

Vente d'une société de capitaux et délai de blocage

Dans un arrêt du 10 novembre 2020, le TF s'est penché sur la notion d'aliénation au sens de l'art. 19 al. 2 LIFD



Thierry De Mitri
Expert fiscal diplômé,
CES en Management, Lausanne

Arrêt du Tribunal fédéral du 10 novembre 2020 (2C_234/2020), Administration cantonale des impôts, Vaud contre A.A & B.A.

Lors de la transformation d'une entreprise de personnes (entreprise individuelle, société en nom collectif ou société en commandite), on sait que cette restructuration peut être effectuée en neutralité fiscale si, entre autres conditions, les actions issues de la transformation ne sont pas aliénées pendant un délai de blocage de cinq ans. Typique de certaines restructurations d'entreprises, cette condition du délai de blocage de cinq ans – bien connue des praticiens – s'explique largement. En effet, l'entrepreneur qui cède son entreprise organisée sous la forme d'une entreprise de personne est pleinement taxable sur la plus-value découlant de la vente (art. 18 al. 2 LIFD). À l'inverse, lorsque l'entrepreneur cède les actions d'une société exploitant cette même entreprise, il réalise, en règle générale, un gain en capital exonéré d'impôt (art. 16 al. 3 LIFD). De ce fait, le législateur a souhaité éviter toute forme d'abus en introduisant un délai de blocage objectif durant lequel l'entrepreneur ne peut céder, sans conséquence fiscale, les actions de sa société issue de la transformation de son entreprise de personnes en société de capitaux. Dans le même temps, il convient de ne pas empêcher les restructurations d'entreprise nécessaires au cycle ordinaire de la vie des entreprises. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a clarifié la notion d'aliénation dans le cas d'une transformation d'une entreprise de personnes en SA, notamment dans le contexte d'un pacte successoral conclu pendant le délai de blocage. Notre Haute Cour a examiné dans le détail la notion d'aliénation prévu à l'art. 19 al. 2 LIFD.

A. Faits	308
B. Considérants du TF.....	308
IV. Commentaires.....	309
A. Notion d'aliénation.....	309
B. Absence d'évasion fiscale.....	310
V. Conclusion.....	310

I. Problématique

Dans le cours de leur existence, les entreprises peuvent avoir vocation à changer de forme juridique, à fusionner, à se scinder, ou encore à se transformer. Dans ces circonstances, il n'est pas difficile d'imaginer que ces évolutions peuvent générer des conséquences fiscales qu'il convient de maîtriser. Ainsi, lors de la transformation d'une entreprise de personnes par le biais du transfert d'éléments commerciaux en faveur d'une société de capitaux, il découle inévitablement une dissolution et une liquidation de l'entreprise de personnes, ce qui devrait entraîner l'imposition des réserves latentes.

Cependant, le législateur a prévu des dispositions légales permettant de surseoir à l'imposition. Tel est l'objectif de l'art. 19 de la Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD; RS 642.11) qui prévoit, comme on le verra ci-après, que cette réorganisation puisse être effectuée en neutralité fiscale si, entre autres conditions, les actifs transférés constituent une exploitation ou une partie distincte d'exploitation (art. 19 al. 1 let. b LIFD) et les actions issues de la transformation ne sont pas aliénées pendant un délai de blocage de cinq ans (art. 19 al. 2 LIFD).

L'objet de ces dispositions légales est de permettre la poursuite de l'activité entrepreneuriale sous une forme juridique différente et d'éviter que la fiscalité puisse constituer un obstacle aux transformations des entreprises. Le législateur a donc voulu favoriser la réorganisation des entreprises en neutralité fiscale estimant qu'il s'agit d'un intérêt public de pouvoir le faire sans conséquence fiscale. C'est pourquoi le Tribunal fédéral (TF) préconise une interprétation stricte lorsqu'il s'agit

I. Problématique	305
II. Rappel des conditions	306
A. Notion d'exploitation au sens de l'art. 19 al. 1 let. b LIFD.....	306
B. Délai de blocage de cinq ans.....	307
III. Arrêt du Tribunal fédéral 2C_234/2020 du 10 novembre 2020	308

de vérifier les conditions présidant à la neutralité fiscale d'une telle restructuration[1].

