

Thierry De Mitri\*

## Le traitement fiscal de la vente d'une société immobilière suisse par une société de capitaux étrangère

Questions choisies dans les relations internationales

### Plan

- I. Introduction
- II. Vente d'une SI en l'absence d'une CDI
  1. Dans le cadre de l'impôt fédéral direct
  2. En droit cantonal harmonisé
    - 2.1 Dans le cadre du système dualiste
    - 2.2 Dans le cadre du système moniste
    - 2.3 La notion de société immobilière
    - 2.4 Base de calcul
- III. Vente d'une SI en présence d'une CDI
  1. But et fonctionnement d'une CDI
  2. Vente d'une SI selon l'art. 13 al. 4 MC OCDE
  3. CDI signées par la Suisse
- IV. Autres impôts en cas de vente d'une SI
  1. Droits de mutation
  2. Droit de timbre de négociation
- V. Conclusion

### I. Introduction

Il est fréquent de rencontrer des pools d'investisseurs désireux d'organiser leur investissement collectif dans le domaine immobilier sous la forme d'une société de capitaux, dénommée généralement société immobilière. Outre la grande simplification administrative, les investisseurs recherchent une forme de discrétion et de souplesse. Toutefois, l'aspect fiscal de ce type d'investissement est souvent mal évalué, en particulier lorsqu'il s'agit de réaliser la plus-value découlant de leur investissement.

La vente d'une société immobilière (ci-après «SI») située en Suisse pose diverses questions délicates tant en droit fiscal suisse et qu'en droit fiscal international, notamment s'agissant de la question de savoir quelle souveraineté fiscale est en droit de taxer la plus-value immobilière résultant de la cession des actions de la SI. En particulier, il convient de déterminer si la SI doit être traitée en transparence lorsque l'actionnaire cède les actions de celle-ci. Par ailleurs, la question devient épineuse lorsque l'actionnaire – par hypothèse une société

de capitaux – a sa résidence fiscale dans un Etat étranger ou dans un canton différent par rapport au lieu de situation de la SI suisse possédant un bien immobilier en Suisse. La jurisprudence et la doctrine ne donnent pas de réponses homogènes à ces questions de sorte qu'il règne une certaine incertitude en cette matière.

La présente contribution se propose d'examiner certains aspects de cette problématique complexe et d'apporter quelques éléments de réflexion. Nous nous focaliserons volontairement sur la situation – de plus en plus courante – dans laquelle la SI est cédée par une société de capitaux ayant son siège à l'étranger sans posséder d'établissement stable en Suisse (*share deal*) et examinerons les conséquences fiscales<sup>1</sup>.

Dans un premier temps, on tentera d'explicitier quel est le traitement fiscal de la plus-value sur la vente d'une SI sous l'angle des impôts directs en l'absence de convention internationale visant à éviter les doubles impositions (ci-après «CDI»). Cela nous permettra de nous concentrer sur les normes du droit fiscal interne suisse qu'elles soient fédérales ou cantonales. En particulier, cela suppose que les règles de l'assujettissement applicables aux sociétés de capitaux permettent de retenir un cas de rattachement économique en cas de vente d'une SI. On constatera que les réponses peuvent varier selon le système d'imposition adopté en vue de percevoir l'impôt sur le gain immobilier. En outre, il sera nécessaire de dessiner les contours de la notion de société immobilière, qui constitue une question centrale dans le contexte d'une telle vente (II).

Ensuite, on examinera si la situation se présente de manière différente en présence d'une CDI. Dans ce cas, la question qui se pose est celle de savoir si le bénéfice en capital résultant de la vente des actions d'une SI par une société de capitaux ayant son siège et son administration effective à l'étranger est imposable en Suisse, soit au lieu de situation de l'immeuble, soit au lieu du siège de la so-

\* Thierry De Mitri, Expert fiscal diplômé, lic. iur., Certificat en Management HEC Lausanne, Associé de De Mitri Conseils SA, Lausanne et Genève.

<sup>1</sup> On occultera dans la présente contribution les questions liées à la loi fédérale sur l'acquisition des immeubles par les étrangers (Lex Koller) qui n'est d'ailleurs pas applicable si les biens immobiliers sont utilisés à des fins commerciales, voir Aide-mémoire du 1<sup>er</sup> juillet 2009 publié par l'Office fédéral de la Justice, 5.

ciété actionnaire de la SI. On constatera que la réponse pourra varier selon les CDI applicables et dépend nettement de la question de savoir si la plus-value résultant de la vente d'une SI provient de l'aliénation de valeurs mobilières ou de valeurs immobilières (III.).

Enfin, on conclura en évoquant les autres impôts susceptibles de frapper la vente d'une SI par une société de capitaux, typiquement des impôts sur les transactions (IV.).

## II. Vente d'une SI en l'absence d'une CDI

En l'absence de CDI, l'appréciation fiscale de la vente d'une SI doit s'effectuer sur les seules règles de droit fiscal suisse. La Suisse étant un Etat fédéral dans lequel la souveraineté fiscale est partagée en matière d'impôts directs entre la Confédération et les cantons, il convient de distinguer le traitement fiscal entre l'impôt fédéral direct (1) et l'impôt cantonal et communal (2).

Le prélèvement d'un impôt auprès d'une personne physique ou morale suppose l'existence d'un rapport fiscal entre la personne et la collectivité publique<sup>2</sup>. C'est pourquoi les lois fiscales contiennent des normes permettant de rattacher un objet à son sujet fiscal. Ce sont les règles de l'assujettissement qui ont pour vocation de définir le cercle des contribuables. Dans chacune des hypothèses, il y aura lieu de les examiner. Si le rattachement économique est établi, on décrira le traitement fiscal de la plus-value résultant de la vente d'une SI.

### 1. Dans le cadre de l'impôt fédéral direct

Une société de capitaux ayant son siège et son administration effective à l'étranger ne peut être redevable d'un impôt que si elle possède un rattachement économique avec la Suisse fondant un assujettissement limité.

Selon l'art. 51 al. 1 let. c de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (ci-après «LIFD»)<sup>3</sup>, les personnes morales qui n'ont ni leur siège ni leur administration effective en Suisse sont assujetties à l'impôt en raison de leur rattachement économique, lorsqu'elles sont propriétaires d'un immeuble sis en Suisse ou qu'elles ont sur un tel immeuble des droits de jouissance réels ou des droits personnels assimilables économiquement à des droits de jouissance réels.

En cas d'assujettissement à la loi fiscale fédérale, le bénéfice en capital résultant de la vente d'un bien immobilier par une société de capitaux étrangère est soumis à l'im-

pôt ordinaire sur le bénéficiaire au taux de 8,5 %<sup>4</sup>. A noter qu'il n'existe pas au niveau de l'impôt fédéral direct de normes spéciales pour l'imposition du gain immobilier.

Si la détention d'un immeuble en nom ne suscite aucune difficulté<sup>5</sup>, la question de savoir si cette norme couvre également la détention des actions d'une société immobilière est nettement plus controversée. Force est de relever que les opinions en doctrine sont divergentes à ce sujet.

