



Cedric Panchaud*

La transformation d'une association en société anonyme

Ou comment réduire le temps nécessaire à l'inscription constitutive d'une société de capitaux au registre du commerce

Plan

- I. Positionnement du problème
- II. Les solutions proposées
 1. Solution internationale
 - 1.1 Etape 1
 - 1.2 Etape 2
 - 1.3 Etape 3
 2. Solution en droit suisse
 - 2.1 Etape 1
 - 2.2 Etape 2
- III. L'association en bref
 1. Introduction
 2. Fondateurs
 3. Constitution
 4. But social
 - 4.1 But économique ou but idéal?
 - 4.2 Cumul de but économique et d'exploitation d'entreprise en la forme commerciale
 - 4.3 Qualification du but d'une association
 - a But économique
 - b But idéal
 - c But mixte
 - 4.4 Qualification de l'acquisition d'un immeuble ou d'une participation dans une société de capitaux
 - a But commercial ou économique ?
 - b Exploitation d'une entreprise en la forme commerciale
 5. Inscription au registre du commerce
- IV. La transformation d'une association
 1. Proprement dite
 2. Improprement dite
 3. La transformation en société anonyme
 - 3.1 Projet de transformation
 - 3.2 Rapport de transformation
 - 3.3 Bilan
 - 3.4 Vérification du projet de transformation, du rapport de transformation et du bilan
 - 3.5 Droit de consultation
 - 3.6 Décision de l'assemblée générale
 - a Forme
 - b Quorum et majorité
 - c Droit de sortie
 - d Transformation
 - e Statuts
 - 3.7 Dispositions relatives à la constitution d'une société anonyme
 - g Attribution des actions
 - 3.7 Inscription au registre du commerce
- V. Analyse fiscale
 1. Traitement fiscal de l'association
 - 1.1 Début de l'assujettissement
 - 1.2 Impôt sur le bénéfice
 - a Impôt fédéral direct
 - b Impôt cantonal et communal
 - 1.3 Impôt sur le capital
 - a Impôt fédéral direct
 - b Impôt cantonal et communal
 2. Traitement fiscal de la transformation de l'association en société anonyme
 - 2.1 Fiction de rétroactivité
 - 2.2 Impôt sur le bénéfice
 - 2.3 Impôt sur le capital
 - 2.4 Droit de timbre d'émission
 - 2.5 Impôt anticipé
 - 2.6 Impôt sur le revenu
 - 2.7 Impôt sur la fortune
 - 2.8 Taxe sur la valeur ajoutée
 - 2.9 Droit de timbre de négociation
- VI. La question de l'abus de droit
- VII. Conclusion

I. Positionnement du problème

Tout conseil exerçant en Suisse a probablement déjà craint, à un moment ou à un autre de sa carrière, que l'inscription d'une société de capitaux au registre du commerce n'intervienne pas à temps avant une transaction importante. En effet, la constitution de sociétés de capitaux en Suisse peut parfois paraître lente face aux pays anglo-saxons, où quelques heures suffisent pour constituer une personne morale¹.

¹ CEDRIC PANCHAUD, Die Limited in der Schweiz, die Britische Private Company Limited by Shares als Alternative zur Schweizerischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Diss. Fribourg, Rome 2013, p. 56 no 144 et suivants. Il est aujourd'hui également possible de procéder à la constitution directement sur le site internet du registre du commerce britannique pour GBP 12. Le paiement doit être effectué au moyen d'une carte de crédit. L'inscription intervient en règle générale dans les 24 heures (<https://www.gov.uk/government/>

* Cedric Panchaud, docteur en droit, avocat, titulaire du brevet de notaire, expert fiscal diplômé, associé en l'étude BEKER GUIRAMAND SEPE Tax & legal, Genève.

L'inscription d'une société de capitaux au registre du commerce est constitutive. En vertu de l'art. 643 al. 1 CO², elle n'acquiert la personnalité juridique qu'avec son inscription au registre précité³. Cela signifie, en particulier, que ce n'est qu'à partir de son inscription au registre du commerce qu'elle peut être porteuse de droits et d'obligations. Cet écueil est toutefois relativisé par le fait, que des personnes physiques ou morales – en règle générale les fondateurs – peuvent, selon l'art. 645 CO, conclure des contrats au nom de la société en constitution qui peut ensuite les reprendre dans les trois mois à compter de son inscription au registre du commerce⁴. Néanmoins, les personnes agissant au nom de la société en constitution sont seules parties aux contrats jusqu'à leur reprise par la société.

La reprise d'obligations par une société implique un changement de contrepartie imposé au cocontractant sur simple déclaration de la société⁵. Ce système connaît toutefois ses limites. Ainsi, par exemple, une société en constitution ne peut être inscrite comme propriétaire d'un immeuble au registre foncier (art. 51 ch. 1 lit. b ORF)⁶ ou en tant que contribuable dans le registre des contribuables TVA. Toutefois, l'inscription en qualité de contribuable TVA est une condition *sine qua non* de la déduction de l'impôt préalable sur les prestations de service réputées consommées au moment de leur acquisition⁷. Ainsi, en l'absence d'inscription au registre des contribuables TVA, une société en constitution ne pourra pas faire valoir la déduction de l'impôt préalable sur les prestations de service réputées consommées au moment de leur acquisition. Cette déduction tombe alors à vide.

La présente contribution vise à apporter une solution concrète et pragmatique au problème de rapidité, qui peut être rencontré en Suisse, lors de l'inscription d'une société de capitaux au registre du commerce, en particulier dans le contexte de la mise en œuvre d'une transaction. Toutefois, comme le lecteur s'en rendra compte au

fur et à mesure, la solution proposée en droit suisse n'est qu'une *ultima ratio*.

II. Les solutions proposées

1. Solution internationale

1.1. Etape 1

Pour effectuer la transaction envisagée (i.e. l'acquisition de TARGET SA, cf. illustration ci-dessous), les parties peuvent constituer une société de capitaux à l'étranger en lieu et place d'une société anonyme de droit suisse. Les parties peuvent, par exemple, recourir à une *Private Company Limited by Shares* au Royaume-Uni (i.e. SPV Ltd) qui peut, comme évoqué ci-dessus, être constituée en l'espace de quelques heures.

Il est toutefois préférable que la société étrangère n'acquière pas directement la participation dans TARGET SA, mais qu'elle procède par l'intermédiaire d'une succursale suisse⁸. Ce rattachement de la participation acquise à la succursale suisse de SPV Ltd permet de maintenir un état de fait suisse et partant de limiter les problématiques transfrontalières découlant de l'acquisition d'une participation par une société étrangère; à savoir, un rattachement fiscal au siège de la société étrangère d'une part et, d'autre part, l'impossibilité de bénéficier des possibilités de transformation de la LFus. Un rattachement au siège de SPV Ltd implique potentiellement une charge fiscale plus élevée sur les dividendes (notamment l'impôt anticipé qui ne peut pas être récupéré suivant les juridictions et l'importance de la participation acquise, p. ex. la CDI avec le Royaume-Uni prévoit un taux de 0 % uniquement si la participation acquise est supérieure à 10 %), les bénéfices ou encore les gains en capitaux réalisés par SPV Ltd.

L'inscription d'une succursale au registre du commerce a un effet uniquement déclaratif en droit suisse⁹. Ainsi, SPV Ltd peut acquérir les actions de TARGET SA dès qu'elle est valablement constituée, sans attendre l'inscription de sa succursale suisse au registre du commerce. Toutefois, pour des transactions ne portant pas sur des actions, mais impliquant une cession simultanée de plusieurs biens, droits, etc., il conviendra aux parties d'attendre l'inscription de la succursale suisse au registre du commerce avant de procéder. En effet, l'inscription de la succursale au registre du commerce ouvre la voie du transfert de patrimoine selon l'art. 69 LFus, qui permet le transfert *uno actu* de tous les actifs acquis en lieu et place d'une cession individuelle¹⁰.

publications/incorporation-and-names/incorporation-and-names, visitée pour la dernière fois le 9 mai 2022).

² Loi fédérale complétant le Code civil Suisse du 30 mars 1911, Rs. 220.

³ BSK OR II-SCHENKER, art. 643 N 1.

⁴ PASCAL MONTAVON et al., Abrégé de droit commercial, 6^{ème} édition, Genève/Zurich/Bâle, 2017, p. 310.

⁵ CR CO II-LOMBARDINI, art. 645 N 14.

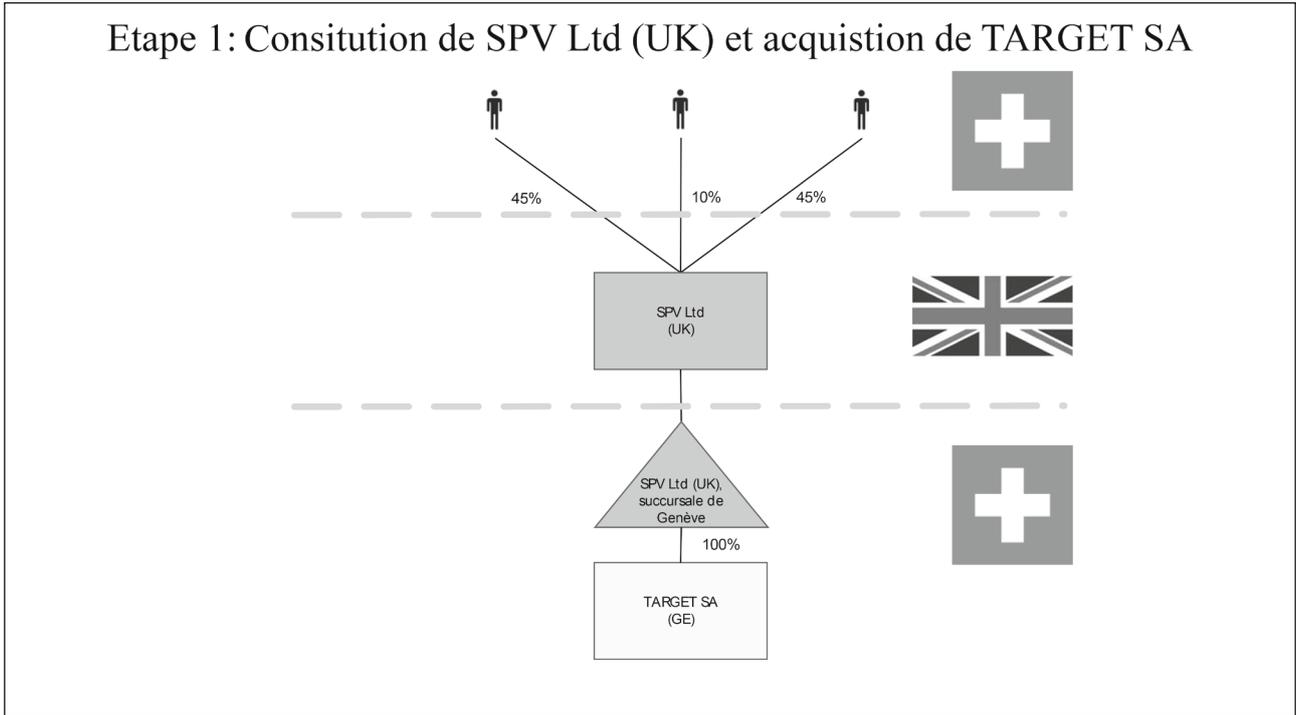
⁶ Ordonnance sur le registre foncier (ORF) du 23 septembre 2011, Rs. 211.432.1.

⁷ Info TVA 02 assujettissement à la TVA ch. 5.2.2 : « La déclaration d'inscription volontaire au registre des assujettis à la TVA peut être faite au plus tôt pour le début de la période fiscale en cours (art. 14, al. 4, LTVA). Il faut que le sujet fiscal ait déjà existé à ce moment-là (une SA ne peut pas ex. pas être inscrite au registre des assujettis à la TVA à une date précédant son inscription au registre du commerce) et qu'une activité entrepreneuriale ait déjà été exercée. » L'impôt préalable ne peut pas être dégrevé ultérieurement pour certaines prestations de services (p.ex. avocats, etc.) qui sont réputées consommées au moment de leur acquisition, cf. Info TVA 10 ch. 3.3.2.

⁸ A ce sujet, PANCHAUD (n. 1).

⁹ PANCHAUD (n. 1), p. 153 no 424.