S'agissant de la condition spécifique de la durée de blocage, l'introduction dans la loi s'explique très largement. En effet, si l'entrepreneur cède son entreprise qui est exploitée sous la forme d'une entreprise de personnes, la réalisation des réserves latentes découlant de la cession est pleinement imposable (art. 18 al. 2 LIFD) et est, de surcroît, soumise à la perception des charges sociales. Inutile de souligner qu'une telle transaction peut être relativement onéreuse.

À l'inverse, lorsque l'entrepreneur cède les actions de sa société exploitant cette même entreprise, il réalise en principe un gain en capital exonéré d'impôt, du fait que les actions font désormais partie de sa fortune privée faite pour le contribuable d'exercer une activité lucrative indépendante suite à la restructuration (art. 16 al. 3 LIFD). On comprend dès lors que le législateur ait souhaité éviter toute forme d'abus en introduisant un délai de carence de cinq ans, durant lequel l'entrepreneur ne peut pas céder, sans encourir des conséquences fiscales susmentionnées, les actions de sa société issues de la transformation préalable de son entreprise de personnes en société de capitaux.

Il n'est pas inutile de rappeler brièvement les conditions de cette restructuration, avant d'entamer l'examen de cette importante jurisprudence qui traite spécifiquement de la notion d'aliénation dans le contexte de la condition du délai de blocage de cinq ans.

II. Rappel des conditions

En vertu de l'art. 19 LIFD, le transfert d'éléments faisant partie de la fortune commerciale à une société de capitaux et sans incidence fiscale, pour autant que les conditions cumulatives suivantes soient réalisées:

- l'assujettissement en Suisse de la société de capitaux est maintenu;
- les dernières valeurs déterminantes pour l'impôt sur le revenu sont reprises. Cela correspond, en règle générale, à la valeur comptable des éléments commerciaux;
- la fortune commerciale transférée constitue une exploitation ou une partie distincte d'exploitation (art. 19 al. 1 let. b LIFD);
- les droits de participation de la société de capitaux ne sont pas aliénés dans les cinq ans suivant la transformation (art. 19 al. 2 LIFD).

Il n'est pas question ici de commenter les conditions générales régissant les restructurations en neutralité fiscale. Il vaut néanmoins la peine de s'arrêter brièvement sur les deux conditions spécifiques du transfert d'une entreprise de personnes à une société de capitaux, soit la notion d'exploitation et le délai de blocage.

A. Notion d'exploitation au sens de l'art. 19 al. 1 let. b LIFD

Comme esquissé ci-dessus, la neutralité fiscale suppose le transfert d'une exploitation dans la société de capitaux. Dès lors, il est déterminant de préciser la notion d'exploitation au sens de l'art. 19 al. 1 let. b LIFD, dans la mesure où la loi ne donne aucune définition. Dans un arrêt du 24 mai 2016[2] concernant un patrimoine immobilier, le TF s'est penché sur la question et a indiqué que la notion d'exploitation et de partie distincte d'exploitation doit correspondre à un complexe organisationnel et technique de valeur patrimoniale représentant une certaine indépendance. Cela suppose donc la présence de capital et de travail dans le but de réaliser un profit.

À cette occasion, le TF a souhaité mettre fin à une controverse doctrinale, en estimant que la notion d'activité lucrative indépendante est plus large que celle d'exploitation. Ainsi, si l'art. 18 al. 1 LIFD vise toute forme d'activités indépendantes, ces dernières ne constituant pas forcément une exploitation au sens de la définition précitée. Pour ce faire, le TF s'appuie sur le fait que l'art. 18 al. 1 LIFD prévoit de soumettre au même régime d'imposition toutes les formes d'activités lucratives indépendantes exercées sous quelque forme que ce soit, soit sous la forme d'une exploitation, mais également toute autre activité lucrative indépendante ne représentant pas une exploitation (commerce professionnel de titres, commerce professionnel de l'immobilier, etc.).