Selon la doctrine majoritaire, la notion «droits personnels assimilables économiquement à des droits de jouissance réels» ne vise pas la détention d'actions d'une SI<sup>6</sup>. Selon ces auteurs, cette notion ne peut concerner que des droits personnels portant sur l'immeuble lui-même et non sur la détention d'une SI.

D'autres auteurs – nettement minoritaires – considèrent que cette expression peut viser les cas de propriété économique exercée par l'actionnaire unique ou majoritaire d'une SI portant sur un immeuble appartenant à cette dernière<sup>7</sup>.

Cette dernière opinion semble difficile à suivre et il convient clairement de se rallier à l'opinion majoritaire. Comme certains auteurs le soutiennent, si un tel cas d'assujettissement devait se confirmer, il y aurait lieu théoriquement de taxer les dividendes au lieu de situation de

<sup>4</sup> A noter que si l'entité qui vend le bien immobilier n'est pas une société de capitaux ou une société coopérative mais une autre personne morale (p.ex. une association ou une fondation), le taux est fixé à 4,25 %. Pour savoir si une personne morale étrangère est soumise au régime d'imposition des sociétés de capitaux ou des autres personnes morales, il y a lieu de se référer à l'art. 49 al. 3 LIFD. Selon cette dernière disposition, les personnes morales étrangères ainsi que les sociétés commerciales et les communautés étrangères de personnes imposables de manière limitée, sont assimilées aux personnes morales suisses dont elles se rapprochent le plus par leur forme juridique ou leur structure effective.

<sup>5</sup> En effet, la société de capitaux étrangère est inscrite au registre foncier en tant que propriétaire de l'immeuble au sens de l'art. 655 CC.

<sup>6</sup> PETER LOCHER, Kommentar zum DBG, Therwil/Bâle 2004, Art. 4 N 56; MAJA BAUER-BALMELLI/LUCIAN OMLIN, Art. 4 N 9 s, in: Zweifel/Athanas (édit.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Band I/2a, Bundesgesetz über die Direkte Bundessteuer (DBG), 2<sup>ème</sup> éd., Bâle/Genève/Munich 2008; RAOUL OBERSON, L'immeuble et le droit fiscal, Bâle/Genève/Munich 1999, 12; PETER ATHANAS/GIUSEPPE GIGLIO, Art. 51 N 17, in: Zweifel/Athanas (édit.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Band I/1, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle/Genève/Munich 2008; XAVIER OBERSON, Précis de droit fiscal international, Berne 2009, 62 (ci-après «Précis»); FELIX RICHNER/WALTER FREI/STEFAN KAUFMANN, Art. 4 N 19–23, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich 2006.

<sup>7</sup> PETER AGNER/BEAT JUNG/GOTTHARD STEINMANN, Art. 4 N 7, Kommentar zum Gesetz über die Direkte Bundessteuer, Zürich 1995; JEAN-BLAISE PASCHOUD est plus nuancé et prétend que l'assujettissement n'est pas donné si les actions appartiennent à la fortune privée de l'actionnaire (qui ne peut être qu'une personne physique dès lors), mais que le rattachement économique est acquis si les actions sont dans la fortune commerciale de l'actionnaire (soit une personne physique exerçant une activité indépendante ou une société de capitaux), Art. 4 N 54, in: Yersin/Noël (éd.), Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct, Bâle 2008.

<sup>2</sup> KLAUS TIPKE/JOACHIM LANG, Steuerrecht, 18<sup>ème</sup> éd., Cologne, 2005, § 6 n°1 ss; XAVIER OBERSON, Droit fiscal Suisse, 3<sup>ème</sup> éd., Genève 2007, § 1 n°12 ss.

<sup>3</sup> Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct, RS 642.11.

l'immeuble ce qui paraît incompatible dans le contexte des relations internationales et intercantionales, particulièrement dans un régime de double imposition économique<sup>8</sup>. En effet, l'imposition du dividende est généralement effectuée – en matière intercantonale – auprès du canton du siège ou de l'administration effective de la société actionnaire bénéficiaire du dividende. Dans les relations internationales, il faut savoir que le dividende versé par une SI suisse à son actionnaire situé à l'étranger est soumis à l'impôt anticipé au taux de 35 %<sup>9</sup>. Or, en l'absence de CDI, cet impôt n'est pas récupérable. Il semblerait pour le moins douteux que le législateur fiscal ait souhaité un cumul de l'impôt anticipé et de l'impôt sur le bénéfice sur les dividendes versés à une société de capitaux étrangère possédant une SI en Suisse.

C'est pourquoi d'autres auteurs tendraient à limiter cette imposition à la seule réalisation du gain en capital<sup>10</sup>. Toutefois, une imposition limitée au seul gain en capital paraît incohérente, ne serait-ce que pour des raisons pratiques.

En l'état actuel, il semble acquis que la vente d'une SI par une société de capitaux ayant son *siège* et son *administration effective* à l'étranger sans posséder d'établissement stable en Suisse n'est soumise à aucune imposition au niveau de l'impôt fédéral direct (ci-après «IFD») faute d'assujettissement à la loi fiscale fédérale<sup>11</sup>.

## 2. En droit cantonal harmonisé

Depuis que la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (ci-après «LHID») <sup>12</sup> déploie pleinement ses effets<sup>13</sup>, tous les can-

tons connaissent dans leur propre loi fiscale des règles en matière d'assujettissement qui sont désormais harmonisées<sup>14</sup>.

Selon l'art. 24 al 2 let. c de la LHID, les personnes morales dont le siège ou l'administration effective se trouve hors du canton sont assujetties à l'impôt, lorsqu'elles sont propriétaires d'un immeuble sis dans le canton ou qu'elles ont sur un tel immeuble des droits de jouissance réels ou des droits personnels assimilables économiquement à des droits de jouissance réels.

A la lecture de cette disposition légale, force est de relever qu'il n'y a pas de différence substantielle avec le texte adopté en IFD. Ainsi, toutes les considérations développées plus haut s'agissant de la question de savoir si ladite disposition inclut la détention d'une SI au titre d'un droit personnel assimilable économiquement à des droits de jouissance réels fondant ainsi un rattachement économique peuvent être reprises intégralement.

Toutefois, il convient d'opérer, à notre sens, une distinction liée au fait que les cantons prélèvent en Suisse l'impôt sur les gains immobiliers selon des systèmes d'imposition différents. En effet, la LHID n'a pas réglementé de façon uniforme la perception de l'impôt sur les gains immobiliers en laissant aux cantons, sur de nombreux points, une large liberté. De manière générale, on distingue à ce jour deux modèles d'imposition<sup>15</sup>.

Le premier est le *système dualiste* qui appréhende les gains provenant de l'aliénation des biens immobiliers appartenant à la fortune privée au moyen d'un impôt spécial. Les gains immobiliers réalisés sur des éléments faisant partie de la fortune commerciale sont imposés par le biais de l'impôt ordinaire sur le revenu<sup>16</sup> ou sur le bénéfice<sup>17</sup> (système dit «saint-gallois»).

