



Chapitre de livre

2005

Open Access

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

---

## Le rôle des notaires dans la loi sur la fusion

---

Trigo Trindade, Rita; Griessen Cotti, Annie

### How to cite

TRIGO TRINDADE, Rita, GRIESSEN COTTI, Annie. Le rôle des notaires dans la loi sur la fusion. In: Mélanges publiés par l'Association des notaires vaudois, à l'occasion de son centenaire. Bianchi, François (Dir.) (Ed.). Genève : Schulthess, 2005. p. 325–336.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:8532>

RLTA TRIGO TRINDADE

*Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Genève*

et

ANNIE GRIESSEN COTTI

*Assistante à la Faculté de droit de l'Université de Genève,  
titulaire du brevet d'avocat*

## Le rôle des notaires dans la loi sur la fusion

### Sommaire

|      |                                                                                 |     |
|------|---------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I.   | Introduction                                                                    | 326 |
| II.  | Aspects de droit d'organisation des sujets et de droit immobilier               | 326 |
| III. | Les actes authentiques exigés par la loi sur la fusion                          | 328 |
|      | A. Décisions de l'assemblée générale ou des associés                            | 328 |
|      | 1. Principe                                                                     | 328 |
|      | 2. Exceptions                                                                   | 329 |
|      | B. Contrats ou parties de contrats                                              | 330 |
|      | 1. Fusions de fondations de famille ou ecclésiastiques                          | 330 |
|      | 2. Dispositions du contrat de transfert de patrimoine portant sur des immeubles | 331 |
|      | C. Constatation du transfert de propriété d'un immeuble                         | 332 |
|      | D. Cas dans lesquels aucun acte authentique n'est requis                        | 334 |
| IV.  | Différences entre la loi sur la fusion et le droit commun                       | 334 |
|      | A. En matière de décisions relatives à l'organisation des sujets                | 334 |
|      | B. En matière de droit immobilier                                               | 334 |
| V.   | Conclusion                                                                      | 336 |

## I. Introduction

La loi sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine<sup>1</sup>, qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2004, traite de restructurations (fusion, scission, transformation et transfert de patrimoine) de sujets, soit d'entreprises individuelles inscrites au registre du commerce, de sociétés, de fondations, d'institutions de prévoyance ou d'instituts de droit public<sup>2</sup>. Les restructurations impliquent des décisions relatives à l'organisation fondamentale des sujets et/ou le transfert de tout ou partie de leur patrimoine. A ce titre, elles présentent des liens très étroits avec les domaines du droit des sociétés et du droit immobilier dans lesquels les notaires interviennent traditionnellement, notamment pour assurer la préparation des inscriptions de faits y relatifs dans les registres publics que sont le registre du commerce et le registre foncier. Aussi n'est-il guère étonnant que la loi sur la fusion, qui prévoit nombre d'inscriptions au registre du commerce et au registre foncier, exige à de réitérées reprises le respect de la forme authentique et, partant, le recours à un notaire.

## II. Aspects de droit d'organisation des sujets et de droit immobilier

Les restructurations, on l'a dit, impliquent des décisions relatives à l'organisation fondamentale des sujets et/ou le transfert de tout ou partie de leur patrimoine. On serait tenté de penser, un peu schématiquement, que les transformations n'impliquent que des décisions relatives à l'organisation des sujets et que le transfert de patrimoine n'implique, comme son nom l'indique, que le transfert de tout ou partie d'un patrimoine, alors que les fusions et les scissions impliquent à la fois des décisions relatives à l'organisation des sujets et des transferts de tout ou partie de leur patrimoine. Cette manière de voir est cependant trop simpliste, tant il est vrai qu'une transformation peut également impliquer un transfert d'éléments patrimoniaux entre sujets de droit (en particulier lorsqu'il y a transformation d'une société sans personnalité en société avec personnalité) et que l'institution du transfert de patrimoine peut, elle aussi, supposer ou impliquer des décisions relatives à l'organisation fondamentale des sujets transférants (p.ex. lorsqu'elle aboutit à leur liquidation) ou des sujets reprenants (p.ex. si la contre-prestation du transfert consiste en parts sociales de la société reprenante).

