

ÉVALUATION DES TITRES NON COTÉS DES SOCIÉTÉS D'AVOCATS – QUESTIONS CHOISIES

ANTOINE BERTHOUD

Avocat, D. E. S. en droit fiscal, Associé de Brüderlein, Berthoud, Martin-du Pan & Dubois-Ferrière, Genève

Mots-clés: impôt sur la fortune, titres non cotés, SA et Sàrl d'avocats

Pour l'évaluation des actions ou parts de sociétés d'avocats en vue de déterminer leur fortune imposable, les juridictions administratives appliquent systématiquement une circulaire de la Conférence suisse des impôts. L'auteur s'interroge sur la légitimité de cette pratique et critique l'inadéquation de certaines règles posées par cette circulaire aux particularités des sociétés de service, et plus spécifiquement des sociétés d'avocats.

I. Introduction

Par un arrêt du 27.8.2020¹, le Tribunal fédéral a confirmé la taxation sur la fortune d'un avocat genevois qui a organisé son étude sous la forme d'une société anonyme et a notamment appliqué de manière stricte, pour l'évaluation de ses actions, les règles fixées par la circulaire N° 28 de la Conférence suisse des impôts (ci-après: Circulaire 28)².

Le dossier soumis à l'examen du Tribunal fédéral comporte deux particularités: la première est que la société a un actionnaire unique; la deuxième est que l'avocat actionnaire n'a prélevé aucun salaire pendant les années précédentes, avec comme conséquence que sa société a réalisé un bénéfice substantiel, qui a fortement impacté la valeur de rendement prise en considération pour l'évaluation de ses actions.

Indépendamment de ces deux particularités, l'arrêt du Tribunal fédéral du 27.8.2020 n'a pas tranché certaines questions importantes, qui méritent quelques développements, et ce d'autant plus que de plus en plus d'études d'avocats sont aujourd'hui organisées sous la forme de sociétés de capitaux.

II. Absence de base légale suffisante? Problématique de la garantie de l'accès au juge

Dans sa jurisprudence constante, résumée dans son arrêt du 27.8.2020, le Tribunal fédéral estime que la LHID ne pose que le principe – obligatoire – de l'estimation de la fortune à sa valeur vénale, mais laisse aux cantons une très large marge de manœuvre pour déterminer celle-ci. Il ajoute, ce qui ressort de l'art. 14 al. 1 LHID, que la valeur de

rendement ne peut être prise en considération que «de façon appropriée», et qu'elle ne saurait justifier n'importe quel écart avec la valeur vénale³.

Le Tribunal fédéral décrit ensuite en détail quelle est la législation applicable pour la période en cause dans le canton de Genève⁴.

Dans la mesure où le principe de la légalité a une importance prépondérante en droit fiscal, il nous paraît intéressant, après avoir donné quelques définitions, de passer brièvement en revue les dispositions en vigueur dans les principaux cantons et de les comparer avec la législation genevoise, avant d'en tirer des conclusions sous l'angle des droits constitutionnels.

1. Définition des différentes notions de valeur utilisées

Dans le contexte de l'évaluation des titres non cotés, plusieurs termes différents sont principalement utilisés dans la jurisprudence et les circulaires administratives:

La valeur vénale (*Verkehrswert*) est définie par le Tribunal fédéral comme «la valeur marchande objective d'un

¹ ATF 2C_866/2019 du 27.8.2020, Revue fiscale 2020 p. 861.

² Instructions concernant l'estimation des titres non cotés en vue de l'impôt sur la fortune, disponibles sur le site www.steuerkonferenz.ch.

³ ATF 2C_866/2019 du 27.8.2020, Revue fiscale 2020 p. 861, consid. 4.1 et réf.

⁴ ATF 2C_866/2019 du 27.8.2020, Revue fiscale 2020 p. 861, consid. 4.2 et 4.3.

actif à un moment donné. Il s'agit de la valeur qu'un acheteur paierait normalement dans des circonstances normales»⁵.

La valeur intrinsèque (*innerer Wert*) se détermine selon le principe de continuation de l'exploitation, à l'aide des formules qui ressortent de la Circulaire 28⁶.

La valeur de rendement (*Ertragswert*) se calcule par la capitalisation du bénéfice net des exercices déterminants à un taux fixé annuellement par l'Administration fédérale des contributions sur la base du marché⁷.

Enfin, la valeur substantielle (*Substanzwert*) correspond à celle des fonds propres de la société, calculés en tenant compte de diverses règles d'estimation de ses actifs et passifs⁸.

La méthode d'évaluation retenue par la Circulaire 28, fondée sur une moyenne pondérée entre valeur de rendement (2×) et substantielle (1×), est qualifiée de méthode des praticiens (*Praktikermethode*)⁹.

2. Législations cantonales relatives à l'estimation des titres non cotés

Nous avons examiné la législation de tous les cantons romands et des principaux cantons alémaniques. Certains ont prévu des règles spécifiques au sujet de l'évaluation des titres non cotés, alors que d'autres se contentent de termes généraux.

A) Valeur vénale

Les cantons de Vaud¹⁰ et Zurich¹¹ ne prévoient aucune règle particulière sur l'évaluation des titres non cotés et se réfèrent uniquement à la valeur vénale (*Verkehrswert*). Dans le canton de Zurich, la circulaire No 22/202 du 1.11.2016 renvoie expressément à la Circulaire 28.

