

# **VD\_OMNI FI.2020.0129 vom 24. Mai 2022**

VD Tribunal cantonal, 2022-05-24, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_FI.2020.0129](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_FI.2020.0129)

FR: VD\_OMNI FI.2020.0129 du 24 mai 2022

IT: VD\_OMNI FI.2020.0129 del 24 maggio 2022

## **Regeste**

A. \_\_\_\_\_, B. \_\_\_\_\_ /Administration cantonale des impôts, Administration fédérale des contributions | Liquidation partielle indirecte. Conditions des art. 20a al. 1 let. a LIFD et 23a al. 1 let. a LI réalisées: en particulier, si les recourants n'ont pas participé activement à la distribution de la substance non nécessaire à l'exploitation, ils ont sciemment pris le risque d'une telle distribution, ce qui suffit selon la jurisprudence. Recours au TF rejeté (cause 9C\_672/2022).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Déposé en temps utile (cf. art. 140 al. 1 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct - LIFD; RS 642.11; art. 95 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative - LPA-VD; BLV 173.36 -, applicable par renvoi de l'art. 199 de la loi vaudoise du 4 juillet 2000 sur les impôts directs cantonaux - LI; BLV 642.11), le recours satisfait par ailleurs aux autres conditions formelles de recevabilité (cf. en particulier art. 140 al. 2 LIFD; art. 79 al. 1 LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 99 LPA-VD), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond du litige.

### **E. 2**

a) Appelé à se prononcer sur une question relevant tant de l'IFD que de l'ICC, le tribunal doit en principe rendre deux décisions; ces dernières peuvent toutefois figurer dans un seul acte, avec des motivations et des dispositifs distincts ou à tout le moins un dispositif distinguant expressément les deux impôts (ATF 135 II 260 consid. 1.3.1 et les références). Lorsque la question juridique à trancher par l'autorité cantonale de dernière instance est réglée de la même façon en droit fédéral et en droit cantonal harmonisé et peut donc être traitée avec un raisonnement identique, il est admis qu'une seule décision soit rendue et que le dispositif ne distingue pas entre les deux catégories d'impôts, à condition toutefois que la motivation de la décision attaquée permette clairement de saisir que la décision rendue vaut aussi bien pour l'impôt fédéral direct que pour les impôts cantonal et communal (ATF 135 II 260 précité, consid. 1.3.1; TF 2C\_660/2014, 2C\_661/2014 du 6 juillet 2015 consid. 1.1.2; CDAP FI.2020.0090 du 7 janvier 2021 consid. 2 et les références). b) En l'espèce, les questions à trancher sont les mêmes pour les deux catégories d'impôt. La problématique est réglée de manière identique en droit fédéral, en droit harmonisé et en droit cantonal. Le tribunal statuera dès lors en un seul arrêt, sans distinguer entre l'ICC et l'IFD, comme la jurisprudence qui vient d'être rappelée lui permet de le faire (cf. dans le même sens CDAP FI.2018.0266 du 17 juillet 2019 consid. 3b et les références).

### **E. 3**

a) Le litige porte sur le point de savoir si la vente par les recourants de leur participation dans la société cible C. \_\_\_\_\_ survenue en mars 2010 remplit les conditions d'une imposition sur le revenu au titre de liquidation partielle indirecte, en application de l'art. 20a al. 1 let. a LIFD, et de l'art. 23a al. 1 let. a LI dont la teneur est, comme déjà mentionné, identique. b) On rappellera au préalable que 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 cependant pas imposables (art. 16 al. 3 LIFD; 19 al. 3 LI). La vente d'actions appartenant à la fortune privée constitue en principe un gain en capital privé exonéré en vertu de cette disposition (arrêts du TF 2C\_648/2020 du 19 novembre 2021 consid. 2.1, 2C\_702/2018 du 28 mars 2019 consid. 4, in RDAF 2019 II 385, 2C\_906/2010 du 31 mai 2012 consid. 2.1, in RDAF 2012 II 342; CDAP FI.2014.0029 du 4 août 2015 consid. 2). Ce gain peut toutefois être (re)qualifié de rendement de la fortune mobilière soumis à l'imposition du revenu, notamment si les conditions de l'art. 20a al. 1 let. a et al. 2 LIFD (liquidation partielle indirecte) sont remplies. c) Il sied de souligner ici qu'en matière fiscale, les règles générales relatives à la répartition du fardeau de la preuve ancrées à l'art. 8 CC, destinées à déterminer qui doit supporter les conséquences de l'échec de la preuve ou de l'absence de preuve d'un fait, impliquent que l'autorité fiscale doit établir les faits qui justifient l'assujettissement et qui augmentent la taxation, tandis que le contribuable doit prouver les faits qui diminuent la dette ou la suppriment. Si les preuves recueillies par l'autorité fiscale apportent suffisamment d'indices révélant l'existence d'éléments imposables, il appartient au contribuable d'établir l'exactitude de ses allégations et de supporter le fardeau de la preuve du fait qui justifie son exonération (ATF 146 II 6 consid. 4.2 et les références; 144 II 427 consid. 8.3.1; 140 II 248 consid. 3.5; 133 II 153 consid. 4.3).

