

La Suisse est l'un des pays de l'OCDE ayant une charge fiscale des plus élevées en matière de double imposition des dividendes. Cela devrait changer en 2007.

Réforme de l'imposition des entreprises: enfin une solution législative claire dès 2007 pour les cas de liquidation partielle indirecte et de transposition

Au cours de la dernière décennie, l'imposition des entreprises dans les pays de l'OCDE s'est considérablement allégée sous l'effet de la concurrence fiscale internationale. Dans le même temps, la Suisse a vu ses avantages comparatifs se réduire pour finalement se trouver parmi les pays ayant une charge fiscale des plus élevées en ce qui concerne la double imposition économique des dividendes. En effet, bien que l'imposition des bénéfices au niveau des sociétés de capitaux soit, même dans les cantons les plus chers, de l'ordre de 25% seulement, les dividendes distribués sont ensuite imposés chez l'actionnaire à un taux maximum de 45%. Il en résulte une charge cumulée de près de 59% sur le bénéfice réalisé par l'entreprise.

Entrée en vigueur probable en 2008

Cet automne, les Chambres du Parlement se sont mises d'accord sur une réduction significative de la double imposition en adoptant le principe selon lequel les bénéfices distribués ne sont plus imposables qu'à hauteur de 50% dans le cadre de la fortune commerciale. Il subsiste une divergence entre les deux Chambres au niveau de la réduction applicable aux distributions liées à la fortune privée. Le Conseil national a opté pour 50% et le Conseil des Etats pour 60%.

En procédant de la sorte, et avec une charge fiscale de l'ordre de 25% au niveau de l'entreprise et de 45% au niveau de l'actionnaire, une réduction de 50% a pour conséquence que la double imposition ne s'élève plus qu'à 42%. L'imposition des dividendes sera la même, voire légèrement moins élevée, que celle du travail. Comme il existe encore d'autres divergences, il est prévu que le projet de loi sur l'imposition des entreprises soit adopté au cours de l'année 2007, pour entrer vraisemblablement en vigueur en 2008.

Nonobstant ces délais, qui paraissent relativement courts, deux questions nécessitent d'être tranchées plus rapidement. Depuis la décision du Tribunal fédéral en matière de liquidation partielle indirecte et de transposition du 11 juin 2004, les entrepreneurs qui souhaitent céder leur entreprise, notamment à leurs collaborateurs (*management buy out*), se trouvent dans l'impossibilité de réaliser un gain en capital franc d'impôt, car notre Haute Cour a considéré que la distribution de dividendes engendrés après la cession des actions (soit les dividendes futurs)

doit être traitée comme une distribution de substance non nécessaire à l'exploitation constitutive d'une liquidation partielle indirecte.

Nouvelle circulaire

Face à la position extrême prise par le Tribunal fédéral le 11 juin 2004, les Chambres fédérales ont adopté une modification de la Loi sur l'impôt fédéral direct (LIFD) en introduisant un nouvel article 20a qui traite de la liquidation partielle indirecte (lettre a) et de la transposition (lettre b) ainsi qu'un article 7a dans la Loi sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID). Le Conseil fédéral vient de fixer l'entrée en vigueur du nouvel article de la LIFD au 1er janvier 2007. L'Administration fédérale des contributions (AFC) a publié sur son site internet¹ en date du 10 novembre 2006 un projet de circulaire no 14 qui traite de la liquidation partielle indirecte. La circulaire, dans sa version définitive, devrait être disponible au courant du mois de décembre.