Dans une disposition spécifique relative à l'estimation des titres, le canton de Lucerne ne cite que la valeur vénale (*Verkehrswert*)¹².

La loi de Bâle-Campagne se réfère également exclusivement à la valeur vénale (*Verkehrswert*)¹³, mais sa réglementation d'application renvoie à la Circulaire 28¹⁴. Toutefois, le Conseil d'État est autorisé à réduire de manière appropriée une valeur vénale qui s'écarterait de façon disproportionnée de celle de rendement¹⁵.

B) Valeur intrinsèque

Le canton d'Argovie se réfère à la valeur intrinsèque (*innerer Wert*)¹⁶, et sa réglementation renvoie expressément à la Circulaire 28¹⁷. Toutefois, sa loi prévoit, pour atténuer la double imposition économique, de réduire de 50% la valeur fiscale des titres non cotés¹⁸.

Les cantons de Saint-Gall¹⁹ et Zoug²⁰ se réfèrent, sans réglementation complémentaire, à la valeur intrinsèque (*innerer Wert*).

Le canton de Berne, qui se fonde aussi sur la valeur intrinsèque, permet de tenir compte pour déterminer la valeur de rendement, de «circonstances futures déjà prévisibles à la date déterminante»²¹.

La loi du canton de Bâle-Ville prévoit l'atténuation de la valeur intrinsèque (*innerer Wert*) dans certains cas²²,

mais sa réglementation renvoie purement et simplement à la Circulaire 28²³.

C) Valeur de rendement et substantielle

Les cantons de Soleure²⁴, Schwyz²⁵ et Thurgovie²⁶ se réfèrent, de manière appropriée, à la valeur de rendement et substantielle (*Ertrags- und Substanzwert*).

Plusieurs cantons latins prévoient que les titres non cotés doivent être évalués sur la base de leur «valeur de rendement et intrinsèque»: Fribourg²⁷, Jura (avec une valeur de rendement tenant compte des risques présentés par la société)²⁸, Neuchâtel²⁹, Valais (également avec une valeur de rendement tenant compte des risques présentés par la société)³⁰ et Tessin (*valore di reddito e intrinseco*)³¹. Nous sommes d'avis que les termes «valeur intrinsèque» doivent être compris, dans ces dispositions légales, comme l'équivalent de la valeur substantielle.

Trois de ces cantons prévoient dans leur législation un abattement de la valeur ainsi calculée: Jura (30% de la différence entre valeur vénale et nominale pour les titres non cotés)³², Neuchâtel (abattement de 60% de la valeur fiscale des titres non cotés)³³ et Valais (60% de la valeur fiscale pour les participations qualifiées)³⁴.

D) Législation genevoise relative à l'estimation des titres non cotés

Dans son arrêt du 27.8.2020, le Tribunal fédéral rappelle que, jusqu'en 2009, le droit cantonal genevois prévoyait que l'estimation des titres non cotés se faisait «en fonction

5 ATF 2C_866/2019 du 27.8.2020, Revue fiscale 2020 p. 861, consid. 4.1 et réf.

6 Circulaire 28 ch. 2 § 4.

7 Circulaire 28 ch. 7 à 10.

8 Circulaire 28 ch. 11 à 31.

9 ATF 2C_866/2019 du 27.8.2020, Revue fiscale 2020 p. 861, consid. 4.5.

10 Art. 52 LI-VD, après abrogation de l'article 56 al. 1 LI-VD depuis le 1.1.2003.

11 Art. 39 StG-ZH.

12 Art. 47 al. 2 StG-LU.

13 Art. 46 al. 2 StG-BL.

14 Art. 15 al. 2 StGV-BL.

15 Art. 46 al. 4 StG-BL.

16 Art. 50 StG-AG.

17 Art. 33 StGV-AG.

18 Art. 54 al. 3 StG-AG.

19 Art. 56 al. 1 StG-SG.

20 Art. 39 al. 2 StG-ZG.

21 Art. 49 al. 2 LI-BE.

22 Art. 46 al. 2 StG-BS.

23 Art. 48 al. 1 StGV-BS.

24 Art. 67 al. 2 StG-SO.

25 Art. 44 al. 2 StG-SZ; l'art. 25 StGV se réfère expressément à la Circulaire 28.

26 Art. 46 al. 2 StG; l'art. 13 StGV prévoit une pondération simple entre valeur de rendement et valeur intrinsèque.

27 Art. 57 al. 2 LI-FR.

28 Art. 45 al. 1^{bis} LI-JU.

29 Art. 49 al. 4 LI-NE.

30 Art. 56 al. 3 LI-VS.

31 Art. 45 al. 2 LT-TI.

32 Art. 45 al. 2 LI-JU.

33 Art. 49 al. 4 LI-NE.

34 Art. 56 al. 4 LI-VS.

de la valeur de rendement de l'entreprise et de sa valeur intrinsèque» (art. 5 al. 2 aLIPP-III). Son règlement d'application prévoyait un renvoi exprès à la Circulaire 28 (art. 1 aRIPP-III)³⁵.

Devant statuer sur les impôts de la période 2008, le Tribunal fédéral s'est fondé dans son arrêt du 27.8.2020 exclusivement sur ces dispositions.