#### **E. 4**

a) D'après les art. 20a al. 1 let. a LIFD et 23a al. 1 let. a LI, est ainsi considéré comme rendement de la fortune mobilière, imposable, et non pas comme gain en capital, exonéré, "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". Selon l'al. 2 de ces dispositions, il y a participation au sens de l'al. 1 let. a, 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. Selon la loi et la jurisprudence, l'imposition au titre de la liquidation partielle indirecte suppose la réalisation cumulative de quatre conditions (cf. arrêts du TF 2C\_135/2021 du 2 mars 2022 consid. 3.3, 2C\_702/2018 du 28 mars 2019 précité consid. 4.1 in RDAF 2019 II 385, 2C\_906/2010 du 31 mai 2012 précité consid. 2.2): (i) la détention par le vendeur, ou par plusieurs participants qui procèdent en commun, d'une participation d'au moins 20% détenue dans la fortune privée, (ii) le transfert de la participation dans la fortune commerciale de l'acquéreur, (iii) la distribution dans les cinq ans suivant la vente de la substance non nécessaire à l'exploitation, existant au moment de la

vente et susceptible d'être distribuée selon le droit commercial; et (iv) la participation du vendeur à l'opération. b) Plus précisément, les recourants contestent en l'espèce que soient réalisées deux des quatre conditions précitées, à savoir la troisième (distribution de la substance non nécessaire à l'exploitation, existant au moment de la vente et susceptible d'être distribuée selon le droit commercial) et la quatrième (participation du vendeur). Il y a donc lieu d'examiner ces deux conditions, étant rappelé que s'agissant de conditions cumulatives, elles doivent être toutes deux réalisées, faute de quoi le produit de la vente de la participation ici en cause ne pourrait pas se voir appliquer les art. 20a LIFD et 23a LI, de telle sorte que le gain réalisé par les recourants serait alors exonéré de l'impôt sur le revenu.

#### **E. 4.1**

in RDAF 2019 II 385; Peter Gurtner, Die handelsrechtlich ausschüttbare nichtbetriebsnotwendige Substanz nach dem neuen Recht der indirekten Teilliquidation, in Archives 76 p. 571 ss; cf. aussi Markus Reich/Andreas Helbing/Fabian Duss, in: Martin Zweifel/Michael Beusch [Ed.], Kommentar DBG, 3è éd., 2017, n° 52 ad 20a DBG). Il s'agit de tout actif qui ne sert pas immédiatement à la réalisation du but d'exploitation et qui peut être cédé sans que les objectifs de l'entreprise ne soient touchés et sans que sa capacité de gain ne soit affectée fondamentalement (Peter Gurtner, op. cit., p. 572, et les références citées). Dans un arrêt récent (2C\_135/2021 du 2 mars 2022 consid. 3.6.2 s.), le Tribunal fédéral a encore précisé, s'agissant de la substance non nécessaire à l'exploitation, qu'est en principe déterminante la perspective du vendeur en supposant qu'il aurait poursuivi l'exploitation, mais que toutefois, s'il est déjà établi au moment de la vente que l'acheteur liquidera (partiellement) l'entreprise, la nécessité d'exploitation fait également défaut du point de vue du vendeur. Déterminer si, lors de la vente d'une participation, il existe des éléments de substance non nécessaires à l'exploitation, peut être effectué de la manière suivante, compte tenu de la répartition du fardeau de la preuve (supra consid. 3 c). Il y a lieu d'abord de présumer qu'il existe une telle substance, comme le fait la Circulaire (ch. 4.6.3) dès lors qu'une distribution excède le bénéfice réalisé depuis le jour de la vente, sans que la poursuite des affaires n'en soit fondamentalement affectée, c'est-à-dire dans l'optique de la poursuite inchangée de l'activité de la société anonyme vendue. Les changements futurs ne doivent pas être pris en compte dans ce cadre. Si tel est le cas, il reviendra alors au contribuable de démontrer que malgré ces éléments, il n'existait pas de substance non nécessaire lors de la vente, notamment en recourant à l'analyse comptable du bilan lors de la vente et en appliquant les critères d'évaluation de l'économie d'entreprise et en expliquant l'apparente contradiction entre les distributions et la poursuite de l'activité ordinaire. d) En l'espèce, le dossier a permis d'établir (cf. Annexe 1 à la décision dont est recours) que des distributions pour CHF 1'401'388.- se sont produites alors que la société cible durant ces exercices était en perte. Or, la société cible a poursuivi son exploitation après les distributions, comme l'atteste sa reprise, après la faillite de l'acquéreuse, par la société F.\_\_\_\_\_ (cf. supra Faits, let. A). L'autorité intimée pouvait ainsi légitimement partir de l'idée que, comme l'exploitation avait été maintenue, toutes les distributions étaient constituées de substance non nécessaire et que, en l'absence de bénéfices ultérieurs à la vente, il ne pouvait s'agir que de substance présente à ce moment-ci. Il sied ici de souligner que la comptabilité de l'exercice 2012 fait état d'un bénéfice de CHF 67'694.- et que ce bénéfice a donc à juste titre été déduit de l'addition des distributions, pour déterminer la distribution de substance non nécessaires à l'exploitation à hauteur de CHF 1'333'694.--. Ces éléments ont fait naître une présomption d'existence de substance non nécessaire à l'exploitation et il revenait donc aux recourants de démontrer qu'il restait lors de la vente