Selon le TF, le législateur a souhaité favoriser les restructurations d'entreprises en neutralité fiscale, en estimant qu'il s'agit d'un intérêt public de permettre que ces opérations puissent se faire sans conséquence fiscale. Cependant, il apparaît que l'art. 19 al. 1 let. b LIFD perdrait de sa substance si toute activité indépendante transférée dans une société de capitaux pouvait être effectuée en neutralité fiscale, au motif qu'elle satisferait à la condition d'exploitation. Or, l'art. 19 al. 1 let. b LIFD a été institué afin de permettre la poursuite d'une activité entrepreneuriale sous une forme juridique différente et d'éviter que la fiscalité puisse constituer un obstacle à la transformation des entreprises. C'est pour ce motif que le TF préconise une interprétation stricte de la notion d'exploitation et tranche ainsi le débat doctrinal.

La pratique administrative a souhaité également donner une définition de la notion d'exploitation dans un souci de sécurité du droit. Ainsi, selon la Circulaire no. 5a de l'Administration fédérale des contributions (AFC) du 1^{er} février 2022 sur les restructurations (ci-après: "Circulaire AFC no. 5a/2022"), la notion d'exploitation ou partie distincte d'exploitation nécessite la réalisation des conditions cumulatives suivantes:

- l'entreprise effectue des prestations sur le marché ou à des entreprises apparentées;
- l'entreprise dispose de personnel;
- le coût du personnel, par rapport aux recettes, est conforme à l'usage.

[1] Voir ATF 142 II 283.

[2] ATF 142 II 283.

En présence d'un patrimoine immobilier, la Circulaire AFC no. 5a/2022 a pu spécifier avec plus de précision cette notion. Ainsi, la présence d'une gestion immobilière professionnelle est indispensable pour que l'on puisse considérer que l'administration à titre commercial de biens immobiliers puisse être qualifiée d'exploitation. De ce fait, il en découle qu'une gestion immobilière professionnelle constitue une exploitation dans la mesure où les exigences suivantes sont cumulativement remplies:

- il y a une participation au marché ou des immeubles d'exploitation sont loués à des sociétés du groupe;
- l'entreprise occupe ou mandate au moins une personne pour la gérance des immeubles (un emploi à plein temps pour les travaux de gestion immobilière);
- les rendements locatifs sont au moins 20 fois supérieurs au coût du personnel conforme au marché pour la gérance des immeubles.

À noter la Circulaire AFC no. 5a/2022 sur les restructurations n'a pas modifié ces conditions et a donc maintenu pleinement cette pratique. Cette dernière a l'avantage d'être relativement claire et de contenir des paramètres qualitatifs extrêmement faciles à évaluer.

En vertu de la pratique fédérale, on admet qu'un revenu locatif d'environ CHF 2'000'000 permet de retenir une gestion immobilière professionnelle. Cela signifie que le salaire ou le coût d'une gérance des immeubles (société de gérance immobilière) doit être d'environ CHF 100'000 par année. Les pratiques cantonales peuvent – quant à elles – varier sur ce paramètre.

Ainsi, force est de constater que l'art. 19 al. 1 let. b LIFD ne peut pas viser le transfert de tout actif commercial dans une société de capitaux sans décompte des réserves latentes. Cette appréciation découle tant de la jurisprudence que de la pratique administrative. Cela s'explique largement par le fait que la vente des actions issues de la transformation d'une entreprise de personnes en société de capital peut être effectuée en exemption totale en vertu de l'art. 16 al. 3 LIFD. On peut dès lors comprendre que le législateur ait souhaité limiter les possibilités de réaliser une plus-value en franchise d'impôt uniquement aux cas où l'intérêt public se justifie. On peut en revanche regretter le TF, dans la jurisprudence précitée, n'ait pas pris position sur les critères de la Circulaire AFC no. 5a/2022.

B. Délai de blocage de cinq ans

Fondé initialement sur la théorie de l'évasion fiscale, l'art. 19 al. 2 LIFD prévoit le principe selon lequel les réserves latentes transférées font l'objet d'un rappel d'impôt, dans la mesure où, dans les cinq ans suivant la restructuration, des droits de participation ou des droits de sociétariat sont *aliénés* à un prix supérieur à la valeur fiscalement déterminante du capital transféré.