---

<sup>1</sup> Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (RS 221.301; Loi sur la fusion, LFus).

<sup>2</sup> Voir l'art. 2 let. a LFus, étant précisé que l'inclusion des institutions de prévoyance dans les sujets résulte de l'interprétation de cette disposition.

Quoi qu'il en soit, sur le plan procédural, la loi sur la fusion opère une distinction nette entre les restructurations classiques que sont la fusion, la scission et la transformation d'une part et le transfert de patrimoine d'autre part. Ainsi, dans les restructurations classiques, le législateur a mis l'accent sur la procédure sociale (ou relative à l'organisation du sujet). Cette procédure est typiquement composée de la conclusion d'un contrat (ou de l'élaboration d'un projet) de restructuration, de l'établissement d'un rapport relatif à la transaction par les auteurs du contrat, de la vérification des fondements de la restructuration par un réviseur particulièrement qualifié, de la consultation de la représentation des travailleurs et des associés concernés ainsi que de l'approbation par ces derniers de l'opération de restructuration, le législateur ayant prévu divers allègements ou modifications pour tenir compte de situations particulières. En revanche, la procédure relative à un transfert de patrimoine est construite autour du contrat qui fonde ledit transfert<sup>3</sup>. Malgré cette différence, les quatre formes de restructuration présentent deux points communs : d'une part, elles débouchent (typiquement s'agissant des restructurations classiques et obligatoirement s'agissant du transfert de patrimoine) sur une ou plusieurs inscriptions au registre du commerce, d'autre part, lorsqu'elles impliquent le transfert d'éléments patrimoniaux, elles dérogent aux règles habituelles relatives au transfert à titre particulier de chacun de ces éléments, au profit d'un transfert *uno actu*, intervenant sous la forme d'une succession à titre universel ordinaire ou partielle.

Les fonctions assignées aux notaires par la loi sur la fusion s'inscrivent tout naturellement dans le cadre procédural que celle-ci définit, ce d'autant qu'à une exception près, le législateur a limité l'intervention de l'officier public à un seul acte authentique relevant de la loi sur la fusion par sujet participant à la restructuration. Cela a pour conséquence que dans les transactions classiques, le rôle du notaire sera principalement celui d'assurer la conformité de la procédure « sociale » suivie au sein de chacun des sujets, ses fonctions relatives aux aspects de droit immobilier passant au second plan. Dans le cadre des transferts de patrimoine impliquant des transferts d'immeubles, en revanche, le rôle du notaire sera centré sur l'aspect immobilier de la transaction, d'éventuels aspects sociaux (ou relatifs à l'organisation des sujets) étant régis par les procédures spécifiques qui ne relèvent pas de la loi sur la fusion.

En ce qui concerne justement les aspects immobiliers des restructurations, le fait qu'elles interviennent dans le cadre d'une transaction *uno actu*, dans laquelle le registre du commerce joue généralement un rôle central a pour conséquence que le rôle des notaires se distingue considérablement de celui qu'ils assument d'ordinaire en matière immobilière.

<sup>3</sup> Il est vrai qu'il y a aussi une consultation des travailleurs et une information des associés.

### III. Les actes authentiques exigés par la loi sur la fusion

#### A. *Décisions de l'assemblée générale ou des associés*

##### 1. Principe

En principe, les décisions de fusion (art. 18 LFus), de scission (art. 43 LFus) ou de transformation (art. 64 LFus), soit l'approbation des contrats ou projets qui fondent ces restructurations par l'assemblée générale ou, à défaut d'une telle assemblée, par les associés, doivent prendre la forme authentique (voir les art. 20, 44 et 65 LFus).

