

# Les restructurations internationales de sociétés

Florence Guillaume\* / Stefan Eberhard\*\*

## Table des matières:

- A. Introduction
  - B. Les règles de la LDIP
    - I. Les règles applicables à la fusion internationale
      - a) La notion de fusion internationale
      - b) Les conditions de réalisation d'une fusion par immigration
        - 1. La coordination des lois en présence
        - 2. Le domaine de compétence des lois en présence
        - 3. Le droit applicable à une fusion par immigration
      - c) Le droit applicable au contrat de fusion
      - d) La fusion par émigration
      - e) La procédure de fusion
    - II. Les spécificités des autres formes de restructuration
      - a) Le transfert international de société
      - b) La transformation internationale
      - c) La scission internationale et le transfert de patrimoine international
  - C. Les aspects pratiques
    - I. L'hypothèse de travail
    - II. L'organisation du travail
      - a) La planification de la transaction
      - b) La réquisition au registre du commerce
    - III. Questions choisies
      - a) Collaboration avec les autorités
      - b) Rapports entre l'OFRC et l'office cantonal compétent
      - c) Non-judiciabilité *de facto*
      - d) Réflexions générales sur les restructurations internationales: éviter la *praesumptio similitudinis*
  - D. Conclusion
- Bibliographie

## A. Introduction

Les restructurations internationales de sociétés sont régies par un corps de règles de conflit figurant dans la LDIP<sup>1</sup>. Quatre formes sont prévues: le transfert inter-

\* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, avocat.

\*\* Docteur en droit, LL.M., avocat, ABELS Avocats, Genève.

<sup>1</sup> Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291).

national de société<sup>2</sup>, la fusion internationale, la scission internationale et le transfert de patrimoine international. La première de ces formes de restructuration se distingue des trois autres en cela qu'elle n'implique la participation que d'une seule société.

Le transfert international de société figure dans la LDIP depuis son entrée en vigueur. Les règles de conflit applicables aux trois autres formes de restructurations internationales ont quant à elles été intégrées dans la loi en même temps que la codification des restructurations internes dans la LFus<sup>3</sup> et sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2004. En pratique, les opérations transfrontalières étaient cependant déjà existantes, même avant leur codification.

Il ressort des statistiques établies sur les cinq dernières années<sup>4</sup> qu'environ trois quarts des restructurations internationales enregistrées en Suisse sont réalisés sous la forme d'un transfert de société. La majorité de ces transferts sont des cas d'immigration. Le quart restant correspond à des fusions, dont une très grande partie se réalise aussi vers la Suisse.

La première partie de la présente contribution décrit le cadre théorique des règles de droit international privé suisse applicables aux restructurations internationales. Les difficultés liées à la mise en œuvre de ces règles sont mises en exergue dans une deuxième partie qui s'inscrit dans la perspective du praticien. Les particularités d'une fusion par immigration servent de fil conducteur à l'exposé, les spécificités des autres formes de restructuration n'étant abordées que brièvement.

## B. Les règles de la LDIP

Les règles de conflit régissant les restructurations transfrontalières figurent aux art. 161 à 164b LDIP. Même si la codification de ces règles simplifie considérablement les restructurations internationales, il faut bien avouer que plusieurs d'entre elles ne peuvent pas être appliquées sans une interprétation préalable.

<sup>2</sup> Cette forme de restructuration est aussi désignée par les termes « transfert de siège social ». Mais cette expression n'est pas vraiment appropriée en droit international privé suisse, car l'application de la théorie de l'incorporation (art. 154 al. 1 LDIP) a pour conséquence que le transfert du siège de la société dans un autre Etat ne produit pas de changement de la loi applicable à la société.

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

<sup>4</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 sont relatives par KLEINER dans le cadre de sa contribution dans le présent ouvrage.

## I. Les règles applicables à la fusion internationale

### a) La notion de fusion internationale

La notion de fusion en droit international privé suisse s'entend par référence au droit matériel suisse<sup>5</sup>. Celui-ci prévoit la possibilité de réaliser deux formes de fusion: 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 »). Il est aussi possible de mettre en œuvre des fusions simplifiées<sup>6</sup>, en particulier dans le cadre de fusions intragroupes, ainsi que des fusions d'assainissement<sup>7</sup>.

Une fusion est internationale lorsque les sociétés participantes sont régies par des lois différentes. Le droit applicable à chacune des sociétés est déterminé en appliquant les règles de droit international privé de chacun des Etats concernés<sup>8</sup>. En droit international privé suisse, la *lex societatis* est en principe la loi de l'Etat en vertu de laquelle la société s'est organisée (art. 154 al. 1 LDIP)<sup>9</sup>. Toutefois, dans les rares cas où une société n'a pas été constituée conformément aux conditions prescrites par cette loi, elle est régie par la loi de l'Etat dans lequel elle est administrée en fait (art. 154 al. 2 LDIP).

Dans la suite de cette présentation, nous nous concentrerons sur l'hypothèse où la fusion ne concerne que deux sociétés, dont l'une est régie par le droit suisse et l'autre par un droit étranger. Cette hypothèse de travail correspond au cas le plus fréquent en pratique. Toutes les fusions internationales enregistrées en Suisse à ce jour ont en effet 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 dans un Etat étranger, qui est fréquemment *off-shore*. Les opérations intragroupes sont en effet relativement faciles à réaliser au niveau international, en particulier en raison du fait qu'une concertation entre les actionnaires ayant des intérêts divergents n'est pas nécessaire dans ce cas.

### b) Les conditions de réalisation d'une fusion par immigration

Les conditions qui doivent être réunies pour mettre en œuvre une fusion par immigration sont fixées à l'art. 163a LDIP.

<sup>5</sup> Voir les art. 3 ss LFus.

<sup>6</sup> Voir les art. 23 et 24 LFus.

<sup>7</sup> Voir l'art. 6 LFus.

<sup>8</sup> GIRSBERGER/RODRIGUEZ, Vor Art. 161-164b PRG, no 11; DUTOIT, ad art. 163a LDIP, no 2.

<sup>9</sup> Voir GUILLAUME, p. 189 ss; VON PLANTA/EVERHARD, ad art. 154 LDIP, no 9 ss.

## 1. La coordination des lois en présence

La première condition est que la *lex societatis* de chacune des sociétés participantes doit autoriser la réalisation d'une fusion transfrontalière (art. 163a al. 1 LDP). Cette autorisation peut être expresse ou implicite<sup>10</sup>. Le silence de la loi étrangère ne s'oppose donc pas, du point de vue suisse, à la mise en œuvre d'une fusion transfrontalière.

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 par immigration ne peut ainsi être réalisée qu'en respectant les conditions matérielles fixées par la *lex societatis* étrangère de la société transférante (art. 163a al. 1 LDP) et celles figurant dans le droit suisse (art. 163a al. 2 LDP). Ces lois doivent pour cette raison présenter un certain degré de compatibilité. Elles doivent notamment prévoir la possibilité de réaliser une fusion selon des modalités semblables. Lorsque la *lex societatis* de l'une des sociétés participantes prescrit des conditions impératives absolument incompatibles avec celles imposées par la *lex societatis* de l'autre société, la fusion ne pourra pas être mise en œuvre.