Désormais, il faut considérer que le respect du délai de blocage constitue un délai objectif^[3] emportant un rappel d'impôt indépendamment les raisons pour lesquelles une aliénation

des actions est effectuée dans le délai de cinq ans à une valeur supérieure à la valeur fiscalement déterminante du capital propre transféré^[4].

De ce fait, il n'y a pas aliénation imposable si le transfert est effectué à titre gratuit ou à un à un prix correspondant à la valeur fiscalement déterminante du capital propre transféré au moment de la restructuration.

A noter qu'il y a rappel d'impôt même en cas d'aliénation même partielle des actions. À cet égard, la vente d'un seul droit de participation constitue déjà une violation du délai de blocage entraînant un rappel d'impôt proportionnel des réserves latentes transférées.

Il convient de souligner que le délai de blocage débute au jour du transfert de propriété des éléments commerciaux dans la société de capitaux. Concrètement, cela signifie, en cas de transformation d'une entreprise de personnes en une société de capitaux, que le délai de blocage commence à courir au moment de la réquisition d'inscription au registre du commerce. Dès lors, une transformation avec effet rétroactif n'a aucune influence sur le point de départ du délai de blocage. Ce dernier arrive à échéance cinq ans après la réquisition d'inscription au registre du commerce.

Dans les situations où les transferts de droits de participation sont effectués sans être considérés comme une aliénation (donation ou transfert à une valeur inférieure à la valeur fiscale du capital propre transféré), le délai de blocage doit être respecté par le donataire ou le bénéficiaire du transfert à une valeur réduite.

Par ailleurs, l'apport de droits de participation à une structure dominée par l'actionnaire transférant les droits de participation (apport à une structure holding en évitant les éléments constitutifs d'une transposition) ne représente pas une violation du délai de blocage, faute de représenter une réelle aliénation. Dans ce cas, le délai de blocage s'étend aussi bien aux droits de participation de la société apportée qu'aux droits de participation de la société reprenante des actions de la société issue de la transformation.

De même, une modification des rapports de droits de participation dans le contexte d'une augmentation de capital de la société issue de la transformation ne représente pas une aliénation et, partant, une violation du délai de blocage, pour autant que l'opération d'augmentation de capital s'effectue sans qu'une prestation ne soit obtenue par la personne physique ayant procédé au transfert des éléments commerciaux dans la société de capitaux. En revanche, si des droits préférentiels de souscription sont aliénés à l'occasion d'une augmentation de capital pendant le délai de blocage, il y a violation du délai de cinq ans emportant imposition des réserves latentes transférées par ce biais.

[3] PETER LOCHER, Kommentar zum DBG, vol. I, 2^e éd., Bâle 2019, N 39 ad art. 19 LIFD.

[4] XAVIER OBERSON/PIERRE-MARIE GLAUSER, Commentaire Romand, Impôt fédéral direct, in: Yves Noël/Florence Aubry Girardin (éd.), 2^e éd., Bâle 2017, N 33 ad art. 19 LIFD.

Ces concepts ayant été rappelés, il convient d'examiner plus attentivement la notion d'aliénation au regard de la jurisprudence du TF qui sera commenté ci-dessous.

III. Arrêt du Tribunal fédéral 2C_234/2020 du 10 novembre 2020

Dans un premier temps, on présentera brièvement les éléments du cas d'espèce (A). Par la suite, les considérants du TF seront examinés plus en détail (B). Au regard de ces explications, il vaudra la peine de tenter de formuler quelques commentaires (C).

A. Faits

Un couple résidant dans le canton de Vaud possède une exploitation agricole sous la forme d'une raison individuelle. En avril 2011, ils décident de transformer l'entreprise individuelle en SA. Après avoir obtenu l'aval des autorités fiscales vaudoises, l'entreprise individuelle est apportée à une société anonyme en date du 21 juin 2011 avec inscription au registre du commerce en date du 21 juin 2011.

Monsieur A reste administrateur de la société avec signature individuelle alors que son fils C est directeur avec signature individuelle.

