

Droits de mutation

Un récent arrêt du Tribunal administratif du canton de Vaud¹ a suscité quelques réactions que nous vous soumettons ici.

Transfert à titre onéreux?

*Danielle Axelroud Buchmann,
expert-fiscal diplômé, consultante indépendante,
Grandvaux/Lausanne*

Dans son arrêt du 30 décembre 1998, le Tribunal administratif du canton de Vaud a dû se prononcer sur l'opportunité de prélever l'impôt sur les mutations immobilières dans le cadre d'une fusion par absorption de trois fondations, toutes trois vouées à la prévoyance professionnelle. La fondation absorbante est une caisse de pension proprement dite, remplissant les obligations découlant de son but statutaire vis-à-vis des assurés. Quant aux deux fondations absorbées, il s'agit de fondations d'investissement, auxquelles la gestion d'un patrimoine immobilier a été confiée au profit exclusif de la caisse de pension absorbante. Les deux fondations d'investissement n'ont aucune obligation directe par rapport aux assurés.

La question centrale à laquelle le Tribunal administratif a dû répondre dans son arrêt est celle du caractère onéreux du transfert des immeubles détenus jusqu'ici par les fondations d'investissement dans le patrimoine de la fondation absorbante.

Cette question n'a à ma connaissance jamais été examinée par le Tribunal fédéral. Cependant, celui-ci s'est prononcé à plusieurs reprises sur le caractère onéreux de transferts de titres lors de fusions. Tout comme le droit de mutation, le droit de timbre de négociation est un impôt indirect frappant le transfert de propriété à titre onéreux. Le parallèle de l'art. 13, al. 1 de la loi

fédérale sur les droits de timbre et de l'art. 2 LMSD dans leur formulation est flagrant. D'ailleurs, dans son arrêt du 28 juin 1996 (Archives 65, 675ss) le TF s'appuie sur la pratique en vigueur en matière de droit de mutation pour trancher un point de détail dans le cadre du droit de timbre de négociation. Il est donc tout à fait légitime de se prévaloir de la pratique du TF en matière de timbre de négociation pour clarifier la question qui nous préoccupe ici.

Dans l'arrêt cité ci-dessus, nous avons affaire à une concentration de deux établissements de droit public par reprise de l'ensemble de leurs actifs et passifs par un troisième établissement nouvellement créé. La situation de fait est comparable au cas d'espèce. Le TF se réfère à un arrêt précédent (du 22 décembre 1982, publié dans Archives 52, 374ss) et conclut que les titres, détenus jusqu'alors par l'un des établissements absorbés et repris par le nouvel établissement, ont fait l'objet d'un transfert à titre onéreux. En effet, avec les actifs, le nouvel établissement a repris à son compte les obligations de l'établissement absorbé envers des tiers. C'est dans la reprise des dettes envers des tiers – et d'eux seuls – que consiste le caractère onéreux de la transaction. Cette précision est donnée expressément par le TF (Archives 52, 382, cons. 7).

Le TF est très clair: lors d'une fusion de sociétés, par exemple, il y a deux niveaux de compensation.

a) Les actionnaires de la société absorbée reçoivent en compensation de leurs titres des actions de la société absorbante (dans le cas d'une fusion par combinaison). Seuls les actionnaires participent à cet échange d'actions. Dans le cas d'une fusion par absorption d'une filiale par sa mère, il n'y a pas de compensation, car les droits spécifiques de l'actionnaire s'éteignent du fait de la fusion.

b) En revanche, c'est la société même qui détient la propriété transférée (ici, entre autres, des

tires). Par conséquent, il est exclu de pouvoir considérer les actions données en échange aux actionnaires comme une contre-prestation en compensation de biens qui ne leur appartiennent pas (Archives 52, 380, cons. 6).

La compensation que la société absorbante offre à la société absorbée en échange des actifs transférés, ce sont les obligations de celle-ci envers des tiers, qu'elle reprend à son compte. C'est en cela, et en cela seulement que consiste le caractère onéreux de la transaction. C'est exactement le sens de l'expression «à titre onéreux»: *sous la condition d'acquitter une charge, une obligation* (Le Petit Robert). Ce terme ne peut pas s'appliquer à des obligations qui s'éteignent du fait d'une transaction.

Dans le cas soumis au Tribunal administratif vaudois, il faudrait examiner si, outre les engagements envers la caisse de pension paraissant à leur bilan, les fondations d'investissement avaient d'autres obligations, envers des tiers, qui auraient été reprises par la caisse de pension absorbante au cours de la fusion. De l'existence de telles obligations – envers des tiers – dépend à mon avis le caractère onéreux du transfert des immeubles. Si la caisse de pension n'a repris au-

cune obligation envers des tiers, le transfert des immeubles ne peut pas être frappé du droit de mutation. Mais qu'en est-il si les obligations envers des tiers reprises par la caisse de pension ne représentent qu'un montant dérisoire? Le caractère onéreux du transfert des immeubles est donné, mais faut-il à ce moment prélever le droit de mutation sur la valeur intégrale des immeubles, comme le prévoit l'art. 6 LMSD? Cette solution ne satisfait pas.

On pourrait par ailleurs se demander si le transfert de biens irrévocablement voués à un but statutaire, comme c'est le cas ici, à une autre institution poursuivant les mêmes buts, par le biais d'une fusion ou d'une liquidation, n'a pas, de par sa nature même, un caractère gratuit. A mon avis, un tel transfert pourrait être considéré comme un cas d'application d'une clause de retour en cas de prédécès du donataire (art. 247 CO)². Le caractère gratuit d'un transfert de propriété dû à l'application d'une clause de retour ne fait aucun doute. Le législateur vaudois l'a bien vu et éprouvé le besoin d'exempter expressément un tel transfert de l'impôt sur les donations³. Cette approche aurait l'avantage de permettre l'application de l'art. 7 LMSD en cas de reprise par la caisse de pension d'obligations envers des tiers sans aucun rapport avec la valeur des immeubles transférés. Le caractère gratuit du transfert des biens à une institution poursuivant des buts similaires étant admis par principe, le cas échéant une transaction mixte pourrait être soumise à l'impôt, ceci sur la base des prestations effectives échangées à titre onéreux, à savoir, les prétentions envers des tiers reprises par l'institution absorbante.

¹ Arrêt du 30 décembre 1998, publié dans la Revue fiscale n° 6/1999, p. 421ss.

² Le terme de *Stiftungskapital* indiqué dans l'un des bilans des fondations d'investissement, et le fait que le même montant apparaît en tant que créance dans le bilan de la caisse de pension laisse à penser que celle-ci est la fondatrice des fondations d'investissement.

³ Ce qui, à mon avis, n'était en soi pas nécessaire: en effet, en droit fiscal vaudois, la donation se caractérise par trois éléments: un acte d'attribution, à titre gratuit, procédant d'une intention libérale. Si la gratuité d'un transfert de propriété dû à l'application d'une clause de retour ne fait pas de doute, l'absence d'une intention libérale est évidente. Toute transaction à titre gratuit n'est pas une donation.