L'exigence de la forme authentique s'étend exclusivement à l'approbation de la restructuration par l'assemblée générale ou les associés; elle ne s'étend pas aux éventuels consentements d'associés particulièrement touchés par la restructuration (art. 18 al. 3 et 4, également applicables par renvoi de l'art. 43 al. 2, ainsi que art. 64 al. 1<sup>er</sup> lit. a LFus). S'il est incontesté que le notaire doit dresser le procès-verbal de l'assemblée générale concernée en la forme authentique ou, dans les sociétés dépourvues d'assemblée générale, consigner les déclarations d'approbation des associés en cette forme, et que, dans ce cadre, il doit rendre compte du moment et du contenu de la décision (i.e. l'approbation du contrat de restructuration), des doutes subsistent quant aux éléments que doit comporter l'acte à établir par le notaire. Le législateur n'a en effet pas donné suite à une demande faite pendant la procédure de consultation, émanant de la Fédération suisse des notaires, d'inclure dans les dispositions pertinentes de la loi sur la fusion l'énumération précise des points devant figurer dans l'acte<sup>4</sup>. Selon cette demande, le texte légal devait exiger que l'acte contienne, en particulier, la déclaration que la procédure de consultation a été respectée ainsi que l'énumération des pièces justificatives à l'appui de la décision de restructuration (contrat et rapport de restructuration, rapport du réviseur) et la constatation que ces pièces étaient à la disposition de l'assemblée. Cela étant, on conçoit difficilement que la fonction du notaire, qui – même dans le cadre restreint de l'établissement d'un acte de constatation<sup>5</sup> – a une obligation de renseigner sur la régularité de la procédure et des mesures qui l'entourent, s'épuise en l'indication du lieu et de la date de la décision ainsi que dans le décompte de voix. Il nous paraît – et cela doit laisser une trace dans l'acte authentique – qu'il

---

<sup>4</sup> Voir Classement des réponses suite à la procédure de consultation, Loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation de sujets, Berne 1999, p. 172 à 173.

<sup>5</sup> Selon le Message concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 13 juin 2000, FF 2000 3995 (ci-après Message LFus), p. 4073, l'acte authentique requis est un acte de constatation. Voir cependant aussi à ce sujet P. RUE/ R. JEITZNER, *Verfahrensrechtliche Vereinfachungen für Umstrukturierungstatbestände*, L'EC 11/04, p. 922, en particulier note 106, selon lesquels l'on est plutôt en présence d'actes de déclaration lors de prises de décisions de sociétés de personnes.

doit en tout cas s'assurer que le contrat de restructuration devant être approuvé par l'assemblée ou les associés leur a été soumis et qu'il doit informer l'assemblée ou les associés des conditions préalables à une décision de restructuration, quitte à prendre acte que la société a renoncé au respect des exigences fixées dans la loi sur la fusion<sup>6</sup>.

Le fait que l'acte authentique soit ainsi dressé au terme de la procédure sociale relative à la restructuration, au moment où celle-ci devient obligatoire pour la société concernée présente plusieurs avantages. L'intervention du notaire à ce stade permet de s'assurer que l'inscription de l'opération au registre du commerce repose sur une base sûre<sup>7</sup>; elle garantit la sécurité du droit<sup>8</sup>, ce qui est dans l'intérêt public. Elle permet aussi au notaire de s'assurer de la régularité formelle de la procédure sociale, ce qui est dans l'intérêt de la société. Enfin, le moment de la décision de restructuration coïncide souvent, mais pas nécessairement, avec d'autres décisions des associés qui doivent prendre la forme authentique<sup>9</sup>, de telle sorte que les décisions en question peuvent être jointes, ce qui assure une coordination de décisions qui sont interdépendantes.

## 2. Exceptions

L'intervention du notaire au stade de l'assemblée générale ne concerne que les restructurations classiques de sociétés et encore avec des exceptions. La loi sur la fusion exclut ainsi expressément l'observation de la forme authentique pour les décisions de fusion entre associations (art. 20 al. 2 LFus). Elle renonce implicitement à un tel acte lors des fusions simplifiées (art. 23 et 24 LFus), dès lors qu'elle renonce à l'exigence d'une approbation du contrat de fusion par les assemblées générales. Dans le cadre de fusions de fondations (art. 78 à 85 LFus), il n'y a pas d'approbation par l'assemblée générale, puisque cette dernière fait défaut. Lors de fusions et de transformations d'institutions de prévoyance constituées sous forme de société coopérative, l'assemblée générale est certes appelée à approuver l'opé-

<sup>6</sup> Le rôle consistant à s'assurer du respect formel de la procédure conduisant à la décision de restructuration correspond, aux dires de la Fédération suisse des notaires, à la pratique antérieure à la loi sur la fusion. Les différents actes modèles que nous avons pu consulter nous laissent penser qu'il correspond aussi à la pratique post-LFus.

