

**Le notaire et son devoir
d'information dans la LFus, en
particulier dans le transfert de
patrimoine**

Travail de mémoire

Droit notarial

Sous la direction de M. le Prof. PIOTET

Université de Lausanne/UniL

Le 29 mai 2018

Luc-Olivier STRAMKE

BLaw

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES MATIERES	II
BIBLIOGRAPHIE	V
INTRODUCTION	1
I. LE NOTAIRE ET LA LFUS	1
1. Les conditions générales de l'intervention du notaire	1
2. Dans les décisions de restructurations (aperçu)	3
2.1 <i>La fusion</i>	4
2.2 <i>La scission</i>	8
2.3 <i>La transformation</i>	10
3. Le transfert de patrimoine	11
3.1 <i>Le principe général</i>	11
3.1.1 <i>Un phénix législatif</i>	11
3.1.2 <i>Champ d'application et objet du transfert</i>	12
3.1.3 <i>La procédure</i>	13
3.2 <i>Le transfert de patrimoine impliquant des immeubles</i>	15
4. Le constat translatif de propriété d'un immeuble	16
4.1 <i>La ratio legis de l'art. 104 al. 3 LFus</i>	16
4.2 <i>Les conséquences pour le notaire</i>	18
II. LE TRANSFERT DE PATRIMOINE IMMOBILIER	18
A. La nature de l'acte	18
1. <i>Acte authentique de constatation (Sachbeurkundung) ?</i>	18
2. <i>Acte authentique de déclaration (Willenserklärungsbeurkundung) ?</i>	19
B. La compétence territoriale du notaire	20
1. <i>Le principe : l'instrumentation universelle des actes authentiques</i>	20
2. <i>L'exception en matière immobilière</i>	21
3. <i>La règle fédérale spéciale : art. 70 al. 2 LFus</i>	22
3.1 <i>La genèse parlementaire de la norme</i>	22
3.2 <i>La coordination des différentes parties du contrat</i>	23
3.3 <i>La compétence du notaire au siège du sujet transférant</i>	24
3.4 <i>Critique de la règle</i>	24

C. Les conséquences sur le devoir d'information du notaire.....	26
1. Généralités.....	26
1.1 <i>Un devoir découlant de l'exigence de la forme authentique.....</i>	26
1.2 <i>Divisions bipartite et tripartite du devoir d'information.....</i>	27
1.3 <i>Le droit vaudois.....</i>	28
2. Les similitudes entre contrat de vente immobilière et contrat de transfert de patrimoine.....	28
2.1 <i>Les points communs.....</i>	28
2.2 <i>Les divergences.....</i>	28
3. En matière de transfert de patrimoine.....	29
3.1 <i>Les aspects relevant du droit des sociétés.....</i>	29
3.1.1 <i>En doctrine.....</i>	29
3.1.2 <i>Avis personnel.....</i>	30
3.2 <i>Les aspects relevant du droit immobilier.....</i>	31
3.2.1 <i>Le renvoi au devoir d'information en matière de vente immobilière.....</i>	31
3.2.2 <i>La nature du contrat.....</i>	32
3.2.3 <i>Le contenu nécessaire du contrat.....</i>	32
3.2.3.1 <i>La désignation des biens immobiliers transférés.....</i>	33
3.2.3.2 <i>Le prix des immeubles.....</i>	34
3.2.4 <i>La portée et le contenu des inscriptions existantes.....</i>	35
3.2.4.1 <i>Les servitudes.....</i>	36
3.2.4.2 <i>Les annotations (droit de préemption et de réméré, bail à loyer et à ferme).....</i>	36
3.2.4.3 <i>Les gages immobiliers.....</i>	38
3.2.4.4 <i>Les mentions.....</i>	38
3.2.5 <i>La garantie pour les défauts.....</i>	38
3.2.6 <i>Les hypothèques légales.....</i>	39
3.2.6.1 <i>L'hypothèque légale du vendeur.....</i>	39
3.2.6.2 <i>Les autres hypothèques légales.....</i>	40
3.2.7 <i>Les sites pollués.....</i>	40
3.2.8 <i>Le paiement de la contre-prestation.....</i>	41
3.2.9 <i>En cas de vente d'immeubles loués (Vaud).....</i>	42
3.2.10 <i>L'obtention d'autorisations (LFAIE, LDFR en particulier).....</i>	42
3.2.10.1 <i>La Loi fédérale sur le droit foncier rural (LDFR).....</i>	42
3.2.10.2 <i>La Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE).....</i>	44

D. Les registres officiels	45
1. L'inscription au registre du commerce.....	45
1.1 <i>Compétence</i>	45
1.2 <i>Effets juridiques : la succession universelle partielle</i>	47
2. L'inscription au registre foncier	48
2.1 <i>Caractère déclaratoire de l'inscription</i>	48
2.2 <i>L'art. 104 al. 2 let. c LFus</i>	48
2.2.1 <i>Ratio legis</i>	48
2.2.2 <i>Pièces requises par le registre foncier</i>	49
2.3 <i>Devoir accru de célérité</i>	50
3. La problématique de l'articulation entre les registres	50
3.1 <i>L'inadéquation des pouvoirs d'examen respectifs</i>	50
3.2 <i>Le refus de l'inscription au registre foncier</i>	52
III. LA RESPONSABILITE PATRIMONIALE DU NOTAIRE EN CAS DE VIOLATION DU DEVOIR D'INFORMATION : LFUS.....	53
1. Droit fédéral et droit cantonal : le système vaudois unifié	53
2. Les conditions générales de la responsabilité du notaire.....	54
2.1 <i>Un acte relevant de l'activité ministérielle</i>	54
2.2 <i>Un acte illicite</i>	54
2.3 <i>La faute</i>	55
2.4 <i>Un dommage</i>	55
2.5 <i>Un lien de causalité</i>	55
2.6 <i>L'absence de prescription</i>	56
3. L'application de l'art. 108 LFus ?.....	56
3.1 <i>Conditions matérielles de la responsabilité</i>	56
3.1.1 <i>La violation d'une obligation</i>	56
3.1.2 <i>Faute, dommage, lien de causalité : renvoi</i>	57
3.1.3 <i>L'absence de prescription</i>	57
3.2 <i>La légitimation passive du notaire ?</i>	57
CONCLUSION	58

BIBLIOGRAPHIE

AEBERSOLD THOMAS, *Umstrukturierung von Unternehmen durch Vermögensübertragung*, Le Notaire bernois 2004, p. 147 ss (cité AEBERSOLD, p.)

BAHAR RASHID, in H. Peter/ R. Trigo Trindade, *Commentaire LFus*, Genève – Zurich – Bâle 2005 (cité BAHAR, *Commentaire LFus*, art., N.)

BERETTA PIERA, *Strukturanpassungen. Fusion – Spaltung – Umwandlung – Vermögensübertragung*, Schweizerisches Privatrecht, vol. VIII/8, Bâle 2006, (cité BERETTA, p.)

BERETTA PIERA, *Zürcher Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG), vom 3. Oktober 2003 sowie zu den ergänzenden Erlässen (IPRG, Steuerrecht)*, 2^{ème} édition, Zurich 2012, art. 68 al. 1, Vorbem. art. 69-77, art. 69-72 LFus (cité BERETTA, art. LFus, N.)

BESSENICH BALTHASAR, *Vermögensübertragung nach FusG aus notarieller und grundbuchrechtlicher Sicht*, in J. Schmid, *Fondation Notariat Suisse, La société au fil du temps*, Zurich – Bâle – Genève 2016, p. 213 ss (cité BESSENICH, p.)

BINDER ANDREAS, *Wege, Irrwege und Umwege für Umstrukturierungen – Situation de lege lata und Vorschläge de lege ferenda*, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht 2007, p. 123 ss (cité BINDER, p.)

BRÄNDLI BEAT, *Übertragung von Grundstücken nach Fusionsgesetz*, Jusletter 22 mars 2010 (cité BRÄNDLI, p., N.)

BRÜCKNER CHRISTIAN, *Schweizerisches Beurkundungsrecht*, Zurich 1993, (cité BRÜCKNER, p., N.)

BRÜCKNER CHRISTIAN, *Grundstücksrecht*, in J. Schmid (édit.), *Fondation Notariat Suisse, L'obligation d'informer du notaire*, Zurich – Bâle – Genève 2006, p. 109 ss (cité BRÜCKNER, *Grundstücksrecht*, p.)

BRÜCKNER CHRISTIAN, *Umfang des Formzwangs*, in J. Schmid (édit.), *Fondation Notariat Suisse, La vente immobilière*, Zurich – Bâle – Genève 2010, p. 1 ss (cité BRÜCKNER, *Umfang*, p.)

BRÜCKNER CHRISTIAN/KUSTER MATHIAS, *Die Grundstücksgeschäfte – Schweizer Immobiliarsachenrecht für Praktiker*, Zurich – Bâle – Genève 2016 (cité BRÜCKNER/KUSTER, p., N.)

CHRIST BENEDICT F., *Zürcher Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG), vom 3. Oktober 2003 sowie zu den ergänzenden Erlassen (IPRG, Steuerrecht)*, 2^{ème} édition, Zurich 2012, art. 73-75 LFus (cité CHRIST, art. LFus, N.)

CHRIST BENEDICT F., *Vermögensübertragung – Beobachtungen aus praktischer Sicht*, in M. Amstutz/R. M. Müller/I. Hochreutener, (édit.), *Das Fusionsgesetz – Bewährungsprobe nach dem 8. Jahr*, Berne 2015, p. 109 ss (cité CHRIST, p.)

FASEL URS, *Grundbuchverordnung (GBV) vom 23. September 2011 : Kommentar*, 2^{ème} édition, Bâle 2013 (cité FASEL, art., N.)

FRICK JOACHIM, in Baker & McKenzie, *Fusionsgesetz – Stämpflis Handkommentar*, 2^{ème} édition, Berne 2015, art. 69-72 LFus (cité FRICK, *Stämpflis Handkommentar*, art. LFus, N.)

FRICK JÜRIG, in R. Watter/N. P. Vogt/R. Tschäni/D. Daeniker (édit.), *BSK Fusionsgesetz*, 2^{ème} édition, Bâle 2015, art. 64-67 LFus (cité FRICK, *BSK-FusG*, art., N.)

FRIEDRICH ALAIN, *Die Abspaltung dinglicher Rechte an Grundstücken nach Fusionsgesetz*, *Pratique juridique actuelle* 2013, p. 546 ss (cité FRIEDRICH, p.)

GERSBACH ANDREAS, *Die besonderen Transaktionsformen Spaltung und Vermögensübertragung*, *Revue de droit Administratif et de droit Fiscal* 2004, p. 197 ss (cité GERSBACH, p.)

GERSBACH ANDREAS/KESSLER FRANZ J., *Fusionsrechtliche Tatbestände sowie Sacheinlage und Sachübernahme bei Grundstücken*, in J. Schmid, *Fondation Notariat Suisse, La société au fil du temps*, Zurich – Bâle – Genève 2016, p. 261 ss (cité GERSBACH/KESSLER, p.)

GWELESSIANI MICHAEL/SCHINDLER NIELS, *Commentaire pratique de l'Ordonnance sur le registre du commerce*, Genève – Zurich 2017 (cité GWELESSIANI/SCHINDLER, art. ORC, N.)

HÄUSLER MARC, *Verkannte Problematik des BGGB bei Konzernumsstrukturierungen – Was bei der Vermögensübertragung von BGGB-Grundstücken zu beachten ist*, *Jusletter* 8 juin 2009 (cité HÄUSLER, p., N.)

HURNI CHRISTOPHE, *Der Übertragungsvertrag nach Art. 70 FusG als Verfügungsvertrag*, *Jusletter* 7 juin 2004 (cité HURNI, Jusletter, N.)

HURNI CHRISTOPHE, *Die Vermögensübertragung im Spannungsfeld zwischen Vermögens- und Unternehmensrecht* (thèse), Zurich – Bâle – Genève 2008 (cité HURNI, *Die Vermögensübertragung*, p.)

JEANDIN ETIENNE, *La profession de notaire*, Genève – Zurich – Bâle 2017 (cité JEANDIN, p.)

KRAMER ERNST A./SCHMIDLIN BRUNO, *Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR*, BeKomm. VI/1/1, Berne 1986 (cité KRAMER/SCHMIDLIN, art. CO, N.)

KUNZ PETER V., *Gesellschaftsrecht als Basisrecht für Notare und andere öffentliche Urkundspersonen*, in J. Schmid (édit.), *Fondation Notariat Suisse, La procédure d'instrumentation des actes authentiques*, Zurich – Bâle – Genève 2007, p. 169 ss (cité KUNZ, p.)

KUNZ PETER V., *Umwandlung und Vermögensübertragung im neuen schweizerischen Fusionsrecht – Blicke zurück und nach vorne*, *Pratique juridique actuelle* 2004 p. 802 ss (cité KUNZ, p.)

MALACRIDA RALPH, in R. Watter/N. P. Vogt/R. Tschäni/D. Daeniker (édit.), *BSK Fusionsgesetz*, 2^{ème} édition, Bâle 2015, art. 69-74, 86, 87, 98 LFus (cité MALACRIDA, BSK-FusG, art., N.)

MARCHAND SYLVAIN, *La procédure d'instrumentation : droits réels*, in J. Schmid (édit.), *Fondation Notariat Suisse, La procédure d'instrumentation des actes authentiques*, Zurich – Bâle – Genève 2007, p. 147 ss (cité MARCHAND, p.)

MARTI HANS, *Bernisches Notariatsrecht*, Berne 1964 (cité MARTI, p.)

MARTINI CLAUDIA K., *Zürcher Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG), vom 3. Oktober 2003 sowie zu den ergänzenden Erlassen (IPRG, Steuerrecht)*, 2^{ème} édition, Zurich 2012, art. 108 LFus (cité MARTINI, art. LFus, N.)

MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J., *Das neue Fusionsgesetz: Entstehungsgeschichte, Inhalt und Analyse des bundesrätlichen Entwurfs zu einem Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz)*, Zurich 2000 (cité MEIER-SCHATZ, p.)

MOOSER MICHEL, *Le droit notarial en Suisse*, 2^{ème} édition, Berne 2014 (cité MOOSER, p., N.)

MOOSER MICHEL, *La procédure ordinaire d'instrumentation des actes de déclaration*, in J. Schmid (édit.), *Fondation Notariat Suisse, La procédure d'instrumentation des actes authentiques*, Zurich – Bâle – Genève 2007, p. 35 ss (cité MOOSER, *La procédure*, p.)

MOOSER MICHEL, *Présentation générale du sujet*, in J. Schmid (édit.), *Fondation Notariat Suisse, L'obligation d'informer du notaire*, Zurich – Bâle – Genève 2006, p. 43 ss (cité MOOSER, *Présentation*, p.)

MOOSER MICHEL, in : P. Pichonnaz/B. Foëx/D. Piotet (édit.), *Commentaire romand – Code civil II : Art. 457-977 CC – Art. 1-61 Tit. fin. CC*, Bâle 2016, art. 942-977, Tit. fin. 55-55a CC (cité MOOSER, art., N.)

NOBEL PETER, *Gesellschaftsrecht*, in J. Schmid, *Fondation Notariat Suisse, L'obligation d'informer du notaire*, Zurich – Bâle – Genève 2006, p. 195 ss (cité NOBEL, p.)

OFFICE FÉDÉRAL DU REGISTRE DU COMMERCE, *Commentaire abrégé des dispositions d'exécution de l'ordonnance sur le registre du commerce relatives à la loi sur la fusion du 11 octobre 2004*, REPRAX 2004 (2-3), p. 40 ss (cité OFRC, p.)

PERRIN ANTOINE, *La forme authentique dans le nouveau droit de la société anonyme – Étude de droit fédéral et de droit vaudois* (thèse), Lausanne 1996 (cité PERRIN, p.)

PETER HENRY, *LFus : Concepts généraux et questions controversées*, SJ 2005 II p. 71 ss (cité PETER, p.)

PFÄFFLI ROLAND, *Fusionsgesetz und Grundbuchführung*, Le Notaire bernois, 2004 p. 236 ss (cité PFÄFFLI, p.)

PHILIPPIN EDGAR, *Garantie pour les défauts : clauses particulières*, in J. Schmid (édit.), *Fondation Notariat Suisse, La vente immobilière*, Zurich – Bâle – Genève 2010, p. 137 ss (cité PHILIPPIN, p.)

PIOTET DENIS, *Application en droit immobilier*, in J. Schmid (édit.), *Fondation Notariat Suisse, L'obligation d'informer du notaire*, Zurich – Bâle – Genève 2006, p. 163 ss (cité PIOTET, p.)

PIOTET DENIS, *La responsabilité patrimoniale des notaires et autres officiers publics* (thèse), Lausanne 1981 (cité PIOTET Thèse, p.)

PIOTET DENIS, *Les procédures spéciales d'instrumentation d'actes authentiques*, in J. Schmid (édit.), *Fondation Notariat Suisse, La procédure d'instrumentation des actes authentiques*, Zurich – Bâle – Genève 2007, p. 259 ss (cité PIOTET, *Les procédures*, p.)

PRADERVAND-KERNEN MARYSE, *Les droits de préemption légaux de droit privé*, in F. Guillaume/M. Pradervand-Kernen, *Les droits d'emption, de préemption et de réméré – Questions pratiques et d'actualité*, Neuchâtel 2017, p. 37 ss (cité PRADERVAND-KERNEN, p.)

PROBST THOMAS, in : Thévenoz/Werro (édit.), *Commentaire romand – Code des obligations I : Art. 1-529 CO*, 2^{ème} édition, Bâle 2012, art. 164-183 CO (cité PROBST, art., N.)

RAMPINI CORRADO, *Handänderung von Immobilien durch Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz*, L'expert-comptable suisse 2006 p. 164 ss (cité RAMPINI, p.)

ROMERIO FLAVIO, in R. Watter/N. P. Vogt/R Tschäni/D. Daeniker (édit.), *BSK Fusionsgesetz*, 2^{ème} édition, Bâle 2015, art. 53-55 LFus (cité ROMERIO, BSK-FusG art., N.)

ROMY ISABELLE, *Sites contaminés : Questions de droit public et de droit privé*, in F. Bianchi (édit.), *Mélanges publiés par l'Association des Notaires Vaudois, à l'occasion de son centenaire*, Genève – Zurich – Bâle 2005, p. 255 ss (cité ROMY, p.)

RÜEGG ERICH, *Zusicherung und Freizeichnung*, in J. Schmid (édit.), *Fondation Notariat Suisse, La vente immobilière*, Zurich – Bâle – Genève 2010, p. 1 ss (cité RÜEGG, p.)

RUF PETER, *Notariatsrecht – Skriptum*, Langenthal 1995 (cité RUF, p., N.)

RUF PETER/JEITZINER ROLAND, *Verfahrensrechtliche Vereinfachungen für Umstrukturierungstatbestände – Einbrüche in die kantonale Beurkundungszuständigkeit*, L'expert-comptable suisse 2004 p. 915 ss (cité RUF/JEITZINER, p.)

SCHENKER URS, in Baker & McKenzie, *Fusionsgesetz – Stämpflis Handkommentar*, 2^{ème} édition, Berne 2015, art. 12, 13, 36, 37 LFus (cité SCHENKER, *Stämpflis Handkommentar*, art. LFus, N.)

SCHLEIFFER PATRICK, in R. Watter/N. P. Vogt/R Tschäni/D. Daeniker (édit.), *BSK Fusionsgesetz*, 2^{ème} édition, Bâle 2015, art. 16, 18-21 LFus (cité SCHLEIFFER, BSK-FusG, art., N.)

SCHMID JÖRG, *Die interkantonale Freizügigkeit öffentlicher Urkunden bei Grundstücksgeschäften*, in A. Rumo-Jungo/P. Pichonnaz/B. Hürlimann-Kaup/C. Fountoulakis (édit.), *Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer*, Berne 2013, p. 579 ss (cité SCHMID JÖRG, p.)

SCHMID JÖRG, *Grundlagen zur notariellen Belehrungs- und Beratungspflicht*, in J. Schmid (édit.), *Fondation Notariat Suisse, L'obligation d'informer du notaire*, Zurich – Bâle – Genève 2006, p. 3 ss (cité SCHMID JÖRG, *Grundlagen*, p.)

SCHMID JÖRG, *Gewährleistung*, in J. Schmid (édit.), *Fondation Notariat Suisse, La vente immobilière*, Zurich – Bâle – Genève 2010, p. 63 ss (cité SCHMID JÖRG, *Gewährleistung*, p.)

SCHMID JÖRG, *Thesen zur öffentlichen Beurkundung (Vortrag gehalten an der 44. Tagung des Verbandes Schweizerischer Grundbuchverwalter vom 25. September 1992 in Murten*, *Revue Suisse du notariat et du registre foncier* 1993, p. 1 ss (cité RNRF-SCHMID JÖRG, p.)

SCHMID JÖRG, *Beurkundungsrechtliche Spezialthemen*, in J. Schmid (édit.), *Fondation Notariat Suisse, La procédure d'instrumentation des actes authentiques*, Zurich – Bâle – Genève 2007, p. 211 ss (cité SCHMID JÖRG, p.)

SCHMID JÜRIG, in H. Honsell/N. P. Vogt/T. Geiser (édit.), *BSK Zivilgesetzbuch II – Art. 457-977 ZGB – Art. 1-61 SchlT ZGB*, 5^{ème} édition, Bâle 2015, art. 942-977, 18 Tit. fin., 38-48 Tit. fin., 55-55a Tit. fin. (cité SCHMID JÜRIG, *BSK-ZGB II art.*, N.)

SCHMID-TSCHIRREN CHRISTINA M., *Sachenrechtliche Aspekte des Fusionsgesetzes*, *Revue Suisse du notariat et du registre foncier* 2004, p. 228 ss (cité SCHMID-TSCHIRREN, p.)

SCHNEIDER BENNO, *Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsrecht im Grundstücksrecht*, in J. Schmid (édit.), *Fondation Notariat Suisse, La procédure d'instrumentation des actes authentiques*, Zurich – Bâle – Genève 2007, p. 119 ss (cité SCHNEIDER, p.)

SCHÖNENBERGER WILHELM/JÄGGI PETER, *Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art. 1 – 17 OR*, *ZüKomm. V/I/a*, 3^{ème} édition, Zurich 1973 (cité SCHÖNENBERGER/JÄGGI, *art. CO*, N.)

SPIRIG EUGEN, *Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Kommentar zu den Art. 175 – 183 OR*, *ZüKomm. V/1/l*, 3^{ème} édition, Zurich 1994 (cité SPIRIG, *art. CO*, N.)

STEINAUER PAUL-HENRI, *Les droits réels*, 3 tomes : Tome I/II/III, 5^{ème} édition, Berne 2012 (cité STEINAUER I/II/III, p., N.)

STOLTZ THOMAS/EHRAT FELIX R./WIDMER MARKUS, in R. Watter/N. P. Vogt/R. Tschäni/D. Daeniker (édit.), *BSK Fusionsgesetz*, 2^{ème} édition, Bâle 2015, art. 45-48, 68 al. 1, 75, 104 LFus (cité STOLTZ/EHRAT/WIDMER, *BSK-FusG art.*, N.)

TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, *Droit des obligations*, 5^{ème} édition, Zurich 2012 (cité TERCIER/PICHONNAZ, p., N.)

TRIGO TRINDADE RITA, *Le transfert de patrimoine*, *Revue Suisse de droit des affaires et du marché financier* 2014, p. 215 ss (cité TRIGO TRINDADE, p.)

TRIGO TRINDADE RITA/GRIESSEN COTTI ANNIE, *Le rôle des notaires dans la Loi sur les fusions*, in F. Bianchi (édit.), *Mélanges publiés par l'Association des Notaires Vaudois, à l'occasion de son centenaire*, Genève – Zurich – Bâle 2005, p. 325 ss (cité TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, p.)

TRIGO TRINDADE RITA/GRIESSEN COTTI ANNIE, *Application en droit des sociétés*, in J. Schmid, *Fondation Notariat Suisse, L'obligation d'informer du notaire*, Zurich – Bâle – Genève 2006, p. 217 ss (cité TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, *Application*, p.)

TRIGO TRINDADE RITA/PETER HENRY/GRIESSEN COTTI ANNIE, *La loi sur la fusion en application*, *Pratique juridique actuelle* 2008, p. 55 ss (cité TRIGO TRINDADE/PETER/GRIESSEN COTTI, p.)

TSCHÄNI RUDOLF, in H. Honsell/N. P. Vogt/W. Wiegand (édit.), *BSK Obligationenrecht I – Art. 1-529 OR*, 6^{ème} édition, Bâle 2015, art. 175-183 CO (cité TSCHÄNI, BSK-OR I art., N.)

TSCHÄNI RUDOLF/GABERTHÜEL TINO/ERNI STEPHAN, in R. Watter/N. P. Vogt/R Tschäni/D. Daeniker (édit.), *BSK Fusionsgesetz*, 2^{ème} édition, Bâle 2015, art. 3, 5, 6, 7, 8, 14, 15, 22 LFus (cité TSCHÄNI/GABERTHÜEL/ERNI, BSK-FusG art., N.)

VOGEL ALEXANDER/HEIZ CHRISTOPH/BEHNISCH URS R./SIEBER ANDREA/OPEL ANDREA, *Kommentar FusG – Fusionsgesetz mit weiteren Erlassen*, 3^{ème} édition, Zurich 2017 (cité VOGEL et al., OFK-FusG, art., N.)

VOGEL ALEXANDER/GÜNTER MICHAEL, *Immobilien und immobilienbezogene Rechte als Objekte einer Vermögensübertragung*, Pratique juridique actuelle 2015, p. 1026 ss (cité VOGEL/GÜNTER, p.)

VON DER CRONE HANS C., GERSBACH ANDREA, KESSLER FRANZ J., VON DER CRONE BRIGITTE, INGBER KARIN, *Das Fusionsgesetz*, 2^{ème} édition, Zurich – Bâle – Genève 2017 (cité VON DER CRONE et al., p., N.)

VOSER PETER, *Notarielle Pflichten bei gesellschaftsrechtlichen Beurkundungen*, in J. Schmid, *Fondation Notariat Suisse, La société au fil du temps*, Zurich – Bâle – Genève 2016, p. 107 ss (cité VOSER, p.)

WATTER ROLF/BÜCHI RAFFAEL, in R. Watter/N. P. Vogt/R Tschäni/D. Daeniker (édit.), *BSK Fusionsgesetz*, 2^{ème} édition, Bâle 2015, art. 29-42, 51, 52 LFus (cité WATTER/BÜCHI, BSK-FusG art., N.)

WEBER ROGER, in H. Honsell/N. P. Vogt/W. Wiegand (édit.), *BSK Obligationenrecht I – Art. 1-529 OR*, 6^{ème} édition, Bâle 2015, art. 253-274g CO (cité WEBER, BSK-OR I art., N.)

WEIBEL THOMAS/CRAMER CONRADIN, *Zürcher Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG), vom 3. Oktober 2003 sowie zu den ergänzenden Erlassen (IPRG, Steuerrecht)*, 2^{ème} édition, Zurich 2012, art. 1-2, 102, 104, 109-111 LFus (cité WEIBEL/CRAMER, art. LFus, N.)

WOLF MATTHIAS, in R. Watter/N. P. Vogt/R Tschäni/D. Daeniker (édit.), *BSK Fusionsgesetz*, 2^{ème} édition, Bâle 2015, art. 12, 13, 23, 24 LFus (cité WOLF, BSK-FusG art., N.)

INTRODUCTION

Les opérations de restructuration d'entreprises prévues par le texte légal éponyme, à savoir la Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (ci-après : « LFus ») et le notaire sont indissociables. Qu'il s'agisse du contrat en tant que fondement essentiel de l'opération ou de la décision entérinant le processus, l'officier public tient un rôle prépondérant dans pratiquement toutes les opérations de dite loi.

Si chacun des processus de restructuration revêt des caractéristiques propres, il en est toutefois un dont les particularités invitent presque naturellement à s'y intéresser de près. Par le simple ajout d'un immeuble au cœur du transfert de patrimoine, ce dernier devient un fascinant spécimen juridique, qui n'obéit guère à d'autres règles que les siennes. Confronté à ce dernier et chargé d'instrumenter le contrat qui le sous-tend, le notaire est à la fois tenu de s'inspirer de sa riche pratique en matière immobilière, sans toutefois négliger les spécificités de l'opération. En outre, non content d'être un facteur de déstabilisation sur le plan matériel, le transfert de patrimoine peut également surprendre de par son processus formel. En effet, les opérations dites « de droit ordinaire » ne nécessitent de collaborer qu'avec un seul registre (le registre du commerce, respectivement le registre foncier). Tel n'est pas le cas des opérations de restructuration et encore moins du transfert de patrimoine, qui les font intervenir les deux.

Le présent travail vise en premier lieu à donner un aperçu détaillé des implications du notaire dans les quatre processus de restructuration que sont la fusion, la scission, la transformation et bien évidemment le transfert de patrimoine (I.). Par la suite, le transfert de patrimoine immobilier sera examiné pour lui-même, tant aux fins de déterminer sa nature (II. A.), que pour relever ses spécificités en matière de compétence territoriale (II. B.). Le cœur de notre travail se focalisera sur le devoir d'information du notaire en matière de transfert de patrimoine comprenant des immeubles (II. C.), sans que nous omettions de détailler le traitement de l'opération au sein des registres officiels (II. D.). Conséquence malheureuse d'un devoir d'information parfois négligé, nous clôturerons notre travail en explicitant les conditions de la responsabilité du notaire, tant de manière générale que sous l'angle de la LFus (III.).

I. LE NOTAIRE ET LA LFUS

1. LES CONDITIONS GÉNÉRALES DE L'INTERVENTION DU NOTAIRE

Avant même d'examiner le rôle du notaire dans le cadre spécifique de la LFus, il sied de rappeler certaines généralités quant à l'intervention du notaire. Si le principe général en droit suisse veut que les parties puissent choisir librement la forme de leur contrat¹, la loi (art. 1^{er} al. 1^{er} du Code civil suisse, ci-après : « CC ») peut exceptionnellement exiger l'observation d'une forme spécifique (art. 11 du Code des obligations, ci-après : « CO »)².

¹ GAUJUS, *Institutes* III, 136 : « *sufficit eos qui negotium gerunt consensisse* ».

² MOOSER, p. 285, N. 423.

