

# Risques fiscaux des liens entreprises - actionnaires

Ordre Vaudois d'EXPERTsuisse  
(OVES)

7 novembre 2019

# Programme

---

1. Notion d'actionnaire et de proche
2. Compte-courant actionnaire débiteur vs créancier
3. Distribution dissimulée de bénéfice et prestation appréciable en argent
4. Sous-capitalisation et prêts d'actionnaires
5. Théorie du triangle vs théorie du bénéficiaire direct
6. Cas de jurisprudence transformation, report de pertes et compte-courant actionnaire

## Définition d'un actionnaire resp. d'un proche de l'actionnaire

---

- L'actionnaire est un porteur de parts qui dispose d'une prétention sociale (droit de vote) et économique (dividende) fondée sur ce rapport de participation. Il peut s'agir d'une personne physique ou morale.
- La notion de tiers utilisée à l'art. 58 al. 1 lit. b LIFD vise uniquement les avantages octroyés aux porteurs de parts ainsi qu'à leurs proches.
- Les proches de l'actionnaire sont en premier lieu les personnes avec lesquelles celui-ci entretient des relations personnelles ou économiques étroites. Il peut s'agir d'une société du même groupe, par exemple une société sœur ou une société grand-mère.
- Un tiers peut être considéré comme un proche de l'actionnaire lorsque la prestation concernée a été octroyée à des conditions ne correspondant pas à celle prévalant sur le marché.
- Une personne proche peut être présumée lorsqu'il apparait que la relation s'impose impérativement et qu'aucune autre raison ne permet d'expliquer le déroulement de l'opération insolite d'une opération.

## Compte-courant actionnaire débiteur vs créancier

Actifs		Passifs	
Liquidités	100.00	Créanciers	80.00
Débiteurs (actionnaire)	50.00	Emprunt banque	120.00
Marchandises	150.00	C-A	100.00
	300.00		300.00
Actifs		Passifs	
Liquidités	100.00	Créanciers	80.00
Débiteurs	50.00	Emprunt (actionnaire)	120.00
Marchandises	150.00	C-A	100.00
	300.00		300.00

## Compte-courant actionnaire débiteur

---

- Le cercle des personnes sujettes à l'obligation de restitution de l'art. 678 CO est limité par la loi aux actionnaires, aux membres du conseil d'administration ainsi qu'aux personnes qui leur sont proches.
- Art. 678 al. 1 CO ouvre la voie à la restitution des dividendes ou de tantièmes qui ne répondent pas aux règles formelles et matérielles régissant leur distribution.
- Parmi ces distributions, il est courant de rencontrer dans les bilans des sociétés anonymes dont le capital est détenu par un seul actionnaire un compte intitulé « compte-courant actionnaire » porté à l'actif. Il s'agit en fait d'une dette de l'actionnaire envers la société.
- Par ce biais, l'actionnaire opère des prélèvements de liquidités dans sa société, qui normalement impliquerait la retenue de l'impôt anticipé de 35 % et une imposition au titre de revenu chez l'actionnaire.
- Toutefois, les fonds ainsi prélevés ne le sont pas à titre gratuit. L'actionnaire a l'obligation de verser un intérêt à la société qui en réalité lui prête de l'argent. Cependant, il est rare que l'actionnaire paie cet intérêt en espèces. Dans la pratique, cet intérêt est simplement porté en augmentation de la dette.
- Dans le cas contraire, nous pouvons avoir affaire avec une distribution dissimulée de bénéfice imposable auprès de la société et de l'actionnaire.

## Exercice

La situation de la société X est détenue à 100 % par Y. La situation de X au 30.11.2018 est la suivante:

Actifs		Passifs	
Liquidités	100.00	Créanciers	80.00
Débiteurs (actionnaire)	50.00	Emprunt banque	120.00
Marchandises	150.00	C-A	100.00
	300.00		300.00

Le 01.12.2018, l'actionnaire Y fait un prélèvement de marchandises auprès de sa société pour ses propres besoins pour un montant de 24. Il ne rembourse pas la dette envers sa société au 31.12. En estimant qu'il n'y ait eu aucun autre mouvement de fonds au sein de la société, comment se présentera le compte débiteur au 31.12 ?

