

# Liquidation partielle indirecte: retour sur un cas d'école

Les modifications de la loi sur l'imposition des sociétés sont entrées en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2007. Saga d'une mesure sans cesse remise sur le métier.

**L**A LOI SUR l'impôt fédéral direct pose le principe que les gains en capital réalisés lors de la vente d'éléments de fortune privée ne sont pas imposables. Cependant, et dans l'objectif affiché de lutter contre certains abus lors du rachat d'entreprises, la théorie de la «liquidation partielle indirecte» a été introduite en 1986 et constamment développée depuis. Considérant que la plus-value exonérée constitue en réalité un dividende déguisé au profit du vendeur, cette théorie entend restreindre le principe d'exonération – pourtant clairement formulé dans la loi – en requalifiant le gain en capital réalisé en rendement de la fortune mobilière, donc imposable. C'est notamment le cas lorsque le financement par l'acheteur provient de la substance existante dans l'entreprise et que l'opération «appauvrit» cette dernière.

## Quant l'exception devient la règle

Sur cette base, ce qui aurait dû rester l'exception lors de la transmission d'entreprises a eu tendance à devenir la règle dans la pratique développée par le Tribunal fédéral et soutenue par l'Administration fédérale des contributions (AFC). Cette évolution a atteint son paroxysme avec un arrêt du 11 juin 2004. Dans une décision très contestée, le Tribunal fédéral a étendu la notion d'appauvrissement de l'entreprise au financement du rachat grâce à un emprunt remboursable avec les bénéfices futurs de l'entreprise rachetée. Ainsi a-t-il été décidé qu'un endettement pour financer le rachat d'une entreprise tablent

sur les bénéfices futurs de celle-ci constituerait un appauvrissement de la substance existante de l'entreprise, même si ce financement ne fait qu'anticiper des bénéfices futurs incertains... Le seul moyen d'exclure un «appauvrissement» – et donc une «liquidation partielle indirecte» – consisterait à vendre à un acheteur capable d'assurer un financement propre, fondé sur ses seules ressources, sans emprunt. Non seulement la marge de manœuvre pour les achats et les ventes d'entreprises s'en trouverait fortement réduite, mais – en privilégiant les rachats par des investisseurs financièrement puissants – on rendrait de fait impossibles les rachats d'entreprises par leurs propres cadres (management buyout) ou au moyen de crédits (leveraged buyout), comme c'est souvent le cas lors de succession au sein d'entreprises familiales pour rembourser les parts des autres héritiers. La décision du Tribunal fédéral a donc placé nombre de vendeurs devant des conséquences fiscales insurmontables et vidé de son sens le principe législatif d'exonération du gain en capital privé de son sens. En outre, cette décision va à l'encontre de la volonté politique du Conseil fédéral de créer un climat favorable aux PME.

## Des remaniements lancés dans l'urgence

Malgré les appels au dialogue et à la modération lancés par les milieux concernés pour trouver une issue praticable, l'AFC s'est pressée au début de l'année 2005 de reprendre unilatéralement cet arrêt dans le projet de circulaire N° 7 et en a même durci les termes. La publication

de ce document par l'AFC a engendré une nouvelle incertitude – en raison du caractère provisoire de la circulaire et du manque de prévisibilité des conséquences fiscales pour les vendeurs – et a surtout provoqué une nouvelle vague de protestations de la part des cantons, des milieux scientifiques et économiques ainsi que d'une large partie du monde politique.

Sous pression, le Conseil fédéral s'est vu contraint de proposer dans l'urgence, en juin 2005, un projet pour tenter de résoudre le problème dans le cadre plus large de la deuxième réforme de l'imposition des entreprises. Il a présenté un nouveau modèle de réglementation de la «liquidation partielle indirecte» reposant désormais sur l'imposition partielle du produit de la vente au moment de la vente (concept du «porte-monnaie plein»). Faisant l'hypothèse d'un «ersatz de dividende», il y aurait imposition auprès du vendeur d'une participation chaque fois que, au moment de la vente, il y aurait des ressources qui ne seraient pas indispensables à l'exploitation de l'entreprise et qui passeraient ainsi à l'acheteur. Selon ce concept, les parts non nécessaires à l'exploitation de l'actif circulant et des valeurs immobilisées auraient d'abord dûes être établies, puis évaluées, pour qu'enfin leur valeur totale soit diminuée d'une adéquate «réserve de liquidités».

