

VD_OMNI FI.2014.0029 vom 4. August 2015

VD Tribunal cantonal, 2015-08-04, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_FI.2014.0029

FR: VD_OMNI FI.2014.0029 du 4 août 2015

IT: VD_OMNI FI.2014.0029 del 4 agosto 2015

Regeste

A. X. _____, B. X. _____/Administration cantonale des impôts, Administration fédérale des contributions | Liquidation partielle indirecte. Vente du capital-actions d'une S.A. La nouvelle société distribue de la substance non nécessaire à l'exploitation, dans le délai de cinq ans prévu par le droit fédéral et cantonal. Notion de "participation" du vendeur" à cette opération. En l'occurrence, reconnaissance d'un cas de participation passive des vendeurs. Calcul du montant de la reprise dans le revenu imposable.

Erwägungen

E. 1

Le litige porte sur la liquidation partielle indirecte, au sens des art. 20a al. 1 LIFD, 7a al. 1 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts des cantons et des communes (LHID; RS 642.14) et 23a al. 1 LI.

E. 2

a) L'impôt sur le revenu a pour objet tous les revenus du contribuable, qu'ils soient uniques ou périodiques (art. 16 al. 1 LIFD; 7 al. 1 LHID; 19 al. 1 LI). Est également imposable le rendement de la fortune mobilière, en particulier les dividendes, les parts de bénéfice, les excédents de liquidation et tous autres avantages appréciables en argent provenant de participations de tout genre (art. 20 al. 1 let. c LIFD; 23 al. 1 let. c LI). Les gains en capital réalisés lors de l'aliénation d'éléments de la fortune privée ne sont pas imposables (art. 16 al. 3 LIFD; 19 al. 3 LI). b) En relation avec l'art. 21 al. 1 let. c LIFD (et auparavant avec la disposition équivalente de l'art. 21 al. 1 de l'arrêté du Conseil fédéral du 9 décembre 1940 concernant la perception d'un impôt fédéral direct – AIFD), la jurisprudence a développé la théorie dite de la liquidation partielle indirecte, selon laquelle la vente d'une participation appartenant à la fortune privée est qualifiée non point de gain en capital privé (libre d'impôt), mais de rendement de participations (imposable comme revenu). Sous l'ancien droit, pour que tel soit le cas, il fallait que la participation appartienne à la fortune privée du vendeur; que la participation soit comptabilisée par l'acheteur dans sa fortune commerciale; que la société vendue soit appauvrie lors de la cession et que l'acheteur et le vendeur collaborent à son appauvrissement. La pratique relative à la troisième condition de l'appauvrissement a évolué. A l'origine, elle supposait un prélèvement effectif de la substance existante; par la suite, une atteinte indirecte ou vraisemblable à la substance de la société a suffi. Une liquidation partielle indirecte a été admise dans des cas où la société faisant l'objet du transfert avait mis à la disposition de celle qui avait acquis la participation sans disposer de beaucoup de fonds propres, des sûretés en vue de garantir le prêt d'un tiers. La seconde société prélevait de la substance de la première en se servant de ses actifs comme sûretés, actifs dont il ne fallait pas compter qu'ils seraient restitués, francs de gage, compte tenu des fonds propres réduits de la première société. La situation où la société