**Réponse** Le montant des débiteurs va augmenter de 24 alors que le compte marchandise va diminué du même montant. Toutefois, il faut tenir compte des intérêts sur ces 24. En estimant que le taux d'intérêts est de 5%, un montant total de  $(50 + 24) + (24 * 5 / 100 * 1 / 12) = 74.1$  CHF

## Distribution dissimulée de bénéfice (art. 58 al. 1 let. b LIFD)

---

1. L'art. 58 al. 1 let. a LIFD prévoit que le bénéfice net imposable de la société comprend le solde du compte de résultat de la société. L'autorité fiscale est liée par les comptes de la société, lorsque ceux-ci sont établis en conformité avec les règles impératives du droit comptable.
2. La loi comprend également un certain nombre de règles correctrices permettant aux administrations fiscales d'appréhender les situations dans lesquelles l'octroi d'une prestation appréciable en argent n'est pas justifiée.
3. Ainsi, l'art. 58 al. 1 let. b LIFD indique que les distributions ouvertes ou dissimulées de bénéfice et les avantages procurés à des tiers qui ne sont pas justifiés par l'usage commercial doivent être réintégrés au bénéfice imposable de la société.
4. Selon la jurisprudence constante du TF, il y a distribution dissimulée de bénéfice lorsque les 4 conditions suivantes sont cumulativement remplies :
  - La société fait une prestation sans obtenir de contre-prestation correspondante et se trouve, par là même, appauvrie.
  - La prestation est accordée à un actionnaire ou à une personne le ou la touchant de près.
  - La prestation n'aurait pas été accordée dans de telles conditions à un tiers.
  - La disproportion entre la prestation et la contre-prestation est manifeste de telle sorte que les organes de la société auraient pu se rendre compte de l'avantage qu'ils accordaient. Autrement dit, la disproportion doit être reconnaissable.

## Prestation appréciable en argent (art. 4 LIA et art. 20 OIA)

---

- Il s'agit d'un avantage accordé par la société aux actionnaires ou à leurs proches, sans contre-prestation, et qui ne s'explique qu'en raison du rapport de participation : la société n'aurait pas accordé cet avantage à des tiers non participants
- 4 conditions :
  - a) Avantage accordé par la société sans contre-prestation équivalente
  - b) Prestation accordée à un actionnaire ou à un proche de celui-ci
  - c) L'avantage n'aurait pas été accordé à un tiers dans les mêmes conditions, ce qui rend la prestation insolite
  - d) Le caractère insolite de cette prestation était reconnaissable par les organes
- Intérêts portant sur les comptes courants actionnaires : Lettre-circulaire Taux d'intérêt 2019 admis fiscalement sur les avances ou les prêts en francs suisses

## La sous-capitalisation et prêt d'actionnaire (compte-courant créancier)

---

- Situation à risque : entreprise disposant d'un niveau de fonds propres faibles et financée pour un prêt de son actionnaires / garanti par son actionnaire
- Risque : requalification fiscale d'un prêt (fonds étrangers) en capital (fonds propres) : capital propre dissimulé
- Art. 65 LIFD et 29a LHID et conséquences fiscales :
  - Intérêts passifs non déductibles / ajoutés au bénéfice imposable
  - Augmentation du capital propre imposable
  - Chez l'actionnaire : requalification de l'intérêt en dividende
- Appréciation de la situation :
  - Composition des fonds étrangers
  - Calcul du montant maximum que celle-ci pourrait obtenir d'un tiers au moyen du tableau de capitalisation prévu par la circulaire AFC n° 6 du 6 juin 1997

## La sous-capitalisation et prêt d'actionnaire (compte-courant créancier)

### Circulaire AFC n° 6 du 6 juin 1997

Liquidités 100 %	100%
Créances pour livraisons et prestations	85%
Autres créances	85%
Stocks de marchandises	85%
Autres actifs circulants	85%
Obligations suisses et étrangères en francs suisses	90%
Obligations étrangères en monnaie étrangère	80%
Actions cotées suisses et étrangères	60%
Autres actions et parts de SARL	50%
Participations	70%
Prêts	85%
Installations, machines, outillages, etc	50%
Immeubles d'exploitation	70%
Villas, propriétés par étages, maisons de vacances et terrains à bâtir	70%
Autres immeubles	80%
Frais de constitution, d'augmentation du capital et d'organisation	0%
Autres actifs immatériels	70%