Par exemple, la fusion d'une société régie par le droit suisse avec une société régie par le droit d'un Etat membre de l'Union européenne ne peut être réalisée que si le droit international privé de cet Etat autorise – au moins implicitement – la fusion internationale et si les conditions prescrites par ce droit<sup>11</sup> sont compatibles avec celles du droit suisse. On relèvera à ce sujet que les règles de droit européen régissant la fusion intracommunautaire<sup>12</sup> ne sont pas applicables lorsque la fusion implique la participation d'une société régie par le droit suisse. Une telle société ne peut pas non plus invoquer la liberté d'établissement<sup>13</sup> pour réaliser une fusion avec une société régie par le droit d'un Etat membre de l'Union européenne<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Message LFus, no 2.2.3.2, p. 4151.

<sup>11</sup> Voir à ce sujet la Directive 78/855/CEE du Conseil concernant les fusions des sociétés anonymes du 9 octobre 1978 (JO L 295/36 du 20 octobre 1978), ainsi que sa transposition dans le droit des divers Etats membres de l'Union européenne.

<sup>12</sup> Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux du 26 octobre 2005 (JO L 310/1 du 25 novembre 2005); 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'Etats membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un Etat membre à un autre (JO L 310/34 du 25 novembre 2009).

<sup>13</sup> Art. 49 et 54 TFUE (anciens art. 43 et 48 du Traité CE).

<sup>14</sup> La jurisprudence SEVIC de la Cour de Justice des Communautés européennes (CIJCE, 13 décembre 2005, *SEVIC Systems AG*, aff. C-411/03, Rec. I-1085), selon laquelle la fusion intracommunautaire

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, il peut s'agir d'une société de personnes organisée ou d'un patri-moine organisé (art. 150 al. 1 LDP). 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) et de certaines sociétés de personnes (sociétés en nom collectif, sociétés en commandite, sociétés coopératives). Le critère qui doit être retenu pour déterminer si une fusion internationale est autorisée consiste à examiner si les sociétés ont une forme compatible<sup>15</sup>. Cette compatibilité doit être vérifiée de cas en cas en fonction de l'organisation structurelle des sociétés impliquées dans l'opération de restructuration<sup>16</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>17</sup>. A 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>18</sup>. En outre, la seule dénomination de la forme de société n'importe pas: c'est la structure et le régime légal qui lui est applicable qui sont déterminants.

## 2. Le domaine de compétence des lois en présence

La principale difficulté liée à la mise en œuvre d'une fusion transfrontalière réside dans la nécessité de définir le domaine de compétence des lois en présence. Il est nécessaire de déterminer dans quelle mesure les conditions matérielles fixées par la *lex societatis* de toutes les sociétés participantes doivent être appliquées par chacune d'entre elles.

taire est une modalité d'exercice de la liberté d'établissement, ne peut pas être invoquée par une société régie par le droit suisse.

<sup>15</sup> Cette exigence correspond à celle requise par l'art. 146 al. 1 lit. c ORC pour procéder à l'enregistrement de la fusion au registre du commerce. Voir *infra* C.II.b.

<sup>16</sup> Voir KAUFMANN-KOHLER/GULLAUME, ad art. 163a LDP, no 3; GIRSBERGER/RODRIGUEZ, ad art. 163a LDP, no 12.

<sup>17</sup> Dans ce sens, *mutatis mutandis*, VOGT, p. 116.

<sup>18</sup> Du même avis: KAUFMANN-KOHLER/GULLAUME, ad art. 163a LDP, no 3; GIRSBERGER/RODRIGUEZ, ad art. 163a LDP, no 14.

Une première méthode prescrit une application cumulative des conditions prévues dans toutes les lois concernées par toutes les sociétés participantes. Cette méthode entraîne inévitablement des complications extrêmes en pratique. Il est en effet très difficile – voire impossible – de satisfaire simultanément aux conditions prescrites par toutes les lois, lesquelles sont très rarement identiques. Une autre méthode consiste à appliquer les conditions prévues dans les différents droits de façon distributive. Chaque société se conforme ainsi uniquement aux modalités prévues dans sa propre *lex societatis*. Or, cette méthode ne garantit pas la réussite d'une fusion au niveau international, faute de coordination entre les lois en présence.

La méthode suivie en droit international privé suisse ne ressort pas clairement du texte légal. Le législateur suisse s'est référé à plusieurs reprises à la méthode de l'application cumulative<sup>19</sup>. Toutefois, il a aussi précisé qu'il convient de nuancer son application: « pour éviter de compliquer la transaction en la soumettant à des exigences superflues, le droit suisse doit se retirer lorsque, en ce qui concerne les sociétés transférées [régies par un droit étranger], il n'est pas porté atteinte à des intérêts helvétiques dignes de protection; ainsi, les prescriptions suisses sur la protection des associés des sociétés transférées ne doivent pas être appliquées. Il convient de déterminer au cas par cas quels sont les intérêts suisses qui ne sont pas touchés. »<sup>20</sup> Il ressort de ce passage que le législateur suisse prescrit une approche pragmatique dans l'application des conditions de la fusion prévues dans toutes les lois en présence.

Cette approche nous conduit à classer les conditions d'une fusion internationale en deux catégories distinctes<sup>21</sup>:

- La première catégorie renferme toutes les conditions de la fusion qui sont communes à toutes les sociétés participantes. On peut citer à ce titre, par 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 le droit étranger de la société transférée exige que le contrat de fusion soit passé en la forme authentique<sup>22</sup>, cette exigence de forme doit être impérativement respectée.

- Les conditions de la fusion qui ne sont pas communes à toutes les sociétés participantes, et qui ne sont donc pas à proprement parler internationales, font partie de la deuxième catégorie. Il s'agit par exemple des conditions d'adoption de la décision de fusion (désignation de l'organe chargé d'approuver le contrat de fusion, conditions de quorum et de majorité), celles d'une augmentation du capital (pour la société reprenante), etc. Le fait que chacune des sociétés participantes respecte – de façon distributive – les conditions prescrites par sa propre *lex societatis* est suffisant pour ce type de conditions. Ainsi, dans le cadre d'une fusion par immigration, la société reprenante doit notamment respecter les règles relatives au rapport de fusion (art. 14 LFus), au rapport de révision (art. 15 LFus), et à la procédure de consultation et d'information (art. 16 et 17 LFus). De son côté, la société transférée doit remplir les conditions prévues dans sa propre *lex societatis*, comme par exemple celles visant à la protection des associés, des créanciers et des travailleurs.

### 3. Le droit applicable à une fusion par immigration

Le droit international privé suisse part du principe que l'opération de fusion entretient les liens les plus étroits avec l'ordre juridique régissant la société reprenante<sup>23</sup>. La fusion par immigration est par conséquent régie par le droit suisse (art. 163 a al. 2 LDP). Celui-ci s'applique notamment au transfert de l'ensemble des droits et obligations de la société transférée à la société reprenante.

En outre, toutes les dispositions impératives du droit suisse doivent être respectées, en particulier les dispositions de la loi fédérale sur les cartels<sup>24</sup>, la loi fédérale sur les bourses<sup>25</sup>, ainsi que les lois fiscales.

#### c) Le droit applicable au contrat de fusion

Le droit applicable au contrat de fusion est déterminé par l'art. 163 c LDP.