Depuis le 1.1.2010, l'article 49 alinéa 2 LIPP se contente de stipuler que «la fortune est estimée, en général, à la valeur vénale». Son règlement d'application ne contient plus aucune disposition relative à l'estimation des titres non cotés.

3. Respect du principe de la légalité

La Circulaire 28 évalue la valeur des sociétés commerciales et de services en principe selon la moyenne pondérée entre leur valeur de rendement, qui est doublée, et leur valeur substantielle simple $[(2V_r + V_s)/3]$ ³⁶. En d'autres termes, la valeur de rendement représente, en principe, les $\frac{2}{3}$ de la valeur estimée.

Il ressort de l'examen ci-dessus que de nombreux cantons précisent dans leur législation que l'évaluation des titres non cotés se fonde sur leurs valeurs de rendement et substantielle. Pour ces cantons, nous sommes d'avis que l'application de la Circulaire 28 repose sur une base légale suffisante.

Il en est de même des cantons qui se réfèrent à la valeur intrinsèque (*innerer Wert*), dans la mesure où, de notre point de vue, ces termes renvoient également à la méthode décrite par cette circulaire.

Est en revanche beaucoup plus problématique le cas des cantons qui ne se réfèrent dans leur législation qu'à la valeur vénale, sans citer la valeur de rendement.

L'article 14 alinéa 1 LHID, qui s'applique de manière impérative à tous les cantons, prévoit que «la valeur de rendement peut être prise en considération de façon appropriée». Pour les commentateurs de la LHID, la Circulaire 28 contient une définition de cette valeur pour les titres non cotés³⁷.

Le Tribunal fédéral considère que, dans le cadre de la marge de manœuvre dont ils disposent, les cantons ne sont pas tenus de prendre en considération la valeur de rendement³⁸. Dès lors, faute de base légale se référant à cette dernière, seule la valeur vénale est applicable.

Dans son commentaire relatif à la Circulaire 28, la Conférence suisse des impôts se réfère à plusieurs décisions de juridictions cantonales, notamment des cantons de Bâle-Campagne et Zurich, dont les lois ne se réfèrent qu'à la valeur vénale.

La décision du 7.11.2014 du Steuergericht de Bâle-Campagne relève que, pour l'estimation de la valeur de titres qui ne sont pas cotés officiellement et qui ne font l'objet d'aucune transaction ou que de peu de transactions, il convient de retenir les principes d'évaluation qui permettent de fixer une valeur de manière fiable. De telles directives ressortent de la Circulaire 28³⁹.

Pour le canton de Zurich, plusieurs décisions du Steuergericht mentionnent simplement que la valeur vé-

nale des titres non cotés s'évalue, conformément à la circulaire de la Direction des finances du 12.11.2010, selon les principes de la Circulaire 28, sauf si une meilleure connaissance de cette valeur l'exige⁴⁰. Aucune de ces décisions ne critique la méthode de calcul utilisée par cette circulaire.

Deux décisions récentes du même Steuergericht considèrent, en se référant à la jurisprudence établie du Tribunal fédéral, que la Circulaire 28 contient une méthode fiable d'évaluation de la valeur vénale⁴¹.

À notre connaissance, le Tribunal fédéral n'a jamais tranché la question de savoir si, lorsqu'un canton renonce dans sa législation à se référer à la valeur de rendement pour l'estimation de la fortune mobilière, il est possible d'appliquer une circulaire qui, à raison des 2/3, est fondée sur celle-ci. Nous sommes d'avis que tel ne peut pas être le cas sans examiner, dans chaque cas concret, si la valeur ainsi calculée correspond réellement à la valeur vénale, qui est la seule valeur déterminante pour ces cantons.

Pour le canton de Genève se pose enfin la question des effets du changement de loi intervenu en 2010, puisque le droit actuel ne se réfère plus à la valeur de rendement et ne mentionne que la valeur vénale⁴². En d'autres termes, est-ce que le canton de Genève dispose aujourd'hui d'une base légale suffisante pour appliquer systématiquement la Circulaire 28, sans examiner dans chaque cas concret si elle permet effectivement de déterminer la valeur vénale? Nous en doutons et considérons que, à tout le moins, cette question devrait être clarifiée par les Tribunaux.

4. Contrôle de l'application de la loi et garantie de l'accès au juge

L'article 29a de la Constitution fédérale garantit l'accès au juge. En droit fiscal, le contrôle de la légalité implique notamment un libre examen par le juge des circulaires de l'Administration.

La Circulaire 28 émane de la Conférence suisse des impôts, qui est une association de droit privé qui regroupe les Administrations fiscales cantonales et l'Administration fédérale des contributions (AFC), avec un comité composé des Directeurs de plusieurs Administrations cantonales ainsi que de représentants de l'AFC⁴³.

³⁵ ATF 2C_866/2019 du 27.8.2020, Revue fiscale 2020 p. 861, consid. 4.2.

³⁶ Circulaire 28 ch. 34.

³⁷ D. DZAMKO-LOCHER/H. TEUSCHER in Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, 3^e éd. 2017, no 5 ad art. 14 StHG.

³⁸ ATF 2C_866/2019 du 27.8.2020, Revue fiscale 2020 p. 861, consid. 4.1 et réf.

