

Lorsque le propriétaire d'une PME, constituée sous forme de société anonyme (SA) ou de Sarl, en vend les actions à ses héritiers, ses employés ou des tiers, il pense réaliser un gain en capital franc d'impôt. Ou plutôt il pouvait penser...

Transmission de PME: coup de frein... fiscal!

Jusqu'à présent, il existait une pratique des autorités fiscales appelée «liquidation partielle indirecte» (LPI) selon laquelle, dans certains cas bien précis, le gain en capital était requalifié de revenu imposable. Une récente jurisprudence du Tribunal fédéral (TF) du 11 juin 2004 a toutefois étendu la notion de LPI et cela entraîne, dans les faits, une imposition systématique des transferts de PME. Ce jugement a soulevé une vague d'indignation dans les milieux concernés. Des parlementaires tentent d'intervenir pour que, dans le cadre du projet de réforme de la fiscalité des entreprises en préparation au Parlement, ce type d'opérations ne soit pas considéré comme du revenu imposable. L'Administration fédérale des contributions (AFC) a confirmé qu'elle appliquerait cette jurisprudence et a émis une circulaire (No 7) le 14 février 2005, publiée sous forme de projet.

Trois conditions pour une LPI

Le TF avait à examiner le cas d'un actionnaire unique d'une SA au capital social de 0,1 million de francs suisses et qu'il a vendue, en mars 1999, à une société holding constituée par les enfants du cédant, pour le prix de 5 millions de francs. Le capital nominal de la holding était de 0,7 million. Le prix de vente des actions a été acquitté à concurrence de 0,7 million en espèces et le solde de 4,3 millions par un prêt accordé par le cédant à la holding. Il était prévu que le paiement des intérêts annuels et le remboursement du prêt soient financés par les revenus futurs de la société cédée.

L'AFC a estimé que la différence entre le prix de vente et le capital nominal de la SA, soit 4,9 millions de francs, ne constituait pas un gain en capital mais un revenu imposable auprès du cédant. L'AFC se fondait sur la notion de «transposition», qui est très similaire à la LPI.

Le TF n'a pas retenu cette notion et a considéré que la vente d'actions constituait, en fait, une liquidation partielle de la société, en application des principes de la liquidation partielle indirecte.

Pour qu'il y ait liquidation partielle indirecte, il faut, selon le TF, que trois conditions cumulatives soient remplies:

1. Les droits de participation (actions, etc.) doivent être transférés de la fortune privée du vendeur à la fortune commerciale (principe de la valeur comptable) de l'acheteur (vente à une société ou à une personne physique qui détient les actions dans sa fortune commerciale).

2. La société vendue procède à une distribution de sa substance ayant pour conséquence son appauvrissement (par exemple en distribuant des liquidités non nécessaires à son exploitation pour permettre à l'acheteur de payer, au moins en partie, le prix d'achat).

3. L'acheteur et le vendeur ont collaboré dans la préparation ou la réalisation de cet appauvrissement (le vendeur savait, ou devait savoir, que l'acheteur utiliserait de la substance de la société vendue pour payer une partie du prix d'achat des actions).

Conditions remplies

– La première condition était remplie dès lors que le cédant détenait ses actions dans sa fortune privée et les a vendues à une holding qui les a comptabilisées à leur valeur d'acquisition. Le raisonnement fiscal est le suivant. Si le vendeur liquide la société au lieu de la vendre, il paie un impôt sur le montant qui excède le remboursement du capital (soit sur le dividende de liquidation). Si le vendeur cède ses actions à un acheteur qui les détient dans sa fortune privée, la substance taxable n'échappe pas au fisc puisqu'au moment de la liquidation le nouvel actionnaire est imposé sur le dividende de liquidation. Tel n'est plus le cas si

la holding revend ultérieurement les actions acquises à un prix de vente plus élevé que la valeur à laquelle les actions ont été comptabilisées lors de leur acquisition. En effet, le gain taxable au titre de revenu pour la holding est constitué par la différence entre le prix d'achat (sous réserve d'éventuels amortissements) et le prix de vente, et non pas entre la valeur nominale des actions et le prix de vente. Il en résulte que, par le transfert des actions de la fortune privée à la fortune commerciale, l'autorité fiscale perd de la substance taxable. En effet, la différence entre le montant du capital nominal de la société vendue et celui de son prix de vente ne sera jamais taxée.

– La deuxième condition vise la situation dans laquelle l'acquéreur, ne pouvant payer le prix d'acquisition par ses propres moyens, utilise tout au moins une partie de la substance de la société cédée pour régler sa dette. L'image souvent citée est celle de la vente d'un porte-monnaie que l'acquéreur paierait avec l'argent qu'il contient. S'il y a appauvrissement de la société, selon ce qui vient d'être décrit, cela signifie, aux yeux du fisc, que le vendeur aurait dû se distribuer une partie des liquidités non nécessaires à l'exploitation et vendre l'entreprise à un prix moins élevé. La distribution au cédant avant la vente des liquidités non nécessaires à l'exploitation aurait été, à ce moment-là, imposée comme un revenu taxable. Tel ne sera pas le cas par la suite, puisque l'acheteur comptabilise les actions à la valeur d'acquisition.

Dans le cas d'espèce, la holding n'a pas procédé à une distribution de substance de la société pour s'acquitter du prix d'achat des actions et rembourser le prêt, puisque le prêt et les intérêts devaient être payés par les bénéfices futurs générés par l'activité de la société cédée. Le caractère choquant du jugement du TF vient du fait qu'il a considéré que l'utilisation des bénéfices futurs de la

société, pour payer les intérêts et rembourser le prêt, constituait un appauvrissement de la société! Cette extension de la notion d'appauvrissement remet en cause également les cas de management buyout (rachat d'entreprise par les cadres) et les leverage buyout (rachat d'entreprise au moyen de crédit), même si le TF ne s'est pas formellement prononcé sur de tels cas.

– La troisième condition, soit la collaboration entre le vendeur et l'acheteur, était remplie puisque le contrat de prêt prévoyait les modalités de paiement du prix d'acquisition des actions et, aux yeux du fisc, le mode d'appauvrissement de la société.

Conclusions

Les conclusions à tirer de cette jurisprudence sont les suivantes:

- L'extension de la notion de liquidation partielle indirecte aboutit, dans les faits, à taxer systématiquement comme du revenu la cession d'actions des PME. Il faut souhaiter que, dans le cadre de la révision de l'imposition des entreprises, le législateur restreigne les cas d'application de la LPI aux seuls abus manifestes.

- Si cette jurisprudence est appliquée aux *management buyout* et *leverage buyout*, elle découragera les propriétaires actuels de céder leur entreprise à leurs employés. Il pourrait en résulter une remise en cause de la pérennité de certaines d'entre elles.

- Il semblerait qu'une majorité des cantons n'appliquent pas, pour l'impôt cantonal et communal, cette nouvelle pratique de l'AFC. Il faut donc s'assurer, par écrit, avant toute opération de ce genre, de la pratique de l'autorité fiscale cantonale concernée (demande d'un *ruling* fiscal).

Nicolas Buchel,
Avocat associé de Oberson & Associés,
Genève, Lausanne