions doivent en principe être prises en la forme authentique (art. 20, al. 1 LFus), sauf dans l'hypothèse d'une fusion intragroupe (art. 23 et 24 LFus);
- les rapports de révision de chacune des sociétés. Ces rapports ne sont pas requis dans l'hypothèse d'une fusion intragroupe (art. 23 et 24 LFus);
- un document attestant l'existence légale à l'étranger de la société transférante. Cette attestation doit au moins contenir l'indication de la raison sociale de la société transférante, sa forme juridique et son siège. Elle a en principe la forme d'un extrait certifié conforme du registre du commerce étranger dans lequel est enregistrée la société transférante (si possible muni d'une apostille). À défaut de registre du commerce ou d'institution semblable (publique ou privée) répertoriant les sociétés dans l'État d'origine de la société transférante ou d'autorité pouvant émettre cette attestation, il est possible de fournir un *certificate of incorporation* ou un *certificate of good standing* (si possible muni d'une apostille), voire un *affidavit* (déclaration écrite sous serment). Exceptionnellement, le registre du commerce peut aussi exiger un avis de droit émis par un expert indépendant (notaire, avocat, professeur d'université, etc.) confirmant que le droit en question ne connaît pas l'institution du registre du commerce (ou qu'il n'existe pas d'obligation de s'inscrire à celui-ci), qu'aucune attestation légalisée ne peut être obtenue en la matière, mais que la société existe néanmoins;
- un document émis par l'autorité étrangère compétente attestant de la légalité de la fusion transfrontalière au regard de son droit. Cette attestation doit en principe être faite par l'homologue étranger de

<sup>36</sup> Sur les modalités pratiques de l'opération, voy. F. GUILLAUME et S. EBERHARD, «Les restructurations internationales de sociétés», in PETER et DUTOIT (éd.), *Les restructurations*, op. cit., pp. 271-295, spéc. pp. 284-294.

<sup>37</sup> Voy. *infra*, section 3.

l'Office fédéral du registre du commerce. Dans l'hypothèse où cette autorité considère qu'une telle attestation sort de son domaine de compétence ou en l'absence d'autorité homologue dans l'État d'origine de la société transférante, l'obtention de cette attestation peut poser des difficultés en pratique. La notion d'autorité étrangère doit s'entendre dans un sens large et peut viser aussi par exemple un notaire étranger<sup>38</sup>. Il n'est pas nécessaire que l'autorité étrangère autorise la fusion envisagée : il suffit qu'elle confirme sa légalité en vertu du droit étranger applicable à la société transférante;

- la preuve de la compatibilité des entités juridiques qui fusionnent. Ce document peut être fourni par exemple sous la forme d'un avis de droit émis par une autorité de l'État concerné, voire par un expert indépendant (notaire, avocat, professeur d'université, etc.). Le registre du commerce accepte notamment qu'elle soit émise par l'Institut suisse de droit comparé sis à Lausanne<sup>39</sup>.

### III. La fusion par émigration

La fusion par émigration est traitée à l'article 163b LDIP<sup>40</sup>. Elle vise l'hypothèse d'une fusion vers l'étranger. La société transférante est régie par le droit suisse, alors qu'un droit étranger est applicable à la société reprenante.

Le droit étranger régissant la société reprenante est applicable à la fusion par émigration (art. 163b, al. 4 LDIP). Les conditions qui doivent être respectées et la procédure qui doit être suivie pour mettre en œuvre une fusion par émigration sont les mêmes que celles d'une fusion par immigration<sup>41</sup>. Toutefois, certaines conditions supplémentaires sont imposées pour protéger les intérêts des personnes dont les droits pourraient être compromis par l'opération de restructuration. Une fusion par émigration est en effet susceptible de porter atteinte à des intérêts helvétiques dignes de protection, et en particulier ceux des associés, des créanciers et des travailleurs de la société transférante.

Les associés de la société transférante sont protégés par deux conditions spécifiques. Premièrement, l'ensemble des actifs et des passifs de la société transférante doivent être transférés à la société reprenante par succession universelle (art. 163b, al. 1, litt. a LDIP). Deuxièmement, les parts sociales ou les droits de sociétariat des associés de la société transférante doivent être maintenus de manière adéquate au sein de la société reprenante (art. 163b, al. 1, litt. b LDIP). Lorsque la société trans-

<sup>38</sup> Par exemple, dans le cadre d'une fusion par immigration réalisée en 2006 entre une société anonyme de droit suisse et une société anonyme de droit luxembourgeois, cette attestation a été établie par un notaire luxembourgeois (voy. l'art. 271 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée par la loi du 10 juin 2009).