<sup>7</sup> Voir M. MOOSER, *Le droit notarial suisse*, Bern 2005, no 432. Voir aussi P. RUF/ R. JEITZNER, *Verfahrensrechtliche Vereinfachungen für Umstrukturierungstatbestände*, L'EC 11/04, p. 916, 918, 919.

<sup>8</sup> Message LFus, 4073.

<sup>9</sup> C'est le cas des décisions d'augmentation (ou d'autorisation d'augmentation) du capital de l'assemblée générale d'une société de capitaux reprenante dans une fusion ou une scission (mais pas des décisions incombant au conseil d'administration). C'est également le cas de la décision de réduction du capital de la société qui se scinde, dans le cadre d'une scission-séparation. Ce n'est pas le cas de la fondation d'une société nouvelle, qui ne relève pas de la compétence des associés des sociétés participant à une restructuration, mais qui peut leur être confiée.

ration (art. 94 al. 1 et 97 al. 3 LFus), mais sa décision ne doit pas prendre la forme authentique. Pour les fusions ou les transformations auxquelles participent des instituts de droit public, la décision de restructuration est régie par le droit public (art. 100 al. 3 LFus). Enfin, la loi sur la fusion ne requiert pas l'approbation de transferts de patrimoine par l'assemblée générale (voir les art. 69 ss LFus).

## *B. Contrats ou parties de contrats*

### *1. Fusions de fondations de famille ou ecclésiastiques*

En dérogation à la règle selon laquelle les restructurations de fondations ne sont pas soumises à la forme authentique, la loi sur la fusion exige le respect de la forme notariée pour le contrat de fusion «de fondations de famille ou ecclésiastiques» (art. 79 al. 3 LFus). La participation du notaire à la procédure s'explique, selon le Message, par le fait que «les fondations de famille et les fondations ecclésiastiques ne sont pas assujetties à l'inscription au registre du commerce (art. 52, al. 2, CC) [qu'elles] ne sont pas non plus soumises à la surveillance d'une autorité étatique (art. 87, al. 1, CC) [et qu'il est nécessaire] de protéger les droits des destinataires ayant des prétentions juridiques et des créanciers»<sup>10</sup>.

Les explications fournies par le Message permettent de déduire qu'un acte authentique est uniquement requis lorsque la fusion ne met en jeu que des fondations de famille et/ou des fondations ecclésiastiques et que, partant, elle n'est pas soumise à une autorité de surveillance (ni à l'inscription au registre du commerce).

Elles ne signifient cependant pas que le notaire doit assumer le rôle (ni la responsabilité) d'une autorité de surveillance obligée de veiller au maintien des droits des destinataires<sup>11</sup>, un rôle qui est dévolu au réviseur chargé de vérifier la fusion (art. 81 al. 3 LFus) ou aux bénéficiaires eux-mêmes (art. 84 al. 2 LFus). En cette matière, le notaire doit tout au plus renseigner les parties en cause sur les exigences légales applicables<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Message LFus, 4123.

<sup>11</sup> A. PETITPIERRE-SAUVAIN, in: Commentaire LFus, à paraître chez Schulthess en 2005, *ad* art. 79 LFus, no 1, considère que le rôle du notaire se limite à la vérification de la présence de tous les éléments essentiels du contrat, tels que définis à l'art. 79 LFus.

<sup>12</sup> Concernant l'obligation de renseigner sur le contenu des actes, voir M. MOOSER, *Le droit notarial suisse*, Bern 2005, no 233.

## 2. Dispositions du contrat de transfert de patrimoine portant sur des immeubles

La partie du contrat de transfert de patrimoine concernant des immeubles doit revêtir la forme authentique (art. 70 al. 2 LFus pour les sociétés, 86 al. 2 LFus pour les fondations, 98 al. 2 LFus pour les institutions de prévoyance professionnelle). Cette forme a été adoptée en cours de travaux parlementaires<sup>13</sup>; elle n'était pas requise dans le projet de loi qui se contentait d'exiger l'adoption d'un acte de constatation du transfert de la propriété<sup>14</sup>.

