

LEGAL ALERT

www.ey.com/ch/legal

ERNST & YOUNG

Quality In Everything We Do

Achat de «manteaux d'actions» - risques et incertitudes

Introduction

Au moment de fonder une société anonyme, l'alternative consistant à devenir propriétaire d'une société anonyme par l'achat d'un «manteau d'actions» entre souvent en considération. Contrairement au droit fiscal, le droit suisse de la société anonyme et des autres formes de sociétés ne contient quant à lui aucune disposition relative à l'achat de «manteau d'actions», de «société vide» ou de «société de réserve». Contrairement à une partie de la doctrine juridique, le Tribunal fédéral considère pourtant une telle alternative comme nulle. Le préposé au registre du commerce devra ainsi refuser l'inscription des modifications statutaires généralement liées à l'achat d'un «manteau d'actions».

Nous illustrons ci-dessous les principales motivations à l'achat ou à la vente de «manteaux d'actions», ainsi que les risques qui y sont liés.

1. Définition de «société vide», «société de réserve» et «manteau d'actions»

On parle de «société vide», lorsque l'on est en présence d'une société anonyme qui a été en fait effectivement liquidée, mais qui n'a pas encore été radiée du registre du commerce. Une «société vide» ne conduit pas d'entreprise, elle a aban-

donné toute activité commerciale. Les indices d'une société n'existant plus que sur le papier sont l'absence de bâtiments, d'équipements d'exploitation, de collaborateurs, de stocks ainsi qu'une organisation commerciale et un effort insuffisants pour produire ou maintenir les contacts avec fournisseurs et les clients importants. Une «société vide» se caractérise ainsi par le défaut d'un système organisé.

Une «société de réserve» est fondée dans le but d'y recourir seulement à l'avenir pour un but économique. Son fondateur n'a pas l'intention de déployer, dans un délai usuel après la fondation de la société, une activité au service de tiers. Bien au contraire, toute activité propre à une entreprise sera évitée. La constitution d'une «société de réserve» correspond juridiquement à la fondation d'une société sans activité entrepreneuriale. Puis, au besoin, la «société de réserve» pourra être à tout moment chargée d'une fonction économique.

Les actions d'une société «vide» ou de «réserve» sont appelées «manteau d'actions».

2. Raisons pour recourir à un «manteau d'actions»

Il suffit de parcourir les annonces du marché des capitaux d'un journal

pour constater l'existence d'un intérêt certain à la vente ou à l'achat de «manteaux d'actions». En pratique les principales raisons qui poussent à utiliser, acheter ou vendre des «manteaux d'actions» sont les suivantes:

- L'achat ou l'utilisation de «manteaux d'actions» peuvent conduire à un gain de temps puisqu'ils permettent de se passer du processus de fondation. Les «manteaux d'actions» des «sociétés de réserve» ou des «sociétés vides» sont à ces fins.
- La vente de «manteaux d'actions» est financièrement intéressante pour le vendeur dans la mesure où l'acheteur est disposé à payer un prix en rapport avec les «avantages» offerts par le «manteau d'actions».
- Par le recours aux «manteaux d'actions» de sociétés «vides» que l'on possède déjà, on économise des coûts de fondation.
- Grâce à la vente de «manteaux d'actions», le vendeur s'épargnera les nombreuses dispositions du droit des obligations applicables en cas de liquidation, de même que les coûts liés à une procédure de liquidation (acte authentique et l'appel aux créanciers par exemple).
- L'utilisation ou l'acquisition de sociétés n'existant plus que sur le

papier peut permettre d'éviter l'application des dispositions sur la libération du capital social au moment de la fondation.

- En utilisant ou en achetant des «manteaux d'actions» la procédure de fondation qualifiée peut être évitée (en particulier les dispositions statutaires concernant les reprises de biens).
- L'achat de «manteaux d'actions» permet de reprendre une certaine tradition d'entreprise et/ou de profiter d'un nom déjà connu.

Les avantages liés à l'achat d'un «manteau d'actions» sont pourtant souvent surestimés:

- En effet, avant l'achat de «manteaux d'actions», le passé de la société concernée doit être examiné à la loupe. Cette vérification s'avère non seulement longue mais aussi coûteuse.
- En plus du prix pour les «manteaux d'actions», il faut aussi prendre en compte les coûts relatifs à l'adaptation des statuts et à la modification d'inscription au registre du commerce. A moins de déjà disposer de «manteaux d'actions» d'une société «vide», le prix pour acquérir des «manteaux d'actions» équivaut en général au minimum celui pour une fondation de société.