En date du 7 mars 2013, Monsieur A et Madame B concluent avec leurs deux enfants, dont Monsieur C, un pacte successoral dans lequel il est prévu que la société anonyme issue de la transformation de l'entreprise individuelle en SA (à savoir la société E SA) sera vendue le 30 juin 2016 dans un contrat séparé pour le prix de CHF 3'351'817. Ce prix correspond à la valeur vénale admise par les cohéritiers. Le pacte successoral prévoit diverses dispositions sur les modalités de paiement du prix ainsi que des dispositions en cas d'annulation à un prix supérieur à une tierce personne ou de prédécès de l'une ou l'autre partie à la convention.

En date du 28 juin 2016, soit cinq ans après l'inscription au registre du commerce de la société E SA, cette dernière est vendue sur la base d'une valeur vénale de CHF 3'851'817 au fils.

Après avoir eu connaissance de l'existence du pacte successoral, les autorités fiscales vaudoises ont estimé que la conclusion de ce dernier constituait une violation du délai de blocage prévu par l'art. 19 al. 2 LIFD et la disposition équivalente en droit fiscal vaudois. Une décision en rappel d'impôt en date du 9 mars 2018 a donc été rendue à l'encontre des époux. Leur réclamation ayant été rejetée par les autorités fiscales vaudoises, le couple a recouru auprès de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois. Cette dernière a estimé dans un arrêt du 27 février 2020^[5] qu'il n'y avait pas aliénation au moment de la conclusion du pacte successoral et que le délai débloqué de cinq ans avait été dûment respecté. Par ailleurs, cette manière de procéder ne constituait ni une évasion fiscale, ni un acte simulé au sens de l'art. 18 du Code des obligations (CO; RS 220).

[5] Arrêt du Tribunal cantonal vaudois, Cour de droit administratif et public, FI.2018.0180.

Les autorités fiscales vaudoises ont décidé de porter le cas devant le TF au moyen d'un recours en matière de droit public.

B. Considérants du TF

Dans cette affaire, le TF a dû résoudre la question de savoir si la conclusion d'un pacte successoral – pendant le délai de blocage – prévoyant d'ores et déjà la vente de l'entreprise issue de la transformation à l'échéance du délai de blocage constituait une aliénation au sens de l'art. 19 al. 2 LIFD pouvant entraîner un rappel d'impôt calculé sur les réserves latentes transférées dans la société de capitaux au moment de la restructuration en 2011.

Après avoir rappelé le fait que le transfert d'une entreprise individuelle à une société de capitaux constitue une réalisation fiscale des réserves latentes, le TF précise que cette imposition peut être évitée si les conditions de l'art. 19 al. 1 let. b LIFD sont réalisées, de sorte que l'opération peut être effectuée en neutralité fiscale. À cet égard, notre Haute Cour relève que la restructuration a été effectuée dans le strict respect des conditions légales permettant la transformation d'une entreprise individuelle en société de capitaux sans conséquence fiscale. Il constate que les conditions habituelles ont toutes été réalisées par Monsieur A, le père de famille. Seule demeure en réalité la question de savoir si la conclusion d'un pacte successoral constitue un cas d'aliénation entraînant la violation du délai de blocage de cinq ans prévu à l'art. 19 al. 2 LIFD pouvant remettre en cause la neutralité fiscale de l'opération.

Le TF rappelle quelques passages éclairants du Message du Conseil fédéral^[6] au moment de l'adoption de l'art. 19 al. 2 LIFD. Ledit Message retient qu'il est déterminant que les rapports de participation restent les mêmes durant les cinq ans suivant la restructuration. On admet toutefois que le transfert à titre gratuit des droits de participation ou des droits de sociétariat (par exemple dans le cadre d'une dévolution successorale, avancement d'hoirie ou par donation) n'est pas imposable. À cet égard, le Message rappelle que le délai de blocage ne doit pas répondre à des préoccupations concernant l'évasion fiscale, mais que le délai doit être basé sur "un concept légal de réalisation". Le report de l'imposition suppose que "l'entrepreneur reste engagé dans l'entreprise". C'est la raison pour laquelle il n'est pas admissible d'admettre une aliénation des actions peu de temps après la restructuration en neutralité fiscale. Le fait de vendre les actions suffit déjà à permettre la réalisation des réserves latentes et il n'est pas nécessaire que l'intention d'éviter l'impôt soit avérée selon le Message.

