

Le principe de l'apport en capital en matière d'impôt sur le revenu et d'impôt anticipé

Texte présenté dans le cadre du prix OREF 2011

Table des matières

Table des matières	I
Bibliographie	IV
Documents officiels	VIII
Introduction	1
1. Principe de l'apport en capital selon la réforme II de l'imposition des entreprises	2
1.1 Dispositions adoptées	2
1.1.1 LIFD	2
1.1.2 LHID	3
1.1.3 LIA	3
1.2 Personne effectuant l'apport	3
1.2.1 Interprétation littérale de l'art. 20 al. 3 LIFD	4
1.2.2 Interprétation systématique de l'art. 20 al. 3 LIFD	4
1.2.3 Interprétation téléologique de l'art. 20 al. 3 LIFD	4
1.2.4 Interprétation historique de l'art. 20 al. 3 LIFD.....	5
1.2.5 Prise de position	5
2. Principe de l'apport en capital et actions gratuites	5
2.1 Actions gratuites et principe de la valeur nominale.....	6
2.2 Actions gratuites et principe de l'apport en capital	6
3. Principe de l'apport en capital et droit comptable	7
3.1 Mise en œuvre de l'art. 125 al. 3 LIFD avec le droit comptable actuel.....	7
3.2 Projet de révision du CO.....	8
3.2.1 Avis récent du Conseil fédéral	9
3.2.2 Critique du projet de révision du CO	10
4. Exigence de comptabilisation au bilan commercial (art. 125 al. 3 LIFD)	10
4.1 Problème de compensation des pertes	12
4.2 Situation en cas d'assainissement.....	12
5. Qualification d'apport en capital	13
5.1 Notion d'apport.....	13
5.2 Apports en capital ouverts	14
5.3 Apports en capital dissimulés.....	15
5.3.1 Jurisprudence	15
5.3.2 Position de l'AFC.....	16
5.3.3 Prise de position	16
5.4 Apports liés à un assainissement (versements supplémentaires)	17
5.4.1 Versements à fonds perdus.....	17

5.4.2	Abandons de créance	18
5.4.2.1	Position de l'AFC.....	18
5.4.2.2	Position de la doctrine.....	19
5.4.2.3	Position ressortant du message de la réforme II de l'imposition des entreprises....	20
5.5	Attribution d'avantages entre sociétés-sœurs.....	20
5.5.1	Théorie du triangle	21
5.5.2	Examen des conséquences fiscales au regard des différents sujets impliqués	22
5.5.3	Impact du principe de l'apport en capital	23
5.5.3.1	Position de l'AFC.....	23
5.5.3.2	Impôt sur le revenu	24
5.5.3.3	Impôt anticipé	24
5.5.4	Prise de position	24
6.	Principe de l'apport en capital et transformation d'une société de personnes en société de capitaux	25
6.1	Neutralité fiscale de la transformation	25
6.1.1	Non-respect du délai de blocage de cinq ans.....	26
6.1.1.1	Situation sous le principe de la valeur nominale.....	27
6.1.1.2	Situation sous le principe de l'apport en capital	28
7.	Principe de l'apport en capital et transposition	29
7.1	Notion de transposition	29
7.2	Conditions de la transposition.....	30
7.3	Impact du principe de l'apport en capital	31
8.	Principe de l'apport en capital sur le plan international	33
8.1	Immigration d'une société étrangère en Suisse.....	33
8.1.1	Impôt sur le bénéfice – réserves latentes	33
8.1.1.1	Droit conventionnel.....	33
8.1.1.2	Droit suisse	34
8.1.2	Principe de l'apport en capital	35
8.1.2.1	Position de l'AFC.....	36
8.1.2.2	Prise de position	36
8.2	Quasi-fusion d'immigration.....	39
9.	Remboursement du capital.....	39
9.1	Distribution de dividende	39
9.2	Distribution de dividende asymétrique.....	40
10.	Principe de l'apport en capital en droit allemand.....	42
10.1	« <i>Steuerliches Einlagekonto</i> ».....	43
10.2	Traitement des apports dissimulés	44
10.3	Exception au principe de « <i>Differenzrechnung</i> ».....	44

10.4 Principe de l'apport en capital : comparaison du système allemand et du système suisse . 45

Conclusion 45

Bibliographie

AGNER Peter / JUNG Beat / STEINMANN Gotthard, *Commentaire sur de la loi sur l'impôt fédéral direct*, Zurich, 2001 (cité : AGNER / JUNG / STEINMANN, Commentaire LIFD).

ALTORFER Jürg / ALTORFER Jürg B. : *Das Kapitaleinlageprinzip – Ein Systemwechsel mit weitreichenden Folgen (1. Teil)*, in: L'Expert-comptable suisse 4/2009, pp. 270-275 (cité : ALTORFER / ALTORFER, Kapitaleinlageprinzip - 1.Teil).

- *Das Kapitaleinlageprinzip – Ein Systemwechsel mit weitreichenden Folgen (2. Teil)*, in : L'Expert-comptable suisse 5/2009, pp. 309-323 (cité : ALTORFER, Kapitaleinlageprinzip - 2.Teil).

BAUER-BALMELLI Maja, in : ZWEIFEL Martin / ATHANAS Peter / BAUER-BALMELLI Maja, *Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Band I/2a, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (VStG)*, art. 21, Bâle, 2005 (cité : Kommentar VStG suivi de l'article et de la note marginale).

BEHNISCH Urs R., *Die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften – national und grenzüberschreitend. Eine rechtsvergleichende Studie*, Bâle, 1996.

BLUMENSTEIN Ernst / LOCHER Peter, *System des schweizerischen Steuerrechts*, Zurich, 2002.

BÖCKLI Peter, *Schweizer Aktienrecht*, 3^e édition, Zurich – Bâle – Genève, 2004.

BRAUCHLI ROHRER Barbara / ATHANASSOGLOU Xenia, *Kapitaleinlageprinzip – Es besteht Handlungsbedarf (1. Teil)*, in : L'Expert-comptable suisse 10/2010, pp. 688-694 (cité : BRAUCHLI ROHRER / ATHANASSOGLOU, Handlungsbedarf - 1.Teil).

- *Kapitaleinlageprinzip – Es besteht Handlungsbedarf (2. Teil)*, in : L'Expert-comptable suisse 12/2010, pp. 875-880 (cité : BRAUCHLI ROHRER / ATHANASSOGLOU, Handlungsbedarf - 2.Teil).

BRÜLISAUER Peter / HELBING Andreas, in : ZWEIFEL Martin / ATHANAS Peter, *Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Band I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG)*, 2^e édition, art. 60, Bâle, 2008 (cité : Kommentar DBG suivi de l'article et de la note marginale).

BRÜLISAUER Peter / SUTER Christoph, *Das Kapitaleinlageprinzip (1. Teil)*, in : IFF Forum für Steuerrecht 2011/2, pp. 110-131 (cité : BRÜLISAUER / SUTER, Kapitaleinlageprinzip - 1.Teil).

CHENAU Jean-Luc, in : TERCIER Pierre / AMSTUTZ Marc (édit.), *Commentaire romand – Code des obligations II*, art. 660-661 et art. 675, Bâle, 2008 (cité : Commentaire CO II suivi de l'article et de la note marginale).

DANON Robert, *Fiscalité directe et restructurations internationales de sociétés de capitaux – Analyse comparative du droit suisse, européen et conventionnel*, in : Archives de droit fiscal suisse 74 (2005/2006), pp. 257-311 (cité : DANON, Restructurations internationales).

- *Vente et transmission de sociétés de capitaux en droit fiscal suisse – La théorie de la « transposition » et de la « liquidation partielle indirecte »*, in : Droit des sociétés, Mélanges en l'honneur de Roland RUEDIN, Bâle – Genève – Munich, 2006 (cité : DANON, Transposition et liquidation partielle indirecte).

- in : YERSIN Danielle / NOËL Yves (édit.), *Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct (LIFD)*, art. 57-58 et 60, Bâle, 2008 (cité : Commentaire LIFD suivi de l'article et de la note marginale).
- Le principe de l'apport en capital (1^{ère} partie) in : IFF Forum für Steuerrecht 2011/1, pp. 1-24 (cité : DANON, Principe de l'apport en capital – 1^{ère} partie).
- Le principe de l'apport en capital (2^e partie) in : IFF Forum für Steuerrecht 2011/2, pp. 87-109 (cité : DANON, Principe de l'apport en capital – 2^e partie).

DANON Robert / MARTINEZ Natassia, Le principe de l'apport en capital en droit fiscal : un principe dans la tourmente... mais juste, à paraître, in : Les mélanges en l'honneur de XX, Neuchâtel, 2011.

DENNER Reiner / PRATTER Kirsten, *Kapitaleinlageprinzip im internationalen Umfeld – Optimierungsmöglichkeiten bei Umstrukturierungen zur Stärkung des Investitionsstandortes Schweiz*, in : L'Expert-comptable suisse 10/2008, pp. 789-794.

DÖTSCH Ewald / PUNG Alexandra, *Steuerliches Einlagekonto, Kapitalerhöhung aus Rücklagen und Kapitalherabsetzung: das Einführungsschreiben des BMF vom 4.6.2003*, in : Der Betrieb (20.06.2003), cahier 25, pp. 1345-1352.

DUSS Marco : *Interkantonale und internationale Aspekte der Unternehmensumstrukturierungen*, in : REICH Markus / DUSS Marco, *Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht*, Bâle, 1996 (cité : Duss, Unternehmensumstrukturierungen).

- *Catch-22 - Kapitaleinlage vs. Sanierung*, in : L'Expert comptable suisse 1-2/2011, pp. 71-76 (cité : Duss, Catch-22).

ECKERT Jean-Blaise / PIGUET Jérôme, in : OBERSON Xavier / HINNY Pascal (édit.), *Commentaire de la loi fédérale sur les droits de timbre (LT)*, art. 5, Zurich - Bâle - Genève, 2006 (cité : Commentaire LT suivi de l'article et de la note marginale).

FORSTMOSER Peter / MEIER-HAYOZ Arthur / NOBEL Peter, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne, 1996.

GEHRIG Thomas, *Der Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung an einen nahestehenden Dritten*, thèse, St-Gall, 1998.

GLAUSER Pierre-Marie, *Apports et impôt sur le bénéfice – Le principe de détermination dans le contexte des apports et autres contributions de tiers*, Genève – Zurich – Bâle, 2005 (cité : GLAUSER, Apports)

- L'imposition des actionnaires en cas de « Mergers & Acquisitions », in : L'Expert-comptable suisse 5/2009, pp. 345-359 (cité : GLAUSER, Mergers & Acquisitions)

GURTNER Peter, *Umwandlungen im Recht der direkten Steuern*, in : Archives de droit fiscal suisse 71 (2003), pp. 735-762.

HAUSMANN Rainer / BERNEGGER Corinne, *Konzernsteuerplanung im Lichte des Kapitaleinlageprinzips*, in: Revue fiscale 5/2010, pp. 366-373.

HAUSMANN Rainer / TADDEI Pascal, *Das Kapitaleinlageprinzip – Ausweis im Jahresabschluss und Deklaration von Kapitaleinlagen*, in: Revue fiscale 1/2011, pp. 86-94.

HOCHREUTENER Hans Peter, *Verrechnungssteuer auf geldwerten Leistungen: Lockerung der Direktbegünstigungstheorie*, in : L'Expert comptable suisse 1-2/2001, pp. 87-91.

HÖHN Ernst / WALDBURGER Robert, *Steuerrecht Band II*, 9^e édition, Berne, 2002 (cité : HÖHN / WALDBURGER, Band II).