<sup>39</sup> Par exemple, dans le cadre de la fusion mentionnée à la note précédente, cette attestation a été fournie par l'Institut suisse de droit comparé sis à Lausanne.

<sup>40</sup> Voy. G. KAUFMANN-KOHLER et F. GUILLAUME, in PETER et al. (éd.), *Commentaire LFus*, op. cit., art. 163b LDIP; D. GIRSBERGER et R. RODRIGUEZ, in *Basler Kommentar – Internationales Privatrecht*, op. cit., art. 163b LDIP.

<sup>41</sup> Voy. *supra*, section 2, §2, I et II.

férante est inscrite au registre du commerce, le respect de cette condition doit être attesté par le rapport d'un expert-réviseur agréé (art. 164, al. 2, litt. b LDIP).

Les droits des créanciers de la société transférante sont protégés au moyen d'un appel public (art. 163b, al. 3 LDIP). Cet appel permet de les informer du projet de fusion et de leur offrir l'occasion de faire valoir leurs créances contre la société avant la fusion. La société transférante doit en principe fournir des sûretés pour toutes les créances produites (art. 46, al. 1 LFus)<sup>42</sup>. Elle peut toutefois échapper à cette obligation soit en fournissant la preuve que la fusion ne compromet pas l'exécution de la créance, soit en exécutant cette dernière de manière anticipée (art. 46, al. 2 et 3 LFus). Lorsque la société transférante est inscrite au registre du commerce, le respect de cette condition doit être attesté par le rapport d'un expert-réviseur agréé (art. 164, al. 1 LDIP). Un for de la poursuite et un for judiciaire subsistent en Suisse aussi longtemps que les droits des créanciers de la société transférante ne sont pas sauvegardés (art. 164a LDIP). Il est notamment possible d'y déposer une action en examen des parts sociales et des droits de sociétariat contre la société reprenante (art. 105 LFus). Cette action permet à tout associé s'estimant lésé par un rapport d'échange ou un dédommagement inadéquat de demander au juge de fixer une soulte<sup>43</sup>. Toutefois, l'article 164a LDIP ne peut pas fonder une compétence internationale lorsque le siège de la société défenderesse est situé dans un État membre de la Convention de Lugano<sup>44</sup>.

La protection des travailleurs de la société transférante est assurée par les articles 27 et 28 LFus. Ces dispositions prévoient notamment une consultation obligatoire de la représentation des travailleurs de la société transférante et de la société reprenante (voy. l'art. 333a CO). Cette exigence s'impose également à la société reprenante régie par un droit étranger (art. 28, al. 4 LFus), sauf si sa *lex societatis* prévoit une protection plus étendue des travailleurs<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> Voy. G. KAUFMANN-KOHLER et F. GUILLAUME, in PETER et al. (éd.), *Commentaire LFus*, op. cit., art. 163b LDIP, n° 7.

<sup>43</sup> Voy. G. KAUFMANN-KOHLER et F. GUILLAUME, in PETER et al. (éd.), *Commentaire LFus*, op. cit., art. 164a LDIP, n°s 1 et s.

<sup>44</sup> Convention de Lugano du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (CLRév.; RS 0.275.11). Lorsque le siège de la société défenderesse est situé dans un État membre de la Convention de Lugano, le for est fixé par l'art. 22 ch. 2 CLRév. (ancien art. 16 ch. 2 CL). Voy. G. KAUFMANN-KOHLER et F. GUILLAUME, in PETER et al. (éd.), *Commentaire LFus*, op. cit., art. 164a LDIP, n°s 7 et s.

<sup>45</sup> Dans un contexte européen, on peut mentionner à cet égard la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises (J.O.C.E., n° L 82 du 22 mars 2001, p. 16).

### SECTION 3. LE CONTRAT DE FUSION

Le contrat de fusion est régi par l'article 163c LDIP. Cette disposition tient compte du fait que le contrat de fusion fait partie des modalités de la fusion communes à toutes les sociétés participantes en imposant une application cumulative des conditions prescrites par le droit régissant chacune d'entre elles.

#### § 1. Les conditions essentielles

Pour être valable, le contrat de fusion doit impérativement respecter, tant au fond qu'à la forme, les dispositions matérielles impératives fixées par la *lex societatis* de toutes les sociétés participantes (art. 163c, al. 1 LDIP). En pratique, cette exigence d'application cumulative impose de respecter les conditions les plus sévères<sup>46</sup>.