À cet égard, le TF souligne qu'une aliénation suppose un dessaisissement d'une valeur patrimoniale en faveur d'un tiers en échange d'une rétribution^[7].

[6] FF 2000 p. 3995.

[7] Arrêt du TF 2C_2019/2012 du 7 août 2013 consid. 2.2. Certains auteurs estiment que cette rétribution soit librement disponible. OBERSON/GLAUSSER (note 4), N 11 ad art. 19 LIFD; PETER LOCHER, Steuerrechtliche Folgen des Fusionsgesetzes im Recht der direkten Steuern, in: ASA 71, p. 676.

Dans ce contexte, la question qui se pose en définitive est celle de savoir si l'aliénation des actions a eu lieu dans le cas d'espèce au moment de la conclusion du pacte successoral en date du 7 mars 2013 ou au moment de la conclusion du contrat de vente portant sur la vente des actions daté du 28 juin 2016, soit postérieurement au délai de blocage de cinq ans.

Selon le TF, une aliénation suppose un dessaisissement des actions en échange d'une rétribution. Notre Haute Cour considère qu'il n'y a pas d'aliénation lorsque l'actionnaire reste en possession de ses droits de participation tout en restant engagé dans l'entreprise.

Or, dans le cas d'espèce, il apparaît clairement que Monsieur A est resté propriétaire des actions jusqu'à la conclusion du contrat de vente et qu'il a régulièrement continué à percevoir des dividendes de sa société. De plus, il est resté administrateur avec signature individuelle. Il apparaît sans ambiguïté que Monsieur A, au moment de la conclusion du pacte successoral, ne s'est pas dessaisi de ses actions et n'avait perçu aucune rétribution à cette occasion. De ce fait, le TF en conclut que la conclusion du pacte successoral ne représente pas une aliénation au sens de l'art. 19 al. 2 LIFD.

Selon le TF, en concluant le pacte successoral, Monsieur A désirait simplement régler sa succession en déterminant le prix de vente des actions afin que ses enfants qui étaient parties au pacte, puisse procéder plus facilement au partage de la succession notamment par la fixation du prix de vente des actions d'entente entre toutes les parties. Du reste, l'objectif visant à faciliter le partage successoral est corroboré par le fait que la valeur vénale des actions était d'ores et déjà prévue dans le pacte successoral.

Le fait que le fils ait été également directeur de la société avec signature individuelle ne permet pas d'invalidier le raisonnement. En effet, Monsieur A était resté engagé dans la société et n'avait perçu aucune rétribution de son fils avant la vente des actions.

Enfin, le TF estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner les conditions d'une éventuelle évasion fiscale puisque l'exigence du délai de blocage de cinq ans est purement objective et qu'il n'est pas question non plus d'un acte simulé au sens de l'art. 18 CO dans la mesure où Monsieur A a gardé sa position d'actionnaire unique jusqu'à la vente des actions. De plus son patrimoine du père n'a aucunement diminué avant la vente des actions en 2016.

En définitive, le TF est d'avis que la conclusion du pacte successoral ne constitue pas un acte d'aliénation au sens de l'art. 19 al. 2 LIFD, faute pour Monsieur A de s'être dessaisi des actions en échange d'une quelconque rétribution. De plus, l'opération ne doit pas être examinée sous l'angle de l'évasion fiscale dès lors que le délai de blocage de cinq ans a été objectivé.

IV. Commentaires

Cet arrêt est intéressant à plus d'un titre que ce soit sur la notion d'aliénation (A) et d'évasion fiscale (B).

A. Notion d'aliénation

La notion d'aliénation suppose donc la présence d'un dessaisissement ou d'un désinvestissement de la part de l'aliénateur. De plus, la réalisation semble clairement subordonnée à la condition d'une rocade d'actifs sous la forme d'une réduction du patrimoine du vendeur en échange d'une rétribution.