Les parlementaires ont justifié l'adoption de cette règle par des exigences liées à la sécurité juridique : il leur importait que « l'officier public [vérifie] l'identité des parties, [recherche] la volonté réelle de celles-ci et [veille] à ce que cette volonté soit exprimée correctement dans l'acte [de transfert de patrimoine] »<sup>15</sup> et plus généralement qu'il s'assure que la transaction se déroule dans de bonnes conditions, en veillant notamment aux problèmes liés à d'éventuels droits réels limités portant sur les immeubles ou encore à ce que les éventuelles autorisations requises pour le transfert soient disponibles<sup>16</sup>. Les parlementaires avaient aussi jugé qu'il n'était pas justifié de créer une différence entre les personnes inscrites au registre du commerce et celles qui ne le sont pas s'agissant de la forme à respecter pour le transfert d'immeubles<sup>17</sup>.

Ils n'ont en revanche guère été sensibles à ce que la règle qu'ils adoptaient conduisait à traiter différemment le transfert de patrimoine d'un côté et, d'autre part, les fusions et surtout les scissions (et même certaines transformations), lors desquelles un transfert de propriété immobilière peut aussi intervenir dans le cadre d'une succession à titre universel ou à titre universel partiel et soulever le même type de problèmes que ceux qui ont été invoqués pour justifier l'instrumentation de la partie du contrat relative aux immeubles lors d'un transfert de patrimoine<sup>18</sup>.

Cela étant, même si l'exigence d'un acte authentique pour l'acte générateur de l'obligation de transférer des immeubles correspond au droit commun en matière immobilière (art. 657 al. 1<sup>er</sup> CC et 216 al. 1<sup>er</sup> CO), il n'en reste pas moins qu'elle soulève un certain nombre de difficultés, compte tenu de ce qu'elle ne concerne qu'une partie du contrat de transfert de patrimoine.

<sup>13</sup> BO 2001 E p. 158 ss; BO 2003 N p. 242 ss.

<sup>14</sup> Art. 70 al. 2, 103 al. 2 et 3 P-LFus de même que Message LFus, p. 4139.

<sup>15</sup> BO 2003 N 243.

<sup>16</sup> Ces différents éléments ont été évoqués lors des discussions en commission.

<sup>17</sup> BO 2003 N 242.

<sup>18</sup> Il est vrai que les décisions de fusion, de scission et de transformation sont en principe soumises à la forme authentique ; cela étant, le rôle du notaire lors de ces décisions se rapporte avant tout aux aspects sociaux (voir ci-dessus).

L'une d'entre elles concerne le contenu de l'acte notarié. Lorsque le notaire doit instrumenter la partie du contrat de transfert de patrimoine portant sur des immeubles, il sera difficile d'y faire figurer certains éléments qui se retrouvent habituellement dans un contrat de transfert immobilier<sup>19</sup>. Il en va ainsi en particulier du prix : selon la loi, la contre-prestation remise en échange de l'ensemble du patrimoine transféré fait partie des éléments nécessaires du contrat de transfert de patrimoine (art. 71 al. 1<sup>er</sup> let. d LFus) ; il faut en déduire que les parties ne doivent pas nécessairement indiquer la contre-prestation afférente à chacun des éléments du patrimoine transféré et, en particulier, aux immeubles.

Une autre difficulté peut se présenter lorsque la conclusion des deux parties du contrat n'est pas coordonnée – ce qui n'est pas exclu puisque la loi n'exige pas une telle coordination<sup>20</sup> – ou lorsque les parties ne choisissent pas de passer l'ensemble du contrat en la forme authentique<sup>21</sup>. En effet, qu'advient-il si les parties concluent d'abord la partie écrite du contrat de transfert de patrimoine portant sur tous les biens sauf les immeubles, puis qu'elles ne trouvent pas d'accord devant le notaire lorsqu'il s'agit de signer la partie du contrat de transfert des immeubles (ce changement d'avis pourrait p.ex. intervenir parce que le notaire aura « recherché la volonté réelle des parties » ou les aura « renseignées » dans le but de les protéger, conformément à son obligation dans ce cadre) ? Doit-on considérer que les parties se sont engagées dans le premier contrat à signer le second ? Il s'agit d'une possibilité de sortir de l'impasse qui a toutefois le désavantage de donner « un effet obligatoire à un acte formellement invalide »<sup>22</sup>.