En vertu du droit suisse, le contrat de fusion doit contenir en principe<sup>47</sup> les éléments suivants (art. 13, al. 1 LFus) :

- les indications nécessaires pour identifier les sociétés participantes (raison de commerce, siège et forme juridique);
- l'indication de la volonté de fusionner<sup>48</sup>, ainsi que la forme de fusion;
- les indications relatives à la contre-prestation de la société reprenante. Il s'agit en particulier du rapport d'échange, des modalités de l'échange des parts sociales et de la date à partir de laquelle les parts sociales ou les droits de sociétariat donnent droit à une participation au bénéfice résultant du bilan. Si une soulte est prévue conformément à l'article 7, alinéa 2 LFus ou si un dédommagement est prévu conformément à l'article 8 LFus, leurs montants doivent être précisés;
- l'indication de la date à laquelle rétroagit la fusion. Il s'agit de la date à partir de laquelle les actes de la société transférante sont considérés comme accomplis pour le compte de la société reprenante;
- tout avantage particulier attribué aux membres d'un organe de direction ou d'administration;
- la désignation des associés indéfiniment responsables s'il y en a.

Doivent en outre figurer dans le contrat de fusion tous les éléments qui sont requis par le droit étranger régissant les autres sociétés participantes.

Le droit suisse prévoit que le contrat de fusion doit revêtir la forme écrite (art. 12, al. 2 LFus). La forme authentique (établie par un notaire,

<sup>46</sup> G. KAUFMANN-KOHLER et F. GUILLAUME, in PETER et al. (éd.), *Commentaire LFus*, op. cit., art. 163c LDIP, n° 4; D. GIRSBERGER et R. RODRIGUEZ, in *Basler Kommentar - Internationales Privatrecht*, op. cit., art. 163c LDIP, n° 6.

<sup>47</sup> Dans l'hypothèse d'une fusion intragroupe, qui peut être réalisée dans une forme simplifiée, certains des éléments mentionnés à l'art. 13, al. 1 LFus ne sont pas nécessaires (voy. les art. 23 et 24 LFus).

<sup>48</sup> Cette condition est impérative, nonobstant le silence de l'art. 13 LFus. R. TRIGO TRINDADE, in PETER et al. (éd.), *Commentaire LFus*, op. cit., art. 13 LFus, n°s 22-26.

une autorité ou un tribunal) n'est pas exigée, même si un immeuble figure dans les éléments de patrimoine à transférer. Toutefois, des exigences de forme plus sévères prescrites par la *lex societatis* étrangère de l'une des autres sociétés participantes doivent être respectées.

## § 2. Le droit applicable au contrat

Le contrat de fusion est en principe régi par le droit choisi par les parties. Celles-ci peuvent en effet désigner librement le droit applicable au contrat de fusion (art. 163c, al. 2, 1<sup>ère</sup> phrase LDIP). Toutefois, cette liberté peut être restreinte par la *lex societatis* de l'une des autres sociétés participantes. Si l'une de ces lois interdit toute élection de droit ou impose des conditions particulières à une élection de droit, les parties doivent en tenir compte.

À défaut d'élection de droit, le droit international privé suisse prévoit que le contrat de fusion est régi par le droit de l'État avec lequel il présente les liens les plus étroits (art. 163c, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase LDIP). La loi concrétise ce rattachement en présumant qu'il s'agit de l'État dont l'ordre juridique régit la société reprenante (art. 163c, al. 2, 3<sup>e</sup> phrase LDIP). Par conséquent, la *lex societatis* de la société reprenante s'applique en principe au contrat de fusion si les parties n'ont pas fait d'élection de droit. Lorsque cette règle n'est pas compatible avec celle existant dans un droit étranger applicable à l'une des autres sociétés participantes, les parties doivent impérativement faire une élection de droit.

## SECTION 4. LA SCISSION, LE TRANSFERT DE PATRIMOINE ET LE TRANSFERT DE SOCIÉTÉ

La scission et le transfert de patrimoine internationaux sont régis par les mêmes principes que la fusion internationale. Il en va de même du transfert de société, qui présente toutefois la particularité de n'impliquer qu'une seule société.

### § 1. La scission et le transfert de patrimoine internationaux

La scission et le transfert de patrimoine internationaux sont régis essentiellement par l'article 163d LDIP. Cette disposition se contente de renvoyer aux dispositions applicables à la fusion internationale. Les modalités d'enregistrement de l'opération au registre du commerce sont également les mêmes que celles d'une fusion internationale (art. 147 ORC).