## Une méthode d'imposition impraticable

Soupçonnant un nouveau projet fiscaliste, loin de la réalité entrepreneuriale, les milieux économiques se sont une nouvelle fois mobilisés, cette fois-ci contre le

projet du Conseil fédéral préparé par l'AFC. Sensible aux arguments économiques, le Parlement n'a pas donné suite au projet du Conseil fédéral. En effet, l'imposition d'un soi-disant «porte-monnaie plein» défini sur la base de critères «objectifs» dans le sens d'un «ersatz» virtuel de dividende, n'aurait pas été compatible avec le principe d'exonération fiscale des gains en capital privé. Cette méthode d'imposition aurait été de surcroît impraticable ou n'aurait été réalisable qu'au prix de coûts exorbitants de conseil externe. Contrairement à la situation actuelle, la solution du Conseil fédéral aurait soumis à l'impôt chaque vente où il y aurait eu des réserves de liquidités. En d'autres termes, il se serait agi d'un nouvel impôt «light» sur

cantons, en majorité, appliquent encore aujourd'hui pour leurs propres impôts.

## Une révision qui reste à peaufiner

Le projet décidé en juin 2006 par le Parlement permet d'abandonner sans délai la pratique fiscaliste issue de la décision du Tribunal fédéral du 11 juin 2004 ainsi que du projet de circulaire N° 7 de l'AFC. Même si elle aurait pu être encore optimisée, la nouvelle législation présente un certain nombre d'avantages: elle se concentre de manière adéquate sur les abus objectivement identifiables et permet de restaurer la nécessaire sécurité du droit qui fait actuellement défaut. Elle respecte les principes de base du système fiscal suisse, notamment celui de

**Il a été admis que l'imposition ne doit intervenir qu'en cas de distribution effective de ressources qui ne sont pas indispensables à l'exploitation de l'entreprise.**

les gains de participation, totalement indépendant d'une distribution effective ultérieure de dividendes.

Le Conseil fédéral et l'AFC n'ayant pas été en mesure de proposer une solution appropriée, le Parlement a pris lui-même l'initiative de développer une nouvelle solution. Le problème de la «liquidation partielle indirecte» devant être réglé rapidement pour des motifs de sécurité juridique, le Parlement a tout d'abord décidé de traiter ce volet de manière urgente et séparée des autres éléments de la réforme de l'imposition des sociétés, permettant l'entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2007 des modifications de la loi. Ensuite, le Parlement a développé un nouveau concept: le produit de la vente d'une participation – à hauteur d'au moins 20% au capital-actions – de la fortune privée d'une personne physique à la fortune commerciale d'une personne physique ou morale («cas de changement de système») n'est imposé au titre de la «liquidation partielle indirecte» que si, dans un délai de cinq ans suivant la vente, la substance non nécessaire à l'entreprise – qui était déjà présente au moment de la vente – est effectivement distribuée de collusion avec le vendeur. Il a ainsi été admis que l'imposition ne doit intervenir qu'en cas de distribution effective de ressources qui ne sont pas indispensables à l'exploitation de l'entreprise («appauvrissement effectif»). Avec ce concept, le Parlement a repris pour l'essentiel la pratique que le Tribunal fédéral jugeait naguère fondée en matière d'abus et que les

l'exonération des gains en capital privé, réaffirmé par le peuple. Elle est facile à appliquer sur le plan administratif et reste compréhensible et prévisible pour les entreprises; enfin elle s'appuie sur la pratique usuelle des cantons.

La loi est entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2007 et s'applique rétroactivement à tous les cas de vente en suspens auprès des autorités fiscales depuis 2001. L'AFC aurait désormais pour mission d'appliquer la loi et d'en concrétiser les éventuels détails conformément à la volonté du Parlement. Malheureusement, le projet de circulaire d'application rendu public par l'AFC au mois de novembre dernier ne laisse guère augurer un changement d'attitude des autorités fiscales fédérales. Il faut ainsi s'étonner que l'AFC entende inclure les cas sans coopération entre vendeurs dans la définition de la «vente commune» pour délimiter la participation qualifiée, par exemple. Il en résulterait que des petits porteurs – qui ne se connaissent pas entre eux! – soient potentiellement concernés par la «liquidation partielle indirecte» dans le cadre d'offres publiques d'achats. Il faut également s'interroger sur les délimitations envisagées pour la substance non nécessaire à l'exploitation et les réserves susceptibles d'être distribuées ainsi que pour la notion de participation du vendeur. Pour éviter que ne s'installent à tort de nouvelles incertitudes dans les milieux concernés, il convient de remanier le projet conformément à l'esprit et la volonté du législateur. ■



PASCAL GENTINETTA  
Membre de la direction de l'économiesuisse, Zurich.