KÄNZIG Ernst, *Die eidgenössische Wehrsteuer, I. Teil*, Bâle, 1992.

LOCHER Peter : *Zur Einführung: Steuerrechtliche Folgen des Fusionsgesetzes im Recht der direkten Steuern*, in : Archives de droit fiscal suisse 71 (2002/2003), pp. 673-687 (cité : LOCHER, Zur Einführung).

- *Kommentar zum DBG, I. Teil*, Art. 1-48 DBG, Therwil - Bâle, 2004 (cité : LOCHER, Kommentar DBG I suivi de l'article et de la note marginale).
- *Kommentar zum DBG, II. Teil*, Art. 49-101 DBG, Therwil - Bâle, 2004 (cité : LOCHER, Kommentar DBG II suivi de l'article et de la note marginale).

LOMBARDINI Carlo, in : TERCIER Pierre / AMSTUTZ Marc (édit.), *Commentaire romand – Code des obligations II*, art. 626, Bâle, 2008 (cité : Commentaire CO II suivi de l'article et de la note marginale).

MSA, Chambre fiduciaire (édit.), *Manuel suisse d'audit 2009*, vol. I-IV, Zurich, 2009 (cité : MSA suivi du volume).

MERLINO Nicolas / MORAND Dominique, *Fusions, acquisitions et restructurations d'entreprises – Aspects fiscaux suite à la LFus et à la RIE II*, Bâle, 2009.

NEUHAUS Markus R., *Fusionsgesetz – Steuerfolgen bei Verletzung von Sperrfristen*, in : IFF Forum für Steuerrecht 2001/1, pp. 24-36.

NEUHAUS Markus R. / SCHÖNBÄCHLER Bruno, in : HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / WATTER Rolf (édit.), *Basler Kommentar zum Obligationenrecht, Band II*, art. 671, 3^e édition, Bâle, 2008 (cité : BS-Kommentar suivi de l'article et de la note marginale).

NOËL Yves, in : YERSIN Danielle / NOËL Yves (édit.), *Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct (LIFD)*, art. 20, Bâle, 2008 (cité : Commentaire LIFD suivi de l'article et de la note marginale).

OBERSON Xavier : *Droit fiscal suisse*, 3^e édition, Genève, 2007 (cité : OBERSON, Droit fiscal suisse).

- *Précis de droit fiscal international*, 3^e édition, Berne, 2009 (cité : OBERSON, Droit fiscal international).

OBERSON Xavier / GLAUSER Pierre-Marie, in : YERSIN Danielle / NOËL Yves (édit.), *Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct (LIFD)*, art. 19 et 61, Bâle, 2008 (cité : Commentaire LIFD suivi de l'article et de la note marginale).

PUHLMANN Peter, *Le régime fiscal de la distribution des actions gratuites*, thèse, Berlin, 1968.

RECHSTEINER Christoph / SIGRIST Jonas, *Der Kapitaleinlageprinzip der USTR II – Unklarheiten in der Praxis klären und vorbeugend handeln*, in : L'Expert-comptable suisse 10/2008, pp. 783-788.

REICH Markus : *Verdeckte Vorteilzuwendungen zwischen verbundenen Unternehmen*, in : Archives de droit fiscal suisse 54 (1985/1986), pp. 607-652 (cité: REICH, Vorteilzuwendungen).

- *Vermögensertragbegriff und Nennwertprinzip*, in : Steuerrecht, Ausgewählte Probleme am Ende des 20. Jahrhunderts – Festschrift zum 65. Geburtstag von Ernst Höhn, Berne, Stuttgart [etc.], 1995, pp. 255 - 289 (cité: REICH, Vermögensertragsbegriff).
- in : ZWEIFEL Martin / ATHANAS Peter, *Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG)*, 2^e édition, art. 19 et 20, Bâle, 2008 (cité : Kommentar DBG suivi de l'article et de la note marginale).

RETO Arnold, *Unternehmenssteuerreform II – Publikation des Kreisschreibens Nr. 29 zum Kapitaleinlageprinzip*, in : Revue fiscale 2/2011, pp. 98-118.

RICHNER Felix / FREI Walter / KAUFMANN Stefan / MEUTER Hans Ulrich, *Handkommentar zum DBG*, 2^e édition, Zurich, 2009 (cité : Handkommentar zum DBG suivi de l'article et de la note marginale).

RIVIER Jean-Marc : *Introduction à la fiscalité de l'entreprise*, Lausanne, 1990 (cité : RIVIER, Introduction).

- *Droit fiscal suisse*, 2^e édition, Lausanne, 1998 (cité : RIVIER, Droit fiscal suisse).

RYSER Walter / ROLLI Bernard, *Précis de droit fiscal suisse (impôts directs)*, 4^e édition, Berne, 2002.

SCHÄRRER Erwin, *Von Kapitaleinlagen und Gewinnausschüttung und deren steuerlichen Behandlung bei der Aktiengesellschaft und beim Aktionär*, in : Archives de droit fiscal suisse 43 (1974/1975), pp. 273-308.

STUHRMANN Gerd, in : BLÜMISCH Walter (édit.) *Kommentar EStG, KStG, GewStG, §20 EStG*, 108^e édition, 2010.

TIPKE Klaus / LANG Joachim, *Steuerrecht*, 20^e édition, Cologne, 2010.

TORRIONE Henri, in : TERCIER Pierre / AMSTUTZ Marc (édit.), *Commentaire romand – Code des obligations II*, art. 671, Bâle, 2008 (cité : Commentaire CO II suivi de l'article et de la note marginale).

UNTERSANDER Oliver : *Kapitalrückzahlungsprinzip im schweizerischen Steuerrecht*, thèse, Zurich, 2003 (cité : UNTERSANDER, Kapitalrückzahlungsprinzip).

- *Kapitaleinlageprinzip und Unternehmenssteuerreform II*, Zurich, 2005 (cité: UNTERSANDER, Kapitaleinlageprinzip).

WEIDMANN Markus, *Immigration von Kapitalgesellschaften in die Schweiz*, in : IFF Forum für Steuerrecht 2010/1, pp. 3-28.

YERSIN Danielle, *Apports et retraits de capital propre et bénéfice imposable*, thèse, Lausanne, 1977.

Documents officiels

BMF-SCHREIBEN, §§ 27,28 KStG Steuerliches Einlagekonto (Anwendung der §§ 27 und 28 KStG 2002 du 4 juin 2003, Bundesteuerblatt 2003 I, p. 366 (cité : BMF du 4 juin 2003).

BULLETIN OFFICIEL DU CONSEIL DES ETATS, session d'été 2009, quatorzième séance, 10.06.09 - 15h00, Droit de la société anonyme et droit comptable (cité : BO CE 2009 647).

CIRCULAIRE AFC n° 14, Abandons de créances consentis par les actionnaires lors d'assainissement de sociétés anonymes, Berne, 1^{er} juillet 1981 (cité : Circulaire AFC n° 14, Abandons de créances).

CIRCULAIRE AFC n° 6, Apport de participations dans une société dominée par le même actionnaire, Berne, 3 février 1987 (cité : Circulaire AFC n° 6, Apport de participations dans une société dominée par le même actionnaire).

CIRCULAIRE AFC n° 5, Restructurations, Berne, 1^{er} juin 2004 (cité : Circulaire AFC n° 5, Restructurations).

CIRCULAIRE AFC n° 29, Principe de l'apport de capital, Berne, 9 décembre 2010 (cité : Circulaire AFC n° 29, Principe de l'apport de capital).

CIRCULAIRE AFC n° 32, Assainissement de sociétés de capitaux et de coopérative, Berne, 23 décembre 2010 (cité : Circulaire AFC n° 32, Assainissements).

COMMUNIQUÉ DE PRESSE de la commission des affaires juridiques du Conseil national, Berne, 26 mars 2010 (cité : Communiqué de presse CAJ-N du 26 mars 2010).

FEUILLE D'INFORMATION DU DFF sur la réforme visant à renforcer la place économique suisse (3^e réforme de l'imposition des entreprises), Berne, 5 octobre 2010 (cité : information DFF).

MESSAGE du 13 juin 2000 concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (loi sur la fusion, LFus), FF 2000 3995 (cité : Message LFus).

MESSAGE du 22 juin 2005 concernant la loi fédérale sur l'amélioration des conditions fiscales applicables aux activités entrepreneuriales et aux investissements (loi sur la réforme de l'imposition des entreprises II), FF 2005 4469 (cité : Message RIE II).

MESSAGE du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (droit de la société anonyme et droit comptable ; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF 2008 1407 (cité : Message révision CO).

MOTION du 17 mars 2011 n° 11.3189 « Principe de l'apport de capital. Abroger la rétroactivité » déposé par Christian LEVRAT au Conseil national (cité : motion 11.3189 « Principe de l'apport de capital. Abroger la rétroactivité »).

MOTION du 17 mars 2011, n° 11.3199 « Modifier le principe de l'apport de capital. Respecter le principe de la bonne foi à l'égard du citoyen » déposé par Susanne Leutenegger Oberholzer au Conseil national (cité : motion 11.3199 « Modifier le principe de l'apport de capital. Respecter le principe de la bonne foi à l'égard du citoyen rétroactivité »).

PROJET DU MESSAGE concernant la loi fédérale sur l'amélioration des conditions fiscales applicables aux activités entrepreneuriales et aux investissements (loi sur la réforme de l'imposition des entreprises II) (cité : Projet du message RIE II).

Introduction

Le principe de l'apport en capital constitue l'un des volets de la deuxième réforme de l'imposition des entreprises. La réforme II de l'imposition des entreprises a introduit de nombreuses nouvelles règles qui ont pour objectif d'améliorer le système fiscal suisse. Toutes ces nouveautés ne sont pas étudiées dans les détails, ceci, dans un objectif de focalisation sur le principe de l'apport en capital, thème central de ce travail.

Le principe de l'apport en capital entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2011 vise l'imposition des personnes physiques et supprime le principe de la valeur nominale appliqué jusque-là en fiscalité suisse. Alors que le principe de la valeur nominale a toujours suscité de nombreuses critiques, l'introduction du principe de l'apport en capital n'a, dans un premier temps, pas engendré de débats conséquents. Pour preuve, le message de la loi sur la réforme II de l'imposition des entreprises n'y consacre que quelques paragraphes. Ce principe aurait presque été introduit comme une modification de peu d'envergure. Or, il comporte un impact considérable sur de nombreux aspects liés à l'imposition des actionnaires.

Après s'être fait discret, le principe de l'apport en capital a dans un deuxième temps, fait couler de l'encre dans la presse et suscité de nombreuses réactions au sein du monde politique du fait de la diminution des recettes fiscales engendrées. L'interrogation du Conseil fédéral sur l'abolition de ce principe après une entrée en vigueur de quelques mois démontre l'ampleur sous-estimée de ce changement.

Vu par beaucoup comme un avantage considérable en comparaison au principe de la valeur nominale, le principe de l'apport en capital demande un cadre législatif très précis afin que son application pratique se fasse de manière adéquate au sens même du principe. Le principe de l'apport en capital touche directement les sociétés et leurs actionnaires. Malheureusement, les dispositions prévues pour le principe de l'apport en capital semblent vouloir énoncer le principe sans définir clairement les contours de son utilisation. Nous verrons qu'une interprétation trop stricte donnée à ces zones d'ombres conduit dans certains cas à vider le principe de son essence. Dans cette optique, ce travail a notamment pour but de se concentrer sur les points controversés décidés par l'AFC par le biais de sa circulaire concernant l'application du principe de l'apport en capital. Cet exposé n'a pas la prétention de s'étendre sur tous les volets concernés par le principe de l'apport en capital mais uniquement certains d'entre eux, jugés comme principaux.