#### I. Notions

Les caractéristiques d'une scission et d'un transfert de patrimoine sont définies dans le droit matériel suisse. Plus précisément, la LFus définit les modalités de mise en œuvre de ces opérations de restructuration.

#### A) La scission

En droit suisse, la scission<sup>49</sup> peut prendre deux formes (art. 29 LFus) : le transfert de tout le patrimoine d'une société divisé en parts à deux ou plusieurs sociétés («scission par division») et le transfert d'une ou plusieurs parts du patrimoine d'une société à deux ou plusieurs sociétés («scission par séparation»). Dans la première hypothèse, la société transférante est dissoute sans liquidation.

Les parts de patrimoine peuvent être transférées à une société existante («scission à des fins de reprise») ou à une société nouvellement constituée («scission à des fins de fondation»). Les éléments patrimoniaux (actifs et passifs) transférés sont énumérés précisément dans un inventaire faisant partie du contrat ou du projet de scission (art. 37, litt. b LFus).

Les associés de la société transférante peuvent recevoir des parts sociales ou des droits de sociétariat soit de l'ensemble des sociétés participant à la scission de façon proportionnelle à leurs participations antérieures, soit de certaines ou de l'ensemble des sociétés participant à la scission de façon non proportionnelle à leurs participations antérieures.

Les modalités de la scission de droit suisse sont donc très proches de celles existant en droit européen<sup>50</sup>.

#### B) Le transfert de patrimoine

Le transfert de patrimoine<sup>51</sup> est l'opération qui permet à une société de transférer, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de son patrimoine à une autre société sur la base d'un contrat de transfert. Les éléments patrimoniaux (actifs et passifs) qui sont transférés sont énumérés précisément dans un inventaire faisant partie du contrat de transfert (art. 71, al. 1, litt. b LFus).

Une contre-prestation peut être prévue (mais pas nécessairement) en faveur de la société transférante. En revanche, les associés de la société transférante ne sont pas autorisés à recevoir des parts sociales ni des droits de sociétariat de la société reprenante. Dans l'hypothèse où il est prévu qu'ils en reçoivent, les règles de la scission sont applicables (art. 69, al. 1 LFus).

Le transfert de patrimoine est une forme de restructuration assez souple qui est conçue pour être utilisée, notamment, pour réaliser des

<sup>49</sup> Voy. les art. 29 et s. LFus. R. BAHAR, in PETER et al. (éd.), *Commentaire LFus, op. cit.*, art. 29 et s. LFus; M. AMSTUTZ et R. MABILLARD, *Fusionsgesetz (FusG), op. cit.*, art. 29 et s. LFus; WATTER, VOGT, TSCHÄNI et DAENIKER (éd.), *Basler Kommentar - Fusionsgesetz, op. cit.*, art. 29 et s. LFus.

<sup>50</sup> Voy. la directive 82/891/CEE du Conseil concernant les scissions des sociétés anonymes (J.O.C.E., n° L 378 du 31 décembre 1982, p. 47).

<sup>51</sup> Voy. les art. 69 et s. LFus. R. BAHAR, in PETER et al. (éd.), *Commentaire LFus, op. cit.*, art. 69 et s. LFus; M. AMSTUTZ et R. MABILLARD, *Fusionsgesetz (FusG), op. cit.*, art. 69 et s. LFus; WATTER, VOGT, TSCHÄNI et DAENIKER (éd.), *Basler Kommentar - Fusionsgesetz, op. cit.*, art. 69 et s. LFus.

opérations de restructuration qui ne pourraient pas être mises en œuvre sous la forme d'une fusion ou d'une scission en raison de l'absence de compatibilité des formes juridiques des sociétés participant à l'opération. Toutefois, il n'a pour l'instant pas remporté le succès escompté. Il est utilisé en pratique essentiellement pour «transformer» une raison individuelle en société anonyme ou en société à responsabilité limitée ou pour constituer une filiale.

Le transfert de patrimoine est une opération de restructuration propre au droit suisse. Il présente des éléments communs avec l'apport d'actifs du droit européen<sup>52</sup>. Il présente cependant deux caractéristiques essentielles : d'une part, le transfert peut porter sur l'intégralité du patrimoine et, d'autre part, le transfert peut s'effectuer sans contre-prestation.

## II. Les règles de conflit applicables

La scission internationale et le transfert de patrimoine international sont soumis aux mêmes conditions essentielles que la fusion internationale<sup>53</sup>. En particulier, il est nécessaire que les sociétés participantes soient autorisées à opérer la restructuration envisagée selon leur propre *lex societatis*. En droit suisse, seules les sociétés de capitaux (sociétés anonymes, sociétés en commandite par actions, sociétés à responsabilité limitée) et les sociétés coopératives sont autorisées à participer à une scission (art. 30 LFus). En revanche, toutes les sociétés ainsi que les entreprises individuelles inscrites au registre du commerce peuvent procéder à un transfert de patrimoine (art. 69, al. 1 LFus).

