



DROIT IMMOBILIER

PAR GABRIEL SZAPPANYOS, AVOCAT À GENÈVE

VENTE EN SOCIÉTÉ IMMOBILIÈRE (SI)

Les pièges à éviter

Alors qu'autrefois, les sociétés immobilières étaient fréquemment utilisées pour structurer des parcs immobiliers d'importance, il n'est pas rare de nos jours de tomber, en surfant sur les portails d'annonces immobilières, sur un bien immobilier individuel avec une mention du type «Attention! La vente du bien s'opère par un transfert des actions» ou «Vente en SI».

La vente d'un immeuble par le biais d'une société immobilière (SI) peut présenter de nombreux avantages pour le détenteur de la SI, notamment des avantages fiscaux. En principe, la vente en SI peut permettre d'éviter l'exercice du droit de préemption légal de l'Etat, puisque les actions sont l'objet de la vente et non le bien immobilier sous-jacent. Par ailleurs, elle assure également une certaine discrétion, puisque l'identité de l'actionnaire d'une SI, constituée sous la forme d'une société anonyme, n'est pas rendue publique, pas plus que la transaction n'est publiée à la Feuille d'Avis Officielle.

En pratique, une telle vente n'est souvent pas anodine; elle est mûrement réfléchie par le vendeur. Toutefois, du côté de l'acheteur, la concrétisation d'une vente en SI peut se révéler particulièrement complexe, pour plusieurs raisons.

Objet de la vente

Les actions de la société immobilière sont l'objet de la vente (SI), et non le bien immobilier sous-jacent. Cela implique dès lors de procéder à une revue détaillée de la société, soit en particulier de ses comptes, afin notamment d'identifier la valeur comptable de l'immeuble, les éventuels actifs non immobiliers et les dettes de la société, par exemple les éventuelles dettes fiscales, ainsi que les dettes hypothécaires. Il ne faut pas perdre de vue que la SI n'est rien d'autre qu'une société de capitaux. Du point de vue terminologique, le terme «SI» est souvent utilisé par les autorités fiscales pour désigner une société dont les actifs prépondérants sont des actifs immobiliers. La SI existe dès lors en tant qu'entité juridique indépendante. Lorsque l'acquéreur achète les actions d'une société, il reprend également l'ensemble des dettes attachées à cette société. En pratique, il n'est pas rare par exemple d'iden-

tifier au passif des comptes d'une SI des travaux de rénovations qui restent à payer aux entrepreneurs ou aux corps de métiers.

Comprendre le prix de vente & la négociation

Le prix de vente indiqué par le vendeur mérite souvent d'être clarifié: correspond-il à la valeur du bien immobilier sous-jacent ou à celui des actions de la société? Dans ce deuxième scénario, il s'agit de toujours bien veiller à identifier les passifs de la société. Les coûts de la transaction pour l'acheteur sont évidemment bien différents si la société est achetée avec ses passifs. Une manière simple pour bien comprendre le prix de vente des actions de la SI est de parler d'«actif net», soit les actifs moins les dettes. À ce stade, il pourra être intéressant de discuter et négocier avec le vendeur de la question de l'impôt latent qui résulterait de la différence entre la valeur comptable de l'immeuble et sa valeur vénale. L'impôt latent se matérialiserait dans le scénario où l'immeuble devait être vendu (directement par la SI), postérieurement à l'achat de la SI. En pratique, le vendeur et l'acheteur anticipent l'éventuelle matérialisation de cet impôt et prévoient dans le contrat que cet impôt sera supporté à parts égales entre l'acheteur et le vendeur. Par ailleurs, lorsque le vendeur des actions de la SI réside à l'étranger, l'acheteur devra faire preuve d'une vigilance particulière et examiner attentivement les conséquences fiscales, notamment celles relatives à l'impôt anticipé (théorie des anciennes réserves et liquidation pour autrui).

Analyses à réaliser avant la vente

Avant la réalisation de la vente, il est recommandé de s'attarder sur la gestion passée de la SI, dans la mesure où



La vente en SI assure à l'acheteur une certaine discrétion.

celle-ci a été gérée par un ou plusieurs administrateurs qui abandonneront leur fonction au moment de la réalisation (exécution) de la vente. Il s'agira en particulier de vérifier si ceux-ci se sont bien acquittés de leurs obligations passées, notamment fiscales. De manière non exhaustive, l'acheteur devrait examiner (i) les contrats conclus par la SI (par ex. contrat de prêt hypothécaire avec la banque), (ii) les procès-verbaux des assemblées générales et des conseils d'administration de la SI, (iii) les déclarations fiscales et les bordereaux de taxation des cinq dernières années, (iv) les autorisations administratives en lien avec l'immeuble sous-jacent, (v) les extraits du Registre du commerce et du Registre foncier relatifs à l'immeuble sous-jacent.

Les démarches susmentionnées peuvent s'avérer complexes pour un profane et doivent être réalisées avant la négociation avec l'acheteur. Le résultat de l'analyse juridique, comptable et fiscale vous aidera non seulement à identifier les angles éventuels de négociation avec le vendeur, mais aussi à prévoir les clauses de garanties spécifiques dans le contrat de vente que vous souhaiteriez obtenir du vendeur.