Cette disposition prévoit que le contrat de fusion doit respecter, tant au fond qu'à la forme, les dispositions matérielles impératives relevant du droit des sociétés prescrites par la *lex societatis* de toutes les sociétés participantes (art. 163 c al. 1 LDP). En pratique, cette exigence d'application cumulative impose au moins le

<sup>19</sup> Message LFus, no 2.2.3, p. 4148 ss.

<sup>20</sup> Message LFus, no 2.2.3.2, p. 4151.

<sup>21</sup> Voir KAUFMANN-KOHLER/GUILLAUME, Remarques préliminaires aux art. 161 à 164b LDP, no 8 ss.

<sup>22</sup> Seule la forme écrite est requise en droit suisse (art. 12 al. 2 LFus).

<sup>23</sup> Message LFus, no 2.2.3.2, p. 4151.

<sup>24</sup> Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (Loi sur les cartels; RS 251).

<sup>25</sup> Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 24 mars 1995 (Loi sur les bourses; RS 954.1).

respect du droit le plus sévère<sup>26</sup>. Par exemple, si une des lois en présence impose que le contrat de fusion revête une forme spéciale (authentique, notariée, etc.), cette exigence de forme doit être respectée quand bien même le droit suisse requiert seulement une forme écrite (art. 12 al. 2 LFus).

Le droit applicable au contrat de fusion peut être déterminé librement par les parties (art. 163c al. 2 LDIP). Tous les éléments du contrat de fusion qui sont de nature contractuelle sont par conséquent régis par le droit choisi par les parties. Il s'agit par exemple des clauses relatives à l'obligation de confidentialité, aux garanties, à la responsabilité en cas de faux renseignements, aux coûts de la transaction, etc. En l'absence d'élection de droit, le contrat de fusion est régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits. Ces liens sont présumés exister avec l'Etat dont l'ordre juridique régit la société représentante (art. 163c al. 2 *in fine* LDIP). Si cette règle n'est pas compatible avec celle existant dans le droit étranger applicable à la société transférente, les parties doivent impérativement faire une élection de droit.

#### d) La fusion par émigration

L'art. 163b LDIP fixe les conditions qui doivent être réunies pour mettre en œuvre une fusion par émigration. Pour l'essentiel, il s'agit des mêmes conditions que pour une fusion par immigration. Quelques conditions supplémentaires sont prévues pour protéger les intérêts des personnes dont les droits pourraient être compromis par la fusion, soit les associés, les créanciers et les travailleurs de la société transférente.

La protection des associés de la société transférente est assurée au moyen de deux conditions spécifiques. Premièrement, le transfert de l'ensemble des actifs et passifs à la société reprenante doit être effectué par succession universelle (art. 163b al. 1 lit. a LDIP). Deuxièmement, les parts sociales ou les droits de sociétariat des associés de la société transférente doivent être maintenus de manière adéquate au sein de la société reprenante (art. 163b al. 1 lit. b LDIP). Lorsque la société est inscrite au registre du commerce, le maintien de la position des associés de la société transférente dans la société reprenante doit être attesté par un expert-réviseur agréé avant la radiation de la société (art. 164 al. 2 lit. b LDIP).

Un appel public permet de protéger les créanciers de la société suisse transférente (art. 163b al. 3 première phrase LDIP). Ceux-ci peuvent exiger, dans un

délaï de deux mois qui suit la publication de l'avis, que toutes leurs créances soient garanties (art. 163b al. 3 deuxième phrase LDIP *cum* art. 46 al. 1 LFus). Toutefois, l'obligation de fournir des sûretés tombe si la société exécute la créance de façon anticipée ou fournit la preuve que la fusion ne compromet pas l'exécution de la créance (art. 163 al. 2 deuxième phrase LDIP *cum* art. 46 al. 2 et 3 LFus). Lorsque la société est inscrite au registre du commerce, le respect des conditions prescrites par l'art. 46 LFus doit être attesté par un expert-réviseur agréé avant l'enregistrement de la fusion et la radiation de la société (art. 164 al. 1 LDIP). La protection des créanciers est complétée par le maintien en Suisse d'un for judiciaire ainsi que d'un for de la poursuite aussi longtemps que leurs droits ne sont pas sauvegardés (art. 164a al. 2 LDIP).

La LDIP ne prévoit pas de protection particulière des travailleurs. Toutefois, leurs droits sont protégés par les art. 27 et 28 LFus. Ces dispositions prévoient notamment une consultation obligatoire de la représentation des travailleurs de la société transférente et de la société reprenante (voir l'art. 333a CO). Cette exigence s'impose également aux sociétés reprenantes régies par un droit étranger (art. 28 al. 4 LFus), sauf si leur *lex societatis* prévoit une protection plus étendue des travailleurs<sup>27</sup>.

#### e) La procédure de fusion

La procédure de fusion est décrite dans la LFus (art. 9 ss LFus) ainsi que dans l'ORC<sup>28</sup>. Cette dernière est applicable lorsque la société régie par le droit suisse est inscrite au registre du commerce. Dans ce cas, la fusion doit être enregistrée au registre du commerce pour être effective (art. 22 al. 1 LFus).

L'enregistrement de la fusion au registre du commerce intervient aux conditions fixées aux art. 128 ss ORC. Il doit être requis par les organes supérieurs de direction ou d'administration de la société dès que la décision de fusion a été prise (art. 21 al. 1 LFus; art. 130 al. 1 ORC). Les pièces justificatives devant être jointes à la réquisition d'inscription sont énumérées aux art. 131 et 146 ORC<sup>29</sup>. L'enregistrement a un effet constitutif et entraîne automatiquement le transfert, par succession universelle, de tous les actifs et passifs de la société transférente à la société reprenante, ainsi que le transfert des parts sociales ou des droits de sociétariat de la société reprenante aux associés de la société transférente.

<sup>26</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 (JO L 82/16 du 22 mars 2001).

<sup>27</sup>

Ordonnance sur le registre du commerce du 17 octobre 2007 (ORC; RS 221.411).

<sup>28</sup>

Voir *infra* C. II.b.

Lorsque la société régie par le droit suisse 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).

## II. Les spécificités des autres formes de restructuration

### a) Le transfert international de société

Le transfert international de société permet à une société de changer de *lex societatis* tout en maintenant son identité. La modification de la loi applicable intervient sans liquidation de la société dans son Etat d'origine, ni nouvelle fondation dans son Etat d'accueil. Cette opération ne peut être réalisée que dans une consultation internationale, ce qui a pour conséquence que la loi sur la fusion n'est pas applicable.

Les principes de base régissant le transfert international sont très proches de ceux nécessaires à la mise en œuvre d'une fusion internationale. Une société ne peut changer de *lex societatis* que si le droit de son Etat d'origine et le droit de son Etat d'accueil autorisent une telle opération de restructuration (art. 161 al. 1 et 163 al. 1 LDIP). L'exigence de coordination des lois en présence implique que les conditions matérielles fixées par ces deux lois soient respectées. Il s'agit en particulier des conditions formelles d'incorporation fixées par le droit de l'Etat d'accueil. Par exemple, les statuts de la société doivent être adaptés à ce droit. En cas d'immigration en Suisse, la société doit pouvoir s'adapter à l'une des formes d'organisation sociale du droit matériel suisse (art. 161 al. 1 LDIP)<sup>30</sup>. Elle doit par conséquent pouvoir entrer dans les habits de l'une des formes de société prévues en droit suisse.