acquérant la participation finançait l'opération indirectement avec les actifs de celle faisant l'objet du transfert, en utilisant ceux-ci comme sûretés aux fins d'obtenir le prêt d'un tiers, devait être traitée de la même manière que si le prix de vente avait été acquitté directement à l'aide des biens de la seconde. Pour apprécier le risque de réalisation des actifs servant de garantie, il convenait de se placer au moment de la vente de la participation; les développements ultérieurs n'entraient en considération que s'ils étaient prévisibles à la date de la vente. Dans une troisième phase, le Tribunal fédéral a étendu la liquidation partielle indirecte aux cas où l'acheteur finance l'acquisition à l'aide de la substance future, c'est-à-dire avec les bénéfices courants réalisés après la cession par la société rachetée. La loi fédérale du 23 juin 2006 a porté notamment sur la liquidation partielle indirecte, désormais régie par l'art. 20a LIFD (cf. ATF 2C_906/2010 du 31 mai 2012, reproduit in : RDAF 2012 II p. 342ss, consid. 2.1, et les références citées). c) L'art. 20a al. 1 LIFD est libellé comme suit: Sont également considérés comme rendement de la fortune mobilière au sens de l'art. 20 al. 1 let. c: a) le produit de la vente d'une participation d'au moins 20% au capital-actions ou au capital social d'une société de capitaux ou d'une société coopérative, représentant un transfert de la fortune privée à la fortune commerciale d'une autre personne physique ou d'une personne morale, pour autant que de la substance non nécessaire à l'exploitation, existante et susceptible d'être distribuée au sens du droit commercial au moment de la vente, soit distribuée dans les cinq ans avec la participation du vendeur (...); b) (...). d) Le 6 novembre 2007, l'Administration fédérale des contributions a édicté une circulaire, portant le n°14 (ci-après: circulaire n°14) au sujet de la liquidation partielle indirecte. Les circulaires d'adressent aux organes d'exécution et n'ont pas d'effets contraignants pour le juge. Toutefois, dès lors qu'elles tendent à une application uniforme et égale du droit, il convient d'en tenir compte et en particulier de ne pas s'en écarter sans motifs valables lorsqu'elles permettent une application correcte des dispositions légales dans un cas d'espèce et traduisent une concrétisation convaincante de celles-ci. En revanche, une circulaire ne saurait sortir du cadre fixé par une norme supérieure qu'elle est censée concrétiser. En d'autres termes, à défaut de lacune, un tel acte ne peut prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 140 V 343 consid. 5.2 p. 346, 543 consid. 3.2.2.1 p. 547/548, et les arrêts cités). e) Pour qu'il y ait liquidation partielle indirecte selon le nouveau droit, quatre conditions doivent être remplies. Premièrement, le vendeur détient, dans sa fortune privée, une participation d'au moins 20% de la société à céder; deuxièmement, la participation en question est transférée dans la fortune commerciale de l'acheteur (condition du changement de système); troisièmement, de la substance non nécessaire à l'exploitation, existant au moment de la vente et susceptible de distribution selon le droit commercial, est distribuée dans les cinq ans suivant la vente; quatrièmement, le vendeur participe à cette opération (ATF 2C_906/2010, précité, consid. 2.2). La question de savoir si le vendeur a reçu une prestation en argent lors de la liquidation partielle indirecte se résoud sur la base de l'ensemble des circonstances de l'opération, et selon des critères objectifs (ATF 2A.537/2005 du 21 décembre 2006, consid. 3; cf. ATF 115 Ib 256 consid. 3d p. 260). En l'occurrence, sont acquis les éléments suivants, comme les parties en conviennent, au demeurant: A. X. _____ a cédé en 2007 la totalité du capital-actions de Y. _____ à Z. _____; ce capital a été transféré dans la fortune commerciale de la nouvelle société; le prix de vente convenu, de 17'000'000 fr., a été payé aux recourants; en versant en 2009 un dividende à ses actionnaires, Z. _____ a procédé à une distribution de substance dans le délai de cinq ans mentionné à l'art. 20a al. 1 LIFD. En revanche, les parties sont divisées sur les points de savoir s'il existait de la substance non

nécessaire à l'exploitation au moment de la vente, d'une part, et si les recourants ont participé à la distribution de cette substance, d'autre part. Pour le cas où la réponse à ces deux questions serait affirmative, resterait à vérifier le montant de la reprise.