Il en découle dès lors que l'engagement de vendre les actions ne constitue pas encore dessaisissement surtout si celui-ci n'est pas effectué un échange de rétribution liée à un tel engagement. Cela signifie qu'un bien est réputé aliéné lorsqu'il quitte la fortune de la personne concernée diminuant la substance de son patrimoine jusqu'à réception d'une contreprestation.

Certains auteurs estiment juste titre qu'une telle rétribution devrait être librement disponible soit au titre d'une contreprestation augmentant son patrimoine ou en diminution d'une dette.

Dès lors, on devrait logiquement conclure que tout engagement visant à aliéner les actions pendant le délai de blocage sans que cela représente un dessaisissement d'une valeur patrimoniale en faveur d'un tiers en échange d'une rétribution ne peut pas constituer une aliénation au sens de l'art. 19 al. 2 LIFD.

A notre sens, cette jurisprudence devrait également être étendue à d'autres situations dans le cadre de la transmission d'entreprises lorsque l'entrepreneur souhaite céder à un tiers.

Le TF a précisé que l'absence d'aliénation suppose également que le propriétaire des actions reste engagé dans l'entreprise. Le propriétaire qui prendrait un engagement, pendant le délai de blocage, de vendre les actions à un tiers à l'échéance du délai de blocage devrait donc continuer à jouer un rôle décisif d'entreprise, à tout le moins en étant administrateur de la société. Ayant toujours la qualité d'actionnaire, le propriétaire des actions doit continuer d'exercer pleinement les droits sociaux et patrimoniaux liés à sa position.

Cela étant, cela n'empêche nullement qu'une tierce personne puisse jouer un rôle similaire de manière conjointe et concomitante avec le propriétaire des actions. L'élément décisif est le fait que l'entrepreneur qui prend l'engagement de céder ses actions le fasse sans rétribution en relation avec cet engagement et qu'il reste impliqué dans l'entreprise. L'intervention d'une tierce personne pendant le délai de blocage en vue d'assurer la bonne transition au moment de la cession des actions ne devrait pas être un élément déterminant.

En effet, tout comme on peut comprendre que l'entrepreneur souhaite régler les aspects de sa succession dans le cadre d'un pacte successoral comme dans l'arrêt commenté ci-dessus, on devrait également admettre qu'un engagement visant à aliéner les actions à l'échéance du délai de blocage avec indication du prix de vente des actions ou d'une méthode permettant de déterminer le prix de vente des actions ne constitue qu'une modalité permettant une transmission d'entreprises à l'échéance du délai de blocage. En revanche, un tel engagement ne remplit pas les conditions d'une aliénation.

En d'autres termes, il semble admissible pour le propriétaire des actions de régler la transmission de son entreprise pendant le délai de blocage en prenant un engagement en vue précisément d'assurer la pérennité de son entreprise. Tant et aussi longtemps que l'entrepreneur reste engagé dans l'entreprise selon les modalités décrites ci-dessus et ne perçoit aucune rétribution en relation un tel engagement, la conclusion d'une convention prévoyant la cession d'actions à un prix prédéfini ou déterminable ne représente pas une aliénation.

Il faut bien évidemment réserver des cas d'évasion fiscale dont il sera question plus en détail ci-après.

B. Absence d'évasion fiscale

Les autorités fiscales avaient soutenu dans leur argumentaire que la conclusion du pacte successoral constitue à tout le moins cas d'évasion fiscale. De manière laconique, le TF estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner si les conditions de l'évasion fiscale sont réalisées dans le cas d'espèce dès lors que l'exigence délai de cinq ans est purement objective. Ainsi, le TF laisse entendre qu'il n'y aurait pas de place pour l'évasion fiscale s'agissant de l'examen du délai de blocage de cinq ans.

Peut-on estimer cette conclusion comme étant quelque peu hâtive? Il faut rappeler le TF s'est montré en d'autres circonstances bien plus tempéré en estimant qu'il y avait place pour l'évasion fiscale y compris pour des dispositions légales dont il apparaît que le législateur a souhaité objectiver son application. On songe en particulier aux situations de transposition en vertu de l'art. 20a al. 1 let. b LIFD où des seuils minimaux déclenchant l'imposition ont été introduits. Dans un arrêt du 26 octobre 2017^[8], le TF a précisé que "*bien que le législateur ait décrit le cas de transposition et y ait introduit des seuils minimaux mentionnés, de potentiels cas d'évasion fiscale ne sont pas exclus*".