### C. Constatation du transfert de propriété d'un immeuble

L'art. 104 al. 3 LFus innove en exigeant que le transfert de la propriété d'un immeuble – ce qui inclut les autres faits relevant pour le registre foncier<sup>23</sup> – soit constaté dans un acte authentique. Les cas visés sont ceux dans lesquels il y a un risque particulièrement élevé qu'une partie qui a disposé de biens immobiliers dans le cadre d'une restructuration en dispose une seconde fois. Le Message précise à cet égard que « l'acte authentique [qui est un pur acte de constatation] est instrumenté après que le transfert de propriété a été réalisé [et qu'il] mentionne le trans-

<sup>19</sup> Voir, concernant le contrat habituel, M. MOOSER, *Le droit notarial suisse*, Bern 2005, no 526 ss.

<sup>20</sup> R. BAHAR, in : *Commentaire LFus*, à paraître chez Schulthess en 2005, *ad* art. 70 LFus, no 18 est justement d'avis qu'il faudra en coordonner la conclusion pour des raisons pratiques.

<sup>21</sup> Voir le *Recueil des modèles d'actes notariés* de l'Association des notaires bernois, 2004, no 782, en particulier note 2) qui propose de passer l'ensemble du contrat en la forme authentique.

<sup>22</sup> R. BAHAR, in : *Commentaire LFus*, à paraître chez Schulthess en 2005, *ad* art. 70 LFus, no 18.

<sup>23</sup> F. R. EHRAT/M. WIDMER, *Basler Kommentar, Fusionsgesetz*, Bâle, Genève, Munich, 2005, *ad* art. 104 LFus, no 16 et 25.

fert valable de propriété et contient la liste des immeubles définis individuellement et précisément»<sup>24</sup>. L'acte, établi à la demande du sujet reprenant, doit en particulier faire état de la restructuration intervenue et de sa régularité ainsi que des droits réels et personnels portant sur des immeubles qui ont été transférés<sup>25</sup>.

La loi sur la fusion fait ainsi obligation aux associations ou fondations transférantes qui ne sont pas inscrites au registre du commerce et qui ont fusionné de produire un tel acte authentique en tant que légitimation du transfert de propriété. L'Ordonnance sur le registre foncier, à son article 18a al. 1<sup>er</sup> lit. b qui est d'une constitutionnalité douteuse, étend l'obligation de faire établir un acte notarié aux cas dans lesquels la fusion est intervenue avec une association ou fondation reprenante non inscrite au registre du commerce. Le Message n'a pas jugé utile d'expliquer plus en détail la *ratio legis* de l'obligation de prévoir un acte authentique dans ce cas précis, comme si les explications données en relation avec l'obligation de faire inscrire immédiatement un transfert de propriété (soit le risque que le sujet transférant – qui a disparu, mais de manière non évidente pour le public – dispose à nouveau de biens immobiliers transférés dans le cadre d'une restructuration) justifiaient également la nécessité d'un acte authentique. Deux motifs sont invoqués en doctrine à l'appui de l'exigence de la forme notariée, à savoir le fait que ces fusions peuvent ne pas donner lieu à une inscription au registre du commerce (mais ce n'est pas systématique, puisqu'il suffit que l'un des sujets soit inscrit pour qu'il y ait trace de la fusion au registre du commerce) et le fait que les contrats de fusion entre associations et entre fondations ne prennent pas la forme authentiques (ce qui est inexact s'agissant des contrats de fusion entre fondations de famille et fondations ecclésiastiques : voir l'art. 79 al. 3 LFus). Ce dernier argument est par ailleurs insatisfaisant dans la mesure où il existe d'autres restructurations, dans lesquelles ni le contrat, ni la décision de restructuration ne prennent la forme authentique.