La condition selon laquelle la *lex societatis* de chacune des sociétés participantes doit prévoir des modalités semblables pour réaliser l'opération de restructuration constitue un frein important à la mise en œuvre d'un transfert de patrimoine au niveau international. En effet, cette forme de restructuration est peu répandue dans les autres ordres juridiques. À notre connaissance, seul le droit luxembourgeois connaît à ce jour une forme de restructuration présentant les mêmes caractéristiques que le transfert de patrimoine suisse. Le transfert de patrimoine professionnel prévu aux articles 308bis-6 et suivants de la loi du 10 août 1915 (telle que modifiée par la loi du 23 mars 2007) est directement inspiré du transfert de patrimoine du droit suisse<sup>54</sup>. Tout comme ce dernier, il ne peut pas être effectué contre attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat. En outre, le transfert de patrimoine professionnel trans-

<sup>52</sup> Voy. par exemple l'art. 2, litt. d de la directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre (J.O.U.E., n° L 310 du 25 novembre 2009, p. 34).

<sup>53</sup> Voy. *supra*, section 2, §2, 1.

<sup>54</sup> L'art. 308bis-6, al. 1 de la loi du 10 août 1915 (telle que modifiée par la loi du 23 mars 2007) prévoit que «Les sociétés, les groupements d'intérêt économique et les personnes physiques peuvent transférer tout ou partie de leur patrimoine professionnel avec actifs et passifs à un autre sujet de droit dans le cadre d'une affectation professionnelle».

frontalier est expressément autorisé<sup>55</sup>, ce qui offre la possibilité d'effectuer une telle opération entre une société régie par le droit luxembourgeois et une société régie par le droit suisse.

Pour ce qui est du droit applicable à la scission ou au transfert de patrimoine, la loi se contente de prescrire une application par analogie des règles sur la fusion internationale (art. 163d, al. 1 LDIP). Nous nous permettons donc de renvoyer à ce qui vient d'être exposé en relation avec les règles de conflit applicables à la fusion<sup>56</sup>. Il faut toutefois lever une différence essentielle : l'ordre juridique régissant la société transférante est celui qui est considéré comme présentant les liens les plus étroits avec une scission ou un transfert de patrimoine. Par conséquent, ces deux opérations sont régies par le droit applicable à la société transférante (art. 163d, al. 2 LDIP).

Pour la même raison, la *lex societatis* de la société transférante s'applique en principe au contrat ou au projet de scission, de même qu'au contrat de transfert de patrimoine si les parties n'ont pas fait d'élection de droit (art. 163d, al. 3 LDIP). Pour le surplus, les développements concernant le contrat de fusion<sup>57</sup> s'appliquent *mutatis mutandis* au contrat ou au projet de scission, ainsi qu'au contrat de transfert de patrimoine. Les éléments essentiels du contrat ou du projet de scission exigés par le droit suisse sont énumérés à l'article 37 LFus, ceux du contrat de transfert de patrimoine à l'article 71, alinéa 1 LFus. Comme pour le contrat de fusion, le droit suisse requiert uniquement une forme écrite pour ces contrats (art. 36, al. 3 et 70, al. 2 LFus).

## § 2. Le transfert international de société

Le transfert international de société est régi essentiellement par les articles 161, 162 et 163 LDIP.

### I. Notion

Le transfert international de société<sup>58</sup> se distingue des trois autres formes de restructurations transfrontalières par deux éléments. Premièrement, il s'agit d'une opération de restructuration purement internationale. Le droit matériel suisse, en particulier la LFus, ne contient aucune disposition traitant de cette forme de restructuration. Deuxièmement, le

<sup>55</sup> En vertu de l'art. 308bis-6, al. 3 de la loi du 10 août 1915 (telle que modifiée par la loi du 23 mars 2007), un transfert du patrimoine professionnel peut aussi être réalisé avec une entité étrangère «pour autant que le droit national de cette dernière [...] ne s'y oppose pas».

<sup>56</sup> Voy. *supra*, section 2, §2, II et III. Pour le surplus, voy. G. KAUFMANN-KOHLER et F. GUILLAUME, in PETER et al. (éd.), *Commentaire LFus*, op. cit., art. 163d LDIP; D. GIRSBERGER et R. RODRIGUEZ, in *Basler Kommentar – Internationales Privatrecht*, op. cit., art. 163d LDIP.