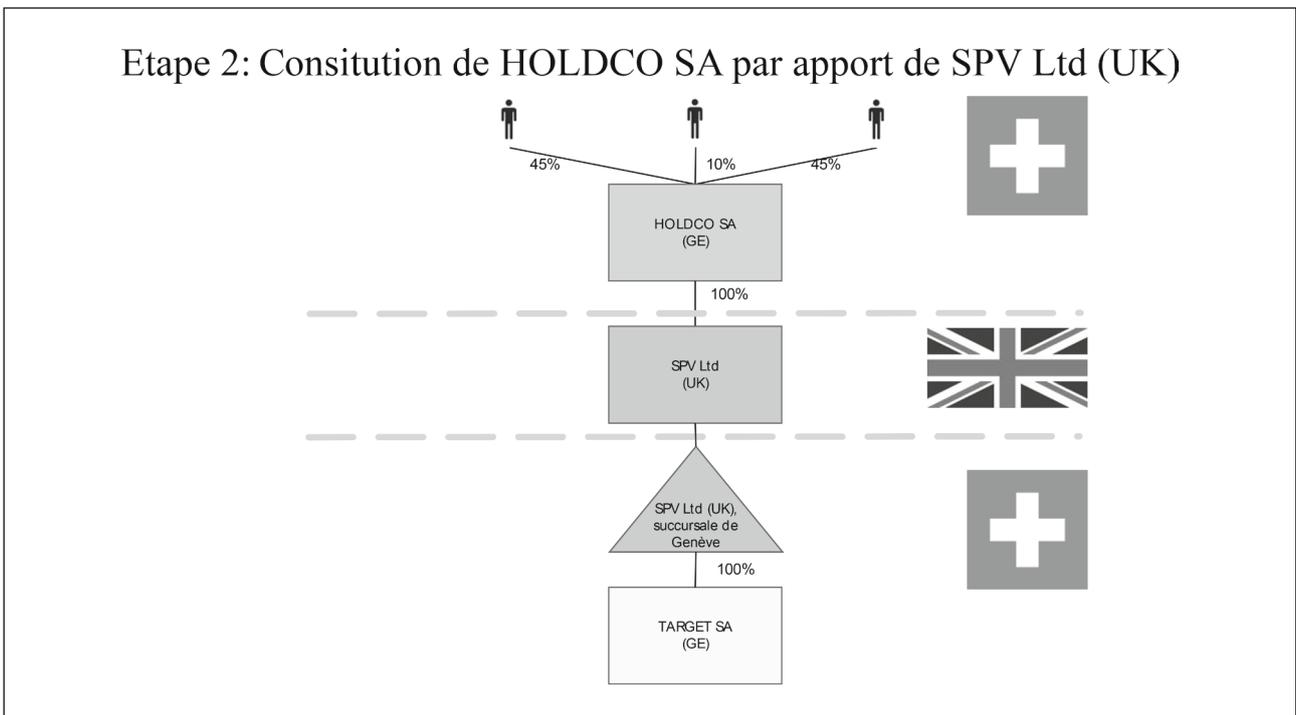
¹⁰ PANCHAUD (n. 1), p. 238 no 668 ss.



1.2. Etape 2

Une fois les actions de TARGET SA acquises par SPV Ltd, les actions de SPV Ltd sont apportées dans un deuxième temps à une société de capitaux suisse (HOLDCO SA), lors d'une constitution ou d'une augmentation de

capital par apport en nature. Alternativement, l'actionnaire peut apporter les actions de SPV Ltd à HOLDCO SA au crédit du compte de réserves (réserves issues d'apport en capital).



1.3. Etape 3

Dans une troisième et dernière étape, SPV Ltd est liquidée, ce qui entraîne également la liquidation de sa succursale genevoise. Lors de sa liquidation, SPV Ltd distribue un dividende de liquidation à HOLDCO SA. Ce dividende de liquidation se compose principalement de la participation TARGET SA.

Alternativement, une fusion par absorption de SPV Ltd par HOLDCO SA aurait pu être envisagée, si la législation du pays du siège de SPV Ltd le permettait. Tel n'est pas le cas du Royaume-Uni. Partant, une absorption de SPV Ltd par HOLDCO SA n'est pas possible.

Il sied de relever que le droit britannique connaissait la possibilité d'une fusion transfrontalière avec les pays membres de la Communauté économique européenne. Cette possibilité de fusion transfrontalière, à l'origine inconnue du droit britannique, avait été introduite en application du droit européen. Les dispositions légales relatives aux fusions transfrontalières avec des entités ayant leur siège dans des pays membres de la Communauté économique européenne ont été abrogées avec effet au 31 décembre 2020, par suite de l'écoulement de la période transitoire post Brexit¹¹. Ainsi, les sociétés britanniques ne peuvent plus fusionner avec des sociétés dont le siège est situé hors du Royaume-Uni.

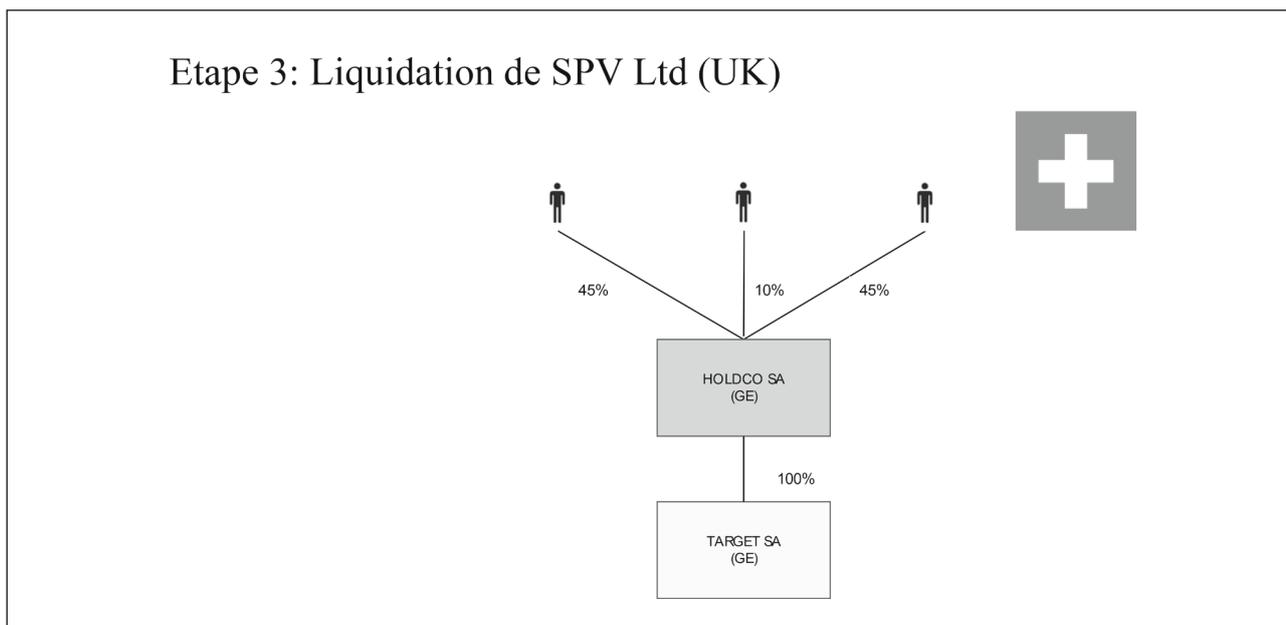
La manière de procéder décrite ci-dessus, soit l'utilisation d'une *Private Company Limited by Shares* britannique comme alternative à une société de capitaux suisse, ne sera pas analysée plus en détail dans la présente contribution. Il est renvoyé à la thèse de doctorat de l'auteur à ce sujet¹².

2. Solution en droit suisse

Alternativement à l'utilisation d'une société de capitaux étrangère, les intéressés peuvent, par exemple, utiliser une association comme véhicule d'acquisition, en lieu et place d'une société anonyme étrangère, afin d'éviter l'écueil de l'inscription constitutive du registre du commerce.

2.1. Etape 1

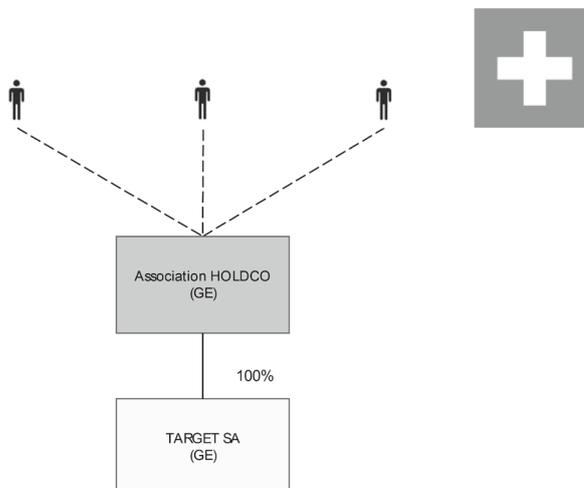
Les parties constituent une association et procèdent à l'acquisition des actions de TARGET SA. Le schéma ci-après illustre la transaction.



¹¹ The Companies, Limited Liability Partnerships and Partnerships (Amendment etc.) (EU Exit) Regulations 2019 (2019 No. 348).

¹² PANCHAUD (n. 1).

Etape 1: Consitution de l'association HOLDCO et acquisition de TARGET SA



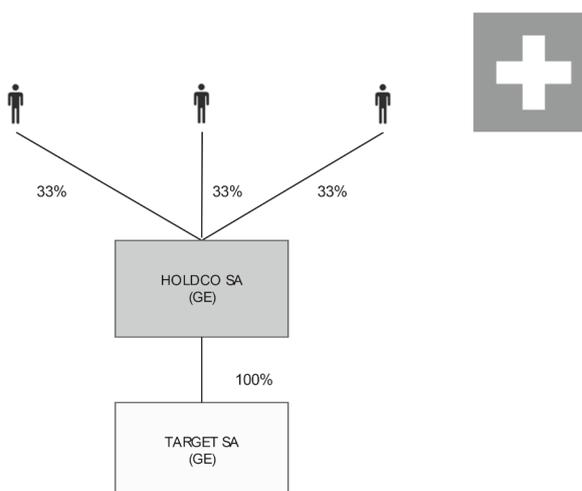
2.2. Etape 2

Dans un second temps, les membres de l'association transforment l'association en une société anonyme. Ce mode de procéder – soit l'acquisition d'une participation dans une société de capitaux et/ou des actifs par le biais d'une association et sa transformation ultérieure en so-

ciété anonyme – permet à priori de réduire le temps nécessaire à l'inscription d'une société anonyme suisse au registre du commerce.

Alternativement, les parties peuvent également transformer l'association en société à responsabilité limitée. Cette possibilité ne sera toutefois pas analysée.

Etape 2: Transformation de l'association HOLDCO en société anonyme



III. L'association en bref

1. Introduction

L'association est une personne morale régie succinctement par le Code civil, qui jouit de la personnalité juridique¹³. En tout et pour tout, le législateur lui a accordé une vingtaine d'articles, qui sont pour la majorité de droit dispositif. Ainsi, l'association est une structure malléable qui peut être adaptée aux besoins de ses membres et être utilisée à des fins variées¹⁴.

2. Fondateurs

Au minimum deux personnes – physiques ou morales – sont nécessaires pour constituer une association¹⁵. S'ils ne sont que deux fondateurs, les statuts doivent préciser, que les décisions de l'assemblée générale sont prises à l'unanimité¹⁶.

3. Constitution

Une association est constituée en deux phases¹⁷. Lors de la première, les fondateurs se réunissent en une société simple, dont le but est la constitution d'une association. Cette société simple est automatiquement dissoute lorsque son but est atteint, c'est-à-dire au moment de la constitution de l'association¹⁸. Dans ce contexte, les fondateurs effectuent toutes les démarches préparatoires indispensables à la constitution de l'association. Il s'agit notamment du choix de la raison sociale, de la rédaction des statuts, de la désignation des candidats à la direction, du financement de l'association, etc.

A l'issue de cette phase préparatoire, les fondateurs tiennent, dans une seconde phase, une assemblée constitutive au cours de laquelle ils manifesteront leur volonté de se réunir en la forme d'une association. A l'ordre du jour de cette assemblée figure notamment la décision de constituer une association, l'adoption des statuts et l'élection des membres de la direction. L'inscription de l'association au registre du commerce n'est obligatoire que dans certains cas de figure et déploie, le cas échéant,

uniquement un effet déclaratif. Ainsi, l'association est constituée dès que les statuts sont adoptés par l'assemblée¹⁹. Par ailleurs, il sied de relever que l'assemblée constitutive n'est soumise à aucune forme particulière²⁰. Néanmoins, il est souhaitable à des fins de documentation, que la direction tienne un procès-verbal et signe les statuts, bien qu'une telle démarche ne soit obligatoire qu'en lien avec une éventuelle inscription au registre du commerce. En effet, l'art. 90 al. 1 lit. b ORC²¹ dispose qu'un exemplaire des statuts signé par au moins un membre de la direction, doit être déposé au moment de la réquisition d'inscription au registre du commerce²².

4. But social

4.1. But économique ou but idéal?

Toute association doit poursuivre un but idéal, à l'exclusion de tout but économique (art. 60 al. 1 CC²³). Néanmoins, cette exigence légale a été quelque peu assouplie par la jurisprudence²⁴, qui a précisé qu'une association peut également poursuivre un but économique²⁵ pour autant qu'elle n'exploite pas simultanément une entreprise en la forme commerciale²⁶. Ainsi, seule une association poursuivant un but idéal peut exploiter simultanément une entreprise en la forme commerciale²⁷.

4.2. Cumul de but économique et d'exploitation d'entreprise en la forme commerciale

Si une association poursuit un but économique et exploite simultanément une entreprise en la forme commerciale depuis sa constitution, un juge saisi devra constater que l'association n'a pas acquis la personnalité juridique lors de sa constitution²⁸. A l'inverse, si une association à but idéal valablement constituée modifie son but effectif en but économique, alors qu'elle exploite une entreprise en la forme commerciale ou qu'elle débute l'exploitation d'une entreprise en la forme commerciale, un juge saisi devra prononcer la dissolution de ladite association avec effet *ex nunc*²⁹. Indépendamment de la dis-

¹³ WOLFGANG PORTMANN, SPR II/5, p. 8 no 10; ATF 90 II 333, c. 1 et 2.

¹⁴ ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, mit neuem Firmen- und künftigen Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12^{ème} édition, 2018 Berne, p. 761, no 34; BERNHARD MADÖRIN, Vereine und Stiftungen, Berne 2008, p. 8, § 1.

¹⁵ PORTMANN (n. 13), p. 4 no 4; CR CC I-JEANNERET/HARI, art. 60 N 38.