L'article 104 al. 3 LFus requiert aussi l'établissement d'un acte authentique de constatation du transfert de la propriété des immeubles lorsque le transfert intervient dans le cadre d'une scission-séparation. A nouveau, les motifs qui fondent cette exigence ne sont guère clairs : le fait qu'en cas de séparation le sujet transférant subsiste justifie certes que l'on requière rapidement l'inscription du transfert de propriété au registre foncier (comme le prévoit l'art. 104 al. 2 LFus), mais n'est guère pertinent pour le point de savoir si l'inscription doit se fonder sur une preuve plus qualifiée que lorsque l'on est en présence d'une fusion ou d'une division dont la décision, comme en cas de séparation, a pris la forme authentique et a fait l'objet d'une inscription au registre du commerce.

<sup>24</sup> Message LFus, 4139.

<sup>25</sup> F. R. EHRAT/M. WIDMER, Basler Kommentar, Fusionsgesetz, Bâle, Genève, Munich, 2005, ad art. 104 LFus, no 27.

#### *D. Cas dans lesquels aucun acte authentique n'est requis*

Plusieurs restructurations échappent complètement à l'obligation de faire établir des actes notariés, même lorsqu'elles impliquent des transferts immobiliers. Tel est le cas, en particulier, des fusions simplifiées de sociétés de capitaux (art. 23 et 24 LFus), de certaines fusions d'associations et de fondations (essentiellement celles qui sont inscrites au registre du commerce), des restructurations d'institutions de prévoyance et finalement de celles impliquant des instituts de droit public pour lesquelles des règles de droit public ont été édictées.

### **IV. Différences entre la loi sur la fusion et le droit commun**

#### *A. En matière de décisions relatives à l'organisation des sujets*

Dans l'ensemble, la réglementation de la LFus – qui étend quelque peu les compétences des notaires – est calquée sur celle du droit des sociétés ou des personnes morales, dans la mesure où elle exige que les décisions ayant une portée fondamentale pour les associés ou la personne morale elle-même prennent la forme notariée.

#### *B. En matière de droit immobilier*

Il en va tout autrement en matière de droit immobilier. Il est en effet rare que, lors d'une restructuration, le contrat portant sur le transfert d'immeubles soit passé en la forme authentique. De plus, dans la majorité des cas, la réquisition d'inscription au registre foncier ne se fonde qu'indirectement sur un acte instrumenté par un officier public.

Ainsi, en cas de fusion impliquant un sujet reprenant inscrit au registre du commerce, la réquisition au registre foncier se fonde sur un extrait certifié conforme du registre du commerce du sujet reprenant (art. 18a al. 1 let. a ORF). Quant à l'inscription au registre du commerce, elle a pour base un contrat de fusion en la forme écrite approuvé en la forme authentique (sauf lors d'une fusion simplifiée lors de laquelle aucun acte authentique n'est établi). Le respect de la plupart des conditions posées au transfert des immeubles n'est pas assuré par un notaire comme c'est le cas en droit commun. On a en principe seulement à faire à un examen du préposé au registre du commerce<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Voir C. SCHMID-TSCHIRREN, *Sachenrechtliche Aspekte des Fusionsgesetzes*, RNRF 85, p. 234 soulignant le fait que c'est au registre du commerce d'examiner le respect de la LFAIE.

La situation n'est guère différente pour les scissions-division, pour lesquelles l'ordonnance sur le registre foncier exige un extrait certifié conforme de l'inventaire contenu dans le contrat ou le projet de scission en plus des documents requis en cas de fusion (voir l'art. 18a al. 1 let. c).

Le cas de la scission-séparation se distingue de ceux qui précèdent dans la mesure où l'inscription au registre foncier se fonde non seulement sur un extrait du registre du commerce (établi notamment sur la base d'un contrat de scission écrit, mais approuvé en la forme authentique), mais encore sur un acte authentique de constatation du transfert d'immeubles (art. 104 al. 3 LFus et 18a al. 1 let. d ORF).