<sup>57</sup> Voy. *supra*, section 3.

<sup>58</sup> Voy. G. KAUFMANN-KOHLER et F. GUILLAUME, in PETER et al. (éd.), *Commentaire LFus*, op. cit., art. 161-163 LDIP; D. GIRSBERGER et R. RODRIGUEZ, in *Basler Kommentar – Internationales Privatrecht*, op. cit., art. 161-163 LDIP.

transfert de société n'implique la participation que d'une seule société. Il permet à une société de changer sa *lex societatis* en se transférant à l'étranger.

Le transfert international de société est aussi désigné en pratique par les termes «transfert de siège social», mais cette expression n'est pas vraiment appropriée en droit international privé suisse. L'application de la théorie de l'incorporation a en effet pour conséquence que le transfert du siège de la société dans un autre État ne produit pas de changement de la loi applicable à la société. Toutefois, il est nécessaire de tenir compte des règles de droit international privé de l'autre État concerné. Lorsqu'une société régie par un droit appliquant le critère du siège réel<sup>59</sup> immigré en Suisse, le changement de la *lex societatis* ne pourra se produire, du point de vue du droit étranger, que si la société déplace son siège réel en Suisse. De même, si une société régie par le droit suisse émigre dans un État appliquant le critère du siège réel, le changement de loi applicable n'interviendra qu'à condition que le siège réel de la société soit situé dans cet État.

## II. Les règles de conflit applicables

Les règles de conflit applicables au transfert international de société sont inspirées des mêmes principes de base que celles régissant la fusion internationale. Il y a toutefois quelques différences par rapport au régime de la fusion résultant du fait que le transfert est effectué par une seule société.

Un transfert international de société ne peut être mis en œuvre que si deux conditions essentielles sont réunies. Premièrement, une société ne peut changer de *lex societatis* que si le droit de son État d'origine et le droit de son État d'accueil autorisent une telle opération de restructuration (art. 161, al. 1 et 163, al. 1 LDIP). Le droit suisse prévoit qu'un transfert international de société s'opère sans liquidation de la société dans son État d'origine, ni nouvelle fondation dans son État d'accueil. Le droit étranger doit permettre le transfert aux mêmes conditions. Du point de vue du droit suisse, il est suffisant que le droit étranger permette implicitement le transfert international de société. Deuxièmement, les conditions matérielles fixées aussi bien par le droit de l'État d'origine que par le droit de l'État d'accueil doivent être respectées. En particulier, une société ne peut changer de *lex societatis* qu'en respectant les conditions formelles d'incorporation fixées par le droit de son État d'accueil. Par exemple, les statuts de la société doivent être adaptés au nouveau droit applicable.

Au nombre des conditions à respecter, le droit suisse prescrit qu'une société immigrant en Suisse doit «pouvoir s'adapter à l'une des formes d'organisation du droit suisse» (art. 161, al. 1 LDIP), alors qu'une société

<sup>59</sup> Par exemple, la Belgique, l'Espagne, la France (de façon nuancée), le Luxembourg et l'Allemagne (en tout cas à l'égard de sociétés régies par le droit d'un État tiers non membre de l'Union européenne).

émigrant de Suisse doit «continuer d'exister en vertu du droit étranger» (art. 163, al. 1 LDIP). En outre, une condition supplémentaire doit impérativement être remplie : la société doit s'incorporer dans la forme d'organisation sociale du droit de son État d'accueil la plus proche de celle qu'elle avait dans son État d'origine. Même si cette condition essentielle n'est pas prévue expressément dans la loi, elle est appliquée systématiquement en pratique. L'Office fédéral du registre du commerce (OFRC) n'accepte en effet d'enregistrer un transfert international qu'à cette condition. La volonté du législateur suisse de ne pas autoriser la transformation internationale de société<sup>60</sup> est ainsi respectée. Cette pratique est approuvée par la quasi-unanimité de la doctrine, qui a renoncé à donner aux articles 161 et 163 LDIP une interprétation selon laquelle ces dispositions permettraient d'effectuer une transformation internationale *stricto sensu*<sup>61</sup>. Même si un transfert international entraîne inévitablement une adaptation de la société à une forme sociale existant dans le droit de l'État d'accueil, il n'est pas possible d'en profiter pour modifier radicalement son organisation sociale. Par exemple, une société à responsabilité limitée de droit français ne peut pas s'incorporer directement dans une société coopérative de droit suisse. Une telle opération ne pourrait être réalisée qu'en deux étapes distinctes : un transfert international avec incorporation dans la forme de société de droit suisse la plus proche, qui sera probablement la société à responsabilité limitée<sup>62</sup>, puis une transformation purement interne<sup>63</sup> en société coopérative. En l'absence de forme d'organisation sociale équivalente dans le droit de l'État d'accueil, la transformation doit être réalisée dans l'État d'origine avant le transfert international. Par exemple, un trust de droit anglais doit se transformer à l'étranger, par exemple en fondation, avant de pouvoir immigrer sous cette forme en Suisse.