La liquidation partielle indirecte

Le Parlement a très clairement voulu limiter la portée de la pratique développée par l'AFC et le Tribunal fédéral aux seuls cas d'abus manifestes et permettre aux entrepreneurs qui le souhaitent de vendre leur participation dans leur entreprise en réalisant un gain en capital franc d'impôt. Selon la théorie de la liquidation partielle indirecte, la vente d'une participation par un entrepreneur qui la détient dans sa fortune privée à un investisseur qui la détient dans sa fortune commerciale, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une société, pouvait être considérée comme un rendement de la fortune mobilière imposable au sens de l'art. 20 al. 1 lettre c de la LIFD. Dorénavant, la loi limitera les cas dans lesquels on considérera que la cession d'une participation équivaut à un rendement de la fortune mobilière lorsque les conditions suivantes seront remplies. La vente d'une participation doit être d'au moins 20% du capital-actions d'une société de capitaux ou d'une société coopérative, qui doit passer de la fortune privée du cédant à la fortune commerciale du cessionnaire (passage du système de la valeur nominale à celui de la valeur comptable). Les ventes successives des droits de participation tombent également sous le coup de cette nouvelle disposition dans

la mesure où elles portent au total sur plus de 20% du capital-actions concerné dans les cinq ans suivant la première vente. Il faut ensuite 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...» Les termes «au moment de la vente» mettent un point final à la controverse née de la pratique de l'AFC et de la jurisprudence du Tribunal

substance non nécessaire à l'exploitation. Au-delà de ce délai, une éventuelle distribution de substance non nécessaire à l'exploitation sera sans conséquence pour le vendeur. Il faut toutefois être attentif au fait qu'un nouveau délai de cinq ans commence à courir pour chaque vente en cas de vente échelonnée représentant au total plus de 20% de la participation.

Coopération passive?

En plus des conditions citées, la liquidation partielle indirecte ne

sera réalisée que si le fisc peut démontrer une participation du vendeur au prélèvement par l'acheteur de tout ou partie de la substance non nécessaire à l'exploitation. Le comportement du vendeur doit être déterminé sur la base de critères objectifs et de l'ensemble des circonstances. La coopération entre le vendeur et l'acquéreur sera retenue lorsque, par exemple dans les cas suivants: un prêt est accordé par le vendeur à l'acquéreur; une dette du vendeur envers la société cédée est compensée avec le prix de vente; des sûretés de la société cédée pour des prêts de tiers à l'acquéreur sont accordés, le vendeur dépose des droits de participation vendus pour garantir un emprunt destiné à financer le prix d'achat; le vendeur s'engage à rendre liquide certains actifs de la société cédée; concession est faite à l'acquéreur du droit de disposer des actifs de la société cédée avant le paiement du prix d'achat (chiffre 4.7 du projet de circulaire no 14 de l'AFC). On relèvera également qu'il peut s'agir d'une coopération passive du vendeur, notamment lorsque

le futur prélèvement de substance ou doit en avoir connaissance. Tel est par exemple le cas lorsque la participation est cédée à un acquéreur ne disposant pas des fonds nécessaires pour acquitter le prix d'achat par ses propres moyens, ou lorsque le vendeur sait que l'acquéreur entend fusionner la société cédée ou encore lorsque la celle-ci possède la substance non nécessaire à l'exploitation qui est susceptible d'être distribuée. Le fait que l'acquéreur soit une société disposant de moyens financiers substantiels n'est pas en soi un critère permettant d'écarter la coopération entre le vendeur et l'acheteur.

Si les conditions énumérées ci-dessus sont remplies et qu'il s'agit par conséquent d'un cas de liquidation partielle indirecte, le vendeur se verra imposé sur une partie du prix de vente au titre de rendement sur la fortune mobilière. Sera considérée comme rendement imposable la plus petite des valeurs entre le produit de la vente, le montant des distributions, la substance susceptible d'être distribuée selon le droit commercial ou encore la substance non nécessaire à l'exploitation. Le fait que la taxation de la période concernée soit entrée en force entraînera une procédure de rappel d'impôt.