Lorsque la société immigrant en Suisse doit être inscrite au registre du commerce pour être valablement constituée, 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 et le transfert 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'Etat de l'incorporation sans pour autant qu'il y ait d'autres liens suffisants avec notre pays »<sup>31</sup>. Pour les sociétés de capitaux, l'inscription au registre du commerce n'interviendra que sur présentation d'un rapport délivré par un expert-réviseur agréé attestant que le ca-

pital 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'inscription du transfert international 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, les créanciers de la société sont protégés de la même manière qu'en cas de fusion par émigration. Un appel public les informe du projet de changement de statut juridique de la société et leur offre l'occasion de faire valoir leurs créances contre la société avant son départ à l'étranger (art. 163 al. 2 LDIP). Si la société est inscrite au registre du commerce, sa radiation n'interviendra que sur présentation d'un document attestant que la société continue d'exister en vertu du droit étranger et d'un rapport d'un expert-réviseur agréé attestant que les créanciers soit ont obtenu des garanties ou ont été désintéressés conformément à l'art. 46 LFus, soit ont consenti à la radiation (art. 127 ORC).

### b) La transformation internationale

La transformation permet à une société de changer volontairement sa forme juridique. La possibilité de réaliser une transformation de société, qui est prévue en droit interne<sup>32</sup>, n'a pas été retenue en droit international privé.

Une transformation internationale pourrait théoriquement être réalisée au moyen d'un transfert international de société. Les dispositions régissant cette forme de restructuration ne contiennent ni précision ni limite quant à la forme juridique dans laquelle la société doit s'incorporer dans son Etat d'accueil. Il est seulement précisé 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 émigrant de Suisse doit « continuer d'exister en vertu du droit étranger » (art. 163 al. 1 LDIP). Une interprétation littérale des art. 161 et 163 LDIP conduirait à admettre qu'une société peut profiter d'un transfert international pour choisir librement la forme d'organisation sociale du droit de l'Etat d'accueil dans laquelle elle s'incorpore, même si cela entraîne une modification radicale de son organisation sociale.

<sup>30</sup> Voir *infra* B.II.b.

<sup>31</sup> Message LDIP, no 296.

<sup>32</sup> Voir les art. 53 ss LFus.

Or, cette interprétation littérale ne correspond pas à la volonté du législateur suisse. Celui-ci a clairement exprimé qu'il n'est pas possible de réaliser une transformation de société au niveau international<sup>33</sup>. La volonté du législateur est appliquée strictement par l'Office fédéral du registre du commerce (OFRC) qui refuse d'enregistrer toute transformation internationale. En pratique, seul un transfert international au cours duquel la société s'adapte à la forme d'organisation sociale du droit de son Etat d'accueil la plus proche de celle qu'elle avait dans son Etat d'origine pourra par conséquent être enregistré.

Cette pratique est soutenue par la quasi unanimité de la doctrine, qui a renoncé à donner aux art. 161 et 163 LDP une interprétation en faveur de la transformation internationale<sup>34</sup>. Il est vrai que le but d'un transfert international n'est pas de modifier la forme sociale d'une société, mais de modifier la loi qui la régit (sa *lex societatis*). Une telle opération entraîne souvent une modification de la forme de la société au moment où elle s'adapte à une forme sociale de son Etat d'accueil. Cette modification est la conséquence inévitable du fait que les formes d'organisation sociale ne sont pas identiques dans tous les ordres juridiques. Pour le cas particulier des transferts de sociétés anonymes ou de sociétés à responsabilité limitée vers la Suisse – qui sont des cas de figure fréquents en pratique –, nous sommes d'avis qu'une « transformation nominale » de société anonyme étrangère en société à responsabilité limitée suisse (ou de société à responsabilité limitée étrangère en société anonyme suisse) doit être possible sans susciter le débat de la licéité de la transformation internationale, à condition que l'analyse fonctionnelle et structurelle de la société immigrante confirme la similitude avec la forme de société suisse dans laquelle elle s'incorpore. Par exemple, une société à responsabilité limitée du droit français pourrait indirectement s'incorporer en société à responsabilité limitée ou en société anonyme du droit suisse. La dénomination utilisée en droit étranger pour les différentes formes de société n'est en effet pas relevante. En particulier, le fait que le droit étranger utilise les mêmes termes pour désigner ses formes sociales que ceux existant en droit suisse ne permet pas de faire l'impasse d'une analyse comparative de la structure institutionnelle de la société pour déterminer la ou les formes sociales correspondantes en droit suisse.

Une adaptation de la société est par conséquent toujours nécessaire au cours d'un transfert international. Mais il n'est pas possible pour autant d'en déduire que la société peut profiter du transfert pour modifier radicalement son organisation sociale, ce qui constituerait une transformation internationale *stricto sensu*.

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 d'une société à responsabilité limitée ou d'une société anonyme de droit suisse, puis une transformation purement interne en société coopérative.

Dès lors que tous les ordres juridiques ne contiennent pas les mêmes formes de sociétés, il peut arriver qu'il n'existe pas de forme d'organisation sociale équivalente dans le droit de l'Etat d'accueil. Par exemple, il n'existe pas en droit suisse d'équivalent au trust du droit anglais. Dans un tel cas, le transfert international n'est pas possible. En revanche, la transformation peut éventuellement être réalisée à l'étranger avant le transfert international vers la Suisse. Un trust de droit anglais pourrait par exemple être transformé en fondation avant d'immigrer sous cette forme en Suisse.

### c) La scission internationale et le transfert de patrimoine international

La scission internationale est l'opération qui permet à une société régie par une loi (la société transférante) de transférer par succession universelle tout ou partie de son patrimoine à deux ou plusieurs sociétés régies par d'autres lois (les sociétés repreneantes) contre attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat des sociétés repreneantes aux associés de la société transférante. Les éléments patrimoniaux (actifs et passifs) qui sont transférés sont énumérés précisément dans un inventaire faisant partie du contrat ou du projet de scission (art. 37 lit. b LFus). La société transférante est dissoute sans liquidation lorsqu'elle transfère l'intégralité de son patrimoine.

Le transfert de patrimoine international est l'opération qui permet à une société régie par une loi (la société transférante) de transférer, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de son patrimoine à une autre société régie par une autre loi (la société repreneante) 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 lit. b LFus). A la différence de la scission, le transfert de patrimoine n'entraîne aucune transmission de parts sociales ou de droits de sociétariat. En revanche, une contre-prestation peut être prévue en faveur de la société transférante.

Les règles sur la fusion internationale s'appliquent par analogie à la scission internationale et au transfert de patrimoine international (art. 163d al. 1 LDP). La

<sup>33</sup> Message LFus, no 2.2.3, p. 4148 s.