dans la société cible, moins de CHF 1'333'694.-- de substance non nécessaire à l'exploitation. Il convient donc de vérifier si, en application des critères de l'économie d'entreprise, les recourants sont parvenus à renverser cette présomption. e) L'art. 20a al. 1 let. a LIFD parle de substance non nécessaire à l'exploitation au moment de la vente des actions. Il ressort clairement du message du Conseil fédéral sur la RIE II (cf. Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur l'amélioration des conditions fiscales applicables aux activités entrepreneuriales et aux investissements [loi sur la réforme de l'imposition des entreprises II], FF 2005 4540 s. ch. 2.6.2) que la liquidation partielle indirecte ne peut être appliquée que si la société anonyme dispose d'un "porte-monnaie plein" au moment de la vente des actions. Selon le Message précité, il faut entendre par là l'actif circulant net évalué à la valeur vénale, plus l'actif immobilisé non nécessaire à l'exploitation, également évalué à la valeur vénale nette, moins la valeur nette des stocks de marchandises, des travaux en cours ainsi que d'autres actifs similaires non facilement réalisables; la réserve de liquidités nécessaire à l'exploitation, soit le fonds de roulement, doit être déduite du solde ainsi obtenu. La description de la substance non nécessaire à l'exploitation choisie dans le message repose manifestement sur un critère de délimitation fonctionnel, certains actifs (stocks de marchandises, travaux en cours, autres actifs non facilement réalisables) étant expressément attribués à la fortune nécessaire à l'exploitation. Selon la ratio legis de la disposition légale, c'est du point de vue du vendeur des actions, et non de celui de l'acquéreur, qu'il faut juger si la société anonyme vendue dispose de substance non nécessaire à l'exploitation au moment de la vente des actions. Or, ces éléments n'ont pas été modifiés au cours des travaux parlementaires. Seule a été écartée la proposition minoritaire qui voulait apporter une méthode de calcul fixe (supra consid. 4a). La doctrine qui s'est penchée sur cette question dans le domaine de l'économie d'entreprise, se demande fondamentalement si la structure du financement d'une entreprise par des fonds propres et des fonds étrangers doit être prise en compte lors de la détermination de la substance nécessaire à l'exploitation et de la substance non nécessaire à l'exploitation (Peter Gurtner, op. cit., p. 578). Si une société dispose d'actifs non nécessaires à l'exploitation, cela s'accompagne souvent d'une surcapitalisation, c'est-à-dire que l'entreprise dispose de trop de fonds propres en termes relatifs (dans ce sens, également Madeleine Simonek, Unternehmenssteuerrecht, Grundlagen für das Studium und die Praxis, 2019, p. 376). La surcapitalisation qui ressort du passif du bilan, dont le calcul doit également tenir compte des réserves latentes, peut être contenue à l'actif, par exemple dans des liquidités surdimensionnées, des débiteurs, des stocks de marchandises ou des travaux en cours. Selon autre auteur (Carl Helbling, Unternehmensbewertung und Steuern,

