

RESPONSABILITÉ FISCALE DES ADMINISTRATEURS

(Résumé libre de la conférence, par Vincent Tattini)

Philippe Joerg, *Berney & Associés*

En matière de fiscalité, la pratique fait état d'une forte augmentation des cas de responsabilité solidaire des administrateurs.

Du point de vue fiscal, les administrateurs sont solidairement responsables du paiement de l'impôt en cas de liquidation ou de transfert du siège de la société à l'étranger. Si, en théorie, la question est assez simple, il n'est pas toujours évident en pratique de savoir quand un cas de liquidation au sens de la loi fiscale se présente, ni quand il faut effectivement payer ces impôts.

La crise économique des dernières années, ainsi que l'augmentation des liquidations, l'abandon de l'exigence d'avoir une majorité d'administrateurs suisses dans les conseils d'administration et le manque de qualification de certains administrateurs, sont autant d'éléments à l'origine de l'augmentation très nette des cas de responsabilité constatés dans ce domaine. De plus, les autorités fiscales vont toujours chercher l'argent là où elles peuvent l'atteindre. Ainsi, si la responsabilité solidaire d'un administrateur peut être actionnée, les autorités fiscales ne se tourneront pas vers l'actionnaire domicilié à l'étranger.

Les bases légales figurent dans les lois qui règlent les impôts sur le bénéfice et sur le capital, dans la loi sur la TVA et dans la loi sur l'impôt anticipé. Les textes de loi, plus ou moins similaires, arrêtent que « *Lorsque prend fin l'assujettissement d'une personne morale (liquidation / transfert de siège / réalisation d'un immeuble), la responsabilité solidaire des personnes chargées de l'administration et de la liquidation pour les impôts dus par la société peut être engagée* ». Il s'agit ainsi d'une responsabilité de garantie. Autrement dit, dans la mesure où c'est l'administrateur qui liquide, il a le pouvoir de disposer des biens et des liquidités de la société. A ce titre, s'il ne prend pas des dispositions pour que les impôts soient acquittés, il en portera la responsabilité.

Donc l'administrateur qui ignore qu'il est tenu de retenir l'impôt anticipé et que l'excédent de liquidation est versé en totalité à l'actionnaire étranger devient solidairement responsable du paiement de cet impôt. Cette responsabilité est évidemment subsidiaire.

Compliqué ?

En cas de liquidation effective, pas de surprise. Le registre du commerce indique la mention « société X SA, *en liquidation* ».

Les choses sont plus compliquées en cas de liquidation de fait, à savoir lorsqu'une société met fin à son activité, qu'elle rend ses actifs totalement liquides, puis ne fait plus rien. Dans une telle hypothèse, l'Administration fédérale des contributions considère qu'il s'agit potentiellement d'une liquidation

de fait et, si la société ne dispose plus des capitaux suffisants pour payer les impôts, la responsabilité solidaire de l'administrateur est engagée.

Le même raisonnement s'applique au transfert de siège effectif. Lorsqu'une société déplace son siège, son inscription au registre du commerce est radiée. Il n'y a pas de problème.

En cas de transfert de siège de fait, la question se complique. C'est le cas lorsqu'il n'y a pas de transfert de siège de la société auprès du registre du commerce. La société reste établie au même domicile, alors que sa direction effective est déplacée, de sorte que la direction est désormais exercée depuis l'étranger. Si les autorités fiscales prennent connaissance de ce déplacement du centre de décision, elles sont susceptibles de prélever l'impôt qui serait dû en cas de transfert de société. En pratique, la société qui a déplacé son siège effectif en France est taxée par les autorités françaises. Les autorités suisses vont réagir et prendre connaissance de la taxation par les autorités françaises, et elles en inféreront qu'un transfert de siège a été effectué. En conséquence, la société est redevable de l'impôt anticipé sur toutes les réserves qui auront été transférées en France.

A noter que la responsabilité de l'administrateur ne porte que sur les impôts dus par la société, plus les intérêts, plus les frais de procédure sur le produit de la liquidation.

Cas 1 :

Administrateur genevois d'une société basée à Genève. Actionnaire domicilié à Buenos Aires, Argentine. Activité de *trading* de café très profitable jusqu'en 2009. En 2009, la société perd deux gros contrats et cesse son activité. La société dispose de liquidités abondantes. L'actionnaire prévoit de se lancer dans une nouvelle affaire et demande à l'administrateur de lui transférer les liquidités sous forme de prêt. Les autorités fiscales, constatant que la société ne faisait plus de chiffre d'affaires, en a conclu qu'elle avait été liquidée. L'administration fiscale a taxé la société. Toutes les réserves ayant été transférées à l'actionnaire, l'administrateur a demandé à l'actionnaire de rembourser la société. L'actionnaire n'a pas été en mesure de la rembourser. L'administrateur a été tenu personnellement responsable. Il n'a pas pu payer tout le montant dû, mais il est quand même tenu responsable.

Cas 3 :

Administrateur suisse. Actionnaire à l'étranger. En 2006, fin de l'activité, alors que la société détient de nombreuses liquidités. L'argent est réinvesti en placements dans un portefeuille avec la volonté de constituer une société financière. En 2010, l'actionnaire vend la société à un acheteur. Jusque-là, tout s'est bien passé et les autorités fiscales considèrent alors que la société est liquidée. L'activité a été arrêtée et les liquidités ont été réinvesties dans des valeurs facilement réalisables. Puis, dans un second temps, la société, qui ne disposait que de liquidités en portefeuille de titres, a été vendue. Les autorités

fiscales considèrent que la société a été liquidée dans la mesure où il s'agit de la vente d'un manteau d'actions.

Concrètement, ce qui s'est produit, c'est que le vendeur a voulu éviter les frais de liquidation et que l'acheteur a voulu éviter de constituer une société.

Les autorités fiscales considèrent que, même si la structure a perduré, il y a eu liquidation et reconstitution, de sorte que le prix de vente obtenu par l'actionnaire pour cette société est considéré comme un bénéfice de liquidation soumis à l'impôt anticipé de 35%. L'administrateur, qui est devenu liquidateur de fait, aurait dû retenir l'impôt anticipé. Il est tenu pour responsable solidaire de ce paiement.

Cas 4 :

L'administrateur n'a plus de nouvelles de la société depuis trois ans, il y a eu des taxations de l'actionnaire et des taxations d'office. L'administrateur démissionne et demande au registre du commerce de radier son adresse comme siège de la société. Le registre du commerce procède à la radiation. Les autorités fiscales prennent connaissance de la radiation et considèrent que la société a été liquidée. L'administrateur a été recherché pour le paiement de l'impôt qui était dû.

Signaux de danger :

- i) réduction, fin d'activité ;
- ii) chiffre d'affaires en déclin ;
- iii) réserves ouvertes, pas de distribution de dividendes, alors que les comptes de la société font état de bénéfices importants;
- iv) placements à l'étranger ;
- v) prêt à l'actionnaire.

Tout administrateur devrait prendre les mesures suivantes au moment de sa nomination:

- i) créances de TVA ;
- ii) créances d'impôt ;
- iii) créances d'AVS.

Excursus : en cas d'apport en capital avec agio, ces apports pourront être redistribués aux actionnaires sans impôt anticipé, mais il faudra prendre des mesures avant le 30 juin 2012. Si l'on tisse un parallèle avec ce qui précède, les apports restitués à l'actionnaire sous cette forme-là ne pourront pas faire l'objet d'un impôt chez les administrateurs.