³⁹ StGr BL (510 14 47) du 7.11.2014 consid. 2b.

⁴⁰ StRK-ZH ST.2014.9 du 7.4.2014 consid. 2b, ST.2015.35 du 21.10.2015 consid. 2b, 1 ST.2015.43 du 29.5.2015 consid. 1b.

⁴¹ StRK-ZH 2 ST.2018.29 du 30.7.2019 consid. 2b, 2 ST.2017.257 du 18.2.2020 consid. 1bb.

⁴² Art. 49 LIPP-GE.

⁴³ https://www.steuerkonferenz.ch/fr/index.php?La_Conference (consulté le 25.1.2021).

Dans sa jurisprudence relative à celle-ci, le Tribunal fédéral rappelle que «en tant que directive, ladite circulaire ne constitue cependant pas du droit fédéral ou intercantonal, ne crée aucun droit ni aucune obligation et ne lie donc pas le juge»⁴⁴.

La lecture de nombreuses décisions des juridictions de plusieurs cantons (Bâle-Campagne, Genève et Zurich) montre pourtant que celles-ci appliquent la Circulaire 28 comme s'il s'agissait de règles de droit, sans procéder à aucun moment à l'examen de leur conformité avec les dispositions légales applicables (pour ces cantons, avec une référence exclusivement à la valeur vénale sans prise en considération de la valeur de rendement). Ces mêmes décisions considèrent que le Tribunal fédéral a jugé que la Circulaire 28 contient une méthode fiable d'évaluation de la valeur vénale.

Dans sa jurisprudence constante, le Tribunal fédéral estime que «eu égard à la large marge de manœuvre laissée aux cantons en la matière, le Tribunal fédéral ne remet toutefois en cause une évaluation cantonale que dans la mesure des griefs constitutionnels dûment invoqués, et en particulier celui de l'arbitraire»⁴⁵.

Le résultat de cette situation, particulièrement insatisfaisant pour les plaideurs, est que la conformité au droit de la Circulaire 28 n'est jamais examinée de manière approfondie, puisque les juridictions cantonales estiment que ses principes sont validés par le Tribunal fédéral, alors que ce dernier limite son examen à l'arbitraire.

III. Valeur vénale et méthode des praticiens

Dans un article récemment publié, CYRIL SCHAER estime que la méthode des praticiens retenue par la Circulaire 28 est une «pure invention des autorités fiscales» et qu'elle «n'est à juste titre jamais utilisée par les spécialistes du M&A, qui utilisent en général la méthode des multiples de rentabilité ou la méthode des *cash flows* futurs actualisés (DCF)»⁴⁶.

Lorsqu'il dispose d'un pouvoir d'examen plus étendu, le Tribunal fédéral reconnaît la validité d'autres méthodes d'évaluation, notamment celle des *Discounted Cash Flow* (DCF), considérant toutefois que cette dernière n'est pas recommandée pour les petites et moyennes entreprises⁴⁷.

Dans un arrêt relatif à l'impôt sur le bénéfice des personnes morales, le Tribunal fédéral a reconnu que d'autres méthodes peuvent s'appliquer, en particulier lorsque la méthode des praticiens n'aboutit pas à un résultat économique satisfaisant⁴⁸. Dans un autre arrêt statuant sur une prestation appréciable en argent, le Tribunal fédéral a retenu que «en lien avec l'estimation de titres non cotés, cela implique que le Tribunal fédéral revoit librement si la méthode choisie respecte le principe de pleine concurrence. Celui-ci est en particulier violé si l'autorité se fonde exclusivement sur l'estimation qui découle de la méthode des praticiens, sans tenir compte de l'existence de transactions conclues avec des tiers qui sont représentatives de la valeur de la société»⁴⁹.

En procédure administrative, les faits doivent être établis d'office par l'autorité et/ou le Tribunal, qui peuvent avoir recours, comme moyen de preuve, à l'expertise⁵⁰. Une telle procédure n'est, s'agissant de l'impôt sur la fortune et de l'évaluation des titres non cotés, jamais appliquée à notre connaissance.

Dans son arrêt du 27.8.2020, le Tribunal fédéral rappelle sa jurisprudence selon laquelle «la valeur de rendement ne peut, le cas échéant, être prise en considération que «de façon appropriée» (art. 14 al. 1 LHID). Elle ne saurait justifier n'importe quel écart avec la valeur vénale»⁵¹. Il est pour le moins choquant que l'existence d'un tel écart n'ait pas même été examiné pour une SA ayant un unique actionnaire et salarié avocat, dont la valeur de rendement a été fixée à 16 251 009 CHF?

Toujours dans le même arrêt, le Tribunal fédéral rappelle que la Circulaire No 28 est «reconnue, de jurisprudence constante, comme présentant en général une méthode adéquate et fiable pour l'estimation de la valeur vénale des titres non cotés en bourse», mais «n'exclut toutefois pas que d'autres méthodes d'évaluation reconnues puissent, isolément, s'avérer appropriées»⁵².

