

## Prêt fictif à l'actionnaire : le TF clarifie la situation.

*Dans un arrêt daté du 16 novembre 2021 (2C\_678/2020), le Tribunal fédéral (TF) s'est penché sur la question de savoir si le prêt octroyé par une société anonyme à son actionnaire constitue une prestation appréciable en argent, du fait qu'il revêtirait le caractère d'un prêt simulé ou d'un prêt fictif. Dans cet arrêt très important, le TF rappelle les indices qui permettent de considérer que l'on est face à une distribution dissimulée de bénéfice sous la forme d'un prêt fictif.*

Cela est bien connu, le système fiscal suisse se caractérise par la double imposition économique, même si elle est légèrement atténuée depuis quelques années. En effet, le profit est taxé une première fois auprès de la société de capitaux, puis une seconde fois auprès de l'actionnaire, au titre du dividende. En principe, celui-ci peut faire valoir, s'il possède une participation d'au moins 10%, un abattement fiscal de 30% au niveau de l'impôt fédéral direct et d'un montant au moins équivalent selon les cantons (certains cantons étant plus généreux). En raison de cette double imposition économique, il arrive que l'actionnaire organise ses relations avec sa société de façon à atténuer les effets négatifs de cette double imposition. Ainsi, il n'est pas rare qu'un actionnaire, en lieu et place de se verser un dividende, emprunte une somme d'argent auprès de sa société. Cela lui permet de déduire des intérêts passifs dans le cadre de l'impôt sur le revenu et une dette au niveau de l'impôt sur la fortune. Cependant, il est aussi vrai que la société est en droit de prêter de l'argent à l'actionnaire, si ce prêt repose sur le principe de pleine concurrence et constitue une sorte de placement de capitaux de la société.

Cela dit, la frontière entre un prêt admissible sous l'angle fiscal et un prêt représentant une distribution dissimulée de bénéfice du fait de l'absence de volonté de l'actionnaire de rembourser le prêt n'est pas toujours aisé à distinguer. Dans une récente jurisprudence, le TF a rappelé les indices permettant de conclure que le prêt constitue dès le début une prestation appréciable en argent, ou ultérieurement à la lumière d'une situation qui a évolué auprès de l'actionnaire.

En principe, pour déterminer si l'on est face à un prêt simulé, on se pose la question de savoir si la société aurait prêté une somme similaire à une tierce personne placée dans les mêmes circonstances.

Dans le cas d'espèce, une société prête une somme d'environ CHF 4'200'000 à son actionnaire, qui génère des intérêts passifs d'un montant d'environ CHF 133'000. Ces montants sont dûment reportés dans la déclaration fiscale de l'année 2008 admis par les autorités fiscales genevoises. Lors de la période fiscale 2010, la dette est restée stable, mais les contribuables n'ont déduit aucun montant au titre d'intérêts passifs. En 2011, l'actionnaire et la société signent un contrat de prêt portant sur un montant d'environ CHF 5'175'000. Le prêt est destiné à financer divers investissements et portait intérêt selon les directives de l'Administration fédérale des contributions prévoyant le taux d'intérêt minimal qui doit être exigé par la société. Le contrat de prêt prévoit un plan de remboursement échelonné entre le 31 décembre 2015 et le 31 décembre 2024. À titre de garantie, l'actionnaire remet en nantissement 350 de ses actions à la société sur les 800

composant le capital-actions de cette dernière. En 2016, la première échéance est prorogée au 30 juin 2016.

Alors que les décisions de taxation des années 2008 et 2010 étaient soumises à une procédure de réclamation pour d'autres raisons, l'Administration fiscale cantonale genevoise (AFC) décide de modifier les taxations 2008 et 2010 en défaveur du contribuable, en retenant notamment la présence d'un prêt simulé, rajoutant ainsi au revenu imposable le prêt d'environ CHF 4 millions en 2008 et d'environ CHF 950'000 en 2010. Infirmé en première instance, la Cour de justice donne en revanche raison aux autorités fiscales cantonales, en confirmant les reprises d'environ CHF 4 millions pour 2008 et environ CHF 950'000 pour 2010. C'est l'objet du recours déposé par le contribuable face au TF.