Les cantons ont également la possibilité d'opter pour le *système moniste* au moyen duquel les gains immobiliers sont en principe toujours frappés par l'impôt spécial sans distinction sur la question de savoir si le bien appartient à la fortune commerciale ou à la fortune privée (système dit «zurichois»). Toutefois, le système moniste souffre une exception lorsque la plus-value immobilière est également constituée d'un gain comptable (différen-

<sup>8</sup> RAOUL OBERSON (n. 6), 12

<sup>9</sup> En vertu de l'art. 4 al. 1 let. c de la loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé (RS 642.21). Le prélèvement de l'impôt anticipé est également effectué si l'actionnaire est une société suisse. Toutefois, cet impôt peut être récupéré sans difficulté à certaines conditions. Dans ce contexte, l'impôt anticipé a une fonction de garantie et vise à s'assurer que l'actionnaire suisse déclare le rendement brut grevé. A l'inverse, pour les actionnaires résidant à l'étranger, l'impôt anticipé remplit une fonction fiscale et constitue un véritable impôt définitif, sous réserve de l'application d'une CDI ou d'un autre accord international. MAJA BAUER-BALMELLI, *Der Sicherungszweck der Verrechnungssteuer*, Zurich 2001, 107; XAVIER OBERSON, *Précis* (n. 6), p. 67.

<sup>10</sup> JACQUES-ANDRÉ REYMOND, *L'assujettissement des personnes morales*, Archives de droit fiscal, 61 (1992), 345 (350).

<sup>11</sup> Dans le même sens, NILS OLAF HARBEKE/MAJA BAUER-BALMELLI, *Taxation of the Alienation of Shares in a Swiss Real Estate Company by a Foreign Corporation*, in: Beusch (édit.), *Steuerrecht 2007, Best of ZSIS*, Institut für Schweizerisches und Internationales Steuerrecht (ISIS), 252; URS SCHÜPFER/PHILIPP BETSCHART, *Kauf und Verkauf von Immobiliengesellschaften*, *L'Expert-comptable*, 5/2005, 402.

<sup>12</sup> RS 642.14.

<sup>13</sup> Soit depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2001. La LHID a pour objectif, entre autres, de diminuer les disparités fiscales cantonales. Les cantons sont obligés d'introduire dans leur loi fiscale des normes harmonisées en matière d'assujettissement, d'objet de l'impôt, de la période de calcul de l'impôt, de procédure fiscale et de droit pénal

fiscal. En revanche, les cantons sont compétents pour fixer les barèmes, les taux et les montants exonérés (art. 129 al. 2 Cst. Féd.).

<sup>14</sup> En IFD en vertu du principe de l'harmonisation verticale et, en impôt cantonal et communal (ci-après «ICC»), en vertu du principe de l'harmonisation horizontale.

<sup>15</sup> Voir à ce sujet BERNHARD ZWAHLEN, Art. 12 N 3 s, in: Zweifel/Athanas (édit.), *Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht*, Band I/2a, Bundesgesetz über die Harmonisierung der Direkten Steuern der Kantonen und Gemeinden (StHG) Direkte Bundessteuer, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle/Genève/Munich 2002.

<sup>16</sup> L'impôt sur le revenu perçu sur les plus-values commerciales s'appliquent aux personnes physiques exerçant une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 8 LHID.

<sup>17</sup> L'impôt sur le bénéfice est perçu sur les plus-values immobilières réalisées par des personnes morales.

ce entre les dépenses d'investissement et la valeur comptable figurant au bilan). En effet, il convient de souligner que les amortissements récupérés et les provisions dissoutes qui sont parties intégrantes du gain immobilier doivent être défalqués de la plus-value immobilière et soumis à une imposition ordinaire dans la mesure où leur constitution a été effectuée à charge du compte de résultats. En d'autres termes, seule la plus-value immobilière *stricto sensu* est soumise à l'impôt sur les gains immobiliers.

### 2.1 Dans le cadre du système dualiste

Selon le système dualiste, seuls les gains immobiliers résultant de la fortune privée sont soumises à l'impôt spécial sur les gains immobiliers (art. 12 al. 1 LHID). En revanche, les plus-values résultant de la fortune commerciale sont soumises respectivement à l'impôt ordinaire sur le revenu pour les personnes physique de condition indépendante et à l'impôt ordinaire sur le bénéfice pour les personnes morales.

En cas de cession d'un immeuble avec bénéfice, une société de capitaux étrangère serait soumise au niveau de l'impôt cantonal et communal à l'impôt ordinaire sur le bénéfice dans un canton dualiste dans la mesure où les plus-values résultent par définition de l'aliénation d'actifs de la fortune commerciale. En l'absence de siège et d'administration effective en Suisse ou encore d'un établissement stable en Suisse, la vente avec plus-value d'une SI échapperait à toute imposition dans un canton dualiste faute de rattachement économique fondant un assujettissement limitée<sup>18</sup>.

Certains cantons connaissent des règles permettant le prélèvement d'un impôt spécial sur les gains immobiliers si la plus-value n'est pas soumise à l'impôt ordinaire sur le revenu ou sur le bénéfice, soit, par exemple, parce que l'actionnaire est exonéré d'impôt soit encore parce qu'il bénéficie de système d'exemption sur les bénéfices en capital en cas de vente d'une participation déterminante<sup>19</sup>.

S'il est extrêmement douteux que ces dispositions puissent déjà trouver application dans les relations intercantionales<sup>20</sup>, il serait pour le moins surprenant qu'une interprétation extensive puisse aboutir à l'imposition de la plus-value résultant d'une SI par une société de capitaux étrangère en l'absence de CDI dans l'hypothèse où cette dernière ne serait pas imposée dans l'Etat de résidence sur le bénéfice en capital<sup>21</sup>.

### 2.2 Dans le cadre du système moniste

Comme explicité plus haut, les cantons de tradition moniste prélèvent un impôt spécial sur les gains immobiliers que la plus-value (i) provienne de la fortune commerciale ou de la fortune privée (ii) soit réalisée par une personne physique ou par une personne morale. Toutefois, la part du gain immobilier qui correspond à une reprise d'amortissements ou de provisions dissoutes opérée sur le bien immobilier est soumise à l'impôt ordinaire sur le revenu pour la personne physique de condition indépendante et à l'impôt ordinaire sur le bénéfice pour les personnes morales.

Dans le système moniste, sous réserve de la récupération des amortissements ou de provisions dissoutes, la plus-value est toujours soumise à l'impôt sur les gains immobiliers au sens de l'art. 12 LHID. Or, selon l'art. 12 al. 2 let. a HID, sont assimilés à une aliénation les actes juridiques qui ont les mêmes effets économiques qu'une aliénation sur le pouvoir de disposer d'un immeuble. Selon la doctrine, ce cas vise, entre autres, la cession de la majorité des actions d'une SI<sup>22</sup>.