## **E. 5**

a) La troisième condition de la liquidation partielle indirecte a trait à l'existence d'une distribution, dans les cinq ans suivant la vente, de substance non nécessaire à l'exploitation, existant au moment de la vente et susceptible d'être distribuée selon le droit commercial (Circulaire n° 14 du 6 novembre 2007 de l'Administration fédérale des contributions sur la vente de droits de participation de la fortune privée à la fortune commerciale d'un tiers ["liquidation partielle indirecte"], ch. 4.5; ci-après: la Circulaire). Est ainsi imposable au titre de rendement de la fortune mobilière, la distribution de substance 1) non nécessaire à l'exploitation, 2) existant au moment de la vente et 3) susceptible d'être distribuée selon le droit commercial. Ces conditions sont cumulatives. b) Pour ce qui est de la question de l'existence d'une distribution, le Tribunal ne peut que constater qu'elle n'est plus véritablement litigieuse entre les parties (Décision sur réclamation du 2 octobre 2020,

ch. 10; Recours, p. 2, qui s'en remet à l'appréciation de la Cour sur ce point), et, ce, à juste titre. Il suffit de rappeler ici que la distribution est l'élément central de la liquidation partielle indirecte, car c'est elle qui est constitutive de la liquidation (arrêt TF 2C\_906/2010 du 31 mai 2012 précité consid. 2.3). La jurisprudence précitée la définit comme un prélèvement de fonds sans restitution lesquels doivent avoir été préalablement transférés à l'acquéreuse. En d'autres termes, cela suppose que la distribution soit effective, ce qui ressort également des débats parlementaires. Le Conseil des Etats a en effet préféré la proposition de la majorité de sa Commission de l'économie et des redevances, selon laquelle seule une distribution effective dans les cinq ans est imposable, à la proposition minoritaire qui voulait imposer un "montant à considérer comme un dividende imposable" ("Ersatzdividende") systématiquement lors du transfert, c'est-à-dire indépendamment de toute distribution effective, de tout versement de fonds (BO 2006 CE 112 s., intervention Germann, rapporteur de la Commission). Le Conseil national a suivi sur ce point le Conseil des Etats (cf. BO 2006 CN 843 ss). En l'espèce, au vu des pièces produites, il est constant d'une part que la société cible a transféré une partie de sa substance sous forme de prêt à la société acquéreuse et d'autre part que le prêt octroyé par la société cible a été provisionné puis définitivement abandonné par cette dernière et que son bilan pour l'exercice 2015 ne fait plus état de ce prêt sans qu'il ait été remboursé (ci-avant, Faits, let. A). Il y a ainsi bien lieu d'admettre comme récapitulé en annexe à la décision attaquée qu'à hauteur des augmentations du prêt concédé par la société cible à la société acquéreuse, soit CHF 1'401'388.-, une distribution est intervenue dans un délai de cinq ans. Cela ne suffit bien entendu pas à sceller le sort du litige puisqu'il faut encore déterminer si les autres conditions sont remplies. c) Pour ce qui est des autres éléments nécessaires à la détermination d'une distribution de substance non nécessaire à l'exploitation et susceptible d'être distribuée selon le droit commercial, la Circulaire prévoit une marche à suivre globale pour établir le montant du revenu imposable. L'assiette de l'impôt équivaut à la plus petite des valeurs suivantes entre le produit de la vente, les réserves susceptibles d'être distribuées selon le droit commercial, la substance non nécessaire à l'exploitation et le montant des distributions (Circulaire, ch. 5.1.1). La décision dont est recours a retenu que les quatre montants précités devaient en l'espèce être calculés comme suit: (a) produit de la vente de CHF 8'000'000.-, (b) distributions de substance de CHF 1'333'694.-; (c) réserves susceptibles d'être distribuées de CHF 2'550'871.86 et (d) substance non nécessaire à l'exploitation de CHF 2'704'122.88. Elle a par conséquent arrêté le montant imposable au titre de la liquidation partielle indirecte à hauteur du plus petit de ces montants, soit CHF 1'333'694.-. d) Les recourants contestent pour l'essentiel ce calcul en critiquant la détermination de la substance non nécessaire à l'exploitation retenue, en particulier en ce qu'elle ne prendrait pas en compte la nécessité d'un fonds de roulement qui réduirait cette substance en dessous du montant retenu. Sur ce point précisément, l'autorité indique qu'elle a arrêté la substance non nécessaire à l'exploitation à hauteur des liquidités présentes au bilan de C. \_\_\_\_\_ au 31 décembre 2009, soit CHF 2'704'122.88. Sur la prise en compte d'un éventuel fonds de roulement, elle indique ne pas y être "formellement opposée" mais y avoir renoncé dans le cadre de la décision sur réclamation "en l'absence de proposition chiffrée accompagnée d'élément permettant de justifier le fonds de roulement nécessaire dans le cadre de l'activité de la société C. \_\_\_\_\_". Les recourants semblent d'abord proposer (Recours p. 8) de déterminer le montant des réserves non nécessaires à l'exploitation dans le cas d'espèce en se fondant explicitement sur une méthode proposée dans le cadre des travaux parlementaires par une minorité de la commission compétente, mais qui a été expressément