Réalisation de la vente

La vente intervenant par le biais d'une SI échappe au contrôle du notaire, dans la mesure où le contrat de vente porte sur ses actions, qui peuvent être matérialisées dans

un ou plusieurs certificats d'actions en papier, et non sur l'immeuble sous-jacent. Ainsi, le contrat ne requiert pas la forme authentique. Il ne sera pas non plus remis au Registre foncier. Aucun contrat écrit ne serait même juridiquement obligatoire. En pratique, le contrat de vente revêtira toutefois la forme écrite, au vu des enjeux souvent importants. Il sera négocié et signé exclusivement entre les parties, avec l'appui éventuel de leurs avocats.

Le contrat de vente contiendra notamment une description détaillée de l'immeuble sous-jacent et une série de garanties spécifiques relatives à celui-ci. Dans certains cas, il conviendra de prévoir des garanties sur l'état de l'immeuble et ses principaux éléments. Sans mention dans le contrat de ces garanties spécifiques, seules les garanties légales sur les actions qui, rappelons-le, sont l'objet de la vente, s'appliqueront. Ce régime légal, dans l'hypothèse où l'immeuble devait présenter des défauts, ne serait que d'une aide très limitée pour l'acheteur. Il conviendra également que les parties s'accordent sur la durée des garanties accordées par le vendeur. Ici aussi, les parties disposent d'une grande liberté contractuelle. Les garanties devront également porter sur la société, objet direct de la vente. Pour en citer quelques-unes, il s'agit des garanties sur la bonne tenue des comptes, sur le fait que la SI s'est correctement acquittée de ses impôts, que le vendeur est le propriétaire légitime des actions vendues (qu'il n'existe en particulier pas de nantissement



La vente en SI devient de plus en plus fréquente pour les particuliers.

préexistant concernant les actions vendues) et que de manière générale, les activités de la SI ont été conduites conformément à la loi et à son but.

Un acheteur avisé réglera également dans le contrat la question de la responsabilité du paiement de l'impôt latent évoqué plus haut, ainsi que l'impôt sur les gains immobiliers (IBGI), supporté en pratique par le vendeur. En effet, l'IBGI est également prélevé sur une transaction structurée sous la forme d'une vente d'actions de SI.

Certains vendeurs n'hésiteront pas, pour réduire leur risque, à prévoir des limitations de garanties sur les éventuels défauts que présenterait l'immeuble. Ils limiteront par exemple le montant maximal («cap») qu'ils seraient tenus de payer à l'acheteur en cas de défaut sur le bien immobilier sous-jacent ou excluront des défauts bagatelles. La liberté contractuelle prévaut également dans ces situations et il appartiendra à l'acheteur et au vendeur de négocier le cas échéant ces limites de responsabilité. Il n'existe pas de règle fixe en la matière.

Sur un plan juridique, la réalisation de la transaction intervient par le biais du transfert des actions de la SI entre le vendeur et l'acheteur. Concrètement, cela implique la remise des certificats d'actions. Si les actions sont «au porteur», un type, rappelons-le, voué à disparaître dès le printemps de cette année, la remise des certificats d'actions à l'acheteur sera suffisante, sans autre formalité. Si les actions sont dites «nominatives», il conviendra de les endosser, afin de réaliser le transfert de propriété des actions à l'acheteur. Dans l'hypothèse où les certificats «papier» d'actions n'existent pas (ce qui peut être le cas en pratique), le transfert des actions sera opéré par un acte de cession écrit. La rédaction de ce document ne requiert pas l'intervention d'un notaire. Il est à noter que la signature du contrat de vente d'actions

et la réalisation de la transaction (c'est-à-dire la remise des actions à l'acheteur par le vendeur ou la signature par les parties de l'acte de cession), peuvent être différées dans le temps et subordonnées à certaines conditions. Cette manière de procéder permet à l'acheteur de «verrouiller» la transaction avec le vendeur, tout en permettant aux parties de procéder à certaines actions durant cette période. Il s'agira par exemple, du côté de l'acheteur, de réunir le financement bancaire, qui peut s'avérer plus compliqué à obtenir dans le cadre d'une transaction en SI. Du côté du vendeur, il s'agira par exemple de terminer les travaux de rénovation ou d'obtenir les autorisations nécessaires.

En conclusion

La vente en SI devient de plus en plus fréquente pour les particuliers. Il n'en demeure pas moins que ce type de transaction peut s'avérer complexe, dans la mesure où elle soulève des questions juridiques pluridisciplinaires, tant de droit fiscal que de droit des sociétés et de droit administratif. Un important facteur pratique à prendre en considération est le timing: la réalisation d'une transaction en SI prend souvent plus de temps qu'une vente immobilière classique. Une recommandation de base pour tout acquéreur potentiel est de bien comprendre la rationalité économique de la transaction avant de s'engager. Il s'agira également de s'accorder suffisamment de temps pour respecter les étapes d'analyse juridique et fiscale qui aboutiront à une parfaite maîtrise des enjeux de la transaction. ■

Gabriel Szappanos
Avocat associé en l'Etude
Lenoir Delgado & Associés SA