## La sous-capitalisation et prêt d'actionnaires (compte-courant créancier)

Tasima SA détenue à 100 % par Heinrich Gerber. Celui-ci a fondé la société il y a quelques années. Le besoin de financement qui est apparu au fil du temps a été couvert par un prêt actionnaire de la part de son actionnaire unique, H. Gerber. ☐

Au 31 décembre 2018, la société présente le bilan suivant:

ACTIFS		PASSIFS	
Liquidités	100	Fournisseurs	300
Participations	200	Banque	200
Marchandises	1 000	Prêt Gerber	2 300
Immeuble d'exploitation	2 000	Capital-actions	500
Total	3 300		3 300

1. Y a-t-il un problème de sous capitalisation en relation avec le prêt de M. Gerber à Tasima SA ?
2. Variante : le prêt est rémunéré à 1%

## Solution

		Quote-part FE	FE max.	
Liquidités	100	100%	100	
Participations	200	70%	140	
Marchandises	1 000	85%	850	
Immeuble d'exploitation	2 000	70%	1 400	
Total	3 300		<u>2 490</u>	

1. CHF 2'490 max. dont CHF 500 liés aux créanciers commerciaux et au prêt de la banque.

Solde disponible CHF 1'990,-

Prêt d'actionnaire CHF 2'300,-

2. 1% de rémunération respecte les normes AFC. Mais seul le prêt fiscalement reconnu peut être rémunéré, la différence est une prestation appréciable en argent imposable

## Distribution dissimulée de bénéfice - Exercice (reprise de l'état de fait précédent)

---

Sur son prêt actionnaire de CHF 2'300,- H. Gerber se verse un intérêt annuel de 15 %, soit CHF 345,-. En sachant que l'entreprise n'a fait ni bénéfice, ni perte lors de l'exercice 2018, ce taux est-il justifié ?

- 1. Solution:** Lorsqu'un prêt octroyé par l'actionnaire ou une personne proche de celui-ci est rémunéré à un taux ne correspondant pas à celui pratiqué entre tiers sur le marché des capitaux, le montant excédent l'intérêt normal constitue alors une distribution dissimulée de bénéfice. Pour déterminer si la rémunération des avances ou des prêts accordés en francs suisses par les – ou aux – porteurs de parts ou à des tiers qui leur sont proches est appropriée, l'Administration fédérale des contributions (AFC), Division principale de l'impôt fédéral direct, de l'impôt anticipé, des droits de timbre fixe annuellement les taux admis (« safe heaven »).
- 2.** Le prêt de H. Gerber ne bénéficie pas de garantie. Le taux admis par l'AFC est de 3 %, seul CHF 69,- sont donc justifiés par l'usage commercial. Le montant des intérêts perçu en trop par l'actionnaire sur son prêt, soit CHF 276, seront considérés comme du « bénéfice imposable » pour la société.

## L'attribution de la prestation: théorie du triangle ou du bénéficiaire direct ?

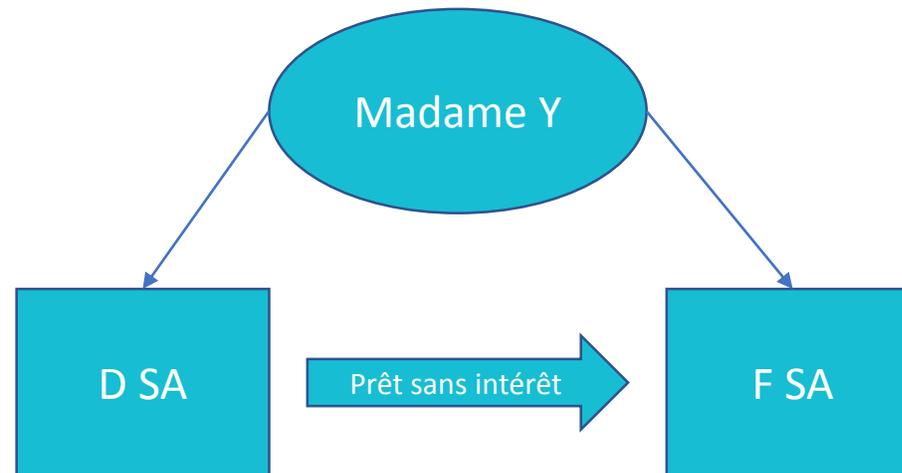
---

Distribution dissimulée : problème de l'attribution du revenu en droit fiscal. Deux approches sont envisageables :