Même en limitant son examen à l'arbitraire, le Tribunal fédéral n'aurait-il pas dû constater que le résultat de l'application de la méthode des praticiens, qui fixait la valeur des titres litigieux à 8125 500 CHF, n'est pas seulement «élevé», mais permet de douter de l'adéquation de celle-ci, au point que la cause doive être renvoyée à l'instance cantonale pour qu'elle instruisse de manière complémentaire le dossier et complète l'état de faits? Malheureusement, le recourant n'avait, d'après le Tribunal fédéral, pas démontré en quoi l'évaluation litigieuse serait arbitraire, et, très vraisemblablement, pas invoqué un établissement incomplet des faits (art. 105 LTF).

IV. Spécificités à prendre en compte pour les études d'avocats organisées sous forme de sociétés de capitaux?

Se référant à un jugement du *Steuergericht zurichoïse*⁵³, le commentaire de la Circulaire 28 retient que «Les études d'avocats organisées en tant que personnes morales

44 ATF 2C_866/2019 du 27.8.2020, Revue fiscale 2020 p. 861, consid. 4.4 et réf.

45 ATF 2C_866/2019 du 27.8.2020, Revue fiscale 2020 p. 861, consid. 4.1 et réf.

46 C. SCHAER, Impôt sur la fortune: l'estimation des titres, Question de droit No 121 p. 3, p. 6.

47 ATF 136 III 209 consid. 6.2.5.

48 ATF 2C_309/2013 et 2C_310/2013 du 18.9.2013 consid. 3.6.

49 ATF 2C_1082/2013 et 2C_1083/2013 du 14.1.2015, Revue fiscale 2015 p. 432, consid. 5.5.

50 En droit fédéral: art. 12 PA; en droit genevois: art. 20 LPA-GE.

51 ATF 2C_866/2019 du 27.8.2020, Revue fiscale 2020 p. 861, consid. 4.1 et réf.

52 ATF 2C_866/2019 du 27.8.2020, Revue fiscale 2020 p. 861, consid. 4.4 et réf.

53 StRK-ZH 1 ST.2014.46 du 22.4.2015 consid. 3.c.c.c.

doivent être qualifiées de sociétés de service. Le chiffre 34 des Instructions, applicable dès lors, exige ainsi que la valeur de rendement soit incluse dans le calcul. La transmissibilité restreinte des droits de participation est uniquement à prendre en considération dans le cadre de la déduction forfaitaire selon le chiffre 61. Une politique spéciale de salaires et de dividendes n'aurait également aucune influence sur les principes de l'estimation. Par ailleurs, les règles de base n'interdisent pas aux avocats de créer un goodwill dans leur société.»

Chacune de ces phrases mérite quelques commentaires.

A) Sociétés de service et forts liens personnels avec l'actionnaire unique ou majoritaire

D'une manière générale, la Circulaire 28 préconise l'application de la même et unique méthode d'évaluation pour toutes les sociétés actives, que ce soit dans le domaine de l'industrie, de l'artisanat, de la construction, du commerce ou des services.

De notre point de vue, cette absence de différenciation aboutit à des résultats peu satisfaisants, voire choquants, sous l'angle économique, particulièrement pour les activités de services, dont la capacité à générer du bénéfice repose essentiellement sur la personnalité des détenteurs de droits de participation (avocats, médecins, etc.).

Certes, le commentaire de la Circulaire 28 admet, en cas de forts liens personnels, de calculer la valeur des titres en pondérant de manière simple valeur de rendement et valeur substantielle, à condition que «la création de la valeur de l'entreprise résulte seule de l'actionnaire unique ou majoritaire. Ainsi, les seules aides auxquelles il peut bénéficier d'éventuels collaborateurs doivent se limiter aux tâches administratives et logistiques»⁵⁴.

Cette dernière restriction exclut clairement la mise au bénéfice de ce calcul de toutes les études qui emploient des avocats collaborateurs, voire même des avocats-stagiaires. De notre point de vue, et sous réserve de la preuve de la constitution du véritable *goodwill*, question qui sera discutée plus amplement ci-dessous, l'existence de forts liens personnels doit être systématiquement reconnue pour les études d'avocats organisées sous forme de sociétés de capitaux.

Le risque de perte pour l'entreprise en cas de départ ou de décès de son animateur principal (*key person risk*) mériterait par ailleurs d'être mieux reconnu dans l'évaluation de ses titres. Ce risque est incontestable dans la profession d'avocat. De notre point de vue, deux approches, cumulatives, sont possibles:

- inverser la formule usuelle et retenir une évaluation calculée sur la base d'une seule fois la valeur de rendement et deux fois la valeur substantielle: $[(Vr + 2Vs)/3]$ au lieu de $[(2Vr + Vs)/3]$;
- majorer le taux de capitalisation servant à calculer la valeur de rendement pour tenir compte d'un risque plus élevé.

Plus généralement, la pratique devrait reconnaître l'application de taux de capitalisation différenciés en fonction du secteur d'activité de l'entreprise.

B) Transmissibilité restreinte des droits de participation

Dans un arrêt de principe du 15.12.2017, le Tribunal fédéral a statué que la LLCA prescrit, pour garantir le respect de l'indépendance et du secret professionnels, que seuls des avocats inscrits à un registre cantonal peuvent détenir les droits de participation d'une société d'avocats⁵⁵.

Dans le domaine des services, d'autres métiers ne connaissent pas de telles restrictions (p. ex. les médecins). Se pose dès lors la question de savoir si l'absence d'un marché ouvert et libre doit être prise en compte dans la détermination de la valeur vénale des titres.