Transposition

Il s'agit d'un cas particulier de liquidation partielle indirecte. Elle concerne également le passage d'une participation de la fortune privée du vendeur à la fortune commerciale de l'acquéreur. Dans le cas d'une transposition, toutefois, le vendeur conserve la maîtrise de la participation cédée par le fait qu'il est en général l'actionnaire majoritaire de la société qui acquiert la participation. La différence entre le produit de la vente des actions et leur valeur nominale était considérée comme un bénéfice imposable, sauf si la part du prix excédant la valeur nominale des actions vendues était traitée comptablement au niveau de l'acquéreur comme une réserve. Selon le nouvel article 20a lettre b LIFD, la théorie de la transposition ne s'appliquera qu'à des participations d'au moins 5% du capital-actions de sociétés de capitaux ou de sociétés coopératives qui représentent un transfert de la fortune privée à la fortune commerciale, dans la mesure où le vendeur détient une participation d'au moins 50% au capital de l'acquéreur et où le prix

reçu est supérieur à la valeur nominale de la participation transférée. Cette nouvelle disposition restreint de manière significative la pratique de l'AFC pour ne concerner que les cas d'abus.

Entrée en vigueur des nouvelles dispositions

Le nouvel article 20a LIFD entrera en vigueur le 1er janvier 2007, ainsi que la pratique définie par l'AFC dans son projet de circulaire ci-dessus, sous réserve de modifications dans la version définitive de la circulaire. Pour tenir compte de l'effet rétroactif voulu par le législateur, ces dispositions s'appliqueront également à toutes les taxations qui ne sont pas entrées en force depuis l'année 2001 et ultérieurement. Il faut toutefois être attentif au fait que ces dispositions, bien qu'elles concernent également la LHID avec l'article 7a, ne sont pas applicables telles quelles aux impôts cantonaux et communaux. Chaque canton devra adapter sa propre législation et aura jusqu'au 1er janvier 2008 pour le faire.

On relèvera par ailleurs que le projet de circulaire no 14 prévoit expressément que les autorités cantonales compétentes pour le vendeur peuvent donner des renseignements à caractère obligatoire permettant de déterminer l'existence ou non d'une liquidation partielle indirecte.

En votant l'article 20a LIFD et l'article 7a LHID, le législateur fédéral a mis fin aux dérives de l'AFC et du Tribunal fédéral en matière de liquidation partielle indirecte et de transposition, ce qui va permettre aux entrepreneurs désireux de céder leur participation de procéder dans un cadre juridique prévisible qui rassurera les milieux concernés. Sous réserve des législations cantonales non encore harmonisées en 2007, on devrait assister à la reprise de transactions, suspendues depuis la jurisprudence du Tribunal fédéral du 11 juin 2004.

Avec une législation limitant la liquidation partielle indirecte et la transposition aux seuls cas d'abus et une réduction significative de la double imposition économique, les entreprises suisses, tout particulièrement les PME, peuvent envisager l'avenir plus sereinement que ces dernières années.

■ Nicolas Buchel

Avocat, associé de Oberson & Associés
Genève, Lausanne

¹ <http://www.estv.admin.ch/data/dvs/index-druck-kreis-f.htm?druck/kreis/f/kreis.htm>



Le Parlement a voulu permettre aux entrepreneurs qui le souhaitent de vendre leur participation dans leur entreprise en réalisant un gain en capital franc d'impôt. (PHOTO SHOOT / BILDAGENTUR BAUMANNI AG)

fédéral sur les dividendes futurs.

Nouveau délai de cinq ans

A partir du 1er janvier 2007, il conviendra, lors de la vente et non ultérieurement, de déterminer les actifs non nécessaires à l'exploitation qui seraient susceptibles, après la vente, d'être retirés de la société par l'acheteur pour payer tout ou partie du prix d'acquisition de la participation. Ainsi, les bénéfices futurs de la société ne pourront plus être considérés comme de la substance non nécessaire à l'exploitation entraînant une imposition au titre du rendement de la fortune mobilière de la vente de la participation. Le projet de circulaire de l'AFC du 10 novembre 2006 prévoit expressément que le contribuable peut apporter la preuve qu'il s'agit de fonds nécessaires à l'exploitation en prouvant la nécessité pour l'exploitation de chaque actif du capital immobilisé et du capital circulant selon les critères reconnus en matière d'économie d'entreprise. Le législateur a prévu un délai de cinq ans à compter du jour de la vente pour prendre en compte une ou des distributions de