Avant de présenter les indices du prêt fictif, il faut relever que le prêt oscille entre 36% et 38% des fonds propres de la société, tout en précisant que la société avait d'importantes réserves latentes en raison d'une participation ayant une forte valeur. De plus, le contribuable a des revenus importants, d'environ CHF 650'000 par année et une fortune qui varie entre CHF 44 millions et CHF 48 millions. Néanmoins, cette dernière est grandement composée des actions de la société. Aucun remboursement n'a été effectué par le contribuable *a priori*.

Dans un premier temps, le TF rappelle les conditions de la prestation appréciable en argent, à savoir (i) la société fait une prestation sans obtenir de contreprestation correspondante, (ii) cette prestation est accordée à un actionnaire ou à un proche de l'actionnaire, (iii) cette prestation n'aurait pas été accordée à de telles conditions à un tiers et (iv) les organes de la société connaissaient ou auraient pu se rendre compte de l'avantage qu'ils accordaient.

En principe, une société est libre d'accorder un prêt à son actionnaire. Un redressement n'est envisageable que si les conditions sont inhabituelles. Tel est le cas si le prêt n'est pas couvert par le but social, s'il s'avère extrêmement élevé par rapport au total de l'actif, s'il n'y a pas de fonds propres suffisants, en cas de doute sérieux sur la solvabilité du débiteur ou qu'aucune garantie n'existe. La situation est également inhabituelle s'il y a mise à disposition d'un montant sans que le remboursement ne soit envisagé, par exemple parce que l'on ne peut pas compter sur un remboursement de la part de l'actionnaire.

Le fait que la volonté de rembourser est envisagée par les parties relève de la volonté interne. C'est pourquoi, pour être admise, une simulation doit reposer sur des indices clairs, dont la charge de la preuve appartient aux autorités fiscales.

Dans sa jurisprudence constante (ATF 138 II 57 arrêt de principe), le TF a énoncé des indices qui permettent de cerner cette volonté interne, soit :

- La manière dont le prêt est traité au plan comptable dans le bilan de la société prêteuse et celle dont le débiteur le fait figurer dans sa déclaration d'impôt ;
- Le défaut de comptabilisation de la créance au bilan de la société créancière et l'absence de déduction de la dette et des intérêts ;

- Le fait que l'actionnaire se trouve en situation très difficile (insolvabilité) sans possibilité d'assumer les obligations résultant du prêt, à savoir le paiement des intérêts et l'amortissement ;
- Les actionnaires utilisent les fonds mis à disposition pour maintenir leur train de vie ou rééchelonner d'autres dettes privées ;
- L'absence d'une convention écrite, même si cet indice n'est pas déterminant en soi ;
- Le fait que le but statutaire de la société ne couvre pas l'octroi de prêt, même si cet indice n'est pas déterminant en soi non plus ;
- Le fait que le prêt représente un montant inhabituel au regard de la structure du bilan, à savoir un actif très important de la société ou qu'il dépasse les fonds propres de la société étant précisé que les réserves latentes doivent être prises en considération le cas échéant.

De plus, il faut distinguer le cas où la volonté de rembourser le prêt fait d'emblée défaut des situations où cette volonté est constatée ultérieurement. Il peut donc y avoir une « simulation originelle » et des situations où il y a « simulation ultérieure ».