rejetée lors de l'adoption de l'art. 20a LIFD (cf. supra consid. 4a). Pour ce qui est de cette méthode, il y a lieu d'admettre, avec l'autorité intimée, que ce calcul ne peut pas être pris en considération schématiquement comme s'il était prescrit par le législateur comme méthode de détermination de la substance non nécessaire à l'exploitation. Les recourants complètent cependant leur argumentation en proposant (Recours p. 9) deux calculs pour déterminer la substance non nécessaire à l'exploitation, qui ne sont pas fondés sur les propositions minoritaires de la commission, mais sur des outils proposés par la doctrine (la référence mentionnée dans le recours correspond à un article publié, en français, par Giorgio Meier-Mazzucato, Critères de la liquidation partielle indirecte, méthode pour l'éviter et pour formuler un rescrit fiscal, TREX 2016 p. 232 ss, spéc. p. 236). Il convient dans ce sens de retenir que, pour la première fois dans la procédure cantonale, les recourants proposent un calcul de détermination de la substance non nécessaire à l'exploitation. La Cour constate cependant que les recourants - qui admettent qu'il resterait au final lors de la vente dans la société cible une substance non nécessaire de CHF 406'022.67 d'après leurs propres calculs - semblent ne pas avoir appliqué leur méthode de manière adéquate puisque leur résultat intermédiaire était déjà une substance nulle (Recours, p. 9, milieu de la page: "Valeur des actifs non nécessaires à l'exploitation: 0.00 CHF") mais qu'au final après déduction du fonds de roulement, le résultat devient positif. Quoi qu'il en soit, la Cour devra examiner, compte tenu de la maxime d'office qui s'applique et de la répartition du fardeau de la preuve (ci-avant, consid. 3c), quel était en l'occurrence le montant de la substance non nécessaire et, dans ce cadre, si un fonds de roulement doit être déduit des actifs circulants au bilan de la société cible. e) La notion de substance non nécessaire, complexe, renvoie à des critères d'évaluation appartenant au domaine de l'économie d'entreprise (arrêt du TF 2C\_702/2018 du 28 mars 2019 précité consid.

## **E. 9**

e éd., p. 232 ss), de grandes difficultés apparaissent lors de la délimitation des actifs non nécessaires à l'exploitation, notamment en ce qui concerne les actifs circulants. Il faut en effet tenir compte du fait que le montant des liquidités, des débiteurs, des stocks de marchandises et des créanciers dépendent les uns des autres et que la composition de ces postes du bilan peut être purement aléatoire à la date d'évaluation. Pour calculer les actifs nécessaires à l'exploitation - et donc indirectement les actifs non nécessaires à l'exploitation - il faudrait en fin de compte partir du fonds de roulement net (actifs circulants d'exploitation moins les fonds étrangers à court terme d'exploitation), en tenant compte éventuellement des comptes de régularisation actifs et passifs. Dans la pratique, il est d'ailleurs généralement très difficile de déterminer le montant du fonds de roulement net approprié et, par conséquent, de calculer le fonds de roulement net non nécessaire à l'exploitation (dans ce sens également, Meier-Mazzucato Giorgio, op. cit., TREX 2016 p. 232 ss, 236). Ces éléments démontrent que, même dans la doctrine économique, la notion de substance non nécessaire à l'exploitation n'est pas clairement établie et qu'elle est sujette à interprétation. En particulier, la délimitation des liquidités nécessaires et non nécessaires, qui sont au cœur du présent litige, est considérée comme extrêmement difficile à établir, car elle ne peut être effectuée qu'en tenant compte des débiteurs, des stocks de marchandises, des travaux en cours, des dettes à court terme (y compris les créanciers) ainsi que, le cas échéant, des comptes de régularisation actifs et passifs. f) Rapportés au cas d'espèce, les éléments évoqués ci-avant ne permettent pas d'admettre que les recourants sont parvenus à démontrer la nécessité d'un fonds de roulement suffisant pour renverser les éléments retenus par l'autorité intimée. En effet, comme déjà mentionné il ne suffisait pas d'appliquer de