Nous sommes d'avis que tel doit être le cas, et ce d'autant plus que l'acquéreur d'une participation dans une société d'avocats y sera nécessairement actif, et donc investit dans son futur outil de travail, dont la rentabilité dépendra de la qualité de ses propres services. Dans ce contexte, une évaluation des titres fondée essentiellement sur la capitalisation des résultats passés se trouve très éloignée des éléments effectivement pris en considération par l'acquéreur, et par conséquent, le marché.

En pratique, le respect des règles de la LLCA implique fréquemment la conclusion d'une convention d'actionnaires qui, notamment, fixe les conditions d'entrée et de sortie des nouveaux associés. La prise en compte de ces conventions sera discutée plus amplement ci-dessous.

Plus généralement se pose aussi la question de la légitimité de la soumission de l'outil de travail à l'impôt sur la fortune, qui constitue en réalité la source des revenus du contribuable⁵⁶.

C) Politique spéciale de salaires et de dividendes

Dans son arrêt du 27.8.2020, le Tribunal fédéral a clairement retenu que les détenteurs de droits de participation ne peuvent pas se plaindre des choix qu'ils ont faits en matière de salaires⁵⁷.

Nous pouvons difficilement critiquer notre Haute Cour sur ce point, même si nous sommes conscients que, dans de nombreuses études d'avocats, la rémunération des associés dépend de facteurs complexes qui peuvent fortement impacter le bénéfice de l'exercice, déterminant pour calculer la valeur de rendement.

En pratique, l'analyse fiscale de la distribution d'un salaire ou d'un dividende se fait fréquemment en ne prenant en compte que les charges frappant un revenu (pour un salaire: AVS + impôt sur le revenu; pour un dividende: impôt sur le bénéfice et sur le revenu après, le cas échéant, réduction pour participation déterminante).

⁵⁴ Commentaire p. 11.

⁵⁵ ATF 144 II 147.

⁵⁶ X. OBERSON, Droit fiscal suisse, 4^e éd. Genève 2012 p. 199 s.

⁵⁷ ATF 2C_866/2019 du 27.8.2020, Revue fiscale 2020 p. 861, consid. 6.2.4.

Il nous paraît indispensable d'intégrer dans ces calculs la composante de l'impôt sur la fortune. Avec un taux de capitalisation actuel de 7%, un bénéfice annuel moyen de 100 000 CHF induit une valeur de rendement de 1428 571 CHF. Si la même société dispose d'un capital de 100 000 CHF et d'une réserve légale de 50 000 CHF après distribution systématique des bénéfices sous forme de dividendes, la méthode des praticiens aboutit à une évaluation de ses titres à 1035 714 CHF $[(2 \times 1428 571 + 250 000^{58})/3]$. Avec un taux d'imposition sur la fortune à Genève de près de 1%, la charge fiscale est supérieure à 10 000 CHF, ce qui représente 10% du bénéfice réalisé annuellement par la société, qui n'est aujourd'hui taxé qu'à hauteur de 14%!

D) *Goodwill*

Dans la théorie de l'évaluation des entreprises, la valeur de rendement appréhende essentiellement sa valeur immatérielle, notamment celle de sa clientèle (*goodwill*)⁵⁹.

Si le commentaire de la Circulaire 28 relève que rien n'interdit aux avocats de créer un *goodwill* dans leur société, tel n'est, de notre point de vue, pas automatiquement le cas.

À notre avis, ce n'est au contraire que dans des cas exceptionnels qu'une étude dispose d'une valeur d'identité propre indépendamment des avocats qui la composent. On peut penser ici à quelques études de très grande envergure et qui ont une réelle empreinte sur le marché, presque assimilable à une marque.

Dans la grande majorité des cas, c'est au contraire la notoriété personnelle des associés qui constitue la véritable valeur de la clientèle. Comme elle leur est indissociablement liée et qu'elle s'éteint pour la société d'avocats avec le départ ou le décès de ces derniers, une prise en considération d'un *goodwill* pour l'évaluation de cette dernière est, pour le moins, discutable.

En droit fiscal, un principe général de procédure veut qu'il appartient à l'autorité fiscale de démontrer tout ce qui augmente le montant de la créance d'impôts. Une bonne application des règles sur le fardeau de la preuve consisterait à retenir que, si le fisc ne démontre pas l'existence d'un *goodwill* indépendamment de la personnalité des associés, sa valeur ne peut pas être retenue dans le cadre de l'évaluation des titres de la société d'avocats au sein de laquelle ils travaillent.

V. Absence de prise en considération des conventions d'actionnaires

Des conventions d'actionnaires contenant en particulier des clauses contraignantes sur la fixation du prix de cession des actions ou parts sociales, renforcées par un droit d'emption et/ou de préemption, sont très fréquentes en pratique, notamment au sein des sociétés d'avocats.

La circulaire 28 prévoit à ses ch. 2 al. 4 et 61 al. 2 que «les contrats de droit privé, comme par exemple les conventions d'actionnaires qui restreignent la transmissibilité des titres, restent sans influence sur l'estimation des

titres». Son commentaire se réfère à plusieurs décisions de juridictions cantonales, dont la motivation sera discutée ci-dessous.