Ainsi, lorsqu'il y a un changement de contrôle de la SI par le biais d'une vente des actions, on considère qu'il y a aliénation d'un immeuble quand bien même, au regard du droit civil, le transfert économique ne modifie pas la propriété de l'immeuble, ce dernier continuant à appartenir à la SI. En règle générale, il y a lieu de retenir un cas de transfert du contrôle économique de la SI dans les cas où 50 % des actions au moins ont été transférées<sup>23</sup>. A notre sens, l'élément déterminant pour retenir le transfert économique est le fait de transférer la majorité des droits de vote de la SI. Il en va de même dans l'hypothèse où il y a transfert d'actions à droit de vote privilégiée conférant la majorité des voix lors de l'assemblée géné-

<sup>18</sup> Dans le même sens, HARBEKE/BAUER-BALMELLI (n. 11), 252; SCHÜPFER/BETSCHART (n. 11), 402.

<sup>19</sup> Voir par exemple l'art. 61 al. 1 let. c de la loi vaudoise du 4 juillet 2001 sur les impôts directs cantonaux (ci-après «LI-VD») qui prévoit que l'impôt sur les gains immobiliers a pour objet les gains réalisés lors de l'aliénation de tout ou partie d'un immeuble, situé dans le canton qui appartient à un contribuable exonéré de l'impôt sur le revenu ou sur le bénéfice. Or, selon l'interprétation des autorités fiscales vaudoises, cette disposition vise par exemple une personne morale qui serait au bénéfice du statut de société holding au sens de l'art. 108 LI-VD. Voir encore l'art. 61 al. 2 LI-VD qui dispose que le bénéfice en capital réalisé lors de l'aliénation d'une participation à une société immobilière qui bénéficie de la réduction pour participations est également soumis à l'impôt sur les gains immobiliers. Cette dernière disposition introduit une espèce de «subject-to-tax clause» bien connue en droit fiscal international qui prévoit que l'exemption ne s'applique que si l'imposition est effectuée dans l'Etat auprès duquel le droit d'imposer a été octroyé.

<sup>20</sup> Il nous semble que ces cas d'imposition constitueraient une double imposition virtuelle prohibée par l'art. 127 al. 3 Cst. féd. Cette question intéressante n'est toutefois pas l'objet de cette contribution.

<sup>21</sup> A l'instar du droit fiscal suisse qui connaît la réduction pour participations (art. 69–70 LIFD, art. 28 LHID), bien des Etats ont introduit dans leurs lois fiscales des systèmes de «*participation exemption*» en cas de cession de participations déterminantes – fût-ce une SI – en vue de réduire la triple ou multiple imposition économique.

<sup>22</sup> ZWAHLEN (n. 15), Art. 12 N 34 s; HARBEKE/BAUER-BALMELLI (n. 11), 253.

<sup>23</sup> HARBEKE/BAUER-BALMELLI (n. 11), 253.

rale de la SI. La vente de parts minoritaires des actions de la SI de concert avec d'autres actionnaires dans le cadre d'une action coordonnée conduisant au transfert de la majorité des actions constitue un transfert économique au sens de l'art. 12 al. 2 let. a LHID<sup>24, 25</sup>.

Dans ces conditions, les actions d'une société immobilière sont assimilées sur le plan fiscal à un *immeuble*. Ainsi, dans les cantons monistes, l'interprétation combinée de l'art. 12 al. 2 let. a LHID – qui assimile le transfert de la majorité des actions d'une SI au transfert d'un immeuble – et de l'art. 24 al. 2 let. c de la LHID – qui retient comme lien de rattachement économique la détention d'un immeuble dans le canton – permet de construire un cas d'assujettissement à l'impôt spécial sur les gains immobiliers la cession de la majorité des actions d'une SI par une société de capitaux étrangère. Cette interprétation nous semble la seule qui puisse permettre de soutenir en même temps que le versement d'un dividende ne constitue pas un rendement immobilier imposable au lieu de situation de l'immeuble alors que la cession de la majorité des actions de la SI avec plus-value est soumise à l'impôt sur les gains immobiliers<sup>26</sup>.

Cette imposition ne peut toutefois avoir lieu que si la vente porte sur la majorité des actions d'une SI<sup>27</sup>. C'est pourquoi il est nécessaire de définir la notion de SI, ce qui est loin d'être un exercice aisé.

### 2.3 La notion de société immobilière

Etrangement, les lois fiscales suisses ne contiennent pas une définition homogène permettant de cerner avec sécurité la notion de société immobilière. Il n'en pas toujours été ainsi comme on le verra en matière d'IFD. Cette incertitude règne également en droit cantonal harmonisé.

La LIFD ne fait plus mention de la notion de société immobilière, sauf dans une disposition transitoire qui n'a plus de portée actuelle<sup>28</sup>. Ceci s'explique par la volonté du législateur fiscal de ne plus traiter les SI de façon particulière. Toutefois, le Tribunal fédéral a dû interpréter la notion de SI dans sa jurisprudence.

Selon le Tribunal fédéral, sont considérées comme des sociétés immobilières les sociétés anonymes ou les sociétés à responsabilité limitée dont le but statuaire et/ou l'activité effective consiste exclusivement ou principalement à acquérir, à gérer, à exploiter et à aliéner des immeubles<sup>29</sup>. En règle générale, une société immobilière doit, dès lors, remplir cumulativement les conditions suivantes, soit (i) la valeur vénale de l'immeuble (ou des immeubles) doit représenter au moins deux tiers de la valeur vénale de l'ensemble des actifs et (ii) les deux tiers du bénéfice au moins doivent provenir des activités précitées<sup>30</sup>.

Si l'immeuble ne constitue que le support physique d'une exploitation industrielle, commerciale ou autre, il ne s'agit pas d'une SI, mais d'une société d'exploitation ordinaire dont la vente n'est pas soumise à l'impôt sur les gains immobiliers. La vente des actions d'une telle société par une société de capitaux étrangère – que ce soit dans un canton dualiste ou moniste – échappe à toute imposition en Suisse faute d'assujettissement. La question devient délicate si la société a une activité mixte commerciale et immobilière<sup>31</sup>. C'est pourquoi un examen de l'activité effective s'avère nécessaire. En effet, il est tout à fait possible qu'une société active dans le secteur immobilier (par exemple l'administration des biens immobiliers combinée avec la rénovation ou la vente de biens immobiliers) remplisse *a priori* les critères objectifs pour être considérée comme une SI. Toutefois, s'agissant d'une véritable activité commerciale, elle doit être en définitive qualifiée de société d'exploitation compte tenu de son activité effective<sup>32</sup>.