<sup>34</sup> Voir KAUFMANN-KOHLER/GUILLAUME, ad art. 161 LDP, no 3; GINSBERGER/RODRIGUEZ, ad art. 161 LDP, no 5; *contra*: RUEBIN, p. 93-109.

seule différence notoire réside dans le fait que la scission et le transfert de patrimoine ne sont pas régis par la *lex societatis* de la société reprenante – comme c'est le cas lors d'une fusion – mais par la *lex societatis* de la société transférante (art. 163d al. 2 LDIP). Cette même loi s'applique aussi au contrat ou au projet de scission ainsi qu'au contrat de transfert, en l'absence d'élection de droit (art. 163d al. 3 LDIP *cum* art. 163c al. 2 LDIP).

Comme pour les fusions internationales, les lois en présence doivent être coordonnées. Il en résulte notamment qu'une scission ou un transfert de patrimoine ne peut être réalisé qu'entre sociétés qui sont autorisées par leur *lex societatis* à opérer une telle opération de restructuration. En droit suisse, les sociétés de capitaux (sociétés anonymes, sociétés en commandite par actions, sociétés à responsabilité limitée) et les sociétés coopératives sont autorisées à procéder à une scission. Ces formes de sociétés peuvent participer à une scission impliquant toute société étrangère qui est autorisée à y prendre part selon sa propre *lex societatis* et dont l'organisation structurelle est compatible. Le transfert de patrimoine est quant à lui ouvert à toutes les sociétés et entreprises individuelles inscrites au registre du commerce. Sa réalisation en pratique se heurtera toutefois souvent à l'absence de forme de restructuration semblable dans les autres ordres juridiques<sup>35</sup>.

Les procédures de scission et de transfert de patrimoine se déroulent selon les modalités prévues aux art. 29 ss LFus, respectivement aux art. 69 ss LFus. L'ORC est applicable lorsque la société régie par le droit suisse est inscrite au registre du commerce.

## C. Les aspects pratiques

La connaissance des aspects relatifs au droit international privé des restructurations internationales est une condition essentielle à leur planification et à leur mise en œuvre. Elle ne donne cependant qu'une vision partielle des règles pertinentes en la matière. En effet, la mise en œuvre d'une restructuration internatio-

nale est en grande partie déterminée par le droit du registre du commerce. Elle pose d'ailleurs un défi en termes de planification et d'organisation.

### I. L'hypothèse de travail

L'hypothèse de travail est la suivante: une société de réassurance sise dans un territoire *off-shore* fusionne avec une société du même groupe sise en Suisse. Les motifs pour une telle restructuration peuvent être divers. On peut imaginer par exemple le désir du groupe de transférer ses sociétés dans un pays dont la réglementation en matière de réassurance a une bonne réputation au niveau international. En effet, si les juridictions *off-shore* offrent certains avantages aux sociétés qui y sont établies, il existe – dans le climat actuel qui voit augmenter les contraintes sur les acteurs financiers dans le monde – de plus en plus d'acteurs économiques qui renoncent à ces avantages pour privilégier la quiétude liée à l'exploitation de leurs affaires dans une juridiction à densité réglementaire « normale ».

Même si les questions fiscales liées aux restructurations internationales sortent du cadre de la présente contribution, relevons qu'un obstacle majeur aux restructurations internationales est – dans un contexte non communautaire – l'imposition des bénéfices théaurisés et des réserves latentes de la société lors de son transfert à l'étranger. Cette taxation est usuellement – et sans entrer dans les détails d'un ordre juridique particulier – connue sous le terme de *exit tax*<sup>36</sup>. La plupart du temps, comme dans notre hypothèse de travail, l'Etat de résidence des sociétés transférantes est une juridiction *off-shore* à fiscalité réduite voire inexistante, de sorte que la problématique de l'*exit tax* ne se pose pas. Par ailleurs, si la société transférante conserve dans son pays d'origine son organisation (bureaux, employés, etc.), la société reprenante pourra être considérée comme ayant une succursale ou un établissement stable dans le pays en question. Une partie des bénéfices de la société reprenante seront ainsi attribués à l'établissement stable *off-shore*.

<sup>35</sup> Le droit luxembourgeois offre la possibilité de réaliser des transferts de patrimoine professionnels selon des modalités très proches du transfert de patrimoine suisse. L'art. 308bis-6 al. 1 de la loi du 10 août 1915 (elle que modifiée par la loi du 23 mars 2007; *Mémorial A* – N° 46 du 30 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. » Cette opération est directement inspirée du transfert de patrimoine du droit suisse. Tout comme ce dernier, elle ne peut pas être effectuée contre attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat. En outre, la loi luxembourgeoise prévoit expressément qu'elle peut aussi être réalisée avec une entité étrangère « pour autant que le droit national de cette dernière [...] ne s'y oppose pas » (art. 308bis-6 al. 3 de la loi du 10 août 1915).

<sup>36</sup> Voir à ce sujet DANON, p. 257-312.

## II. L'organisation du travail

### a) La planification de la transaction

La démarche première pour mettre en œuvre une restructuration internationale consiste en une analyse de la faisabilité de la restructuration envisagée. L'exercice est difficile car plusieurs acteurs, autorités et juridictions sont concernés. Dans le cas d'espèce, la société transférée étrangère et la société reprenante suisse sont les principaux acteurs concernés. Les autorités intervenant sont les autorités de surveillance en matière d'assurance (en Suisse, la FINMA) ainsi que – tout au moins pour la Suisse – les autorités du registre du commerce. Cela englobe l'OFRC ainsi que l'office cantonal du registre du commerce au siège de la société reprenante. En outre, les juridictions étrangère et suisse peuvent être amenées à être saisies, notamment pour contester la décision de l'une des autorités intervenant. A cela peut s'ajouter le fait que certaines sociétés du groupe soient cotées à la bourse de diverses places financières. Dans ce cas, les réglementations boursières, par exemple en matière de publicité événementielle, doivent être respectées en sus. Dans une telle constellation, le principe de la multiple barrière s'applique: la transaction ne pourra être réalisée que si les exigences de toutes les autorités – et notamment de l'autorité la plus exigeante – sont respectées et si les délais applicables les plus stricts sont également respectés.

Cette situation complexe appelle une planification minutieuse de la transaction. Une communication parfaite avec les personnes en charge du projet au sein du groupe concerné, avec les consultants, avec les conseils des différentes juridictions impliquées, ainsi qu'avec les autorités approchées est nécessaire en vue de l'implémentation de la transaction.

La démarche à adopter est fondamentalement pragmatique: les conseils doivent comprendre les exigences des différentes autorités impliquées et cerner comment ces exigences peuvent être remplies le plus élégamment possible. Le fait de s'entêter et de jouer des tours de force pour imposer un point de vue personnel serait improductif quand une autre approche permettrait également d'accommoder aussi bien les autorités que les parties impliquées. Par exemple, une transaction ne pourra que se solder par un échec si elle subit un blocage en raison d'une action en justice contre une décision négative de l'OFRC. Cette situation – une forme de non-justiciabilité *de facto* – est une particularité du droit du registre du commerce et nous y reviendrons plus bas.

La planification de la fusion par immigration sera largement déterminée par le document employé tout à la fin du processus de préparation de la transaction, soit la réquisition d'inscription de la fusion au registre du commerce. La mé-

thode consiste donc à cerner les exigences posées par l'ORC, et de déterminer, à reculons, les données et pièces requises en vue de la finalisation de la réquisition.