Le cas des fusions d'associations ou de fondations est complexe :

Si le sujet transférant ou reprenant n'est pas inscrit au registre du commerce, l'inscription au registre foncier doit se fonder sur un acte authentique constatant le transfert de la propriété d'immeubles (art. 18a al. 1 let. b ORF et 104 al. 3 LFus). Cela signifie, pour les fusions entre associations non inscrites ou entre une association inscrite et une association non inscrite (art. 4 al. 4 première phrase LFus), que l'on s'écarte du droit commun dans la mesure où l'acte authentique de constatation du transfert d'immeubles ne correspond pas à l'acte authentique portant sur le contrat de transfert d'immeubles lui-même. Dans ces cas, il n'y a pas d'examen des conditions du transfert immobilier préalable, puisque l'opération n'est pas inscrite au registre du commerce, ni *a fortiori* vérifiée par le préposé. En revanche, lors de fusions entre fondations ecclésiastiques ou de famille (qui ne sont pas inscrites au registre du commerce selon l'art. 52 al. 2 CC), le contrat de fusion (art. 79 al. 3 seconde phrase LFus) doit intégralement être passé en la forme authentique. Dans ces cas, le transfert d'immeubles est en réalité soumis à des exigences plus strictes qu'il ne l'est en droit commun puisqu'il se fonde sur deux actes notariés.

Lors de fusions n'impliquant que des associations ou des fondations inscrites au registre du commerce, le transfert de propriété ne repose sur aucun acte authentique. Il en va de même lors des fusions d'institutions de prévoyance. Le préposé au registre du commerce doit vérifier les conditions de validité des transferts immobiliers sans qu'il n'y ait eu intervention préalable d'un notaire.

En cas de transfert de patrimoine, l'inscription au registre foncier se fonde notamment sur un extrait certifié conforme de la partie du contrat de transfert portant sur des immeubles passé en la forme authentique (70 al. 2 LFus et 18a al. 1 let. e et f ORF<sup>27</sup>).

<sup>27</sup> Il semble qu'en pratique, «l'extrait certifié conforme de la partie du contrat de transfert, en forme authentique, concernant les immeubles transférés» soit remplacé par un acte de constatation du transfert par le notaire (voir: Recueil des modèles d'actes notariés de l'Association des notaires bernois, 2004, no 614, p. 4 ; P. RUF/R. JEITZNER, *Verfahrensrechtliche Vereinfachungen für Umstrukturierungstatbestände*, L'EC 11/04, p. 920 ; R. PFÄFFLI, *Fusionsgesetz und Grundbuchführung*, NB, 2/2004, p. 251, qui donne un modèle d'un tel acte de constatation).

En cas de transformation, il n'y a en principe pas de transferts immobiliers<sup>28</sup>. L'inscription au registre foncier devra tout de même être rectifiée pour y faire apparaître la nouvelle forme prise par le sujet inscrit comme titulaire d'un bien immobilier (voir, pour les pièces nécessaires à l'appui de l'inscription de l'opération au registre foncier, l'art. 18a al. 2 ORF).

## V. Conclusion

L'introduction de la loi sur la fusion, qui touche de près aux deux domaines de spécialisation traditionnels des notaires que sont le droit des sociétés et le droit immobilier, ne pouvait rester sans conséquences sur leur activité.

Si l'exercice semble assez réussi du point de vue du droit des sociétés (et des sujets en général), il n'en va pas de même du point de vue du droit immobilier. A cet égard, on peut regretter l'absence d'exigence d'actes authentiques dans certains cas, conduisant à une augmentation de la responsabilité du préposé au registre du commerce et des parties, ce qui semble confirmer la prédiction du « retrait de la forme authentique »<sup>29</sup>, mais on doit surtout déplorer l'émergence d'une réglementation dont les incohérences et les complications ne s'expliquent pas par le caractère hybride de la loi sur la fusion.

---

<sup>28</sup> Voir H. PETER, in : Commentaire LFus, à paraître chez Schulthess en 2005, *ad* art. 53 LFus, no 16. Il y a toutefois transfert lors d'une transformation d'une société sans personnalité juridique en une personne morale (*ibidem* no 18).

<sup>29</sup> Voir sur la question, M. MOOSER, *Le droit notarial suisse*, Bern 2005, no 456.