Plus étonnant encore, la notion de SI n'est pas définie par la LHID quand bien même il en est fait référence à l'art. 12 al. 2 let. d LHID. Ce point est regrettable. Il appartiendrait donc aux cantons de cerner les éléments caractéristiques de la SI<sup>33</sup>. Toutefois, s'agissant d'une

<sup>24</sup> HARBEKE/BAUER-BALMELLI (n. 11), 253; RICHNER/FREI/KAUFMANN (n. 6), Art. 216 N 101. Le canton de Berne applique clairement cette pratique selon la Notice H du 7 septembre 2006 de l'Intendance des impôts du canton de Berne concernant le transfert économique des actions d'une SI (ci-après «Notice H de Berne»).

<sup>25</sup> Selon l'art. 12 al. 2 let. d LHID, est également assimilé à une aliénation le transfert de participations à des sociétés immobilières – même minoritaires – dans la mesure où (i) les actions font partie de la fortune privée du contribuable et (ii) le droit cantonal en prévoit l'imposition. Dans le cas de la cession des actions par une société de capitaux étrangère, ce cas d'aliénation ne peut pas s'appliquer puisque les actions de la SI font partie, par définition, de la fortune commerciale de ladite société. Dans notre hypothèse de travail, il ne peut y avoir dès lors assimilation à la vente d'un bien immobilier que dans le cas de transfert de la majorité des actions de la SI.

<sup>26</sup> NILS OLAF HARBEKE/MAJA BAUER-BALMELLI, 253, aboutissent à la même conclusion sans toutefois expliquer pourquoi le gain sur la vente des actions d'une SI est soumis à l'impôt sur les gains immobiliers dans un canton moniste.

<sup>27</sup> Cette imposition ne peut avoir lieu qu'en présence d'une pure société immobilière, Message du Conseil fédéral du 25 mai 1983 concernant les lois fédérales sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes ainsi que de l'impôt fédéral, p. 107

<sup>28</sup> L'art. 207 LIFD qui traite de la liquidation privilégiée des SI. En effet, lors de l'adoption de la LIFD, le législateur fiscal était désireux d'encourager la liquidation des sociétés immobilières et de privilégier la détention des immeubles en nom.

<sup>29</sup> ATF 104 Ia 253.

<sup>30</sup> Voir la circulaire n°17 de l'Administration fédérale des contributions du 15 décembre 1994 concernant la réduction de l'impôt en cas de liquidation de sociétés immobilières.

<sup>31</sup> Pour un examen de cette problématique, voir NICOLAS MERLINO/DOMINIQUE MORAND, Fusions, acquisitions et restructurations d'entreprises, Aspects fiscaux suite à la LFus et la RIE II, Bâle 2009, 167.

<sup>32</sup> Voir une confirmation dans la Notice H de Berne, 1.

<sup>33</sup> Certains cantons définissent assez sommairement la notion de SI dans leur propre loi fiscale. Ainsi, dans le canton de Vaud, on

notion aussi centrale, les cantons devraient définir la SI au regard de la jurisprudence du Tribunal fédéral dans un souci d'harmonisation et de sécurité juridique.

## 2.4 Base de calcul

On vient d'admettre que l'impôt sur les gains immobiliers peut être prélevé dans les cantons monistes en cas de cession de la majorité des actions d'une SI par une société de capitaux étrangère.

Toutefois, cette imposition doit se limiter au seul gain immobilier, à l'exclusion de la part de la plus-value afférente à des éléments commerciaux non immobiliers. Or la détermination du gain immobilier imposable – qui correspond à la différence entre le produit d'aliénation et les dépenses d'investissement liées aux immeubles – n'est pas toujours aisée à effectuer. En effet, il est très courant que les parties au contrat attribuent une valeur aux actions sans distinguer la quote-part relative aux seuls actifs immobiliers. Si les contrats, lors de l'achat des actions et de la vente de ces dernières, mentionnent spécifiquement les valeurs retenues pour les actifs immobiliers, on pourra se fonder sur ces valeurs.

En cas de seule mention du prix des actions, il faut déterminer le *produit d'aliénation* et le *coût d'investissement* de l'immeuble détenu par la SI.

S'agissant du produit d'aliénation, on prend le prix des actions auquel on ajoute les fonds étrangers selon le bilan de la SI au jour de la date de la vente de la SI puis on déduit les valeurs non immobilières<sup>34</sup>.

Concernant le coût d'investissement de l'immeuble détenu par la SI, celui-ci correspond au prix des actions plus les fonds étrangers au jour de l'acquisition des actions déduction faite des valeurs non immobilières<sup>35</sup>. Afin de ne soumettre à l'impôt sur les gains immobiliers que la pure plus-value immobilière, il y a lieu de tenir compte des impenses qui ont été activées dans le bilan de la SI après l'acquisition des actions de la SI par la société de capitaux étrangère<sup>36</sup>.

entend par société immobilière les personnes morales qui ont pour activité principale la construction, l'exploitation, l'achat ou la vente d'immeuble (l'art. 64 al. 3 LI-VD). Dans le canton de Fribourg, selon l'article 7 de la loi fribourgeoise sur les droits de mutation et les droits sur les gages immobiliers du 1<sup>er</sup> mai 1996, sont des sociétés immobilières (a) celles dont l'activité effective consiste principalement à acquérir des immeubles ou à aliéner, gérer ou exploiter un ou des immeubles leur appartenant (b) celles dont les immeubles représentent le principal actif, (c) celles dont la participation directe ou indirecte à des sociétés visées aux lettres a et b représente, isolément ou compte tenu d'une propriété d'immeuble, le principal actif.

<sup>34</sup> Soit prix des actions + fonds étrangers – valeurs non immobilières. Pour une explication complète sur le calcul, voir SCHÜPFER/BETSCHART (n. 11), 400; voir aussi la Notice H de Berne, 2.

<sup>35</sup> Ibidem.

<sup>36</sup> En règle générale, ces impenses se traduisent d'un point de vue comptable par une augmentation de la valeur de l'immeuble à l'actif entre l'achat et la vente des actions. A noter que si la SI

## III. Vente d'une SI en présence d'une CDI

Lorsqu'une société de capitaux qui n'a ni son siège ou son administration effective en Suisse ni un établissement stable en Suisse cède la majorité des actions d'une SI suisse, le traitement fiscal de cette transaction ne peut être examiné uniquement qu'à l'aune du seul droit interne suisse, si la société de capitaux étrangère a son siège dans un Etat avec lequel la Suisse a conclu une CDI.

Dans un premier temps, on exposera brièvement le but et le fonctionnement d'une CDI (1). Ensuite, on examinera plus précisément comment le modèle de convention de l'OCDE (ci-après «MC OCDE») règle désormais la vente de SI dans le contexte des relations internationales (2). Enfin, on expliquera comment les CDI signées par la Suisse appréhendent cette problématique. On notera à cette occasion que la position suisse est peu homogène (3).

### 1. But et fonctionnement d'une CDI

Comme chacun sait, le premier objectif d'une CDI est l'élimination de la double imposition internationale<sup>37</sup>. En principe, les CDI ont vocation de protéger contre les doubles impositions internationales dites *effectives* qui peuvent survenir lorsque deux Etats taxent un contribuable sur un même objet pendant la même période fiscale par des impôts similaires<sup>38</sup>. En revanche, les situations de doubles impositions internationales *virtuelles*<sup>39</sup> ne sont pas forcément prohibées par les CDI.