### b) La réquisition au registre du commerce

La réquisition d'inscription de la fusion au registre du commerce doit contenir toutes les données et être accompagnée de toutes les pièces requises pour une fusion de deux sociétés suisses (art. 131 et 132 ORC). Il s'agit notamment, pour notre cas de figure, des pièces et données suivantes:

- Le contrat de fusion: très souvent, le contrat de fusion sera rédigé en deux langues. En effet, comme le contrat doit respecter les exigences du droit suisse et du droit étranger, cette condition peut seulement être remplie si son élaboration est faite avec le concours des conseils étrangers qui veillent à ce que le contrat de fusion contienne toutes les clauses exigées par la *lex societatis* de la société transférée.

- Le bilan de fusion de l'entité transférée: le respect de cette exigence requiert probablement le plus d'anticipation. En effet, si les parties envisagent de fusionner les sociétés sur la base du bilan révisé au 31 décembre, elles essayeront de conclure le contrat de fusion avant le 30 juin de l'année suivante<sup>37</sup>. Le printemps est ainsi la saison propice à la préparation de ce type de transaction.

- La décision de fusion des sociétés participant à la fusion: dans le cas de figure envisagé, la fusion est une fusion simplifiée au sens de l'art. 23 al. 1 lit. a LFus, c'est-à-dire qu'il s'agit d'une fusion entre deux sociétés qui ont la même société mère. Ce cas de figure est non seulement très usuel au niveau interne (la majorité des fusions sont des fusions intragroupes), mais l'est encore plus souvent au niveau international. Ceci tient au fait que le rapprochement de deux sociétés ou groupes de sociétés non apparentés se fait plus aisément par d'autres moyens que par la fusion, que ce soit pour des raisons fiscales ou en raison de la complexité accrue de la fusion internationale. Conséquence de la fusion intragroupe, les décisions de fusion des deux sociétés concernées ne doivent pas être prises en la forme authentique du point de vue suisse. Ce sont donc les conseils d'administration de la société reprenante et de la société transférée qui décident la fusion. Pour la société reprenante suisse, il s'agira d'une décision écrite du conseil d'administration, qui peut être prise lors d'une réunion physique du conseil

<sup>37</sup> Voir l'art. 11 LFus.

ou par voie de circulation (art. 713 al. 2 CO). Les décisions seront vraisemblablement en format bilingue afin que tant les autorités suisses que les autorités étrangères puissent comprendre le document sans entrave (art. 130 al. 1 ORC). Enfin, il va sans dire que la décision du conseil d'administration de la société transférente devra également respecter la forme requise par le droit étranger. Mentionnons que l'art. 131 al. 3 ORC permet aussi de renoncer à une prise de décision dans un document distinct si tous les membres des conseils respectifs signent le contrat de fusion. Cela peut être une option intéressante lorsque les sociétés prennent de multiples décisions, lors de la décision de fusion, dont la teneur est confidentielle. Cela leur permet en effet d'éviter de devoir établir des extraits de leurs décisions à l'intention du registre du commerce.

Les rapports de révision: le rapport de révision n'est pas nécessaire, puisque nous sommes en présence d'une fusion simplifiée (art. 24 al. 1 LFus).

La valeur totale des actifs et passifs transférés (art. 132 al. 1 lit. c ORC): les valeurs pertinentes figurent au bilan de la société transférente. Une conversion des montants inscrits au bilan en francs suisses n'est pas nécessaire. Le bilan de la société transférente est en effet soumis aux exigences de sa *lex societatis*. Il serait par ailleurs fastidieux de convertir le bilan de la société transférente en un bilan conforme aux exigences du Code des obligations suisse juste avant la disparition de la société. Cela poserait des problèmes considérables, car le bilan étranger ne serait pas transformé en un bilan au sens du Code des obligations suisse par une simple conversion de la devise. En effet, la valorisation des postes au bilan sont le fruit d'une pratique de comptabilisation qui s'étend dans la durée et ce sur la base de principes comptables qui diffèrent selon toute probabilité de ceux du droit suisse.

Le caractère international de la fusion requiert en plus les données et pièces justificatives suivantes (art. 146 al. 1 ORC):

L'existence de la société transférente: la réquisition doit être accompagnée d'un document attestant l'existence légale à l'étranger de la société transférente (art. 146 al. 1 lit. a ORC). L'attestation contient, typiquement et au minimum, la raison sociale de la société, sa forme juridique et son siège. Dans le cas le plus simple, ce sera une autorité équivalente au registre du commerce qui émet cette attestation, document qui devra être apostillé ou superlégalisé. Les pays anglo-saxons, notamment, n'ont souvent pas d'autorités équivalentes au registre du commerce. La société peut alors produire un *certificate of incorporation* et un *certificate of good standing*, également apostillés ou superlégalisés. Si cela ne devait pas être possible,

l'instrument de l'*affidavit* (déclaration écrite sous serment) pourrait être envisagé. Si l'office cantonal du registre du commerce le requiert exceptionnellement, un avis de droit (*legal opinion*) d'un office ou d'un cabinet d'avocats indépendant et disposant des connaissances juridiques nécessaires à son établissement peut être fourni pour confirmer 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<sup>38</sup>. Enfin, l'auteur de l'attestation doit également confirmer qu'il agit en tout indépendance des sociétés qui fusionnent<sup>39</sup>.

La légalité de la fusion transfrontalière: la réquisition doit être accompagnée d'un document attestant la légalité de la fusion transfrontalière au regard du droit étranger en question (art. 146 al. 1 lit. b ORC). Cette attestation doit être émise par l'autorité étrangère compétente en vertu du texte explicite de la loi. Contrairement à une pratique qui s'est mise en place au début de l'application de la LFus, l'OFRC considère désormais que cette attestation ne peut pas émaner de l'Institut suisse de droit comparé puisqu'il n'est pas une autorité étrangère. Il n'en demeure pas moins que l'obtention de cette attestation cause des difficultés lorsqu'aucune autorité étrangère ne se considère compétente pour l'émettre. En effet, partant d'une *presumptio similitudinis*<sup>40</sup>, le législateur suisse s'imaginait probablement que les autres pays sont dotés d'autorités au fonctionnement similaire à celui de notre pays. Or, tel n'est pas toujours le cas. En pratique, les sociétés reprenantes butant sur l'exigence stricte de la loi en la matière la remplissent en principe en livrant un document établi par une personne jouissant d'une fonction étatique au sein de l'ordre juridique de la société reprenante, comme par exemple un notaire. C'est donc une notion large de l'autorité étrangère compétente qui prévaut dans l'interprétation de l'art. 146 al. 1 lit. b ORC. Mentionnons enfin que les difficultés en la matière sont graduellement réduites au fur et à mesure que la pratique développe des solutions praticables pour chaque juridiction; celles-ci sont aussi trouvées par nos autorités lors de réunions ministérielles périodiques avec leurs pairs étrangers. Il y est usuellement évoqué que l'OFRC ne requiert pas de l'autorité étrangère compétente l'approbation d'une fusion particulière, mais que l'attestation doit être formulée en termes abstraits et confirmer la légalité de la fusion transfrontalière en général en se référant par exemple aux textes de lois applicables en la matière. Cette précision per-

<sup>38</sup> Dans ce sens, *mutatis mutandis*, VoGT, p. 114.

