

## Gain en capital privé et liquidation partielle indirecte : le Tribunal fédéral clarifie la situation !

*Les spécialistes de la fiscalité le savent bien, les arrêts du Tribunal fédéral (TF) en matière de liquidation partielle indirecte (LPI) sont rares. Pourtant, cette problématique est omniprésente dans les transactions portant sur la vente d'une société de capitaux par une personne possédant les actions dans sa fortune privée. Lors de chaque transaction ou de transmission d'entreprises, la question de la LPI est systématiquement évoquée, dans la mesure cela permet – à certaines conditions - de disqualifier tout ou partie du gain en capital en principe exonéré en revenu de participations imposable. Dans un arrêt du 2 mars 2022 ([2C\\_135/2021](#)), le TF amène des clarifications importantes dans ce domaine.*

Le droit fiscal suisse se caractérise par le fait que le gain en capital réalisé lors de l'aliénation d'actions faisant partie de la fortune privée du contribuable est exonéré d'impôt (art. 16 al. 3 LIFD). De ce fait, la plus-value provenant de la cession d'une participation dans une société par son actionnaire peut être effectuée sans aucune imposition, dès lors que le prix de cession correspond bien à une plus-value en capital et que les actions font partie de la fortune privée. Néanmoins, cette exonération connaît de nombreuses exceptions, car le principe de l'exonération du gain en capital doit rester une exception dans le système de l'impôt sur le revenu, exception qu'il convient d'interpréter de manière restrictive.

À l'inverse, les distributions de dividendes effectuées par une société sont pleinement imposables. Cependant, le législateur a retenu une interprétation économique de la notion de dividende et a souhaité couvrir toutes les situations qui - peu ou prou - doivent être assimilées à une distribution de bénéfice. Ainsi, lorsqu'une plus-value en capital correspond en réalité indirectement à une distribution de bénéfice sous couvert d'un prix de vente, le droit fiscal prévoit que ce gain en capital doit être considéré, tout ou en partie, comme une distribution de bénéfice. C'est ainsi que l'art. 20a al. 1 let. a LIFD a codifié et objectivé un cas d'abus permettant de disqualifier le gain en capital constitué - intégralement ou partiellement – en une distribution de bénéfice lorsque les éléments constitutifs d'une LPI sont présents.

Il y a LPI (i) en cas de vente d'une participation d'au moins 20% appartenant à la fortune privée du vendeur, (ii) faisant passer les droits de participation de la fortune privée du vendeur à la fortune commerciale de l'acquéreur, (iii) au moment de la vente, il existe de la substance non nécessaire à l'exploitation susceptible d'être distribuée au sens du droit commercial (iv) il y a une distribution dans les 5 ans suivant la vente de ladite substance et (v) l'opération s'effectue avec la participation du vendeur. Force est donc de constater que ces conditions sont relativement restrictives, mais permettent, si elles sont réalisées, de considérer que tout ou partie du prix de vente des actions constitue non pas un gain en capital exonéré, mais un rendement de participation au même titre qu'un dividende. Cela s'explique en réalité par le fait que l'on considère que le vendeur a permis à l'acheteur d'utiliser de la substance de la société-cible afin de s'acquitter du prix de vente des actions (« théorie du porte-monnaie plein »).

Dans un arrêt du 2 mars 2022 (2C\_135/2021), le TF s'est penché sur la question de la vente d'une société par une personne physique. Madame A domiciliée à Bâle ayant reçu dans le cadre d'une succession les actions d'une société active dans le commerce d'art. Madame A a décidé de vendre les actions de la société B SA en janvier 2017 à la société C SA pour le prix de CHF 6'10'000. A noter que Madame A avait une dette de CHF 500'000 à l'égard de B SA. Un mois après la vente des actions, Madame A achète toutes les œuvres d'art dans la société pour CHF 110'000 sur la base d'une expertise. Peu après, B SA est absorbée par C SA dans le cadre d'une fusion par absorption.

Dans l'appréciation de la situation, les autorités bâloises ont considéré que l'achat des derniers actifs sous forme d'œuvres d'art dans la société B SA par Madame A avait rendu la société liquide, de sorte qu'il fallait considérer qu'il s'agissait de la vente d'un « manteau d'actions » en faveur de C SA (ou la vente d'un cadre juridique). Or, il apparaît que la vente d'une société liquide ou rendue liquide constitue en réalité un rendement de fortune imposable (au même titre qu'un liquidation), pour un montant correspondant à la différence entre le prix de vente des actions, soit CHF 610'000 et la valeur nominale des actions de CHF 100'000), à savoir un montant imposable de CHF 510'000.

Madame A a déposé un recours au TF en estimant que les conditions d'une telle imposition ne sont pas réalisées.

