

Liquidation partielle indirecte (LPI) : La participation est-elle encore une condition ?

par Thierry De Mitri

En droit fiscal suisse, l'exonération du gain en capital privé n'est pas absolue. S'il est vrai que l'entrepreneur aspire, au moment de la cession de son entreprise, à réaliser une plus-value exonérée d'impôt, il n'en demeure pas moins que l'acquéreur cherche parfois à financer l'achat au moyen des liquidités de la société cible. Dans certaines circonstances, tout ou partie du gain en capital réalisé par le vendeur peut ainsi être requalifié en revenu imposable, notamment lorsque les éléments constitutifs d'une liquidation partielle indirecte (LPI) sont réunis.

Dans un arrêt du 14 décembre 2023 (9C_666/2022), le Tribunal fédéral est revenu sur la notion de participation, considérée comme une condition subjective à la réalisation d'une liquidation partielle indirecte. La publication de cet arrêt offre l'occasion de réexaminer la portée et l'évolution de cette condition, et de s'interroger sur le rôle qu'elle joue encore aujourd'hui dans la qualification d'une LPI.

I. Rappel des principes

La LPI, codifiée aux art. 20a LIFD et 7a LHID, permet de requalifier un gain en capital privé exonéré en rendement imposable lorsque, après la vente de participations, de la substance non nécessaire à l'exploitation est distribuée dans les cinq ans avec la participation du vendeur. Cette codification visait à rétablir la sécurité juridique après une période d'interprétation économique étendue de l'art. 20 al. 1 let. c LIFD.

Les conditions cumulatives de la LPI peuvent être résumées ainsi :

1. Participation qualifiée : la vente porte sur au moins 20 % du capital-actions/ social (ou ventes concertées atteignant 20 %).
2. Changement de fortune : passage de la fortune privée du vendeur à la fortune commerciale de l'acheteur (personne morale ou exploitant individuel).
3. Distribution : prélèvement effectif de substance non nécessaire à l'exploitation, distribuable selon le droit commercial.
4. Délai : distribution intervenue dans les cinq ans dès la vente.
5. Participation du vendeur : celui-ci savait ou devait savoir que la substance servirait (sans restitution) à financer le prix d'achat.

Ces critères sont pour l'essentiel objectifs (participation qualifiée, changement de fortune, distribution de substance, respect du délai). En revanche, la participation du vendeur constitue une condition subjective déterminante, qui concentre à juste titre l'essentiel des débats jurisprudentiels et doctrinaux.

Sur le plan fiscal, la conséquence d'une LPI réside dans la requalification d'une partie du prix de vente en distribution imposable de substance, laquelle est imposée ultérieurement chez le vendeur.

II. Notion de participation du vendeur

Le législateur a introduit la condition de participation du vendeur pour compenser l'abaissement du seuil de participation de 50 % à 20 %. Cette condition n'exige pas une implication active : la participation peut être purement passive. L'enjeu consiste à déterminer si le vendeur savait ou devait savoir que la substance non nécessaire à l'exploitation de la société cible servirait à financer le prix d'acquisition sans restitution ultérieure.

Le vendeur est ainsi tenu à un devoir de diligence consistant à vérifier, de manière raisonnable et documentée, la solvabilité de l'acheteur et les modalités de financement. La seule présence d'une clause dite « anti-LPI » ne suffit pas à exclure la participation si le vendeur pouvait raisonnablement suspecter un financement par la substance excédentaire.

À l'inverse, il n'est pas exigé du vendeur qu'il mène une enquête inquisitoriale : l'analyse attendue doit rester proportionnée, fondée sur des éléments objectifs, documentés et facilement vérifiables.

Dans plusieurs arrêts, le Tribunal fédéral a précisé les contours de la notion de participation au sens de l'art. 20a LIFD, notamment dans des situations factuelles complexes. Ainsi, dans l'arrêt 2C_702/2019, il a rappelé que la connaissance du vendeur doit porter à la fois :

- Sur l'existence, au moment de la vente, d'une substance distribuable selon le droit commercial ;
- Sur le fait que cette substance sera utilisée pour financer le prix d'acquisition.

Autrement dit, le vendeur doit raisonnablement s'assurer que l'acheteur dispose des moyens nécessaires pour financer la transaction sans recourir à la substance non nécessaire à l'exploitation de la société cible.

Dans l'arrêt 2C_648/2020, le Tribunal fédéral a renforcé l'exigence de diligence en cas de proximité entre vendeur et acheteur, notamment familiale. Le vendeur, présumé disposer d'un accès privilégié à l'information, doit alors évaluer la solvabilité réelle de l'acquéreur, faute de quoi sa participation peut être retenue.

Plusieurs indices factuels peuvent renforcer la présomption d'une participation, même passive, du vendeur, notamment :

- La thésaurisation excessive de liquidités ou d'actifs non nécessaires à l'exploitation ;
- L'influence du vendeur sur la politique de dividendes ou sur la gestion de la substance distribuable ;
- L'absence de garanties ou de conditions usuelles de marché dans la structuration de la vente ou ;
- Un montage contractuel ou financier laissant raisonnablement présager une ponction ultérieure de la substance de la société cible.