E. 3

Il convient de déterminer, en premier lieu, s'il existait de la substance non nécessaire à l'exploitation de Y. _____, au moment de la vente de son capital-actions. a) Lorsque le droit fiscal se réfère à des notions d'autres branches du droit, on les interprète de manière uniforme (ATF 140 I 153 consid. 2.2 p. 155/156). b) Pour déterminer la notion de «substance non nécessaire à l'exploitation» (inconnue du droit civil), l'ACI se réfère à celle d'actif circulant, au sens du droit comptable. aa) L'actif circulant comprend la trésorerie et les actifs qui seront vraisemblablement réalisés au cours des douze mois suivant la date du bilan, dans le cycle normal des affaires ou d'une autre manière (art. 959 al. 3 CO). Doivent ainsi être portés à l'actif du bilan les éléments du patrimoine dont l'entreprise peut disposer en raison d'événements passés, dont elle attend un flux d'avantages économiques et dont la valeur peut être estimée avec un degré de fiabilité suffisant (Manuel suisse d'audit, Tenue de la comptabilité et présentation des comptes, Zurich, 2014, p. 57). bb) L'ACI relève qu'au bilan de Y. _____, arrêté au 31 décembre 2006, figure parmi les actifs circulants («Current Assets») un poste de liquidités («Cash & Cash equivalent») pour un montant de 4'227'499 fr. Pour l'ACI, ce montant est celui de la substance existante, non nécessaire à l'exploitation de Y. _____. Les recourants contestent ce point de vue. Dans leur écriture du 20 février 2015, ils font valoir que ce montant devrait être ramené à 2'300'000 fr., compte tenu du fait qu'une partie des liquidités serait constitué d'avance de clients (pour un montant de 1'929'00 fr.) et qu'une réserve de 600'000 fr. était indispensable à Y. _____ pour faire face à ses obligations. Cet argument n'est pas déterminant. Le compte de pertes et profits, établi conformément aux art. 962ss CO, répartit le montant de 4'227'499 fr. en quatre postes, soit l'avoir en caisse (665,50 fr.); l'avoir déposé sur un compte postal (2'583,57 fr.), l'avoir déposé sur des comptes bancaires (1'960'855,19 fr.) et des placements à terme (2'263'395 fr.). Sur le vu de ces comptes, que l'organe de révision a recommandé d'approuver selon son rapport du 7 février 2007, on doit admettre, avec l'ACI, que les liquidités figurant au bilan au 31 décembre 2006 dépassaient ce qui était nécessaire à l'exploitation de Y. _____. Il n'y a pas lieu de s'écarter de l'appréciation de l'ACI sur ce point.

E. 4

Les recourants contestent avoir participé à la distribution de substance. a) Il y a participation au sens de l'art. 20a al. 1 let. a LIFD, lorsque le vendeur sait ou devait savoir que des fonds seraient prélevés de la société pour en financer le prix d'achat et qu'ils ne lui seraient pas rendus (art. 20a al. 2 LIFD). L'art. 23a al. 1 let. a et al. 2 LI a la même teneur que l'art. 20a al. 1 let. a et al. 2 LIFD. b) La notion de «participation du vendeur», au sens de l'art. 20a al. 1 let. a et al. 2 LIFD, se rapporte à la situation où l'acheteur et le vendeur coopèrent à une distribution effective de la substance de la société; le vendeur a une connaissance (réelle ou supposée) de cette distribution (ATF 2C_906/2010, précité, consid. 2.3). En échange de sa participation, le vendeur reçoit une prestation appréciable en argent. La coopération entre l'acheteur et le vendeur peut être active ou passive (ch. 4.7 de la circulaire n°14). Les propositions faites durant les travaux parlementaires, de renoncer à la condition de la participation du vendeur, ou de ne prendre en compte cette participation que lorsqu'elle est active, ont été rejetées (Reto Arnold, Gesetzliche Regelung der indirekten Teilliquidation –