Ce principe ne se limite pas aux contrats, mais vaut pour l'ensemble du droit privé et des actes juridiques, qu'ils soient unilatéraux, bilatéraux ou multilatéraux (art. 7 CC)³. Conformément à l'art. 11 al. 1^{er} CO, toute prescription qui ferait dépendre la validité d'un acte juridique du respect d'une certaine forme doit figurer dans une loi *au sens formel*⁴. De plus, sauf exception au sens de l'art. 5 CC, cette base légale doit être de rang *fédéral*, issue du droit codifié (CC, CO) ou d'autres lois⁵. Les deux formes générales prévues par le droit suisse, chacune connaissant ses propres subdivisions, sont la forme *écrite simple* et la forme *authentique*⁶.

Cette dernière, qui nous intéresse ici plus spécifiquement, est une notion de droit fédéral, les cantons demeurant toutefois compétents pour déterminer ses modalités d'application sur leur territoire (art. 55 Tit. fin. CC)⁷. C'est donc uniquement au droit fédéral qu'il incombe de définir les actes juridiques devant revêtir la forme authentique⁸. Lorsqu'ils élaborent la législation relative à la procédure d'instrumentation des actes authentiques, les cantons ne peuvent contredire ou compliquer à l'excès l'application du droit fédéral⁹. A l'inverse, ils sont tenus de respecter les exigences minimales qui ressortent du but matériel de cette institution¹⁰.

Le notaire, délégataire de la puissance publique, est amené à instrumenter des actes en la forme authentique. Selon la définition qu'en donnent jurisprudence et doctrine, l'acte authentique contient la constatation de faits ayant une portée juridique (*Sachbeurkundung*) ou des déclarations de volontés (*Willenserklärungsbeurkundung*) et est établi par une personne autorisée à cet effet (le notaire), selon les formes prévues par la loi¹¹.

La liberté de la forme telle que décrite ci-dessus ne se limite pas à garantir aux parties la liberté dans la formalisation de leurs engagements, mais leur permet également de soumettre ces déclarations de volontés à une certaine forme¹². Ainsi, hormis les nombreuses dispositions légales qui imposent aux parties le respect d'une certaine forme, celles-ci demeurent libres de donner une forme spéciale à leurs engagements contractuels, auquel cas elles sont réputées n'être liées qu'après accomplissement de cette forme, sauf convention contraire (art. 16 CO)¹³. Il s'agit là de la présomption, réfragable, de l'effet *constitutif* de la forme conventionnelle. Lorsque les parties, usant de cette liberté dans le choix de soumettre leurs engagements à une forme déterminée, se tournent vers la forme authentique, elles ne peuvent toutefois en modifier les modalités, au contraire de la forme écrite simple des articles 13 à 15 CO¹⁴.

³ KRAMER/SCHMIDLIN, *art. 11 CO*, N. 1 ; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, *art. 11 CO*, N. 9, 17.

⁴ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, *art. 11 CO*, N. 15, 23.

⁵ ATF 85 I 24 ; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, *art. 11 CO*, N. 16.

⁶ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, *art. 11 CO*, N. 31.

⁷ ATF 113 II 404 c. 2 a) ; ATF 84 II 636 c. 1 ; BRÜCKNER, p. 3, N. 5 ; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, *art. 11 CO*, N. 57.

⁸ BRÜCKNER, p. 4, N. 5.

⁹ SCHLEIFFER, BSK-FusG, *art. 20*, N. 4.

¹⁰ ATF 106 II 147 c. 1 ; VOGEL et al., OFK-FusG, *art. 20*, N. 4.

¹¹ ATF 99 II 161 c. 2 a) ; MOOSER, p. 285 ; SCHMID JÖRG, *Grundlagen*, p. 7.

¹² KRAMER/SCHMIDLIN, *art. 16 CO*, N. 1.

¹³ KRAMER/SCHMIDLIN, *art. 16 CO*, N. 25 ; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, *art. 16 CO*, N. 27.

¹⁴ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, *art. 16 CO*, N. 8.

La forme authentique, contrainte inutilement tracassière pour certains, garantie de la sécurité des transactions et protection du libre-arbitre pour d'autres, traverse tout le champ juridique. Elle ponctue en effet la vie des personnes physiques (mariage, vente immobilière, dispositions testamentaires), mais rythme également l'existence des entreprises. Elle est au service de l'entrepreneur qui souhaite constituer sa société (société anonyme ou société à responsabilité limitée). Lorsque l'entreprise a crû, elle est présente pour répondre au besoin parallèle d'augmenter son capital. C'est donc en toute logique que le législateur a fait le choix de la forme authentique lorsque vient pour notre entreprise le temps des profondes mutations.

2. DANS LES DÉCISIONS DE RESTRUCTURATIONS (APERÇU)

La LFus, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004 et comme son nom complet l'indique, comprend quatre opérations de restructuration « principales » : fusion (art. 3-28 LFus), scission (art. 29-52 LFus), transformation (art. 53-68 LFus) et transfert de patrimoine (art. 69-77 LFus)¹⁵. La fusion, la transformation ou le transfert de patrimoine d'institutions de prévoyance (art. 88 ss LFus) ou d'instituts de droit public (art. 99 ss LFus) font l'objet de dispositions spéciales, étant donné leurs caractéristiques propres. Ces opérations, qui restent marginales à l'exception peut-être des fusions, ne seront pas examinées dans le cadre du présent travail¹⁶. Il en ira de même des opérations transfrontalières, régies par les art. 161 ss de la Loi fédérale sur le droit international privé. Toutes ces opérations concourent au même objectif : faciliter les possibilités de restructuration des entreprises, en permettant notamment le transfert d'un ensemble d'actifs et passifs sans avoir besoin de respecter les prescriptions de forme ordinaires. Les transactions immobilières, qui nécessitent habituellement la forme authentique (art. 216 CO), en sont l'exemple idéal¹⁷.

Le notaire est appelé à instrumenter des actes authentiques dans de multiples situations au cours de l'existence de la société anonyme, de la société à responsabilité limitée ou de la société coopérative, cela à différents stades : constitution (art. 629 al. 1^{er} CO ; art. 777 al. 1^{er} CO), augmentation (art. 650, 651, 652g al. 2, 653 et 653g CO ; art. 781 al. 5 ch. 1 CO) ou réduction du capital (art. 732, 647 CO ; art. 782 al. 4 CO ; art. 874 al. 2 CO), dissolution de la société (art. 736 ch. 2 CO ; art. 821 al. 1^{er} ch. 2 et al. 2 CO), etc¹⁸. Il en va de même dans la LFus, qui exige la forme authentique notamment pour les décisions de fusion (art. 20 al. 1^{er} LFus), de scission (art. 44 LFus) ou de transformation (art. 65 LFus). Ces interventions ponctuelles de l'officier public dans la vie de la société, qui découlent de l'exigence de la forme authentique, résultent toutes du droit fédéral, qu'il s'agisse du Code des obligations ou de la LFus¹⁹. Seul ce fondement légal justifie l'activité que déploie l'officier public.

L'authentification par le notaire, imposée par la loi, garantit en premier lieu aux sociétés commerciales, société anonyme et société à responsabilité limitée en tête, d'obtenir un acte valable, exempt de tout vice juridique (vice de forme, de la volonté ou dans le contenu de l'acte).

¹⁵ GERSBACH/KESSLER, p. 264.

¹⁶ TRIGO TRINDADE/PETER/GRIESSEN COTTI, pp. 57-59.

¹⁷ GERSBACH/KESSLER, pp. 264-265.

¹⁸ Pour une liste complète, nous renvoyons ici à MOOSER, p. 313-314, N. 469 ; VOSER, p. 113-114.

¹⁹ VOSER, p. 113.

L'acte authentique fait en outre foi des faits qu'il constate, pour autant que son inexactitude ne puisse être démontrée (art. 9 CC). Cet élément se révèle particulièrement important dans le cadre de décisions de l'assemblée générale qui doivent être transcrites, la LFus en étant un parfait exemple ; le notaire apporte la garantie d'un déroulement conforme au droit et la preuve la plus fiable que connaisse notre système juridique, puisque présumée exacte²⁰. En résumé, dans la LFus comme dans d'autres domaines, l'officier public garantit la sécurité du droit²¹.

L'intervention du notaire assure également une transcription à la fois fidèle et précise de la volonté qu'expriment les organes de la société concernée, ce qui paraît d'autant plus essentiel que ces décisions sont suivies de l'inscription auprès du registre du commerce²². Enfin, le processus long et parfois onéreux de la forme authentique revêt une fonction protectrice, car il permet dans une certaine mesure d'éviter aux parties de contracter des engagements excessifs ou impromptus²³. Cette fonction préventive se concrétise en pratique par des renseignements et des avertissements du notaire sur les détails de l'opération à laquelle les fondateurs ou les organes de la société procèdent, ses conséquences pratiques ou encore leur responsabilité éventuelle²⁴. TRIGO TRINDADE et GRIESSEN COTTI, auteures de nombreuses publications sur le sujet, relèvent à juste titre que dans le cadre plus précis de la loi sur la fusion, les restructurations s'accompagnent souvent d'autres opérations pour lesquelles le droit commun requiert la forme authentique. Il n'est ainsi par rare qu'une fusion ou une scission implique une modification du capital de la société à la hausse ou à la baisse, opération nécessitant un acte authentique. Il y a donc une certaine cohérence à synchroniser ces opérations en prévoyant l'intervention de l'officier public²⁵. Dans le cadre des restructurations, cette dernière semble pour le surplus coïncider avec l'idée générale du législateur consistant à soumettre les décisions capitales pour la société ou les associés à la forme authentique²⁶.

Ces prolégomènes sont fondamentaux dans la mesure où ils permettent de mieux saisir, d'une part les raisons qui justifient l'intervention de l'officier public et d'autre part, le choix ciblé qu'a opéré le législateur quant au stade procédural faisant appel au ministère notarial.

2.1 La fusion

La fusion, notion qui n'est pas détaillée parmi la longue liste de définitions de l'art. 2 LFus, peut être comprise comme : « *la réunion juridique de deux sociétés ou plus sans liquidation, par transfert de patrimoine et, en général, contre attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat de la société reprenante aux associés de la société transférante. La société qui transfère son patrimoine est dissoute, et l'ensemble de ses actifs et passifs est transféré par voie de succession à titre universel à la société reprenante* »²⁷.

²⁰ VOSER, p. 115 ; SCHLEIFFER, BSK-FusG, art. 20, N. 3.

²¹ BERETTA, p. 174 ; KUNZ, p. 189.

²² ATF 99 II 161 c. 2 a) ; ATF 90 II 274 c. 6 ; MOOSER, p. 288, N. 428, p. 290, N. 432 ; SCHLEIFFER, BSK-FusG, art. 20, N. 3 ; TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, p. 329 ; VOSER, p. 115.

²³ MOOSER, p. 288-289, N. 430.

²⁴ VOSER, p. 116.

²⁵ BERETTA, p. 449 ; TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, p. 329.

²⁶ TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, p. 334.

²⁷ Message LFus, p. 4046.

La fusion implique donc au moins une société transférante et une société reprenante²⁸. L'art. 4 LFus liste de manière exhaustive les fusions autorisées (*numerus clausus* des processus de restructurations), sur lesquelles nous ne nous attarderons pas dans le détail, puisqu'elles n'exercent pas d'influence sur le rôle que joue l'officier public dans le processus²⁹. Il s'agit de loin de l'opération de restructuration la plus fréquente parmi les quatre introduites par le biais de la LFus (environ 900 fusions un an après l'entrée en vigueur ; 975 l'année suivante)³⁰.

La LFus connaît deux types de fusion : la fusion *par absorption* (art. 3 al. 1^{er} let. a LFus) et la fusion *par combinaison* (art. 3 al. 1^{er} let. b LFus) ; dans les deux cas, la ou les sociétés transférantes sont dissoutes, entraînant leur radiation au registre du commerce³¹. Alors que la fusion par combinaison implique la création d'une nouvelle entité juridique, dans la fusion par absorption, la société reprenante se contente précisément d'« absorber » la société transférante.

La procédure complète de fusion se dissocie en six phases : une première phase de négociation entre les sociétés vise à préparer les bilans requis, un rapport de fusion et surtout, élaborer un contrat de fusion (art. 12 al. 1^{er} *ab initio* LFus). Ce contrat constitue le fondement de la relation juridique matérielle entre les parties et son contenu minimal est défini par la loi directement (art. 13 LFus)³². Conformément à l'art. 12 al. 1^{er} LFus, il est conclu par le biais de leurs « *organes supérieurs de direction ou d'administration* », notion que ne définit pas la LFus. Selon la doctrine unanime, ces organes comprennent :

- Dans la société anonyme et la société en commandite par actions : le conseil d'administration (art. 707 ss, respectivement art. 765 CO) ;
- Dans la société à responsabilité limitée : les gérants (art. 809 ss CO) ;
- Dans la société coopérative : l'administration (art. 894 ss CO) ;
- Dans la société en nom collectif et la société en commandite : les associés indéfiniment responsables (art. 557, respectivement art. 599 et art. 535 CO) ;
- Dans l'association : la direction (art. 69 CC)³³.

La compétence de conclure le contrat est intransmissible³⁴. Ce document soumis à la forme écrite (art. 12 al. 2 LFus) règle les obligations essentielles de chaque partie, à savoir d'une part le transfert de l'ensemble des actifs et passifs de la société transférante à la société reprenante, et d'autre part la rémunération des associés de la société transférante. Cette contre-prestation en faveur des associés de la société transférante peut prendre la forme d'une participation dans la société reprenante (art. 7 LFus) ou d'un simple dédommagement (art. 8 LFus). Il est également fréquent que les modalités et étapes de la transaction soient détaillées dans le contrat³⁵.

²⁸ TRIGO TRINDADE, *Commentaire LFus*, art. 3, N. 9.

²⁹ Message LFus, p. 4048 ; BERETTA, p. 43 ss, 405.

³⁰ TRIGO TRINDADE/PETER/GRIESSEN COTTI, p. 57.

³¹ BERETTA, p. 405.

³² BERETTA, p. 408 ; TRIGO TRINDADE, *Commentaire LFus*, art. 12, N. 4.

³³ TRIGO TRINDADE, *Commentaire LFus*, art. 12, N. 30 ; WOLF, BSK-FusG art. 12, N. 5.

³⁴ WOLF, BSK-FusG art. 12, N. 6.

³⁵ TRIGO TRINDADE, *Commentaire LFus*, art. 12, N. 4.

L'établissement d'un tel acte peut s'avérer complexe, car il implique souvent l'accord des parties sur de nombreux points³⁶. La simple forme écrite suffit (art. 12 al. 2 LFus), l'approbation des assemblées générales ou à défaut, celle des associés, étant réservée.

Dans un second temps, les bilans, le rapport et le contrat de fusion sont vérifiés par un expert-réviseur agréé, lequel rend un rapport de révision (art. 15 al. 1^{er} LFus), sauf si les associés de petites et moyennes entreprises souhaitent y renoncer, auquel cas les entités juridiques devront produire une attestation de cette renonciation (art. 15 al. 2 LFus, art. 131 al. 2 de l'Ordonnance fédérale sur le registre du commerce, ci-après : « ORC »). La troisième étape consistera à mettre à disposition des associés l'intégralité des documents évoqués ci-avant, dans le cadre d'un processus consultatif (art. 16 al. 1^{er} LFus) ; une renonciation à cette consultation est également possible (art. 16 al. 2 LFus). Dans une quatrième phase, la fusion doit être approuvée par l'assemblée générale ou les associés de chacune des entités fusionnantes, décision sur laquelle nous reviendrons plus en détail ci-dessous (art. 18 LFus). Une fois la fusion entérinée, l'inscription au registre du commerce doit être requise par les organes supérieurs de direction ou d'administration (art. 21 al. 1^{er} LFus) ; le ou les sujets transférants sont également radiés (art. 21 al. 3 LFus). C'est l'inscription qui confère à la fusion ses effets envers les tiers et transfère par le biais de la *succession universelle* l'ensemble des actifs et passifs (art. 22 al. 1^{er} LFus). Enfin, à la suite d'une triple publication dans la Feuille Officielle Suisse du Commerce (ci-après : « FOSC »), la dernière étape consiste pour la société reprenante à garantir *a posteriori* les créances d'éventuels créanciers qui le demanderaient (art. 25 LFus)³⁷.

Si le notaire n'est en principe pas rédacteur du contrat de fusion, il est en revanche chargé d'instrumenter le procès-verbal des assemblées générales ou, pour les entités ne disposant pas d'une assemblée, le procès-verbal des associés participant à la décision de fusion. Cet acte doit obligatoirement revêtir la forme authentique (art. 20 al. 1^{er} LFus), cela indépendamment d'une hypothétique augmentation de capital ou d'un changement de statuts³⁸. Il faut toutefois réserver les cas de fusion entre associations (art. 20 al. 2 LFus) et ceux de fusion simplifiée des art. 23 al. 1 et 2 LFus, dans lesquels une décision des assemblées générales ou des associés n'est pas requise (art. 24 al. 1 et 2 LFus)³⁹. Objet central de cette décision, le contrat de fusion susmentionné est soumis à l'assemblée générale ou aux associés (art. 12 al. 2 et 18 al. 1^{er} LFus), qui sont chargés de l'approuver à des majorités variant selon la forme juridique (art. 18 LFus), dont l'énumération détaillée serait superflue dans le cadre du présent travail⁴⁰.

La LFus ne comporte pas de dispositions spéciales détaillant la procédure instrumentaire de la décision de fusion ; celle-ci est par conséquent soumise aux règles cantonales y relatives et l'acte, instrumenté par un notaire exerçant dans le canton du lieu de décision⁴¹. Le notaire occupe un rôle prépondérant dans cette phase particulière du processus de fusion ; c'est en effet à lui qu'il revient de cristalliser la volonté exprimée par les entités de fusionner.

³⁶ TRIGO TRINDADE, *Commentaire LFus*, art. 12, N. 6.

³⁷ BERETTA, p. 407 ; TSCHÄNI/GABERTHÜEL/ERNI, BSK-FusG, art. 22, N. 6 ss.

³⁸ RUF/JEITZNER, p. 916 ; SCHLEIFFER, BSK-FusG, art. 20, N. 6 ; VOGEL et al., OFK-FusG, art. 20, N. 6.

³⁹ BERETTA, p. 187, 415 ; TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, p. 329.

⁴⁰ BERETTA, p. 415.

⁴¹ BRÜCKNER, p. 778, N. 2722-2723 ; SCHLEIFFER, BSK-FusG art. 20, N. 5.

L'officier public dresse ce procès-verbal en consignait le lieu et le moment de l'assemblée ainsi que le contenu de la décision, autrement dit le résultat du vote relatif à l'approbation du contrat de fusion⁴². L'étendue des éléments à authentifier n'est toutefois pas clairement circonscrite par la loi sur la fusion, ce que la doctrine ne manque pas de relever⁴³. Outre les éléments fondamentaux déjà mentionnés, le procès-verbal authentique devrait également constater la composition et la capacité décisionnelle de l'assemblée (quorums), le choix éventuel d'organes, le mandat donné aux organes supérieurs de direction ou d'administration de requérir l'inscription de la restructuration au registre du commerce, mais également l'attestation de l'officier public que toute la documentation requise (contrat de fusion et annexes ; rapport de fusion ; rapport de vérification) a été soumise aux associés qui ont été dûment informés des conditions légales relatives à l'opération⁴⁴. Une partie de la doctrine considère que le fait d'annexer dits documents à l'acte authentique peut remplacer l'attestation du notaire⁴⁵.

Seule fait l'objet de l'exigence de forme authentique, l'approbation de la fusion par les associés et non pas les consentements donnés par des associés particulièrement touchés (art. 18 al. 3 et 4 LFus) ou les éventuelles déclarations de renonciation à certaines étapes de la procédure, que la loi autorise (art. 14 al. 2, 15 al. 2 et 16 al. 2 LFus) ; le procès-verbal décisionnel devrait toutefois faire état de telles approbations ou déclarations si elles existent⁴⁶. Enfin, dans le cas particulier de la fusion *par combinaison*, donnant lieu à la fondation d'une nouvelle entité juridique, l'Office fédéral du registre du commerce (ci-après : « OFRC ») et la doctrine considèrent qu'en l'absence de disposition précise sur ce point, la volonté fondatrice est exprimée dans l'acte authentique décisionnel⁴⁷.

Le cas échéant, certaines autres décisions secondaires doivent être approuvées à des majorités qualifiées et protocolées en la forme authentique. On pense notamment au contrat de fusion prévoyant seulement un dédommagement, décision incompatible avec le principe de la continuité du sociétariat et qui requiert l'approbation de nonante pour-cent au moins des associés de la société transférante (art. 8 al. 2 et 18 al. 5 LFus)⁴⁸. Si la société décidait de passer outre ces prérequis, contrairement aux avertissements du notaire, ce dernier serait inspiré d'en faire constat dans l'acte. La loi vaudoise prévoit d'ailleurs une telle possibilité (art. 43 al. 3 de la Loi vaudoise sur le notariat, ci-après : « LNo »). Une fois le procès-verbal authentifié et comme vu précédemment, c'est aux organes supérieurs de direction ou d'administration qu'il incombe de requérir d'une part l'inscription de la fusion au registre du commerce (art. 21 al. 1^{er} LFus) et d'autre part la radiation du ou des sujets transférants (art. 21 al. 3 LFus).

⁴² Message LFus, p. 4073 ; BERETTA, pp. 174-175 ; RUF/JEITZINER, p. 916 ; TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, p. 328.

⁴³ TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, p. 328.

⁴⁴ BERETTA, p. 175 ; TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, p. 328-329.

⁴⁵ BERETTA, p. 175.

⁴⁶ BERETTA, p. 175 ; TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, p. 328.

⁴⁷ BERETTA, p. 415 ; OFRC, p. 47.

⁴⁸ BERETTA, pp. 187, 415.

2.2 La scission

Miroir parfait de la fusion, la scission (art. 29 ss LFus) permet le transfert de parts du patrimoine d'une société contre attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat qui reprennent les parts de patrimoine (sociétés reprenantes) aux associés de la société transférante⁴⁹. Tel est le résultat commun que visent les deux variantes de scission, à savoir *la division* (art. 29 let. a LFus) et *la séparation* (art. 29 let. b LFus). La séparation prévoit le transfert de parts du patrimoine de la société transférante à d'autres sociétés et perdure par la suite. La division implique au contraire la dissolution et la radiation de la société transférante (art. 29 let. a *in fine* LFus), après que celle-ci eût dissocié et transféré l'intégralité de son patrimoine aux différentes sociétés reprenantes⁵⁰. Dans l'une et l'autre de ces variantes, la scission peut servir tantôt à fonder une nouvelle société, configuration dans laquelle on parle de scission à *des fins de fondation* (art. 34 LFus), tantôt à se séparer d'une partie de son patrimoine, cas que l'on qualifiera plutôt de scission à *des fins de reprise*⁵¹. Pour mémoire, nous nous contenterons de rappeler la distinction qu'opère encore la LFus entre scission *symétrique* et *asymétrique* (art. 31 al. 2 LFus), qui n'impacte d'ordinaire pas les tâches attribuées au notaire⁵². Contrairement à la fusion, le cercle des restructurations autorisées est restreint : seules les sociétés de capitaux (art. 2 let. c LFus) et les sociétés coopératives peuvent se scinder, qui plus est en sociétés de capitaux ou en sociétés coopératives uniquement ; les autres opérations sont prohibées⁵³.

En comparaison au mécanisme inverse de fusion, la scission reste sous-utilisée avec environ cinquante occurrences durant l'année suivant l'entrée en vigueur de la LFus en 2004 ; l'an d'après, on ne dépassait toujours pas la centaine d'opérations⁵⁴. Certainement à juste titre, le Message relevait qu'un tel mécanisme nécessitait une réglementation légale détaillée, en particulier vis-à-vis de la protection des créanciers et des associés minoritaires⁵⁵. Ce désir légitime d'encadrer le processus de scission a accouché d'une procédure par trop longue et onéreuse, qui plus est sans allègement en cas d'opération intra-groupe, qui explique certainement le peu d'engouement à son égard ; on peut en outre y ajouter la protection très (trop ?) large dont bénéficient les créanciers de la société⁵⁶.

Cinq phases principales composent la scission. Dans un premier temps, la société transférante établit le projet de scission (art. 36 al. 1^{er} LFus) ou, en cas de scission à des fins de reprise, elle négocie le contrat de scission avec la, respectivement les sociétés reprenantes (art. 36 al. 2 LFus)⁵⁷. La conclusion du contrat ou l'élaboration du projet de scission est du ressort des organes supérieurs de direction ou d'administration de la ou des sociétés concernées, notion que nous avons auparavant détaillée (cf. *supra* I. 2.1).

⁴⁹ Message LFus, p. 4012.

⁵⁰ Message LFus, p. 4013 ; BERETTA, p. 435 ; WATTER/BÜCHI, BSK-FusG art. 29, N. 2.

⁵¹ BERETTA, p. 435.

⁵² WATTER/BÜCHI, BSK-FusG art. 29, N. 5.

⁵³ Message LFus, p. 4048 ; BERETTA, p. 436 ; WATTER/BÜCHI, BSK-FusG art. 30, N. 1-2.

⁵⁴ BERETTA, p. 436 ; TRIGO TRINDADE/PETER/GRIESSEN COTTI, p. 58.

⁵⁵ Message LFus, p. 4013.

⁵⁶ BINDER, p. 124 ; TRIGO TRINDADE/PETER/GRIESSEN COTTI, p. 63.

⁵⁷ BERETTA, p. 436.

Ce document comporte impérativement, parmi de nombreux autres éléments, un inventaire désignant clairement l'attribution du patrimoine actif et passif et des fractions d'entreprise (art. 37 let. b *ab initio* LFus, cf. aussi *infra* I. 3.1.3). Immeubles, papiers-valeurs et valeurs immatérielles (droits immatériels, *know-how*, *goodwill*) doivent de plus être mentionnés individuellement, conformément à l'art. 37 let. b *in fine* de dite loi. La raison d'être de cet inventaire paraît simple : savoir « où doit aller quoi »⁵⁸. Les bilans sur lesquels se base la scission et un rapport sont également préparés (art. 39 al. 1^{er} LFus). On retrouve ensuite les mêmes stades que pour la fusion : deuxièmement, la vérification par un expert-réviseur agréé (art. 40, qui renvoie à l'art. 15 LFus) ; dans un troisième temps, la consultation des associés (art. 41 LFus) et, contrairement à la fusion, un mécanisme de protection des créanciers intervenant *ex ante*, à savoir un appel aux créanciers par triple publication dans la FOSC (art. 45 LFus) et l'octroi de garanties aux créanciers qui le requièrent (art. 46 LFus)⁵⁹ ; quatrième, après avoir garanti les créances susmentionnées (art. 43 al. 1^{er} *in fine* LFus), la soumission du contrat ou projet est à l'approbation des assemblées générales concernées ; enfin, le cinquième et dernier stade consiste à transcrire les changements intervenus au registre du commerce et transférer les actifs et passifs contenus dans l'inventaire, par un phénomène de *succession universelle partielle* (art. 52 LFus, cf. *infra* II. D. 1.2)⁶⁰.

A l'instar de la décision de fusion, la décision de scission consistant en l'approbation du projet ou contrat de scission, revêt la forme authentique (art. 36 al. 3 et 44 LFus). Le rôle du notaire se limite à tenir le procès-verbal de l'assemblée et entériner la décision d'approuver (éventuellement, refuser) la scission de la ou des sociétés concernées⁶¹. Les majorités applicables sont les mêmes qu'en cas de fusion (art. 43 al. 2 LFus, qui renvoie aux art. 18 al. 1, 3, 4 et 6 LFus). Toutefois, en cas de scission asymétrique au sens de l'art. 31 al. 2 let. b LFus, l'approbation de nonante pour-cent des associés de la société transférante est requise⁶². L'exigence de forme authentique se restreint à l'approbation de la scission par les associés ; elle ne couvre pas l'accord d'éventuels associés particulièrement touchés (art. 43 al. 2 et art. 18 al. 3 et 4 LFus), même si le notaire prend soin d'en attester l'existence⁶³. Au regard du droit cantonal, une telle constatation paraît similaire à certains « petits actes authentiques » – parmi lesquels les constats de vie, visas, *vidimus* ou actes de notoriété – et prendrait la forme d'un constat authentique séparé (Vaud : art. 66 al 1^{er} LNo). L'officier public doit le cas échéant indiquer le moyen par lequel il a vérifié le fait qu'il constate dans son acte. Toutefois, ce constat devrait à notre sens aussi pouvoir s'intégrer au procès-verbal authentique, à l'instar des attestations notariales que connaît le droit de la société anonyme (art. 631 al. 1^{er} CO).

⁵⁸ Message LFus, p. 4090 ; GERSBACH/KESSLER, p. 266.

⁵⁹ BERETTA, p. 444.

⁶⁰ BERETTA, p. 436-437 ; WATTER/BÜCHI, BSK-FusG art. 51, N. 4.

⁶¹ WATTER/BÜCHI, BSK-FusG art. 44, N. 2.

⁶² BERETTA, p. 448.

⁶³ GERSBACH/KESSLER, p. 266 ; TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, p. 328 ; WATTER/BÜCHI, BSK-FusG art. 44, N. 2.

Le contrat ou le projet de scission constituant l'objet même de la décision, celui-ci demeure annexé à l'acte authentique, de même que le rapport de scission (art. 39 LFus), le rapport de vérification (art. 40 LFus) et le bilan sur lequel se base l'opération⁶⁴. Au terme de celle-ci, l'art. 51 al. 1^{er} LFus attribue la compétence aux organes supérieurs de direction ou d'administration de requérir l'inscription au registre du commerce, ensuite de quoi les actifs et passifs de l'inventaire sont transférés (art. 52 LFus)⁶⁵. Quant à l'inscription du transfert de propriété au registre foncier lorsque l'inventaire comprend des immeubles, l'art. 104 LFus est applicable, lequel prévoit des obligations supplémentaires en cas de séparation (cf. *infra* I. 4.1)⁶⁶.

2.3 La transformation

Régie par les art. 53 ss, la transformation est définie comme « *la modification de la forme juridique d'une société dans la continuité des rapports patrimoniaux et sociaux* », éléments qui ressortent également de la lettre de la loi (art. 53 LFus)⁶⁷. Contrairement aux autres opérations susmentionnées et au transfert de patrimoine, la transformation n'implique de modification ni du patrimoine de la société, ni de son sociétariat⁶⁸ ; le sujet décide uniquement de la modification de son « habit juridique ». Il paraît également utile de relever que seul un sujet de droit est concerné⁶⁹. La transformation est ouverte, contrairement à ce qui prévalait avant la LFus, à une large majorité des formes juridiques, exhaustivement listée à l'art. 54 LFus⁷⁰.