Les CDI établies selon le modèle de convention de l'OCDE évitent la double imposition en définissant, par le biais de règles distributives, dans quelle mesure les deux Etats contractants doivent renoncer aux compétences qu'ils exercent en matière fiscale<sup>40</sup>. La double imposition peut être éliminée soit par la méthode de l'*exemption* (art. 23A MC OCDE) soit par la méthode de l'*crédit d'impôt* (art. 23B MC OCDE).

Selon la méthode de l'exemption, lorsqu'un résident d'un Etat contractant reçoit des revenus ou possède de la fortune qui, conformément aux dispositions de la convention, sont imposables dans l'autre Etat contractant, le premier Etat exempté de l'impôt ces revenus ou

vend son immeuble directement – ce qui n'est pas l'objet de cette contribution – il y aurait lieu de tenir compte, au titre de dépense d'investissement, des plus-values imposées lors des transferts économiques précédents pour éviter un cumul d'imposition portant sur les mêmes plus-values. Voir la Notice H de Berne, 4.

<sup>37</sup> XAVIER OBERSON, Précis (n. 6), 10, ROBERT J. DANON/HUGUES SALOMÉ, La double non imposition, (rapport suisse), Cahier de droit fiscal international 89a (2004), 677.

<sup>38</sup> XAVIER OBERSON, Précis (n. 6), 3.

<sup>39</sup> Ibidem. Les cas de doubles impositions internationales virtuelles interviennent lorsqu'un Etat taxe un élément de revenu ou de fortune alors que la CDI applicable attribue le droit d'imposer selon la règle de partage à l'autre Etat qui s'abstient.

<sup>40</sup> DANON/SALOMÉ (n. 37), 677.

cette fortune. Cette règle a donc pour effet d'accorder, sous réserve d'exceptions<sup>41</sup>, un droit d'imposition exclusif à l'Etat de la source, que ce dernier Etat ait exercé ou non son droit d'imposer<sup>42</sup>.

En substance, la méthode du crédit d'impôt au sens de l'art. 23B MC OCDE prévoit que, lorsqu'un résident d'un Etat contractant reçoit des revenus ou possède de la fortune qui, conformément aux dispositions de la convention, sont imposables dans l'autre Etat contractant, le premier Etat accorde sur l'impôt qu'il perçoit sur les revenus ou la fortune de ce résident, une déduction d'un montant égal à l'impôt sur le revenu ou la fortune.

La double imposition internationale est ainsi évitée grâce aux CDI par un mécanisme en deux étapes.

En premier lieu, les CDI définissent, par le biais de règles distributives la compétence d'imposer des deux Etats contractants. A cet effet, il convient de rappeler que les CDI ne contiennent que des règles visant à limiter le droit d'imposer d'un Etat, mais ne sauraient fonder le principe de l'imposition lui-même. C'est pourquoi les CDI n'ont qu'un *effet négatif*. Une CDI se borne à indiquer le droit d'imposer d'un Etat, le pouvoir d'imposer de cet Etat devant dès lors découler de son droit interne<sup>43</sup>. Comme le disent très justement ROBERT J. DANON/HUGUES SALOMÉ, si un Etat ne fait pas usage, dans son droit interne, de son droit d'imposer un élément de revenu ou de fortune qui lui est alloué par une CDI, il en découlera un cas de double non imposition admis par les Etats. Cela découle du fait qu'il faut distinguer la répartition de compétence d'imposer un élément de revenu ou de fortune – question réglée par les CDI – de l'exercice de cette compétence dont la question relève exclusivement du droit interne des Etats contractants<sup>44</sup>.

En second lieu, lorsqu'une double imposition subsiste par l'application de ces règles de partage, les CDI imposent alors à l'Etat de résidence d'éliminer cette double imposition résiduelle pour autant, toutefois, que celle-ci résulte d'une imposition par l'Etat de source «conformément aux dispositions de la convention» (selon les art. 23A et 23B MC OCDE). Il sera fait appel à la seconde étape chaque fois que l'application des règles distributives ne conduit pas à l'attribution d'un droit ex-

clusif d'imposition à l'un des Etats contractants. Selon la pratique suisse en tant qu'Etat de résidence, la double imposition est éliminée, en règle générale, par le biais de la méthode de l'exemption consacrée à l'article 23A MC OCDE.

La vente avec plus-value de la majorité des actions d'une SI par une société de capitaux étranger devra être analysée selon le schéma de raisonnement exposé plus haut.

## 2. Vente d'une SI selon l'art. 13 al. 4 MC OCDE

Selon l'art. 13 al. 1 MC OCDE, les gains qu'un résident d'un Etat contractant tire de l'aliénation de biens immobiliers au sens de la convention, et situés dans l'autre Etat contractant, sont imposables dans cet autre Etat. Il y a donc une claire attribution exclusive du droit d'imposer à l'Etat du lieu de situation de l'immeuble. Toutefois, cette disposition ne vise pas les transferts économiques de biens immobiliers détenus par le biais d'une SI.

Pour faire face à la problématique de la vente d'une SI dans les relations internationales, le MC OCDE a été complété en 2003 par une nouvelle disposition conventionnelle. Selon l'art. 13 al. 4 MC OCDE, les gains qu'un résident d'un Etat contractant tire de l'aliénation d'actions qui tirent directement ou indirectement plus de 50 % de leur valeur de biens immobiliers situés dans l'autre Etat contractant sont imposables dans cet autre Etat.

Cet article traite exclusivement de la vente d'actions d'une société dont la valeur provient directement ou indirectement de biens immobiliers situés dans un Etat contractant autre que l'Etat de résidence de l'aliénateur. L'objectif de cette disposition est – dans un souci clair d'égalité de traitement – d'attacher les mêmes conséquences fiscales en accordant le droit de taxer à l'Etat du lieu de situation de l'immeuble dans les cas de vente des immeubles détenus directement (l'art. 13 al. 1 MC OCDE) et indirectement par le biais d'une société immobilière, soit en cas de transfert économique (art. 13 al. 4 MC OCDE)<sup>45</sup>.

Les Etats ont bien évidemment la possibilité de compléter cette disposition en apportant des précisions, par exemple quant au type de société soumis à cette disposition ou encore en modifiant le pourcentage de détention d'actifs immobiliers<sup>46</sup>. Ce pourcentage doit en principe

<sup>41</sup> Le MC OCDE réserve le cas des revenus passifs (intérêts et redevances) où le droit d'imposer est partagé avec l'Etat de résidence: dans ce cas, c'est la méthode de l'imputation qui est applicable (art. 23 al. 2 MC OCDE).

<sup>42</sup> XAVIER OBERSON, Précis (n. 6), 197. Par ailleurs, on précisera que l'Etat de résidence – qui doit exempter un élément imposable selon la CDI – peut en tenir compte pour calculer le montant de l'impôt sur le reste des revenus selon le système dit de l'exemption avec réserve de progressivité. La Suisse fait usage de cette prérogative dans ses CDI.