Ende gut, alles gut ?, Revue fiscale 2007, p. 78ss, 88, et les références citées sous les notes 48 et 49; Jürg Altorfer, Die indirekte Teilliquidation gesetzlich geregelt, L'Expert-comptable suisse, 2007, p. 99ss, 105). La coopération active vise notamment les cas suivants: le vendeur accorde un prêt à l'acquéreur; le prix de vente sert à compenser une dette du vendeur à l'égard de la société; celle-ci constitue des sûretés pour financer des prêts de tiers à l'acquéreur en vue de financer la vente; le vendeur garantit un emprunt en faveur de l'acquéreur, dans le même but; le vendeur s'engage à rendre liquides certains actifs de la société; le vendeur concède à l'acheteur le droit de disposer des actifs de la société avant le paiement du prix. La coopération du vendeur est passive lorsque l'on peut présumer que le vendeur sait (ou doit savoir) que l'acquéreur prélèvera de la substance de la société. Tel est le cas, par exemple, lorsque l'acquéreur ne dispose pas des fonds propres nécessaires pour payer le prix de la participation, ou que les dividendes ordinaires ultérieurs de la société n'y suffisent pas davantage, ou encore lorsque le vendeur connaît l'intention de l'acquéreur de fusionner avec la société. Il n'est pas nécessaire que le vendeur sache qu'il y aura fusion. Il suffit qu'il puisse escompter que les fonds prélevés ne seront pas rendus à la société (ch. 4.7 de la circulaire n°14). c) La définition ainsi posée de la participation du vendeur revient à mettre à la charge de celui-ci un comportement proche de l'évasion fiscale (Barbara Brauchli Rohrer/Samuel Bussmann/Matthias Marbach, Verkauf von Beteiligungsrechten aus dem Privat- in das Geschäftsvermögen eines Dritten (indirekte Teilliquidation). Ausgewählte Fragestellungen zum Kreisschreiben Nr.14, IFF Forum zum Steuerrecht, 2008, p. 93/94). Il est reproché au vendeur l'intention d'éviter (ou de réduire) l'impôt sur le revenu qu'il devrait payer en cas de distribution des moyens disponibles de la société; il sait (ou devait savoir) que l'acheteur, grâce au mode de financement externe du prix de vente, va pouvoir vider la société de sa substance, sans payer d'impôt. Le vendeur doit avoir connaissance cumulativement de deux éléments: que la vente est financée par les moyens disponibles de la société vendue, d'une part; que ces moyens ne seront pas restitués, d'autre part (Brauchli Rohrer/Bussmann/Marbach, op. cit., p. 94). Il pèse ainsi sur le vendeur un devoir de précaution au sujet des conditions dans lesquelles il réalise sa participation dans la société; il lui incombe notamment de s'informer au sujet du mode de financement de l'opération par l'acheteur, lors des négociations en vue de conclure le contrat de vente (Brauchli Rohrer/Bussmann/Marbach, op. cit., p. 95/96). Le vendeur satisfait à cette obligation lorsqu'il s'enquiert auprès de l'acquéreur des modalités de l'opération et reçoit de lui des informations dont il peut vérifier le crédit, comme par exemple des plans financiers, des renseignements bancaires, ou une évaluation du service de remboursement de la dette contractée pour l'acquisition (Brauchli Rohrer/Bussmann/Marbach, op. cit., p. 96). Le fait d'inclure dans le contrat une clause selon laquelle l'acheteur s'engage à ne pas distribuer de la substance de la société dans les cinq ans à venir («Lippenbekenntnisklausel», selon la formule utilisée par le Conseiller aux Etats Bruno Frick lors des travaux parlementaires) ne suffit pas pour mettre le vendeur à l'abri de tout reproche à cet égard (Brauchli Rohrer/Bussmann/Marbach, op. cit., p. 98; Arnold, op. cit., p. 88, et les références citées sous la note 51). d) La participation du vendeur a notamment été admise dans le cas où le vendeur était resté membre du conseil d'administration de la nouvelle société. Il savait dès lors que la société acheteuse n'avait pas les moyens de financer par elle-même l'acquisition du capital de la société dont le vendeur a cédé le capital-actions. Le paiement du prix n'avait pu être assuré qu'après l'obtention d'un prêt, gagé sur la valeur de la nouvelle société (ATF 1A.537/2006, précité, consid. 3.3; cf. également ATF 2A.471/2005 du 10 novembre 2006, consid. 2.4, où l'actionnaire unique de