¹⁶ CR CC I-JEANNERET/HARI, art. 60 N 33-34.

¹⁷ PORTMANN (n. 13), p. 57 no 104; CHRISTOPH HONEGGER, Probleme des Gläubigerschutzes im Vereinsrecht, Diss. Bâle 2000, p. 75, § 3.1.1.1.

¹⁸ CR CC I-JEANNERET/HARI, art. 60 N 46; BSK ZGB I-SCHERRER/BRÄGGER, art. 60 N 37.

¹⁹ PORTMANN (n. 13), p. 57 no 105; MADÖRIN (n. 14), p. 11, § 4.

²⁰ MADÖRIN, (n. 14), p. 12, § 4.

²¹ Ordonnance sur le registre du commerce (ORC) du 17 octobre 2007, Rs. 221.411.

²² OFK HRegV-VOGEL, art. 90 N 11; PORTMANN (n. 13), p. 59 no 110.

²³ Code civil suisse du 10 décembre 1907, Rs. 210.

²⁴ SHK HRegV-BERGER, art. 91 N 4.

²⁵ MADÖRIN (n. 14), p. 11, § 4.

²⁶ ATF 90 II 333, c. 2; art. 91 ORC; MADÖRIN (n. 14), p. 11, § 4; BSK ZGB I-SCHERRER/BRÄGGER, art. 60 N 6; SHK HRegV-BERGER, art. 91 N 6.

²⁷ ATF 90 II 333; CR CC I-JEANNERET/HARI, art. 60 N 7; HONEGGER (n. 17), p. 119, § 5.1.2.2; PORTMANN (n. 13), p. 25 no 46.

²⁸ SHK HRegV-BERGER, art. 91 N 6; BSK ZGB I-SCHERRER/BRÄGGER, art. 60 N 15-17; CR CC I-JEANNERET/HARI, art. 60 N 14; ATF 90 II 333.

²⁹ SHK HRegV-BERGER, art. 91 N 6; BSK ZGB I-SCHERRER/BRÄGGER, art. 60 CC N 15-17; CR CC I-JEANNERET/HARI, art. 60 N 14; ATF 90 II 333.

solution de l'association par un juge avec effet *ex tunc* ou *ex nunc* la sanction pour les membres d'une telle association dissoute est potentiellement sévère. En effet, l'art. 62 CC dispose que les associations qui n'ont pas acqui la personnalité juridique, ou qui ne peuvent l'acquérir, sont assimilées aux sociétés simples³⁰. Il en découle que les membres d'une association, qui n'a pas été valablement constituée ou qui est dissoute, répondent indéfiniment et solidairement des engagements de l'association au sens de l'art. 533 CO³¹.

4.3. Qualification du but d'une association

a. But économique

Le but d'une association est à qualifier de commercial quand l'association sert « médiatement les intérêts économiques de [ses] membres »³² ou, formulé différemment, « [s]'il tend à satisfaire les intérêts [...] de la corporation »³³. De manière simplifiée, un but économique peut être défini comme la volonté des membres de se regrouper avec l'objectif de multiplier leur investissement³⁴ et de se répartir le bénéfice sous forme d'argent ou de prestations de services³⁵. La doctrine retient qu'une association ne peut avoir comme but de procurer des avantages pécuniaires ou en nature à ses membres³⁶. A titre illustratif, dans l'arrêt « Association suisse des fabricants de cigarettes », le Tribunal fédéral avait qualifié d'« économique » le but d'une association, dont l'activité consistait en la fixation des marges de ses membres à l'instar d'un cartel (ATF 90 II 333, c. 8). La doctrine mentionne également l'achat groupé de matières premières pour ses membres, dans la mesure où l'activité est déployée dans l'intérêt des membres³⁷.

b. But idéal

Le but d'une association peut être qualifié d'idéal lorsque l'activité déployée par ladite association n'enrichit aucun de ses membres³⁸ et qu'aucune distribution n'est effectuée en leur faveur³⁹. Ainsi, le législateur a, par exemple, autorisé les compagnies d'assurance exerçant dans le cadre légal de l'assurance-maladie au sens de la LAMal à s'organiser en la forme juridique de l'association, malgré le fait qu'elles exploitent une entreprise commerciale (art. 5 lit. a LSAMal⁴⁰). Cette possibilité, offerte par le lé-

gislateur, s'explique du fait que les personnes juridiques de droit privé ou public pratiquant l'assurance-maladie au sens de l'art. 2 LSAMal ne peuvent avoir de but lucratif. Il en découle qu'un éventuel bénéfice réalisé par une association exerçant dans le cadre légal de l'assurance-maladie au sens de la LAMal ne sera pas distribué à ses membres, de sorte que le but d'une telle association est à qualifier d'idéal.

c. But mixte

Une association peut avoir un but mixte, soit poursuivre à la fois un but idéal et un but économique. Un but mixte n'est pas problématique, tant que l'association n'exploite pas une entreprise en la forme commerciale. Dès que l'association exploite une entreprise en la forme commerciale sur fond de but mixte, il est indispensable que le but économique soit uniquement un but annexe au but idéal poursuivi par l'association⁴¹. Dans le cas contraire, l'association violerait l'interdiction de cumul de but économique et d'exploitation d'entreprise en la forme commerciale, qui conduirait potentiellement, comme indiqué ci-dessus (*supra* ch. III 4.2), à sa dissolution par un juge avec effet *ex tunc* ou *ex nunc*. Au besoin, un juge saisi devra déterminer le but effectivement poursuivi par une association en analysant en détail son fonctionnement⁴². A titre d'exemple on pourrait citer une association exploitant un restaurant accordant des rabais à ses membres et dont le profit sert à financer un club de jazz⁴³, à soutenir la culture⁴⁴ ou à sauvegarder de la forêt amazonienne.

4.4. Qualification de l'acquisition d'un immeuble ou d'une participation dans une société de capitaux

Pour mémoire, la présente contribution traite du problème de rapidité découlant du caractère constitutif de l'inscription au registre du commerce de la société anonyme. Comme indiqué ci-dessus (*supra* « ch. III. 3 »), l'inscription de l'association au registre du commerce a un effet uniquement déclaratif. Ainsi, l'association pourrait apporter une solution à ce problème de célérité précité. Dans ce contexte, il convient d'examiner, s'il est possible de constituer une association uniquement avec l'objectif d'acquérir un immeuble ou une participation dans une société de capitaux.

Prise de manière isolée, il est difficile d'analyser si l'acquisition d'un immeuble ou d'une participation dans une société de capitaux s'inscrit dans la poursuite d'un but idéal ou économique. Ainsi, il convient d'analyser les motivations conduisant une association à opérer l'acqui-

³⁰ SHK HRegV-BERGER, art. 91 N 6.

³¹ CR CC I-JEANNERET/HARI, art. 62 N 7.

³² ATF 90 II 333, c. 2.

³³ ATF 90 II 333, c. 3a.

³⁴ PORTMANN (n. 13), p. 11 no 17.

³⁵ CR CC I-JEANNERET/HARI, art. 60 CC N 7.

³⁶ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (n. 14), p. 757, no 16; OFK HRegV-VOGEL, art. 91 N 3; SHK HRegV-BERGER, art. 91 N 2.

³⁷ MADÖRIN (n. 14), p. 9, § 2.

³⁸ ZK-Egger, art. 60 CC N 7; HONEGGER (n. 17), p. 98, § 4.2.4.

³⁹ SHK HRegV-BERGER, art. 91 N 5.

⁴⁰ Loi fédérale sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale du 26 septembre 2014, Rs. 832.12.

⁴¹ SHK HRegV-BERGER, art. 91 N 7; BSK ZGB I-SCHERRER/BRÄGGER, art. 60 N 12; PORTMANN (n. 13), p. 13 no 20; MADÖRIN (n. 14), p. 9, § 2.

⁴² CR CC I-JEANNERET/HARI, art. 60 N 7.

⁴³ PORTMANN (n. 13), p. 13 no 21.

⁴⁴ ZK-EGGER, art. 60 CC N 7.

sition précitée, afin de qualifier si une telle acquisition s'inscrit dans la poursuite d'un but idéal ou économique. En effet, les raisons peuvent être multiples, à l'image de :

- Placement du patrimoine de l'association (investissement)⁴⁵;
- Réalisation d'un profit lors de la revente (spéculation);
- Contrôle d'une société, par exemple familiale, dans le cadre d'une succession (holding);
- Génération de rendements (loyers / dividendes);
- Etc.

Dans chacune des hypothèses susmentionnées, il convient d'analyser :

1. si cette activité s'inscrit dans un but idéal ou économique, et
2. si cette activité peut être qualifiée d'exploitation d'une entreprise en la forme commerciale.

Il est fondamental de ne pas omettre l'analyse de la transaction envisagée sous l'angle du but de l'association. En effet, si un juge conclut que l'acquisition par une association d'un immeuble ou d'une participation dans une société de capitaux constitue une exploitation d'entreprise en la forme commerciale s'inscrivant dans un but économique, il sera tenu de prononcer la dissolution avec effet *ex tunc* ou *ex nunc* de l'association en question⁴⁶.

Il reste ainsi à analyser si une association peut servir de véhicule d'acquisition afin de palier la lenteur du processus de constitution d'une société anonyme. Une telle analyse s'effectue en deux temps : dans un premier temps, il convient de vérifier si l'activité déployée s'inscrit dans un but idéal ou un but économique d'une association et, dans un second temps, si l'activité déployée doit être qualifiée d'entreprise en la forme commerciale.

a. But commercial ou économique ?

Pour déterminer si l'acquisition d'une participation dans une société de capitaux s'inscrit dans le cadre d'un but économique ou idéal, il convient d'analyser si cette acquisition est effectuée dans l'intérêt de tiers ou des membres de ladite association. Par exemple, si une acquisition vise à assurer la continuité d'une entreprise, à l'image d'une fondation d'entreprise, elle est effectuée dans l'intérêt de tiers, soit les employés. Une telle acquisition sert un but idéal. A l'inverse, si l'acquisition de la participation sert uniquement les intérêts des membres de l'association, le but de l'association est à qualifier d'économique. Il en découle que l'acquisition, par une association, d'immeubles ou de participations dans des sociétés de capitaux s'inscrit dans un but économique, dès que l'activité

est déployée dans l'intérêt de ses membres et non dans l'intérêt de tiers.

Par ailleurs, la volonté de revendre la participation avec un profit ne permet pas, en soi, de trancher le caractère idéal ou économique du but d'une association. Ainsi, il est nécessaire d'examiner qui profite de la transaction et de différencier si un éventuel profit est destiné aux membres ou à des tiers. Dans le premier cas, l'association poursuit un but économique et dans, le second, un but idéal.

En conclusion, une association poursuit un but économique dès qu'elle acquiert des immeubles ou des participations dans des sociétés de capitaux et que ces acquisitions servent les intérêts de ses membres. Ainsi, dans le cadre de la solution objet de la présente contribution, l'association a systématiquement un but économique. Comme indiqué plus haut (*supra* ch. III 4.3), une association peut poursuivre un but économique pour autant qu'elle n'exerce pas simultanément une entreprise en la forme commerciale. Ainsi, il convient d'analyser si l'acquisition de participations dans des sociétés de capitaux ou d'immeubles est qualifiée d'exercice d'une entreprise en la forme commerciale.

b. Exploitation d'une entreprise en la forme commerciale

L'état actuel de la jurisprudence relative à l'exercice d'une entreprise en la forme commerciale a été codifié à l'article 91 ORC, dont la teneur est la suivante :

Une entité juridique ne peut pas être inscrite au registre du commerce en tant qu'association lorsqu'elle poursuit un but économique tout en exploitant une entreprise en la forme commerciale.

Le terme d'entreprise est également défini à l'art. 2 lit. a ORC comme *une activité économique indépendante exercée en vue de générer un revenu régulier*. La doctrine précise qu'il doit s'agir de l'exercice d'une activité *en vue de la réalisation d'un nombre indéterminé d'opérations économiques, en principe de même nature, génératrices de revenu*⁴⁷. Il en découle, que l'activité doit être 1) indépendante, 2) régulière ou durable et 3) avoir un caractère lucratif⁴⁸.

BAUDENBACHER entend par *activité indépendante*, une activité qui est exercée pour le compte et aux risques et profits de l'exploitant⁴⁹. Pour définir le caractère régulier ou durable d'une entreprise, le Tribunal fédéral s'appuie sur la doctrine allemande et française⁵⁰ pour lesquelles la notion de répétition d'affaires semblables est cardinale. Selon le Tribunal fédéral, une activité durable consiste en une sé-

⁴⁵ Selon la doctrine, la gestion du propre patrimoine ne peut être qualifiée d'activité commerciale : BSK OR II-BAUDENBACHER, art. 552 N 30.

⁴⁶ PORTMANN (n. 13), p. 79 no 164.

⁴⁷ CR CO II-VULLIÉTY, art. 552 N 67.

⁴⁸ SHK HRegV-BERGER, art. 2 N 5.

⁴⁹ BSK OR II-BAUDENBACHER, art. 552 N 31.

⁵⁰ ATF 84 I 187, c. 2a.

rie d'opérations planifiées⁵¹ de même nature⁵². A l'inverse, une « *activité occasionnelle ayant pour objet la réalisation de quelques affaires limitées, ne constitue pas une entreprise* »⁵³. Finalement, l'activité doit être exercée à titre lucratif, c'est-à-dire dans le but d'obtenir des contre-prestations de tiers⁵⁴, même si elle engendre des pertes⁵⁵.