1. Situation prévalant en droit civil : distribution dissimulée profitant à un proche de l'actionnaire doit être directement attribuée à cette personne dans la mesure où, en droit civil, c'est bien elle qui reçoit cette prestation. Sous réserve de certaines exceptions, cette conception, qualifiée de **théorie du bénéficiaire direct**, est celle traditionnellement appliquée en matière d'**impôt anticipé**.
2. La seconde approche, qualifiée de **théorie du triangle**, s'affranchit au contraire des rapports de droit privé pour se concentrer, sous l'angle d'une analyse économique de l'état de fait, sur la cause au sein de la société fondant la distribution dissimulée. Cette théorie postule que toute distribution dissimulée «passe» nécessairement par l'actionnaire puisque cette opération repose sur les droits de participation de cette personne. En conséquence, une prestation effectuée en faveur d'un proche est, dans un premier temps, attribuée à l'actionnaire. La qualification retenue pour cette première prestation est logiquement celle de rendement de participation. L'enrichissement de la personne effectivement gratifiée s'analyse ensuite comme une donation (P.P) ou un apport (P.M) fiscalement neutre. Cette approche est celle retenue pour l'**impôt sur le revenu**.

## Exercice

Madame Y est seule actionnaire de deux sociétés, D SA et F SA. Cette dernière vient de débiter son activité. Les deux sociétés ont leur siège en Suisse. D SA a accordé un prêt sans intérêt de CHF 1 mio à F SA. Quid ?



## Exercice

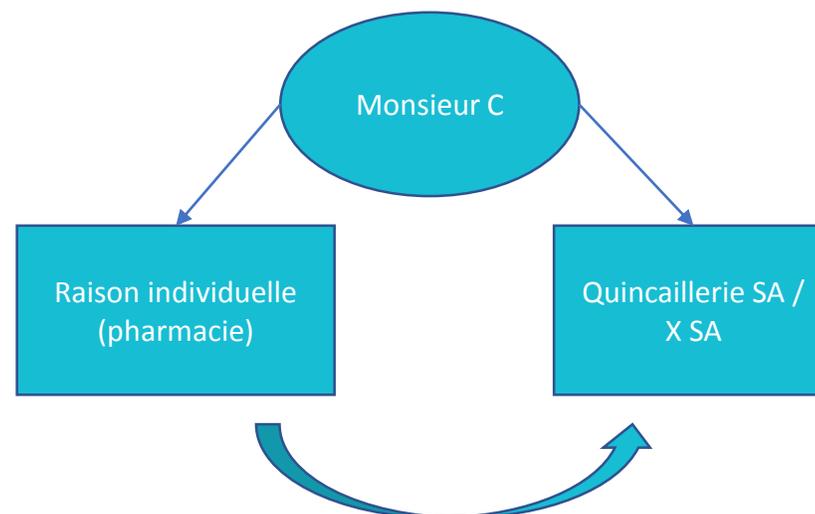
---

### Solution:

1. Comme on l'a vu, en renonçant à des intérêts sur son prêt, D SA accorde un avantage indu à sa société sœur qui ne peut s'expliquer que par leur appartenance au même groupe de sociétés. Il est en effet peu probable qu'un tiers indépendant accepte d'accorder un prêt en renonçant à des intérêts. La question de la distribution dissimulée de bénéfice ou prestation appréciable en argent se pose donc.
2. En présence d'une prestation appréciable en argent, l'autorité fiscale est autorisée à ajuster le bénéfice imposable de D SA et de réintégrer la prestation appréciable en argent au bénéfice imposable (comptabilisation des intérêts non perçus sur le prêt).
3. Lorsque la prestation ne s'effectue pas directement entre une société fille et sa société mère, la question se pose également de savoir qui est le bénéficiaire de la prestation.
4. En matière d'**impôts directs**, la jurisprudence du TF (ATF 119 Ib 116 ss.) retient l'application de la **théorie du triangle**. Selon cette théorie, D SA consentirait une prestation en faveur de Madame Y, laquelle serait imposée. Ensuite, Madame Y ferait un apport de l'avantage reçu à F SA, cet apport étant non imposé, en application de l'art. 60 lit. A LIFD.
5. En matière d'**impôt anticipé**, c'est la théorie du **bénéficiaire direct** qui s'applique. Dans le cas présent, F SA pourra demander le remboursement total de l'impôt anticipé en tant que société résidente en Suisse.