La coordination des lois en présence est particulièrement importante pour déterminer à partir de quel moment la loi d'origine de la société cesse de s'appliquer. Cet instant doit correspondre exactement à celui où la loi de l'État d'accueil commence à s'appliquer. À défaut, la société risque de traverser un vide juridique qui peut s'avérer dommageable. Pour remédier aux difficultés pratiques posées par ce problème de coordination, le droit international privé suisse précise le moment d'effectivité du transfert international. Lorsque la société doit être inscrite au registre du commerce pour être valablement constituée, elle est régie par le droit suisse dès qu'elle peut prouver d'une part son adaptation à l'une des formes de société existant en droit suisse et, d'autre part, le transfert

<sup>60</sup> Conseil fédéral, Message concernant la loi fédérale sur la fusion, *op. cit.*, n° 2.2.3, pp. 4148 et s.

<sup>61</sup> Voy. G. KAUFMANN-KOHLER et F. GUILLAUME, in PETER et al. (éd.), *Commentaire LFus, op. cit.*, art. 161 LDIP, n° 3; D. GIRSBERGER et R. RODRIGUEZ, in *Basler Kommentar – Internationales Privatrecht, op. cit.*, art. 161 LDIP, n° 5; *contra*: R. RUEDIN, «La transformation internationale de société», in BOHNET et WESSNER (éd.), *Mélanges en l'honneur de François Knoepfler, Bâle/Genève/Munich*, 2005, pp. 93-109.

<sup>62</sup> Voy. F. GUILLAUME et S. EBERHARD, «Les restructurations internationales de sociétés», *op. cit.*, pp. 281-283.

<sup>63</sup> La transformation d'une société régie par le droit suisse est prévue aux art. 53 et s. LFus.

de son centre d'affaires en Suisse (art. 162, al. 1 LDIP). Cette dernière condition impose clairement l'existence d'un siège effectif de la société en Suisse. La volonté du législateur est en effet d'«empêcher que la Suisse ne soit choisie en tant seulement qu'État de l'incorporation sans pour autant qu'il y ait d'autres liens suffisants avec notre pays»<sup>64</sup>. Pour les sociétés de capitaux, l'inscription au registre du commerce n'interviendra que sur présentation d'un rapport établi par un expert-réviseur agréé attestant que le capital social est couvert conformément au droit suisse (art. 162, al. 3 LDIP). Cette exigence de couverture vise à protéger les créanciers de la société. Les modalités de l'enregistrement au registre du commerce sont régies par le droit suisse (art. 126 ORC). Lorsque la société immigrant en Suisse s'incorpore dans une forme d'organisation sociale qui ne doit pas être inscrite au registre du commerce pour être valablement constituée (inscription avec effet déclaratif) ou qui ne peut pas y être inscrite, elle est régie par le droit suisse dès qu'elle peut prouver son adaptation à l'une des formes de société existant en droit suisse, sa volonté claire d'être régie par celui-ci et l'existence d'un lien suffisant avec la Suisse (art. 162, al. 2 LDIP).

En cas d'émigration vers l'étranger, les intérêts des créanciers de la société sont protégés par un appel public leur donnant l'occasion de faire valoir leurs créances contre la société avant qu'elle ne quitte le domaine de souveraineté de la loi suisse (art. 163, al. 2 LDIP). Si la société est inscrite au registre du commerce, la radiation de son inscription n'interviendra que sur présentation non seulement d'un document attestant que la société continue d'exister en vertu du droit étranger, mais encore d'un rapport d'un expert-réviseur agréé attestant que les créanciers ont soit obtenu des garanties ou ont été désintéressés conformément à l'article 46 LFus, soit ont consenti à la radiation (art. 127 ORC). La société cesse d'être régie par le droit suisse dès sa radiation du registre du commerce.

## CONCLUSION

Un examen préalable des règles de droit international privé et de droit matériel de tous les ordres juridiques concernés est nécessaire avant de négocier une fusion transfrontalière. Cet examen vise avant tout à vérifier la faisabilité de l'opération envisagée. La coordination des lois en présence, qui est un élément central de l'opération, peut en effet poser des difficultés importantes en pratique.