la société cédée était devenue, pour un temps, membre du conseil d'administration de la nouvelle société, et avait conservé par la suite des liens étroits avec celui-ci). e) Les recourants sont restés membres du conseil d'administration de la nouvelle société après la vente des actions de Y. _____ en 2007. Ils ont continué d'exercer une activité rémunérée au sein de la nouvelle société, jusqu'au 15 mai 2008 pour ce qui concerne B. X. _____. Lors de l'audience du 15 décembre 2014, les recourants ont expliqué que leur rôle de fait dans la nouvelle société était marginal, qu'ils avaient été tenus à l'écart des décisions importantes et dû engager des démarches judiciaires pour obtenir la radiation des mentions les concernant dans le Registre du commerce. Quoiqu'il en soit, les recourants n'avaient plus aucun lien avec Z. _____ dès mai 2008, soit un an avant la distribution de substance litigieuse. Une participation active à la distribution de substance de Y. _____ paraît ainsi exclue d'emblée. Cela étant, les recourants avaient connaissance de la demande de préavis du 24 août 2007 et pris le soin de faire inclure une «clause anti-LPI» dans le contrat de vente des actions. Ils étaient ainsi conscients du risque fiscal pour eux d'une distribution intempestive de substance par Z. _____. Cela était particulièrement net pour B. X. _____, expert-comptable qui tenait les comptes de Y. _____. On peut dès lors se demander si les recourants n'ont pas participé passivement à la distribution de substance non nécessaire. f) Il ressort des pièces produites par les parties après l'audience du 15 décembre 2014 que Y. _____ a connu une progression rapide de ses produits, qui sont passés de 249'859 fr. en 1997 à 7'772'749 fr. en 2006, ses bénéfices de 78'579 fr. à 1'264'706 fr. dans la même période. Quant aux actifs, de 169'690 fr. en 1997, ils ont atteint le montant de 6'675'896 fr. en 2006. Selon les décisions de taxation y relatives, le revenu imposable des recourants était de 109'400 fr. pour la période 1998. Il a crû continûment, pour atteindre 540'700 fr. en 2006. La fortune, nulle en 1998, a atteint 9'533'000 fr. en 2006. Les certificats de salaire concernant A. X. _____ montrent que sa rémunération brute versée par Y. _____ est passée de 78'000 fr. en 1998 à 428'510 fr. en 2006. La situation de Y. _____ était ainsi florissante, à la fois du point de vue de ses produits que de l'évolution des actifs. La substance a été accumulée pendant des années et la politique de l'entreprise a consisté à favoriser son actionnaire uniquement par le truchement du salaire versé à A. X. _____, que par la distribution de dividendes. Pour Z. _____, Y. _____ représentait une cible de choix, tant en raison de son potentiel économique que de ses ressources financières immédiatement disponibles. Dans son écriture du 20 février 2015, l'ACI en déduit que la cession d'actions d'une société qui n'est pas vidée de sa substance non nécessaire crée la présomption que le vendeur participe à la distribution de cette substance. Une telle conception irait sans doute trop loin. Cela étant, il convient de rappeler que le principe, dans la gestion d'une société, est de distribuer la substance non nécessaire sous la forme de dividendes. Ceux-ci entrent dans le revenu des actionnaires et sont soumis à la taxation. Une exception est admise lorsqu'il faut maintenir dans les comptes de la société des éléments à première vue distribuables, pour des faits justifiés par l'usage commercial (comme par exemple, la nécessité de constituer des provisions pour financer des investissements nécessaires au développement de la société, ou de procéder à des amortissements). Ne pas distribuer de la substance disponible au moment de la cession de la société permet au vendeur d'augmenter le prix de vente des actions et d'éviter l'impôt frappant le rendement de participations. Encore faut-il pour cela que le fisc puisse imputer au vendeur un comportement (même passif) qui laisse apparaître qu'il a favorisé l'opération litigieuse. En l'occurrence, les recourants savaient, au moment de la vente, que Y. _____ disposait d'importantes ressources immédiatement disponibles, non nécessaires à