Sur la base de ce qui précède, il convient d'analyser, si l'acquisition par une association d'un immeuble ou d'une participation dans une société de capitaux constitue une exploitation d'une entreprise en la forme commerciale :

- **Activité indépendante** : une telle acquisition serait effectuée en nom et pour le compte de l'association, qui en porterait également le risque économique. Ainsi, le critère de l'activité indépendante est donné.
- **Caractère lucratif** : le caractère lucratif d'une transaction est donné dès que l'acquisition d'un immeuble ou d'une participation dans une société de capitaux dépasse la simple administration du patrimoine de l'association et vise la génération d'un bénéfice. En ce sens, un financement de l'acquisition essentiellement au moyen de fonds étrangers constitue un indice important que l'association vise à générer un bénéfice et qu'elle ne se limite pas à la gestion de son patrimoine. A l'inverse, le fait que l'actif acquis génère un revenu (dividendes, loyers) n'est en soi pas suffisant pour conclure au caractère lucratif de son acquisition⁵⁶. Ainsi, il convient de procéder à une analyse de l'ensemble des éléments au cas par cas, notamment en relation avec le but effectivement poursuivi par l'association.
- **Caractère durable** : si l'acquisition d'un immeuble ou d'une participation dans une société de capitaux n'a pas de caractère lucratif, il n'est pas nécessaire d'analyser si leur acquisition a un caractère durable, dans la mesure où les éléments constitutifs de l'exploitation d'une entreprise en la forme commerciale doivent être remplis cumulativement. A l'inverse, si le caractère lucratif de l'acquisition d'un immeuble ou d'une participation dans une société de capitaux est confirmé, il sied d'analyser si l'acquisition en question constitue une activité durable. L'acquisition d'un immeuble ou d'une participation dans une société de capitaux⁵⁷ se matérialise généralement par une tran-

saction unique et non par une activité répétitive. A l'inverse, si l'association acquiert plusieurs participations dans des sociétés de capitaux ou une participation dans une même société de capitaux en plusieurs tranches alors, le critère de la répétition est donné.

Il découle de ce qui précède que l'acquisition d'immeubles ou de participations dans des sociétés de capitaux constitue une exploitation d'entreprise en la forme commerciale dès que l'association dépasse une simple activité de gestion de son patrimoine ou qu'elle acquiert plus d'un immeuble ou d'une participation dans une société de capitaux, de sorte que le caractère durable de l'activité est donné.

En conclusion, une association peut acquérir un immeuble ou une participation dans une société de capitaux lors d'une transaction unique, quand bien même cette association poursuivrait un but économique, dans la mesure où une acquisition unique ne peut pas être qualifiée d'exploitation d'entreprise en la forme commerciale. Ainsi, une association peut être constituée dans l'unique but d'acquérir une participation ou un immeuble, pour autant que cette acquisition intervienne lors d'une transaction unique.

5. Inscription au registre du commerce

Une association acquiert la personnalité juridique, dès que les fondateurs ont manifesté leur volonté de se constituer en association et qu'ils ont adopté les statuts de l'association. L'inscription au registre du commerce est néanmoins obligatoire si l'association doit faire réviser ses comptes au sens de l'art. 69b CC ou qu'elle exploite une entreprise en la forme commerciale (art. 61 al. 2 CC). En dehors des cas précités, la direction de l'association peut requérir ladite inscription sur une base volontaire au sens de l'art. 61 al. 1 CC⁵⁸. Dès lors, une éventuelle inscription de l'association au registre du commerce est uniquement déclarative⁵⁹.

L'inscription au registre du commerce soumet l'association au régime de la faillite (art. 39 ch. 1 al. 11 LP⁶⁰) ainsi qu'aux fusions et transformations selon la LFus (art. 54 ch. 4 LFus). De plus, l'inscription au registre du commerce déclenche un effet protecteur limité pour les tiers de bonne foi, découlant de la fonction de publicité du registre du commerce en vertu de l'art. 936b ch. 1 CO.

⁵¹ ATF 84 I 187, c. 2a.

⁵² BSK OR II-BAUDENBACHER, art. 552 N 30; CR CO II-VIANIN, art. 934 N 3.

⁵³ ATF 84 I 187, c. 2a.

⁵⁴ SHK HRegV-BERGER, art. 91 N 8; CR CO II-VIANIN, art. 934 N 3.

⁵⁵ BSK OR II-BAUDENBACHER, art. 552 N 32; CR CO II-VULLIÉTY, art. 552 N 69.

⁵⁶ Application par analogie de la pratique relative aux sociétés auxiliaires et holdings, qui n'étaient pas autorisées à exercer d'activité lucrative en Suisse, cf. BSK StHG-von AH/FISCHER, art. 28 LHID N 112.

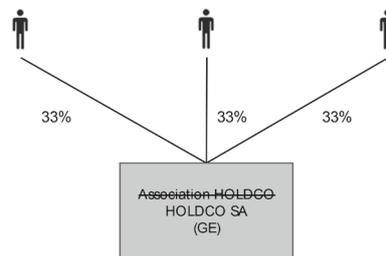
⁵⁷ On entend par participation dans une société de capitaux, part au capital d'une société de capitaux composée d'actions et/ou de bons de participation de ladite société.

⁵⁸ BSK ZGB I-SCHERRER/BRÄGGER, art. 61 N 9; BSK CC I-JEANNE-RET/HARI, art. 61 N 5.

⁵⁹ OFK HRegV-VOGEL, art. 90 N 1; BSK ZGB I-SCHERRER/BRÄGGER, art. 61 N 1; BSK CC I-JEANNE-RET/HARI, art. 61 N 23.

⁶⁰ Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) du 11 avril 1889, Rs. 281.1.

Transformation de l'association HOLDCO en HOLDCO SA



IV. La transformation d'une association

Afin de mettre en œuvre la solution proposée dans la présente contribution, l'association doit être inscrite au registre du commerce, et ce pour effectuer ultérieurement une transformation de son habit juridique selon la LFus. En effet, selon son art. 1 ch. 1, la LFus règle l'adaptation des structures juridiques des sociétés de capitaux, des sociétés en nom collectif, des sociétés en commandite, des sociétés coopératives, des associations, des fondations et des entreprises individuelles par voie de fusion, de scission, de transformation et de transfert de patrimoine.

La transformation est une institution juridique permettant à une structure juridique de modifier sa forme juridique, afin de correspondre au mieux à ses besoins (activité, organisation interne, etc.)⁶¹.

Une transformation peut s'effectuer de deux manières différentes, que nous allons exposer succinctement ci-après. Par analogie avec les fusions, nous allons les désigner de transformations « proprement dites » ou « improprement dites ».

1. Proprement dite

La transformation, que nous désignerons de « proprement dite », englobe toutes les transformations régies par la LFus⁶². L'article 54 LFus dresse une liste exhaustive des transformations autorisées⁶³. Il s'agit d'une transfor-

mation juridique⁶⁴ sans transferts d'actifs ou de passifs⁶⁵ ou de changement d'identité⁶⁶. L'existence de l'entité juridique, ses rapports avec ses partenaires contractuels (en particulier ses créanciers), son numéro d'identification CHE, son numéro de contribuable, etc. demeurent inchangés⁶⁷. Seuls les statuts de la structure juridique, sa raison sociale et le rapport entre la structure juridique et ses membres (actionnaires, associés, etc.) sont modifiés⁶⁸. A titre d'exemple, on peut citer une association qui se transforme en société anonyme (cf. illustration ci-dessous).

2. Improprement dite

A l'inverse des transformations proprement dites, les transformations appelées « improprement dites » désignent les transformations *économiques* de structures juridiques avec modification de leur identité⁶⁹. En effet, certaines structures juridiques ne peuvent procéder à une transformation « proprement dite » faute de base légale⁷⁰. Il en découle, que ces structures juridiques doivent utiliser d'autres mécanismes de droit civil ou de la LFus pour aboutir à un résultat analogue à une transformation « proprement dite » (p. ex. liquidation et ap-

⁶¹ Message concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion; LFus) du 13 juin 2000, FF 2000 3996.

⁶² HENRY PETER in PETER/TRIGO TRINDADE (édit.), Commentaire LFus, Commentaire de la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine ainsi que des dispositions des lois fédérales modifiées par la LFus (LDFR, CO, LDIP, CP, LT, LIFD, LHID, LIA, LPP, LB, LSA), Zurich 2005, art. 54 LFus N 1.

⁶³ Message LFus FF 2000 4099.

⁶⁴ Circulaire no 5 du 1^{er} juin 2004 de l'Administration fédérale des contributions, ch. 4.2.1.1. La doctrine en langue allemande fait état d'un « *Rechtskleidwechsel* » illustrant bien le propos, cf. ZK FusG-GUGGENBÜHL, art. 53 N 5.

⁶⁵ Message LFus FF 2000 4111.

⁶⁶ BSK FusG-ROMERIO, art. 53 N 1; HANS MICHAEL RIEMER, Aktuelle Gesetzgebung und Rechtsprechung in RIEMER (éd), Aktuelle Fragen aus dem Vereinsrecht, Zurich/Bâle/Genève 2005, p. 44; PETER KUNZ, Umwandlungen und Vermögensübertragung im neuen schweizerischen Fusionsrecht – Blicke zurück und nach vorne, AJP 7/2004, p. 805.

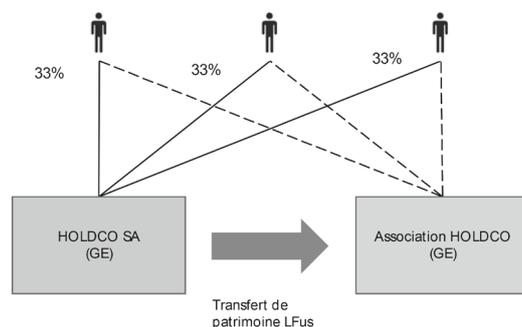
⁶⁷ PETER (n. 62), art. 53 LFus N 16; BSK FusG-ROMERIO, art. 53 N 1.

⁶⁸ LUKAS GLANZMANN, Umstrukturierungen, Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 2^{ème} édition, 2008 Berne, p. 63 N 145.

⁶⁹ PETER (n. 62), art. 53 CO N 1.

⁷⁰ BSK FusG-ROMERIO, art. 54 N 31; Circulaire no 5 (n. 64), ch. 4.2.1.1.

Transformation de HOLDCO SA en association HOLDCO



port en nature, transfert de patrimoine selon art. 69 LFus ou le transfert d'actifs isolés selon l'art. 181 CO)⁷¹. La structure juridique post transformation « improprement dite » est juridiquement différente de la structure juridique pré-transformation : la structure juridique, ses rapports avec ses partenaires contractuels (en particulier ses créanciers), son numéro d'identification CHE, son numéro de contribuable, etc. changent. Ainsi, la transformation « improprement dite » d'une entité juridique se caractérise uniquement par une continuité économique de l'entreprise transformée. A titre d'exemple, on peut citer une société anonyme qui se transforme en association, tel qu'illustré graphiquement ci-dessous.

3. La transformation en société anonyme

Selon l'art 54 al. 5 LFus, une association inscrite au registre du commerce peut se transformer en société anonyme. La transformation précitée s'effectue par une modification de ses statuts⁷². Si l'association n'est pas inscrite au registre du commerce, l'inscription peut être requise simultanément à sa transformation, pour autant que la réquisition d'inscription de l'association soit déposée avant la réquisition d'inscription de sa transformation en société anonyme⁷³. Le préposé du registre du commerce traitera alors les réquisitions d'inscription dans l'ordre de leur dépôt.

3.1. Projet de transformation

Une transformation est un projet conséquent, dont le législateur a codifié les étapes. Le processus est analogue à

celui applicable aux fusions et aux scissions⁷⁴. Selon l'art. 59 al. 1 et 2 LFus, la direction de l'association doit en premier lieu rédiger un projet de transformation en la forme écrite. Il s'agit du pendant au contrat de fusion⁷⁵. Ce projet de transformation doit présenter la transformation envisagée aux membres de l'association et être soumis au vote de l'assemblée générale. Sa fonction est de permettre aux membres de l'association de comprendre la transformation envisagée, notamment d'identifier la structure juridique faisant l'objet d'une transformation et de « connaître l'environnement juridique de la société après transformation »⁷⁶. Le législateur a fixé, à l'art. 60 LFus, le contenu minimal d'un projet de transformation afin de protéger les membres de l'association. Le projet doit notamment inclure des explications relatives à la nouvelle forme juridique, un descriptif du nombre et de la valeur nominale des actions remises aux membres, une présentation des nouveaux statuts, etc. Le projet de statuts ne doit pas nécessairement figurer dans le rapport. Il est suffisant de le joindre en annexe au projet et d'y faire référence⁷⁷. En outre, la direction n'est pas tenue de commenter les nouveaux statuts article par article⁷⁸. Dans tous les cas, la direction de l'association peut, sur une base volontaire, détailler d'avantage le projet de transformation⁷⁹.

⁷¹ ALEXANDER FISCHER in Baker & McKenzie, Zürich (édit.), Fusionsgesetz sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, 2^{ème} édition, 2015 Berne, art. 53 LFus N 8; BSK FusG-ROMERIO, art. 54 N 5; ZK FusG-GUGGENBUHL, art. 54 N 36.

⁷² PETER (n. 62), art. 54 LFus N 15.

⁷³ Message LFus FF 2000 4101; BSK FusG-ROMERIO, art. 54 N 14.

⁷⁴ KUNZ (n. 66), p. 808.

⁷⁵ HANS CASPAR VON DER CRONE et al., Das Fusionsgesetz, 2^{ème} édition, 2017 Zurich / Bâle / Genève, p. 324 N 711.