De manière surprenante, le TF interpelle les parties en indiquant qu'il s'agit à son avis probablement d'une opération de LPI et demande l'opinion, tant de Madame A que des autorités fiscales bâloises. Sans surprise, Madame A rejette les éléments constitutifs d'une LPI, alors que les autorités fiscales bâloises estiment que l'opération peut également être vue comme une LPI.

Ainsi, c'est dans le contexte d'une LPI que le TF décide d'examiner la situation et non sous l'angle du transfert d'un « manteau d'actions ». Cet arrêt présente déjà une singularité, à savoir le fait que le TF souhaite juger le cas non pas sur les motifs débattus par les parties devant les instances précédentes, mais sur d'autres motifs que le TF juge plus pertinents, soit une LPI.

De prime abord, le TF estime que les premières conditions sont largement réalisées, soit la vente d'une participation d'au moins 20% faisant partie de la fortune privée du vendeur. Par la suite, le TF se pose la question de la présence d'une distribution de substance qui peut intervenir dans le cadre d'une fusion par exemple permettant à la société acquéreuse de retirer de la substance non nécessaire à l'exploitation susceptible d'être distribuée au sens du droit commercial.

Dans le cas d'espèce, il est intéressant de revenir sur les opérations préalables effectuées dans le cadre de la cession des actions. Madame A possédait une dette de CHF 500'000 à l'encontre de la société B SA. De plus, il apparaissait que les œuvres d'art détenues par la société valaient globalement CHF 110'000. L'acquisition de ces dernières par Madame A fait donc passer sa dette de CHF 500'000 à CHF 610'000. La vente de actions par Madame A à C SA a pu être effectuée par cession de créance à C SA découlant du prix de vente de actions compensée la reprise de dette d'un montant équivalent. En procédant à une fusion par absorption, C SA a éteint la dette et la créance par le biais d'une confusion. Ainsi, on peut considérer que la reprise des œuvres d'art conjointement avec la vente des actions a permis à A d'éteindre sa dette de CHF 500'000 et de reprendre les œuvres d'art à l'intérieur de la société.

Pour déterminer la présence d'une LPI, le TF doit rechercher s'il y a de la substance non nécessaire à l'exploitation susceptible d'être distribuée *au sens du droit commercial*. En vertu de la pratique administrative cristallisée par la Circulaire n°14 de l'AFC du 6 novembre 2007, il est précisé que ce sont les réserves susceptibles d'être distribuées selon le droit commercial qui sont déterminantes. Il faut se fonder sur la valeur des fonds propres inscrite *au dernier bilan conforme au droit commercial* de la société visée précédant la vente, après déduction du capital-actions ou du capital social ainsi que des réserves non distribuables et des réserves issues d'apport en capital.

Or, dans le cas d'espèce, la vente intervient le 15 janvier 2017 et est fondée sur les comptes clôturés le 31 décembre 2015, laissant apparaître des réserves distribuables de CHF 687'123. Cependant, si l'on tient compte de l'achat des œuvres d'art pour CHF 110'000, la société aurait réalisé une perte lors de l'exercice commercial 2016. Cela aurait réduit les réserves distribuables d'un point de vue fiscal au 31

décembre 2016, si les comptes avaient été clôturés au moment de la transaction. De ce fait, la recourante, Madame A, estime qu'il faut tenir compte de la substance distribuable, non pas selon le droit commercial, mais d'un point de vue fiscal. En effet, elle estime qu'au moment de la vente les écritures comptables ont été passées et la *perte* comptabilisée.

Cependant, se fondant sur la lettre de la loi, le TF estime que la vente a été effectuée sur la base des comptes clôturés le 31 décembre 2015, de sorte que les événements postérieurs ne sont pas déterminants.

Une autre question qu'il convient d'examiner est celle de la substance nécessaire à l'exploitation. Le TF est d'avis qu'il s'agit d'une question qui repose grandement sur les faits qui ne peuvent pas être revus le TF en tant que dernière instance. Dans le cas d'espèce, B SA possède au moment de la vente notamment une créance de CHF 500'000 à l'égard de son nouvel actionnaire, qui a finalement été compensée dans le contexte de la fusion. De plus, avec la cession de toutes les œuvres d'art, rien ne laissait présager que l'activité dans le domaine du commerce de l'art allait être poursuivie. Il est vrai que ce dernier aspect n'est pas déterminant dans le cadre de la LPI, mais il l'aurait été dans le contexte du transfert d'un manteau d'actions.

Or, en procédant à l'acquisition de toutes les œuvres d'art, Madame A a offert la possibilité de procéder à une liquidation de la société B SA. De plus, ce comportement démontre que la venderesse a collaboré avec la société acquéreuse C SA, en permettant de remonter la substance non nécessaire à l'exploitation ayant permis de financer le prix de vente des actions. En achetant les œuvres d'art à B SA et en cédant en contrepartie la créance sur le prix d'achat des actions, Madame A a collaboré activement au projet de liquidation de B SA par C SA, par le biais de la fusion. Ainsi, toutes les conditions d'une LPI sont donc réalisées.