l'exploitation de l'entreprise. Les recourants ont cru se prémunir d'une distribution rapide de cette substance, à leur détriment fiscal, par l'insertion de la clause «anti-LPI» dans le contrat de vente – clause insuffisante pour elle-même. Les recourants ont dû déchanter, lorsqu'ils ont constaté que Z. _____ était en voie, selon leurs propres termes, de «siphonner» la substance de Y. _____. Il convient dès lors d'admettre que les recourants ont sciemment pris le risque d'une distribution de substance; ils doivent dès lors l'assumer fiscalement. g) Est ainsi réalisée la condition de la participation (passive, en l'occurrence) des vendeurs à la distribution de substance non nécessaire.

E. 5

juillet 2012, l'Office d'impôt a arrêté ce montant à 1'810'900 fr., tant pour l'impôt cantonal et communal, que pour l'impôt fédéral direct. Dans sa détermination du 5 janvier 2015, l'ACI s'est référée sur ce point à la circulaire n°14, dont le ch. 5.1.1 régissant l'étendue de l'imposition, est libellé comme suit: «En cas de distribution (...), le produit de la vente est considéré (en partie) en tant que rendement imposable de la fortune du vendeur. (...) La plus petite des valeurs suivantes (proportionnellement à la quote-part de la participation vendue) vaut comme rendement imposable de la fortune: - produit de la vente: il comprend le produit de la vente et les montants frappés d'une condition suspensive ou résolutoire. La valeur nominale des droits de participation ne diminue pas le produit de la vente; - montant des distributions (...); - réserves susceptibles d'être distribuées selon le droit commercial (...); - substance non nécessaire à l'exploitation (...); ». b) Le produit de la vente est de 17'000'000 fr. Pour fixer le montant des distributions, l'ACI a pris en compte le dividende versé en 2009 (soit 5'300'000 fr.), dont elle a déduit les bénéfices réalisés en 2007 (2'175'122 fr.) et 2008 (1'313'908 fr.) soit un montant total de 3'489'030 fr. (et non pas de 3'489'029 fr. comme retenu par l'ACI). L'ACI a sur cette base arrêté le montant des distributions à 1'810'971 fr. (en réalité, 1'810'970 fr.). Les réserves susceptibles d'être distribuées, selon le préavis du 19 septembre 2007, étaient de 1'943'490 fr. La substance non nécessaire à l'exploitation (soit les liquidités à disposition, cf. consid. 3b/bb ci-dessus) s'élevait à 4'227'499 fr. Le plus petit de ces montants est celui des distributions, par 1'810'971 fr., comme fixé par l'ACI et retenu comme rendement imposable, conformément au ch. 5.1.1 de la circulaire n°14. c) Dans leur détermination du 20 février 2015, les recourants critiquent ce calcul, notamment pour ce qui concerne la détermination du montant de la substance non nécessaire à l'exploitation. Ce grief doit être écarté (cf. consid. 3b/bb ci-dessus). Pour le surplus, les recourants ne critiquent pas l'application de la circulaire n°14 dans ce contexte, ni ne relèvent l'erreur de calcul commise par l'ACI, pour un montant de 1 fr., s'agissant de la détermination du rendement imposable. Le Tribunal ne voit dès lors aucune raison de s'écarter de l'appréciation de l'ACI. La conclusion subsidiaire des recourants, formulée lors de l'audience du 15 décembre 2014, tendant au renvoi de la cause à l'ACI pour nouveau calcul du rendement imposable, doit également être rejetée.

E. 6

Le recours doit ainsi être rejeté, et la décision attaquée confirmée. Les frais sont mis à la charge des recourants; il n'y a pas lieu d'allouer des dépens (art. 49, 52, 55 et 56 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative - LPA-VD, RSV 173.36). Comte tenu d'une valeur litigieuse de 1'810'971 fr., le montant de l'émolument sera fixé à 10'000 fr. (art. 2 du Tarif des frais judiciaires et des dépens en matière administrative, du 28 avril 2015 – TFJDA, RSV 173.36.5.1).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.