En premier lieu, l'exposé aborde les dispositions introduites par le législateur relatives au principe de l'apport en capital (1). Dans une seconde approche, les thèmes traités seront les actions gratuites (2), la mise en application du principe de l'apport en capital en relation avec le droit comptable (3), l'exigence d'inscription des apports au bilan commercial (4), la qualification d'apport en capital (5) posant principalement problème au niveau des apports dissimulés, la restructuration particulière de la transformation de société de personnes en société de capitaux (6) et la transposition (7). Le principe de l'apport en capital sera également étudié sur le plan international au travers de l'immigration de société en Suisse (8.1) ou encore la quasi-fusion d'immigration (8.2). A la suite d'un chapitre sur le remboursement du capital (9) et la distribution asymétrique de dividende (9.2), une analyse du système allemand (10) permettra d'établir une étude comparée de la mise en œuvre du principe de l'apport en capital, celui-ci ayant été adopté également pour des considérations de mise à niveau avec les pays européens.

1. Principe de l'apport en capital selon la réforme II de l'imposition des entreprises

Le principe de l'apport en capital remplace le très controversé principe de la valeur nominale décrit comme certains comme « *den-letzten-beissen-die-Hunde-Prinzip* »¹ ancré dans la loi aux art. 20 lit. c LIFD, 4 al. 1 lit. b LIA et 20 al. 1 OIA. Avec l'introduction du principe de l'apport en capital, les articles précités n'ont pas été abrogés. De ce fait, la conception objective du rendement de participation (« *objektbezogene Betrachtungsweise* ») se basant uniquement sur la perspective de la société distributrice et non sur la situation économique subjective de l'actionnaire est maintenue (« *subjektbezogene Betrachtungsweise* »)². Seul l'art. 20 al. 3 LIFD, respectivement l'art. 5 al. 1^{bis} LIA modifient la portée des articles précités.

1.1 Dispositions adoptées

Le principe de l'apport en capital, entré en vigueur au 1^{er} janvier 2011 est introduit au travers des art. 20 al. 3 LIFD, 125 al. 3, 2^e phrase LIFD et 7b LHID pour ce qui est de l'impôt sur le revenu. Au niveau de l'impôt anticipé, celui-ci est maintenant ancré à l'art. 5 al. 1^{bis} LIA.

1.1.1 LIFD

Le texte, relatif au principe de l'apport en capital, initialement proposé par le Conseil fédéral pour ce qui est de la LIFD se présentait ainsi :

Art. 20, al. 3 LIFD

³ *Le remboursement des apports, des agios et des versements supplémentaires effectués directement par le détenteur des droits de participation est traité comme le remboursement du capital-actions ou du capital social lorsque ceux-ci :*

- a. *ont été versés après le 31 décembre 1996 ; et que*
- b. *la société de capitaux ou la société coopérative les comptabilise sur un compte spécial de son bilan commercial et communique toute modification de ce compte à l'Administration fédérale des contributions*

Cette disposition diffère sur deux points de celle, entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2011. Premièrement, l'art. 20 al. 3 LIFD prévoyait que les apports, agios et versements devaient être versés directement par le détenteur des droits de participation pour bénéficier d'un remboursement franc d'impôt. Cette condition avait donc pour conséquence d'exclure les apports provenant des proches, par exemple des sociétés-sœurs. Deuxièmement, la première version de l'art. 20 al. 3 LIFD contenait l'exigence de comptabilisation au bilan commercial dans un compte séparé. Cette condition a par la suite été déplacée à l'art. 125 al. 3 LIFD pour constituer une obligation de procédure³.

Art. 20, al. 3 LIFD

³ *Le remboursement d'apports, d'agios et de versements supplémentaires effectués par les détenteurs des droits de participation après le 31 décembre 1996 est traité de la même manière que le remboursement du capital-actions ou du capital social.*

Art. 125, al. 3, 2^e phrase LIFD

³ *... Ce capital propre comprend le capital-actions ou le capital social libéré, les apports, les agios et les versements supplémentaires au sens de l'art. 20, al. 3, portés au bilan commercial, les*

¹ REICH, Vermögensertragsbegriff, p. 280.

² REICH, Vermögensertragsbegriff, p. 279 et 285s.

³ ALTORFER / ALTORFER, Kapitaleinlageprinzip – 1. Teil, p. 274 ; BO CE 2009 647 (Intervention LAURI).

réserves ouvertes et les réserves latentes constituées au moyen de bénéfices imposés ainsi que la part des fonds étrangers qui est économiquement assimilable au capital propre.

1.1.2 LHID

Le principe de l'apport en capital comporte un caractère obligatoire autant au niveau fédéral qu'au niveau cantonal. En effet, les cantons sont tenus de modifier leurs législations et d'y introduire ledit principe.

Art. 7b LHID Principe de l'apport de capital

Le remboursement d'apports, d'agios et de versements supplémentaires effectués par les détenteurs des droits de participation après le 31 décembre 1996 est traité de la même manière que le remboursement du capital-actions ou du capital social.

Sur le plan cantonal, la mention d'un apport directement effectué par le détenteur des droits de participation a également été supprimée. De plus, aucune correspondance n'est faite avec la loi fédérale quant à l'exigence de comptabilisation des apports au bilan commercial.

1.1.3 LIA

Du point de vue de la LIA, le texte initialement proposé par le Conseil fédéral est identique à la version figurant aujourd'hui dans la loi.

Art. 5, al. 1^{bis} LIA

^{bis} Le remboursement d'apports, d'agios et de versements supplémentaires effectués par les détenteurs des droits de participation après le 31 décembre 1996 est traité de la même manière que le remboursement du capital-actions ou du capital social, lorsque la société de capitaux ou la société coopérative comptabilise les apports, agios et versements supplémentaires sur un compte spécial de son bilan commercial et communique toute modification de ce compte à l'Administration fédérale des contributions.

En résumé, le principe de l'apport en capital prévoit que le remboursement d'apports, d'agios et de versements supplémentaires effectués par les détenteurs des droits de participation après le 31 décembre 1996 est traité de la même manière que le remboursement du capital-actions ou du capital social⁴. Les remboursements d'apport en capital sont dès à présent, exempts d'impôt sur le revenu et d'impôt anticipé, sous réserve du respect de certaines conditions qui seront décrites postérieurement dans l'exposé. La distribution d'actions gratuites ou les augmentations gratuites de la valeur nominale restent quant à elles imposables⁵.

1.2 Personne effectuant l'apport

Dans sa circulaire sur le principe de l'apport en capital⁶, l'AFC décrit que « seuls les apports, les agios et les versements supplémentaires qui ont été effectués *directement* par les détenteurs de droits de participation » sont considérés comme des apports au sens de l'art. 20 al. 3 LIFD.

Afin d'examiner le fondement de cette opinion, il convient d'analyser l'art. 20 al. 3 LIFD à la lumière des différentes méthodes d'interprétation.

⁴ Art. 20 al. 3 LIFD.

⁵ Art. 20 al. 1 lit. c LIFD.

⁶ Circulaire AFC n° 29, Principe de l'apport en capital, ch. 2.1.

1.2.1 Interprétation littérale de l'art. 20 al. 3 LIFD

L'art. 20 al. 3 LIFD contenait préalablement l'adverbe « directement » dans son texte de base. Toutefois, comme nous l'avons vu, cet adverbe a été supprimé lors des travaux préparatoires de la loi et ne figure actuellement plus dans le texte de l'art. 20 al. 3 LIFD en vigueur⁷. Il n'y a donc pas lieu selon l'interprétation littérale de considérer que l'apport doit être effectué directement par l'actionnaire pour que celui-ci puisse bénéficier du principe de l'apport en capital. De plus, la dénomination proposée pour l'introduction du principe de l'apport en capital avait été « principe du remboursement de l'apport en capital » ou « *Kapitaleinlagerückzahlungsprinzip* ». Cette dénomination était aussi celle utilisée dans la doctrine jusqu'alors. Afin d'éviter une interprétation selon laquelle le remboursement de capital serait exempt d'impôt uniquement lorsqu'il reviendrait au détenteur de parts l'ayant effectivement versé, ce terme a été remplacé par « principe de l'apport en capital » ou « *Kapitaleinlageprinzip* »⁸. Le législateur a ainsi souhaité qu'un actionnaire postérieur n'ayant pas à proprement parlé, versé d'apport au-dessus de la valeur nominale directement dans la société mais ayant acheté ses titres à la valeur vénale puisse également bénéficier d'un remboursement franc d'impôt.

1.2.2 Interprétation systématique de l'art. 20 al. 3 LIFD

L'adverbe « directement » peut également être interprété comme restreignant la qualification d'apport aux prestations effectuées par les actionnaires, excluant ainsi les prestations des proches, telles que, les prestations des sociétés-sœurs de la société⁹. Cette approche est celle que retient l'AFC dans sa circulaire¹⁰.

Toutefois, il est à mentionner que cette condition restrictive quant à la personne effectuant l'apport ne correspond pas à l'idée suivie jusqu'alors. En effet, comme il le sera exposé plus en détails dans la suite du texte, la notion d'apport du nouvel art. 20 al. 3 LIFD est à apparenter avec celle de l'art. 60 lit. a LIFD. Ainsi dans le contexte de l'art. 60 lit. a LIFD, la qualification d'apport est retenue également lorsque l'apport provient d'un proche de la société (par application de la théorie du triangle)¹¹. Nous verrons également qu'autant l'art. 60 lit. a LIFD que l'art. 20 al. 1 lit. c et l'art. 20 al. 3 LIFD LIFD constituent des normes à contenu économique.

1.2.3 Interprétation téléologique de l'art. 20 al. 3 LIFD

L'objectif de l'art. 20 al. 3 LIFD vise à imposer le détenteur de droits de participation conformément à sa capacité contributive¹². Il exclut de son revenu imposable les distributions provenant de la société représentant des remboursements d'apports effectués par l'actionnaire. En effet, la reprise des apports en capital investis antérieurement dans la société ne constitue pas une réelle recette, puisque l'actionnaire retire uniquement ce qu'il avait précédemment apporté dans la société. L'introduction du principe de l'apport en capital permet ainsi d'imposer uniquement les revenus créés effectivement par la société et

⁷ Voir ch. 1.1.1.

⁸ Message RIE II, FF 2005 II 4469, p. 4538.

⁹ RETO, p. 100.

¹⁰ Circulaire AFC n° 29, Principe de l'apport en capital, ch. 2.1.

¹¹ LOCHER, Kommentar DBG II, art. 60 N 5 ; BRÜLSAUER / HELBING, Kommentar DBG, art. 60 N 49 ; DANON, Commentaire LIFD, art. 60 N 7.

¹² Art. 127 al. 2 Cst.

de corriger la situation contraire au principe constitutionnel de la capacité contributive prévalant sous le principe de la valeur nominale.

1.2.4 Interprétation historique de l'art. 20 al. 3 LIFD

En dernier lieu, l'interprétation historique se fondant notamment sur le message de la loi est à relativiser, du fait que ce dernier présente une contradiction. D'une part, il décrit que les apports doivent être versés *directement* par les détenteurs des droits de participation et exclut ainsi expressément l'application du triangle en relation au principe de l'apport en capital¹³ et d'autre part, il renvoie directement à l'art. 60 lit. a LIFD pour ce qui est de la qualification d'apport dans le cadre de l'art. 20 al. 3 LIFD¹⁴. La théorie du triangle s'appliquant sans contradiction dans le cadre de l'art. 60 lit. a LIFD, une opinion dissidente ressort du message.