Dans le premier cas, il faut se placer au moment de l'octroi du prêt et vérifier la volonté des parties sur la base des indices susmentionnés. Le remboursement ultérieur d'un prêt met en échec une situation de simulation originelle sauf si un remboursement peut sembler abusif, car l'actionnaire pressent les conséquences néfastes du prêt. Si les indices ne sont pas clairs au moment de l'octroi, il faut renoncer à considérer que le prêt est simulé. Il ne doit y avoir aucun doute sur la volonté des parties. Une stimulation ultérieure est admise, selon les circonstances, si l'actionnaire a clairement la volonté de ne pas rembourser le prêt, ce qui se traduit par exemple par un amortissement de celui-ci dans les comptes de la société. Dans ce cas, la prestation appréciable en argent intervient lors de la période fiscale au cours de laquelle la simulation ultérieure est avérée.

Dans le cas d'espèce, le TF reproche à la Cour de justice de ne pas avoir pris position clairement sur le caractère simulé ou non du prêt et de s'être appuyé sur des éléments ultérieurs à l'octroi du prêt, comme le fait que le prêt augmente incessamment jusqu'à son remboursement en 2018. De manière concomitante, la Cour n'a pas tenu compte d'éléments positifs en faveur du contribuable, comme la conclusion d'un contrat de prêt et la mise en gage d'actifs, tout comme précisément le remboursement en 2018.

Le TF estime que des éléments plaident tant en faveur de la simulation que l'absence de simulation. Le but social de la société ne permet pas l'octroi de prêt et les intérêts ont été simplement mis en compte et non payés. En revanche, des éléments sont en défaveur de la simulation, comme la comptabilisation du prêt, le fait que le prêt représente 20% du total de l'actif, ce qui n'est pas significatif notamment en présence de réserves latentes importantes. Enfin, force est de constater que le débiteur a des revenus importants et une fortune conséquente. Le débiteur n'est pas dans une situation financière délicate. Le TF conclut donc qu'il n'y a pas de simulation dans le cas d'espèce.

En revanche, un point mérite d'être mis en exergue dans le cadre de cet arrêt. En effet, il apparaît que la société a renoncé à comptabiliser pendant deux périodes fiscales des intérêts d'environ CHF 133'000 en 2008 et CHF 102'000 en 2010. Dans ce cas, l'absence de comptabilisation d'intérêts constitue une prestation appréciable en argent, ce que le recourant ne conteste du reste pas.

Cet arrêt est intéressant à bien des égards. En effet, les praticiens sont régulièrement confrontés à la situation dans laquelle l'actionnaire prélève de l'argent dans sa société. Les autorités fiscales procèdent souvent à des demandes d'information afin de cerner la présence ou non d'un prêt fictif. Il est toujours délicat de déterminer de manière certaine si l'on est face à un prêt fictif avec des conséquences fiscales extrêmement fâcheuses, puisque non seulement le prêt constitue une distribution de dividendes, mais, pour les périodes fiscales ultérieures, les intérêts passifs et la dette ne sont plus déductibles.

Avec cette jurisprudence, le TF permet de renforcer la sécurité juridique en mettant des garde-fous relativement précis pour admettre la présence d'un prêt simulé. Cette situation devrait être d'autant plus renforcée que le contexte des taux négatifs devrait encourager les sociétés à faire des placements de capitaux auprès de leurs actionnaires souhaitant procéder à des investissements à titre privé. À la lecture de cet arrêt, on relève qu'un ratio de 20% de l'actif reste acceptable, tout comme la mise en gage des actions propres de la société, en particulier si celle-ci possède des réserves latentes importantes. De plus, un prêt qui est inférieur aux fonds propres de la société sera également un signe important de l'absence de simulation.

Enfin, la distinction entre simulation originelle et simulation ultérieure est également déterminante, puisqu'il est très fréquent que les demandes d'information de l'autorité fiscale interviennent quelques années après l'octroi du prêt. Or, il semble que la démonstration d'une simulation ultérieure n'est pas si aisée pour le fisc.

Cet arrêt du TF est à saluer, non seulement quant à son résultat, mais surtout concernant son contenu extrêmement pédagogique et structuré. Cette jurisprudence instaure une sécurité juridique bienvenue et une meilleure prévisibilité.

Publié sur LinkedIn le 24 décembre 2021

© Thierry De Mitri