⁷⁶ Message LFus FF 2000 4106.

⁷⁷ BSK FusG-LAMBERT/HASLER, art. 60 N 6; VON DER CRONE (n. 75), p. 325 no 712.

⁷⁸ BSK FusG-LAMBERT/HASLER, art. 60 N 6; VON DER CRONE (n. 75), p. 325 no 712; avis contraire: STÉPHANE KONKOLY in Baker & McKenzie, Zürich (édit.), Fusionsgesetz sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, 2^{ème} édition, 2015 Berne, art. 60 LFus N 3.

⁷⁹ PETER (n. 62), art. 60 LFus N 1.

3.2. Rapport de transformation

En deuxième lieu, la direction doit rédiger, outre le projet de transformation précité, un rapport de transformation détaillé en la forme écrite relatif à la transformation envisagée. Avec cette obligation de rédiger un rapport de transformation, le législateur vise à informer et protéger les membres de l'association. En effet, le rapport de transformation expose et détaille le contenu du projet de transformation de l'association en société anonyme aux membres de l'association⁸⁰.

Afin de faciliter les transformations des petites et moyennes entreprises, le législateur a disposé à l'art. 61 al. 2 LFus que ces dernières peuvent renoncer à l'établissement d'un rapport de transformation⁸¹.

La LFus contient une définition légale du terme « petites et moyennes entreprises » à son art. 2 lit. e:

petites et moyennes entreprises: les sociétés qui ne sont pas débitrices d'un emprunt par obligations et dont les parts ne sont pas cotées en Bourse, et qui en outre ne dépassent pas deux des grandeurs suivantes pendant les deux exercices qui précèdent la décision de fusion, de scission ou de transformation:

1. total du bilan de 20 millions de francs,
2. chiffre d'affaires de 40 millions de francs,
3. moyenne annuelle de 250 emplois à plein temps;

La LFus reprend à l'art. 2 lit. e, une partie des critères de l'art. 727 al. 1 CO relatif à l'obligation de faire réviser les comptes⁸². Ces trois critères, à savoir, 1) ne pas être débiteur d'emprunts par obligations, 2) l'absence de cotation en bourse et 3) que le bilan ne dépasse pas, pendant deux exercices consécutifs, deux des trois valeurs susmentionnées, sont cumulatifs⁸³. Une association doit donc remplir tous ces critères simultanément, pour être qualifiée de PME et ainsi bénéficier de l'exemption de l'obligation de rédiger un rapport lors de sa transformation en société anonyme.

Ainsi, il convient de vérifier avant toute transformation, au moyen des critères décrits ci-dessus, si l'association peut être qualifiée de PME au sens de l'art. 2 lit. e LFus. Toutefois, même si l'association qualifie de PME au sens de l'art. 2 lit. e LFus, la décision de renonciation précitée requiert l'unanimité des membres de l'association en vertu de l'art. 61 al. 2 LFus⁸⁴. Le législateur a introduit ce quorum relatif aux décisions de renonciation précitées afin de protéger les minoritaires⁸⁵. Il découle de cette obligation d'unanimité précitée, un droit de veto des minoritaires, qui peuvent ralentir une transformation en exigeant la production du rapport précité.

3.3. Bilan

En règle générale, la transformation doit intervenir sur la base d'un bilan ayant fait l'objet d'une vérification par un réviseur-agréé selon l'art. 62 al. 1 LFus. Le bilan de l'exercice précédent peut néanmoins être utilisé, si 1) la date de clôture de l'exercice est inférieure à six mois et 2) qu'aucune modification importante n'est intervenue dans le patrimoine de l'association depuis la date de clôture. Dans le cas contraire, un bilan intermédiaire doit être établi sur la base de l'art. 58 LFus. Toutefois, sur la base de l'art. 62 al. 2 LFus, les PME peuvent renoncer à faire réviser le bilan⁸⁶.

3.4. Vérification du projet de transformation, du rapport de transformation et du bilan

L'art. 62 al. 1 LFus dispose que le projet de transformation, le rapport de transformation, ainsi que le bilan sur lequel se base la transformation, doivent faire l'objet d'une vérification par un expert-réviseur agréé. Cette vérification a pour objectif premier de protéger les membres de l'association et de s'assurer que la documentation relative à la transformation soit complète et correcte⁸⁷. De plus, les associations pouvant être qualifiées de PME au sens de l'art. 2 lit. e LFus bénéficient d'un allègement permettant à leurs membres de renoncer à une vérification sur tout ou partie des documents précités, moyennant une décision à l'unanimité⁸⁸. Afin d'éviter tout doute quant à sa portée, il est recommandé que la décision précitée mentionne clairement à quelles révisions il est renoncé, à savoir, 1) la révision du projet, 2) la révision du rapport et 3) la révision des comptes⁸⁹. La décision précitée devant être prise à l'unanimité, une seule voix contraire suffit pour qu'une vérification soit obligatoirement entreprise. Il en découle que chaque membre de l'association peut imposer la vérification des documents précités.

Si les membres d'une association renoncent à l'unanimité à faire vérifier la documentation précitée, alors le préposé du registre du commerce requerra, sur la base de l'art. 136 al. 2 ORC, en lieu et place du rapport de révision, que les organes supérieurs de direction attestent 1) que l'association remplit les critères de l'art. 2 lit. e LFus (PME) et 2) que les membres de l'association ont décidé à l'unanimité de renoncer à la vérification du projet, du rapport et du bilan de transformation. Dans cette attestation, les organes supérieurs de direction doivent explicitement faire référence aux documents précités⁹⁰.

⁸⁰ Message LFus FF 2000 4107; VON DER CRONE (n. 75), p. 329 no 714.

⁸¹ VON DER CRONE (n. 75), p. 332 no 718.

⁸² BSK FusG-MORSCHER, art. 2 N 20.

⁸³ Message LFus FF 2000 4045.

⁸⁴ VON DER CRONE (n. 75), p. 332 no 718.

⁸⁵ Message LFus FF 2000 4107.

⁸⁶ BSK FusG-GERICKE, art. 58 N 14.

⁸⁷ ZK FusG-KONKOLY, art. 62 LFus, ch. 1.

⁸⁸ BSK FusG-LAMBERT/HASLER, art. 62 N 15-17.

⁸⁹ BSK FusG-LAMBERT/HASLER, art. 62 N 15-17.

⁹⁰ VON DER CRONE (n. 75), p. 345 no 748.

3.5. Droit de consultation

La LFus prévoit, à son art. 63, un droit de consultation en faveur des membres de l'association pendant une période de 30 jours précédant toute décision de transformation⁹¹. La direction de l'association devra informer les membres de leur droit de consultation, selon les dispositions statutaires idoines, le cas échéant, dans le cadre de l'invitation à l'assemblée générale⁹². Ce droit de consultation vise à garantir une information complète aux membres de l'association lors de la transformation⁹³. Pendant les 30 jours de la durée du droit de consultation, les membres de l'association peuvent consulter au siège de l'association 1) le projet de transformation, 2) le rapport de transformation, 3) le rapport de révision, 4) les comptes annuels et 5) les rapports annuels des trois derniers exercices ainsi que, le cas échéant, 6) le bilan intermédiaire⁹⁴. En outre, l'association doit faire parvenir gratuitement les documents susmentionnés par voie postale à tout membre de l'association qui en ferait la demande⁹⁵.

Il sied de relever que ce droit de consultation est plus étendu que celui accordé aux actionnaires de la société anonyme. En effet, les membres de l'association peuvent exiger de la direction de l'association d'obtenir *gratuitement* des copies des documents susmentionnés, lors de l'exercice de leur droit de consultation selon l'art. 63 LFus, alors que cette possibilité n'est pas donnée aux actionnaires d'une société anonyme dans le cadre du droit de consultation du procès-verbal de l'art. 702 al. 3 CO⁹⁶.

A l'instar de ce qui prévaut pour la vérification du bilan, les associations pouvant être qualifiées de PME au sens de l'art. 2 let. e LFus bénéficient d'un allègement leur permettant de renoncer à l'exercice du droit de consultation de l'art. 63 LFus, moyennant une décision à l'unanimité de ses membres. Il découle de ce qui précède que les membres de l'association peuvent décider de renoncer à ce droit de consultation et qu'il suffit d'une seule voix contraire pour que ce droit puisse être exercé et, le cas échéant, la transformation retardée de 30 jours⁹⁷.

3.6. Décision de l'assemblée générale

En vertu de l'art. 64 al. 1 CC, l'assemblée générale est l'organe suprême de l'association⁹⁸. En tant que tel, elle a

la compétence exclusive de prendre la décision de transformer l'association en société anonyme. A l'instar de ce qui prévaut pour la coopérative, pour la société à responsabilité limitée et, dès le 1er janvier 2023, pour la société anonyme, les membres de l'association ont également la possibilité d'adhérer à une proposition écrite en lieu et place de se réunir⁹⁹. Néanmoins, en l'absence de dispositions statutaires de l'association réglant le vote par correspondance, toute décision prise par ce biais doit, selon l'art. 66 al. 2 CC, emporter l'accord unanime de ses membres¹⁰⁰.

a. Forme

Selon l'art. 65 LFus, la décision de l'assemblée générale de l'association relative à la transformation en société anonyme doit revêtir la forme authentique. « *La forme authentique est [...] nécessaire, car la transformation permet à la société de revêtir une forme juridique pour laquelle un acte constitutif en la forme authentique est requis* »¹⁰¹. Dans l'hypothèse où les membres de l'association prennent la décision de transformer l'association en société anonyme durant une assemblée générale, l'officier public instrumentera le procès-verbal de ladite assemblée en la forme authentique. En outre, si les membres de l'association prennent la décision de transformer l'association en société anonyme au moyen d'un vote par correspondance, alors l'officier public devra constater le résultat du vote en la forme authentique¹⁰².

b. Quorum et majorité

ba. Quorum

Le CC et la LFus n'imposent pas de quorum de présence pour la tenue d'assemblées générales de transformation d'association. Ainsi, en l'absence d'une base statutaire idoine, les membres d'une association peuvent tenir une assemblée générale pour décider de la transformation de l'association en société anonyme, indépendamment du nombre de membres présents ou représentés.

bb. Majorité

En règle générale, et en l'absence d'une base statutaire idoine, l'assemblée générale prend ses décisions à la *majorité absolue* sur la base de l'art. 66 al. 2 CC¹⁰³. Toutefois, pour les décisions de transformation, l'art. 64 al. 1

⁹¹ VON DER CRONE (n. 75), p. 356 no 775.

⁹² BSK FusG-LAMBERT/HASLER, art. 63 N 2.

⁹³ KUNZ (n. 66), p. 808.

⁹⁴ MARCEL GIGER in Baker & McKenzie, Zürich (édit.), Fusionsgesetz sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, 2^{ème} édition, 2015 Berne, art. 63 LFus N 1.

⁹⁵ BSK FusG-LAMBERT/HASLER, art. 63 N 4.

⁹⁶ KUNZ (n. 66), p. 808.

⁹⁷ Dans l'hypothèse où, les membres prennent la décision de renoncer au droit de consultation, lors de l'assemblée devant statuer sur la transformation.

⁹⁸ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (n. 14), p. 768, no 78; PORTMANN (n. 13), p. 185 no 409.

⁹⁹ PORTMANN (n. 13), p. 201 no 460.

¹⁰⁰ HONEGGER (n. 17), p. 134, § 6.1.1; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (n. 14), p. 769, no 81.

¹⁰¹ Message LFus FF 2000 4110.

¹⁰² Par analogie à l'instrumentation du résultat du vote par correspondance des coopérateurs d'une coopérative (*Urabstimmung*) ou d'une décision du conseil d'administration d'une société anonyme prise par voie de circulation, cf. CHRISTIAN BRÜCKNER, Öffentliche Beurkundung von Urabstimmungen und Zirkularbeschlüssen, SJZ 94 (1998) 33, p. 35

¹⁰³ PORTMANN (n. 13), p. 195 no 441.

lit. e LFus impose au minimum une *majorité qualifiée* à hauteur de 75 % des membres présents ou représentés à l'assemblée générale. En outre, si la décision de transformation de l'association en société anonyme implique une modification de son but, alors les majorités relatives aux changements de but sont applicables, et ce afin d'éviter des abus¹⁰⁴. Pour les décisions modifiant le but de l'association, l'art. 74 CC impose l'*unanimité* des membres¹⁰⁵. En outre, toute décision de modification du but de l'association requiert également l'assentiment des membres absents à l'assemblée générale¹⁰⁶. Néanmoins, l'art. 74 CC est de nature dispositive et les statuts peuvent contenir une majorité plus basse¹⁰⁷.

Par ailleurs, tout membre de l'association peut s'opposer à la décision de transformation précitée, prise en violation du quorum statutaire ou légal, en saisissant le juge. De plus, le membre souhaitant s'opposer à la transformation doit requérir rapidement des mesures provisionnelles afin d'empêcher l'inscription au registre du commerce. Ceci dans la mesure où, l'inscription de la modification au registre du commerce déploie un effet constitutif¹⁰⁸. En outre, si la décision de transformation précitée emporte une modification du but de l'association, le membre opposé à ladite décision peut également sortir de l'association avec effet immédiat¹⁰⁹.