1.2.5 Prise de position

Aux vues des différentes méthodes d'interprétation, aussi bien les apports effectués par les actionnaires originaires ou subséquents ainsi que les apports des proches doivent se voir appliquer le principe de l'apport en capital¹⁵. Au surplus, le résultat nuancé découlant de l'interprétation historique doit être interprété dans cette même optique. En effet, premièrement du fait du pluralisme des méthodes n'imposant aucune prédominance de l'une ou l'autre et deuxièmement du fait de la suppression du mot « directement » du texte de l'art. 20 al. 3 LIFD ayant été adopté, l'opinion découlant du renvoi à l'art. 60 lit. a LIFD doit être considérée comme prédominante.

En définitive, l'AFC se fonde sur le concept de droit civil quant à la notion du détenteur de droits de participation au sens de l'art. 20 al. 3 LIFD en ne visant que la personne étant le titulaire juridique des droits. Elle se rapproche ainsi de l'interprétation donnée à la notion d'actionnaire au sens de l'art. 5 al. 2 LT et non pas de la notion économique rattachée aux art. 20 al. 1 lit. c et 60 lit. a LIFD et par conséquent à l'art. 20 al. 3 LIFD¹⁶.

2. Principe de l'apport en capital et actions gratuites

La distribution d'actions gratuites est souvent assimilée à une distribution de dividendes. Les actions gratuites seraient considérées comme des fractions de bénéfices retenues dans la société jusqu'à leur distribution.

¹³ Message RIE II, FF 2005 II 4469, p. 4538 « [...] les relations en triangle ne peuvent pas non plus donner lieu à un apport de capital, par exemple lorsque le même actionnaire (société mère ou personne) procède à un transfert de bénéfices entre deux sociétés sœurs, avec redressement dans la société qui accorde l'avantage et adaptation, non imposée, des réserves (le cas échéant dans le bilan fiscal seulement) de la société bénéficiaire. ».

¹⁴ Message RIE II, FF 2005 II 4469, p. 4538 « Il est ainsi important que seul les apports, les agios et les suppléments (au sens des art. 60, let. a, LIFD et 24, al. 2, LHID) qui ont été versés directement par les détenteurs des droits de participation soient assimilés au remboursement de capital-actions ou de capital social. ».

¹⁵ Pour un développement plus détaillé de l'application du principe de l'apport en capital aux proches de l'actionnaire, voir chapitre 5.5.

¹⁶ DANON, Le principe de l'apport en capital – 2^e partie, p. 97. Pour l'interprétation de la notion d'actionnaire dans le cadre de l'art. 5 al. 2 LT, voir notamment les travaux préparatoires de la LT (FF 1972 II 1275, p. 1287), l'arrêt du TAF du 15 avril 2009 (ATAF 2009/21) et la doctrine : ECKERT / PIGUET, Commentaire LT, art. 5 N 30.

Les deux situations présentent effectivement un point commun. Lors d'une distribution de dividendes ou d'actions gratuites, la valeur réelle par action diminue. Lorsqu'un dividende est perçu par l'actionnaire, cela aura pour effet de diminuer la hauteur de sa prétention au moment de la liquidation de la société. De même que lors d'une distribution d'actions gratuites, le nombre d'actions est augmenté pour un capital-actions inchangé. Le montant du capital-actions est divisé en un nombre plus élevé d'actions et dès lors, la valeur par action est diminuée¹⁷.

Cependant, ces deux événements ne peuvent en aucun cas être considérés comme identiques. Par la distribution d'un dividende, la société distribue un actif et entame ainsi sa fortune sociale. La distribution d'actions gratuites ne constitue pas une diminution des actifs de la société ; aucun revenu n'est touché par l'actionnaire et la fortune sociale de l'entreprise n'est pas grevée¹⁸. L'opération est un transfert interne au niveau des comptes de la société. Le compte de réserve est diminué et le compte du capital-actions augmenté du même montant.

2.1 Actions gratuites et principe de la valeur nominale

Malgré ce qui a été exposé ci-dessus, les actions gratuites étaient qualifiées d'avantages appréciables en argent déjà sous l'ancien système de l'AIFD¹⁹. Avec l'entrée en vigueur de la LIFD, préconisant toujours le principe de la valeur nominale, les actions gratuites sont restées imposables²⁰. Leur imposition est un cas d'imposition systématique. En effet, les réserves utilisées pour créer ces actions gratuites étaient jusqu'alors imposables. Comme ces nouvelles actions s'intègrent au capital-actions et que celui-ci revenait franc d'impôt à hauteur de sa valeur nominale en cas de remboursement, le législateur avait souhaité frapper ces actions au moment de leur distribution afin d'éviter que l'actionnaire contourne l'impôt²¹.

2.2 Actions gratuites et principe de l'apport en capital

Dans un système où le principe de l'apport en capital s'appliquerait de manière stricte, les augmentations gratuites du capital ainsi que les actions gratuites ne devraient pas être soumises à l'impôt au moment de leur émission. Seul est déterminant, au moment du remboursement du capital de définir si celui-ci a été apporté par les actionnaires ou s'il découle de la substance produite par la société, par exemple, ses bénéficiaires. Dans le premier cas, le remboursement est franc d'impôt et dans le second, le remboursement est imposé²². Une émission d'actions gratuites ou une augmentation gratuite de la valeur nominale ne seraient en aucun cas assimilées à des rendements de fortune²³.

La LIFD n'ayant pas supprimé l'imposition des actions gratuites même après l'entrée en vigueur de la réforme II de l'imposition des entreprises introduisant le principe de l'apport en capital, il serait plus opportun de parler de « principe de la valeur nominale modifié » ou de « principe de l'apport en capital modifié »²⁴, deux dénominations équivalentes. Par cette

¹⁷ PUHLMANN, p. 66.

¹⁸ *Ibidem*, p. 67.

¹⁹ Art. 21 al. 1 lit. c AIFD ; ATF 96 I 728 ; ATF 85 I 115.

²⁰ Art. 20 al. 1 lit. c LIFD.

²¹ NOËL, Commentaire LIFD, art. 20 N 72.

²² Handkommentar zum DBG, art. 20 N 16.

²³ REICH, Kommentar DBG, art. 20 N 32.

²⁴ ALTORFER / ALTORFER, Kapitaleinlageprinzip – 1. Teil, p. 271.

variante, le principe de l'apport en capital n'est appliqué qu'en partie. Les actions gratuites sont imposées au moment de leur émission, sur la part libérée provenant uniquement des réserves constituées de bénéfices thésaurisés et sont exonérées sur la part provenant des réserves d'apport, puisque ceux-ci proviennent des actionnaires et ne constituent pas un enrichissement du point de vue du détenteur de parts²⁵.

En résumé, par application du principe de l'apport en capital, la provenance des actions gratuites (réserve issue du bénéfice ou réserve issue du capital) n'est qu'indirectement examinée au moment du remboursement du capital afin de déterminer ce qui est imposable et ce qui revient franc d'impôt à l'actionnaire. Le concept de principe de l'apport en capital modifié prend en compte directement au moment de la distribution des actions gratuites, cette différence de provenance afin de fonder l'imposition²⁶. En définitive, la distinction entre ces deux variantes de principe se fait uniquement quant au moment de l'imposition.

Quant aux cantons, ils restent libres de continuer d'imposer la distribution d'actions gratuites ou d'y renoncer²⁷. Dès lors, le principe de l'apport en capital modifié se place en standard minimum introduit par la réforme II de l'imposition des entreprises²⁸.

3. Principe de l'apport en capital et droit comptable

Actuellement, le droit commercial en vigueur ne prévoit pas la distinction de la provenance des apports comptabilisés dans les réserves. Or, selon l'AFC, pour qu'un remboursement des apports effectués par les actionnaires soit exonéré d'impôt selon le principe de l'apport en capital, le remboursement de ce montant doit être prouvé par son inscription au niveau comptable²⁹. Concrètement, deux réserves distinctes devraient apparaître au bilan, celle constituée des apports provenant des actionnaires et une seconde regroupant les bénéfices accumulés³⁰. A cette problématique, le message lui-même répond que le droit fiscal doit se montrer novateur et prévoir une comptabilisation distincte de ces apports provenant des actionnaires bien que le droit commercial ne soit pas encore au parfum³¹. Par cette affirmation, le principe selon lequel, l'autorité fiscale ne saurait s'écarter du bilan commercial lorsque celui-ci est correctement tenu et donc selon le droit comptable en vigueur semble être oublié.

3.1 Mise en œuvre de l'art. 125 al. 3 LIFD avec le droit comptable actuel

Le droit comptable en vigueur ne prévoit pas de distinction quant à la provenance des apports au niveau de leur inscription dans les réserves. Afin d'approfondir le sujet, il convient d'examiner les réserves prévues actuellement par la réglementation du CO.

Le droit comptable prévoit les types suivants de réserves pouvant être inscrites au bilan commercial : les réserves légales soit la réserve générale (art. 671 CO), la réserve pour actions propres (art. 672 CO) et la réserve de réévaluation (art. 671b CO), les réserves statutaires (art. 672 CO) et les réserves libres (art. 674 al. 2 CO).

²⁵ HÖHN / WALDBURGER, Band II, p. 51.

²⁶ Handkommentar zum DBG, art. 20 N 16.

²⁷ Art. 7b LHID ne précisant rien quant à l'imposition des actions gratuites.

²⁸ UNTERSANDER, Kapitaleinlageprinzip, p. 11.

²⁹ Circulaire AFC n° 29, Principe de l'apport en capital, ch. 2.1 et 3.1.

³⁰ ALTORFER / ALTORFER, Kapitaleinlageprinzip - 1.Teil, p. 274s.

³¹ Message RIE II, FF 2005 II 4469, p. 4538.

La réserve générale comprend à l'heure actuelle les bénéfices reportés (art. 671 al. 1 CO), l'agio (art. 671 al. 2 ch. 1 CO) et selon certains auteurs, les versements supplémentaires³². L'utilisation de celle-ci, tant qu'elle n'atteint pas la moitié du capital-actions, est affectée à couvrir les pertes, maintenir l'entreprise en cas d'exploitation déficitaire et à éviter le chômage. Malgré cela, elle paraît actuellement comme la plus appropriée quant à la comptabilisation des apports des actionnaires³³. En effet, par interprétation contraire de l'al. 3, nous rejoignons l'avis de la doctrine estimant que l'agio et les versements supplémentaires compris dans cette réserve peuvent être distribués aux actionnaires au cours des différents exercices comptables lorsque celle-ci dépasse la moitié du capital-actions³⁴. La loi ne réglant pas expressément l'utilisation de cette portion de la réserve générale. Du point de vue fiscal, il reste encore à distinguer à l'intérieur de ladite réserve, le montant représentant l'agio additionné des versements supplémentaires et le montant représentant les bénéfices accumulés afin de déterminer quelle part serait exonérée d'impôt en cas de distribution³⁵. Toutefois, un deuxième courant doctrinal considère qu'il y a lieu de distinguer selon que la réserve générale est alimentée de bénéfices thésaurisés ou d'apports. Selon cette deuxième opinion, lorsque la réserve générale atteint le seuil de 50%, seuls les bénéfices thésaurisés peuvent être distribués aux actionnaires, à l'exclusion des apports³⁶. Les règles actuellement en vigueur ne prévoient aucune division de la réserve générale. Cependant, un projet de révision du droit comptable est en cours.