<sup>39</sup> Dans ce sens, *mutatis mutandis*, VoGT, p. 115. Voir *infra* C.III.d.

met souvent de réduire les réticences d'une autorité étrangère à émettre l'attestation. C'est en effet assez naturellement que l'autorité étrangère évitera de s'exprimer favorablement sur la fusion et le départ d'une société de sa juridiction, que ce soit pour des raisons de responsabilité ou pour des raisons politiques.

La compatibilité des sociétés: la réquisition doit être accompagnée d'un document établissant que les deux sociétés qui fusionnent sont compatibles (art. 146 al. 1 lit. c ORC). En effet, un des principes fondamentaux de la fusion est que l'absorption de la société transférée se fait dans la continuité, sans sa liquidation et sans conséquences pour les actionnaires et créanciers, notamment. Cela suppose que les sociétés qui fusionnent aient une structure institutionnelle similaire<sup>41</sup>. Précisons que dans les cas typiques où la société transférée est détenue à 100% par une société du groupe (du moins juste avant la fusion), ce n'est pas tant la protection du sociétaire qui est au premier plan mais la protection des créanciers. L'attestation relative à la compatibilité des formes de sociétés participantes peut émaner d'un office ou d'un cabinet d'avocats indépendant disposant des connaissances nécessaires dans les lois en présence<sup>42</sup> ou de l'Institut suisse de droit comparé.

La société reprenante suisse requiert elle-même l'inscription de la fusion au registre du commerce, alors que la société transférée étrangère procédera aux démarches prescrites dans son pays d'origine. Il va sans dire que l'office cantonal du registre du commerce de la société reprenante est compétent pour examiner la fusion et l'ensemble des pièces justificatives (art. 130 al. 2 ORC).

### III. Questions choisies

#### a) Collaboration avec les autorités

La fusion internationale est une opération complexe à mettre en œuvre du simple fait que de nombreuses autorités étatiques arbitrent sur la faisabilité de la transaction.

L'art. 128 ORC dispose que l'inscription de la fusion ne peut être requise qu'à près avoir obtenu l'approbation des diverses autorités qui doivent se prononcer préalablement sur la restructuration.

<sup>41</sup> Dans ce sens, *mutatis mutandis*, Vogt, p. 116.

<sup>42</sup> Dans ce sens, *mutatis mutandis*, Vogt, p. 115.

Une fusion bancaire suppose en règle générale l'accord de la FINMA à la fusion. Bien que la loi sur les banques<sup>43</sup> ne l'exige pas expressément, il est peu probable qu'une fusion bancaire puisse se faire sans impliquer la FINMA. En effet, la loi sur les banques postule le devoir d'une banque de respecter continuellement les conditions d'autorisation à l'exercice de l'activité bancaire. Toute modification des statuts et des règlements internes de la banque doit être approuvée par la FINMA avant que le fait requérant la modification puisse être inscrit au registre du commerce (art. 3 al. 3 LB)<sup>44</sup>. Concrètement, cela signifie que la banque reprenante doit typiquement soumettre à la FINMA préalablement à la fusion les éventuels statuts modifiés de la banque, les règlements internes tels que le règlement du conseil d'administration, la liste des personnes chargées d'administrer et de gérer la banque et/ou le nom des personnes détenant une participation qualifiée dans la banque.

Une fusion d'établissements d'assurances requiert également l'accord de la FINMA (art. 3 al. 2 LSA<sup>45</sup>). Celle-ci peut, au moyen de cette autorisation préalable, empêcher des fusions d'établissements d'assurances qui – une fois fusionnés – ne rempliraient pas les tests de solvabilité prévus par la LSA.

Enfin, autre autorité mentionnée par la loi, la Commission de la concurrence doit préalablement autoriser les fusions qui impliquent une concentration d'entreprises au sens de l'art. 4 al. 3 LCart, soit une opération de concentration atteignant les valeurs-seuils définies par la loi<sup>46</sup>.

#### b) Rapports entre l'OFRC et l'office cantonal compétent

Une fois l'autorisation des autorités de surveillance obtenue, la réquisition peut être soumise à l'office cantonal du registre du commerce du siège de la société reprenante. Cependant, quels sont les rapports entre l'OFRC et l'office cantonal auquel la réquisition sera envoyée?

<sup>43</sup> Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (LB; RS 952.0).

<sup>44</sup> WINZELER, ad art. 3 LB, no 1 s.

<sup>45</sup> Loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance du 17 décembre 2004 (LSA; RS 961.01).

<sup>46</sup> L'art. 9 al. 1 LCart prévoit que les opérations de concentration doivent être notifiées à la Commission de la concurrence lorsque les entreprises participantes ont réalisé ensemble, dans le dernier exercice précédant la concentration, un chiffre d'affaires minimum de CHF 2 milliards ou un chiffre d'affaires en Suisse d'au moins CHF 500 millions. Il en va de même lorsqu'au moins deux des entreprises participantes ont réalisé individuellement en Suisse un chiffre d'affaires minimum de CHF 100 millions. Pour plus de détails, voir VENTURI, ad art. 9 LCart.

Selon l'art. 3 ORC, c'est bien l'office cantonal du registre du commerce qui est compétent pour traiter la réquisition d'inscription soumise par la société reprenante. La procédure d'enregistrement prévoit toutefois que toutes les réquisitions d'inscription sont soumises, chaque jour, à l'approbation de l'OFRC. Celui-ci peut rejeter les réquisitions qui ne répondent pas aux exigences légales. Ce mécanisme a finalement pour conséquence, par effet d'anticipation, que le conseil de la société reprenante se concerta étroitement avec l'OFRC et avec l'office cantonal du registre du commerce afin d'éviter qu'une réquisition jugée acceptable par l'autorité cantonale soit finalement rejetée par l'OFRC; cela serait en effet fatal à la transaction, vu les divers délais à respecter.

Lorsque l'OFRC refuse d'inscrire la fusion, elle émet une décision de refus (art. 33 al. 4 ORC). Une analyse des arrêts récents en la matière montre qu'un recours contre cette décision peut prendre 3 à 7 mois en première instance, voire 6 à 12 mois jusqu'à épuisement des instances au Tribunal fédéral. Un tel recours donne par conséquent le coup de grâce à la fusion envisagée, respectivement renvoie celle-ci dans le temps, de manière dommageable pour le cours des affaires de la société.

La meilleure manière d'éviter la voie judiciaire consiste à préparer minutieusement le dossier en collaborant avec les autorités impliquées, lesquelles font souvent preuve d'un pragmatisme que des avocats étrangers peuvent nous envier. Une approbation préalable de la réquisition d'inscription au registre du commerce ainsi que de ses annexes<sup>47</sup> s'impose pour toute transaction sophistiquée. A ce titre, on peut relever que certains offices cantonaux du registre du commerce ont mis en place une *task force* dont le travail apporte un soutien appréciable aux conseils des parties<sup>48</sup>.

### c) Non-judiciabilité de facto

Une particularité du droit du registre du commerce doit être soulignée: l'ORC est – *de facto* – le fruit du travail de l'OFRC, bien que formellement ce soit évidemment un texte arrêté par le Conseil fédéral. L'OFRC œuvre, dans ce contexte, comme législateur en la matière. Il est ensuite l'autorité qui examine les réquisitions d'inscription en dernier ressort, puis rend une décision en cas de refus de l'inscription. A ce titre l'OFRC agit comme organe exécutif dans l'application de l'ORC.