En conclusion, en l'absence de dispositions statutaires idoines, chaque membre de l'association dispose d'un droit de veto, lors des décisions de transformation de l'association en société anonyme impliquant une modification du but de l'association¹¹⁰.

c. Droit de sortie

Les membres d'une association ne disposent pas d'un droit de sortie lors de sa transformation en société anonyme, contrairement à ce qui prévaut en cas de fusion (cf. art. 19 LFus)¹¹¹. Demeure toutefois réservé, le droit de sortie en cas de modification du but statutaire ou pour justes motifs¹¹².

d. Transformation

Les membres de l'association manifestent leur volonté de transformer l'association en société anonyme par l'approbation du projet de transformation à l'occasion d'une

assemblée générale ou d'un vote par correspondance¹¹³. Une telle décision est soumise aux majorités et quorum susmentionnés (*supra* ch. IV 3.6 lit. b).

e. Statuts

L'élément cardinal de la transformation d'une association en société anonyme consiste en une modification de ses statuts qui doivent, selon l'art. 57 LFus, reprendre le contenu minimum des statuts d'une société anonyme. Par mesure d'efficacité, le Conseil fédéral recommande de procéder à une refonte totale des statuts de l'association, lors de la transformation et de renoncer à une délibération article par article¹¹⁴.

f. Dispositions relatives à la constitution d'une société anonyme

En application de l'art. 57 LFus, les dispositions relatives à la constitution de la société correspondante doivent être appliqués lors de la transformation. La *ratio legis* est d'empêcher l'évasion des dispositions protégeant les créanciers, en procédant à une transformation d'une autre forme de société en la société correspondante, au lieu de constituer celle-ci directement¹¹⁵. Toutefois, l'art. 57 LFus ne vise pas le processus de constitution en soi mais uniquement les règles applicables lors de la constitution de la société correspondante¹¹⁶. Ainsi, lors de la transformation d'une association en société anonyme, les membres de l'association doivent appliquer les dispositions relatives à la société anonyme (but, raison sociale, capital-actions, etc.)¹¹⁷. Il sied de préciser que les dispositions du CO relatives à l'apport en nature sont uniquement applicables, si l'association bénéficie des allègements PME (*supra* ch. IV 3.2)¹¹⁸. A l'inverse, quand l'association ne bénéficie pas des allègements PME précités, la LFus contient des dispositions relatives aux apports en nature applicables aux transformations, de sorte qu'une application cumulative serait superflue¹¹⁹.

Il est recommandé, par mesure de simplification, que le notaire intègre l'ensemble des formalités nécessaires à la constitution d'une société anonyme (modification des statuts existants ou adoption de nouveaux statuts, désignation de l'organe de révision ou opting out, désignation du conseil d'administration, etc.) dans le processus de transformation de l'association en société anonyme¹²⁰. Le notaire devra, en particulier, procéder aux constatations codifiées dans les articles 629 à 631 CO (constatation de la souscription de l'entier du capital-actions

¹⁰⁴ Message LFus FF 2000 4110 en combinaison avec 2000 4073.

¹⁰⁵ BSK ZGB I-SCHERRER/BRÄGGER, art. 74 N 1.

¹⁰⁶ ZK-EGGER, art. 74 CC N 5.

¹⁰⁷ CR CC I-Foëx, art. 74 N 4.

¹⁰⁸ La procédure de blocage du registre du commerce doit être obtenue auprès des tribunaux ordinaires par suite de l'abrogation de l'art. 162 de l'ordonnance du registre du commerce avec effet au 1er janvier 2021, cf. Modification du 6 mars 2020, RO 2020 971.

¹⁰⁹ CR CC I-Foëx, art. 74 N 14-15; BSK ZGB I-SCHERRER/BRÄGGER, art. 74 N 10.

¹¹⁰ CR CC I-Foëx, art. 74 N 1.

¹¹¹ PORTMANN (n. 13), p. 96 no 206.

¹¹² ATF 105 V 86, p. 88, c. 2.

¹¹³ Message LFus FF 2000 4109.

¹¹⁴ Message LFus FF 2000 4105.

¹¹⁵ KUNZ (n. 66), p. 808; Message LFus FF 2000 4104.

¹¹⁶ BSK FusG-GERICKE, art. 57 N 4.

¹¹⁷ KUNZ (n. 66), p. 808; BSK FusG-GERICKE, art. 57 N 4.

¹¹⁸ PETER (n. 62), art. 57 CO N 11.

¹¹⁹ Message LFus FF 2000 4105.

¹²⁰ Message LFus FF 2000 4105.

et le cas échéant souscription du capital-participation, constatation que les apports correspondent au prix total d'émission, déclarations « stampa » et « lex Koller »).

g. Attribution des actions

ga. Changement de paradigme

La transformation d'une association en société anonyme implique un changement de paradigme. C'est-à-dire le passage d'une organisation basée sur la qualité de membre (« personenbezogen »), dans laquelle, en principe tous les membres sont égaux¹²¹, à une organisation basée exclusivement sur l'apport en capital (« kapitalbezogen »)¹²², dans laquelle les droits sociaux et patrimoniaux se mesurent en fonction de la part du capital-actions détenue¹²³. Ce changement de paradigme se concrétise par l'attribution des actions de la société anonyme nouvellement émises aux membres de l'association.

gb. Continuité du sociétariat

Lors de l'attribution des actions nouvellement émises aux membres de l'association, leurs droits doivent être maintenus¹²⁴. En effet, le principe de « continuité du sociétariat », codifié à l'art. 56 LFus, est cardinal à toute transformation et vise en particulier à protéger les droits des minoritaires lors de transformations¹²⁵. Ainsi, les droits des membres post transformation doivent être équivalents à leurs droits pré-transformation¹²⁶. Le législateur s'est toutefois limité à imposer une égalité relative des droits de sociétariat (et non une égalité absolue), dans la mesure où, les caractéristiques des différentes formes de sociétés peuvent être très différentes. Il en découle que d'un point de vue relatif, les droits sociaux et patrimoniaux des membres de l'association doivent être maintenus lors de sa transformation en société anonyme¹²⁷. Finalement, l'art. 56 LFus est de nature dispositive et les membres de l'association peuvent y déroger, moyennant une décision à l'unanimité¹²⁸. Ainsi, en consécration du principe de continuité du sociétariat, chaque membre de l'association doit recevoir une part égale des actions nouvellement émises lors de la transformation, sauf décision de répartition s'écartant du régime légal. Dans tous les cas, chaque membre de l'association doit recevoir au minimum une action sur la base de l'art. 56 al. 2 LFus.

gc. Droits de souscription et libération des actions

Le capital-actions doit être libéré aux moyens des fonds-propres de l'association, sauf décision contraire à l'unanimité des membres¹²⁹. En effet, imposer aux membres de l'association de libérer leurs actions eux-mêmes pourrait constituer un obstacle à la continuité de leur droit de sociétariat. Ainsi, l'attribution de droits de souscription ou d'actions partiellement libérées requiert l'accord unanime des membres de l'association¹³⁰. En l'absence d'une décision à l'unanimité des membres de libérer eux-mêmes les actions souscrites, le capital-actions pourra se monter au maximum aux actifs nets comptables de l'association selon le bilan de transformation¹³¹. Dans une telle hypothèse, les membres pourront uniquement transformer l'association en société anonyme, si les fonds propres de l'association sont égaux ou supérieurs à CHF 100'000¹³².

gd. Paiement d'une soulte

Les droits de sociétariat doivent, en principe, être maintenus lors de la transformation : l'égalisation des rapports d'échange par le paiement d'une soulte est, en principe, limité aux fusions et scissions¹³³. Le paiement d'une soulte reste toutefois possible en pratique, lors de la transformation. En effet, tout membre de l'association lésé par la transformation pourra saisir le juge sur la base de l'art. 105 LFus, dans les deux mois à compter de la décision de transformation, afin que ce dernier ordonne à la société de lui verser une soulte pour compenser économiquement l'atteinte à ses droits¹³⁴.

3.7. Inscription au registre du commerce

Comme indiqué plus haut (*supra* ch. III. 5), seules les associations inscrites au registre du commerce peuvent effectuer une transformation de leur habit juridique. Partant, une transformation conduit nécessairement à une modification d'un fait inscrit¹³⁵. L'inscription de la transformation est constitutive. En effet, elle peut avoir des conséquences importantes pour les membres de l'association et ses créanciers¹³⁶. En vertu de l'art. 66 LFus, l'obligation de requérir l'inscription incombe à l'organe de gestion de la société, *in casu* la direction de l'association. Ainsi, la direction de l'association devra requérir sans délai l'inscription de la transformation de l'association en société anonyme au registre du commerce après la décision de l'assemblée générale de la transformer¹³⁷. En outre, l'inscription au registre du commerce donne

¹²¹ Sauf disposition statutaire contraire basée sur des critères objectifs, cf. BSK CC I-JEANNERET/HARI, art. 67 N 2.

¹²² PORTMANN (n. 13), p. 10 no 14.

¹²³ Pour les droits sociaux : BSK OR II-CARBONARA, art. 692 N 1; Pour les droits patrimoniaux : BSK OR II-BURKHALTER, art. 661 N 2.

¹²⁴ KUNZ (n. 66), p. 807.

¹²⁵ KUNZ (n. 66), p. 807.

¹²⁶ BSK FusG-GERICKE, art. 56 N 10-14.

¹²⁷ BSK FusG-GERICKE, art. 56 N 10-14.

¹²⁸ PETER (n. 62), art. 56 CO N 1.

¹²⁹ BSK FusG-GERICKE, art. 56 N 17.

¹³⁰ BSK FusG-GERICKE, art. 56 N 17.

¹³¹ BSK FusG-GERICKE, art. 57 N 19.

¹³² BSK FusG-GERICKE, art. 57 N 14.

¹³³ Message LFus FF 2000 4104.

¹³⁴ Message LFus FF 2000 4104; KUNZ (n. 66), p. 809.

¹³⁵ Message LFus FF 2000 4110.

¹³⁶ KUNZ (n. 66), p. 809; Message LFus FF 2000 4110.

¹³⁷ KUNZ (n. 66), p. 809; Message LFus FF 2000 4110.

également lieu à une publication dans la Feuille officielle suisse du commerce¹³⁸.

Le pouvoir d'examen du préposé au registre du commerce lors de l'inscription de la transformation de l'association en société anonyme est régi par les principes généraux de l'art. 937 CO ainsi que la jurisprudence du Tribunal fédéral¹³⁹. Sur cette base, le préposé au registre du commerce dispose d'une compétence illimitée, lors de l'analyse des conditions formelles de l'inscription et d'une compétence limitée, lors de l'analyse des conditions matérielles de l'inscription¹⁴⁰. Après avoir analysé si les conditions formelles de l'inscriptions sont remplies, le préposé doit vérifier, si l'inscription est conforme au droit de fond (p.ex. CO, CC ou LFus). Il ne peut toutefois refuser une inscription que si celle-ci conduit manifestement à une violation du droit¹⁴¹.

V. Analyse fiscale

1. Traitement fiscal de l'association

1.1. Début de l'assujettissement

En vertu des art. 54 al. 1 LIFD et 20 al. 1 LHID, l'association est assujettie aux impôts fédéraux, cantonaux et communaux sur le bénéfice et le capital dès sa constitution. L'inscription de l'association au registre du commerce n'influence pas son statut fiscal¹⁴². Les dispositions relatives à l'imposition des personnes morales sont applicables à l'association, dans la mesure où l'association est une personne morale du Code civil.

1.2. Impôt sur le bénéfice

a. Impôt fédéral direct

Sur la base de l'art. 71 al. 1 LIFD, les associations jouissent d'un taux préférentiel à l'impôt fédéral direct par rapport aux sociétés de capitaux et aux coopératives. En effet, le législateur a introduit un taux réduit de 50 %, soit de 4.25 % pour les associations en lieu et place de 8.5 % applicable aux sociétés de capitaux et coopératives en vertu de l'art. 68 LIFD. De plus, les associations bénéficient d'un seuil d'imposition pour des raisons d'efficacité. En effet, au-dessous d'un certain bénéfice, le coût engendré par la procédure de taxation serait supérieur au revenu que l'Etat en retirerait. Le législateur fédéral a établi cette limite à CHF 5000 en vertu de l'art. 71 al. 2 LIFD. De plus, la Confédération accorde une exonéra-

tion partielle aux associations poursuivant un but idéal. En effet, l'art. 66a LIFD dispose que le bénéfice d'une association poursuivant un but idéal n'est pas imposable, pour autant qu'il ne dépasse pas CHF 20'000 et qu'il soit exclusivement et irrévocablement affecté à la réalisation du but idéal précité. Finalement, si l'association poursuit un but d'intérêt public, elle pourra requérir une exonération de l'impôt sur le bénéfice.

b. Impôt cantonal et communal

A l'instar de ce qu'a prévu le législateur fédéral, certains cantons ont introduit un taux préférentiel pour les associations au niveau de l'impôt cantonal et communal ainsi qu'un seuil d'imposition¹⁴³. De plus, si l'association poursuit un but d'intérêt public, elle pourra requérir une exonération de l'impôt sur le bénéfice pour l'impôt cantonal et communal également.

1.3. Impôt sur le capital

a. Impôt fédéral direct

L'impôt sur le capital a été aboli dans le cadre de l'impôt fédéral direct avec la deuxième réforme sur la fiscalité des entreprises avec effet au 1er janvier 1998¹⁴⁴. Ainsi, l'association ne doit plus s'acquitter de l'impôt sur le capital dans le cadre de l'impôt fédéral direct.

b. Impôt cantonal et communal

Nonobstant l'abolition de l'impôt sur le capital au niveau fédéral, les cantons prélèvent un impôt sur le capital des associations en vertu de l'art. 29 al. 2 lit. c LHID, qui dispose que le montant de l'impôt est déterminé sur la base des règles applicables aux personnes physiques. En outre, certains cantons connaissent, à l'instar de l'impôt sur le bénéfice, un seuil d'imposition pour l'impôt sur le capital¹⁴⁵.