Par rapport à la nouvelle réglementation fiscale, il paraît donc être approprié de se rattacher à la vision de la doctrine intégrant les versements supplémentaires à la réserve générale. En effet, selon ces nouvelles règles, non seulement le remboursement de l'agio mais également celui des versements supplémentaires devient franc d'impôt. Dès lors, pour des raisons pratiques, il convient de faire figurer ces deux catégories d'apports dans une même réserve au niveau comptable.

3.2 Projet de révision du CO³⁷

Actuellement un projet de modification du CO est en cours. Il prévoit notamment sur le plan comptable de modifier les types de réserves existantes en différenciant la réserve légale issue du capital et celle issue du bénéfice.

La réserve légale issue du capital (« *Kapitalreserve* », P-art. 671 CO) représente les fonds qui ont été versés par les bailleurs de capitaux propres³⁸. Plus particulièrement, y est inscrit le produit réalisé lors de l'émission d'actions au-dessus de leur valeur nominale sous déduction des frais d'émission, en d'autres termes, l'agio (P-art. 671 al. 1 ch. 1 CO). De plus, la question de la comptabilisation des versements supplémentaires est réglée par le projet, puisque ceux-ci doivent également être comptabilisés à la réserve légale issue du capital (P-art. 671 al. 1 ch. 3 CO).

³² BÖCKLI, p. 828.

³³ HAUSMANN / TADDEI, p. 87.

³⁴ MSA I, p. 332ss ; TORRIONE, Commentaire CO II, art. 671 N 24 ; CHENAUX, Commentaire CO II, art. 675 N 17 ; NEUHAUS / SCHÖNBÄCHLER, BS-Kommentar, art. 671 N 28 OR.

³⁵ ALTORFER / ALTORFER, Kapitaleinlageprinzip - 1.Teil, p. 274s.

³⁶ Voir BÖCKLI, p. 1516 et les références citées.

³⁷ FF 2008 1571.

³⁸ Message révision CO, FF 2008 1407, p. 1478.

La création de cette nouvelle réserve a pour avantage de rendre évident l'existence d'apports en capital par leur inscription au bilan et donc de satisfaire l'exigence découlant de l'art. 125 al. 3 LIFD.

Cependant, le projet présente tout de même un bémol. L'art. 671 al. 2 du projet de modification du CO prévoit une utilisation limitée de la réserve légale issue du capital. Cette réserve a pour vocation de couvrir les pertes, de permettre des mesures en cas de mauvaise marche des affaires et de lutter contre le chômage ainsi qu'en atténuer ses conséquences. Se pose alors la question de savoir si cette nouvelle réserve issue du capital présente de réels avantages. Elle permet une inscription visible des apports en capital des actionnaires au bilan. Cependant, si son utilisation ne permet aucun remboursement aux actionnaires si ce n'est à la liquidation de la société, on en revient au point de départ, voire pire. En comparant les utilisations prévues pour la réserve générale actuelle et la réserve issue du capital du projet de loi, elles sont pratiquement identiques. La réserve générale actuellement en vigueur se présenterait finalement presque comme plus avantageuse, étant donné que son utilisation est libre lorsque son montant dépasse la moitié du capital-actions. Certains auteurs proposent déjà quelques manipulations permettant un remboursement des apports en capital en contournant les limites d'utilisation de la réserve légale issue du capital³⁹. Par exemple, un transfert d'une partie de la réserve légale issue du capital au capital-actions suivi d'une diminution du capital-actions. Ainsi, le remboursement de l'apport reviendrait franc d'impôt à l'actionnaire selon le principe de l'apport en capital et ne serait pas entravé par les limites d'utilisation prévues pour la réserve légale issue du capital.

Le Conseil des Etats⁴⁰ semble s'être aperçu de la restriction trop excessive de l'utilisation de la réserve issue du capital (P-art. 671 CO) et a modifié la règle prévue. Selon cette proposition, la réserve issue du capital pourrait également être employée au remboursement des actionnaires pour autant que les réserves légales dépassent la moitié du capital-actions. On en revient par ce biais à une situation similaire à celle se présentant sous le droit actuel en relation à l'utilisation de la réserve générale de l'art. 671 CO.

A regret, la commission juridique du Conseil national, quant à elle, se rallierait à la proposition du Conseil fédéral en biffant la disposition ajoutée par le Conseil des Etats à l'art. 671 al. 2 CO⁴¹.

3.2.1 Avis récent du Conseil fédéral

Les modalités d'utilisation de la réserve issue d'apports a fait l'objet d'un avis récent émis par le Conseil fédéral à l'occasion d'une réponse à l'encontre de deux motions concernant le principe de l'apport en capital⁴². Sur la question de l'effet rétroactif, objet de l'une des deux motions, le Conseil fédéral répond que la problématique ne se situe pas à ce niveau-là mais plutôt du côté de l'utilisation de la réserve issue d'apports en capital qui sera prévue par le projet de droit comptable⁴³. Dans cette optique, il propose d'édicter une règle ne permettant la distribution des réserves issues du capital que dans le cas où les réserves

³⁹ ALTORFER / ALTORFER, Kapitaleinlageprinzip – 1. Teil, p. 275.

⁴⁰ BO CE 2009 647, les auteurs HAUSMANN / TADDEI, p. 91 vont dans le sens de la modification proposée.

⁴¹ Communiqué de presse CAJ-N du 26 mars 2010.

⁴² Réponse du 06.04.2011 aux motions 11.3189 « Principe de l'apport de capital. Abroger la rétroactivité », LEVRAT et 11.3199 « Modifier le principe de l'apport de capital. Respecter le principe de la bonne foi à l'égard du citoyen », LEUTENEGGER OBERHOLZER.

⁴³ Message révision CO, FF 2008 1407.

issues du bénéfice ou les réserves librement disponibles seraient épuisées. Cette opinion reprise par la conseillère fédérale, Eveline WIDMER-SCHLUMPF lors de la séance extraordinaire du Conseil des Etats du 9 juin 2011 relative à la réforme II de l'imposition des entreprises n'est pas dénuée de sens mais devrait toutefois se concrétiser par une norme fiscale et non comptable. En effet, cela aurait pour conséquence de contrevenir à l'égalité de traitement. Rappelons qu'en matière de droit international privé, la Suisse applique la théorie de l'incorporation quant au rattachement des sociétés⁴⁴. Selon cette théorie : « les sociétés sont régies par le droit de l'Etat en vertu duquel elles sont organisées si elles répondent aux conditions de publicité ou d'enregistrement prescrites par ce droit ou, dans le cas où ces prescriptions n'existent pas, si elles sont organisées selon le droit de cet Etat »⁴⁵. Ainsi une société étrangère constituée conformément au droit étranger peut être reconnue en Suisse et régie par un droit étranger, ce qui peut notamment avoir des conséquences quant au droit comptable qui lui est applicable. En effet, une société étrangère en Suisse peut être soumise à un droit des sociétés étranger et donc à des règles comptables étrangères. Ainsi en relation au principe de l'apport en capital, si une réglementation régissant l'ordre de distribution entre apports et bénéfices s'ancre au niveau du droit comptable cela aura pour conséquence de créer une inégalité de traitement entre les actionnaires en Suisse d'une société régie par le droit suisse et de ceux détenant leurs droits de participation dans une société étrangère en Suisse soumise à un droit comptable étranger.

Fiscalement, les personnes morales étrangères en Suisse sont assimilées quant à leur traitement d'imposition aux personnes morales suisses dont elles se rapprochent le plus par leur forme juridique⁴⁶. En effet, la souveraineté fiscale d'un Etat commande que tous les sujets présents sur le territoire de cet Etat y soient taxés. Dès lors, un correctif du principe de l'apport en capital introduit dans la législation fiscale répondrait aux exigences de respect de l'égalité de traitement.

3.2.2 Critique du projet de révision du CO

Actuellement, la condition de comptabilisation séparée des apports en capital et des bénéfices issus de la société fait défaut au niveau du droit comptable. Par conséquent, tant que la modification du CO n'est pas entrée en vigueur, il paraît excessif d'exiger une inscription distincte au bilan. Toutefois, la société reste libre de subdiviser sa réserve légale générale en différents postes, soit bénéfices issus de la société et apports en capital provenant des actionnaires. Pour ce faire, il lui est notamment possible d'inscrire cette différenciation dans l'annexe au bilan. L'AFC constitue depuis le 1^{er} janvier 2011, la seule autorité pouvant exiger une inscription dans un compte spécial en se basant sur les exigences de la déclaration fiscale contenues à l'art. 125 al. 3 LIFD.

4. Exigence de comptabilisation au bilan commercial (art. 125 al. 3 LIFD)

Le nouvel art. 125 al. 3 LIFD, figurant sous le titre de procédure de taxation de la LIFD, préconise que les apports, les agios et les versements supplémentaires au sens de l'art. 20 al. 3 LIFD doivent être comptabilisés au bilan commercial. Comme nous l'avons vu, la condition de l'art. 125 al. 3 LIFD pose un problème de mise en œuvre avec le droit

⁴⁴ Art. 154 al. 1 LDIP, d'autres Etats appliquant la théorie du siège effectif.

⁴⁵ ATF 117 II 496, consid. 4 (= JdT 1993 I 158).

⁴⁶ Art. 49 al. 3 LIFD.

comptable actuel mais également en ce qui concerne la compensation des pertes ainsi que le traitement des apports dissimulés⁴⁷.

L'AFC considère que les sociétés sont tenues de faire figurer leurs apports en capital dans un compte séparé au bilan commercial⁴⁸. Toutefois, il convient de relativiser cette exigence au travers de plusieurs arguments. La doctrine majoritaire⁴⁹ considère, à juste titre, que l'art. 125 al. 3 LIFD ne constitue pas une condition matérielle mais une condition procédurale. Plusieurs argumentations appuient cette opinion. Premièrement, la LHID ne connaît aucune disposition similaire, or le principe de l'apport en capital a également vocation à s'appliquer aux cantons. Deuxièmement, le déplacement de cette exigence à l'art. 125 al. 3 LIFD (sous le chapitre 2 « Obligations de procédure ») préalablement prévue à l'art. 20 al. 3 lit. b LIFD confirme l'intention du législateur de procurer à cette condition un poids uniquement procédural⁵⁰. Troisièmement, le but poursuivi par l'art. 125 al. 3 LIFD est de pouvoir prouver et chiffrer le montant des apports. Quatrièmement, l'application du principe de l'apport en capital aux apports effectués après le 31 décembre 1996 appuie cette interprétation puisqu'aucune obligation d'inscription au bilan commercial n'était présente dans la loi auparavant⁵¹. Dans le même sens, les sociétés étrangères reconnues en Suisse selon la théorie de l'incorporation⁵² mais régies par un droit étranger ne sont pas soumises aux règles du droit comptable suisse. Le droit fiscal introduisant une condition renvoyant au droit comptable, les sociétés étrangères ne peuvent être tenues de s'y conformer si leurs propres règles comptables ne le prévoient pas, malgré ce qu'énonce la circulaire de l'AFC⁵³. Cette situation a pour conséquence de créer une inégalité de traitement entre les actionnaires en Suisse de sociétés régies selon le droit suisse et ceux liés à des sociétés étrangères en Suisse. En effet, la circulaire de l'AFC prévoit que les actionnaires liés à des sociétés étrangères ont la possibilité de prouver « d'une autre manière »⁵⁴ que leur remboursement provient bien d'apports lorsque la condition du bilan commercial au niveau de la société n'est pas remplie. Cette possibilité de preuve alternative étant offerte uniquement aux détenteurs de droits de participation de sociétés étrangères soumises à un droit comptable étranger, ces derniers bénéficient d'un traitement plus favorable que celui appliqué aux actionnaires liés à des sociétés suisses contraintes de respecter strictement l'art. 125 al. 3 LIFD.

