

Éditorial

Pendant de très nombreuses années, la part du bénéfice d'une société anonyme revenant à son actionnaire était sérieusement écornée par les prélèvements fiscaux, en raison d'un cumul malheureux entre l'impôt sur le bénéfice de la société auquel s'ajoutait l'impôt sur le revenu de l'actionnaire lorsqu'il encaissait un dividende.

Cette situation avait un impact particulièrement défavorable dans le secteur immobilier, puisque certains investisseurs ne pouvaient, pour des raisons d'organisation propre, acquérir des immeubles directement (en nom), et ne pouvaient pas non plus envisager, en raison de la fiscalité, d'acquérir par le biais d'une société anonyme. Il est donc tout à fait important, et éminemment réjouissant, que le législateur ait corrigé la situation, en mettant fin, de facto, à ce cumul des prélèvements. Les modifications introduites et décrites en détail ci-après permettent d'affirmer qu'il est aujourd'hui quasiment équivalent, sur le plan fiscal, d'acquérir un immeuble en nom ou par le biais d'une société anonyme.

Voilà qui ne va pas manquer, en élargissant le cercle des acheteurs et en diversifiant les véhicules d'acquisition utilisables, de dynamiser le marché immobilier suisse et de renforcer son attractivité.



Thierry Barbier-Mueller



Markus Wüst

Membres du Conseil
 d'administration de SPG Intercity
 Genève - Bâle - Zurich

Atténuation de la double imposition économique

I. Double imposition économique

1. Notion et impact fiscal

La double imposition économique des bénéfices d'une société de capitaux résulte du cumul de l'imposition auprès de la société des profits nets réalisés (impôt sur le bénéfice) et de l'imposition auprès des actionnaires lorsque ces mêmes bénéfices sont distribués (impôt sur le revenu). En outre, ces distributions sont soumises à l'impôt anticipé de 35 %, qui peut toutefois être remboursé à certaines conditions.

La double imposition est « économique », car elle ne touche pas la même personne (une première fois la société et une seconde fois l'actionnaire). Elle est toutefois fortement ressentie par les sociétés dites « de famille » dont l'actionariat est composé d'un cercle limité de personnes. En revanche, elle ne pose guère de problèmes pour les sociétés cotées en Bourse.

En droit cantonal, il se produit également une double imposition économique sur le capital. En effet, la participation des actionnaires est soumise à l'impôt sur la fortune, alors que la valeur qu'elle représente a déjà été appréhendée, du moins en partie, par l'impôt sur le capital au niveau de la société.

La double imposition économique distingue clairement le régime fiscal d'une activité entrepreneuriale développée sous la forme d'une société de capitaux de celle qui est développée sous la forme d'une entreprise de personnes. En effet, dans ce dernier cas, les revenus nets réalisés sont soumis à l'impôt sur le revenu auprès de l'entrepreneur directement (imposition unique), au taux progressif applicable aux personnes physiques.

Cela étant, pour les sociétés de capitaux, en l'absence de distribution, les bénéfices des sociétés de capitaux ne supportent que l'impôt sur le bénéfice. Comme les taux marginaux de l'impôt sur le bénéfice des sociétés sont nettement plus bas que ceux de l'impôt sur le revenu, le système conduit à une rétention (thésaurisation) des bénéfices dans la société (« lock-in effect »).

2. Problématique des prestations appréciables en argent

En raison de l'existence d'une double imposition économique des bénéfices réalisés par une société, la tentation est grande pour les actionnaires d'établir leurs rapports avec la société de façon à amoindrir au maximum

cet effet. Typiquement, les actionnaires chercheront à alourdir les charges fiscalement déductibles de la société (salaires, loyers, endettement, etc.) ou à réduire les profits en offrant des prestations à des prix de faveur aux actionnaires ou à leurs proches (taux d'intérêt de faveur, etc.). De son côté, le fiscal vérifie si les rapports entre la société et ses actionnaires (y compris leurs proches) correspondent à ce que des tiers indépendants auraient conclu dans des conditions similaires. En effet, dans la mesure où la société accorde à un actionnaire, ou à une personne le touchant de près, des avantages qu'elle n'aurait pas consentis à des tiers, il s'agit d'une prestation appréciable en argent qui doit être réintégrée dans le bénéfice imposable de la société.

Certes, les actes juridiques conclus entre une société de capitaux et ses actionnaires sont tout à fait valables juridiquement. Les actionnaires peuvent notamment conclure des prêts, des baux, des ventes ou divers contrats de services avec leur société. Toutefois, et le Tribunal fédéral l'a confirmé à de très nombreuses reprises, la société anonyme demeure un sujet de droit indépendant qui est censé rechercher un profit. Une telle entité doit donc établir des relations d'affaires avec ses actionnaires ou d'autres personnes proches dans les mêmes conditions qu'avec des tiers. Cette règle est bien connue sous le terme « principe de pleine concurrence » ou « arm's length principle ».

Selon le Tribunal fédéral, l'existence d'une prestation appréciable en argent suppose la réalisation de quatre conditions cumulatives : (i) la société fait une prestation sans obtenir de contre-prestation correspondante ; (ii) cette prestation est accordée à un actionnaire ou à une personne le touchant de près ; (iii) elle n'aurait pas été accordée à un tiers dans de telles conditions ; (iv) 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.

Les prestations appréciables en argent apparaissent sous forme de frais injustifiés (salaire excessif, paiement d'intérêts disproportionnés, rémunération trop importante pour un service, etc.), d'une comptabilisation insuffisante d'un produit (taux d'intérêt de faveur accordé par la société, contre-prestation inappropriée pour une prestation de la société, etc.), d'une diminution exagérée d'actifs (acquisition d'actifs sans valeur, etc.) ou d'un accroissement de passifs fictifs (prêt fictif, etc.).