De son côté, le Tribunal fédéral a rendu deux arrêts apparemment contradictoires, dont la motivation mérite également d'être discutée plus amplement. Dans le premier, il a considéré que des conventions d'actionnaires ou d'autres liens de droit civil (p.ex. mariage) doivent être pris en compte pour savoir si le contribuable exerce ou non une influence sur les décisions de la société et peut ainsi revendiquer un abattement pour actionnaire minoritaire⁶⁰. Dans le deuxième arrêt, très récent, le Tribunal fédéral a retenu que, pour des actions acquises à un prix de faveur par un salarié, le prix fixé par une convention d'actionnaires n'est pas déterminant pour calculer l'impôt sur la fortune, mais doit être pris en compte pour calculer la valeur effective des titres acquis en vue de taxer le revenu⁶¹.

A) *Risque de modification ou d'annulation des conventions d'actionnaires*

Le *Steuergericht* zurichois justifie en premier lieu sa position par le fait que les conventions d'actionnaires peuvent être modifiées ou annulées à n'importe quel moment⁶².

De notre point de vue, ce risque ne justifie pas à lui seul de ne pas tenir compte des conventions d'actionnaires. Le Tribunal fédéral estime que de telles conventions sont opposables au contribuable pour considérer qu'il ne peut pas bénéficier d'un abattement pour actionnaire minoritaire⁶³. Si ces conventions n'ont réellement aucune influence pour fixer l'impôt sur la fortune, ce principe doit aussi valoir en faveur du contribuable!

Conformément au principe de la périodicité, la fortune doit être évaluée sur la base de sa valeur à la fin de la période fiscale ou de l'assujettissement (art. 17 al. 1 LHID). L'annulation ou la modification d'une convention d'actionnaires ne peut prendre effet que pour l'avenir, et ne pas la reconnaître par crainte d'un changement revient, à titre préventif, à appliquer une forme de rétroactivité. C'est pourtant en constatant l'impossibilité de revenir sur les taxations antérieures que le Tribunal fédéral motive son refus de prendre en considération les conventions d'actionnaires⁶⁴, ce qui revient, de notre point de vue, à présumer une volonté d'abus de la part des contribuables.

⁵⁸ Pour les sociétés qui clôturent leurs comptes le 31 décembre, le dividende décidé n'est pas déductible de la valeur substantielle – Circulaire 28 ch. 11.2.

⁵⁹ C. HELBLING, L'évaluation d'entreprises, Théorie et pratique, 3^e éd., Berne 1995, ch. 124 p. 68.

⁶⁰ ATF 2C_450/2013 du 5.12.2013, Revue fiscale 2013 p. 216, consid. 3.4.

⁶¹ ATF 2C_1057/2018 du 7.4.2020 consid. 8.3.

⁶² StRK-ZH 1 ST.2014.9 du 7.4.2014 consid. 3.c.bb.

⁶³ ATF 2C_450/2013 du 5.12.2013, Revue fiscale 2013 p. 216, consid. 3.4.

⁶⁴ ATF 2C_1057/2018 du 7.4.2020 consid. 8.3.

Ce risque d'abus peut facilement être encadré. Faisant usage de la marge de manœuvre qui leur est laissée par le droit fédéral, les cantons de Berne⁶⁵ et Fribourg⁶⁶ admettent, dans des pratiques publiées et sous certaines conditions, de prendre en considération les conventions d'actionnaires. Dans les deux cas, les actionnaires concernés doivent demander un ruling et s'exposent à des rappels d'impôts si la convention n'est pas effectivement appliquée.

Nous ne pouvons qu'approuver cette approche et encourager les Autorités fiscales de tous les cantons à adopter une pratique similaire.

B) Évaluation objective ou subjective?

Dans une autre procédure, le *Steuergericht* zurichois a traité de l'évaluation d'actions d'une société comportant 50 actionnaires et ayant enregistré plus de 400 transactions à leur valeur substantielle pendant plus de 25 ans. Constatant que l'existence d'un droit d'emption rend en pratique impossible l'existence d'un libre marché sur les actions et que l'évaluation de la fortune doit se faire selon des critères objectifs, le tribunal a considéré que la valeur qui peut être subjectivement obtenue par le contribuable n'est pas déterminante. Celle fondée sur la Circulaire 28, excluant la prise en considération de la convention d'actionnaires, lui est apparue, au contraire, comme conforme au droit⁶⁷.

La définition de la valeur vénale donnée par le Tribunal fédéral a déjà été rappelée ci-dessus («valeur marchande objective d'un actif à un moment donné. Il s'agit de la valeur qu'un acheteur paierait normalement dans des circonstances normales»)⁶⁸.

Le terme «objectif» utilisé exclut-il, comme le soutient le *Steuergericht* zurichois, de tenir compte des conventions d'actionnaires?

De notre point de vue, celui-ci signifie seulement que n'est pas déterminant le prix que le vendeur souhaite obtenir, mais celui que l'acheteur est prêt à payer. En aucun cas la notion de valeur vénale exclut la prise en compte des conventions d'actionnaires, qui sont intégrées dans l'évaluation faite par tout acquéreur potentiel auquel elles seraient opposables, dans l'hypothèse, très fréquente, d'une obligation d'en faire reprendre les clauses par tout nouvel actionnaire.