⁴⁷ Pour les apports dissimulés, voir chapitre 5.3.

⁴⁸ Circulaire AFC n° 29, Principe de l'apport en capital, ch. 4.1.

⁴⁹ ALTORFER / ALTORFER, Kapitaleinlageprinzip – 2. Teil, p. 322 ; DANON, Le principe de l'apport en capital – 1^{ère} partie, p. 15 ; BRAUCHLI ROHRER / ATHANASSOGLU, Handlungsbedarf - 1. Teil, p. 692 ; BRÜLISAUER / SUTER, Kapitaleinlageprinzip – 1. Teil, p. 126 ; DANON / MARTINEZ, à paraître, p. 13.

⁵⁰ Projet du message RIE II, p. 65, <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/11.pdf> (consulté le 14.06.2011).

⁵¹ BRÜLISAUER / SUTER, Kapitaleinlageprinzip – 1. Teil, p. 125.

⁵² Art. 154 al. 1 LDIP.

⁵³ Circulaire AFC n° 29, Principe de l'apport en capital, ch. 4.1 : « Les dispositions de la LIFD sur le remboursement des réserves issues d'apports en capital s'appliquent aux sociétés suisse comme aux sociétés étrangères ». Pour un avis opposé à la circulaire AFC, voir BRÜLISAUER / SUTER, Kapitaleinlageprinzip – 1. Teil, p. 126.

⁵⁴ Circulaire AFC n° 29, Principe de l'apport en capital, ch. 4.1 : « Si les réserves issues d'apports de capital ne sont pas portées en compte séparément dans le bilan commercial ou si le détenteur de droits de participation domicilié en Suisse n'apporte pas *d'une autre manière* la preuve de l'existence et du remboursement de réserves issues d'apports de capital, les distributions des sociétés de capitaux ou des sociétés coopératives étrangères sont soumises à l'impôt fédéral direct (impôt sur le revenu) en vertu de l'article 20, alinéa 1, lettre c ou 20, alinéa 1bis, LIFD. ».

Selon notre avis, convergent avec celui de la doctrine précitée⁵⁵, tant qu'un bilan fiscal distinct du bilan commercial est tenu et qu'il est possible de définir le montant des apports grâce à celui-ci, il n'est pas fondamental que le montant des apports apparaisse au bilan commercial.

4.1 Problème de compensation des pertes

Comme il l'a été exposé, selon l'AFC, un remboursement d'apport des actionnaires peut se faire franc d'impôt si le montant de l'apport en question peut être prouvé en étant inscrit au bilan commercial. Cette exigence peut être problématique lorsque la société présente des pertes. Lorsque la société est confrontée à des pertes, deux options sont à disposition de celle-ci. En premier lieu, la société peut faire figurer ces pertes au bilan en les reportant à compte nouveau⁵⁶. Dans cette hypothèse, l'actionnaire bénéficiaire d'un éventuel remboursement d'apport n'est pas désavantagé, le montant des apports restant fixe. Une deuxième alternative consiste à compenser les pertes en les déduisant du montant des réserves. Par conséquent, si la part de réserve issue du bénéfice ne suffit pas à compenser l'entier des pertes, la réserve issue du capital est à son tour grevée⁵⁷. Dès lors, le montant de cette réserve est diminué. Selon l'AFC, cette opération conduit à la disparition définitive du montant déduit de la réserve issue du capital ; les apports ne pouvant pas être reconstitués même lors de bénéfices futurs⁵⁸.

En pratique, afin d'éviter tout risque pour le détenteur de parts, il convient de ne pas procéder à une compensation des pertes mais de les reporter à compte nouveau au bilan commercial.

4.2 Situation en cas d'assainissement

Bien qu'en faveur du principe de l'apport en capital, il soit recommandé de ne pas compenser les pertes avec les apports, cette option n'est pas forcément la plus opportune selon les circonstances. Sans grande réflexion, il faut en effet, remarquer qu'une société présentant des pertes au bilan commercial n'attirera pas les investisseurs potentiels.

Au surplus, le principe de l'apport en capital entre en contradiction avec la loi sur le droit de timbre quant à la question de la compensation des pertes au bilan commercial. En effet, l'art. 6 al. 1 lit. k LT prévoit une franchise d'impôt en cas d'assainissement à la condition que les pertes soient compensées au bilan commercial⁵⁹. L'art. 12 LT permettant la remise du droit de timbre est également concerné par la question. Dès lors, il s'agit d'opérer une mise en balance afin de déterminer si d'une part, il y a lieu de privilégier le principe de l'apport en capital en n'opérant aucune compensation ou si d'autre part, l'obtention de la franchise du droit de timbre dans les situations d'assainissement doit être favorisée par le biais de la compensation des pertes. En d'autres termes, d'une part, l'intérêt de l'actionnaire et d'autre

⁵⁵ ALTORFER / ALTORFER, Kapitaleinlageprinzip – 2. Teil, p. 322 ; DANON, Le principe de l'apport en capital – 1^{ère} partie, p. 15 ; BRAUCHLI ROHRER / ATHANASSOGLU, Handlungsbedarf - 1. Teil, p. 692 ; BRÜLISAUER / SUTER, Kapitaleinlageprinzip – 1. Teil, p. 126 ; DANON / MARTINEZ, à paraître, p. 13.

⁵⁶ BÖCKLI, p. 949 ; MSA I, p. 225.

⁵⁷ Le projet de révision du CO prévoit que les pertes doivent être compensées en priorité avec le bénéfice reporté, puis les réserves issues du bénéfice et enfin les réserves issues du capital (P-art. 674 al. 2 CO).

⁵⁸ Circulaire AFC n° 29, Principe de l'apport en capital, ch. 3.1 et 7.1.

⁵⁹ Pour plus de détails, voir la circulaire AFC n° 32, Assainissement, ch. 3.3.2.

part, l'intérêt de la société entrent en confrontation⁶⁰. En dernier lieu, il est utile de relever que l'exigence de compensation des pertes figure dans le texte légal de l'art. 6 lit. k LT alors que la non-compensation des pertes de l'art. 20 al. 3 LIFD et respectivement de l'art. 5 al. 1^{bis} LIA ne ressort que de la circulaire de l'AFC.

Toutefois, ce conflit entre assainissement et apport en capital devrait à l'avenir disparaître puisque la RIE III envisage la suppression du droit du timbre⁶¹.

5. Qualification d'apport en capital

Le remboursement des apports en capital au sens des nouveaux art. 20 al. 3 LIFD et 5 al. 1^{bis} LIA n'est pas soumis à l'impôt sous le principe de l'apport en capital. Pour une application optimale de ce principe, il est des plus importants, de déterminer clairement quels apports sont intégrés dans la notion entendue d'« apport en capital ».

5.1 Notion d'apport

Pour définir la notion d'apport, il sied de déterminer si la notion d'« apport » utilisée dans le nouvel art. 20 al. 3 LIFD rejoint celle de l'art. 60 lit. a LIFD.

Selon l'interprétation littérale les art. 20 al. 3 LIFD et 60 lit. a LIFD se recourent de manière certaine. Bien que l'un utilise la dénomination de « détenteurs de droits de participation » et l'autre celle de « membres de société de capitaux et de sociétés coopératives », tous deux traitent des apports des actionnaires et ne se réfèrent pas aux apports de tiers externes. UNTERSANDER⁶² soutient fortement une relation entre ces articles et va jusqu'à exprimer qu'un renvoi à l'art. 60 lit. a LIFD aurait dû être intégré dans le nouvel art. 20 al. 3 LIFD. Il considère que l'agio et les versements supplémentaires ne sont que des exemples de la notion d'apport et dès lors, l'art. 20 al. 3 LIFD ne serait pas exhaustif. Nous nous rallions à l'avis d'UNTERSANDER⁶³ considérant que la dénomination « apports » de l'art. 20 al. 3 LIFD représente l'étiquette de l'ensemble, l'agio et les versements supplémentaires constituant des exemples à l'intérieur de cet ensemble. Nous prenons en compte cet avis de pareille manière quant à l'art. 60 lit. a LIFD. Ainsi autant l'art. 20 al. 3 LIFD que l'art. 60 lit. a LIFD mentionnent l'agio en tant qu'exemple d'apports provenant des actionnaires. L'art. 20 al. 3 LIFD mentionne les versements supplémentaires et l'art. 60 lit. a LIFD les versements à fonds perdus. Les versements à fonds perdus sont un type de versements supplémentaires des actionnaires. L'art. 60 lit. a LIFD serait donc en l'occurrence plus précis dans son énumération non exhaustive que l'art. 20 al. 3 LIFD.

Selon l'interprétation systématique et téléologique de l'art. 20 al. 3 LIFD, il est incontestable que la norme rejoint l'art. 60 lit. a LIFD. L'art. 20 al. 1 lit. c LIFD consacrant le principe de valeur nominale est modifié par le contenu de l'art. 20 al. 3 LIFD⁶⁴. L'art. 20 al. 1 lit. c LIFD

⁶⁰ DANON, Le principe de l'apport en capital – 1^{ère} partie, p. 19 ; BRAUCHLI ROHRER / ATHANASSOGLOU, Handlungsbedarf - 2.Teil, p. 876 ; HAUSMANN / BERNEGGER, p. 369 ; DUSS, Catch-22, p. 74 ; DANON / MARTINEZ, à paraître, p. 15.

⁶¹ DUSS, Catch-22, p. 76 ; BRAUCHLI ROHRER / ATHANASSOGLOU, Handlungsbedarf - 2.Teil, p. 876 ; information DFF <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00579/00608/01329/index.html?lang=fr> (consulté le 23.06.2011).

⁶² UNTERSANDER, Kapitaleinlageprinzip, p. 33ss.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ DANON, Le principe de l'apport en capital – 1^{ère}, p. 14 ; DANON / MARTINEZ, à paraître, p. 10.

renferme une portée économique⁶⁵, par conséquent, une telle portée doit inévitablement être donnée à l'art. 20 al. 3 LIFD. Il en découle que la notion d'apport en capital de l'art. 20 al. 3 LIFD doit s'examiner selon une interprétation économique⁶⁶. L'art. 60 lit. a LIFD ayant pour objectif d'exclure les apports du bénéficiaire imposable de la société en conformité à la théorie du « *Totalgewinn* » comporte également un sens économique. Autant l'art. 20 al. 3 LIFD que l'art. 60 lit. a LIFD visent à observer le principe de capacité contributive, concernant pour l'un l'actionnaire et pour l'autre la société. La finalité de l'art. 60 lit. a LIFD est d'écarter du bénéficiaire imposable de la société ce qui ne représenterait pas un bénéfice réalisé effectivement par elle-même mais serait un apport externe de fonds propres provenant du détenteur de parts. L'art. 20 al. 3 LIFD poursuit le même objectif mais du point de vue de l'actionnaire. Celui-ci est effectivement taxé sur toute distribution de bénéfice provenant de la société et créée par son activité mais ne doit pas l'être sur un remboursement de capital versé par lui-même ou par un autre détenteur de part. Il en ressort une concordance de ces dispositions. Nous verrons également que cette relation est importante en ce qui concerne l'application de la théorie du triangle dans le cadre de ces deux dispositions.