La transformation est fréquemment utilisée par les sociétés commerciales et autres entités concernées : principalement par les sociétés à responsabilité limitée souhaitant passer en société anonyme, mais également par les sociétés de personnes désirant se transformer en société de capitaux⁷¹. Si l'on exclut les transformations entre sociétés en nom collectif et société en commandite auxquelles le Chapitre 4 de la LFus ne s'applique pas (art. 55 al. 4 LFus), on dénombre environ 320 opérations douze mois après l'introduction de la LFus, pour près de 400 transformations encore un an plus tard⁷². Enfin, la transformation d'une entreprise individuelle en société de capitaux étant proscrite (art. 54 *a contrario* LFus), le transfert de patrimoine (cf. *infra* I. 3.1) fait souvent office de succédané aux entrepreneurs qui le souhaitent⁷³.

Le processus de transformation se subdivise en cinq phases que nous nous contenterons d'examiner de manière sommaire, la majorité d'entre elles ayant été détaillée précédemment. Dans un premier temps, les organes supérieurs de direction ou d'administration de la société établissent un projet de transformation en la forme écrite (art. 59 LFus), dont le contenu est détaillé à l'art. 60 LFus, ainsi qu'un rapport (art. 61 LFus) et un bilan de transformation⁷⁴.

⁶⁴ WATTER/BÜCHI, BSK-FusG art. 35, N. 2 ; art. 44, N. 2.

⁶⁵ BERETTA, p. 450 ; WATTER/BÜCHI, BSK-FusG art. 52, N. 2.

⁶⁶ SCHMID-TSCHIRREN, p. 230 ; WATTER/BÜCHI, BSK-FusG art. 52, N. 1.

⁶⁷ Message LFus, p. 4014.

⁶⁸ ROMERIO, BK-FusG art. 53, N. 1.

⁶⁹ ROMERIO, BSK-FusG art. 53, N. 2.

⁷⁰ Message LFus, p. 4014 ; BERETTA, p. 451.

⁷¹ BERETTA, p. 454 ; TRIGO TRINDADE/PETER/GRIESSEN COTTI, p. 58.

⁷² TRIGO TRINDADE/PETER/GRIESSEN COTTI, p. 58.

⁷³ TRIGO TRINDADE/PETER/GRIESSEN COTTI, p. 61.

⁷⁴ BERETTA, p. 454, 456.

Par la suite, on retrouve la vérification des documents précités, synthétisée dans un rapport établi par un expert-réviser agréé (art. 62 LFus). La troisième phase consiste à consulter les associés (art. 63 LFus). La quatrième étape se distingue elle des autres types de restructuration : la société s'assure que les conditions de fondation applicables à la nouvelle forme juridique soient remplies. Cela fait, l'assemblée générale ou les associés donnent suite à la consultation en approuvant la transformation (art. 59 al. 2 et 64 al. 1^{er} LFus). L'inscription de la transformation au registre du commerce clôt la procédure (art. 66 LFus)⁷⁵.

Bien que cela eût été critiqué durant la mise en consultation du projet de loi⁷⁶, la décision du sujet par son organe délibérant de changer d'habit juridique nécessite l'intervention de l'officier public et donc une instrumentation en la forme authentique (art. 65 LFus), comme pour les restructurations précédentes. Nous l'avons vu plus haut, l'exigence de forme authentique n'est cependant pas applicable aux sociétés en nom collectif et en commandite (art. 55 al. 4 LFus)⁷⁷. L'organe délibérant est l'assemblée générale pour les associations, sociétés de capitaux et coopératives ; pour les sociétés en nom collectif ou en commandite, il s'agira des associés⁷⁸. Les majorités requises, que nous ne détaillerons pas davantage, sont définies à l'art. 64 LFus. Les éléments à authentifier sont à peu de chose près les mêmes que ceux vus précédemment (cf. *supra* I. 2.1). Un élément supplémentaire toutefois : en cas de transformation en société anonyme ou en société à responsabilité limitée, le notaire aura soin de constater les éléments ordinairement requis lors de la fondation de telles sociétés (art. 57 LFus et art. 629 al. 2 CO, respectivement art. 777 al. 2 CO)⁷⁹. Enfin, si l'exigence de forme authentique ne couvre pas l'éventuelle approbation d'associés particulièrement touchés par la transformation (art. 64 al. 1^{er} let. a LFus), le procès-verbal en atteste le cas échéant⁸⁰. Nous renvoyons sur ce dernier point aux considérations déjà exposées dans le cadre de la scission (cf. *supra* I. 2.2). Afin de clôturer l'ensemble du processus, l'organe supérieur de direction ou d'administration procède ensuite à l'inscription (art. 66 LFus).

3. LE TRANSFERT DE PATRIMOINE

3.1 Le principe général

3.1.1 Un phénix législatif

Le transfert de patrimoine des art. 69 ss LFus a remplacé la *dissociation*, prévue initialement dans l'avant-projet du Conseil fédéral⁸¹. Conçue alors comme une alternative à la scission ordinaire, elle renvoyait aux règles de celle-ci, sans toucher toutefois au sociétariat⁸². En effet, contrairement aux autres types de scission, la dissociation avait pour but de transférer une ou des parties de patrimoine d'une entité juridique à une autre, contre des parts sociales ou des droits de sociétariat, ce qui revenait à filialiser une entité par le transfert de parts d'entreprise⁸³.

⁷⁵ BERETTA, p. 455.

⁷⁶ FRICK, BSK-FusG, art. 65, N. 2.

⁷⁷ FRICK, BSK-FusG, art. 65, N. 3.

⁷⁸ BERETTA, p. 461.

⁷⁹ FRICK, BSK-FusG, art. 65, N. 3a.

⁸⁰ TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, p. 328.

⁸¹ BERETTA, p. 469 ; MEIER-SCHATZ, p. 42 ; Art. 39 let. c AP-LFus.

⁸² MALACRIDA, BSK-FusG, art. 69, N. 2.

⁸³ TRIGO TRINDADE, p. 215.

Largement critiquée au cours de la procédure de consultation, son champ d'application trop restreint, la lourdeur de la procédure et les coûts engendrés de ce fait l'ont enterrée⁸⁴. Au stade du projet de loi, un instrument plus flexible l'a supplantée : le transfert de patrimoine.

Parallèlement, l'introduction du transfert de patrimoine avait pour but de combler aux lacunes de la cession de patrimoine de l'art. 181 CO, qui permet le transfert *uno actu* des passifs d'une entreprise, mais pas de ses actifs (pour lesquels un transfert à titre singulier est indispensable : cession civile pour les créances, tradition pour les meubles, inscription au registre foncier pour les immeubles, endossement pour les papiers-valeurs, etc.)⁸⁵. En outre, le contrat de reprise de l'art. 181 CO ne crée qu'un rapport obligationnel entre les parties – il ne produit pas d'effets réels et ne correspond pas à un acte de disposition universel – raison pour laquelle les actes de transfert réel des actifs demeurent indispensables⁸⁶. Nous effleurons ici l'un des atouts majeurs du transfert de patrimoine, soit l'uniformisation des formalités liées au transfert d'éléments hétéroclites composant le patrimoine d'une entreprise⁸⁷. Autre élément prégnant de ce mécanisme : ses effets correspondent à une « *succession universelle partielle* », que nous décrirons plus avant (cf. *infra* II. D. 1.2)⁸⁸. L'allégorie particulièrement onirique du « *phénix issu des cendres de la dissociation et fruit de la volonté d'améliorer l'institution de la cession de patrimoine de l'art. 181 CO* » résume idéalement cette innovation législative⁸⁹.

3.1.2 Champ d'application et objet du transfert

Le Chapitre 5 de l'actuelle LFus permet aux entreprises individuelles inscrites au registre du commerce et aux sociétés au sens de l'art. 2 let. b LFus – sociétés de capitaux, sociétés en nom collectif, sociétés en commandite, associations et sociétés coopératives sauf institution de prévoyance – de disposer d'un ultime outil de restructuration, à savoir le transfert de patrimoine. Sa procédure a été simplifiée suite à l'abandon de la dissociation : la triple-publication dans la FOsc et le devoir de vérification par un expert-réviser agréé ont été abandonnés ; enfin, la compétence d'approuver l'opération a été laissée, contrairement aux autres opérations, aux organes supérieurs de direction ou d'administration (art. 70 al. 1^{er} LFus)⁹⁰.

La cession de tout ou partie du patrimoine d'une entité inscrite au registre du commerce est impérativement régie par les articles 69 ss LFus, à l'exclusion de la règle susmentionnée relative au transfert du patrimoine ou d'une entreprise (art. 181 al. 4 CO)⁹¹. Conformément à la lettre de l'art. 69 al. 1^{er} LFus, ces entités peuvent transférer « *tout ou partie de leur patrimoine avec actifs et passifs à un autre sujet de droit privé* ». L'objet du transfert est donc extrêmement large, davantage même que celui de l'art. 181 CO⁹².

⁸⁴ Message LFus, p. 4017.

⁸⁵ ATF 108 Ib 440 c. 3 c) ; Message LFus, p. 4015 et note 25 ; MEIER-SCHATZ, pp. 42-43 ; PROBST, *art. 181 CO*, N. 14, 26 ; TRIGO TRINDADE, p. 215 ; TSCHÄNI, BSK-OR I *art. 181*, N. 2.

⁸⁶ PROBST, *art. 181 CO*, N. 26, 37 ; SPIRIG, *art. 181 CO*, N. 131 ss, 176.

⁸⁷ Message LFus, p. 4116 ; PROBST, *art. 181 CO*, N. 17 ; TRIGO TRINDADE, p. 215.

⁸⁸ FRICK, *Stämpflis Handkommentar*, *art. 69 LFus*, N. 1.

⁸⁹ TRIGO TRINDADE, p. 215.

⁹⁰ MALACRIDA, BSK-FusG, *art. 69*, N. 2.

⁹¹ BERETTA, *Vorbem. Art. 69-77 LFus*, N. 77 ; GWELESSIANI/SCHINDLER, *art. 137 ORC*, N. 498.

⁹² arrêt 4A_256/2008 c. 4.1 ; Message LFus, p. 4112 ; BAHAR, *Commentaire LFus*, *art. 69*, N. 8 ; SCHMID-TSCHIRREN, p. 232 ; TRIGO TRINDADE, p. 217 ; TSCHÄNI, BSK-OR I *art. 181*, N. 11 ; *contra* : BERETTA, pp. 470-471.

Unique cautèle : l'inventaire doit présenter un excédent d'actifs (art. 71 al. 2 LFus), ce qui est critiqué en doctrine⁹³. Quant au sujet reprenant, les termes « à un autre sujet de droit privé » comprennent à tout le moins ceux mentionnés à l'art. 2 let. a LFus, à savoir : les sociétés, les fondations, les entreprises individuelles inscrites au registre du commerce, les sociétés en commandite de placement collectif, les sociétés d'investissement à capital variable et les instituts de droit public. La doctrine appelle à étendre cette acception, notamment aux entreprises individuelles non-inscrites au registre du commerce ou aux sociétés simples, et donc à élargir le cercle des sujets reprenants, arguant que les exigences de publicité sont moindres dans un tel cas ; cette dernière est en effet déjà assurée par l'inscription du transfert de patrimoine pour le sujet transférant, sans qu'une seconde soit nécessaire pour le reprenant⁹⁴.

L'utilité concrète du transfert de patrimoine en tant qu'outil de restructuration transparaît dans le nombre d'inscriptions publiées dans la FOSC : on recense 425 opérations un après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, pour 545 transferts l'année suivante⁹⁵. Une fois ces chiffres détaillés, deux utilisations principales en ressortent. D'une part, la transformation d'une entreprise individuelle en société de capitaux n'étant pas autorisée par la LFus (cf. *supra* I. 2.3), le transfert de patrimoine est l'outil adéquat pour libérer le capital par un apport en nature (art. 628 al. 1^{er} et 634 CO) comprenant le patrimoine de l'entreprise exploitée⁹⁶. D'autre part, les sociétés appartenant à un même groupe s'en servent à des fins de restructuration interne⁹⁷. De manière générale, il peut fonctionnellement représenter une alternative à la fusion, la scission ou la transformation, en se limitant aux aspects patrimoniaux et sans toucher au sociétariat⁹⁸. Certains y voient également un succédané au contrat de vente ordinaire⁹⁹. AEBERSOLD résume l'instrument objet du présent travail par une métaphore bellique, évoquant l'introduction d'une « nouvelle arme polyvalente » dans le droit des restructurations¹⁰⁰.

3.1.3 La procédure

Ainsi que l'atteste le Message du Conseil fédéral, le législateur a véritablement conçu le transfert de patrimoine comme « un institut juridique autonome de la loi sur la fusion, qui doit compléter la fusion, la scission et la transformation »¹⁰¹. Le transfert de patrimoine se distingue donc nettement des restructurations « classiques » que sont la fusion, la scission et la transformation, en particulier sur le plan procédural. En effet, ces dernières s'articulent globalement en cinq opérations principales : conclusion d'un contrat ou mise sur pied d'un projet, en plus de l'établissement d'un rapport relatif à la restructuration ; vérification par un expert-réviseur agréé ; consultation des associés (et des travailleurs) ; approbation par l'organe délibérant ; enfin, inscription au registre du commerce.

⁹³ TRIGO TRINDADE, p. 217.

⁹⁴ Message LFus, p. 4177 ; GERSBACH, p. 216 ; GWELESSIANI/SCHINDLER, art. 137 ORC, N. 500a ; MALACRIDA, BSK-FusG, art. 69, N. 7 ; TRIGO TRINDADE, p. 218 ; *contra* : BERETTA, *Vorbem. Art. 69-77 LFus*, N. 79.

⁹⁵ TRIGO TRINDADE/PETER/GRIESSEN COTTI, p. 59.

⁹⁶ BERETTA, pp. 469-470 ; FRICK, *Stämpflis Handkommentar, Vorbem. zu Art. 69-72 LFus*, N. 3 ; GWELESSIANI/SCHINDLER, art. 137 ORC, N. 499 ; TRIGO TRINDADE/PETER/GRIESSEN COTTI, pp. 59, 62.

⁹⁷ FRICK, *Stämpflis Handkommentar, Vorbem. zu Art. 69-72 LFus*, N. 1a ; TRIGO TRINDADE/PETER/GRIESSEN COTTI, pp. 59, 62.

⁹⁸ Message LFus, p. 4018 ; BERETTA, p. 469 ; RUF/JEITZNER, p. 919.

⁹⁹ CHRIST, p. 110 ; GERSBACH/KESSLER, p. 266.

¹⁰⁰ AEBERSOLD, p. 163.

¹⁰¹ Message LFus, p. 4018.

Les art. 69 ss LFus ne laissent place qu'à quatre étapes essentielles : la conclusion du contrat ; l'inscription au registre du commerce ; la simple information des associés de la société transférante, devoir qui incombe aux organes de direction ou d'administration (art. 74 LFus) ; et en dernier lieu, l'éventuelle garantie des créances (art. 75 LFus)¹⁰². Ces simplifications procédurales sont en partie dues au fait que, contrairement aux opérations ordinaires, le transfert de patrimoine ne modifie en rien les parts sociales ou les droits de sociétariat des associés¹⁰³. Relevons cependant que si cette procédure ressemble à une voie accélérée en comparaison des autres, elle n'en dissuade pas moins certains praticiens qui préfèrent opter pour un transfert à titre singulier plutôt que de souffrir les formalités de la LFus et la publicité de la transaction¹⁰⁴.

Le transfert de patrimoine repose sur un contrat conclu entre le sujet transférant et le sujet reprenant, par l'intermédiaire de leurs organes supérieurs de direction ou d'administration (art. 70 al. 1^{er} LFus), une compétence au demeurant intransmissible¹⁰⁵. Sous réserve de ce qui figure plus loin (cf. *infra* I. 3.2), ce contrat revêt la forme écrite (art. 70 al. 2 *ab initio* LFus, art. 12 ss CO). Le contenu minimal de ce document est précisé à l'art. 71 LFus. Doivent impérativement y figurer : la désignation des parties (let. a) ; la valeur totale des actifs et passifs transférés (let. c), sachant qu'une valeur nette d'actifs doit en découler en vertu de l'art. 71 al. 2 LFus ; la contre-prestation éventuelle (let. d) ; la liste des rapports de travail transférés (let. e)¹⁰⁶. De manière identique à la scission (art. 37 al. 1^{er} let. b LFus), on retrouve l'exigence d'un inventaire listant les actifs et passifs qui doivent passer du sujet transférant au reprenant¹⁰⁷. Certains éléments doivent être désigné individuellement : les immeubles (au sens de l'art. 655 al. 2 CC), les papiers-valeurs et valeurs immatérielles (art. 71 al. 1^{er} let. b *in fine* LFus), ce qui n'est pas sans poser de difficultés pratiques, en particulier s'agissant des papiers-valeurs et des valeurs immatérielles¹⁰⁸. Quant aux autres types d'actifs, ils peuvent être sommairement désignés, pour peu qu'ils soient déterminables¹⁰⁹. N'est en revanche pas admissible la désignation négative, qui stipulerait par exemple que seuls les éléments de l'inventaire ne passent pas à l'autre entité¹¹⁰. Certainement conscient des incertitudes potentielles découlant de l'inventaire, le Conseil fédéral exhortait déjà les parties à désigner de façon claire ses différents postes¹¹¹. Cette problématique doit trouver une solution pragmatique : le degré de détail de l'inventaire se mesure à l'aune des circonstances concrètes de l'opération¹¹².

A défaut, en cas de doute sur l'attribution de certaines valeurs matérielles ou immatérielles, autrement dit s'il est impossible de trancher sur la base de l'inventaire établi en prévision du transfert, celles-ci restent au sein de la société transférante (art. 72 LFus).

¹⁰² BERETTA, pp. 473-474 ; TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, p. 327 ; MALACRIDA, BSK-FusG, art. 74, N. 3.

¹⁰³ BERETTA, p. 469.

¹⁰⁴ BERETTA, pp. 471-472 ; TRIGO TRINDADE/PETER/GRIESSEN COTTI, p. 62.

¹⁰⁵ BERETTA, art. 70 LFus, N. 1.

¹⁰⁶ BERETTA, p. 474.

¹⁰⁷ BERETTA, p. 79.

¹⁰⁸ BERETTA, p. 83 ; BESSENICH, p. 223 ; KUNZ, p. 811 ; SCHENKER, *Stämpflis Handkommentar*, art. 37 LFus, N. 7.

¹⁰⁹ BERETTA, p. 84 ; FRICK, *Stämpflis Handkommentar*, Art. 70 LFus, N. 3 ; MALACRIDA, BSK-FusG, art. 71, N. 6.

¹¹⁰ arrêt 4C.385/2005 c. 1.2.2 ; GWELESSIANI/SCHINDLER, art. 134 ORC, N. 476.

¹¹¹ Message LFus, p. 4115.

¹¹² BO Conseil des États 2001, p. 157 ; AEBERSOLD, pp. 153-154 ; SCHMID-TSCHIRREN, p. 232 ; pour une clarification de l'inventaire *de lege ferenda* : BINDER, p. 131.

Si le même problème survient pour les passifs, l'art. 75 LFus s'applique à défaut d'autre règle (responsabilité solidaire du sujet transférant) ; insatisfaits de cette solution, certains auteurs appellent à une application analogique de l'art. 72 LFus pour les passifs¹¹³.

Si une contrepartie au transfert en faveur de la société transférante n'est pas impérative (art. 71 al. 1^{er} let. d LFus), elle prend le cas échéant souvent la forme d'un montant en espèces, de prestations de services ou de valeurs matérielles, comme par exemple des parts sociales ou des droits de sociétariat de la société reprenante¹¹⁴. Au contraire des autres mécanismes prévus par la LFus – fusion, scission et transformation – le transfert de patrimoine n'obéit pas au principe de la continuité du sociétariat. Ainsi, l'éventuelle contre-prestation due par le sujet reprenant ensuite du transfert ne revient pas aux associés de l'entité transférante, mais directement à cette dernière¹¹⁵. L'attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat de la société reprenante aux associés de la société transférante renverrait par ailleurs aux dispositions sur la scission (art. 69 al. 1^{er} *in fine* LFus).

Critiquée en doctrine car susceptible de créer une certaine insécurité juridique, cette cautèle a pour objectif d'éviter le contournement des règles du Chapitre 3 de la LFus relatif à la scission¹¹⁶. Dans ce qui constitue à notre sens sa critique la plus pertinente, TRIGO TRINDADE relève que le moment auquel les associés du sujet transférant sont susceptibles de recevoir des parts sociales ou des droits de sociétariat, suite par exemple à une réduction de capital ou à la distribution de dividendes, peut se révéler particulièrement incertain. Y a-t-il matière à appliquer les règles sur la scission en cas d'attribution de droits de participation, des années après l'exécution du transfert ? La sécurité juridique indispensable à ce genre de transactions nous amène tout comme l'auteure à rejeter une telle hypothèse¹¹⁷.

Élément d'importance : le contrat de transfert n'a pas à être approuvé par l'assemblée générale ou les associés réunis. Par conséquent, le notaire n'authentifie aucun procès-verbal décisionnel dans ce cadre¹¹⁸. La dernière étape de la procédure est du ressort de l'organe supérieur de direction ou d'administration du sujet transférant, lequel demande l'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce (art. 73 al. 1^{er} LFus). Les actifs et les passifs que contient l'inventaire sont transférés au jour de l'inscription au journal de dit registre (art. 73 al. 2 LFus).

3.2 Le transfert de patrimoine impliquant des immeubles

Si le contrat de transfert comprend des immeubles, les parties correspondantes doivent revêtir la forme authentique (art. 70 al. 2, *deuxième phrase* LFus). Dès lors, dans ce cas précis, la LFus s'écarte de la logique qui prévalait jusqu'ici, soit la rédaction d'un contrat ou d'un projet relatif à la restructuration en la simple forme écrite (art. 12 al. 2, 36 al. 3, 59 al. 2 LFus)¹¹⁹.

¹¹³ FRICK, *Stämpflis Handkommentar*, Art. 70 LFus, N. 3 ; MALACRIDA, BSK-FusG, art. 72, N. 3.

¹¹⁴ GERSBACH, p. 215 ; TRIGO TRINDADE, p. 218.

¹¹⁵ Message LFus, p. 4113 ; GERSBACH, p. 199 ; FRICK, *Stämpflis Handkommentar*, Art. 69 LFus, N. 1 ; TRIGO TRINDADE, p. 218.

¹¹⁶ MALACRIDA, BSK-FusG, art. 69, N. 2.

¹¹⁷ PETER, p. 96 ; TRIGO TRINDADE, p. 222.

¹¹⁸ BERETTA, art. 70 LFus, N. 6 ; BERETTA, p. 475 ; KUNZ, p. 189 ; SCHMID-TSCHIRREN, p. 232 ; TRIGO TRINDADE, p. 219.

¹¹⁹ RAMPINI, p. 164.

Un acte authentique suffit même lorsque les immeubles sont situés dans différents cantons (art. 70 al. 2, *troisième phrase* LFus) ; dans le cas précité, la compétence revient au notaire exerçant au siège du sujet transférant (art. 70 al. 2 *in fine* LFus). En d'autres termes, lorsque le transfert de patrimoine comprend un ou plusieurs immeubles, l'opération nécessite l'intervention du notaire, qui consiste en la rédaction du contrat de transfert de patrimoine, à tout le moins des parties comprenant les immeubles. Cette exception détaillée ci-après (cf. *infra* II. B. 3) résulte de la volonté de l'Assemblée fédérale de modifier, sur ce point particulier, le projet de loi soumis par le Conseil fédéral¹²⁰. Les dispositions relatives au contenu matériel du contrat de transfert (art. 71 LFus) demeurent quant à elles identiques, tout comme celles sur l'inscription du transfert au registre du commerce (art. 73 LFus)¹²¹.

Conséquence de la dichotomie procédurale relevée plus haut (cf. *supra* I. 3.1.3), le type de restructuration en cause impacte à l'évidence le rôle du notaire ; alors qu'il contrôle essentiellement la conformité de la procédure « *sociale* » dans la fusion, la scission ou la transformation, ce sont les aspects relatifs au transfert immobilier sur lesquels il se focalisera en cas de transfert de patrimoine¹²². Nous le verrons plus loin, postérieurement à l'instrumentation d'un contrat de transfert comprenant des immeubles, l'officier public requerra ces modifications auprès du ou des registres fonciers concernés (cf. *infra* II. D. 2.2)¹²³. Relevons enfin que les praticiens apprécient particulièrement cet instrument spécifique, qui simplifie les opérations de transfert immobilier comprenant des biens-fonds situés dans plusieurs cantons¹²⁴.

4. LE CONSTAT TRANSLATIF DE PROPRIÉTÉ D'UN IMMEUBLE

4.1 La *ratio legis* de l'art. 104 al. 3 LFus

Lorsque la restructuration – fusion, scission, transformation ou transfert de patrimoine – est inscrite au registre du commerce (art. 22 al. 1^{er}, 52, 67 et 73 al. 1^{er} LFus) et que celle-ci implique des immeubles ou des droits réels, il est capital que la situation juridique puisse être représentée de manière conforme à la réalité, au registre foncier également¹²⁵. En effet, l'inscription constitutive au journal du registre du commerce a pour conséquence le transfert des droits de nature immobilière hors du registre foncier, de manière « *extratabulaire* » (art. 656 al. 2 CC), dont résulte un décalage entre situation juridique formelle et réelle¹²⁶. Pour cette raison, la loi contraint les parties à requérir postérieurement la modification des informations figurant au registre foncier, soit dans un délai *de trois mois* pour la fusion, la scission par division et la transformation (art. 104 al. 1^{er} LFus), soit *immédiatement* pour trois restructurations particulières (art. 104 al. 2 LFus) : la fusion d'associations ou de fondations, si le sujet transférant n'est pas inscrit au registre du commerce (let. a) ; la scission par séparation (let. b) ; le transfert de patrimoine (let. c)¹²⁷.

¹²⁰ Message LFus, p. 4114.

¹²¹ FRICK, *Stämpflis Handkommentar*, Art. 70 LFus, N. 12.

¹²² TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, p. 327.

¹²³ FRICK, *Stämpflis Handkommentar*, Art. 70 LFus, N. 11.

¹²⁴ FRICK, *Stämpflis Handkommentar*, *Vorbem. zu Art. 69-72 LFus*, N. 1a ; TRIGO TRINDADE/PETER/GRIESSEN COTTI, pp. 63, 65.

¹²⁵ WEIBEL/CRAMER, *art. 104 LFus*, N. 2.

¹²⁶ Message LFus, p. 4138 ; WEIBEL/CRAMER, *art. 104 LFus*, N. 3, N. 7.

¹²⁷ Message LFus, p. 4139.

Dans ces cas, entre l'inscription au registre du commerce et celle au registre foncier, il existe un risque accru que l'entité jusqu'ici propriétaire dispose à nouveau de l'immeuble en faveur d'un éventuel tiers acquéreur de bonne foi (art. 973 al. 1^{er} CC), lequel se sera fié au propriétaire figurant au registre foncier (art. 937 al. 1^{er} CC), mais juridiquement erroné¹²⁸. Aussi, cette discrédance entre réalité matérielle et juridique doit rapidement être supprimée. Tous les délais légaux sont cependant des délais d'ordre¹²⁹.

Pour les opérations désignées à l'al. 2 let. a et b ci-dessus, la loi sur la fusion exige en plus l'établissement d'un acte authentique de constatation du transfert de propriété afin de le légitimer (art. 104 al. 3 LFus)¹³⁰. A ces cas s'ajoute celui prévu par l'art. 66 de l'Ordonnance sur le registre foncier (ci-après : « ORF »), qui requiert aussi l'établissement d'un tel acte lorsque le sujet *reprenant* participant à une fusion d'associations ou de fondations n'est pas inscrit au registre du commerce. Si certains auteurs y voient là une compétence fondée sur l'art. 102 let. b LFus¹³¹, cette extension de l'exigence de la forme authentique reste contestée¹³² ; nous ne pouvons qu'abonder dans le sens de ces critiques puisque, d'une part, cette exigence ne ressort pas du texte de la loi et que d'autre part, elle devrait reposer sur une base légale formelle (cf. *supra* I. 1), condition à laquelle l'ORF ne répond à l'évidence pas.

La *ratio legis* de cette formalité supplémentaire réside également dans le risque que la partie transférante dispose une seconde fois d'objets immobiliers concernés par la restructuration¹³³. Si l'on dépasse cette considération générale, on constate que les raisons justifiant l'établissement d'un acte authentique ne se recourent pas exactement dans l'une et l'autre des situations que désigne l'art. 104 al. 3 LFus. Pour la première (al. 2 let. a), l'acte constatatoire est essentiel car le sujet transférant (ou reprenant) n'est pas inscrit au registre du commerce : il ne laissera aucune trace. Dans la seconde (al. 2 let. b), le sujet transférant inscrit comme propriétaire au registre foncier continue à exister : le registre du commerce n'indiquera donc pas de façon évidente les conséquences de la restructuration sur les droits réels immobiliers¹³⁴. En outre, tant la fusion d'associations ou de fondations que la scission par séparation ne nécessitent pas d'acte authentique pour le transfert immobilier (art. 12 al. 2, respectivement 36 al. 3 LFus)¹³⁵. Le constat authentique susmentionné tend à répondre à ces problématiques et incertitudes et doit donc être produit au registre foncier (art. 66 al. 1^{er} let. b ORF), afin d'aider le Conservateur dans la vérification de la conformité des opérations immobilières¹³⁶.

¹²⁸ SCHMID-TSCHIRREN, p. 236 ; WEIBEL/CRAMER, *art. 104 LFus*, N. 13.

¹²⁹ Message LFus, p. 4139 ; SCHMID-TSCHIRREN, p. 236 ; STOLTZ/EHRAT/WIDMER, *BSK-FusG art. 104*, N. 13.

¹³⁰ SCHMID JÜRIG, p. 253.

¹³¹ PFÄFFLI, p. 244, note 35.