Ce seuil d'imposition conduit à une exonération de fait de certaines associations. Pour le surplus, les associations poursuivant un but d'intérêt public peuvent également requérir une exonération de l'impôt sur le capital.

¹³⁸ Message LFus FF 2000 4074.

¹³⁹ Message LFus FF 2000 4074; ATF 125 III 18.

¹⁴⁰ BSK OR II-ECKERT, art. 940 N 14 ss et 18 ss.

¹⁴¹ ATF 125 III 18, c. 3b.

¹⁴² MARCO GRETER in ZWEIFEL et al., Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Umstrukturierungen, 2016 Bâle, § 14 no 28.

¹⁴³ GRETER (n. 142), § 14 no 30.

¹⁴⁴ Message concernant la réforme 1997 de l'imposition des sociétés du 26 mars 1997, FF II 1084.

¹⁴⁵ Par exemple CHF 77'000 de fonds propres dans le canton de Berne, art. 106 al. 2 Loi sur les impôts du 21 mai 2000, RSB-661.11; CHF 100'000 dans le canton de Zurich, § 82 al. 2 Steuergesetz du 8 juin 1997, RSZH- 631.1; CHF 200'000 dans le canton de Vaud, art. 118 al. 4 Loi sur les impôts du 4 juillet 2000, RSVD-642.11; CHF 42'000 dans le canton des Grisons, art. 91 al. 3 Steuergesetz du 8 juin 1986, RSGR 720.00; CHF 50'000 dans le canton de St-Gall, art. 99 al. 4 Steuergesetz du 9 avril 1998, RSSG 811.10; A Genève, l'impôt sur le capital est prélevé sans franchise dès CHF 1 de fonds propres, art. 36 Loi sur l'imposition des personnes morales (LIPM) du 23 septembre 1994, RSGE-D315.

2. Traitement fiscal de la transformation de l'association en société anonyme

Lors d'une transformation « proprement dite », l'association modifie uniquement son habit juridique pour revêtir celui de la société anonyme. L'association ne transfère aucun actif et/ou de passif lors de la transformation précitée¹⁴⁶. Nonobstant cet élément, la transformation d'une association en société anonyme entraîne certaines conséquences fiscales que nous allons analyser ci-après.

2.1. Fiction de rétroactivité

A titre liminaire, il sied de préciser qu'il est possible de procéder à une transformation avec effet (fiscal) rétroactif, par exemple à la date de clôture des comptes ou à la date du bilan intermédiaires. Cette fiction de la rétroactivité est acceptée par les administrations fiscales cantonales, si la réquisition d'inscription de la transformation parvient au registre du commerce au maximum six mois après la date déterminante du bilan et que la réquisition donne lieu à une inscription sans mise en suspens¹⁴⁷.

2.2. Impôt sur le bénéfice

Suite à la transformation de l'association en société anonyme, un éventuel bénéfice sera imposé sur la base du taux ordinaire applicable aux sociétés de capitaux et coopératives. Ainsi, la transformation de l'association en société anonyme conduit, par exemple, à une augmentation du taux de l'impôt sur le bénéfice (IFD) de 4.25 % à 8.5 %.

Contrairement à ce qui prévalait lorsque des sociétés abandonnaient leur régime d'imposition privilégié (statut holding ou société auxiliaire) pour être imposée de manière ordinaire, les pertes enregistrées durant la période d'imposition comme association peuvent être compensées avec des bénéfices réalisés après la transformation en société anonyme. En effet, la transformation implique uniquement une modification du taux d'imposition et non le passage d'une imposition privilégiée à une imposition ordinaire. Dans certains cas, cette augmentation du taux de l'impôt sur le bénéfice implique un coût ou un gain fiscal unique pour l'association transformée. Il s'agit des cas où les réserves latentes de l'association, avant sa transformation en société anonyme, sont plus importantes que ses pertes reportées (coût) ou des cas où les pertes reportées au moment de la transformation dépassent les réserves latentes (gain). Aussi, si l'association dispose de réserves latentes au moment de sa transformation en société anonyme, la charge fiscale latente sur les réserves précitées augmente. En effet, l'augmenta-

tion du taux de l'impôt sur les bénéfices, découlant de la transformation, conduit à une augmentation de l'impôt sur le bénéfice lors de la réalisation des réserves latentes post transformation. A l'inverse, d'éventuelles pertes reportées de l'association pourront être compensées – post transformation – avec des profits futurs qui, sans compensation, auraient été imposés à un taux plus élevé¹⁴⁸. L'effet fiscal de ces pertes reportées est doublé du fait de l'augmentation du taux de l'impôt sur le bénéfice (IFD) qui, comme indiqué ci-dessus, augmente de 100 %, soit de 4.25 % à 8.5 %.

Sur la base de l'art. 61 LIFD, la transformation de l'association en société anonyme ne conduit pas à une dissolution des réserves latentes si le siège de l'association est maintenu en Suisse et que les valeurs déterminantes pour l'impôt sur les bénéfices sont maintenues lors de ladite transformation. Cette disposition a pour but d'assurer le maintien de la possibilité par la collectivité d'imposer ces réserves latentes ultérieurement, lors de leur réalisation¹⁴⁹. A noter que si l'association tient une comptabilité simplifiée, elle devra l'adapter au plus tard lors de sa transformation¹⁵⁰. Cette modification de la comptabilité donnera probablement lieu à une réalisation des réserves latentes¹⁵¹. Le raisonnement est analogue au niveau des impôts cantonaux et communaux.

En conclusion, la transformation d'une association en société anonyme peut déboucher sur un effet fiscal unique net négatif ou positif.

2.3. Impôt sur le capital

La transformation d'une association en société anonyme implique également un changement de paradigme pour l'impôt sur le capital : l'impôt sur le capital n'est plus déterminé sur la base des règles applicables aux personnes physiques (art. 29 al. 2 lit. c LHID), mais sur celles applicables aux personnes morales (art. 29 al. 2 lit. a LHID). Par ailleurs, les différents seuils d'imposition des diverses législations cantonales ne sont plus applicables car elles sont étroitement liées à la forme juridique de la société¹⁵².

2.4. Droit de timbre d'émission

Le parlement a aboli le droit de timbre d'émission en juin 2021¹⁵³ et un référendum a abouti contre cette modification législative¹⁵⁴. Le peuple Suisse s'est opposé (62.7 %)

¹⁴⁶ MÜLLER/OESTERHELT in ZWEIFEL et al., Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Umstrukturierungen, 2016 Bâle, § 4 no 29.

¹⁴⁷ Circulaire no 5 (n. 64), § 4.2.1.2.3.

¹⁴⁸ Circulaire no 5 (n. 64), § 4.2.1.2.4.

¹⁴⁹ GRETER (n. 142), § 14 no 30.

¹⁵⁰ GRETER (n. 142), § 14 no 27.

¹⁵¹ GRETER (n. 142), § 14 no 27.

¹⁵² Cf. Note 145.

¹⁵³ FF 2021 1494.

¹⁵⁴ FF 2021 2796.

à l'abolition du droit de timbre d'émission le 13 février 2022¹⁵⁵. Le droit de timbre est ainsi maintenu.

Pour mémoire, lors d'une transformation proprement dite, l'association modifie son habit juridique pour revêtir celui de la société anonyme. Dès lors, des actions doivent être émises et attribuées aux membres de l'association en échange de leur droit de membre de l'association au moment de la transformation pour une valeur nominale minimale de CHF 100'000.

Sur la base de l'art. 5 al. 1 lit. a LT¹⁵⁶, l'émission d'actions, à titre onéreux ou gratuit, est soumise au droit de timbre d'émission. On entend, par émission à titre gratuit, lorsque les actions émises sont libérées au moyen de fonds propres de la société et non pas par des apports des actionnaires. Selon l'art. 8 al. 1 lit. a LT, l'impôt se monte à 1 % de la valeur vénale des apports effectués par les actionnaires à la société mais, au minimum, à la valeur nominale. Toutefois, le législateur a instauré, à l'art. 6 al. 1 lit. h LT, une franchise pour l'émission d'un capital-actions à concurrence de CHF 1 mio. Cette franchise signifie que le droit de timbre d'émission est uniquement prélevé, dès que les apports des actionnaires à la société dépassent CHF 1 mio.

En sus de la franchise précitée, les augmentations de valeur nominale et l'émission d'actions lors de transformations bénéficient d'un privilège fiscal sur la base de l'art. 9 al. 1 lit. e LT. Ce privilège consiste à ce que le droit de timbre d'émission soit prélevé sur le montant de la *valeur nominale* des actions créés (et non sur leur valeur vénale). Afin de bénéficier de ce privilège fiscal précité, l'association doit avoir été constituée au moins cinq ans avant sa transformation et les actionnaires doivent conserver leurs actions pendant les cinq ans suivant la transformation¹⁵⁷. Si l'association ne remplit pas les conditions pour bénéficier du privilège fiscal précité, l'émission des actions est soumise au droit de timbre d'émission à concurrence de 1 % de la *valeur vénale* des actions émises.

En conclusion, l'émission d'actions lors de la transformation d'une association en société anonyme n'est pas soumise au droit de timbre d'émission si :

1. Le cumul de la valeur vénale des apports des actionnaires et des fonds propres de l'association sont inférieurs à CHF 1 mio, ou si
2. L'association a été constituée plus de cinq ans avant sa transformation, un capital-actions d'au maximum CHF 1 mio de valeur nominale est émis, et les actionnaires conservent leurs actions pendant une période d'au moins cinq ans après ladite transformation.

¹⁵⁵ <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/votations/20220213/modification-de-la-loi-federale-sur-les-droits-de-timbre.html> (visitée pour la dernière fois le 9 mai 2022)

¹⁵⁶ Loi fédérale sur les droits de timbre (LT) du 27 juin 1973, RS. 641.10.

¹⁵⁷ Circulaire no 5 (n. 64), § 4.2.1.5.

2.5. Impôt anticipé

L'émission d'actions gratuites lors de la transformation n'a pas de conséquences d'un point de vue de l'impôt anticipé. En effet, les associations ne sont pas contribuables de l'impôt anticipé. Dès lors, l'attribution sans contreprestation aux membres de l'association d'actions libérées au moyen des fonds propres de l'association lors du processus de transformation, n'est pas soumise à l'impôt anticipé¹⁵⁸. En outre, l'association devient contribuable de l'impôt anticipé au moment de l'inscription de sa transformation en société anonyme au registre du commerce. Il en découle que les réserves de l'association sont soumises à un impôt anticipé latent, dès l'inscription de sa transformation en société anonyme au registre du commerce¹⁵⁹. Finalement, ces réserves ne peuvent pas être qualifiées d'un point de vue fiscal de réserves issues d'apports en capital au moment de la transformation, dans la mesure où ces fonds n'ont pas été versés directement par les détenteurs de parts¹⁶⁰. Les réserves de l'association seront ainsi soumises à l'impôt anticipé lors d'une distribution post transformation en société anonyme.

Cette fiscalisation des réserves de l'association, lors de sa transformation en société anonyme, est problématique pour tous les contribuables pour lesquels l'impôt anticipé constitue une charge fiscale définitive et ne constitue pas uniquement un impôt de garantie, tels les contribuables résidents fiscaux dans des pays non conventionnés.

Ainsi, pour éviter le paiement de l'impôt anticipé lors de distributions des réserves post transformation, les membres de l'association – résidents fiscaux de pays non-conventionnés – peuvent s'attribuer des actions gratuites à concurrence de la totalité des fonds propres existants au moment de la transformation et se rembourser le capital-actions en franchise d'impôt anticipé, lors de réductions de capital ultérieures.

2.6. Impôt sur le revenu

Les attributions gratuites d'actions, augmentations gratuites de valeur nominale, et les paiements compensatoires à charge des réserves de l'association sont soumises à l'impôt sur le revenu pour les membres de l'association, résidents fiscaux suisses, en bénéficiant lors de la transformation. Toutefois, la pratique des administrations fiscales cantonales relative à l'attribution d'actions gratuites à des personnes physiques soumises au principe de la valeur nominale n'est pas homogène. Ainsi, dans une majorité des cantons, l'administration fiscale utilise comme base de calcul de l'impôt sur le revenu, la *valeur nominale* des actions gratuites attribuées aux membres de l'association. A l'inverse, l'administration fiscale cantonale

¹⁵⁸ Circulaire no 5 (n. 64), § 4.2.1.4.

¹⁵⁹ GRETER (n. 142), § 14 no 74.

¹⁶⁰ GRETER (n. 142), § 14 no 74.

zurichoise utilise la *valeur vénale* des actions gratuites attribuées comme base de calcul¹⁶¹.

A notre avis, la pratique zurichoise précitée peut conduire à une double imposition au niveau de l'impôt sur le revenu. Ceci dans la mesure où toute distribution aux actionnaires, qui ne constitue pas un remboursement de capital-actions ou des réserves issues d'apports en capital, est soumise à l'impôt sur le revenu. Dès lors, en application de la pratique zurichoise précitée, la différence positive entre la valeur vénale et la valeur nominale des actions attribuées gratuitement aux membres de l'association lors de la transformation est soumise une seconde fois à l'impôt sur le revenu, lors de sa distribution post attribution des actions.