Concrètement, qui serait prêt à acquérir à leur valeur de rendement des titres tout en sachant qu'il prend le risque d'exercice d'un droit d'emption ou de préemption à la valeur substantielle? De notre point de vue, il n'y a pas de raison de faire abstraction du contrôle sur les prix exercé par les autres détenteurs des droits de participation de la société.

Il faut enfin rappeler qu'en Suisse, l'importance économique des PME est régulièrement soulignée. L'arrivée d'un actionnaire hostile présente, pour de telles entreprises, des risques importants de survie. Dès lors, la conclusion de conventions d'actionnaires répond à un intérêt général évident et ne devrait pas être découragée par l'absence de leur prise en considération par les autorités fiscales.

Nous estimons, pour toutes ces raisons, que la valeur vénale objective de titres non cotés doit tenir compte des conventions d'actionnaires valablement conclues.

C) *But de l'impôt sur la fortune*

Le Tribunal fédéral estime enfin que les conventions d'actionnaires ne peuvent pas être prises en considération, parce que le but de l'impôt sur la fortune est de constituer une charge supplémentaire récurrente du «revenu fondé» («*wiederkehrende Mehrbelastung des fundierten Einkommens*»), c'est à dire de celui qui découle de cet actif, et qu'une restriction de disposer des actions n'a aucune incidence sur leur potentiel de revenu⁶⁹.

La doctrine, rappelant le rôle historique de l'impôt sur la fortune, qui préexistait à l'imposition du revenu, parle plutôt d'un impôt complémentaire permettant d'appréhender:

- des biens qui ne rapportent pas ou très peu de revenus, devenant ainsi un impôt sur la substance⁷⁰;
- certains éléments du patrimoine qui échappent à l'impôt sur le revenu, comme les gains en capital⁷¹.

Dans cette perspective, et pour éviter une double imposition, la valeur de rendement des titres non cotés devrait tenir compte, comme facteur réducteur, des distributions de dividendes frappées de l'impôt sur le revenu.

En réalité, la Circulaire 28 n'en tient compte qu'en défaveur du contribuable, en retenant qu'il ne peut pas bénéficier d'un abattement pour actionnaire minoritaire lorsqu'il reçoit un dividende «convenable»⁷².

Le cumul de l'imposition des bénéfices réalisés par les sociétés de capitaux, par la prise en considération majoritaire de la valeur de rendement dans le cadre de l'impôt sur la fortune, suivie de la taxation, même réduite des dividendes versés comme revenus, nous paraît poser un problème de cumul d'imposition qui pourrait être contraire à la garantie de la propriété, qui interdit une imposition confiscatoire⁷³.

VI. Conclusions

L'évaluation des titres non cotés, en particulier de sociétés actives dans le domaine des services, comme les sociétés d'avocats, pose de très nombreuses questions, dont

⁶⁵ TaxInfo – Estimation des titres en présence d'une convention d'actionnaires, version du 25. 4. 2019.

⁶⁶ Pratique applicable pour certains cas d'estimation de titres non cotés du SCC.

⁶⁷ StRK-ZH 1 ST.2015.35 du 21. 10. 2015 consid. 2. d.bb.

⁶⁸ ATF 2C_866/2019 du 27. 8. 2020, Revue fiscale 2020 p. 861, consid. 4.1 et réf.

⁶⁹ ATF 2C_1057/2018 du 7. 4. 2020 consid. 8.3.

⁷⁰ F. ZUPPINGER, Grundstückgewinn- und Vermögenssteuer, Archives 61 309, p. 324; E. HÖHN; R. WALDBURGER, Steuerrecht Band I, 8^e éd. Berne 1997 p. 379.

⁷¹ X. OBERSON, Droit fiscal suisse, 4^e éd. Genève 2012 p. 199.

⁷² Circulaire 28 ch. 63.

⁷³ Art. 36 Cst.

seules quelques-unes ont été abordées ici. D'une manière générale, les spécificités de ce secteur ne sont pas suffisamment prises en compte par la Circulaire 28, qui ne propose qu'une seule méthode pour toutes les entreprises.

Alors que le Tribunal fédéral estime que la LHID laisse une très large marge de manœuvre en matière d'évaluation de la fortune, rares sont les cantons qui dérogent à l'application stricte de la Circulaire 28, que ce soit par un abattement forfaitaire inscrit dans la loi ou par une pratique publiée, notamment de reconnaissance des conventions d'actionnaires. Nous ne pouvons que le regretter, surtout dans les cantons romands, dans lesquels le taux de

l'impôt sur la fortune est élevé au regard de la moyenne suisse.

Se pose enfin la question d'une modification de la législation et de l'exonération de l'outil de travail, qui fait notamment l'objet d'une initiative parlementaire déposée au Conseil national le 15.12.2017, et qui n'a pas encore été traitée par ce dernier⁷⁴.

⁷⁴ Initiative parlementaire de FATHI DERDER No 17.522.

Rino Siffert

Das Handelsregister Art. 927 – 943 OR



- › **Weniger Formvorschriften für Gesellschaften**
- › **Modernisierung des Handelsregisters**

Berner Kommentar, 326 Seiten, gebunden, Januar 2021, CHF 228.–

978-3-7272-0775-4

Preisänderungen und Irrtümer vorbehalten



Bestellen Sie direkt online:
www.staempflishop.com

Stämpfli
Verlag