¹³² TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, p. 333 ; WEIBEL/CRAMER, *art. 104 LFus*, N. 23.

¹³³ GERSBACH/KESSLER, p. 269 ; TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, p. 332.

¹³⁴ WEIBEL/CRAMER, *art. 104 LFus*, N. 12.

¹³⁵ STOLTZ/EHRAT/WIDMER, *BSK-FusG art. 104*, N. 27.

¹³⁶ SCHMID JÜRIG, p. 252 ; SCHMID-TSCHIRREN, pp. 237-238.

4.2 Les conséquences pour le notaire

S'agissant d'un acte purement constatatoire (« *Sachbeurkundung* », cf. *infra* II. A. 1, ou plus précisément selon BRÜCKNER, « *Überzeugungsbeurkundung* »¹³⁷), ce document peut être instrumenté par tout notaire suisse, cela pour l'ensemble des immeubles sis sur territoire helvétique ; le principe de la liberté des actes authentiques s'applique donc pleinement (art. 55 Tit. fin. CC)¹³⁸. Établi sur demande du sujet reprenant, le constat authentique « *mentionne le transfert valable de propriété et contient la liste des immeubles définis individuellement et précisément* », conformément à l'art. 18 ORF¹³⁹. Plus précisément, il doit rendre compte de la validité de la procédure de restructuration, mais aussi se référer aux documents et bases légales sur lesquelles le constat se fonde¹⁴⁰.

Pour la fusion (art. 104 al. 2 let. a LFus), il s'agit du contrat de fusion, des décisions de fusion et de l'extrait du registre du commerce, si le sujet reprenant y est inscrit ; les bases légales fondant la cause juridique du transfert sont les art. 22 al. 2 (associations) et 84 al. 1^{er} (fondations) LFus. Dans le cas de la scission par séparation (art. 104 al. 2 let. b LFus), les documents de référence sont le contrat ou projet de scission et l'inventaire qu'il comprend, ainsi que l'inscription figurant au registre du commerce pour le sujet transférant ; le transfert du ou des immeubles se fonde sur l'art. 52 LFus¹⁴¹. Le constat authentique comprend dans tous les cas une liste exhaustive des droits réels et des droits personnels annotés au registre foncier sur les immeubles constituant l'objet du transfert¹⁴². Il n'a en revanche pas à contenir d'autres dispositions contractuelles ou des déclarations de volontés¹⁴³. De manière plus générale, la tâche de l'officier public consiste à exposer le cas concret avec précision en prenant soin d'authentifier uniquement les faits qu'il sait ne pouvoir être autres que ceux qu'il constate¹⁴⁴. La transcription au registre foncier devant intervenir « *immédiatement* », les entités participantes se montreront diligentes en mettant la documentation nécessaire à disposition du notaire, une fois la restructuration effective¹⁴⁵.

II. LE TRANSFERT DE PATRIMOINE IMMOBILIER

A. LA NATURE DE L'ACTE

1. ACTE AUTHENTIQUE DE CONSTATATION (*SACHBEURKUNDUNG*) ?

La nature juridique du contrat de transfert, qu'il comprenne d'ailleurs de l'immobilier ou non, mérite d'être brièvement examinée. Dans le cadre de ses activités ministérielles, le notaire est amené à instrumenter deux grandes catégories d'actes authentiques : les actes *de déclaration* (*Willenserklärungsbeurkundungen*) et les actes *de constatation* (*Sachbeurkundungen*)¹⁴⁶.

¹³⁷ BRÜCKNER, pp. 49 ss, N. 133 ss ; BRÜCKNER/KUSTER, p. 180, N. 815 ; WEIBEL/CRAMER, *art. 104 LFus*, N. 19.

¹³⁸ Message LFus, p. 4139 ; SCHMID-TSCHIRREN, p. 238 ; STOLTZ/EHRAT/WIDMER, BSK-FusG *art. 104*, N. 29.

¹³⁹ Message LFus, p. 4139 ; STOLTZ/EHRAT/WIDMER, BSK-FusG *art. 104*, N. 28.

¹⁴⁰ MOOSER, p. 465, N. 715a ; SCHMID JÜRG, p. 253.

¹⁴¹ SCHMID JÜRG, p. 253 ; FRIEDRICH, p. 558 ; WEIBEL/CRAMER, *art. 104 LFus*, N. 19 ; pour des modèles de constats : PFÄFFLI, pp. 245-246, 248.

¹⁴² STOLTZ/EHRAT/WIDMER, BSK-FusG *art. 104*, N. 28.

¹⁴³ FRIEDRICH, p. 558.

¹⁴⁴ BRÜCKNER, p. 880, N. 3117 ; STOLTZ/EHRAT/WIDMER, BSK-FusG *art. 104*, N. 28 ; FRIEDRICH, p. 560.

¹⁴⁵ FRIEDRICH, p. 559 ; STOLTZ/EHRAT/WIDMER, BSK-FusG *art. 104*, N. 30.

¹⁴⁶ PIOTET, *Les procédures*, p. 270.

Ces derniers contiennent le résultat de constatations faites par le notaire et se rapportent généralement à des faits, lesquels ont été vérifiés au préalable par l'officier public¹⁴⁷. S'agissant de l'authentification des décisions prises dans le cadre des restructurations ordinaires (fusion, scission et transformation), le Message semblait considérer les procès-verbaux authentiques comme des actes de constatation¹⁴⁸. En effet, en cas d'assemblée générale ou de réunion des associés ayant pour but d'entériner les décisions de restructuration susmentionnées, le notaire se borne à constater une succession d'événements et en synthétise le déroulement par écrit¹⁴⁹.

Cependant, la doctrine concède que les procès-verbaux de la LFus, tout comme ceux relevant du droit ordinaire des sociétés, sont difficilement classifiables dans l'une ou l'autre des catégories précitées¹⁵⁰. Plus encore, le point de vue exposé précédemment pourrait être contesté, puisque si la tâche du notaire consiste en effet à transcrire les déclarations et décisions exprimées par le biais de l'organe suprême de la société, à savoir l'assemblée générale ou les associés *in corpore*, cela correspond à un processus de formation de la volonté. Le résultat de ce processus, qui suit le vote par l'assemblée générale ou les associés, est l'expression de cette volonté. Sous cet angle, on pourrait envisager de considérer ce genre d'authentifications comme des actes authentiques de déclaration, un avis que partage une partie de la doctrine quant aux actes de fondation des sociétés de capitaux, dont la nature est similaire à celle des procès-verbaux de la LFus¹⁵¹. Cela nous amène en conclusion à relativiser la division binaire exposée ci-avant, qui se révèle parfois impraticable telle que nous l'avons illustrée ici¹⁵².

Confrontés à ce manichéisme juridique boiteux, certains auteurs alémaniques tentent de classer les procès-verbaux de sociétés dans une catégorie à part (*Wissenserklärungen* pour MARTI¹⁵³ ; *Erklärungen zu Protokoll* pour BRÜCKNER¹⁵⁴). Cependant, cette nouvelle catégorisation semble plutôt masquer le désir d'une partie de la doctrine alémanique de dispenser l'officier public de certains de ses devoirs ministériels, en particulier le devoir d'information. Or, c'est raisonner à l'inverse de ce qui doit prévaloir : c'est la nature de l'acte concerné qui doit déterminer l'étendue du devoir d'information, et non pas à ce devoir de décider l'essence de l'acte.

2. ACTE AUTHENTIQUE DE DÉCLARATION (*WILLENSERKLÄRUNGS- BEURKUNDUNG*) ?

L'acte de déclaration contient généralement des actes juridiques : testaments publics, pactes successoraux, différents types de contrats, etc. Contrairement à l'acte de constatation, il requiert une participation active des parties, qui doivent indiquer leurs volontés à l'officier public chargé de les transcrire dans l'acte, puis en confirmer le contenu ainsi établi¹⁵⁵.

¹⁴⁷ MOOSER, *La procédure*, p. 38.

¹⁴⁸ Message LFus, p. 4073.

¹⁴⁹ RUF, p. 135, N. 478 ; RUF/JEITZINER, pp. 916, 918, 919 ; VOSER, p. 118.

¹⁵⁰ MOOSER, *La procédure*, p. 39 ; PIOTET, *Les procédures*, p. 271 ; TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, *Application*, p. 229.

¹⁵¹ PERRIN, p. 120 ; TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, *Application*, p. 231.

¹⁵² PIOTET, *Les procédures*, p. 271.

¹⁵³ MARTI, pp. 130-131.

¹⁵⁴ BRÜCKNER, p. 37, N. 94.

¹⁵⁵ RUF, p. 137, N. 484 ; RUF/JEITZINER, p. 920.

Le notaire transcrit donc en la forme authentique les déclarations de volontés (*Willenserklärungen*) des parties, sans toutefois en attester le contenu, raison pour laquelle ces déclarations ne bénéficient pas de la force probante de l'art. 9 CC¹⁵⁶. Dans le cadre du droit des sociétés, il est amené à instrumenter des actes de déclaration, notamment lorsqu'il participe à la constitution d'une société anonyme (art. 629 al. 1^{er} CO) ou d'une société à responsabilité limitée (art. 779 al. 1^{er} CO)¹⁵⁷.

Qu'en est-il désormais des « *parties correspondantes* » du contrat de transfert contenant des immeubles (art. 70 al. 2 LFus) ? Contrairement aux restructurations ordinaires, il paraît clair que cet acte est un acte de déclaration, car il revient à authentifier les manifestations de volontés des parties au transfert de patrimoine, de manière similaire à un contrat de vente immobilière¹⁵⁸. C'est d'ailleurs ce qui ressort des délibérations au Conseil national, au cours desquelles un choix clair en faveur d'un acte de déclaration s'est opéré¹⁵⁹.

S'agissant de la nature juridique du contrat de transfert et des distinctions y relatives, nous terminerons le présent Chapitre en indiquant qu'il s'agit d'un acte *générateur d'obligations* (*Verpflichtungsgeschäft*), qui n'a pas pour effet de déclencher le transfert effectif des actifs et passifs ; en effet, l'acte *de disposition* (*Verfügungsgeschäft*¹⁶⁰) correspond à l'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce¹⁶¹.

B. LA COMPÉTENCE TERRITORIALE DU NOTAIRE

1. LE PRINCIPE : L'INSTRUMENTATION UNIVERSELLE DES ACTES AUTHENTIQUES

La forme authentique relève de la juridiction gracieuse ; aussi, lorsque le notaire instrumente un acte authentique, il exerce une fonction officielle de cette nature, rattachée à la puissance étatique, cela indépendamment du statut qu'il occupe (fonctionnarisé ou indépendant, deux configurations que nous connaissons en Suisse)¹⁶². Qui dit exercice de la puissance publique (ou *imperium*) implique de la délimiter à un territoire donné, en l'occurrence celui des cantons (art. 55 Tit. fin. CC) : sous réserve de certains actes préparatoires, ce n'est donc qu'au sein du territoire cantonal auquel l'officier public est rattaché qu'il exercera son activité et instrumentera des actes authentiques (« *locus regit actum* »)¹⁶³. Le canton qui autoriserait par hypothèse ses notaires à instrumenter sur le territoire d'un autre violerait sa souveraineté ; ce n'est pas le cas du Canton de Vaud, qui l'interdit à ses notaires (art. 49 al. 1^{er} LNo)¹⁶⁴.

¹⁵⁶ MOOSER, *La procédure*, pp. 37-38.

¹⁵⁷ MOOSER, p. 435, N. 670 ; MOOSER, *La procédure*, p. 37 ; VOSER, p. 118 ; *contra* : BRÜCKNER, pp. 835 ss, N. 2963 ss. L'auteur considère qu'il s'agit, là également, d'un acte de constatation.

¹⁵⁸ GERSBACH/KESSLER, p. 267 ; RUF/JEITZNER, p. 919 ; TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, *Application*, p. 236 ; VOGEL/GÜNTER, p. 1029.

¹⁵⁹ BO Conseil National 2003, p. 242-243 ; HURNI, *Die Vermögensübertragung*, p. 196.

¹⁶⁰ Sur la distinction entre acte *générateur d'obligations* et acte *de disposition* : TERCIER/PICHONNAZ, pp. 52-53, N. 207-208.

¹⁶¹ AEBERSOLD, p. 151 ; FRICK, *Stämpflis Handkommentar*, Art. 70 LFus, N. 13 ; nuancée : BERETTA, art. 70 LFus, N. 25.

¹⁶² ATF 128 I 280 c. 3 ; ATF 113 II 501 c. 3 a) ; MOOSER, p. 33, N. 53 ; SCHMID JÜRIG, BSK-ZGB II art. 55 Tit. fin., N. 6a.

¹⁶³ MOOSER, p. 321, N. 478 ; RUF, p. 143-144, N. 509 ; SCHMID JÖRG, *Grundlagen*, p. 17 ; SCHMID JÜRIG, BSK-ZGB II art. 55 Tit. fin., N. 18.

¹⁶⁴ MOOSER, p. 323, N. 481.

Ce premier principe est complété par un autre : la libre-circulation des actes authentiques sur le territoire suisse. En effet, un acte instrumenté en Suisse, pour autant que la procédure d'instrumentation réponde aux exigences minimales imposées par le droit fédéral, sera reconnu dans tout autre canton suisse¹⁶⁵. Le « for » des parties est en ce sens complètement libre.

2. L'EXCEPTION EN MATIÈRE IMMOBILIÈRE

S'agissant du principe « *locus regit actum* », les considérations qui précèdent valent également pour tous les actes touchant aux immeubles et notamment le contrat de vente immobilière, soumis à la forme authentique (art. 216 al. 1^{er} CO). En revanche, dans certains cantons et notamment dans le Canton de Vaud (mais également ceux d'Argovie, de Bâle-Ville, Berne, Fribourg, Genève, Lucerne, Neuchâtel, Nidwald, Obwald et Zurich), les actes *ayant pour objet un immeuble* – entendons par là les actes qui concernent la constitution, la cession ou la modification de droits réels immobiliers – connaissent une restriction supplémentaire¹⁶⁶. En effet, ce type d'actes ne peut valablement être instrumenté que par un notaire officiant au lieu de situation des immeubles, selon la procédure de ce lieu (*lex rei sitae*)¹⁶⁷. Dans le cas vaudois, l'art. 49 al. 2 LNo stipule que : « *Les actes authentiques relatifs aux droits réels sur des immeubles sis dans le canton ne peuvent être reçus que par un notaire vaudois* ».

Les conséquences de cette cautèle de droit cantonal sont lourdes : pour les actes immobiliers, il n'y a pas de libre-circulation des actes authentiques. L'acte instrumenté par un notaire d'un autre canton ne saurait dès lors servir de base ni à l'inscription au registre foncier, ni à l'exécution judiciaire¹⁶⁸. La *lex rei sitae* et les conséquences qu'elle implique ont toutefois été consacrées en droit fédéral comme règle de for intercantonale par notre Haute Cour¹⁶⁹. Défendant son point de vue dans un arrêt référence de 1987, le Tribunal fédéral avance deux éléments principaux. D'une part, l'art. 55 Tit. fin. CC ne permet pas de conclure à un principe général consacrant la libre-circulation des actes authentiques ; on ne saurait dès lors se prévaloir, comme l'ont tenté les demandeurs, de la prééminence de la *lex loci contractus* sur le choix de certains cantons d'adopter la *lex rei sitae*. D'autre part, faisant eux-mêmes le constat que « *la commodité des transactions (résultant de la lex loci contractus), s'oppose à la sécurité des transactions* », les juges fédéraux privilégient la sécurité de celles-ci. Le cœur de cette pesée d'intérêts est par là même tranché : « *Dans la procédure d'authentification, l'officier public a le devoir particulièrement important de renseigner et de conseiller les parties. Il sera mieux à même de remplir ce devoir au lieu de situation de la chose qu'ailleurs en Suisse* »¹⁷⁰. Nous ne rentrerons pas plus avant dans les débats animés de la doctrine à cet égard¹⁷¹ ; certains éléments argumentatifs seront tout de même repris dans le chapitre suivant (cf. *infra* II. B. 3.4).

¹⁶⁵ MOOSER, p. 326, N. 486 ; RUF/JEITZINER, p. 921.

¹⁶⁶ MOOSER, p. 330, N. 492 ; SCHMID JÖRG, p. 580, note 4.

¹⁶⁷ MOOSER, p. 327, N. 487 ; RUF/JEITZINER, p. 921 ; SCHMID JÖRG, p. 580.

¹⁶⁸ BRÜCKNER/KUSTER, p. 179, N. 815.

¹⁶⁹ ATF 113 II 501 c. 3 a) ; ATF 107 II 375, c. 2 c) bb).

¹⁷⁰ ATF 113 II 501 c. 3 a) ; RUF/JEITZINER, p. 922.

¹⁷¹ *Pro* : MOOSER, pp. 329-330, N. 489a ; SCHMID JÖRG, BSK-ZGB II art. 55 Tit. fin., N. 19 ; *contra* : BRÜCKNER, pp. 223 ss, N. 725 ss ; SCHMID JÖRG, p. 582 ; RNRF-SCHMID JÖRG, pp. 10-11.

3. LA RÈGLE FÉDÉRALE SPÉCIALE : ART. 70 AL. 2 LFUS

L'alinéa dont il est ici question se subdivise en plusieurs phrases et autant de sous-parties qui répondent à des problématiques juridiques différentes. Cette agrégation phrastique accouche d'un alinéa saccadé et hétéroclite, tant et si bien qu'il eût à notre sens été préférable de composer l'article avec davantage d'alinéas, cela pour la bonne lisibilité du texte et sa clarté juridique. Cela considéré, la structure de l'art. 70 al. 2 LFus est la suivante : *la première phrase* fixe un principe général : l'exigence de la forme écrite pour le contrat de transfert ; *la deuxième phrase* prévoit l'exception à ce principe, à savoir la forme authentique pour les parties correspondantes au contrat de transfert comprenant des immeubles ; *la troisième phrase* indique le nombre d'actes nécessaires (un seul) au transfert des immeubles si ces derniers se situent dans plusieurs cantons ; enfin, *la quatrième phrase* détermine la compétence en matière d'instrumentation. L'acte authentique étant au cœur du présent Chapitre, celui-ci se focalisera sur la deuxième phrase de l'alinéa (3.1 et 3.2), puis ultérieurement sur ses troisième et quatrième (3.3 et 3.4).

3.1 La genèse parlementaire de la norme

Globalement, le concept du transfert de patrimoine contenu dans le Message a été repris par les Chambres fédérales¹⁷². Ainsi qu'évoqué précédemment (cf. *supra* I. 3.2), l'art. 70 al. 2 LFus fait à ce titre figure d'exception puisqu'il a été passablement modifié lors du traitement par les Chambres uniquement. A l'origine, le Projet de LFus du Conseil fédéral prévoyait uniquement un contrat de transfert en la forme écrite, que celui-ci comporte ou non des immeubles, et le cas échéant l'établissement d'un acte de constatation du transfert de la propriété, de la même manière que pour l'actuel art. 104 al. 3 LFus¹⁷³. Pour le surplus, il est intéressant de noter que les *troisième et quatrième* phrases, qui concernent directement la compétence territoriale du notaire, n'ont engendré aucune discussion d'importance au Parlement.

Sous l'impulsion de Sénateurs dont certains officiaient également en tant que notaires, le Conseil des États a amendé le Projet en introduisant l'exigence d'un acte authentique en cas de transfert de patrimoine touchant à l'immobilier¹⁷⁴. En tant que premier Conseil, la Chambre Haute a considéré, à raison selon nous, que le projet du Conseil fédéral risquait de créer une discrimination entre les sujets de droit privé inscrits au registre du commerce et les autres. En effet, le transfert de patrimoine aurait permis aux premiers d'éviter l'exigence de la forme authentique imposée pour le transfert de la propriété foncière. Examinant la proposition émanant des Sénateurs, le Conseil national s'est adjoint à la critique, l'améliorant toutefois en ancrant expressément l'exigence de forme authentique pour le contrat de transfert. Il importait aux Conseillers nationaux que le notaire puisse « *vérifier l'identité des parties, rechercher la volonté de celles-ci et veiller à ce que cette volonté soit correctement exprimée dans l'acte* », ce à quoi notre Chambre Haute n'a par la suite rien objecté¹⁷⁵.

¹⁷² SCHMID-TSCHIRREN, p. 232.

¹⁷³ Art. 70 al. 2, 103 al. 2 et 3 P-LFus ; Message LFus, p. 4114 ; TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, p. 331.

¹⁷⁴ BO Conseil des États 2001, p. 158.

¹⁷⁵ BO Conseil National 2003, p. 242-243 ; SCHMID-TSCHIRREN, p. 233.

3.2 La coordination des différentes parties du contrat

L'article ici examiné stipule que seules « *les parties correspondantes du contrat* » de transfert sont tenues de revêtir la forme authentique (art. 70 al. 2, *deuxième phrase* LFus). Il paraît intéressant de relever un élément de nature systématique : c'est parce que ces parties du contrat doivent revêtir la forme authentique que le transfert de patrimoine n'est pas concerné par l'établissement d'un constat translatif de propriété (art. 104 al. 3 LFus, cf. *supra* I. 4.1).

Initialement conçu comme un seul et même acte, le législateur semble introduire, si l'on se réfère à la stricte lettre de l'article, une dissociation du contrat de transfert, pilier de toute l'opération ; cela n'est d'ailleurs pas sans poser certaines difficultés, à la fois juridiques et pratiques¹⁷⁶. La première d'entre elles concerne l'étendue de la contrainte formelle : quels sont les éléments qui doivent impérativement revêtir la forme authentique ? Sur ce point, RAMPINI soulève une contradiction évidente : l'art. 70 al. 2, *deuxième phrase* LFus indique que seules « *les parties correspondantes* » du contrat doivent être authentifiées, alors que les principes généraux en matière de forme des contrats exigent que tous les éléments objectivement (*essentialia negotii*, au sens de l'art. 2 al. 1^{er} CO) et subjectivement essentiels soient couverts par la forme en question¹⁷⁷. L'auteur propose une solution intermédiaire (*Teilbeurkundungszwang*) : tous les éléments essentiels *relatifs au transfert des immeubles* dans le cadre du transfert de patrimoine sont soumis à la forme authentique. Cela comprend la désignation des parties (art. 71 al. 1^{er} let. a LFus), des immeubles à transférer (let. b), la part correspondant aux immeubles de l'éventuelle contre-prestation (let. d) ainsi que toutes les clauses contractuelles relatives aux immeubles (garanties, conditions, etc.)¹⁷⁸.

En effet, le corollaire de ce qui précède revient à scinder en deux documents séparés le contrat de transfert, selon la nature des objets qui le compose : d'une part un premier acte passé en la forme authentique et comprenant les immeubles uniquement ; d'autre part un acte en la forme écrite comprenant l'ensemble des valeurs mobilières ou immatérielles¹⁷⁹. La conclusion de ces deux actes pourrait intervenir de manière différenciée dans le temps, ce qui n'est pas idéal si l'on considère le transfert de patrimoine comme un seul et même engagement contractuel. Il est de plus envisageable que les parties, après avoir conclu un accord écrit sur la transaction globale, ne s'accordent pas quant au sort particulier des immeubles au moment de passer devant l'officier public. Aussi, dans l'hypothèse où les parties souhaitent scinder le contrat de transfert en deux documents distincts, l'un en la forme écrite et l'autre en la forme notariée, elles veilleront à les conclure simultanément, par exemple en procédant à la signature le même jour en l'étude du notaire chargé de l'instrumentation¹⁸⁰. Une alternative, relativement similaire dans les faits, consisterait à conclure deux contrats de transfert de patrimoine distincts, selon la même répartition des biens que précédemment : l'un en la forme authentique, l'autre écrit¹⁸¹.

¹⁷⁶ MOOSER, p. 315, N. 469c ; TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, p. 331 ; WEIBEL/CRAMER, *art. 104* LFus, N. 30.

¹⁷⁷ ATF 119 II 135 c. 2a ; arrêt 4A_573/2016 du 19 septembre 2017 c. 4.2.2 ; KRAMER/SCHMIDLIN, *art. 11* CO, N. 97 ; MALACRIDA, BSK-FusG, *art. 70*, N. 7 ; RAMPINI, p. 165.

¹⁷⁸ GERSBACH/KESSLER, pp. 267-268 ; RAMPINI, p. 165 ; pour une liste détaillée des éléments qui ne doivent pas revêtir impérativement la forme authentique : VOGEL/GÜNTER, p. 1031 ; *contra* : BESSENICH, p. 219.

¹⁷⁹ BAHAR, *Commentaire LFus*, *art. 70*, N. 17.

¹⁸⁰ BAHAR, *Commentaire LFus*, *art. 70*, N. 18 ; TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, p. 332.

¹⁸¹ GERSBACH/KESSLER, p. 268 ; VOGEL/GÜNTER, p. 1031.

Plutôt que de prévoir deux actes séparés, processus susceptible de générer par la suite les inconvénients susmentionnés, les parties peuvent faire le choix d'instrumenter l'ensemble du transfert de patrimoine en la forme authentique. C'est d'ailleurs souvent le choix qu'elles opèrent, en particulier lorsque les immeubles représentent la part prépondérante, ou à tout le moins une part importante du transfert de patrimoine¹⁸².

3.3 La compétence du notaire au siège du sujet transférant

Lorsque les immeubles objet du transfert de patrimoine sont situés dans plusieurs cantons, « *un acte authentique unique suffit* » et la compétence d'instrumenter les parties correspondantes du contrat de transfert revient au notaire exerçant « *au siège du sujet transférant* » (art. 70 al. 2, *troisième et quatrième phrases* LFus). Les termes choisis par le législateur sont trompeurs ; en réalité, il n'est nul besoin de faire impérativement appel à un notaire officiant dans la commune du siège de ce sujet. Il faut entendre par là un officier public compétent pour instrumenter au siège du sujet transférant, selon le droit cantonal applicable¹⁸³.

Ainsi, la compétence de droit fédéral prévue par l'art. 70 al. 2 LFus – qui se rapporte à un acte produisant des effets de succession universelle partielle (cf. *infra* II. D. 1.2) – s'écarte non pas de la *lex rei sitae* dont l'application se limite aux actes immobiliers, mais bien plus au principe général prévalant en matière d'actes authentiques, à savoir la liberté de for¹⁸⁴. Même si cela ne ressort pas clairement de sa lettre, la compétence au siège du sujet transférant prévue par l'art. 70 al. 2 LFus ne vaut que lorsque les immeubles sujets du transfert sont situés dans différents cantons. Conformément à l'avis de la doctrine minoritaire, cette règle devrait à notre sens être considérée comme une simple règle de conflit, qui n'a pas vocation à s'appliquer lorsque le transfert de patrimoine ne concerne qu'un seul immeuble – sis dans un autre canton que celui du siège du sujet transférant – ou alors plusieurs immeubles, tous situés dans un canton autre que celui du siège de l'entité transférante¹⁸⁵. Malgré cela, d'autres auteurs défendent (à tout le moins admettent) la solution selon laquelle les parties pourraient sans autre faire le choix d'un notaire exerçant au siège du sujet transférant, même dans l'hypothèse où il n'y a qu'un seul immeuble ou lorsque les immeubles sont situés dans un seul et même canton¹⁸⁶. Il nous paraît intéressant de relever que, confronté à un tel cas dans notre pratique professionnelle, le point de vue ici défendu a été suivi par le Conservateur du registre foncier vaudois.

3.4 Critique de la règle

La critique essentielle à retenir vise la *troisième phrase* dudit alinéa, qui fixe le principe d'un seul acte authentique pour tous les immeubles objet du transfert, peu importe le lieu de situation.

¹⁸² GERSBACH/KESSLER, p. 268 ; VOGEL/GÜNTER, p. 1031.

¹⁸³ VOGEL/GÜNTER, p. 1030 ; RUF/JEITZNER, p. 922 ; VOGEL et al., OFK-FusG, art. 70, N. 14b ; *contra* : RAMPINI, p. 165 ; VON DER CRONE et al., p. 396, N. 870 et note 1661.

¹⁸⁴ WEIBEL/CRAMER, art. 104 LFus, N. 28.

¹⁸⁵ BRÜCKNER, *Grundstücksrecht*, p. 137 ; GWELESSIANI/SCHINDLER, art. 138 ORC, N. 501.

¹⁸⁶ AEBERSOLD, p. 151 ; CHRIST, p. 119 ; MOOSER, p. 315, N. 469c ; RAMPINI, p. 164 ; RUF/JEITZNER, p. 923 ; VOGEL et al., OFK-FusG, art. 70, N. 14b ; d'un autre avis encore : VOGEL/GÜNTER, p. 1030.

Devant le Conseil des États, la Conseillère fédérale METZLER défendait cette règle comme suit : « Dans l'intérêt de l'économie suisse, il faut absolument éviter que pour une seule restructuration, une pluralité d'actes authentiques soit nécessaire »¹⁸⁷. A ce titre, il est indispensable de souligner l'originalité du transfert de patrimoine, qui constitue quasiment le seul outil juridique permettant le transfert simultané d'immeubles sis dans divers cantons et donc régis par des registres fonciers différents¹⁸⁸. Si l'on peut certes comprendre les considérations ayant conduites à l'introduction de l'art. 70 al. 2 LFus, en particulier l'objectif parfaitement louable de simplifier les restructurations des sujets soumis à la LFus, cet article n'en demeure pas moins une entorse fédérale aux principes généraux de la forme authentique¹⁸⁹.

Au-delà des questions de principe, la règle soulève de nombreuses et prégnantes questions en lien avec le devoir d'information du notaire. Ce dernier est en effet intimement lié au sol de son canton, dont il connaît les règles légales et le fonctionnement procédural¹⁹⁰. Nous peinons dès lors à comprendre comment un notaire pourrait s'aventurer hors de ses limites cantonales, tout en prétendant assurer la même qualité de prestation qu'un notaire « local ». Or, l'un des objectifs cardinaux de la forme authentique est précisément d'assurer la qualité rédactionnelle de certains actes juridiques importants. Il est manifeste que la compétence au siège du sujet transférant, prévue par l'art. 70 al. 2 LFus, ne permet pas de répondre à cette exigence.