Selon l'interprétation historique, comme nous l'avons précédemment mentionné, le message de la RIE II est contradictoire, nous renvoyons sur ce point au chapitre 1.2.4.

Concernant l'art. 5 al. 1^{bis} LIA, nous nous rallions à l'avis de DANON⁶⁷ qui juge que cette disposition doit être interprétée à la lumière de l'art. 20 al. 3 LIFD notamment du fait de la fonction de garantie de l'impôt anticipé sur l'impôt sur le revenu.

En résumé, la majorité de la doctrine approuve une correspondance entre l'art. 60 lit. a LIFD et l'art. 20 al. 3 LIFD⁶⁸. Quant à l'AFC et une partie de la doctrine, elles ne qualifient pas de similaires l'art. 20 al. 3 LIFD et l'art. 60 lit. a LIFD⁶⁹.

5.2 Apports en capital ouverts

Une des conditions des art. 20 al. 3 LIFD et 5 al. 1^{bis} LIA fondant un remboursement franc d'impôt est l'inscription des apports au bilan commercial de la société. Par apport en capital ouvert, on entend tout apport dont l'existence apparaît de manière comptable, soit figure par une inscription au bilan. Par conséquent, les apports ouverts bénéficient du principe de l'apport en capital. La provenance territoriale de l'apport ne comporte aucune influence, soit le fait que l'actionnaire effectuant l'apport réside en Suisse ou à l'étranger⁷⁰.

⁶⁵ La doctrine récente confirme cette interprétation et l'obligation pour l'autorité fiscale de ne pas s'arrêter à une interprétation strictement basée sur la notion de droit civil mais de prendre en compte le contenu économique de la norme : arrêt du TF 2C.566/2010 du 05.01.2011, consid. 2.1, in : StR 65 (2011) 354ss ; arrêt du TF 2C.388/2010 du 28.01.2011

⁶⁶ DANON, Le principe de l'apport en capital – 1^{ère}, p. 14 ; DANON / MARTINEZ, à paraître, p. 10.

⁶⁷ DANON, Le principe de l'apport en capital – 1^{ère}, p. 16, pour un avis contraire voir ALTORFER / ALTORFER, Kapitaleinlageprinzip – 1. Teil, p. 274.

⁶⁸ DANON, Le principe de l'apport en capital – 1^{ère}, p. 17 ; BRAUCHLI ROHRER / ATHANASSOGLU, Handlungsbedarf – 1. Teil, p. 690 ; BRÜLSAUER / SUTER, Kapitaleinlageprinzip – 1. Teil, p. 120 ; DANON / MARTINEZ, à paraître, p. 11.

⁶⁹ Notamment en ce qui concerne l'application de la théorie du triangle : circulaire AFC n° 29, Principe de l'apport en capital, ch. 2.1 et 2.2.1 ; RETO, p. 101.

⁷⁰ ALTORFER / ALTORFER, Kapitaleinlageprinzip – 2. Teil, p. 309.

5.3 Apports en capital dissimulés

Les apports en capital dissimulés ont pour particularité de ne pas apparaître au bilan. Il sera question dans ce chapitre des apports dissimulés découlant d'un apport d'actif par l'actionnaire. Cette situation se retrouve lorsque l'actionnaire effectue un apport à la société sans en obtenir une contre-prestation correspondante. Concrètement, l'apport de l'actionnaire est comptabilisé à une valeur inférieure à sa valeur vénale⁷¹. La différence entre la valeur vénale et la valeur comptabilisée constitue une réserve latente⁷².

5.3.1 Jurisprudence

La question se posant sous le principe de l'apport en capital est de déterminer si les apports dissimulés peuvent revenir franc d'impôt à l'actionnaire en accord avec les art. 20 al. 3 LIFD et 5 al. 1^{bis} LIA. Afin de répondre à cette interrogation, il convient en premier lieu d'examiner la jurisprudence relative à l'art. 60 lit. a LIFD, tout en rappelant que selon notre opinion, l'art. 20 al. 3 et 60 lit. a LIFD sont à apparenter.

La question de la réévaluation d'apports dissimulés et de leur traitement au même titre qu'un apport (initialement) ouvert dans le cadre de l'art. 60 lit. a LIFD a notamment fait l'objet de deux arrêts principaux en la matière. Dans l'arrêt R. Investment Group du 11 mars 2002⁷³, le TF a admis que la réévaluation d'un bien à la valeur vénale ne transgresse pas le droit commercial si la valeur de transaction du bien ne respectait pas le prix du marché. Ainsi l'art. 665 CO permettant l'évaluation d'un actif au plus au prix de son acquisition n'aurait vocation à s'appliquer que pour des transactions conclues aux conditions du marché⁷⁴. Toujours selon cet arrêt, si l'opération avait été conclue comme entre tiers et comptabilisée à sa valeur vénale, elle n'aurait pas été contraire au droit commercial. Dès lors la réévaluation du bien à sa valeur vénale qui aurait correspondue au prix d'acquisition si la transaction s'était faite aux valeurs du marché ne contrevient pas à l'art. 665 CO ni à l'art. 670 CO permettant une réévaluation uniquement dans certaines circonstances strictes. Il ressort toutefois un point très critiqué de l'arrêt R. Investment Group. Bien que permettant une réévaluation des apports dissimulés, la solution proposée comporte un désavantage. En se basant sur l'art. 58 al. 1 lit. a LIFD, le TF considère que le montant correspondant aux réserves latentes doit être imposé en tant que plus-value au niveau de l'impôt sur le bénéfice⁷⁵. Par conséquent, le principe de la capacité contributive n'est pas respecté. Afin de créer une situation conforme au principe de la capacité contributive, la contre-écriture devrait se présenter sous la forme d'un agio pouvant se voir appliquer l'art. 60 lit. a LIFD⁷⁶.

Le deuxième arrêt du TF⁷⁷ paru récemment et relatif à la transformation d'une institution de droit public en une institution privée corrige la situation de manière conforme à la capacité contributive. En effet, le TF admet que la réévaluation d'apports en nature comportant des réserves latentes peut se faire de manière neutre sur le plan fiscal. La contre-écriture représentant un agio tombant sous le coup de l'art. 60 lit. a LIFD⁷⁸. Toutefois, cette possibilité est limitée temporellement puisque le TF confirme la pratique de l'AFC selon

⁷¹ Soit à son prix d'acquisition selon l'art. 665 CO.

⁷² RIVIER, Introduction, p. 160.

⁷³ Arrêt du TF 2A.157/2001 du 11.03.2002, in : RDAF 2002 II 131.

⁷⁴ Arrêt du TF 2A.157/2001 du 11.03.2002, in : RDAF 2002 II 131, p. 135.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 136.

⁷⁶ GLAUSER, Apports, p. 202 ; LOCHER, Kommentar DBG II, art. 60 N 16.

⁷⁷ Arrêt du TF 2C_392/2009 du 23 août 2010, in : RDAF 2011 II 70.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 81.

laquelle la réévaluation doit se faire en cours d'exercice comptable (durant lequel l'apport est effectué) afin de bénéficier d'une neutralité fiscale⁷⁹.

5.3.2 Position de l'AFC

Comme nous l'avons vu, dans le cadre de l'art. 60 lit. a LIFD, l'AFC admet une neutralité fiscale lors de la réévaluation d'un apport dissimulé⁸⁰ pour autant que celle-ci ait lieu durant l'exercice comptable où l'apport a été effectué. Ainsi, l'apport dissimulé réévalué n'entre pas dans le bénéfice imposable de la société.

Toutefois en relation au principe de l'apport en capital, l'AFC considère dans sa circulaire⁸¹ que les apports dissimulés sont qualifiés d'« autres réserves » et ne peuvent pas bénéficier du même traitement que les réserves issues du capital auxquelles le principe de l'apport en capital est appliqué.

5.3.3 Prise de position

La doctrine est d'avis qu'autant les apports ouverts que les apports dissimulés devraient pouvoir se voir appliquer d'une part, l'art. 60 lit. a LIFD et d'autre part, les art. 20 al. 3 LIFD et 5 al. 1^{bis} LIA⁸². Cet avis doit raisonnablement être rejeté.

En effet, sous l'angle du principe de l'imposition selon la capacité contributive découlant de l'art. 127 al. 2 Cst, un traitement identique des apports en capital ouverts et dissimulés paraît justifié. Que l'apport soit comptabilisé ou non, il n'est dans aucun des deux cas généré par la société mais constitue un fond externe. Dès lors, il n'y a pas lieu d'imposer les réserves latentes au niveau de l'impôt sur le bénéfice de la société. De même pour l'actionnaire, le remboursement des apports en capital dissimulés doit être traité de manière identique à celui des apports ouverts et non en tant que rendement de participation imposable⁸³.

Dans le cadre de l'impôt sur le bénéfice (art. 60 lit. a LIFD), une réévaluation des apports dissimulés à leur valeur vénale est admise⁸⁴. L'exigence temporelle de réévaluation en cours d'exercice comptable est la condition pour bénéficier d'une neutralité fiscale⁸⁵. Selon le message de la RIE II, la méthode appliquée à l'art. 60 lit. a LIFD de réévaluation obligatoire en cours du même exercice comptable afin de bénéficier de la neutralité fiscale serait également la méthode préconisée pour le nouvel art. 20 al. 3 LIFD. En effet, il décrit qu'un apport en nature allant au-delà de la valeur nominale du capital-actions ou de la créance peut simplement être pris en compte provisoirement dans le bilan fiscal ; le bilan commercial devant être adapté dans les plus brefs délais⁸⁶. Selon ce concept, au regard de l'art. 60 lit. a LIFD, si la réévaluation n'a pas lieu au cours de l'exercice comptable où les apports dissimulés ont été exécutés, les réserves latentes sont imposées en tant que plus-

⁷⁹ AGNER / JUNG / STEINMANN, Commentaire LIFD, art. 60 N 1 ; arrêt du 30.10.1987 de la commission de recours en matière d'impôt du canton de Fribourg, in : StR 45 (1990) 560ss.

⁸⁰ L'AFC a concrètement admis cette réévaluation dans le cadre de la transformation d'un institut de droit public en société de capitaux ou en société coopérative, circulaire AFC n° 5, ch. 4.2.5.2.1.

⁸¹ Circulaire AFC n° 29, Principe de l'apport en capital, ch. 3.2.

⁸² RECHSTEINER / SIGRIST, p. 785 ; RETO, p. 101 ; DANON, Le principe de l'apport en capital – 1^{ère}, p. 17 ; DANON / MARTINEZ, à paraître, p. 23.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Voir chapitre précédent.

⁸⁵ AGNER / JUNG / STEINMANN, Commentaire LIFD, art. 60 N 1 ; arrêt du 30.10.1987 de la commission de recours en matière d'impôt du canton de Fribourg, in : StR 45 (1990) 560ss.

⁸⁶ Message RIE II, FF 2005 4469, p. 4538 ; BRAUCHLI ROHRER / ATHANASSOGLU, Handlungsbedarf – 2.Teil, p. 875.

values au niveau de l'impôt sur le bénéfice⁸⁷. Par analogie, dans l'optique de l'art. 20 al. 3 LIFD, les réserves latentes seraient imposées au titre de rendement de participation⁸⁸. Or, sous réserve de la mention du message de la RIE II rien ne laisse à penser que l'art. 125 al. 3 LIFD exigerait une condition de temps quant à la réévaluation des apports afin que la part dissimulée de ceux-ci apparaisse au bilan. Nous nous rallions donc à la position de certains auteurs qui étendraient cette possibilité de réévaluation à l'ensemble des apports dissimulés sans respect d'une condition de temps⁸⁹.