<sup>47</sup> Cette démarche est appréciée, et même encouragée par les offices cantonaux du registre du commerce.

<sup>48</sup> En particulier, la *task force* de l'office du registre du commerce du Canton de Zurich fonctionne de façon exemplaire pour mener à bien des examens préalables des réquisitions et de leurs annexes.

Comme nous l'avons observé plus haut, les décisions de l'OFRC ne sont que rarement attaquées en justice, tant une transaction qui se voit opposer une décision négative est condamnée à échouer. Tout est donc mis en œuvre par les conseils des sociétés fusionnantes pour éviter un possible refus de la transaction par l'OFRC, quitte à restructurer toute la transaction de manière complètement différente. On se trouve – dans la constellation décrite – dans une situation de non-judiciabilité *de facto* des décisions de l'OFRC. Cette situation semble étrange du point de vue de l'équilibre institutionnel entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire (*checks and balances*). Faut-il s'accommoder de cette situation? Serait-il possible d'y remédier en introduisant une forme d'arbitrage rapide traitant des recours contre les décisions de l'OFRC?

### d) Réflexions générales sur les restructurations internationales: éviter la *praesumptio similitudinis*

Lors de la planification d'une restructuration internationale, le regard du conseil et de l'autorité compétente fait de nombreux allers-retours entre leur propre ordre juridique et l'ordre juridique étranger impliqué. Ils doivent cerner et rapprocher dans leur esprit des formes de sociétés qui ne sont pas identiques, comprendre l'organisation institutionnelle d'un autre ordre juridique et sont confrontés à des nomenclatures peu familières. Lors de cet exercice, il existe un risque non négligeable de projeter des concepts familiers sur l'ordre juridique étranger. Par ailleurs, la démarche est non seulement humaine, mais également une conséquence naturelle de la présomption qui nous habite que les choses ne peuvent pas être si différentes ailleurs que chez nous. C'est ce que les comparatistes appellent la *praesumptio similitudinis*<sup>49</sup>.

Or, ces mêmes comparatistes nous mettent en garde contre cet écueil, car il empêche la bonne compréhension de l'ordre juridique étranger. Il explique certaines complications qui sont survenues au début de l'application de la nouvelle ORC adoptée consécutivement à l'entrée en vigueur de la LFus. Par exemple, l'ancien art. 110 al. 1 lit. b aORC prévoyait déjà que l'attestation relative à la licéité de la fusion transfrontalière devait être délivrée par une autorité étrangère. Or, cette exigence était en porte-à-faux avec la réalité existant dans les pays étrangers dont les autorités ne se laissaient pas prescrire par la loi suisse le type d'attestation qu'elles devaient émettre. Quand bien même le texte légal n'a pas été modifié lors de la révision totale de l'ORC, les autorités compétentes se sont toujours montrées pragmatiques lorsqu'il s'agissait de trouver une solution à un

<sup>49</sup> ZWEIFERT/KÖTZ, p. 33 ss.

problème concret. Le processus d'apprentissage a cependant toujours exigé de surmonter la *praesumptio similitudinis*.

Enfin, et pour faire une autre réflexion d'ordre général, le principe directeur qui devrait guider les autorités et conseils dans leur recherche de solutions en cas de problèmes non réglés dans l'ORC ou soulevés par l'application de cette dernière devrait être le principe du *neminem laedere*: une solution proposée est acceptable dans le contexte institutionnel donné lorsqu'elle ne cause pas de dommage à une des parties prenantes dans le processus de restructuration (notamment les associés, les créanciers et les travailleurs). L'analyse du cas et la démonstration qu'aucune partie prenante n'est lésée sans son accord par une solution proposée incombera normalement à la partie qui désire tirer avantage d'une application souple de l'ORC, soit la société repreneante.

## D. Conclusion

Les restructurations internationales ne sont certes pas des transactions quotidiennes, mais l'on peut déjà constater que les possibilités offertes par la LDIP et la LFus sont utilisées, dans certains secteurs de niche, par les acteurs du marché. Cela vaut la peine d'être relevé, car une fois de plus le législateur suisse a su, au moyen d'une législation flexible et novatrice, créer les conditions d'accueil nécessaires au transfert d'activités économiques de l'étranger vers la Suisse. Cette observation est corroborée par le fait que la plupart des opérations en question se font de l'étranger vers la Suisse.

La relative facilité des restructurations internationales est également renforcée par une approche pragmatique et l'esprit collaboratif de nos autorités lors de leur traitement administratif. Cette attitude est loin d'être évidente et d'autant plus appréciable que les restructurations internationales sont des opérations complexes où se trouvent juxtaposés de nombreuses notions, autorités et acteurs du droit suisse et étranger.

## Bibliographie

- 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 p. 3995 ss (cité: Message LFus).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé (loi de LDIP) du 10 novembre 1982, FF 1983 I p. 255 ss (cité: Message LDIP).
- DANON ROBERT, Restructurations internationales de sociétés de capitaux. Analyse comparative du droit suisse et européen, Archives de droit fiscal suisse (ASA) 2005 p. 257-312.
- DUTOIT BERNARD, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 4<sup>ème</sup> éd., Bâle/Geneve/Munich 2005.
- GINSBERGER DANIEL / RODRIGUEZ RODRIGO, in: Honsell et al. (éd.), Basler Kommentar – Internationales Privatrecht, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2007.
- GUILLAUME FLORENCE, *Lex societatis* – Principes de rattachement des sociétés et correctifs institués au bénéfice des tiers en droit international privé suisse, Zurich 2001.
- KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE / GUILLAUME FLORENCE, in: Peter et al. (éd.), Commentaire LFus, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich 2010 (à paraître).
- KLEINER CAROLINE, *Les restructurations en droit civil et en droit international privé* – *Un état des lieux en droit international privé*, in: Henry Peter et Nicolas DUTOIT (éds.), Les Restructurations en droit des sociétés du travail et international privé, Schulthess Editions Romandes 2010, p. 251 ss.
- VON PLANTA ANDREAS/EBERHARD STEFAN, in: Honsell et al. (éd.), Basler Kommentar – Internationales Privatrecht, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2007.
- RUEDIN ROLAND, La transformation internationale de société, in: Bohner/Wessner (éd.), Mélanges en l'honneur de François Knoepfler, Bâle/Geneve/Munich 2005, p. 93-109.
- VENTURI SILVIO, in: Tercier/Bovet (éd.), Commentaire romand – Droit de la concurrence, Genève/Bâle/Munich 2002.
- VISCHER FRANK, in: Ginsberger et al. (éd.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich/Bâle/Geneve 2004.
- VOGT THOMAS, Fragen des Handelsregisterrechts bei Sitzverlegungen in die Schweiz, Reprax 2008 p. 114-123.
- WINZELER CHRISTOPH, in: Watter et al. (éd.), Basler Kommentar Bankengesetz, Bâle/Geneve/Munich 2005.
- ZWEIFGERT KONRAD/KÖTZ HEIN, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3<sup>ème</sup> éd., Tübingen 1996.

Henry Peter | Nicolas Dutoit (éds)

**Les restructurations  
en droit des sociétés,  
du travail et  
international privé**