En droit suisse, la fusion transfrontalière est régie par un ensemble de règles de conflit précises figurant dans la LDIP. Les modalités de mise en œuvre de ces règles sont définies dans le droit matériel suisse, plus précisément dans la LFus et l'ORC. Le respect de ces règles est assuré par les autorités (cantonales et fédérale) du registre du commerce, tout

au moins lorsqu'une des sociétés participantes est inscrite au registre du commerce. La collaboration de ces autorités<sup>65</sup> peut être requise pour vérifier, à titre préalable, le respect des conditions légales eu égard notamment aux pièces devant être fournies pour requérir l'enregistrement de la fusion au registre du commerce. La situation se complique lorsque d'autres autorités doivent intervenir pour donner leur accord préalable à la fusion. Il peut s'agir en particulier de la Commission de la concurrence, qui doit donner dans certains cas son approbation en cas de concentration d'entreprises<sup>66</sup>, ainsi que de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), qui doit donner son agrément lors de restructurations d'établissements d'assurances<sup>67</sup> ou d'établissements bancaires<sup>68</sup>. L'intervention de ces autorités doit être coordonnée avec celle des autorités du registre du commerce, ce qui peut présenter des difficultés notamment en relation avec les délais à respecter.

Aux conditions prescrites par le droit suisse s'ajoutent celles qui sont prévues par la ou les lois étrangères applicables aux autres sociétés participantes, ainsi que l'intervention des autorités étrangères. À ce titre, l'identification des différentes autorités étrangères compétentes, notamment pour délivrer certains documents exigés par le droit suisse, est une des difficultés pouvant se présenter.

Lorsque tous ces écueils sont franchis, la restructuration peut encore être freinée par des considérations fiscales. En particulier, l'imposition des réserves qui n'ont pas encore été imposées en Suisse peut être un élément réhibitoire à une opération de restructuration transfrontalière<sup>69</sup>. Le facteur fiscal joue très certainement un rôle important dans le nombre relativement faible de restructurations transfrontalières enregistrées en Suisse.

<sup>64</sup> Conseil fédéral, Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé (loi de LDIP) du 10 novembre 1982, FF, 1983 I 255, n° 296.

<sup>65</sup> Voy. F. GUILLAUME et S. EBERHARD, «Les restructurations internationales de sociétés», *op. cit.*, pp. 290 et s.

<sup>66</sup> Voy. l'art. 4, al. 3 LCart et l'art. 9 LCart.

<sup>67</sup> Voy. l'art. 3, al. 2 de la loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance du 17 décembre 2004 (LSA; RS 961.01).

<sup>68</sup> Voy. l'art. 3, al. 3 de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (LB; RS 952.0).

<sup>69</sup> Sans entrer dans le détail, une société émigrant de Suisse sera redevable de l'impôt sur le bénéfice et de l'impôt anticipé sur ses réserves non encore imposées (art. 58, al. 1, litt. c et art. 61, al. 1 a *contrario* de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (LIFD; RS 642.11); art. 4, al. 2 de la loi fédérale sur l'impôt anticipé du 13 octobre 1965 (LIA; RS 642.21).

Pour toute information sur notre fonds et les nouveautés dans votre domaine de spécialisation, consultez notre site web : [www.larcier.com](http://www.larcier.com)

© Groupe De Boeck s.a., 2011  
Éditions Larcier  
Rue des Minimes, 39 • B-1000 Bruxelles

Tous droits réservés pour tous pays.  
Il est interdit, sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, de reproduire (notamment par photocopie) partiellement ou totalement le présent ouvrage, de le stocker dans une banque de données ou de le communiquer au public, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit.

Imprimé en Belgique

Dépôt légal 2011/0031/135

ISSN 1780-289X  
ISBN 978-2-8044-3839-5

# FUSIONS TRANSFRONTALIÈRES DE SOCIÉTÉS

Droit luxembourgeois et droit comparé

Sous la coordination de  
Pierre-Henri Conac

Pierre-Henri Conac  
Isabelle Corbisier  
Julie-Anne Delcorde  
Florence Guillaume  
Michel Menjuq  
Isabelle Riassetto  
Achim Seifert  
Jean-Paul Spang  
Thierry Tilquin  
Jean-Pierre Winandy

  
UNIVERSITÉ DU  
LUXEMBOURG

 **larcier**

Collection de la Faculté de Droit, d'Économie  
et de Finance de l'Université du Luxembourg