manière schématique aux chiffres du bilan de la société cible une méthode de calcul abstraite. Il aurait fallu en l'espèce que les recourants montrent, concrètement en fonction du type d'entreprise en cause, combien et pourquoi il existait un besoin en fonds de roulement spécifique qui serait venu réduire le montant des actifs non nécessaires à l'exploitation. Il faut voir aussi que si la doctrine économique a présenté des méthodes pour déterminer le besoin de fonds de roulement approprié en fonction du type d'exploitation, ces auteurs visent une forme d'idéal permettant de pallier le risque de manque de liquidités. En revanche, le législateur de l'art. 20a LIFD, notamment en se référant à la figure du "porte-monnaie plein", tend à décrire tout élément d'actif qui, au regard de réserves passives susceptibles d'être distribuées, aurait permis une telle distribution. Ainsi, le besoin en fonds de roulement, qui doit être déduit de la substance non nécessaire, doit être analysé comme permettant la poursuite de l'exploitation et pas nécessairement dans le sens d'une gestion sans risque des opérations. Or, dans le cas d'espèce, les recourants par leur méthode théorique ne sont pas parvenus à démontrer concrètement quels étaient les éventuels besoins en fonds de roulement nécessaires pour le maintien inchangé de l'exploitation. Déjà pour ce motif, leur calcul, et par conséquent leur grief, doit être rejeté. Mais surtout, il leur aurait fallu expliquer comment l'exploitation de la société cible a pu être maintenue alors même qu'à hauteur de CHF 1'333'694.- de la substance a été cédée à la société acquéreuse sans que la société cible ne réalise de bénéfice. La différence entre les liquidités présentes au bilan (CHF 2'704'122.88) et le montant de la distribution de substance retenue (CHF 1'333'694.-) permet également d'admettre qu'un fonds de roulement puisse être déduit des liquidités sans que le plus petit des quatre montants ne soit modifié. En outre, tel est également le cas, même en tenant compte du versement du dividende 2009 distribué après l'approbation des comptes 2009, en diminution des liquidités. En effet, même en réduisant de CHF 1'079'000.- le montant retenu par l'ACI de CHF 2'704'122.88, le résultat reste supérieur au montant déterminant des distributions (CHF 1'333'694.-), étant rappelé ici que seul le plus petit des quatre montants sert à la fixation de l'assiette imposable. En résumé, le Tribunal constate que l'assiette de l'impôt a été correctement déterminée par l'autorité intimée. Le recours doit être rejeté sur ce point.

6. Les recourants contestent également la réalisation de la condition subjective prévue à l'art. 20a al. 2 LIFD (quatrième condition, supra consid. 3 d). a) Selon cette disposition, la participation suppose la réalisation d'une condition qui a trait au fait que le vendeur sait ou devait savoir que le prix d'achat serait financé au moyen des fonds prélevés de la société et que ces fonds ne lui seraient pas rendus. Le texte légal commande donc une analyse de l'élément subjectif auprès du vendeur pour déterminer s'il savait ou s'il devait savoir que de la substance de la société serait prélevée pour financer le prix d'achat (arrêt du TF 2C\_906/2010, précité consid. 8.1). Si tel n'est pas le cas, il ne peut y avoir de liquidation partielle indirecte. Le Tribunal fédéral a rappelé dans cet arrêt (consid. 8.2) que la condition de la participation du vendeur ne saurait être considérée comme implicitement remplie même si les autres conditions le sont. En effet, si le projet du Conseil fédéral avait objectivé les conditions, il résulterait des travaux parlementaires que la loi adoptée exige une connaissance réelle ou supposée du vendeur qui doit porter non pas, de façon générale, sur l'existence de fonds non nécessaires et distribuables au moment de la vente, mais sur le fait que ces fonds seraient prélevés par l'acquéreur dans le but de financer le prix d'achat. La jurisprudence a ainsi considéré, sur la base des travaux parlementaires et du texte adopté que l'on ne saurait retenir d'emblée une participation du vendeur dès qu'il existe des fonds non nécessaires à l'exploitation et distribuables dans la société au moment de la vente. Une telle approche reviendrait à faire