Ce « ballon d'essai » de la LFus ressemble à un premier coup de boutoir législatif à l'encontre de la *lex rei sitae* – dont nous avons auparavant relevé qu'elle était vivement critiquée – et semble annonciateur d'une tendance à venir. L'avant-projet de révision des art. 55 ss Tit. fin. CC, mis en consultation en décembre 2012 par le Conseil fédéral, ne fait que le confirmer : l'art. 55m AP-Tit. fin. CC prévoit en effet de transcrire de manière expresse le principe de la libre-circulation des actes authentiques, cela pour l'ensemble des actes, y compris ceux portant sur des immeubles¹⁹¹. Néanmoins et conformément à l'art. 73 al. 2 LFus, nous verrons que le transfert de patrimoine déploie les effets d'une *succession universelle partielle*, à l'instar du contrat de mariage de communauté dans l'arrêt susmentionné¹⁹². Le principe général de la liberté de for – en d'autres termes la liberté dans le choix du notaire – devrait s'appliquer (cf. *supra* II. B. 1) et c'est en réalité à ce principe-là que l'art. 70 al. 2 LFus fait échec.

En outre, certains auteurs critiquent le choix du législateur d'attribuer la compétence d'instrumenter le contrat de transfert à un officier public au siège du sujet transférant (art. 70 al. 2, *quatrième phrase* LFus). Selon eux, il eût été préférable de l'octroyer à un notaire exerçant au lieu de situation d'un des immeubles concernés par le transfert¹⁹³. Une telle solution éviterait à l'officier public du siège du sujet transférant d'instrumenter un contrat de transfert comprenant des immeubles tous situés dans un autre canton.

¹⁸⁷ BO Conseil des États 2001, p. 156.

¹⁸⁸ CHRIST, p. 119.

¹⁸⁹ SCHMID JÜRIG, BSK-ZGB II art. 55 Tit. fin., N. 19a.

¹⁹⁰ JEANDIN, p. 140 ; MOOSER, pp. 329-330, N. 489a.

¹⁹¹ SCHMID JÜRIG, p. 586.

¹⁹² ATF 113 II 501 c. 3 a) ; Message LFus, p. 4117 ; CHRIST, art. 73 LFus, N. 23 ; GERSBACH/KESSLER, p. 268 ; PFÄFFLI, p. 239 ; RUF/JEITZNER, p. 915 ; VOGEL/GÜNTER, p. 1033.

¹⁹³ SCHMID JÜRIG, BSK-ZGB II art. 55 Tit. fin., N. 19a.

Cependant, cette critique perd de sa substance dès lors que l'on considère l'art. 70 al. 2, *quatrième phrase* LFus comme une règle dérogeant au principe général de la liberté de choix du notaire et pas à la *lex rei sitae*.

C. LES CONSÉQUENCES SUR LE DEVOIR D'INFORMATION DU NOTAIRE

1. GÉNÉRALITÉS

1.1 Un devoir découlant de l'exigence de la forme authentique

L'un des buts assignés à la forme authentique consiste à protéger les parties contre d'éventuelles décisions irréfléchies ou précipitées¹⁹⁴. Chacune d'elles doit être en mesure de comprendre la portée de son engagement et, compte tenu de son appréciation, de se déterminer en toute connaissance de cause¹⁹⁵. Elles doivent en outre pouvoir s'assurer que l'acte authentique reflète bel et bien leur réelle volonté¹⁹⁶. Dès lors, la notion fédérale de la forme authentique appelle à un devoir particulier de l'officier public *de renseigner* les parties, devoir minimal qui s'impose aux cantons en matière d'actes authentiques¹⁹⁷. Distinguer le rang législatif de cette obligation n'est pas sans conséquence pratique : en effet, compte tenu de ce qui précède, ni le droit cantonal, ni les parties, ni encore le notaire lui-même par une clause spéciale ne peuvent déroger à ce « plancher minimal » imposé par le droit fédéral¹⁹⁸. Preuve de l'importance du devoir de renseigner, il sied de relever que d'un point de vue pénal il peut y avoir *astuce*, élément constitutif objectif de l'escroquerie au sens de l'art. 146 du Code pénal suisse, dès lors que le notaire se soustrait à son obligation de renseigner les parties¹⁹⁹.

L'étendue du devoir d'information dépend de chaque cas particulier et se mesure à l'aune des besoins de chacune des parties se présentant devant l'officier public, soit de la nature de l'affaire et des connaissances des parties. Sauf cas de lésion (art. 21 CO), il ne s'étend pas aux aspects purement économiques. Plus concrètement, il se traduit en général par une explication relative à la nature de l'acte, son contenu et ses conséquences, mais également un avertissement sur la procédure que les parties devront suivre. Sur ce dernier point, on pense tout particulièrement aux actes à cause de mort authentiques, testament ou pacte successoral (introduction de témoins, déclarations adressées à ces derniers et confirmations). Le coût de l'opération et ses éventuelles suites fiscales sont également couverts par l'obligation d'informer²⁰⁰.

Si l'on considère de manière plus générale les obligations professionnelles que le notaire est tenu de respecter, l'obligation de renseigner s'articule presque intimement avec une autre : l'obligation *de véracité*. Cette dernière, qui ressort également du droit fédéral, impose à l'officier public de ne retranscrire que les déclarations effectivement formulées devant lui par les parties ; à l'inverse, constater des faits qu'il sait ne pas être conformes à la vérité est prohibé.

¹⁹⁴ arrêt 6B_530/2008 c. 3.2 ; BRÜCKNER/KUSTER, p. 186, N. 837.

¹⁹⁵ JEANDIN, p. 83 ; MOOSER, p. 129, N. 211 ; SCHMID JÜRIG, BSK-ZGB II art. 55 Tit. fin., N. 25.

¹⁹⁶ JEANDIN, p. 83.

¹⁹⁷ MOOSER, p. 21, N. 39a, p. 129, N. 212 ; SCHMID JÖRG, *Grundlagen*, p. 11.

¹⁹⁸ JEANDIN, p. 83 ; MOOSER, p. 131, N. 213 ; SCHMID JÖRG, *Grundlagen*, p. 13 ; SCHMID JÜRIG, BSK-ZGB II art. 55 Tit. fin., N. 25.

¹⁹⁹ arrêt 6B_530/2008 c. 3.4.

²⁰⁰ JEANDIN, p. 84 ; MOOSER, p. 129, N. 212 ; SCHMID JÜRIG, BSK-ZGB II art. 55 Tit. fin., N. 25.

De telles cautèles nécessitent donc une attitude active visant à renseigner les parties, afin de s'assurer que les déclarations transcrites correspondent bien à leur véritable volonté²⁰¹.

Les considérations qui précèdent sont transposables à l'identique dans le cas plus précis du contrat de transfert de patrimoine, lorsqu'il nécessite l'intervention de l'officier public. Nous le verrons plus loin (cf. *infra* II. C. 2), le contrat de transfert authentique au sens de l'art. 70 al. 2 LFus présente nombre de similitudes avec le contrat de vente immobilière « classique » (art. 657 al. 1^{er} CC et 216 al. 1^{er} CO) : cela vaut donc également s'agissant du devoir d'information du notaire²⁰². En revanche, dans le cadre de restructurations ordinaires (fusion, scission et transformation), il n'incombe pas à l'officier public de renseigner de manière étendue les parties sur la manière dont se forge leur volonté, car sa tâche se limite à rédiger un procès-verbal authentifiant les décisions prises par l'assemblée générale ou les associés. Il en va de même des considérations protectrices visant à éviter une décision irréfléchie²⁰³.

1.2 Divisions bipartite et tripartite du devoir d'information

Lorsqu'il est question du devoir d'information, une conception d'origine germanique distingue entre l'obligation *d'information juridique* (*Rechtsbelehrungspflicht*) et l'obligation *de conseil juridique* (*Rechtsberatungspflicht*)²⁰⁴. Le conseil juridique dépasse la simple information ; il oriente le choix des parties parmi les différentes variantes envisageables, en principe vers celle qui présente le plus d'avantages, respectivement le moins d'inconvénients, dans une perspective d'optimisation²⁰⁵. Au-delà, soit hors champ ministériel, le droit fédéral en matière de mandat (art. 394 ss CO) trouve application²⁰⁶. Cette division structure donc le devoir d'information incombant au notaire en trois niveaux de réflexion (division tripartite). Une vision plus classique subdivise simplement le devoir d'information entre d'une part le devoir information juridique, prodigué d'office par le notaire et d'autre part, le devoir de conseil, que les parties peuvent requérir mais qui ressort du droit privé (division bipartite)²⁰⁷.

Certains cantons ont gardé une conception bipartite du devoir d'information (Berne, Jura, Fribourg, Genève, Neuchâtel, Tessin), alors que d'autres ont repris la division germanique (Bâle-Ville, Vaud, Valais). Dans les deux cas, il paraît important de relever que la distinction entre devoir d'information juridique et devoir de conseil juridique se traduit de manière parfaitement concrète dans la pratique du notaire, mais prendra alors des formes différentes. En effet, ce dernier sera tenu d'office à l'obligation d'informer, cela dans tous les cantons. En revanche, s'agissant de l'obligation de conseil, l'officier public sera soit tenu de le prodiguer sur demande, en vertu d'une prescription cantonale (division tripartite), soit libre d'accéder à la requête d'une partie, mais uniquement sous l'égide des règles fédérales relatives au mandat (division bipartite). Cela relevé, d'aucuns relativisent toutefois à raison cette distinction²⁰⁸.

²⁰¹ SCHMID JÖRG, *Grundlagen*, pp. 11-12.

²⁰² TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, *Application*, p. 236.

²⁰³ BERETTA, p. 175 ; MOOSER, p. 455, N. 701, p. 461, N. 711d ; TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, *Application*, p. 235.

²⁰⁴ PIOTET, p. 166.

²⁰⁵ BRÜCKNER, p. 489, N. 1729 ; JEANDIN, p. 85 ; MOOSER, p. 136, N. 226.

²⁰⁶ JEANDIN, p. 85 ; MOOSER, p. 136, N. 226a.

²⁰⁷ MOOSER, *Présentation*, p. 51 ; PIOTET, p. 166 ; RUF, p. 250, N. 931 ; *contra* : SCHMID JÜRIG, BSK-ZGB II art. 55 Tit. fin., N. 25.

²⁰⁸ JEANDIN, p. 86 ; MOOSER, *Présentation*, p. 51.

1.3 Le droit vaudois

Le modèle adopté par le canton de Vaud dans la Loi sur le notariat de 2004 reprend la solution tripartite. Le notaire est tenu d'office au devoir d'information (art. 43 al. 1, 2 et 5 LNo) et, sur demande des parties, les conseillera sur l'opportunité des solutions juridiques envisageables (art. 43 al. 4 LNo). Les art. 394 ss CO trouvent application au-delà. L'analyse postérieure de ce qu'implique concrètement le devoir d'information du notaire, cela dans le cadre du contrat de transfert de patrimoine, suivra le modèle vaudois, donc le modèle tripartite.

2. LES SIMILITUDES ENTRE CONTRAT DE VENTE IMMOBILIÈRE ET CONTRAT DE TRANSFERT DE PATRIMOINE

2.1 Les points communs

En préambule, il sied de relever que le contrat transfert de patrimoine portant sur des immeubles (art. 70 al. 2 LFus) et le contrat de vente immobilière (art. 657 al. 1^{er} CC et art. 216 ss CO) peuvent tous deux servir le même objectif : transférer la propriété immobilière. Ils partagent également les caractéristiques de devoir revêtir la forme authentique et d'être des actes générateurs d'obligations (cf. *supra* II. A. 2). De manière plus générale, nous avons auparavant relevé que, s'agissant du contrat de transfert authentique, la tâche du notaire se focalise essentiellement sur les aspects immobiliers, contrairement aux autres opérations de la LFus.

Les travaux parlementaires en *plenum* et en commission confirment cette volonté d'assurer la sécurité juridique du volet immobilier de l'opération : « *l'officier public doit en outre vérifier l'identité des parties, rechercher la volonté réelle de celles-ci et veiller à ce que cette volonté soit exprimée correctement dans l'acte* » de transfert de patrimoine et assure la bonne marche de la transaction, tant en lien avec d'éventuels droits réels limités sur les immeubles ou avec des autorisations qui s'avèreraient nécessaires au transfert de propriété. C'est la raison pour laquelle, sous l'angle du devoir d'information, la doctrine renvoie l'officier public à celui prévalant pour le contrat de vente immobilière (cf. *infra* II. C. 3.2.1)²⁰⁹.

2.2 Les divergences

Parmi les rares divergences à relever entre les contrats de transfert de patrimoine et de vente immobilière, il faut distinguer celles d'ordre matériel et d'autres qui ressortent davantage de l'ordre procédural. S'agissant du contenu matériel de l'acte, la principale controverse concerne le prix des immeubles transférés, un point qui sera traité ultérieurement (cf. *infra* II. C. 3.2.3.2). Enfin, il est possible que le transfert de patrimoine ait lieu à titre gratuit (art. 71 al. 1^{er} let. d *a contrario* LFus), auquel cas il se distingue évidemment de la vente immobilière, contrat synallagmatique par excellence (art. 216 al. 1^{er} et 184 al. 1^{er} CO)²¹⁰.

²⁰⁹ BO Conseil National 2003, p. 243 ; MOOSER, p. 153, N. 235u ; RAMPINI, p. 167 ; TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, p. 327 ; TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, *Application*, pp. 235-236.

²¹⁰ RAMPINI, p. 167.

Les modalités procédurales du transfert de la propriété immobilière divergent également entre contrat de vente immobilière et contrat de transfert, cela sous deux aspects. D'une part, lorsque le premier de ces contrats donne directement lieu à l'inscription constitutive au registre foncier (art. 656 al. 1^{er} CC, art. 64 al. 1^{er} let. a ORF), force est de constater que le second est d'abord inscrit au registre du commerce (art. 73 al. 1^{er} LFus, cf. *infra* II. D. 1.2). Ce n'est que postérieurement à cette première inscription tabulaire que le registre foncier est adapté (art. 104 al. 2 let. c LFus, art. 66 al. 1^{er} let. e ORF). Cette dissemblance et les règles spéciales de la LFus se répercutent par ailleurs sur les devoirs du notaire (cf. *infra* II. D. 2.3). D'autre part, cela découle du point qui précède, les justificatifs relatifs au titre d'acquisition requis par le registre foncier ne sont pas identiques. Pour le contrat de vente immobilière, l'acte authentique suffit (ou une copie certifiée conforme de celui-ci), conformément à l'art. 64 al. 1^{er} let. a ORF²¹¹. En cas de transfert de patrimoine, il s'agit d'un extrait légalisé de la partie du contrat de transfert – ce qui équivaut jusqu'ici au titre d'acquisition de la vente immobilière – mais un extrait légalisé du registre du commerce s'y adjoint (art. 66 al. 1^{er} let. e ORF)²¹².

3. EN MATIÈRE DE TRANSFERT DE PATRIMOINE

3.1 Les aspects relevant du droit des sociétés

3.1.1 *En doctrine*

Le contrat de transfert authentique est à la croisée des chemins entre droit des sociétés et droit immobilier. Si nous avons certes rappelé les grandes similitudes qu'il existe avec le contrat de vente immobilière (cf. *supra* II. C. 2.1), il n'en demeure pas moins vrai que le transfert de patrimoine trouve ses fondements dans la LFus, qui constitue un *addendum* aux articles du CO et du CC relatifs aux sociétés commerciales, respectivement aux associations et fondations. Il est dès lors indispensable de déterminer l'existence ou non d'un devoir d'information du notaire en lien avec les aspects sociétaux et, le cas échéant, son étendue.

Les rares auteurs à s'être penchés sur la question, cependant toujours de manière sommaire, semblent affirmer que le notaire n'a tout simplement pas à se préoccuper des aspects de la transaction relevant du droit des sociétés²¹³. D'une part, ils défendent que le notaire n'est ni amené à superviser le processus de formation de la volonté des entités participantes, ni à soulever d'éventuelles irrégularités procédurales comme pour les autres opérations de la LFus²¹⁴. D'autre part, la volonté du législateur de ne soumettre que les « *parties correspondantes* » du contrat à l'exigence de la forme authentique (art. 70 al. 2 LFus) induirait selon ces auteurs, par un parallélisme que nous estimons par trop alambiqué, une limitation du devoir d'information de l'officier public aux seuls aspects immobiliers.

²¹¹ BRÜCKNER/KUSTER, p. 394, N. 1885.

²¹² WEIBEL/CRAMER, *art. 104 LFus*, N. 29.

²¹³ MOOSER, p. 153, N. 235u ; TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, p. 327 ; TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, *Application*, p. 236.

²¹⁴ TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, *Application*, pp. 228, 240.

3.1.2 Avis personnel

A notre sens, limiter le devoir d'information du notaire à la composante foncière de l'opération se révèle trop schématique. En premier lieu, il sied de rappeler que les parties du contrat de transfert revêtant la forme authentique demeurent rattachées à une opération du droit des sociétés, plus précisément d'une loi fédérale spéciale. On ne saurait dès lors l'assimiler purement et simplement à n'importe quel autre acte de vente immobilière, y compris au regard de l'information dont les parties doivent pouvoir bénéficier de la part du notaire. Cette remarque est d'autant plus pertinente lorsque ce dernier instrumente l'intégralité du contrat de transfert, sans distinguer entre la partie immobilière et les autres objets du transfert. Plus concrètement, il nous apparaît que l'officier public devrait à tout le moins situer le contexte de la transaction, nommer les bases légales applicables et faire référence à l'opération globale de transfert de patrimoine, par exemple par le biais d'un exposé préalable à son acte²¹⁵.

En second lieu, à l'instar du rôle qui est le sien en droit des sociétés, il nous paraît indispensable que le notaire axe son information sur la régularité de la procédure²¹⁶. Ce point révèle une contradiction majeure dans le raisonnement des auteurs précités. En effet, de manière identique aux autres opérations relevant de la LFus et du droit ordinaire des sociétés commerciales, l'une des tâches du notaire est d'assurer que la transaction en question (le transfert de patrimoine) puisse être inscrite régulièrement au registre public. Or, dans le cadre des autres opérations, c'est sur la base de cette mission que les auteurs cités justifient l'activité de vérification procédurale du notaire et l'obligation qui lui est faite de signaler d'éventuelles irrégularités aux parties²¹⁷. Dès lors, comment pourrait-il assurer aux parties la bonne inscription du transfert de patrimoine s'il ne prend, là également, la peine d'examiner la conformité de la procédure et d'indiquer aux parties d'hypothétiques manquements ? Aussi, afin de ménager aux parties une inscription du transfert sans encombre, le notaire devrait s'enquérir du déroulement de la procédure et en vérifier certains éléments, en particulier que les entités participantes ont dûment informé leurs travailleurs de l'opération (art. 77 al. 1^{er} LFus, qui renvoie à l'art. 333a CO), cela afin d'éviter un blocage ultérieur de l'inscription (art. 77 al. 2 LFus, art. 162 ORC). Le notaire peut toutefois se fier aux déclarations des organes supérieurs de direction ou d'administration²¹⁸. Lorsque la nature ou l'ampleur du transfert est susceptible d'impliquer de fait une modification du but social du sujet transférant, sa liquidation (partielle) ou encore sa dissolution, l'officier public devrait également le signaler aux parties²¹⁹.

Enfin, il incombe au notaire de renseigner sur les conséquences de l'opération, tout particulièrement sur les mécanismes de protection des créanciers prévus par la LFus. En effet, le transfert de patrimoine permet au sujet transférant de transférer certains passifs sans avoir à requérir l'accord de ses créanciers, ce qui est contraire au principe général prévalant en matière de reprise de dette, savoir la conclusion d'un contrat entre le reprenant et le créancier (art. 176 al. 1^{er} CO)²²⁰.

²¹⁵ BRÜCKNER, *Umfang*, p. 12.

²¹⁶ ATF 102 II 420 c. 2 b) ; TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, *Application*, p. 231.

²¹⁷ MOOSER, p. 153, N. 235t ; NOBEL, p. 201 ; TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, *Application*, p. 228.

²¹⁸ TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, *Application*, pp. 234-235.

²¹⁹ CHRIST, p. 113, note 10 ; TRIGO TRINDADE, p. 219.

²²⁰ CHRIST, *art. 75 LFus*, N. 2.

Aussi, afin de limiter le risque inhérent à un changement de débiteur qui se passe de l'accord des créanciers, le législateur a prévu deux mécanismes distincts, auxquels les parties ne sauraient se soustraire : *la responsabilité solidaire* (art. 75 al. 1^{er} et 2 LFus) et *l'obligation de garantie* (art. 75 al. 3 et 4 LFus) imposées aux sujets participants²²¹.

Le premier de ces mécanismes prévoit la solidarité parfaite au sens des art. 143 ss CO du sujet transférant (l'ancien débiteur) avec le sujet reprenant (le nouveau débiteur), cela pour l'intégralité des dettes transférées en vertu de l'inventaire (art. 71 al. 1^{er} let. b LFus), qu'elles soient exigibles ou non²²². Cette solidarité court sur une période de trois ans dès la publication du transfert de patrimoine (art. 75 al. 1^{er} LFus), soit à compter du premier jour ouvrable qui suit la parution dans la FOOSC (art. 932 al. 2 CO)²²³. Pour les créances qui ne deviennent exigibles qu'après la publication, le délai de prescription de trois ans court dès l'exigibilité (art. 71 al. 2 *in fine* LFus)²²⁴. Cette prescription ne concerne que la solidarité, non pas la créance en soi²²⁵. Le second mécanisme permet au créancier de demander aux sujets participants la garantie de sa créance si la responsabilité solidaire s'éteint avant les trois ans (art. 75 al. 3 let. a LFus) ou s'il rend vraisemblable que cette dernière n'est pas une protection suffisante (let. b)²²⁶. En conséquence, parce que l'art. 75 LFus déroge à la logique générale concernant la reprise de dette, mais également en raison des obligations qu'il est susceptible d'imposer aux sujets participant au transfert, l'officier public est d'autant plus amené à les en avertir, sans quoi il ne s'acquitterait qu'imparfaitement du devoir d'information qui est le sien.

3.2 Les aspects relevant du droit immobilier

3.2.1 Le renvoi au devoir d'information en matière de vente immobilière

Nous l'avons déjà esquissé çà et là s'agissant des aspects immobiliers du transfert de patrimoine, la doctrine s'accorde sur un renvoi général au devoir d'information du notaire en matière de contrat de vente immobilière (cf. *supra* II. C. 2.1 et 3.1.1)²²⁷. Les raisons de ce renvoi ayant été exposées avec suffisamment de précision, des explications supplémentaires sous le présent Chapitre seraient infécondes et se limiteraient à des redites.

BRÜCKNER résume comme suit le devoir d'information du notaire en matière immobilière : « *Pour les affaires immobilières, il incombe au notaire de déterminer l'état juridique de l'immeuble concerné* ». Plus loin : « *En cas de transfert de la propriété, la personne chargée de la rédaction de l'acte est tenue de renseigner les parties sur la situation juridique telle qu'elle apparaît au registre foncier. Cela comprend le contenu du grand livre* (art. 942 al. 2 et 945 al. 1^{er} CC), *mais aussi celui des servitudes grevant l'immeuble et les droits annotés de tiers* »²²⁸. C'est sur la base de ce socle que nous examinerons plus avant l'étendue du devoir d'information incombant à l'officier public dans le cadre du transfert de patrimoine.

²²¹ BERETTA, *Vorbem. Art. 69-77 LFus*, N. 11 ; CHRIST, *art. 75 LFus*, N. 1 ; CHRIST, p. 123.

²²² CHRIST, *art. 75 LFus*, N. 5, N. 8 ; BRÜCKNER/KUSTER, p. 486, N. 2365.

²²³ CHRIST, *art. 73 LFus*, N. 23.

²²⁴ CHRIST, *art. 75 LFus*, N. 9.

²²⁵ CHRIST, *art. 75 LFus*, N. 10 ; STOLTZ/EHRAT/WIDMER, *BSK-FusG art. 75*, N. 9.

²²⁶ CHRIST, *art. 75 LFus*, N. 11 ss.

²²⁷ MOOSER, p. 153, N. 235u ; TRIGO TRINDADE/GRIESEN COTTI, *Application*, p. 236.

²²⁸ BRÜCKNER, p. 696, N. 2482-2483.

3.2.2 La nature du contrat

Il peut paraître trivial de rappeler aux parties la nature du contrat qu'elles sont sur le point de conclure, cela d'autant plus que les sujets participant au transfert de patrimoine sont souvent rompus à la marche des affaires et aux transactions immobilières. Toutefois, cet élément fait partie du devoir d'information du notaire, raison pour laquelle celui-ci indiquera aux parties la nature juridique de leur engagement, qu'il s'agisse uniquement des « *parties correspondantes* » du contrat concernant les immeubles (art. 70 al. 2 LFus) ou que, par simplification, les parties aient fait le choix d'authentifier l'intégralité du transfert de patrimoine²²⁹. Le choix du titre de l'acte authentique, bien que parfois trompeur, s'en acquitte déjà partiellement.

Pour le surplus, la question de savoir si la transaction constitue un acte onéreux ou non, de la même manière que l'on distingue les contrats immobiliers de vente (art. 216 ss CO) et de donation (art. 243 al. 2 CO), n'est pas déterminante en l'espèce. Le transfert de patrimoine peut en effet s'opérer tant à titre gratuit qu'à titre onéreux, une contre-prestation en faveur du sujet transférant étant simplement « *éventuelle* » (art. 71 al. 1^{er} let. d LFus). En ce sens, selon qu'il comprend ou non dite contre-prestation, un tel contrat peut être qualifié soit de contrat *synallagmatique* (ou bilatéral parfait, conformément à la maxime latine « *do ut des* »), soit de contrat *unilatéral*²³⁰. Le notaire serait toutefois heureux de le clarifier dans son acte.

3.2.3 Le contenu nécessaire du contrat

PIOTET le rappelle à raison : renseigner les parties sur le contenu nécessaire du contrat, à savoir les *essentialia negotii* et les autres éléments subjectivement essentiels – pour autant que ces derniers rentrent dans le cadre naturel du contrat – fait partie de l'information qui doit être prodiguée d'office par le notaire²³¹. C'est l'étendue des éléments à authentifier qui détermine largement l'étendue de son devoir d'information²³². L'échange entre les parties et l'officier public a pour finalité de déterminer quelles sont leurs véritables volontés quant aux éléments nécessaires du contrat. Étant donné la particularité du transfert de patrimoine comprenant des immeubles et la difficulté, déjà relevée auparavant, d'en coordonner les différentes parties, il y a lieu d'examiner ce point avec cohérence et finesse, hors de tout monolithisme juridique. Avant même d'interroger l'étendue du devoir d'information, il est impératif de répondre à une première interrogation : *quel est le contenu nécessaire de ce contrat ?* La manière de le circonscrire, autrement dit de cerner les éléments à authentifier, dépend à notre sens de la solution choisie quant à la coordination des différentes parties du contrat de transfert.

Ainsi, lorsque les sujets participant au transfert décident de scinder ce dernier selon la nature des objets qui le composent – d'une part les immeubles, d'autre part les autres valeurs (mobilières ou immatérielles) – les éléments objectivement essentiels du contrat sont uniquement *la désignation des immeubles et le prix exact* pour ceux-ci.

²²⁹ MOOSER, p. 148, N. 235o.

²³⁰ TERCIER/PICHONNAZ, pp. 61-62, N. 244-245.

²³¹ ATF 119 II 135 c. 2a ; ATF 113 II 402 c. 2a ; PIOTET, pp. 179-180.

²³² SCHNEIDER, p. 127.

Le contenu nécessaire ainsi défini se recoupe donc parfaitement avec celui de la vente immobilière, une vision cohérente avec la proposition de RAMPINI, à laquelle nous nous étions rattachés (cf. *supra* II. B. 3.2)²³³. En revanche, lorsque les parties choisissent soit de soumettre l'ensemble du contrat de transfert à la forme authentique, soit de mettre sur pied deux transferts de patrimoine distincts, la solution précédente ne saurait être valable. En effet, dans l'un et l'autre de ces cas, il est à chaque fois question d'un véritable transfert de patrimoine et non plus de simples « *parties correspondantes* » de celui-ci. Dès lors, les éléments objectivement essentiels que le notaire devra authentifier, sous peine de voir son acte sanctionné de nullité (art. 11 al. 2 CO), découlent de la liste de l'art. 71 al. 1^{er} let. a – e LFus²³⁴. Seule la première des options susmentionnées, qui correspond mieux à l'esprit dans lequel l'art. 70 al. 2 LFus a été conçu, sera examinée dans les deux sous-chapitres suivants.

3.2.3.1 La désignation des biens immobiliers transférés

Dans un arrêt récent non-publié, mais reprenant sa jurisprudence constante, le Tribunal fédéral rappelle quels sont les éléments de la vente d'immeubles devant être passés en la forme authentique : « *L'acte authentique doit donc désigner l'objet immobilier avec une précision suffisante pour que la description ne requière pas un nouvel accord de volontés* »²³⁵. Pour ce faire, il suffit que les immeubles soient déterminés sans équivoque ou encore déterminables d'après les indications figurant dans l'acte²³⁶. A ce principe général de nature jurisprudentielle s'ajoute la règle spéciale de l'art. 71 al. 1^{er} let. b LFus, qui requiert seulement la mention individuelle de chaque immeuble transféré²³⁷.

La façon dont les immeubles doivent être désignés ressort des lois cantonales réglementant l'instrumentation en la forme authentique (art. 55 Tit. fin CC)²³⁸. Or, la désignation des immeubles est parfois soumise à des règles supplémentaires de droit cantonal, qui visent à détailler et clarifier la désignation des biens-fonds dans les actes notariés ; il ne s'agit cependant que de prescriptions d'ordre²³⁹. Le Canton de Vaud connaît une telle règle, laquelle précise que : « *Les immeubles sont désignés par leur désignation cadastrale* » (art. 54 al. 3 LNo), autrement dit selon la description figurant au registre foncier. Dans le cas spécial du contrat de transfert authentique, la règle fédérale spéciale de l'art. 71 al. 1^{er} let. b LFus prévaut²⁴⁰. En pratique, le notaire désignera l'immeuble comme suit : la commune dans laquelle il se situe ; son numéro de parcelle ; l'arrondissement du registre foncier dont il dépend²⁴¹. Enfin, relevons que sans indication contraire des parties, l'immeuble est transféré avec ses *parties intégrantes* (art. 642 al. 2 et 643 CC) et ses *accessoires* (art. 644 al. 1^{er} CC)²⁴².