Les modifications apparaissant sur l'extrait du registre du commerce représentent un indice quant à l'utilisation d'un «manteau d'actions» qui amoindrit la crédibilité d'une société en apparence traditionnelle. En cas de reprise d'une raison sociale («nom commercial») il faut être attentif à ce que ce nom commercial ne soit pas trompeur quant à l'activité effective de la société.

3. Risques légaux

Le droit de la société anonyme ainsi que celui des autres formes de sociétés ne contiennent pas de disposition relative à l'utilisation de «manteaux d'actions». La jurisprudence du Tribunal fédéral considère les transactions juridiques impliquant des «manteaux d'actions» comme illicites et nulles en tant que moyen pour éluder les prescriptions légales pour la fondation de sociétés. Le préposé au registre du commerce doit s'il s'aperçoit de la nature de la transaction – ce qui sera en fait rarement le cas – refuser toute demande de modification d'inscription (déplacement du siège par exemple). La doctrine s'écarte de la position des juges fédéraux et tient pour trop sévère la conséquence d'une nullité juridique de ces transactions. Bien plus, elle souhaiterait que chaque cas appelle une décision d'espèce fondée sur l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC).

En plus du risque juridique sur la validité d'un contrat de vente concernant un «manteau d'actions», il existe encore d'autres écueils juridiques. Les sociétés «vides» comportent des risques élevés de responsabilité en relation avec les activités précédemment déployées par la société. Il faut notamment accorder une attention particulière aux revendications issues de devoirs de garantie, de responsabilité civile, de cotisations sociales dues ou de la pollution du bien-fonds, et qui peuvent être encore réclamées à l'acheteur plusieurs années après l'achat du «manteau d'actions». Même une promesse d'indemnisation concédée par le vendeur ne protège l'acheteur que partiellement. Elle n'offre en particulier aucune assurance contre l'insolvabilité du vendeur ou sa fuite à l'étranger.

4. Risques fiscaux

Fiscalement une transaction impliquant un «manteau d'actions» est considérée comme une liquidation suivie d'une nouvelle fondation. L'actionnaire vendeur devra s'acquitter de l'impôt sur le revenu sur le gain de la vente qui dépasse le capital social. La société vendue doit s'acquitter de l'impôt direct anticipé à hauteur de 35% sur la différence entre le produit de la vente et le capital social ainsi que de l'impôt sur la plus-value sur les réserves latentes. Il n'est en tout cas plus possible de faire fiscalement valoir la déductibilité des pertes reportées une fois la vente accomplie. De plus le droit de timbre d'émission de 1% est dû sur le capital propre existant au moment de la transaction impliquant le «manteau d'actions».

Comme pour l'achat de toute société, l'acheteur prend aussi le risque que la «nouvelle» société, ou ses actionnaires, se soient rendus coupables envers les autorités fiscales pour non paiement d'impôts sous l'empire de «l'ancienne» société. A cela peuvent s'ajouter des répercussions au niveau de l'impôt anticipé et de l'impôt sur le revenu, si la société «vide» présente, au moment de la transaction, des pertes et qu'elles ont été ensuite réduites par les bénéfices nouvellement acquis.

Information

Le Legal Flash a pour but de donner un aperçu de développements juridiques récents. Son contenu n'exprime pas un avis juridique.

Auteur:

Franziska Lerch, lic.iur., avocate,
Manager
(franziska.lerch@ch.ey.com)

Votre interlocuteur en Legal:

Basle

Ernst & Young AG
Thomas Bauer
Aeschengraben 9
Postfach
4002 Basel
Tel. +41 58 286 86 11
thomas.bauer@ch.ey.com

Berne

Ernst & Young AG
Daniel Bachmann
Belpstrasse 23
Postfach
3001 Bern
Tel. +41 58 286 66 11
daniel.bachmann@ch.ey.com

Genève

Ernst & Young SA
Olivier Dunant
59, route de Chancy
Case postale
1213 Petit-Lancy
Tel. +41 58 286 56 11
olivier.dunant@ch.ey.com

Zurich

Ernst & Young AG
Stefan Seiler
Bleicherweg 21
Postfach
8022 Zürich
Tel. +41 58 286 36 11
stefan.seiler@ch.ey.com