abstraction du texte légal et de la volonté du législateur, précisément opposé à un système objectif, et à vider de son sens la condition de la participation du vendeur. La loi exige donc que le vendeur savait ou devait savoir que l'acheteur prélèverait de la substance de la société pour financer le prix d'achat et qu'elle ne lui serait pas rendue (arrêt du TF 2C\_906/2010, précité consid. 8.2 et les références notamment à Reich/Helbing/Duss, in op. cit. n° 71 ad art. 20a DBG et à Yves Noël, in: Yves Noël/Florence Aubry Girardin [éd.], Commentaire romand, Impôt fédéral direct, 2è éd., 2017, n° 7 ad art. 20a LIFD). b) Ainsi, la participation du vendeur, telle qu'elle est définie à l'art. 20a al. 2 LIFD, se rapporte à la distribution: elle consiste en sa connaissance réelle ou fictive de celle-ci. En d'autres termes, la notion de "participation du vendeur" se rapporte à une situation où acheteur et vendeur coopèrent à une distribution effective de la substance de la société. La coopération entre l'acheteur et le vendeur peut être active ou passive (Circulaire, ch. 4.7). 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). Elle repose sur une forme de présomption selon laquelle, en principe, la substance non nécessaire d'une entreprise doit être distribuée sous la forme de dividendes aux actionnaires. En effet, 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. Par le biais de cette condition dans la liquidation partielle indirecte, le législateur a ainsi voulu pouvoir reprocher 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, pour autant qu'il sache ou ait dû savoir que l'acheteur, grâce au mode de financement externe du prix de vente, allait 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 vend 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). Si, à l'issue de ces investigations, le vendeur peut conclure de bonne foi que l'acheteur ne financera pas le prix de vente à partir des moyens de la société, respectivement que les moyens prélevés seront restitués à la société, on ne devrait pas retenir une collaboration de sa part (Frédéric Epitoux, Liquidation partielle indirecte: Portée de la condition subjective de la participation du vendeur au regard de l'ATF du 28 mars 2019, RDAF 2019 II 461, spéc. p. 477). Si le vendeur n'a pas fait les vérifications usuelles ou qu'il n'est pas en mesure de les documenter, on pourrait retenir une collaboration seulement si de telles vérifications auraient dû l'amener objectivement – ce que le fisc devrait prouver – à la conclusion manifeste que la société acheteuse allait prélever des fonds de la cible pour en financer l'acquisition et que ces fonds ne lui seraient pas restitués (appauvrissement de la cible)

(Frédéric Epitoux, op. cit., RDAF 2019 II 461, spéc. p. 477). Dans tous les cas, 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 ou clause "anti-LPI") ne suffit pas pour mettre le vendeur à l'abri de tout reproche à cet égard (Brauchli Rohrer/Bussmann/Marbach, op. cit., p. 98). c) Selon la jurisprudence de la Cour de céans (CDAP FI.2014.0029 du 4 août 2015 consid. 2), 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, il suffit qu'il puisse escompter que les fonds prélevés ne seront pas rendus à la société (Circulaire, ch. 4.7). De même, 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 (arrêt du TF 1A.537/2006 du 24 novembre 2006, consid. 3.3; cf. également arrêt du TF 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). d) En l'espèce, les recourants sont restés membres du conseil d'administration de la société cible, ainsi que cela avait été prévu dans le cadre de la vente, jusqu'en fin d'année 2010, même s'il résulte à la fois de l'Ordonnance du Ministère public central (précitée Faits, A.) et des pièces du dossier qu'un litige est rapidement né entre les recourants et les actionnaires de la société acquéreuse après la vente. On rappellera cependant qu'au moment de la vente, qui est le moment déterminant auquel il faut analyser la participation des vendeurs, les recourants avaient conclu le 2 mars 2010 avec la société acquéreuse un contrat de prêt indiquant le financement suivant pour l'acquisition de la société cible: (i) apport de MM. G.\_\_\_\_\_ et H.\_\_\_\_\_ dans la société D.\_\_\_\_\_ (i.e. la société acquéreuse): CHF 1'000'000.-; (ii) prêt bancaire E.\_\_\_\_\_ SA: CHF 5'000'000.- et (iii) prêt vendeurs des recourants CHF 2'000'000.-, soit un total de CHF 8'000'000.- équivalent à la tranche du prix de vente fixe. En outre, l'art. 1.8 du contrat de prêt indique, s'agissant de la tranche du prix de vente variable en fonction de l'EBITDA qu'elle "sera payable chaque année, après l'acceptation des comptes de C.\_\_\_\_\_ (i.e. la société cible) sous réserve des liquidités et des conditions fixées par la banque E.\_\_\_\_\_ SA". En outre, les recourants ont également consentis à ce que leur créance de CHF 2'000'000.- soit postposée au remboursement de la tranche variable du prix de vente. Dans un courrier de leur conseil (civil) du 25 novembre 2010, les recourants écrivent à ce sujet: "Ces conditions de faveur vous [i.e. à la société acquéreuse] avaient été consenties compte tenu des engagements que vous aviez pris dans le cadre de la reprise des actions C.\_\_\_\_\_ et du partenariat envisagé à cette époque". Compte tenu de ces éléments, il