²³³ ATF 135 III 295 c. 3.2 ; ATF 119 II 135 c. 2a ; arrêt 4A_573/2016 du 19 septembre 2017 c. 4.2.2 ; BRÜCKNER, pp. 702-703, N. 2502-2503 ; RAMPINI, p. 165.

²³⁴ BRÜCKNER/KUSTER, p. 135, N. 606 ; MALACRIDA, BSK-FusG, art. 71, N. 3.

²³⁵ arrêt 4A_573/2016 du 19 septembre 2017 c. 4.2.2.

²³⁶ BRÜCKNER, p. 724, N. 2545 ; BRÜCKNER/KUSTER, p. 396, N. 1893 ; MOOSER, p. 358, N. 530.

²³⁷ Message LFus, p. 4090 ; BRÄNDLI, p. 10, N. 40 ; MALACRIDA, BSK-FusG, art. 71, N. 5.

²³⁸ BRÜCKNER, p. 724, N. 2544 ; HURNI, *Die Vermögensübertragung*, p. 196, note 973.

²³⁹ BRÜCKNER, p. 732, N. 2563 ; MOOSER, p. 379, N. 563d.

²⁴⁰ AEBERSOLD, pp. 154-155 ; MOOSER, p. 378, N. 562a.

²⁴¹ BRÜCKNER, p. 723, N. 2545 ; AEBERSOLD, p. 154 ; BERETTA, art. 71 LFus, N. 8 ; MARCHAND, p. 150 ; VOGEL/GÜNTER, p. 1031.

²⁴² BRÜCKNER/KUSTER, p. 397, N. 1894 ; sur ces notions : BRÜCKNER/KUSTER, p. 14, N. 63-64.

3.2.3.2 Le prix des immeubles

La vente immobilière implique nécessairement l'indication du prix ; il doit être celui véritablement convenu entre les parties – au risque de voir l'acte taxé de simulation (art. 18 al. 1^{er} CO), respectivement de nullité, en présence d'un vice de forme (art. 216 al. 2 et 11 al. 2 CO) – et être déterminé ou à tout le moins déterminable, sans nécessiter un accord ultérieur²⁴³. Ces considérations valent également pour le transfert de patrimoine. Cependant, la présence même du prix en tant qu'élément du contrat de transfert authentique doit être nuancée, en raison des dispositions spéciales de la loi sur la fusion et de controverses doctrinales y relatives.

Nous l'avons déjà évoqué, une contre-prestation aux différents objets transférés n'est pas une condition *sine qua non* de l'opération (art. 71 al. 1^{er} let. d *a contrario* LFus). Force est toutefois de constater que, dans la vie des sociétés commerciales, le transfert d'un patrimoine à titre gratuit demeure pour le moins très rare. Ainsi, lorsque le transfert comprenant des immeubles implique une contre-prestation, se pose la question du prix dû pour lesdits immeubles, plus précisément celle de sa place (ou non) dans l'acte authentique. La doctrine n'est pas unanime à ce sujet. S'appuyant sur le texte de l'art. 71 LFus, d'aucuns considèrent que seul le montant de la contre-prestation globale doit obligatoirement être indiqué, le cas échéant dans le contrat en la simple forme écrite. Il ne serait donc pas impératif, dans l'acte authentique cette fois, de faire figurer le prix afférent à chacun des immeubles transférés ; par conséquent, l'information du notaire à ce sujet serait également superflue²⁴⁴. A l'inverse, d'autres auteurs considèrent que la part de la contre-prestation correspondante aux immeubles doit figurer dans l'acte notarié²⁴⁵. A notre sens, cette dernière opinion devrait à tout le moins prévaloir dans les cantons qui ont fait le choix de publier les acquisitions immobilières, avec indication supplémentaire de la contre-prestation que perçoit l'aliénateur (art. 970a al. 1^{er} CC)²⁴⁶.

Pour le surplus, il paraît compliqué d'arbitrer entre ces deux opinions, dans la mesure où elles ne sont expliquées que de manière sommaire, sans autre argumentation soutenue. Cependant, suivant les circonstances, les parties peuvent à la fois souhaiter clarifier le prix de l'ensemble des immeubles (voire de chacun d'entre eux) dans le contrat de transfert authentique, ou au contraire garder ce montant confidentiel par la seule indication d'un montant global. En conséquence, elles devraient à notre sens être libres d'intégrer ou non la part de la contre-prestation au transfert relative aux immeubles dans l'acte authentique²⁴⁷. Par surabondance, il nous semble intéressant de relever que dans une contribution de 2008, les auteurs de la première opinion ont critiqué les exigences de publicité imposées au transfert de patrimoine, notamment celles relatives à l'inventaire et à la contre-prestation (art. 71 al. 1^{er} let. c et d LFus ; art. 930 CO et art. 138 let. a ORC), les jugeant néfastes sous l'angle de la confidentialité²⁴⁸.

²⁴³ ATF 113 II 110 c. 3 a) ; ATF 94 II 270 c. 1 ; BRÜCKNER, p. 722, N. 2544 ; FRICK, *Stämpflis Handkommentar*, art. 70 LFus, N. 12, MARCHAND, p. 151 ; MOOSER, pp. 354-356, N. 527-528.

²⁴⁴ TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, p. 332 ; TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI, *Application*, p. 237.

²⁴⁵ RAMPINI, p. 165 ; VOGEL/GÜNTHER, p. 1031.

²⁴⁶ MOOSER, art. 970a, N. 2 ; STEINAUER I, p. 223, N. 589 ; c'est le cas du Canton de Genève (art. 102 de la Loi genevoise d'application du code civil et du code des obligations).

²⁴⁷ Également nuancé, mais pour d'autres raisons : BRÜCKNER, *Umfang*, p. 11.

²⁴⁸ TRIGO TRINDADE/PETER/GRIESSEN COTTI, pp. 62, 70.

De ce point de vue, imposer aux parties d'indiquer la quote-part de la contre-prestation spécifique aux immeubles ne ferait que renforcer la problématique.

3.2.4 La portée et le contenu des inscriptions existantes

Dans le cadre de ses fonctions ministérielles, le notaire est tenu d'informer les parties sur l'état juridique des immeubles transférés ; autrement dit, il expose et renseigne les différentes parties sur le contenu juridique des inscriptions de droits réels limités et d'annotations²⁴⁹. En règle générale, l'acte authentique reflète le contenu des charges grevant (et favorisant) l'immeuble, contenu qui est par la suite lu par l'officier public au moment de l'instrumentation²⁵⁰. Pour ce faire, il s'appuie sur les diverses informations qui ressortent du grand livre du registre foncier et de ses feuillets (art. 946 CC). S'il n'est pas tenu d'en obtenir toutes les pièces justificatives (plans de servitudes notamment), il informe du moins le sujet reprenant de la possibilité d'obtenir davantage d'informations auprès dudit registre (art. 970 CC)²⁵¹. Son devoir d'information implique également, lorsqu'il a connaissance des intentions du sujet reprenant, d'attirer son attention sur les inscriptions à même de compromettre ses projets futurs²⁵².

Voici, à titre d'exemple, un modèle d'état des droits et charges reflétant les informations dont l'acte authentique et le notaire devraient rendre compte :

« ÉTAT DES DROITS ET CHARGES :

Annotation :

Néant (sur les deux parcelles). _____

Servitudes actives :

Registre foncier numéro ID 008-2004/000903 : Canalisation(s) d'eau (sur parcelle XXX de la Commune de X). _____

Registre foncier numéro ID 008-2001/000124 : Passage à pied et à char (sur parcelle YYY de la Commune de Y). _____

Servitudes passives :

Registre foncier numéro ID 008-2004/000345 : Source(s) : Réservoir (sur parcelle XXX de la Commune de X). _____

Registre foncier numéro ID 008-2001/000124 : Canalisation(s) d'eau (sur parcelle YYY de la Commune de Y). _____

Registre foncier numéro ID 008-2006/000156 : Source(s) (sur parcelle YYY de la Commune de Y). _____

²⁴⁹ BRÜCKNER, p. 696, N. 2483 ; SCHNEIDER, pp. 131-132.

²⁵⁰ PIOTET, p. 184.

²⁵¹ MOOSER, p. 148, N. 235o.

²⁵² PIOTET, p. 185.

Gage immobilier :

Registre foncier numéro ID 008-2011/000354 : Cédule hypothécaire sur papier au porteur du capital de trois cent mille francs (fr. 300'000.-), premier rang, intérêt maximum dix pour cent, inscrite le XX YY ZZZZ (sur les deux parcelles). _____ »

3.2.4.1 Les servitudes

Le transfert de servitudes grevant ou favorisant des immeubles dans le cadre d'un transfert de patrimoine ne soulève pas de difficultés juridiques particulières²⁵³. Elles apparaissent sur chaque feuillet du registre foncier et sont désignées par un titre général : « *passage à pied et pour tous véhicules* » ; « *canalisation(s) d'eaux claires et d'eaux usées* » ; « *restriction du droit de bâtir* », etc. Le devoir d'information du notaire consistera à détailler le contenu de ces servitudes, qu'il s'agisse de servitudes actives ou passives, en prenant soin d'insister sur celles qui présentent une réelle importance pour les parties, en particulier le sujet reprenant. Un renseignement oral suffit ; il n'est en principe nul besoin de protocoler ces informations²⁵⁴.

Depuis quelques années maintenant, la digitalisation croissante du registre foncier permet d'accéder depuis l'interface informatique aux différents plans de servitudes, pour autant que l'inscription ou la modification de celles-ci soient récentes. Quant aux plans plus anciens, ils peuvent soit être commandés directement auprès du registre concerné, soit consultés sur place par l'officier public. Sur ce point, nous rejoignons l'avis de BRÜCKNER (qui se réfère à la pratique bâloise, que l'on peut généraliser) selon lequel l'informatisation et son corollaire, à savoir l'accès facilité aux plans, devraient avoir une influence sur le devoir d'information du notaire. Lorsque des plans sont accessibles depuis un portail informatique, le notaire devrait non plus simplement renvoyer les parties à la consultation du registre, mais examiner lui-même ces plans, voire permettre à ses clients d'en prendre connaissance²⁵⁵.

3.2.4.2 Les annotations (droit de préemption et de réméré, bail à loyer et à ferme)

La diversité des annotations susceptibles de figurer au registre foncier rend difficile toute définition précise ; à tout le moins peut-on considérer que l'annotation « *confère à un rapport juridique des effets apparentés à ceux des droits réels ou [...] constate que de tels effets existent* »²⁵⁶. Elle se distingue donc de la mention, qui n'a en principe qu'un caractère informatif (cf. *infra* II. C. 3.2.4.4)²⁵⁷. Peuvent notamment être annotés certains droits personnels, lorsque la loi le prévoit (art. 959 al. 1^{er} CC), ce qui a pour effet de les rendre opposables à tout droit, réel ou annoté, postérieurement acquis (art. 959 al. 2 CC). Parmi ceux qui nous intéressent dans le cadre du présent travail, on trouve d'une part les droits de *préemption* et de *réméré*, et d'autre part les droits au *bail à loyer* et à *ferme*. Il sied toutefois de rappeler que certains droits de préemption ne font pas l'objet d'annotation, car ils découlent uniquement de textes légaux.

²⁵³ VOGEL/GÜNTER, p. 1037.

²⁵⁴ BRÜCKNER, p. 698, N. 2492.

²⁵⁵ BRÜCKNER, *Grundstücksrecht*, p. 142.

²⁵⁶ STEINAUER I, p. 274, N. 765.

²⁵⁷ STEINAUER I, p. 274, N. 766.

Les règles matérielles relatives aux droits de préemption pouvant être annotés au registre foncier ressortent essentiellement des sources codifiées, à savoir l'art. 216a CO (pactes conventionnels d'emption, de préemption et de réméré) et l'art. 712c al. 1^{er} CC concernant le droit de préemption dans la propriété par étages²⁵⁸. De manière générale, le droit de préemption confère à son bénéficiaire la faculté de demander le transfert de la propriété, moyennant le paiement du prix, à condition que le bien soit aliéné²⁵⁹. Notons toutefois l'opinion de certains auteurs, qui affirment que le transfert de patrimoine à l'interne d'un même groupe de sociétés ne devrait pas constituer un cas de préemption au sens de l'art. 216c al. 1^{er} CO, étant donné l'absence de transfert économique de la propriété²⁶⁰. Quant au droit de réméré, il permet au vendeur d'exiger de l'acheteur qu'il lui retransfère la propriété de la chose vendue, à titre onéreux²⁶¹. Dans l'optique du transfert de patrimoine, il nous paraît également important de retenir le cas de l'annotation de droits personnels relatifs à un droit de superficie, qui a pour effet de conférer à ces dits droits un effet *propter rem* (art. 779a al. 2 et 779b al. 2 CC). Dans ce dernier cas, cela peut notamment concerner la rente du superficiaire, les restrictions à la cessibilité du droit ou encore le sort de l'indemnité due (ou non) au superficiaire à l'extinction du droit²⁶². Dans tous les cas susmentionnés, le notaire doit informer les parties de l'existence de ces droits, sous peine de voir sa responsabilité engagée²⁶³. Afin de se montrer prévenant, il devrait également prendre contact avec les bénéficiaires de ces droits avant la signature, dans le but de connaître leurs intentions et recueillir le cas échéant leur renonciation à les exercer²⁶⁴.

L'existence de contrats de bail à loyer (art. 261b al. 1^{er} CO) ou de bail à ferme (art. 290 let. c CO) est susceptible de figurer au registre foncier sous la forme d'une annotation²⁶⁵. Cette inscription impose le respect du bail à loyer ou à ferme au sujet reprenant (art. 261b al. 2 CO), avec pour effet que les droits contractuels du locataire ou du fermier deviennent des obligations *propter rem*²⁶⁶. Des baux de durée purement indéterminée ne peuvent toutefois faire l'objet d'une annotation ; seuls les baux de durée déterminée ou de durée indéterminée avec une durée minimale peuvent l'être²⁶⁷. Dans le cas d'un transfert de patrimoine, le devoir d'information à ce sujet est moindre, dans la mesure où l'opération implique un transfert universel des actifs et passifs, du sujet transférant au sujet reprenant. Nous entre-ouvrons et refermons ici sans autre le sujet ô combien controversé du transfert des contrats dans le cadre de la LFus.

²⁵⁸ STEINAUER I, p. 275, N. 769.

²⁵⁹ PRADERVAND-KERNEN, p. 39.

²⁶⁰ CHRIST, p. 120 ; HÄUSLER, p. 3, N. 11.

²⁶¹ STEINAUER I, p. 275, note 4.

²⁶² STEINAUER I, p. 276, N. 769a ; STEINAUER III, p. 116, N. 2524, p. 133, N. 2562.

²⁶³ RNRF 2000, p. 37, c. 1 a) ; PIOTET, p. 185 ; SCHNEIDER, p. 132.

²⁶⁴ BRÜCKNER, p. 701, N. 2497 ; CHRIST, p. 121 ; PIOTET, p. 190, pour qui le notaire devrait requérir l'accord de l'acquéreur quant à cette démarche, cela afin d'assurer le respect de son devoir d'impartialité. Selon l'auteur, cette démarche ne saurait relever du devoir ministériel du notaire, mais uniquement d'un mandat de droit privé.

²⁶⁵ SCHNEIDER, p. 132 ; STEINAUER I, p. 275, N. 769.

²⁶⁶ WEBER, BSK-OR I art. 261b, N. 1.

²⁶⁷ WEBER, BSK-OR I art. 261b, N. 2 ; pour un exemple de la pratique du Conservateur vaudois en la matière : Bulletin des Associations de notaires des Cantons romands du 30 avril 2018, n° 4, p. 5.

3.2.4.3 Les gages immobiliers

Lorsque les immeubles transférés sont grevés de gages immobiliers, le projet d'acte doit évidemment en refléter l'existence. S'il est convenu que les prêts hypothécaires seront remboursés par le sujet transférant à la conclusion du transfert, le devoir d'information du notaire se limitera à ces quelques éléments²⁶⁸. En outre, contrairement à la situation d'un transfert immobilier à titre individuel, le transfert de patrimoine répond lui à un mécanisme de *succession universelle partielle* (cf. *infra* II. D. 1.2) – ce qui vaut également pour les gages immobiliers – raison pour laquelle l'art. 832 al. 1^{er} CC est inapplicable. Le sujet reprenant succède donc au sujet transférant dans ses obligations envers les créanciers hypothécaires.

3.2.4.4 Les mentions

La mention est une indication signalant dans le grand livre un rapport juridique, de nature privée ou publique, qui est en relation avec un immeuble, mais dont l'existence n'est en principe pas liée au registre foncier. Elle a pour buts principaux d'informer les utilisateurs du registre et de faciliter les transactions immobilières²⁶⁹. Le notaire doit relever l'existence de mentions indiquant un potentiel cas d'éviction, soit qu'un recours est pendant (art. 87 al. 4 ORF), soit qu'une inscription est suspendue jusqu'à l'obtention d'une autorisation (art. 88 al. 2 ORF)²⁷⁰. Ces deux cas prévus par le droit fédéral ressortent de rapports *de droit privé*.

D'autres mentions relevant elles de rapports *de droit public* devraient également faire l'objet d'un avertissement de l'officier public, en particulier celles relatives aux constructions sises sur l'un ou l'autre des immeubles transférés. L'inscription de telles mentions au registre foncier découle de l'art. 962 CC, qui impose à toute collectivité qui accomplit une tâche d'intérêt public d'indiquer les restrictions de droit public à la propriété. On pense notamment aux mentions de précarité de droit cantonal (Vaud : art. 82 de la Loi sur l'aménagement du territoire et les constructions, art. 36 ss de la Loi sur les routes), mais également aux mentions faisant suite à des rénovations ou transformations de bâtiments locatifs, qui peuvent par exemple révéler l'existence d'un contrôle des loyers, ou l'exigence d'une autorisation pour le transfert de propriété (c'est le cas dans le Canton de Vaud : art. 15 al. 2 et 14 de la Loi sur la préservation et la promotion du parc locatif, ci-après : « LPPPL »). Enfin, si de telles situations restent rares, les mentions relatives à une mesure de classement en vue de protéger certains bâtiments à caractère historique peuvent également être concernées (Vaud : art. 62 et 52 ss de la Loi sur la protection de la nature, des monuments et des sites).

3.2.5 La garantie pour les défauts

Les art. 70 ss LFus relatifs au transfert de patrimoine – et plus particulièrement au contrat de transfert – ne font aucune référence à la question de la garantie pour les défauts, au contraire de ce qui prévaut pour le contrat de vente immobilière (art. 219 CO). Les parties devraient donc être conscientes de cette lacune et la combler par des dispositions contractuelles adéquates²⁷¹.

²⁶⁸ BRÜCKNER, *Grundstücksrecht*, p. 142.

²⁶⁹ STEINAUER I, p. 290, N. 819.

²⁷⁰ PIOTET, p. 185 ; STEINAUER I, p. 296, N. 834-834a.

²⁷¹ BERETTA, *art. 71 LFus*, N. 36.

Au demeurant, de nombreux auteurs appellent à appliquer ces règles par analogie – de même que celles relatives à la garantie en cas d'éviction (art. 221, qui renvoie aux art. 192 ss CO) – au contrat de transfert de patrimoine²⁷².

Il fait partie du devoir de l'officier public d'éclaircir la question de la garantie pour les défauts²⁷³. Celui-ci est donc tenu de renseigner les parties – spécialement le sujet reprenant – sur la garantie pour les défauts ; si toute garantie est exclue, le même devoir lui incombe²⁷⁴. Dans ce dernier cas, BRÜCKNER appelle même à transcrire dans l'acte la date à laquelle le sujet reprenant a pu prendre connaissance de l'état des immeubles, et rappeler certaines particularités dont celui-ci a pu se rendre compte à cette occasion²⁷⁵. Enfin, lorsque l'aménagement de la garantie pour les défauts présente des risques manifestes pour le sujet reprenant, en particulier si le vendeur souhaite tout simplement l'exclure alors même qu'il s'agit de nouvelles constructions, un avertissement tout particulier s'impose²⁷⁶. Il en va de même de toute autre clause « inhabituelle » (non pas uniquement parce qu'elle déroge à certaines règles dispositives, mais bien plus lorsqu'elle est étrangère à la pratique usuelle)²⁷⁷.

En pratique, il est de plus en plus courant que le notaire aménage le transfert de propriété sans garantie particulière, à tel point qu'il paraît légitime de se demander si de telles clauses sont qualifiables encore à ce jour d'inhabituelles²⁷⁸. Dans de tels cas, le notaire s'écarte des règles dispositives de la vente (art. 197 CO), tout en rappelant les limites impératives qui encadrent cette exclusion de garantie (art. 221, qui renvoie à l'art. 199 CO) :

*« La reprenante déclare avoir parfaite connaissance des immeubles ici cédés, de leur état, des zones dans lesquelles ils se trouvent, ainsi que des possibilités de construction ou de transformation qu'ils offrent. _____
Les immeubles sont transférés dans leur état actuel, que la reprenante déclare bien connaître et accepter et au sujet duquel elle ne formule aucune réserve. _____
La cession est convenue sans aucune garantie quelconque. La reprenante déclare avoir été rendue attentive aux conséquences de cette exclusion de garantie. _____
Cette clause supprimant la garantie est nulle si la transférante a frauduleusement dissimulé à la reprenante un défaut. _____ »*

3.2.6 Les hypothèques légales

3.2.6.1 L'hypothèque légale du vendeur

En vertu de l'art. 837 al. 1^{er} ch. 1 CC, le vendeur d'un immeuble peut demander l'inscription d'une hypothèque afin de garantir sa créance, soit le prix de vente ou le solde de ce dernier.

²⁷² Pour un raisonnement similaire s'agissant d'un contrat *sui generis* de remise de commerce : arrêt 4A_601/2009 du 8 février 2010 c. 3.2.1 ; BERETTA, art. 71 LFus, N. 36 ; HURNI, Jusletter, N. 14 ; RAMPINI, p. 167.

²⁷³ SCHNEIDER, p. 132.

²⁷⁴ BRÜCKNER, p. 698, N. 2494 ; MOOSER, p. 148, N. 235o.

²⁷⁵ BRÜCKNER, p. 698, N. 2493 ; SCHNEIDER, p. 134.

²⁷⁶ SCHMID JÖRG, *Grundlagen*, p. 20.

²⁷⁷ PIOTET, p. 181.

²⁷⁸ Ce qui amènerait éventuellement à nuancer l'avis exprimé en 2006 par PIOTET, p. 181.

On parle d'hypothèque *du vendeur* ou d'hypothèque *réversible*²⁷⁹. Il s'agit d'une hypothèque légale indirecte puisque son inscription doit être requise par le créancier ; elle ne naît pas *ex lege*²⁸⁰. Elle doit être inscrite dans les trois mois suivant le transfert de propriété (art. 838 CC). Rien ne semble faire obstacle à l'application de ces dispositions pour le transfert de patrimoine.

Dès lors, si l'acquittement de la contre-prestation par le sujet reprenant est différé postérieurement au transfert de propriété, le notaire informe le sujet transférant de la possibilité d'inscrire cette hypothèque. Certains auteurs réservent toutefois un tel devoir d'information à des situations bien particulières, notamment si le vendeur est inexpérimenté²⁸¹. De telles situations sont rares en pratique, étant donné la nature particulière du transfert de patrimoine. Si le sujet transférant ne souhaite pas faire usage de cette option, il doit être dûment renseigné par l'officier public quant aux conséquences de cette renonciation²⁸².

3.2.6.2 Les autres hypothèques légales

L'officier public a également comme devoir d'avertir le sujet reprenant du risque de l'existence d'éventuelles hypothèques légales, qu'il s'agisse de celle *des artisans et entrepreneurs* (art. 837 al. 1^{er} ch. 3 CC) ou d'autres hypothèques *de droit public* (art. 836 CC), dont les cantons déterminent librement le rang²⁸³. Ces dernières peuvent notamment viser à garantir des arriérés d'impôts, des contributions de droit public ou encore des primes d'assurance obligatoire²⁸⁴. Si les hypothèques légales de droit cantonal prennent naissance sans inscription au registre foncier, elles ne sont opposables aux tiers qui se fondent sur dit registre qu'après avoir été inscrites dans le délai légal de quatre mois, pour autant qu'elles dépassent un montant de mille francs (art. 836 al. 2 CC)²⁸⁵. Le notaire s'acquitte généralement de ce devoir par une clause générale, certes standardisée mais dont l'importance pratique ne saurait être négligée.

3.2.7 Les sites pollués

La présence d'éventuels sites pollués – d'autant plus fréquente lorsque les immeubles transférés servent ou ont servi à l'exploitation industrielle ou artisanale – s'avère parfois épineuse, raison pour laquelle le contenu des accords convenus entre les parties doit, d'une part, transparaître dans l'acte authentique et d'autre part, donner lieu à certaines informations et explications de la part de l'officier public. Un site contaminé étant constitutif à la fois d'un défaut de la chose et d'un défaut juridique, cette question mérite d'être traitée hors la garantie pour les défauts. En effet, l'obligation d'assainissement consécutive à un tel état de fait constitue une obligation juridique de droit public (obligation *propter rem* de droit public)²⁸⁶.

²⁷⁹ STEINAUER III, pp. 286-287, N. 2835.

²⁸⁰ STEINAUER III, p. 286, N. 2833.

²⁸¹ PIOTET, pp. 182-183.

²⁸² RNRF 1986 p. 139 c. 3 ; MOOSER, p. 149, N. 235o.

²⁸³ BRÜCKNER, p. 735, N. 2577 ; MOOSER, p. 149, N. 235o ; STEINAUER III, p. 282, N. 2832a.

²⁸⁴ BRÜCKNER, p. 736, N. 2580 ; STEINAUER III, p. 282, N. 2831.

²⁸⁵ STEINAUER III, p. 284, N. 2832f.

²⁸⁶ SCHNEIDER, p. 134.

Or, la Loi fédérale sur la protection de l'environnement (ci-après : « LPE ») impose à chaque canton d'établir un cadastre des sites pollués (art. 32c al. 2 LPE, art. 5 ss de l'Ordonnance fédérale sur les sites contaminés, ci-après : « OSites »). De nombreux cantons, dont Vaud, permettent d'ailleurs un accès informatisé au dit registre. Il incombe donc au notaire de contrôler que les immeubles transférés ne figurent pas au cadastre, à tout le moins lorsque les immeubles en question ou le prix payé en contrepartie lui permettent de supputer que la problématique d'une contamination pourrait se poser²⁸⁷. Cette simple démarche préventive se justifie au vu de l'importance croissante des normes écologiques, mais surtout au regard des coûts élevés qu'une décontamination peut engendrer (art. 32d LPE).

Pour le surplus, il est évident que le notaire est tenu de signaler aux parties la présence de sites pollués dont il a connaissance ainsi que les frais potentiels que cette présence implique²⁸⁸. Si le détenteur du site est systématiquement tenu de souffrir les mesures d'investigation, de surveillance ou d'assainissement (art. 20 al. 1^{er} OSites), le sort des frais y relatifs devrait dans l'idéal faire l'objet de clauses spécifiques, établies par le notaire²⁸⁹. D'ordinaire, le sujet transférant garantit au sujet reprenant que, durant un certain délai – variant entre cinq et dix ans, voire vingt ans – il s'engage à prendre en charge tout ou partie des frais susmentionnés²⁹⁰.

3.2.8 Le paiement de la contre-prestation

Le devoir d'information du notaire ne s'étend pas à la fixation de la contre-prestation du patrimoine transféré (art. 71 al. 1^{er} let. d LFus) qui, sauf exceptions – en particulier d'éventuels vices de la volonté, un cas de lésion ou encore de simulation (cf. *supra* II. C. 3.2.3.2) – est du ressort exclusif des parties²⁹¹. Il n'a donc pas à se préoccuper des raisons qui sous-tendent ce choix, qu'il s'agisse d'ailleurs du montant de la contre-prestation valant pour l'ensemble du transfert de patrimoine ou seulement de celui afférent aux immeubles.

L'officier public doit en revanche préciser aux parties les modalités de l'acquittement de la contre-prestation convenue²⁹². S'il est certes rare que celui-ci s'effectue par acomptes, le notaire devrait en rendre compte le cas échéant. Notons encore que le transfert de patrimoine ne se prête guère à une quelconque exécution différée, contrairement à la vente immobilière (à savoir la conclusion d'une promesse de vente ou d'une vente à terme – conditionnelle ou non – puis la passation d'un second acte, qui exécute la convention précédente).

²⁸⁷ ROMY, pp. 283, 292 ; *Contra* : BRÜCKNER, *Grundstücksrecht*, p. 123, pour qui il suffit que le notaire rende les parties attentives à cette problématique.

²⁸⁸ MOOSER, p. 149, N. 235o.

²⁸⁹ PIOTET, p. 188 ; ROMY, p. 291 ; RÜEGG, p. 203.

²⁹⁰ BRÜCKNER, p. 700, N. 2495 ; BRÜCKNER, *Grundstücksrecht*, pp. 123-124 ; ROMY, p. 292.

²⁹¹ BRÜCKNER, *Grundstücksrecht*, p. 118 ; MOOSER, p. 150, N. 235p.

²⁹² MOOSER, p. 149, N. 235o.

3.2.9 En cas de vente d'immeubles loués (Vaud)

L'aliénation d'immeubles loués est dans certains cantons soumise à autorisation. C'est le cas du Canton de Vaud, dont la Loi concernant l'aliénation d'appartements loués – désormais abrogée – et sa remplaçante l'actuelle LPPPL, exigent une autorisation d'aliénation délivrée par l'État, cela « pour tous locaux d'habitation loués en dernier lieu, qu'ils soient occupés ou vacants au moment de la requête d'autorisation » (art. 19, qui renvoie à l'art. 4 LPPPL). Une liste d'exceptions à l'assujettissement est toutefois prévue (art. 2 et 3 LPPPL).

Lorsqu'il comprend des locaux d'habitation dont le dernier usage avait un but locatif et qu'il implique une contre-prestation, le transfert de patrimoine est assimilable à une aliénation à titre onéreux au sens de l'art. 19 LPPPL ; une demande d'autorisation adressée à la commune du lieu de situation de l'immeuble (art. 7 LPPPL), délivrée par le service en charge du logement (art. 1^{er} du Règlement d'application de la LPPPL), est donc nécessaire. Le Conservateur du registre foncier concerné étant tenu de contrôler que l'aliénation ne nécessite pas d'autorisation, ou que celle-ci a été obtenue (art. 24 LPPPL), le notaire doit avertir en amont les parties de la nécessité d'obtenir cette approbation, laquelle est soumise à certaines conditions alternatives que nous nous épargnerons de détailler plus avant (art. 20 LPPPL)²⁹³.