<sup>43</sup> XAVIER OBERSON, Précis (n. 6), 43; DANON/SALOMÉ (n. 37), 678.

<sup>44</sup> DANON/SALOMÉ (n. 37), 678.

<sup>45</sup> Voir STEFANO SIMONTACCHI, Capital Gains (Article 13 OECD Model Convention), in: Lang (éd.), Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives, 2008, 167.

<sup>46</sup> Commentaire OCDE du Modèle de Convention Fiscale concernant le Revenu et la Fortune, Paris, 2008 (ci-après «Commentaire OCDE») para. 28.6 ad art. 13. A l'instar de ce l'on connaît en droit interne suisse (voir point II.2.3 ci-dessus), les Etats peuvent exclure du champ de cette disposition les sociétés qui ont une activité commerciale (par exemple un hôtel) et limiter l'application

s'examiner en relation avec les autres actifs de la société, à l'exclusion des dettes<sup>47</sup>.

### 3. CDI signées par la Suisse

La plupart des CDI signées par la Suisse ne contiennent pas de disposition particulière concernant la vente d'une SI. La vente avec plus-value des actions d'une SI est considérée comme la cession de *valeurs mobilières*<sup>48</sup>. Dès lors, la transaction doit être analysée sur la base de l'équivalent de l'art. 13 al. 5 MC OCDE repris dans la majorité des conventions. Selon cette dernière disposition, le gain en capital qualifié de mobilier n'est imposable que dans l'État contractant dont le cédant est un résident. Dans cette dernière hypothèse, il est tout à fait possible que l'État de résidence de la société de capitaux qui vend la majorité des actions de la SI suisse prévoit dans son droit interne une forme d'exemption de la plus-value<sup>49</sup>. Dans ce cas, on pourrait aboutir à un cas *licite* de double non imposition en vertu du principe de l'effet négatif des CDI<sup>50</sup>.

Certaines CDI signées par la Suisse ont en revanche intégré une disposition comparable à l'art. 13 al. 4 OCDE<sup>51</sup> et assimilent les actions d'une SI suisse à une valeur *immobilière*<sup>52</sup>. Dans ce cas, ces CDI attribuent le droit d'imposition à l'État du lieu de situation de l'immeuble en cas de cession des actions de la SI, soit la Suisse dans notre hypothèse de travail.

aux pures sociétés immobilières. Pour ce faire, la disposition doit être complétée en conséquence.

<sup>47</sup> Commentaire OCDE para. 28.4 ad art. 13.

<sup>48</sup> XAVIER OBERSON, Précis (n. 6), 169; PETER LOCHER, Einführung in das internationale Steuerrecht der Schweiz, 3<sup>ème</sup> éd., Berne 2005, 317; HARBEKE/BAUER-BALMELLI (n. 11), 253.

<sup>49</sup> HARBEKE/BAUER-BALMELLI (n. 11), 258. Comme expliqué plus haut, il n'est pas rare que les États intègrent des normes (de type «participation exemption») visant à éviter les triples ou multiples impositions économiques. On pourrait également envisager le fait que l'État de résidence exonère, pour des raisons objectives, la société de capitaux qui vend les actions de la SI suisse (par exemple en raison du but). Pour un cas concret de double non imposition, citons la détention d'une SI suisse par une société de participations financières de droit luxembourgeois.

<sup>50</sup> Voir DANON/SALOMÉ (n. 6), qui traitent de façon exhaustive cette question dans la perspective suisse.

<sup>51</sup> Pour une liste complète des États, voir LOCHER (n. 48), 315 ss. On peut citer, entre autres, la France, le Canada, l'Australie, la Finlande, les États-Unis, la Grande-Bretagne, etc.

<sup>52</sup> Relevons que, à l'inverse de l'art. 13 al. 4 MC OCDE, les CDI signées par la Suisse considérant les SI comme des valeurs immobilières ne mentionnent en principe pas de pourcentage provenant des valeurs immobilières. Il est vrai que ces CDI ont été signées avant l'adoption de l'art. 13 al. 4 OCDE. A noter cependant que la Suisse est en train d'adapter un certain nombre de CDI en application de la décision du 13 mars 2009 du Conseil fédéral visant à reprendre les standards de l'OCDE en matière d'entraide administrative. Or les États contractants ne semblent pas saisir cette occasion pour intégrer et/ou compléter la disposition relative au gain en capital dans le sens de l'art. 13 al. 4 MC OCDE.

Ceci étant, il convient de rappeler la fonction des règles distributives des CDI, soit la répartition des compétences de droit de taxer un élément de revenu ou de fortune aux États contractants. En application du principe de l'effet négatif des CDI, il y a lieu de rechercher dans le droit interne suisse les normes permettant de taxer la plus-value.

A notre avis et dans la suite de la position défendue plus haut, il nous semble que la LIFD ne contient pas de norme permettant d'exercer le droit d'imposition sur le bénéficiaire en capital résultant de la vente de la majorité des actions d'une SI faute d'assujettissement à la LIFD<sup>53</sup>. Pour les mêmes raisons, on devrait aboutir à une conclusion similaire dans les cantons ayant repris le système dualiste en tant que mode d'imposition du gain immobilier<sup>54</sup>.

En revanche, les cantons de tradition moniste possèdent, à notre sens, toutes les dispositions légales en droit interne permettant d'exercer le droit d'imposition attribuée par la SI<sup>55</sup>.

## IV. Autres impôts en cas de vente d'une SI

Il se pose encore la question de savoir si la cession d'actions d'une SI pourrait être soumise à la perception d'impôts sur les transactions tels que les droits de mutation qui sont prélevés par les cantons exclusivement (1) ou le droit de timbre de négociation qui constitue un impôt strictement fédéral (2).

### 1. Droits de mutation

Les droits de mutation<sup>56</sup> sont des impôts réels qui frappent les transferts d'un bien immobilier. Certains cantons étendent la perception des droits de mutation non seulement à l'acquisition d'un immeuble en nom, mais également au transfert économique d'un immeuble en cas d'acquisition de la majorité des actions d'une SI<sup>57</sup>.

Dans ce cas, les cantons se doivent de définir la notion de société immobilière. Dans cas encore, seront en principe déterminants le but de la société, la composition du bilan et du compte de résultats.

<sup>53</sup> Voir point II.1.

<sup>54</sup> Voir point II.2.1.

<sup>55</sup> Voir point II.2.2.

<sup>56</sup> Appelés également droit d'enregistrement dans certains cantons (par exemple le canton de Genève) ou «Handänderungssteuer» dans les cantons suisses allemands.

<sup>57</sup> Tel est le cas par exemple du canton de Fribourg. En revanche, les cantons de Vaud et de Genève ne prélèvent pas de droits de mutation en cas d'acquisition d'une SI. Le canton de Zurich ne prélève plus de droits de mutation.