Dans un arrêt plus récent^[9], le TF a examiné un autre cas de transposition à l'aune des conditions de l'évasion fiscale pour retenir en définitive l'absence d'imposition. Dans ce cas d'espèce, le TF a clairement souligné que l'on ne peut sans autre modifier des seuils minimaux inscrits dans la loi par le biais de l'évasion fiscale. Bien au contraire, l'évasion fiscale doit permettre de requalifier une situation de fait en recherchant l'objectif économique poursuivi par les parties afin de permettre une application correcte de la norme légale et, partant, le respect des conditions inscrits par le législateur.

Ainsi, dans le cadre de l'arrêt commenté ci-dessus, l'évasion fiscale ne devrait pas permettre de remettre en cause une condition temporelle ressortant de la loi comme la durée de blocage de cinq ans de l'art. 19 al. 2 LIFD. Cependant, il devrait être possible, en application de la théorie de l'évasion fiscale, de soutenir que l'*aliénation* a eu lieu avant l'échéance du délai

de cinq ans si les parties ont souhaité – économiquement – aboutir à un dessaisissement avant ladite échéance.

A titre d'exemples, on peut songer en particulier à la situation dans laquelle le propriétaire des actions n'est engagé dans l'entreprise que formellement sans jouer de rôle opérationnel ou lorsqu'il s'engage d'ores et déjà à voter dans sens voulu par le futur acquéreur ou encore à renoncer à percevoir des dividendes jusqu'à l'échéance du délai de blocage. Dans ce cas, le propriétaire des actions se comporte comme s'il avait aliéné ses actions avant l'échéance du délai de blocage.

V. Conclusion

La lecture de cet arrêt apporte de nombreux enseignements. Il permet de clarifier de manière déterminante la notion d'aliénation dans le cadre de l'art. 19 al. 2 LIFD.

Bien que cette analyse ait été effectuée dans le contexte d'un pacte successoral, il nous semble que les enseignements de cet arrêt peuvent être étendus à d'autres situations de transmission d'entreprises à des tierces personnes.

Ainsi, l'engagement de céder les actions pendant le délai de blocage de cinq ans ne représente pas une aliénation si le propriétaire ne se dessaisit pas de ses actions et ne perçoit aucune rétribution. En outre, il est décisif pour le propriétaire des actions de rester engagé dans la société et de continuer de se comporter comme l'ayant-droit des actions (rôle opérationnel, exercice des droits sociaux et patrimoniaux, etc.).

Par ailleurs, on ne saurait retenir sans autre condition un cas d'évasion fiscale pour remettre en cause des seuils minimaux ou des conditions temporelles posées par le législateur. En revanche, il devrait y avoir à notre sens place à une application de l'évasion fiscale si la notion d'aliénation devait être vidée de son sens au moment de l'engagement de céder les actions pendant le délai de blocage.

En définitive et ce point est important, le TF souligne qu'il est possible de préparer sa succession pendant le délai de blocage en prenant des engagements sans que cela ne représente une aliénation. A notre sens, cette appréciation devrait pouvoir être étendue à d'autres situation de la transmission de l'entreprise en permettant au propriétaire des actions la conclusion d'engagements avec des tiers visant à sécuriser la cession future de la société. C'est pourquoi il nous semble que cet arrêt peut constituer une avancée déterminante dans le cadre général de la transmission d'entreprises.

[8] Arrêt du TF 2C_168/2017 du 26 octobre 2017 rendu dans la version de l'art. 20a al. 1 let. b LIFD antérieure à 2020. Voir le commentaire de PIERRE-MARIE GLAUSER, *Evasion fiscale, transposition et holdings d'héritiers*, *Réflexions sur l'ATF du 26 octobre 2017*, in: RDAF 2/2018, p. 1 ss.

[9] Arrêt du TF 2C_681/2018 du 16 janvier 2020.