3.2.10 L'obtention d'autorisations (LFAIE, LDFR en particulier)

Chargé par la suite de l'inscription au registre foncier, il incombe également au notaire de s'assurer en amont de la conformité du transfert de propriété aux différentes législations en vigueur en matière immobilière, que ce soit au niveau fédéral ou cantonal (sur ce dernier plan, cf. *supra* II. C. 3.2.9)²⁹⁴. Ainsi, le transfert de la propriété immobilière nécessite parfois, en vertu de dispositions légales particulières, une autorisation d'acquisition de droit administratif. C'est notamment le cas de deux lois adoptées par les Chambres fédérales : la Loi fédérale sur le droit foncier rural (ci-après : « LDFR ») et la Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (ci-après : « LFAIE »). Les opérations de la LFus et en particulier le transfert de patrimoine n'y font pas exception ; elles sont donc également soumises aux cautions légales susmentionnées²⁹⁵.

Nous aurons l'occasion de revenir plus loin sur les problématiques jusqu'ici irrésolues que posent ces deux types d'autorisation administrative, en lien avec l'inscription du transfert de patrimoine dans les registres officiels (cf. *infra* II. D. 3.).

3.2.10.1 La Loi fédérale sur le droit foncier rural (LDFR)

L'art. 2 LDFR détermine le champ d'application de dite loi, qui s'applique essentiellement aux immeubles situés hors de la zone à bâtir au sens de l'art. 15 de la Loi fédérale sur l'aménagement du territoire, dont l'utilisation agricole est licite (al. 1^{er}).

²⁹³ Cf. Circulaire n° 29 du 29 janvier 2018, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2018 et adressée aux Conservateurs du registre foncier par la Direction du registre foncier vaudois.

²⁹⁴ MOOSER, p. 151, N. 235p et note 805.

²⁹⁵ BESSENICH, p. 225.

Il s'étend également à d'autres types d'immeubles, dont le deuxième alinéa du même article fait la liste. En revanche, la loi ne s'applique pas aux immeubles dont la surface est inférieure à 1'500 mètres carrés (vignes), respectivement 2'500 mètres carrés (autres terrains), pour autant qu'ils ne soient pas partie d'une entreprise agricole (art. 2 al. 3, en lien avec l'art. 7 LDFR). Ainsi, dès lors qu'un immeuble entre dans le champ d'application de cette loi, l'acquéreur doit obtenir une autorisation administrative en ce sens (art. 61 al. 1^{er} LDFR)²⁹⁶.

Le transfert de patrimoine, au contraire de la fusion et la scission, ne figure pas parmi les exceptions à cette exigence d'autorisation (art. 62 let. g LDFR)²⁹⁷. Il est donc tout à fait envisageable que, lors d'un transfert de patrimoine, des immeubles concernés par la LDFR fassent partie d'un transfert plus large sans que les parties ne soient rendues attentives à la nécessité d'obtenir cette approbation. Les conséquences de cet oubli peuvent être fâcheuses et aller d'un simple report à un redimensionnement total de l'opération. S'il soupçonne une telle situation, il serait sage que l'officier public s'assure dans un premier temps que les immeubles objet du transfert ne sont pas soumis aux dispositions du droit foncier rural – en interrogeant les parties sur les circonstances de l'opération, mais également en contrôlant le plan de zones de la ou des communes concernées – et dans un tel cas, de les renseigner dans un second temps sur les conditions d'acquisition de dits immeubles²⁹⁸.

Le cas échéant et ainsi que nous l'avons relevé, la délivrance d'une autorisation administrative par l'autorité cantonale est impérative. HÄUSLER relève opportunément que les conditions d'obtention de cette autorisation – à savoir l'absence de motifs de refus (art. 61 al. 2 LDFR) – compliquent passablement la tâche de sociétés inscrites au registre du commerce²⁹⁹. En effet, ces conditions sont d'une part l'obligation d'être *exploitant personnel* (art. 63 al. 1^{er} let. a LDFR) et d'autre part, un prix convenu qui ne soit pas *surfait* (art. 63 al. 1^{er} let. b, en lien avec l'art. 66 LDFR). Indubitablement, cette première difficulté appelle à d'autant plus de prudence de l'officier public et des parties en amont de l'opération. Si cet écueil s'avère insurmontable et afin de tout de même obtenir l'autorisation, le sujet reprenant peut faire valoir un juste motif, dont une liste non-exhaustive figure à l'art. 64 LDFR. Ainsi, si le transfert de propriété a par hypothèse lieu au sein d'un même groupe de sociétés, l'absence de transfert de la maîtrise économique sur l'immeuble devrait constituer un juste motif³⁰⁰. Dans les autres cas, une procédure d'annonce est envisageable (art. 64 al. 1^{er} let. f LDFR). Demeure encore l'interdiction du prix surfait, à laquelle les entités participantes doivent satisfaire.

Si au contraire, l'officier public conclut que les immeubles transférés ne sont manifestement pas soumis à la LDFR, il devrait en faire expressément constat dans l'acte³⁰¹.

²⁹⁶ HÄUSLER, p. 2, N. 5.

²⁹⁷ Message LFus, p. 4148 ; HÄUSLER, p. 2, N. 9.

²⁹⁸ HÄUSLER, p. 2, N. 2 ; MOOSER, p. 151, N. 235p et note 805 ; SCHNEIDER, p. 132.

²⁹⁹ HÄUSLER, p. 2, N. 6.

³⁰⁰ HÄUSLER, p. 2, N. 7.

³⁰¹ HÄUSLER, p. 2, N. 5.

3.2.10.2 La Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE)

En Suisse, l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger est subordonnée à une autorisation de l'autorité cantonale compétente (art. 2 al. 1^{er} LFAIE). Les cas d'*acquisition d'immeubles* sont définis à l'art. 4 de dite loi, lui-même complété par l'art. 1^{er} al. 1^{er} let. b de l'Ordonnance sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (ci-après : « OAIE »), qui inclut expressément les opérations de la LFus – donc le transfert de patrimoine au sens des art. 69 ss LFus – mais uniquement « *si de ce fait les droits de l'acquéreur sur cet immeuble s'accroissent* »³⁰². Relevons cependant que le régime d'autorisation de police susmentionné ne vaut plus lorsque l'immeuble sert à l'exploitation d'un établissement stable ou à l'exercice d'une autre forme d'industrie, une activité artisanale ou une profession libérale (art. 2 al. 2 let. a LFAIE), constituant dès lors une exception majuscule.

L'entité reprenante qui participe à la restructuration est susceptible d'être qualifiée de *personne à l'étranger* dès lors que son siège statutaire ou réel se trouve à l'étranger (art. 5 al. 1^{er} let. b LFAIE), mais également dans le cas où ce dernier se situe en Suisse et que des personnes à l'étranger ont une *position dominante* au sein de l'entité concernée, une notion que définit également la loi fédérale (art. 5 al. 2 let. c, en lien avec l'art. 6 LFAIE). Considérant cela, toute personne ou entité qui ne peut d'emblée être exclue du champ d'application de la loi est tenue soit de faire constater qu'elle n'y est pas assujettie – constat que le notaire peut délivrer en vertu des art. 18 al. 1^{er} LFAIE et 18 al. 2 OAIE³⁰³ – soit d'obtenir une autorisation afin d'acquérir l'immeuble, sitôt après la conclusion de l'acte au plus tard (art. 17 LFAIE). Dans le contrat de vente immobilière, il n'est pas rare qu'une clause particulière soit intégrée, attestant soit de l'absence de domination étrangère sur une personne morale, soit de l'affectation de l'immeuble à un établissement stable³⁰⁴. A notre sens, les mêmes clauses sont envisageables pour le transfert de patrimoine et le contrat sous-jacent (art. 70 al. 2 LFus).

Pour l'essentiel, le notaire est soumis au même devoir d'information dans le cadre de la LFAIE que dans celui du droit foncier rural, à savoir vérifier sur la base des informations glanées auprès des parties et des circonstances du cas d'espèce si le transfert des immeubles est sujet à autorisation puis, dans cette hypothèse, les en informer et enfin, les renseigner sur les conditions d'acquisition qu'impose la législation fédérale³⁰⁵.

Pour le surplus, il est intéressant de se pencher brièvement sur les deux autres formes de restructuration que sont la fusion (art. 3 ss LFus) et la scission (art. 29 ss LFus). A l'instar du transfert de patrimoine, elles impliquent également un réel transfert de la propriété immobilière ; pourtant, la problématique de la LFAIE se pose là en des termes différents. Dans ces deux cas en effet, le notaire n'a pas de maîtrise sur le contenu matériel du transfert de propriété ; son rôle se limite à instrumenter le procès-verbal d'assemblée générale ou des associés (cf. *supra* I. 2.1 et 2.2).

³⁰² FRIEDRICH, pp. 552-553.

³⁰³ MOOSER, p. 485, N. 752.

³⁰⁴ Voir à ce sujet : PHILIPPIN, pp. 160 ss.

³⁰⁵ MOOSER, p. 151, N. 235p et note 805 ; SCHNEIDER, p. 132.

A moins que la confection du contrat de fusion – respectivement du contrat ou du projet de scission – ne lui soit confiée, ce à quoi les entités participantes ne sont nullement contraintes en vertu de la seule exigence de la forme écrite (art. 12 al. 2, respectivement art. 36 al. 3 LFus), l’officier public n’est donc pas en mesure d’examiner son contenu ni de vérifier si des immeubles sont soumis aux règles de la LFAIE.

La LDFR prévoit quant à elle une exception au principe de l’autorisation dans les cas de fusion ou de scission, pour autant que les actifs du sujet transférant ou du sujet reprenant ne consistent pas principalement en une entreprise agricole (art. 62 let. g LDFR)³⁰⁶. La problématique susmentionnée devrait dès lors être évitée dans une large majorité de situations.

D. LES REGISTRES OFFICIELS

1. L’INSCRIPTION AU REGISTRE DU COMMERCE

1.1 Compétence

Le transfert de patrimoine doit, dans un premier temps, être inscrit au registre du commerce (art. 73 al. 1^{er} LFus), au même titre que les autres restructurations prévues par la LFus, savoir la fusion (art. 21 al. 1^{er} LFus), la scission (art. 51 al. 1^{er} LFus) et la transformation (art. 66 LFus). Nous l’avons relevé dans la Première partie, le transfert de patrimoine permet le transfert d’un ensemble d’actifs et passifs sans être contraint de respecter les exigences de forme relatives à chaque élément individuel transféré (cf. *supra* I. 3.1.1). La publicité n’a pas pour autant été sacrifiée : l’on peut même considérer au regard du Message que le transfert de patrimoine – et notamment son inventaire (art. 71 al. 1^{er} let. b LFus) – est rendu public afin de contrebalancer la renonciation à d’autres règles formelles destinées à protéger les tiers³⁰⁷. L’inscription ne s’opère toutefois que sous la rubrique du sujet transférant (art. 139 ORC)³⁰⁸.

La compétence de requérir l’inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce revient à l’organe supérieur de direction ou d’administration du sujet transférant (art. 73 al. 1^{er} LFus), conformément à la règle générale de l’art. 931a CO³⁰⁹. Les règles habituelles de l’ORC relatives à la réquisition sont par ailleurs applicables (art. 15 ss ORC). En outre, les pièces justificatives à remettre au registre compétent au lieu du siège de l’entité transférante en vue de l’inscription sont les suivantes (art. 138 ORC) :

- Let. a : Le contrat de transfert (art. 71 LFus), ce qui inclut – nous l’avons vu – l’inventaire désignant les actifs et les passifs transférés ;
- Let. b : Les extraits de procès-verbaux des organes supérieurs de direction ou d’administration des entités juridiques participant au transfert relatifs à la conclusion du transfert de patrimoine (art. 70 al. 1^{er} LFus), à moins que le contrat ne soit signé par tous les membres de ces organes.

³⁰⁶ PFÄFFLI, p. 242 ; SCHMID-TSCHIRREN, p. 240 ; STOLTZ/EHRAT/WIDMER, BSK-FusG art. 104, N. 14.

³⁰⁷ Message LFus, pp. 4112, 4116 ; BERETTA, *Vorbem. Art. 69-77 LFus*, N. 6 ; TRIGO TRINDADE, pp. 215-216.

³⁰⁸ BERETTA, *Vorbem. Art. 69-77 LFus*, N. 7 ; CHRIST, art. 73 LFus, N. 18.

³⁰⁹ CHRIST, art. 73 LFus, N. 3 ; VOGEL/GÜNTNER, p. 1032.

Ces documents sont, tout comme la demande d'inscription, accessibles publiquement au registre du commerce (art. 930 CO)³¹⁰. Cette inscription comprend (art. 139 ORC) :

- L'identification des entités juridiques ayant participé au transfert (let. a) ;
- La date du contrat de transfert (let. b) ;
- La valeur totale des actifs et passifs transférés selon l'inventaire (let. c) ;
- L'éventuelle contre-prestation (let. d).

Le contrôle du respect des formalités imposées par la LFus, à savoir que les parties correspondantes du contrat de transfert revêtent bien la forme authentique, incombe au Préposé du registre du commerce (art. 940 al. 1^{er} CO)³¹¹. L'Ordonnance idoine précise que ce dernier « examine si les conditions prévues par la loi et l'ordonnance sont remplies » (art. 28 ORC). Il dispose d'un libre pouvoir d'examen dans le contrôle des conditions formelles, relatives à l'inscription : conformité de la réquisition, exhaustivité des pièces justificatives, etc. Dans le cas du transfert de patrimoine, il vérifie notamment que les pièces justificatives ont été transmises et que celles-ci – en particulier le contrat de transfert – comportent toutes les indications requises, en conformité de l'art. 71 LFus et ce qui précède (cf. *supra* II. C. 3.)³¹².

Il ne s'attardera en revanche pas sur la date, le contenu ou la valorisation de l'inventaire, ni sur l'étendue des contre-prestations convenues entre agents transférant et reprenant³¹³. Comme cela prévaut d'ordinaire, l'office concerné n'a qu'un pouvoir d'examen limité sur les conditions matérielles de l'inscription, son rôle se limitant à contrôler si le transfert de patrimoine est admissible en tant que tel³¹⁴. Dans le cas particulier du transfert de patrimoine, l'office refusera en outre l'inscription si certains éléments contenus dans l'inventaire ne sont « manifestement pas librement cessibles » (art. 148 ORC). Cette norme spéciale n'étend pas le pouvoir d'examen du Préposé ; cela correspond en effet à son pouvoir d'examen ordinaire car, sauf lorsque les éléments à inscrire sont en contrariété manifeste et sans équivoque avec certaines normes de droit impératif ou en cas flagrant d'impossibilité, il n'a pas pour vocation d'examiner les aspects de droit matériel de l'inscription requise³¹⁵. Le cas échéant, le registre du commerce rejette l'acte, car il ne saurait modifier lui-même la transaction viciée³¹⁶.

A l'instar d'auteurs qui le relevaient déjà lors de l'introduction de la LFus, il est manifeste que ce pouvoir d'examen limité, couplé à l'absence d'un réel contrôle ultérieur par le Conservateur du registre foncier (cf. *infra* II. D. 2.1), conduit à une situation insatisfaisante du point de vue de la vérification des actes juridiques devant être inscrits dans l'un ou l'autre de ces registres³¹⁷.

³¹⁰ CHRIST, *art. 73 LFus*, N. 4 ; GWELESSIANI/SCHINDLER, *art. 138 ORC*, N. 502.

³¹¹ Message LFus, p. 4074 ; AEBERSOLD, p. 157 ; SCHMID-TSCHIRREN, p. 233.

³¹² ATF 132 III 668 c. 3.1 ; arrêt 4A_27/2006 du 22 juin 2007, c. 2.2 ; CHRIST, *art. 73 LFus*, N. 9 ; FRIEDRICH, p. 552 ; GWELESSIANI/SCHINDLER, *art. 138 ORC*, N. 501 ; HURNI, *Die Vermögensübertragung*, p. 198.

³¹³ GWELESSIANI/SCHINDLER, *art. 138 ORC*, N. 501.

³¹⁴ ATF 132 III 668 c. 3.1 ; arrêt 4A_27/2006 du 22 juin 2007, c. 2.2 ; CHRIST, *art. 73 LFus*, N. 11 ; MALACRIDA, BSK-FusG, *art. 73*, N. 6a.

³¹⁵ ATF 132 III 668 c. 3.1 ; CHRIST, *art. 73 LFus*, N. 10 ; FRIEDRICH, p. 552 ; GWELESSIANI/SCHINDLER, *art. 134 ORC*, N. 477 ; HURNI, *Die Vermögensübertragung*, p. 199 ; MALACRIDA, BSK-FusG, *art. 73*, N. 6.

³¹⁶ CHRIST, *art. 73 LFus*, N. 10.

³¹⁷ AEBERSOLD, p. 158.

Cette lacune est le fruit d'une double-problématique : d'une part, le Préposé au registre du commerce n'est pas en mesure, ni technique ni juridique, de contrôler la conformité des aspects immobiliers de la transaction ; d'autre part, en raison de l'examen antérieur, le Conservateur du registre foncier n'est pas tenu d'en effectuer un second (cf. *infra* II. D. 3).

1.2 Effets juridiques : la succession universelle partielle

Du point de vue de la technique tabulaire, l'inscription au registre du commerce renvoie à la mention de l'opération au journal dudit registre (art. 932 al. 1^{er} CO)³¹⁸. Conformément à l'art. 34 ORC, la date d'inscription au registre journalier est déterminante quant aux effets juridiques de l'inscription, après que celle-ci eût obtenu l'approbation de l'OFRC. Elle n'est toutefois déterminante que pour les parties au transfert. Pour les tiers, les effets de l'inscription courent dès le premier jour ouvrable suivant la parution dans la FO SC (art. 932 al. 2 CO)³¹⁹.

Le texte légal est relativement clair au sujet des effets de l'inscription : « *Le transfert de patrimoine déploie ses effets dès son inscription au registre du commerce. A cette date l'ensemble des actifs et passifs énumérés dans l'inventaire sont transférés de par la loi au sujet reprenant* » (art. 73 al. 2 LFus). Ainsi, l'inscription au registre du commerce a un effet constitutif en ce sens que les actifs et passifs, au jour de celle-ci, passent du sujet transférant au sujet reprenant³²⁰. Les éventuels immeubles inclus dans l'opération sont transférés au reprenant hors registre foncier, soit un des cas qui n'est pas prévu expressément par l'art. 656 al. 2 CC³²¹. En conséquence, la consultation du registre du commerce permet aux tiers de prendre connaissance d'éventuels transferts de droits, en particulier de droits réels, cela même si les inscriptions correspondantes, en lien avec le transfert de patrimoine, n'ont pas encore été opérées au registre foncier³²². Seuls les éléments contenus dans l'inventaire étant concernés, il est d'usage de décrire ce phénomène par les termes de « *succession universelle partielle* »³²³.

Savoir si l'inscription au registre du commerce déploie un « *effet guérisseur* » en présence de vice du transfert de patrimoine est un point controversé³²⁴. La diversité des avis doctrinaux rend difficile une lecture limpide de cette problématique. Cependant, il apparaît clair que le transfert de patrimoine – à tout le moins celui comprenant des immeubles – se différencie nettement des autres opérations de la LFus. L'analogie pratiquée par certains auteurs avec l'art. 643 al. 2 CO est donc peu convaincante³²⁵. Ce sont en effet les aspects liés au transfert immobilier qui prévalent dans ce genre d'opérations et non plus les aspects relatifs au sociétariat.

³¹⁸ RUF/JEITZNER, p. 920 ; PFÄFFLI, p. 240.

³¹⁹ CHRIST, *art. 73 LFus*, N. 23.

³²⁰ Message LFus, p. 4117 ; CHRIST, *art. 73 LFus*, N. 23 ; VOGEL/GÜNTER, p. 1033.

³²¹ Message LFus, p. 4138 ; FRIEDRICH, p. 555 ; VOGEL/GÜNTER, p. 1033.

³²² SCHMID-TSCHIRREN, p. 232.

³²³ Message LFus, p. 4117 ; CHRIST, *art. 73 LFus*, N. 23 ; GERSBACH/KESSLER, p. 268 ; PFÄFFLI, p. 239 ; RUF/JEITZNER, p. 915 ; VOGEL/GÜNTER, p. 1033.

³²⁴ *Pro* : BRÄNDLI, p. 10 ; FRICK, *Stämpflis Handkommentar*, *art. 73 LFus*, N. 12 ; RAMPINI, p. 167 ; VOGEL et al., OFK-FusG, *art. 73*, N. 21 ; *contra* : CHRIST, *art. 73 LFus*, N. 43 ss ; *nuancé* : MALACRIDA, BSK-FusG, *art. 73*, N. 9.

³²⁵ BRÄNDLI, p. 10 ; HURNI, *Die Vermögensübertragung*, p. 208.

De plus, l'interprétation historique de l'art. 70 al. 2 LFus, en particulier l'introduction au stade des Chambres fédérales de l'exigence de la forme authentique démontre à notre sens la volonté du législateur non seulement d'éviter un contournement des règles de forme, mais aussi de voir les sanctions habituelles découlant de la violation de ces règles trouver application. Si les arguments visant à préserver la confiance vis-à-vis de l'inscription constitutive au registre du commerce ne sont pas dénués de pertinence, on peine toutefois à comprendre comment ce dernier pourrait être en mesure de vérifier les aspects fonciers de l'opération, qui sont prépondérants. Aussi, nonobstant l'inscription au registre du commerce, d'éventuels vices de forme ou de la volonté devraient pouvoir être soulevés au regard de la protection des transactions immobilières et de celle des parties au transfert.

2. L'INSCRIPTION AU REGISTRE FONCIER

2.1 Caractère déclaratoire de l'inscription

L'effet constitutif de l'inscription au registre du commerce (cf. *supra* II. D. 1.2) a pour conséquence que la transcription postérieure au registre foncier n'a qu'un effet purement déclaratoire ; à ce moment, les biens immobiliers sont déjà propriété du sujet reprenant³²⁶. Cependant, le propriétaire ne peut en disposer qu'une fois celui-ci inscrit au registre foncier (art. 656 al. 2 CC)³²⁷. Il y a donc une période de latence durant laquelle le registre foncier fait apparaître des informations inexactes, avec les risques que cela implique (cf. *supra* I. 4.1)³²⁸. Pour parer à l'éventualité où un sujet transférant prendrait de nouvelles dispositions en tant que propriétaire toujours formellement légitime, d'aucuns recommandent que le versement de la contre-prestation au transfert n'intervienne qu'au moment de l'inscription au registre foncier³²⁹. Le sujet reprenant a donc tout intérêt à ce que le registre des droits réels immobiliers soit rapidement mis à jour par le biais de l'inscription, même si celle-ci n'est « que » déclarative³³⁰.

2.2 L'art. 104 al. 2 let. c LFus

2.2.1 Ratio legis

Afin d'inciter les parties à remédier au plus vite à la dichotomie entre réalité matérielle et juridique susmentionnée, l'art. 104 al. 2 let. c LFus enjoint le sujet reprenant à requérir « *immédiatement* » l'inscription du transfert de propriété au registre foncier, cela après le transfert effectif (art. 73 al. 2 LFus). Les raisons de ce délai – ou de cette absence de délai – sont évidentes : alors que les autres opérations voient le sujet transférant disparaître, tel n'est pas le cas du transfert de patrimoine où celui-ci perdure avec une existence propre³³¹. Reste à s'accorder sur la notion d'immédiateté, que certains auteurs tentent de cerner par élimination.

³²⁶ ZBJV 2007 p. 60, arrêt de l'Obergericht lucernois du 2 juin 2005, c. 3.1 ; BRÜCKNER/KUSTER, p. 485, N. 2361 ; GERSBACH/KESSLER, p. 268 ; PFÄFFLI, p. 239 ; STOLTZ/EHRAT/WIDMER, BSK-FusG art. 104, N. 12.

³²⁷ GERSBACH/KESSLER, p. 268 ; PFÄFFLI, p. 239.

³²⁸ HURNI, *Die Vermögensübertragung*, p. 205 ; RAMPINI, p. 166 ; VOGEL/GÜNTER, p. 1033.

³²⁹ CHRIST, p. 119 ; RAMPINI, p. 166.

³³⁰ HURNI, *Die Vermögensübertragung*, p. 205.

³³¹ STOLTZ/EHRAT/WIDMER, BSK-FusG art. 104, N. 18 ; GERSBACH/KESSLER, p. 268.

Le délai pour procéder à l'inscription au registre foncier devrait être en tout cas inférieur à celui de trois mois de l'art. 104 al. 1^{er} LFus et pourrait donc varier entre une à deux semaines³³². En pratique, elle doit intervenir dès que cela est possible et raisonnable au vu des circonstances.

2.2.2 Pièces requises par le registre foncier

Afin que l'inscription du transfert de propriété puisse s'opérer au registre foncier, ce dernier doit disposer de deux pièces justificatives, faisant office de légitimation quant au titre de propriété (art. 66 al. 1^{er} let. d ORF) :

- Un extrait légalisé du registre du commerce du sujet transférant les immeubles (let. d, *première partie*) ;
- Un extrait légalisé de la partie du contrat de transfert, en forme authentique, concernant les immeubles transférés (let. d, *deuxième partie*) : il peut s'agir soit d'une copie complète ou d'un extrait certifiés conformes³³³. Un constat authentique du transfert de propriété devrait aussi être équivalent et suffire à l'inscription³³⁴.

De manière générale, le registre foncier peut se baser sur l'extrait délivré par le registre du commerce ; il n'a pas à se préoccuper des prescriptions formelles qu'impose la LFus³³⁵. Certains auteurs affirment plus simplement qu'étant donné le contrôle déjà opéré par le Préposé au registre du commerce et sous réserve d'abus de droit, le Conservateur n'a pas à effectuer la même tâche une seconde fois³³⁶. D'autres estiment que son pouvoir d'examen n'est en rien limité en raison de l'inscription au registre³³⁷ ; en réalité, les art. 963 al. 2 CC et 84 al. 2 ORF s'appliquent, le sujet reprenant se fondant sur l'inscription au registre du commerce (art. 73 al. 2 LFus) pour requérir l'inscription déclarative au registre foncier³³⁸.

Enfin, il nous paraît important de rappeler que la transcription au registre foncier des effets immobiliers du transfert de patrimoine ne nécessite aucun acte constatatoire du transfert de la propriété (art. 104 al. 3 LFus, cf. *supra* II. B. 3.2). Cette exigence demeure réservée aux cas de fusion d'associations ou de fondations non-inscrites au registre du commerce (art. 104 al. 2 let. a LFus et art. 66 al. 1^{er} let. b ORF) et à la scission par séparation (art. 104 al. 2 let. b LFus et art. 66 al. 1^{er} let. d ORF). Pourtant, à l'instar de cette dernière, le transfert de patrimoine implique également la survie du sujet transférant à l'opération ; on pourrait donc légitimement penser que le constat susmentionné se justifie de la même manière. L'on subodore de cette apparente contradiction que la seule exigence posée par le législateur à ce que les parties correspondantes du contrat de transfert revêtent la forme authentique (art. 70 al. 2, *deuxième phrase* LFus) rendrait manifestement superflu tout acte constatatoire supplémentaire³³⁹.

³³² FRIEDRICH, p. 557 ; VOGEL/GÜNTER, pp. 1033-1034.

³³³ BRÜCKNER/KUSTER, p. 485, N. 2358.

³³⁴ RAMPINI, p. 166.

³³⁵ SCHMID-TSCHIRREN, p. 234 ; WEIBEL/CRAMER, art. 104 LFus, N. 1.

³³⁶ BRÜCKNER/KUSTER, p. 486, N. 2362 ; FRICK, *Stämpflis Handkommentar*, art. 70 LFus, N. 11a.

³³⁷ BESSENICH, p. 233.

³³⁸ FRIEDRICH, p. 561 ; MOOSER, art. 963, N. 38 ; STEINAUER I, p. 270, N. 748.

³³⁹ WEIBEL/CRAMER, art. 104 LFus, N. 27 ss.

2.3 Devoir accru de célérité

Lorsqu'il instrumente un contrat de transfert authentique (art. 70 al. 2 LFus), le notaire est également habilité à requérir l'inscription des modifications correspondantes auprès des différents registres fonciers (art. 104 al. 4 LFus). Ce mode de procéder, s'il n'est pas imposé aux parties qui sont libres de requérir elles-mêmes ces modifications, est toutefois recommandé en pratique³⁴⁰. Le notaire n'a nul besoin d'attendre une nouvelle autorisation du sujet reprenant pour faire parvenir la réquisition aux différents registres fonciers³⁴¹. Cette compétence correspond d'ailleurs aux prescriptions de droit cantonal sur le notariat, qui chargent généralement l'officier public d'établir la réquisition d'inscription au registre foncier³⁴².

Pour les raisons déjà évoquées, la ou les inscriptions souhaitées doivent être obtenues immédiatement après celle au registre du commerce (art. 104 al. 2 let. c LFus). Le notaire doit donc se montrer diligent et ne pas retarder ou ralentir sans raison le processus d'inscription. Le retard qui serait par hypothèse dommageable aux parties serait d'autant moins excusable que la loi souligne expressément le besoin de rapidité, voire d'immédiateté dans l'inscription. Il se montrerait dès lors inspiré en préparant les différentes réquisitions à destination des registres fonciers simultanément à l'élaboration de celle pour le registre du commerce³⁴³.

3. LA PROBLÉMATIQUE DE DE L'ARTICULATION ENTRE LES REGISTRES

L'inscription successive au registre du commerce, puis au registre foncier, n'est pas sans poser certaines difficultés dans la pratique, ce que les auteurs ne manquent pas de relever³⁴⁴. Les révélateurs des failles de l'articulation entre les deux registres officiels sont indubitablement les deux lois fédérales dont nous avons vu qu'elles réglementaient certains types de transactions immobilières : la LFAIE et la LDFR (cf. *supra* II. C. 3.2.10). Les inscriptions successives qu'implique la LFus posent deux interrogations majeures : à qui incombe le contrôle des conditions d'acquisition au regard de ces législations ? *Quid* si, une fois le transfert approuvé au registre du commerce, le registre foncier bloque la procédure d'inscription (déclarative) ?