## Arrêt du 11 juillet 2019 2C\_993/2018 et arrêt du 14 juin 2012 2c\_1027/2011

- 1993 : constitution de Quincaillerie SA par C - capital-actions de CHF 300'000.
- C exploite également une pharmacie sous la forme d'une raison individuelle depuis 1999.
- Fin 2003, Quincaillerie SA **est surendettée** et pertes reportées de CHF 1'092'436. **Principal créancier de la société était C.**
- Le 01.12.2003, Quincaillerie SA a changé sa raison sociale en X. SA et transformé son but, qui consistait désormais en l'exploitation d'une pharmacie. La société a repris à la valeur comptable les actifs et les passifs de la pharmacie que C exploitait en raison individuelle.
- Pour les périodes fiscales de 2004 à 2008, la société X. SA a réalisé pour chacune de ces années un bénéfice d'exploitation. Elle a utilisé ses bénéfices pendant cette période pour reconstituer son capital-actions et pour éponger ses pertes reportées de CHF 1'092'436 (commerce de quincaillerie).



## Arrêt du 11 juillet 2019 2C\_993/2018 et arrêt du 14 juin 2012 2c\_1027/2011

	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Pertes reportées	-1'092'436.00	-807'025.00	-517'033.00	-399'738.00	-171'328.00	-
Résultat de l'exercice		285'411.00	289'992.00	117'295.00	228'410.00	228'126.00
Bénéfice déclaré		-	-	-	-	56'798.00
Montant de la créance actionnaire		986'705.00	695'504.00	507'698.00	170'644.00	-65'781.00

### Bénéfice imposable

- Pertes reportées exclues sous couvert d'évasion fiscale confirmée par le TF :
  - Formue juridique choisie par le CTB apparaît comme insolite, inappropriée ou étrange, tous cas inadapté au but économique poursuivi
  - Lorsqu'il y a lieu d'admettre que ce choix a été arbitrairement exercé uniquement dans le but d'économiser des impôts qui seraient dus si les rapports de droit étaient aménagés de façon appropriée
  - Lorsque le procédé choisi conduirait effectivement à une notable économie d'impôt dans la mesure où il serait accepté par l'autorité fiscale

## Arrêt du 11 juillet 2019 2C\_993/2018 et arrêt du 14 juin 2012 2c\_1027/2011

	2004	2005	2006	2007	2008	
Pertes reportées	-807'025.00	-517'033.00	-399'738.00	-171'328.00	-	
Résultat de l'exercice	285'411.00	289'992.00	117'295.00	228'410.00	228'126.00	
Bénéfice déclaré	-	-	-	-	56'798.00	
Bénéfice in fine taxé	233'086.00	287'317.00	117'295.00	228'410.00	171'328.00	<b><u>1'037'436.00</u></b>
Montant de la créance	986'705.00	695'504.00	507'698.00	170'644.00	-65'781.00	
Adjonction de revenus par l'ACI	233'086.00	287'317.00	117'295.00	228'410.00	171'328.00	<b><u>1'037'436.00</u></b>

### Revenu imposable

- L'office d'impôt a informé la société X. SA qu'elle entendait effectuer des reprises non seulement jusqu'à «reconstitution» complète du capital-actions mais aussi jusqu'à la «reconstitution» du prêt de C.C que celui-ci avait accordé à la société. La somme des reprises ne devant pas toutefois excéder le montant des pertes reportées. L'office d'impôt a finalement rendu une décision dans ce sens.
- La société X. SA a recouru contre cette décision au Tribunal cantonal. Ce dernier a partiellement admis le recours. En substance, il a jugé que les conditions du rappel d'impôt étaient remplies et que les reprises visant à reconstituer le capital-actions étaient fondées, mais pas celles qui visaient à reconstituer le prêt que C.C avait accordé à la Société, qui devaient donc être annulées.
- Recours au TF de l'office d'impôt qui demande l'annulation de la décision du Tribunal Cantonal. In fine tant la reconstitution du capital-actions que les remboursements du compte-courant actionnaire sont considérés comme du revenu