En réalité, par le jeu de la fusion par absorption, on est en présence d'une liquidation *totale* indirecte, de sorte que la base imposable correspond au prix de vente des actions sous déduction du capital-actions, soit CHF 610'000 moins CHF 100'000. Il en découle une base imposable de CHF 510'000.

À ce stade, plusieurs enseignements peuvent être tirés de cet arrêt très important en matière de LPI.

En premier lieu, sur le plan procédural, il apparaît que le TF peut tout à fait appréhender le cas, non pas sur la base des motifs invoqués par les parties, mais en s'appuyant sur d'autres éléments juridiques permettant de considérer l'opération comme étant imposable. Dans la mesure où les œuvres d'art ont été rachetées par A quelques semaines *après* la vente des actions, on peut supposer que le TF a estimé que la cession B SA ne pouvait pas constituer la vente d'un manteau d'actions. C'est pourquoi le TF a souhaité se distancier de cette qualification fiscale. Il est dommage que le TF ne le précise pas.

De plus, le TF a dû résoudre la question de savoir quelles sont les réserves distribuables qui doivent être prises en considération en tant qu'élément de la base imposable. Dans cet arrêt, le TF estime qu'il s'agit des derniers comptes clôturés *au sens du droit commercial*, soit en principe des comptes annuels vérifiés par l'organe de révision et approuvés par l'assemblée générale. Le TF précise cependant que si la société et l'actionnaire-vendeur retardent artificiellement l'établissement, la révision et l'approbation des comptes annuels afin de préserver l'actionnaire des conséquences fiscales d'une LPI, ce comportement peut être appréhendé sous l'angle de l'évasion fiscale.

Dans le cas espèce, les pertes enregistrées lors de l'exercice commercial 2016, notamment provenant du fait de corrections de valeurs sur l'évaluation des œuvres d'art, est sans importance pour le calcul des

réserves distribuables au sens du droit commercial dans le cadre de la LPI. Cet arrêt tranche une controverse doctrinale sur la question des comptes déterminants pour le calcul de la base imposable et s'il est loisible de prendre en considération les derniers comptes – non approuvés – du fait que les écritures comptables ont été effectuées au moment de la vente des actions. En s'appuyant sur la lettre de la loi (« *au sens du droit commercial* »), le TF est d'avis que les comptes non audités et non approuvés ne permettent pas d'établir les réserves distribuables.

On peut se poser si le TF aurait abouti à la même analyse dans l'hypothèse d'une vente des œuvres d'art avec une plus-value augmentant les réserves distribuables. En principe, on devrait répondre par l'affirmative sous réserve de l'évasion fiscale. A notre sens, si la vente a lieu dans les 6 mois suivant la clôture (délai légal selon l'art 958 al. 3 CO), il ne doit pas y avoir place pour l'évasion fiscale et les événements de nature à augmenter les réserves distribuables ne devraient pas être déterminants.

Enfin, le TF se prononce sur la caractéristique de la substance non nécessaire à l'exploitation et estime que ce critère doit être évalué dans le sens de la continuité de l'exploitation de la société. Or, le fait que les œuvres d'art étaient encore présentes au moment de la vente et n'aient été aliénées en faveur de Madame A qu'après la vente des actions démontre avec une forte vraisemblance que l'activité de la société n'allait pas se poursuivre. Cela a été démontré par la cession de l'intégralité des œuvres d'art en faveur de Madame A, qui a acquis le tout un mois seulement après la vente des actions. C'est la raison pour laquelle le TF constate qu'on ne peut parler de substance nécessaire à l'exploitation, dès lors que celle-ci disparaît quelques semaines après la vente des actions, laissant place à une dissolution aisée de la société B SA.

Cet arrêt est très important, puisqu'il a permis de clarifier certains concepts de la LPI. Il est regrettable, en revanche, que cet important arrêt ait été rendu dans le contexte d'une transaction qui semblait pour le moins curieuse, pour ne pas dire abusive. S'il convenait de retenir un élément déterminant, c'est celui de la notion de réserve distribuable au sens du droit commercial, ce qui permet d'exclure tout événement entre la dernière clôture des comptes commerciaux approuvés par l'assemblée générale et la vente des actions. Ces éléments devraient exercer une influence sur le prix de vente des actions, mais non sur la base imposable de la LPI. Il est certain que cet arrêt sera abondamment commenté tant il recèle d'éléments instructifs.

Thierry De Mitri

[https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight\\_docid=aza%3A%2F%2Faza://02-03-2022-2C\\_135-2021&lang=de&zoom=&type=show\\_document](https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2Faza://02-03-2022-2C_135-2021&lang=de&zoom=&type=show_document)

Publié sur LinkedIn le 10 avril 2022 © Thierry De Mitri