3.1 L'inadéquation des pouvoirs d'examen respectifs

S'agissant à la fois de la LDFR et de la LFAIE, il nous faut en premier lieu constater que le Préposé au registre du commerce détient un rôle capital, puisque c'est suite à son contrôle et à l'inscription qu'il aura approuvée que la propriété sur les biens objet du transfert, notamment immobiliers, passera du sujet transférant au sujet reprenant (art. 73 al. 2 LFus)³⁴⁵.

Un tel contrôle se heurte cependant à certaines cautions, le pouvoir d'examen du registre du commerce quant aux conditions de l'inscription relevant du droit matériel étant restreint, comme nous l'avons déjà vu précédemment (cf. *supra* II. D. 1.1)³⁴⁶.

³⁴⁰ PFÄFFLI, p. 241.

³⁴¹ FRIEDRICH, p. 556.

³⁴² FRIEDRICH, p. 556 ; VOGEL/GÜNTER, p. 1034.

³⁴³ BESSENICH, p. 233.

³⁴⁴ FASEL, *art. 66*, N. 16 ss, 19 ss ; STOLTZ/EHRAT/WIDMER, BSK-FusG *art. 104*, N. 12.

³⁴⁵ Message LFus, p. 4117 ; FRIEDRICH, p. 553.

³⁴⁶ ATF 132 III 668 c. 3.1 ; arrêt 4A_27/2006 du 22 juin 2007, c. 2.2 ; MALACRIDA, BSK-FusG, *art. 73*, N. 6a.

C'est pourquoi certains auteurs voient en l'art. 18 al. 1^{er} LFAIE l'octroi au Préposé d'une compétence d'examen spéciale, de police, par le législateur fédéral³⁴⁷. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, le renvoi auprès de l'autorité de première instance (art. 18 al. 1^{er} LFAIE et 18b OAIE) devrait donc intervenir de manière stricte dans le cas où le registre du commerce a des doutes sur la condition de l'assujettissement³⁴⁸. La pratique est toutefois bien différente et se limite généralement à un contrôle sommaire, en raison notamment du contrôle postérieur auquel procède habituellement le Conservateur³⁴⁹. Un tel raisonnement et une telle pratique sont traîtres dans le cadre du transfert de patrimoine, car comme nous l'avons vu, le Conservateur intervient postérieurement au transfert de propriété, qui devient effectif par la seule inscription au registre du commerce. La situation est encore plus problématique dans le cadre de la LDFR, car cette dernière ne prévoit l'attribution d'aucune compétence particulière au Préposé du registre du commerce (en effet, l'art. 81 LDFR réserve cette compétence au Conservateur du registre foncier) ; il lui incombe pourtant de procéder à ce contrôle, tout en restant limité dans son pouvoir d'examen³⁵⁰. *De lege ferenda*, FRIEDRICH propose donc d'étendre le champ d'application de l'art. 81 LDFR au Préposé³⁵¹.

Au niveau du registre foncier, l'inscription n'étant que purement déclarative, le Conservateur n'est pas tenu de procéder à un nouveau contrôle des conditions matérielles, ce qui exclut de fait l'examen des conditions d'acquisition découlant de la LFAIE et de la LDFR³⁵². Il devrait partir du principe que la restructuration en cause est juridiquement valable, autrement dit se fier à l'examen et à l'inscription opérés par le registre du commerce³⁵³.

Les renseignements obtenus auprès du registre du commerce et du registre foncier vaudois sur leur pratique en matière de transfert de patrimoine démontrent cependant qu'un contrôle des conditions d'acquisition – au regard tant de la législation sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger que du droit foncier rural – est bel et bien effectué par le Conservateur du registre foncier, cela avant de procéder à la transcription des effets immobiliers du transfert de patrimoine. Plus critiquable en revanche, il semble qu'aucune vérification particulière relative à la LFAIE et la LDFR n'ait lieu au niveau du registre du commerce.

Plusieurs constats s'imposent à ce stade. D'une part, il est indubitable que le contrôle effectif des conditions d'acquisition – sous l'angle de la LDFR comme de la LFAIE – doit pouvoir s'effectuer antérieurement à l'inscription constitutive au registre du commerce. D'autre part, charger le registre du commerce du contrôle de ces conditions est source de nombreuses difficultés pratiques³⁵⁴. En effet, son rôle ordinaire reste étranger aux problématiques immobilières, plus encore à des domaines aussi particuliers ; comment dès lors lui reprocher un contrôle purement sommaire ?

³⁴⁷ FRIEDRICH, p. 553 ; PFÄFFLI, p. 241.

³⁴⁸ ATF 109 Ib 101, c. 3 c).

³⁴⁹ BESSENICH, pp. 225-226 ; FRIEDRICH, p. 553.

³⁵⁰ FRIEDRICH, pp. 554-555.

³⁵¹ FRIEDRICH, p. 555.

³⁵² Décision de la Justiz-, Gemeinde-, und Kirchendirektion du Canton de Berne du 5 décembre 2005, c. 3.2 ; ZBJV 2007 p. 60, arrêt de l'Obergericht lucernois du 2 juin 2005, c. 3.1 ; FRIEDRICH, p. 561 ; PFÄFFLI, p. 242.

³⁵³ Décision de la Justiz-, Gemeinde-, und Kirchendirektion du Canton de Berne du 5 décembre 2005, c. 5.1.

³⁵⁴ FRIEDRICH, p. 561.

A cela s'ajoute encore que les compétences pratiques et les moyens matériels de vérifier les conditions d'assujettissement sont susceptibles de lui faire défaut. Enfin, relevons que cette articulation boiteuse entre les registres renforce à l'évidence le rôle préventif du notaire, qui se doit d'être d'autant plus attentif aux questions touchant à la LDFR et la LFAIE.

Pour ces raisons, la solution consistant par exemple – comme le propose FRIEDRICH, pour la LDFR uniquement – à élargir le pouvoir d'examen du Préposé ne paraît pas en soi satisfaisante. Il nous apparaît bien plus que seule l'assurance d'une certaine coordination entre les registres permettrait de garantir le traitement efficace par ces derniers des restructurations ayant des impacts sur le domaine immobilier, mais également d'assurer le respect des exigences qu'imposent les législations fédérales susmentionnées. A l'heure actuelle, les informations que nous avons pu recueillir mettent plutôt en lumière l'absence quasi totale de coordination entre les registres, qui travaillent en vase clos. Le registre du commerce devrait pouvoir consulter les registres fonciers concernés et recueillir leur avis, cela d'autant plus lorsque les immeubles se situent dans divers cantons³⁵⁵. Nous ne pouvons qu'appeler *de lege ferenda* à ce que les spécificités procédurales que le législateur a lui-même souhaité instaurer par le biais de la LFus trouvent un corollaire adéquat au niveau de l'ORF et de l'ORC. Les champs de compétence respectifs des registres, mais aussi et surtout la sécurité du droit y gagneront.

3.2 Le refus de l'inscription au registre foncier

Nous avons soulevé précédemment que – à tout le moins en se basant sur ce qui ressort de notre pratique – le registre foncier examinait les transferts de patrimoine postérieurement à l'inscription au registre du commerce, bien que l'inscription ne soit que déclarative. Or à cet instant, la propriété sur les immeubles est d'ores et déjà passée de l'entité transférante à l'entité reprenante (art. 73 al. 2 LFus et 656 al. 2 CC). Néanmoins, il existe une probabilité que la procédure d'inscription soit suspendue au registre foncier (art. 88 al. 1^{er} ORF), en raison de la nécessité pour le (déjà) propriétaire d'obtenir une autorisation administrative relative à l'acquisition d'un ou plusieurs immeubles (LDFR ou LFAIE). Dès lors, si la demande d'autorisation vient à être refusée, tenter de concilier l'acquisition à titre universel de biens immobiliers, sur la base du transfert de patrimoine, avec l'exigence d'autorisation administrative ressemble fortement à vouloir résoudre la quadrature du cercle.

Si l'on se réfère à d'autres cas de succession à titre universel, cette question semble déjà avoir été tranchée par notre Haute Cour. Dans un arrêt de 1975 relatif à l'acquisition d'immeubles par un héritier institué considéré comme personne à l'étranger – au sens de l'ancien Arrêté fédéral du 23 mars 1961 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger (ci-après : « AF »), ancêtre de la LFAIE – le Tribunal fédéral se prononce comme suit : l'absence d'autorisation fait obstacle à l'inscription du propriétaire au registre foncier³⁵⁶.

³⁵⁵ FRIEDRICH, p. 561.

³⁵⁶ ATF 101 Ib 379, c. 2.

Il a toutefois également considéré que les dispositions de la LFAIE sanctionnant de nullité les actes juridiques passés (art. 26 LFAIE, respectivement l'ancien art. 20 AF) n'étaient pas applicables en tant que telles dans ces situations particulières, ce que l'on peut à notre sens généraliser aux autres cas de succession universelle, notamment au transfert de patrimoine³⁵⁷. Dans un cas de fusion, antérieur à la LFus, notre Haute Cour a confirmé son point de vue³⁵⁸.

Le résultat n'en demeure pas moins insatisfaisant : le transfert de propriété n'est pas nul, mais le propriétaire ne peut en revanche être inscrit et se trouve donc dans l'impossibilité de disposer du bien en question (art. 656 al. 2 CC). Une solution pragmatique, élargie à la LDFR, pourrait éventuellement s'inspirer de l'art. 8 al. 2 LFAIE, à savoir autoriser l'acquisition du bien immobilier ensuite du transfert de patrimoine – et donc l'inscription du propriétaire au registre foncier – à charge pour ce dernier de l'aliéner dans un certain délai. Nous rappellerons enfin que cette éventualité a été esquissée par le Tribunal fédéral dans un arrêt de 1977 déjà³⁵⁹.

III. LA RESPONSABILITÉ PATRIMONIALE DU NOTAIRE EN CAS DE VIOLATION DU DEVOIR D'INFORMATION : LFUS

1. DROIT FÉDÉRAL ET DROIT CANTONAL : LE SYSTÈME VAUDOIS UNIFIÉ

Conformément à l'art. 61 al. 1^{er} CO, les cantons sont libres d'établir un régime de responsabilité civile autre que celui du droit privé fédéral pour leurs « *fonctionnaires et officiers publics* »³⁶⁰. Ils sont donc légitimés à édicter des dispositions réglementant responsabilité civile de droit public cantonal, cela pour les activités *ministérielles* des notaires. Les cantons ont choisi trois arbitrages différents en lien avec cette « porte ouverte » du législateur fédéral. Une première catégorie (Berne, Soleure) a légiféré en introduisant un régime de responsabilité propre, auquel cas ce régime est pleinement applicable à l'exclusion du droit fédéral³⁶¹. Une seconde partie des cantons (Genève, Fribourg, Neuchâtel) a simplement renvoyé aux règles du droit fédéral ; ce dernier s'applique dans ces cantons à titre de droit supplétif³⁶². D'autres enfin n'ont pas légiféré, les règles de droit privé s'appliquant dès lors en tant que droit fédéral (art. 41 ss CO)³⁶³.

La dissociation entre activités *ministérielles* et activités *professionnelles* prend tout son sens au regard de la responsabilité du notaire³⁶⁴. Ces dernières entrent elles dans le cadre de l'art. 61 al. 2 CO, qui ne permet pas aux cantons de déroger aux règles du Code des obligations relatives à la responsabilité civile³⁶⁵. L'art. 6 CC stipule lui que : « *Les lois civiles de la Confédération laissent subsister les compétences des cantons en matière de droit public* ».

³⁵⁷ ATF 101 Ib précité, c. 2 ; ATF 103 Ib 178, c. 3.

³⁵⁸ ATF 108 Ib 440, c. 4.

³⁵⁹ ATF 103 Ib 178, c. 3.

³⁶⁰ MOOSER, p. 198, N. 298.

³⁶¹ MOOSER, p. 199, N. 299.

³⁶² MOOSER, p. 199, N. 300.

³⁶³ JdT 1984 III 82, c. III ; MOOSER, p. 200, N. 301.

³⁶⁴ Sur la distinction : MOOSER, pp. 4 ss, N. 8 ss.

³⁶⁵ MOOSER, p. 202, N. 303.

Or, il est admis que le droit cantonal peut revêtir une « force expansive » sur le droit fédéral lorsque les normes en question sont sous-jacentes à un intérêt public ; qu'elles n'éluent pas le droit fédéral, ni n'en tournent l'esprit ou la lettre³⁶⁶. Cette force expansive a été admise par le Tribunal fédéral en matière de responsabilité de l'officier public, permettant aux cantons qui le souhaitent d'unifier la responsabilité des notaires pour l'ensemble de leurs activités³⁶⁷.

C'est le cas du Canton de Vaud, pour qui « *le notaire est civilement responsable de tout dommage qu'il cause illicitement dans l'exercice de ses activités ministérielles et professionnelles, que ce soit par dol ou par négligence* » (art. 107 al. 1^{er} LNo).

2. LES CONDITIONS GÉNÉRALES DE LA RESPONSABILITÉ DU NOTAIRE

2.1 Un acte relevant de l'activité ministérielle

Selon MOOSER, l'activité ministérielle se définit comme « *l'ensemble des opérations que le notaire est tenu d'accomplir comme officier public, en vertu de la loi réglant l'exercice du notariat* »³⁶⁸. Ainsi, le comportement à l'origine de la responsabilité – qu'il s'agisse d'une attitude active (violation du secret professionnel) ou d'une omission (dans le devoir d'information) – doit relever du domaine de l'activité ministérielle. Dans un régime de responsabilité civile unifié, comme nous l'avons vu dans le cas vaudois, la distinction entre activité ministérielle et professionnelle est sans pertinence.

2.2 Un acte illicite

Est illicite le comportement du notaire consistant à violer une obligation qui lui incombe³⁶⁹. Dans les cantons à notariat latin, le notaire répond directement envers les tiers, raison pour laquelle on se rattache à la notion d'illicéité en droit privé³⁷⁰. Cette conception de l'illicéité revient à la considérer comme une transgression d'une défense de nuire, peu importe qu'elle ressorte du droit fédéral ou du droit cantonal, du droit écrit ou coutumier. En outre, en présence de motifs justificatifs démontrés par le notaire, il n'y a pas d'illicéité³⁷¹.

Les obligations générales auxquelles le notaire est tenu sont notamment : l'obligation d'instrumenter ; l'obligation de véracité ; le respect du secret professionnel ; le respect de l'obligation de conserver les fonds confiés et les autres documents ; évidemment, l'obligation de renseigner³⁷². S'agissant spécifiquement du devoir d'information, il y a lieu surtout de constater la palette extrêmement large des sources potentielles de responsabilité civile, au vu de la complexité de ce qu'il implique et des multiples formes qu'il peut revêtir ; les divers éléments examinés au cours du Chapitre II. C. 3 ci-dessus en rendent bien compte.

³⁶⁶ MOOSER, p. 200, N. 303 ; PIOTET Thèse, p. 64.

³⁶⁷ ATF 126 III 370, c. 7 c).

³⁶⁸ MOOSER, p. 4, N. 8.

³⁶⁹ MOOSER, p. 205, N. 312.

³⁷⁰ PIOTET Thèse, p. 117.

³⁷¹ MOOSER, p. 205, N. 312 ; PIOTET Thèse, p. 117.

³⁷² MOOSER, p. 206, N. 313.

Le devoir d'information ne laisse que peu de place pour qu'un acte illicite découlant d'un comportement actif puisse être envisageable. La très large majorité des situations où une violation du devoir d'information peut être retenue fait suite à une carence dans le devoir d'information ; le cas illustratif par excellence consistant pour le notaire à ne pas rappeler au vendeur l'existence de l'hypothèque légale (art. 837 al. 1^{er} ch. 1 CC, cf. *supra* II. C. 3.2.6.1).

2.3 La faute

La faute consiste en l'élément subjectif de l'acte illicite : il s'agit d'un manquement à un devoir particulier imposé par l'ordre juridique, qui peut soit relever de *l'intention*, soit résulter de *la négligence* (art. 107 al. 1^{er} LNo)³⁷³. Elle s'apprécie de manière objective, au regard du comportement que l'on serait en droit d'attendre d'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances³⁷⁴. La loi vaudoise présume son existence, à charge pour le notaire de démontrer le contraire (art. 107 al. 2 LNo).

Tant l'inexpérience ou le manque de connaissances juridiques dans un domaine particulier que la surcharge de travail ou la fatigue excessive ne sauraient servir le notaire aux fins de s'exonérer d'une quelconque faute³⁷⁵. Pour une opération aussi particulière que le transfert de patrimoine – qui plus est lorsque seule l'instrumentation d'une partie de celui-ci lui incombe – il paraît évident qu'il est impératif pour l'officier public de bénéficier de solides connaissances en matière de restructurations. Si tel n'est pas le cas, le notaire devrait se montrer prudent et s'adjoindre les services d'un spécialiste en la matière (avocat ou notaire), cela afin de parer tout risque de voir sa responsabilité engagée ultérieurement.

2.4 Un dommage

Le dommage se définit comme une diminution du patrimoine d'une personne, sans que cela soit volontaire, et correspond à la différence entre la situation actuelle du lésé et la situation qui serait la sienne si l'événement dommageable n'était pas intervenu. S'agissant des distinctions typologiques, il peut s'agir soit d'une diminution d'actifs ou d'une augmentation de passifs (*perte éprouvée*), soit d'une non-diminution des passifs ou d'une non-augmentation des actifs (*gain manqué*). La preuve du dommage, tout comme celle de l'acte illicite, incombe au lésé³⁷⁶.

2.5 Un lien de causalité

L'acte du notaire doit se trouver dans un rapport de connexité étroit avec le dommage subi par le lésé. On parle d'un rapport de causalité *naturel* et *adéquat* ; le comportement du notaire doit dans le cas concret être propre à causer, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, un effet du type de celui qui s'est produit³⁷⁷. Dans de rares cas, la causalité peut être interrompue, soit en raison d'événements extérieurs extraordinaires, soit du fait du comportement du lésé³⁷⁸.

³⁷³ MOOSER, p. 204, N. 309.

³⁷⁴ MOOSER, p. 204, N. 309 ; PIOTET Thèse, p. 144.

³⁷⁵ MOOSER, p. 205, N. 311.

³⁷⁶ BRÜCKNER, p. 197, N. 641 ; MOOSER, p. 207, N. 316.

³⁷⁷ PIOTET Thèse, p. 151.

³⁷⁸ MOOSER, p. 208, N. 318.

Nous reprendrons ici la formule de PIOTET : « *Établir le lien de causalité adéquate revient à déterminer si le résultat dommageable peut être considéré objectivement comme l'effet de la cause considérée* »³⁷⁹.

En d'autres termes, lorsque le dommage subi par la victime est attribuable pour une part prépondérante à une quelconque omission du notaire dans son devoir d'information – et que pour le surplus, les autres conditions de la responsabilité sont remplies – un lien de causalité existe bel et bien. Dès lors, la responsabilité patrimoniale de l'officier sera engagée.

2.6 L'absence de prescription

Pour les cantons qui ont légiféré en matière de responsabilité patrimoniale des notaires, la prescription découle de la réglementation propre à chacun d'eux. Dans le Canton de Vaud, celle-ci est de dix ans dès l'exigibilité (art. 108 al. 1^{er} LNo) – identique au délai de prescription de l'art. 127 CO – sans qu'il ne soit possible de modifier la prescription conventionnellement, que ce soit à l'avantage des parties ou à leur détriment (art. 108 al. 2 LNo).

3. L'APPLICATION DE L'ART. 108 LFUS ?

Seule disposition de la Section 6 des dispositions communes de la LFus, l'art. 108 al. 1^{er} stipule que « *toutes les personnes qui s'occupent de la fusion, de la scission, de la transformation ou du transfert de patrimoine répondent envers les sujets, de même qu'envers chaque associé et chaque créancier, du dommage qu'ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs* ». Il vise essentiellement à protéger le patrimoine des entités participantes, de même que les intérêts de leurs associés et créanciers respectifs³⁸⁰. En outre, il s'agit d'une *lex specialis* qui prime le cas échéant sur les normes de responsabilité relatives à chaque forme juridique³⁸¹. Dès lors, en présence d'une règle de responsabilité spéciale, le point de savoir si le notaire – en tant que participant au processus de restructuration – peut se voir imputer une quelconque responsabilité sur cette base, mérite d'être éclairci.

3.1 Conditions matérielles de la responsabilité : renvoi

3.1.1 La violation d'une obligation

La responsabilité des personnes s'occupant du transfert de patrimoine découle en premier lieu de la violation de « leurs devoirs », notion qui n'est pas définie plus avant par le texte légal. La doctrine s'accorde pour affirmer que la LFus vise ici la violation (mauvaise exécution ou inexécution) de devoirs découlant du droit des restructurations³⁸².

³⁷⁹ PIOTET Thèse, p. 151.

³⁸⁰ MARTINI, *art. 108 LFus*, N. 1.

³⁸¹ MARTINI, *art. 108 LFus*, N. 9 ; SCHENKER, *Stämpflis Handkommentar, art. 108 LFus*, N. 4.

³⁸² MARTINI, *art. 108 LFus*, N. 48 ; SCHENKER, *Stämpflis Handkommentar, art. 108 LFus*, N. 14.

Pour le cas précis du transfert de patrimoine, la responsabilité des membres d'un organe des sujets participants pourrait être engagée si les violations suivantes sont constatées : rédaction imparfaite du contrat de transfert (art. 70 LFus) ; omission ou erreurs dans l'inventaire (art. 71 al. 1^{er} let. b LFus) ; violation de l'obligation d'information (art. 74 LFus) ; éluder ou fausser la procédure d'information ou de consultation des travailleurs (art. 77 LFus) ; retard ou imperfection dans la réquisition au registre du commerce (art. 73 LFus) ; insuffisance ou inexistence de sûretés destinées aux créanciers (art. 75 al. 3, 76 al. 2 LFus)³⁸³.

3.1.2 Faute, dommage, lien de causalité : renvoi

Les considérations précédentes concernant les conditions de la responsabilité patrimoniale du notaire, plus précisément celles relatives à la faute, au dommage et au lien de causalité (cf. *supra* III. 2.3 – 2.5) sont transposables dans le cadre du présent Chapitre, raison pour laquelle nous y renvoyons sans autre examen supplémentaire.

3.1.3 L'absence de prescription

L'art. 108 al. 3 LFus renvoie aux art. 756, 759 et 760 CO, dont le dernier régit la prescription. L'art. 760 CO connaît *un délai relatif* de cinq ans à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage, ainsi qu'*un délai absolu* de dix ans depuis la survenance de l'événement dommageable³⁸⁴. S'agissant du délai relatif, il y a lieu de considérer la connaissance du dommage par la partie lésée comme acquise dès lors qu'elle connaît l'existence de celui-ci et ses caractéristiques essentielles, autrement dit sitôt qu'elle détient les éléments suffisants pour engager et fonder une action en justice³⁸⁵. Enfin, l'interruption de prescription sur la base de l'art. 135 CO vaut tant pour le délai relatif que pour le délai absolu³⁸⁶.

3.2 La légitimation passive du notaire ?

Le Message paraît encore plus explicite que le texte de l'art. 108 al. 1^{er} LFus, dans la mesure où il vise « *toutes les personnes qui, d'une manière ou d'une autre, sont impliquées* » dans le transfert de patrimoine : cela semble évoquer un cercle relativement large, mais s'étend-il jusqu'au notaire qui participe à la perfection de la restructuration³⁸⁷ ? Cette question est controversée en doctrine, certains auteurs y répondant par la négative, alors que d'autres l'admettent dans certaines situations particulières³⁸⁸. Un point particulier semble toutefois faire consensus parmi les auteurs. Lorsque le notaire est habilité, en vertu d'une norme spéciale de la LFus (art. 104 al. 4 LFus), à requérir l'inscription au registre foncier, qu'il tarde à le faire sans raison valable et que cela conduit à un dommage subi par l'une des parties, il peut voir sa responsabilité engagée conformément à l'art. 108 LFus³⁸⁹.

³⁸³ MARTINI, *art. 108 LFus*, N. 49.

³⁸⁴ MARTINI, *art. 108 LFus*, N. 59.

³⁸⁵ ATF 136 III 322, c. 4.1 ; MARTINI, *art. 108 LFus*, N. 59.

³⁸⁶ MARTINI, *art. 108 LFus*, N. 60.

³⁸⁷ Message LFus, p. 4142 ; MARTINI, *art. 108 LFus*, N. 34.

³⁸⁸ BERETTA, pp. 313-315 ; MOOSER, p. 202, N. 302b ; TRIGO TRINDADE/GRIESEN COTTI, *Application*, p. 238 ; WEIBEL/CRAMER, *art. 104 LFus*, N. 15.

³⁸⁹ BRÄNDLI, p. 8, N. 35 ; MOOSER, p. 176, N. 260, p. 202, N. 302b ; VOGEL/GÜNTER, p. 1034.

Sur ce point, il nous semble qu'un parallèle peut être fait avec les normes du droit ordinaire des sociétés sur la responsabilité des fondateurs, en particulier l'art. 753 CO. Ce dernier stipule que « *toutes les personnes qui coopèrent à la fondation d'une société répondent à son égard de même qu'envers chaque actionnaire et créancier social du dommage qu'ils leur causent* ». Or, la doctrine et la jurisprudence, à tout le moins cantonales, reconnaissent au notaire la qualité de participant à la fondation³⁹⁰. Les similitudes dans la formulation entre les art. 108 LFus et 753 CO d'une part, et le caractère particulier de ces normes de responsabilité d'autre part – à savoir une responsabilité élargie dans une phase déterminante pour la société – laissent à penser que la norme de responsabilité découlant de la LFus devrait être traitée de manière similaire à l'art. 753 CO, bien que plus récente. Dès lors, la qualité de participant à la restructuration et donc sa responsabilité devrait également pouvoir être reconnue à l'officier public.

Quant aux relations entre droit fédéral et droit cantonal de la responsabilité du notaire, l'arrêt susmentionné rendu par le Tribunal cantonal vaudois livre un point de vue intéressant, sans toutefois trancher la question de manière définitive. Comme lui, qui semble marquer une préférence pour l'opinion de PIOTET, il nous semble pertinent de laisser au lésé le choix des règles de la responsabilité qu'il souhaite invoquer³⁹¹. Il n'est en effet pas improbable qu'au cours de la restructuration en question, le notaire instrumente des actes par hypothèse imparfaits, qui sortent du cadre strict de l'activité ministérielle, auquel cas le lésé a assurément un intérêt à pouvoir se tourner vers la règle de droit fédéral.

CONCLUSION

La complexité de la tâche assignée par le législateur au notaire se reflète tant dans la diversité des procédures de restructuration que dans le contenu matériel des actes dont il concourt à l'élaboration. Qu'il s'agisse de la fusion, la scission, la transformation ou du transfert de patrimoine, un pan au demeurant infime de son activité, l'on exige de lui qu'il s'adapte aux variantes internes des restructurations susmentionnées et leurs différents processus, à la nature versatile et parfois incertaine des actes qu'il instrumente – procès-verbal d'assemblée, constat translatif de propriété, contrat de transfert de patrimoine – à un devoir d'information polymorphe dont l'ampleur fait appel à ses propres capacités d'intelligence et de discernement au regard de la situation des parties, à des délais de transcription dans les registres au plus immédiat de ce que celles-ci ont la délicatesse de considérer comme raisonnable... Comme nous avons pu l'illustrer dans le cadre du présent travail, cette infinie complexité se reflète particulièrement dans le devoir d'information qui incombe au notaire dans le transfert de patrimoine comprenant des immeubles, partagé qu'il est entre la procédure relevant du droit des sociétés et les divers éléments qui le rapprochent du contrat de vente immobilière.

³⁹⁰ JdT 1984 III 82, c. II. ; PIOTET Thèse, p. 87.

³⁹¹ JdT 1984 III 82, c. III. ; PIOTET Thèse, p. 91.

En parallèle à cette tâche considérable, le notaire assiste silencieusement à la remise en cause subreptice de principes jusqu'alors établis, garants de la qualité de son activité et de la souveraineté du Canton auquel il a prêté serment. Par goût de simplification des transactions, par l'envie d'accélérer un temps qui semble ne jamais cesser de se rétrécir, le législateur fédéral semble avoir fait le choix des restructurations d'entreprises pour tenter d'amorcer un mouvement de transition, qui ne laisse entrevoir comme corollaire qu'un officier public déraciné de son sol, contraint d'abandonner la perfectibilité de ses actes authentiques. Pourtant, cette mélancolie teintée de passéisme ne saurait atteindre le notaire dans son office. Attaché à sa tâche de conseil des parties et en tant qu'artisan-praticien, il se doit de composer avec les outils légaux transmis par le législateur – qu'il soit cantonal ou fédéral – outils qui s'avèrent de temps à autre imparfaits, de la même manière qu'un tailleur serait requis de restituer un habit au rendu excellent à l'aide de ciseaux aux formes inégales. C'est aujourd'hui le cas avec les certaines lois fédérales qui s'accordent mal avec la transcription des restructurations dans les registres publics ; ce sera le cas demain, car telle est la nature du Droit, imparfaite.

Revenons cependant à notre contrat de transfert authentique, dont le notaire, après l'avoir instrumenté, devra également requérir les modifications y relatives avec diligence, tant au registre du commerce qu'au registre foncier. Ainsi, de la préparation de l'acte à l'inscription du transfert de propriété au registre foncier, en passant par les nombreux renseignements à délivrer aux parties, le transfert de patrimoine authentique représente une épreuve de choix pour la qualité du notariat, apanage indispensable de cette profession dont l'une des prérogatives essentielles depuis la nuit des temps est de prévenir les conflits de droit. Il exige du notaire une vision à la fois préventive et anticipatrice – en particulier au regard des exigences de la LFAIE et la LDFR – qui doit avoir pleine conscience des lacunes légales évoquées. Plus que jamais, les cautèles imposées par la Lex KOLLER et le droit foncier rural amènent le notaire à se placer dans un rôle d'auxiliaire du Préposé du registre du commerce et du Conservateur du registre foncier, à qui il se doit d'amener un acte au plus proche de la perfection.

Par ces quelques derniers mots, nous nous permettrons donc de contredire audacieusement Honoré DE BALZAC qui dans son *Code des gens honnêtes* affirmait, avec la finesse qui le caractérise : « *Posons d'abord pour premier principe que la plus mauvaise transaction, rédigée même par un notaire ignorant, est meilleure que le meilleur procès* ».