En règle générale, l'impôt est dû par l'acquéreur<sup>58</sup> des actions et la base imposable correspond au prix d'acquisition. Les taux varient d'un canton à l'autre et oscille généralement entre 1 % et 3 %.

## 2. Droit de timbre de négociation

Compétence exclusive de la Confédération, le droit de timbre de négociation est perçu en vertu de l'art. 13 de la loi fédérale sur les droits de timbre (ci-après «LT»)<sup>59</sup> lorsque (i) un commerçant suisse de titres au sens de l'art. 13 al. 3 LT<sup>60</sup> (ii) s'entremet en tant que contractant ou d'intermédiaire dans l'acquisition à titre onéreux (iii) d'un document imposable au sens de l'art. 13 al. 2 LT. Les actions d'une SI font partie des documents imposables visés par la loi<sup>61</sup>. Encore faut-il que la transaction n'échappe pas à l'impôt en raison d'exceptions (art. 14 LT) ou d'un cas exonérations (art. 19 LT)<sup>62</sup>.

L'impôt est dû par le commerçant suisse de titre qui peut le faire supporter économiquement à la contrepartie<sup>63</sup> ou aux contreparties<sup>64</sup> de la transaction. S'agissant de la cession des actions d'une société suisse, le taux de l'impôt est de 1,5% calculé sur la valeur vénale (art. 16 LT).

Ainsi, si une société de capitaux étrangère cède des actions de sa filiale suisse qualifiée de SI à un commerçant suisse de titre, ce dernier devra prélever un demi-droit de timbre pour la contrepartie correspondant à la société de capitaux étrangère<sup>65</sup>.

Toutefois, si la société de capitaux étrangère fait partie de la catégorie des investisseurs exonérés au sens de l'art. 17a LT<sup>66</sup>, le commerçant suisse de titre ne devra retenir aucun demi-droit concernant la partie venderesse.

<sup>58</sup> Il peut aussi être partagé par moitié ou contractuellement mis à la charge du vendeur.

<sup>59</sup> Adoptée en date du 27 juin 1973; RS 641.10.

<sup>60</sup> Selon l'art. 13 al. 3 LT, sont des commerçants suisses de titres, entre autres, les banques, les gestionnaires de fortune à certaines conditions, les sociétés de capitaux et les institutions suisses de prévoyance professionnelle et de prévoyance liée dont l'actif se compose pour plus de CHF 10 millions de documents imposables, etc.

<sup>61</sup> En fait, en matière de droit fédéral de négociation, la qualification de la société dont les actions sont cédées de SI ou non n'a aucune espèce d'importance. Voir aussi HARBEKE/BAUER-BALMELLI (n. 11), 251.

<sup>62</sup> Tel serait le cas si la société de capitaux était une banque étrangère ou un agent de change étranger (art. 19 al. 1 LT) ou un membre étranger de la bourse suisse (art. 19 al. 2 LT)

<sup>63</sup> Si le commerçant suisse de titres agit à titre de contractant (art. 17 al. 2 let. b LT).

<sup>64</sup> Si le commerçant suisse de titres agit à titre d'intermédiaire (art. 17 al. 2 let. a LT).

<sup>65</sup> Même si l'obligation fiscale n'incombe pas à la partie venderesse des actions de la SI, cette dernière ne peut occulter cette question dans la mesure où il s'agit d'un coût de la transaction qui entame la rentabilité en cas de prise en charge de l'impôt contractuellement par la société de capitaux étrangère.

<sup>66</sup> L'art. 17a LT énumère une liste d'investisseurs dits exonérés. S'agissant de ces derniers, on peut citer parmi les cas les plus probables le fait que la société de capitaux soit: (i) une société qua-

## V. Conclusion

En l'absence de convention de double imposition, la vente avec plus-value d'une société immobilière suisse par une société de capitaux qui n'a ni son siège ni son administration effective en Suisse et qui ne possède par ailleurs pas d'établissement stable en Suisse ne peut être soumise à l'imposition en Suisse que si une règle de rattachement permet d'assujettir la venderesse à la loi fiscale.

Or, au niveau de l'impôt fédéral direct, il n'existe pas de lien de rattachement économique permettant de soumettre la transaction à l'impôt ordinaire sur le bénéfice. En effet, lorsque la loi mentionne «des droits de jouissance réels ou des droits personnels assimilables économiquement à des droits de jouissance réels», elle ne peut viser la détention des actions d'une société immobilière.

Dans les cantons qui appliquent le système dualiste, c'est-à-dire qui prélèvent un impôt spécial sur les gains immobiliers en cas de gain en capital résultant de la fortune privée et un impôt ordinaire sur le revenu et sur le bénéfice en cas de bénéfice en capital de la fortune commerciale, la même conclusion s'impose. La plus-value en cas de cession de la majorité des actions d'une société immobilière échappe à toute imposition faute d'assujettissement fiscal.

En revanche, les cantons appliquant le système moniste prélèvent un impôt spécial sur les gains immobiliers sur toutes les plus-values (sauf sur les reprises d'amortissement et les provisions dissoutes en relation avec l'immeuble) que celles-ci relèvent de la fortune privée ou de la fortune commerciale (soit réalisées par des personnes physiques ou des personnes morales). Dans ce cas, les lois fiscales cantonales – ayant repris les dispositions topiques de la LHID – prévoient que la cession de la majorité des actions d'une société immobilière est assimilée à la cession d'un immeuble. En pareilles circonstances, la société de capitaux étrangère serait assujettie à la loi fiscale cantonale, la règle d'assujettissement étant applicable par le jeu de l'assimilation à l'immeuble. Pour ce faire, la société cédée doit clairement être qualifiée de SI.

En présence d'une CDI, celle-ci peut soit assimiler les actions d'une SI à une valeur mobilière – auquel cas la Suisse n'a aucune compétence de prélever l'impôt sur le gain en capital y compris dans les cantons monistes – soit à une valeur immobilière confirmant, le cas échéant,

lifiant de placements collectifs étrangers de capitaux au sens de l'art. 119 LPCC (art. 17a al. 1 let. c LT), (ii) une société d'assurances sur la vie étrangères soumise à une réglementation étrangère prévoyant une surveillance équivalente à celle de la Confédération (art. 17a al. 1 let. f LT) ou encore (iii) une société étrangère dont les actions sont cotées auprès d'une bourse reconnue ou fasse partie d'une des sociétés affiliées étrangères consolidées (art. 17a al. 1 let. g LT).

le droit d'imposition conféré à la Suisse. Ceci étant, il sied de s'assurer que la Suisse possède en droit interne, en vertu du principe de l'effet négatif des CDI, des dispositions légales permettant d'exercer la prérogative attribuée par la CDI. Cela n'est pas toujours le cas.

Enfin, il convient de relever que la vente portant sur des actions d'une société immobilière peut être soumise à la perception d'un droit de mutation si les législations cantonales en prévoient le principe ainsi qu'au droit de timbre de négociation, selon les conditions, en présence d'un commerçant suisse de titres dans la transaction.

---