Il convient toutefois de rappeler que ces indices ne remplacent pas une analyse individualisée : l'appréciation doit se faire in concreto, pour chaque vendeur pris individuellement, en fonction de sa situation, de son rôle dans la société et de son degré d'accès à l'information.

Certaines limites doivent également être soulignées :

- La participation doit être évaluée individuellement pour chaque vendeur, y compris en cas de ventes échelonnées ;
- Une vente conjointe dans le cadre d'une offre publique d'achat (OPA), ou la cession contrainte d'un actionnaire minoritaire sans influence effective, tendent à exclure la participation ;
- Enfin, si l'acquéreur ne détient pas la majorité des droits de participation post-acquisition et n'exerce pas le contrôle effectif sur la politique de distribution, l'imputation d'une participation au vendeur est en principe exclue.

III. Arrêt du Tribunal fédéral du 14 décembre 2023 (9C 666/2022)

Les faits de l'affaire sont relativement simples. Deux actionnaires privés, A (40 %) et C (60 %), détenaient la société D. SA. Le 5 décembre 2008, ils ont cédé l'intégralité des actions de cette société à E. SA pour un prix total de CHF 2,9 millions. Au moment de la vente, les fonds propres de D. SA s'élevaient à environ CHF 2,3 millions, dont une part significative constituait une substance non nécessaire à l'exploitation.

Quelques années plus tard, le 8 avril 2013, D. SA a été absorbée par E. SA dans le cadre d'une fusion. À la suite de cette opération, l'administration fiscale du canton de Zurich a ouvert une procédure de rappel d'impôt d'environ CHF 175'000.-- à l'encontre des conjoints A., estimant que les conditions d'une liquidation partielle indirecte étaient réunies. Il convient de relever que la société acquéreuse, E. SA, disposait de ressources financières particulièrement importantes.

Le raisonnement du Tribunal fédéral s'articule autour des conditions objectives et subjectives de la liquidation partielle indirecte, qu'il examine de manière séquentielle et détaillée.

S'agissant tout d'abord des conditions objectives, le Tribunal fédéral constate qu'elles sont réunies. La participation D SA vendue constituait une participation qualifiée, la vente a entraîné le passage d'un bien de la fortune privée à la fortune commerciale, et une substance non nécessaire à l'exploitation a été distribuée dans le délai de cinq ans suivant la vente.

S'agissant de la condition subjective, le Tribunal fédéral rappelle que le vendeur doit faire preuve d'un devoir de diligence, en vérifiant la solvabilité de l'acheteur et le mode de financement de la transaction. Une clause anti-LPI ne suffit pas à exclure la participation, laquelle doit être appréciée sur la base d'éléments plausibles et vérifiables.

La société cible disposait d'une substance non nécessaire à l'exploitation jugée excessive (env. CHF 1,4 million). Le vendeur majoritaire, actif dans la société et influent sur la politique de thésaurisation, ne pouvait ignorer que ce maintien répondait à des considérations fiscales. Malgré la solvabilité de l'acheteur, le Tribunal fédéral retient une participation, même passive, du vendeur, estimant que la thésaurisation excessive rendait prévisible une ponction ultérieure de la substance. En conclusion, le Tribunal fédéral confirme la requalification partielle du prix de vente en rendement imposable chez le vendeur, en application de l'art. 20a LIFD.

L'arrêt renforce la portée de la thésaurisation excessive, qui peut désormais suffire à établir à la fois la condition objective et la condition subjective de la LPI. Cette approche élargit le champ d'application de la notion de participation et accroît la vigilance attendue du vendeur.

Cet élargissement n'est pas sans conséquence pour la sécurité juridique du vendeur de bonne foi. La simple solvabilité de l'acquéreur et l'insertion d'une clause dite « anti-LPI » dans le contrat de vente ne suffisent plus nécessairement à écarter le risque de requalification. L'analyse doit rester concrète, en tenant compte du rôle et de l'influence réels du vendeur.

Enfin, la question demeure ouverte pour les ventes multiples : un co-vendeur minoritaire, sans influence sur la politique de thésaurisation, doit-il être assimilé au vendeur majoritaire ? L'arrêt n'y répond pas clairement, et une telle assimilation paraît discutable au regard du principe d'appréciation individuelle.

IV. Conclusions

À la lecture de l'arrêt du 14 décembre 2023, il devient difficile pour le vendeur de contester la réalisation de la condition de participation dès lors qu'une substance non nécessaire à l'exploitation est importante. Cette approche étend excessivement le champ d'application de la LPI : un même fait permet désormais de réaliser à la fois la condition objective et la condition subjective. Une telle confusion affaiblit la cohérence du dispositif et tend à rendre superflu l'examen spécifique de la participation du vendeur.



Thierry De Mitri
Expert fiscal diplômé
Licencié en droit
CES Management HEC Lausanne
Fondateur du cabinet fiscal De Mitri Conseils SA, Lausanne
thierry@demitri.ch