Cette double imposition peut uniquement être évitée par une aliénation des actions à leur valeur vénale. En effet, lors de la vente des actions, un actionnaire (personne physique soumise au principe de la valeur nominale) peut réaliser un gain en capital exonéré en lieu et place d'un revenu de la fortune mobilière (dans les limites mises en place par le législateur, p. ex. liquidation partielle indirecte au sens de l'art. 20a al. I lit. a LIFD, transposition au sens de l'art. 20a al. I lit. b LIFD). La charge fiscale latente sera alors transférée à l'acquéreur, sauf si la vente des actions est accompagnée d'un changement de système¹⁶², auquel cas elle pourra, par exemple, être éliminée par le mécanisme de la réduction pour participation.

En conclusion, il est fortement recommandé de déposer une demande de ruling auprès des administrations fiscales compétentes, relative au traitement fiscal de la transaction, en particulier sur l'étendue de l'assiette de l'impôt sur le revenu (valeur vénale vs. nominale) avant toute attribution d'actions gratuites dans le cadre de la transformation d'une association en société anonyme ou de renoncer à l'attribution d'actions gratuites et de libérer les actions émises.

2.7. Impôt sur la fortune

Les personnes physiques, résidentes fiscales suisses, sont assujetties à l'impôt sur la fortune sur leur fortune nette sur la base de l'art. 13 al. 1 LHID. Toutefois, les simples expectatives¹⁶³ ou les droits qui ne peuvent être réalisés –

c'est-à-dire cédés contre de l'argent¹⁶⁴ – ne rentrent pas dans l'assiette imposable.

L'appartenance à une association est un droit social, qui permet à un membre i) de participer à la vie de l'association (droit de vote actif et passif), ii) d'utiliser les installations de l'association (si les statuts le prévoient) et iii) de se protéger contre d'éventuelles décisions de l'assemblée générale violant ses droits¹⁶⁵. L'adhésion à une association est cessible uniquement sur la base d'une disposition statutaire idoine¹⁶⁶. Ainsi, tant que la qualité de membre d'une association n'est pas cessible, elle n'est pas soumise à l'impôt sur la fortune. Il découle de ce qui précède, que le patrimoine d'une association, dont la qualité de membre ne peut être cédée, est soumis uniquement à l'impôt sur le capital et ne subit pas une double imposition économique au niveau de ses membres.

Ainsi, dans le cadre de la transformation d'une association en société anonyme, les droits de sociétariat sont remplacés par des actions, qui sont soumises à l'impôt sur la fortune, dès l'inscription de la transformation au registre du commerce. Partant, la transformation d'une association en société anonyme conduit à une double imposition économique des actifs de l'association au niveau de ses membres.

Au surplus, les membres de l'association doivent inclure dans leur déclaration d'impôt les actions souscrites ou reçues gratuitement lors de sa transformation en société anonyme. En l'absence de transaction représentative et, dans la mesure où il s'agit de titres non cotés, la circulaire de la Conférence suisse des impôts no 28 d'août 2008 est applicable afin de valoriser les titres aux fins de l'impôt sur la fortune.

2.8. Taxe sur la valeur ajoutée

Comme indiqué *supra* « ch. IV 1 », la transformation « proprement dite » d'une association en société anonyme n'implique aucun transfert d'actifs ou de passifs de la société. Dès lors, la transformation n'a pas de conséquences du point de vue de la Taxe sur la valeur ajoutée¹⁶⁷.

2.9. Droit de timbre de négociation

Comme indiqué *supra* « ch. IV 1 », la transformation « proprement dite » d'une association en société anonyme n'implique aucun transfert d'actifs ou de passifs de la société. Il en découle qu'aucun échange de titres imposables pouvant déclencher une imposition n'est effectué¹⁶⁸.

¹⁶¹ GRETER (n. 142), § 14 no 70.

¹⁶² Passage de la participation de la fortune privée du vendeur à la fortune commerciale d'une autre personne physique ou morale (passage du système de la valeur nominale à celui de la valeur comptable), cf. circulaire de l'Administration fédérale des contributions no 14 du 6 novembre 2007 « vente des droits de participation de la fortune privée à la fortune commerciale d'un tiers (« liquidation partielle indirecte »).

¹⁶³ DZAMKO-LOCHER/TEUSCHER in ZWEIFEL/BEUSCH (édit.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG), 3ème éd., 2017 Bâle, art. 13 LHID, no 46 ss.

¹⁶⁴ ATF 136 II 256, c. 3.2.

¹⁶⁵ BSK ZGB I-SCHERRER/BRÄGGER, art. 70 N 6.

¹⁶⁶ BSK ZGB I-SCHERRER/BRÄGGER, art. 70 N 50.

¹⁶⁷ REHFISCH/ROHNER in ZWEIFEL et al., Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Umstrukturierungen, 2016 Bâle, § 15 no 23.

¹⁶⁸ Circulaire no 5 (n. 64), § 4.2.1.6.

VI. La question de l'abus de droit

Le recours à un tel procédé – c'est-à-dire la constitution d'une association en vue de l'acquisition d'une participation ou d'un immeuble ainsi que sa transformation successive en société anonyme – serait délicat s'il constitue un abus de droit.

Le concept de l'abus de droit remonte au droit romain et a fait couler beaucoup d'encre¹⁶⁹. Dans l'ordre juridique suisse, l'abus de droit est codifié à l'art. 2 al. 2 CC. Le champ de l'abus de droit est vaste et inclut, notamment, l'utilisation d'une personne morale à mauvais escient¹⁷⁰. Le percement du voile corporatif, aussi appelé « *Durchgriff* », est une application concrète du principe de l'abus de droit¹⁷¹. Il s'agit des hypothèses où une société constituée par un actionnaire ne forme économiquement qu'un avec ce dernier, ou s'il a omis de « jouer le jeu de la SA »¹⁷².

PORTMANN soutient qu'il serait abusif pour une holding de « constituer » ses « filiales » en association sans formellement devenir membre de celles-ci, de leur confier des exploitations commerciales et de bénéficier des profits en qualité de tiers formel¹⁷³.

In casu, le procédé – soit la constitution d'une association en vue de l'acquisition d'une participation ou d'un immeuble ainsi que sa transformation successive en société anonyme – vise uniquement à modifier l'inscription constitutive d'une société anonyme au registre du commerce en une inscription déclarative par l'ajout de deux étapes intermédiaires. Ces dernières sont 1) la constitution d'une association et 2) sa transformation en société anonyme. Partant, il convient de trancher s'il est abusif de vouloir réduire le délai de constitution d'une personne morale et de recourir à l'association à cette fin.

A priori, même si le souhait de réduire le temps nécessaire à la constitution d'une société anonyme semble justifié, la constitution d'une association en vue de l'acquisition d'une participation ou d'un immeuble, ainsi que sa transformation successive en société anonyme, vise explicitement à contourner le droit impératif applicable à la constitution d'une société anonyme, en particulier le caractère constitutif de son inscription découlant de la volonté du législateur de protéger les créanciers.

In casu, la protection des créanciers de la société anonyme en constitution n'est pas supprimée mais uniquement différée dans le temps jusqu'à l'inscription de la

transformation de l'association en société anonyme au registre du commerce. En effet, le préposé au registre du commerce devra s'assurer au moment de la transformation en société anonyme, que toutes les dispositions légales applicables à la société anonyme sont remplies. Ainsi, ce mode de procéder conduit uniquement à un décalage temporel de l'applicabilité des dispositions de la société anonyme visant à protéger les créanciers. Créanciers, qui dans l'intervalle ont conscience, que leur protection est moindre par rapport à une société anonyme, dans la mesure où leur partenaire contractuel est une association.

A notre sens, il n'appert pas qu'un tel mode de procéder, quoique peu conventionnel, puisse être considéré comme abusif. En effet, une *Private Company Limited by Shares* britannique peut déjà acquérir un immeuble (sous réserve de la Lex Koller) ou une participation dans une société de capitaux par l'intermédiaire de sa succursale suisse sans qu'une telle acquisition soit qualifiée d'abus de droit. Puis, une fois la succursale inscrite au registre du commerce, les actionnaires peuvent procéder à une transformation « improprement dite » de la succursale suisse de la *Private Company Limited by Shares* en société anonyme au moyen d'un transfert de patrimoine LFus.

Rappelons qu'une *Private Company Limited by Shares* peut être constituée en quelques heures par internet avec une carte de crédit et que son capital minimum se monte à CHF 0.01¹⁷⁴. Ainsi, la *Private Company Limited by Shares* peut être constituée presque aussi rapidement qu'une association et offre une protection aux créanciers, qui est inférieure ou égale à celle de l'association.

En conclusion, dans la mesure où, il est indirectement possible de contourner l'effet constitutif de l'inscription de la société anonyme au registre du commerce, par l'intermédiaire du droit international public, il ne serait pas cohérent de qualifier d'abusif un mode de procéder analogue en droit interne suisse.

VII. Conclusion

Raccourcir le temps nécessaire à l'inscription constitutive d'une société anonyme est théoriquement possible en constituant une association, puis en la transformant en société anonyme. Cependant, ce mode de procéder est plus onéreux que la simple constitution d'une société anonyme par apport en espèces qui ne se justifiera par conséquent que dans peu de cas de figures. Il s'agit uniquement de cas où les parties ne peuvent attendre l'inscription d'une société anonyme au registre du commerce.

¹⁶⁹ BSK ZGB I-HONSELL, art. 2 N 7.

¹⁷⁰ CR CC I-CHAPPUIS, art. 2 N 45.

¹⁷¹ CR CC I-CHAPPUIS, art. 2 N 45; BSK ZGB I-HONSELL, art. 2 N 52.

¹⁷² ATF 102 III 165, p. 170; PETER FORSTMOSER, Das externe Verwaltungsratsmitglied in einer Konzerngesellschaft in: WEBER/ISLER (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, EIZ 104, Zurich 2010, 5 ss, p. 32.

¹⁷³ PORTMANN (n. 13), p. 15 no 22.

¹⁷⁴ Cf. note 1.

De plus, la direction de l'association s'expose à des longues discussions avec le préposé au registre du commerce, voire à des procédures judiciaires, avec le risque qu'*in fine*, un juge décide que l'association n'a pas été valablement constituée. Cette période d'incertitude ne prend fin qu'avec l'inscription de la société anonyme au registre du commerce.

Il en découle, que ce mode de procéder ne saurait être recommandé à l'heure actuelle et qu'il convient, le cas échéant, de privilégier d'autres pistes, comme par exemple, le recours à la succursale suisse d'une *Private Company Limited by Shares* britannique précitée.

Finalement, la tentative du législateur de simplifier et d'accélérer le processus de constitution d'une société anonyme a échoué lors de la dernière refonte du droit des sociétés¹⁷⁵. Une simplification du processus de constitu-

¹⁷⁵ Le législateur avait souhaité supprimer la nécessité de rédiger l'acte constitutif en la forme authentique dans le cas d'une constitution simplifiée et de ne maintenir l'obligation de faire intervenir un officier public (p.ex. notaire) que dans les cas complexes (art. 629 al.

tion selon, par exemple, le modèle britannique des sociétés anonymes¹⁷⁶ ou encore l'introduction d'un nouveau type de société¹⁷⁷ serait donc bienvenue.

4 AP-CO, FF 2017 627; FF 2017 390, 439, 606). Cette proposition avait eu un écho très positif dans le cadre de la procédure de consultation (Office fédéral de la justice, KARIN POGGIO/FLORIAN ZIHLER/ADRIAN TAGMANN, Résultat de la consultation sur l'avant-projet du 28 novembre 2014 de modification du Code des obligations (droit de la société anonyme, Berne 2015, p. 7). Cette solution n'a malheureusement pas été retenue. La Commission des affaires juridiques du Conseil national a proposé lors de sa session du 3 mai 2018 de supprimer cette possibilité (Conseil national, Session d'été 2018, 16.077 n CO. Droit de la société anonyme) Le Conseil national a suivi cette proposition (décision du 14 juin 2018, BO 2018 N 1113). La peur des constitutions frauduleuses a été évoquée comme argument (Martin Naef, BO 2018 N 1105 / BERNHARD GUHL, BO 2018 N 1106) ou encore le fait que ce mode de procéder surchargerait les registres du commerce (LAURENCE FEHLMANN RIELLE, BO 2018 N 1111).

¹⁷⁶ Cf. note 1.

¹⁷⁷ Comme l'Unternehmergesellschaft (UG) allemande qui peut être ultérieurement transformée en Sarl : PANCHAUD (n. 1) p. 44 no 109 et suivants.

Anzeige

Mauro Lardi | David Dürr | Nicolas Rouiller (Hrsg.)

Unternehmensnachfolge Succession d'entreprise

Interdisziplinäres Handbuch zur Nachfolgeregelung

2., erweiterte Auflage

Manuel interdisciplinaire sur le règlement de la succession

2^e édition augmentée

Bei der Unternehmensnachfolge stellen sich viele Fragen: Wie kann ein Unternehmen im Hinblick auf die Übertragung umstrukturiert werden? Welche steuerlichen Aspekte sind zu berücksichtigen? Dieses Handbuch deckt sowohl rechtliche als auch weitere zentrale Themen der Unternehmensnachfolge ab.

2022, 363 Seiten, broschiert
ISBN 978-3-03891-422-8
CHF 86.–

www.dike.ch/4228



Unternehmensnachfolge

Interdisziplinäres Handbuch zur Nachfolgeregelung

Succession d'entreprise

Manuel interdisciplinaire sur le règlement de la succession

2., erweiterte Auflage / 2^e édition augmentée

Mauro Lardi / David Dürr / Nicolas Rouiller (Hrsg./éds)

Erweitert und
aktualisiert

DIKE

swisslegal

DIKE