apparaît que les recourants n'ont pas participé activement à la distribution de la substance, qui est intervenue par le biais de prêts entre la société cible et la société acquéreuse avant la faillite de cette dernière, mais à un moment où leur activité dirigeante dans la société cible n'était plus envisageable. Ils ont en outre montré que ces prêts, non envisagés lors de la conclusion de la vente et de son financement, étaient intervenus contre leur volonté. Cela n'exclut cependant pas que les recourants aient passivement participé à la distribution. Ainsi, les recourants avaient connaissance de ce que la société cible comportait de la substance non nécessaire susceptible de provoquer une requalification du prix de vente en revenu imposable pour eux. Ils ont en effet pris le soin de faire inclure une "clause anti-LPI" dans le contrat de vente des actions. En effet, l'art. 2.12 du protocole d'accord initial indique déjà que les parties se sont engagées à ne pas financer directement ou indirectement l'acquisition au moyen d'actifs figurant au bilan de la société cible. Ils étaient ainsi dès le départ des négociations conscients du risque fiscal pour eux d'une distribution intempestive de substance par la société acquéreuse. En outre, compte tenu du financement d'une part, et de la faveur que les recourants ont fait à l'acquéreuse, d'autre part, ils auraient dû savoir que cette dernière courait un risque très important de ne pas avoir les moyens pour financer le prix de vente autrement qu'avec la substance de la société cible. Ainsi, déjà, le financement des fonds propres des acquéreurs à hauteur de CHF 1'000'000.- uniquement, sur une valeur totale de plus de CHF 10'000'000.- (la part variable était initialement estimée par les parties à CHF 2'300'000.-) apparaît comme présentant un risque. Ce risque était d'ailleurs suffisamment concret puisque la banque E. \_\_\_\_\_ SA, qui prêtait CHF 5'000'000.- a posé des conditions de remboursement de son propre prêt sur lesquelles l'attention des recourants (art. 2.5 du contrat de prêt) a dû être attirée: ils ont ainsi dû confirmer par leur signature avoir été informés des conditions du prêt par la banque E. \_\_\_\_\_ SA, notamment le nantissement des participations objet de la vente, et les accepter. En outre, voulant certes favoriser la vente, les recourants ont également accepté de postposer leur propre prêt de CHF 2'000'000.- au remboursement du prêt bancaire. Cet élément confirme que les recourants ne pouvaient ignorer l'existence d'un risque que le remboursement du prix de vente soit effectué par les avoirs de la société vendue. Dans de telles circonstances, force est d'admettre que les recourants devaient savoir que la société acheteuse risquait de ne pas avoir les moyens de financer par elle-même l'acquisition du capital de la société dont le vendeur a cédé le capital-actions. Ainsi, l'état de fait lors de la conclusion du contrat de vente aurait dû amener objectivement les recourants à la conclusion manifeste que la société acquéreuse risquait de prélever des fonds de la cible pour en financer l'acquisition et que ces fonds ne lui seraient pas restitués. Il convient dès lors d'admettre que les recourants ont sciemment pris le risque d'une distribution de substance, ce qui revient à admettre qu'ils ont participé à la distribution de la substance dans le sens de la jurisprudence. 7. Compte tenu de ce qui précède, il apparaît ainsi que la décision sur réclamation de l'autorité intimée est conforme au droit. Le calcul de l'assiette imposable, constituée par les distributions de substances non nécessaires à l'exploitation, doit être confirmée. La condition de la participation du vendeur est également remplie. Les considérants qui précèdent conduisent par conséquent au rejet du recours et à la confirmation intégrale de la décision attaquée. Le sort du recours commande que les recourants supportent les frais de justice (cf. art. 49 al. 1, 91 et 99 LPA-VD), solidairement entre eux (art. 51 al. 2 LPA-VD). L'allocation de dépens n'entre pas en ligne de compte (cf. art. 55 al. 1, 91 et 99 LPA-VD).

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