En conclusion, si les différents facteurs tels que le respect du principe de la capacité contributive, l'analogie faite avec l'art. 60 lit. a LIFD, la possibilité subséquente de réévaluation découlant de la jurisprudence⁹⁰, l'absence de condition de temps de l'art. 125 al. 3 LIFD quant à la réévaluation ainsi que son caractère procédural, sont pris en compte, les apports dissimulés doivent se voir appliquer le principe de l'apport en capital. Leur remboursement doit se faire franc d'impôt pour l'actionnaire. A regret et malgré les revendications des autorités fiscales cantonales ainsi que des associations professionnelles, l'AFC refuse la prise en compte des apports dissimulés si leur réévaluation n'a pas lieu lors de l'exercice en cours⁹¹.

5.4 Apports liés à un assainissement (versements supplémentaires)

Les actionnaires disposent de plusieurs moyens afin d'assainir une société en difficulté. Les mesures visant à l'assainissement prises par des tiers non détenteurs de droit de participation ne seront pas examinées dans ce chapitre. En effet, l'examen des apports de cet exposé se fait dans l'optique de déterminer quels sont les apports qui peuvent revenir franc d'impôt à l'actionnaire.

Certaines mesures d'assainissement externes consenties pour la société constituent un bénéfice et sont de ce fait imposées par le biais de l'impôt sur le bénéfice⁹². *A contrario*, les mesures, qualifiées d'apports, tels que les versements à fonds perdus sont exclues de l'assiette de l'impôt sur le bénéfice⁹³. Les apports par abandon de créance des actionnaires seront également examinés dans ce chapitre. Economiquement parlant, les abandons de créance équivalent à des versements à fonds perdus. Bien qu'ils ne créent pas de nouveaux fonds, ils permettent à la société d'affecter les moyens initialement prévus pour le remboursement de la créance à d'autres buts⁹⁴. Dès lors, comme les versements à fonds perdus, ils sont le plus souvent opérés dans des situations où la société est en difficulté financière, c'est à ce titre qu'ils sont traités dans le présent chapitre.

5.4.1 Versements à fonds perdus

En principe, les versements à fonds perdus sont effectués par les détenteurs de titres de participation dans le but d'assainir une société. Bien que ce cas de figure soit plus rare, ils peuvent également survenir en cours de vie de la société sans que celle-ci ne présente des

⁸⁷ art. 58 LIFD.

⁸⁸ art. 20 al. 1 lit. c ou art. 20 al. 1^{bis} LIFD.

⁸⁹ GLAUSER, Apports, p. 286 ; DANON, Le principe de l'apport en capital – 1^{ère}, p. 17.

⁹⁰ Arrêt du TF 2A. 157/2001 du 11.03.2002, in : RDAF 2002 II 131 ; arrêt du TF 2C_392/2009 du 23 août 2010, in : RDAF 2011 II 70, consid. 5.4.

⁹¹ BRAUCHLI ROHRER / ATHANASSOGLU, Handlungsbedarf – 2.Teil, p. 875.

⁹² Art. 58 al. 1 lit. a LIFD.

⁹³ Art. 60 lit. a LIFD.

⁹⁴ YERSIN, p. 101.

difficultés⁹⁵. Ils sont appelés « à fonds perdus » du fait qu'aucune écriture correspondante aux fonds étrangers n'accompagne cette augmentation des actifs.

La comptabilisation de ces apports peut se faire soit au compte de pertes et profits en tant que revenu extraordinaire soit au bilan dans la réserve générale⁹⁶. Une controverse doctrinale a lieu à ce sujet⁹⁷. Cependant, elle n'est pas déterminante au niveau fiscal puisque l'art. 60 lit. a LIFD (qualifié de similaire à l'art. 20 al. 3 LIFD quant à sa notion d'apport pour la totalité de cet exposé) définit que les apports des actionnaires sous forme de prestations à fonds perdus ne constituent pas un bénéfice imposable.

Les versements à fonds perdus constituent un cas typique d'apports entendus par l'art. 60 lit. a LIFD mais également par les art. 20 al. 3 LIFD et 5 al. 1^{bis} LIA par conséquent, leur remboursement n'est pas imposable.

5.4.2 Abandons de créance

Le présent chapitre se concentre uniquement sur les abandons de créance consentis par les actionnaires. Les abandons de créances effectués par les tiers non détenteurs de droits de participation ne sont pas examinés.

Lors d'un abandon de créance, le créancier, qui est à la fois actionnaire, renonce à une de ses prérogatives, soit le remboursement de sa créance. Cette renonciation se fait sans contrepartie. Du point de vue comptable, pour la société qui était jusqu'alors débitrice de cette créance, cet abandon de créance constitue un produit s'inscrivant au compte de résultat⁹⁸.

Afin d'analyser si l'abandon de créance peut être considéré comme un apport lorsqu'il est consenti par un créancier-actionnaire, il sera fait référence à l'art. 60 lit. a LIFD⁹⁹.

Bien que la similitude économique de l'abandon de créance et des versements à fonds perdus ne soit pas contestée, au niveau fiscal, la question de la qualification de l'abandon de créance en relation avec l'art. 60 lit. a LIFD fait l'objet d'une controverse. Dans le cadre de l'art. 60 lit. a LIFD comme dans celui de l'art. 20 al. 3 LIFD le fait de savoir si l'abandon de créance constitue un apport des détenteurs de droits de participation ou non prend toute son importance. Les différentes positions sont examinées dans les chapitres suivants.

5.4.2.1 Position de l'AFC

Selon l'AFC un abandon de créance provenant d'un actionnaire doit être considéré comme des fonds de tiers¹⁰⁰. L'abandon de créance fait par conséquent, en principe partie du bénéfice imposable sans considération de l'état financier de la société.

Cependant, l'AFC qualifie dans certains cas l'abandon de créance comme un apport. Premièrement, lorsque l'on peut considérer que les prêts consentis par les actionnaires avaient été assimilés à des fonds propres, soit du capital propre dissimulé. Deuxièmement, lorsque l'abandon de créance se rattache à un prêt octroyé par l'actionnaire en raison de la mauvaise marche des affaires et qu'il apparaît que des tiers indépendants ne l'auraient pas

⁹⁵ GLAUSER, Apports, p. 190.

⁹⁶ ALTORFER / ALTORFER, Kapitaleinlageprinzip – 2. Teil, p. 310.

⁹⁷ A ce sujet, voir GLAUSER, Apports, p. 190s.

⁹⁸ DANON, Commentaire LIFD, art. 60 N 21.

⁹⁹ Selon notre opinion, une similitude des notions d'apport utilisées aux art. 60 lit. a LIFD et 20 al. 3 LIFD peut être faite.

¹⁰⁰ Circulaire AFC n° 14, Abandons de créances, ch. 2.

octroyé dans de pareilles circonstances¹⁰¹. Selon cette approche, est déterminante la situation au moment de l'octroi du prêt et non de l'abandon de créance. Dans les deux dernières hypothèses évoquées, l'abandon de créance est considéré comme un apport et donc tombe sous le coup de l'application de l'art. 60 lit. a LIFD. Par analogie des notions d'apport avec les art. 20 al. 3 LIFD et 5 al. 1^{bis} LIA, un remboursement d'apport opéré par le biais d'un abandon de créance dans ces circonstances est franc d'impôt par application du principe de l'apport en capital¹⁰².

5.4.2.2 Position de la doctrine

Au sein de la doctrine, la qualification de l'abandon de créance par les actionnaires ne suit pas l'opinion de l'AFC. Deux théories se font face.

Selon la première école, le critère fondamental est celui du sujet qui consent à un abandon de créance. Si celui-ci est un des actionnaires de la société alors l'abandon de créance doit être qualifié d'apport au sens de l'art. 60 lit. a LIFD¹⁰³. Cette approche appliquée par analogie aux art. 20 al. 3 LIFD et 5 al. 1^{bis} LIA est des plus favorables à l'actionnaire sous l'angle du principe de l'apport en capital. Elle permet un remboursement franc d'impôt de tous les apports provenant des détenteurs de parts quelle qu'en soit leur forme juridique ou leur cause.

Selon le deuxième courant, est prise en considération la qualité en laquelle l'actionnaire octroie la prestation, soit l'abandon de créance. Si l'actionnaire consent à l'abandon de sa créance comme le ferait un créancier tiers non détenteur de parts alors la prestation est qualifiée de bénéfice, soit imposable. En revanche, si l'abandon de créance est consenti uniquement du fait que le créancier agit en sa qualité d'actionnaire de la société, il sera considéré, dans cette hypothèse, comme un apport tombant sous le coup de l'art. 60 lit. a LIFD¹⁰⁴. Afin de distinguer en quelle qualité agit l'actionnaire, il convient de se référer au principe de pleine concurrence. Si l'abandon de créance respecte le principe de pleine concurrence et pourrait être assimilé à un abandon de créance émanant d'un créancier tiers, il sera considéré comme un bénéfice. Dans le cas contraire, il s'agira d'un apport. Cette deuxième approche est fondée sur la *causa societatis*, soit la qualité en laquelle l'actionnaire consent à l'abandon de créance. Dès lors, la situation financière de la société n'est pas un élément déterminant quant à la qualification de la prestation¹⁰⁵.

Selon notre opinion, la qualification d'apport par rapport à une prestation est un avantage propre à la qualité d'actionnaire. En effet, par son lien à la société, l'actionnaire accepte de faire des concessions dans le but de la bonne marche de celle-ci. En l'occurrence, si l'abandon de créance est consenti comme le ferait n'importe quel tiers, ce lien spécial qui lie l'actionnaire à la société devient secondaire, voire inexistant. Dès lors, nous nous rattachons à la deuxième opinion doctrinale exposée. De plus, une application par analogie au principe de l'apport en capital renforce cette théorie. Dans l'hypothèse où une prestation est qualifiée d'apport, elle reviendra en franchise d'impôt à l'actionnaire. Il convient donc de

¹⁰¹ Circulaire AFC n° 14, Abandons de créances, ch. 3.

¹⁰² Comme l'a d'ailleurs confirmé l'AFC dans sa circulaire n° 32 sur les assainissements, ch. 3.1.

¹⁰³ DANON, Commentaire LIFD, art. 60 N 28.

¹⁰⁴ LOCHER, Kommentar DBG II, art. 60 N 25 ; BRÜLISAUER / HELBING, Kommentar DBG, art. 60 N 43 ; DANON, Commentaire LIFD, art. 60 N 29.

¹⁰⁵ DANON, Commentaire LIFD, art. 60 N 29.

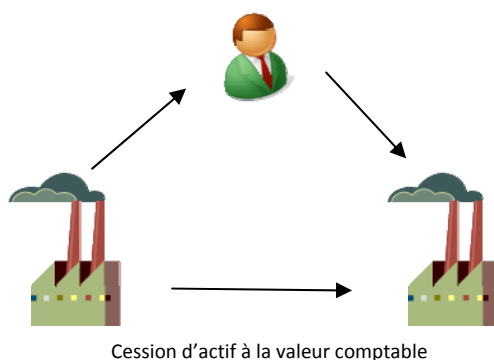
réserver la qualification d'apport à des prestations particulières en relation avec la qualité d'actionnaire.

5.4.2.3 Position ressortant du message de la réforme II de l'imposition des entreprises¹⁰⁶

Le message de la RIE II semble suivre dans un premier temps le deuxième courant doctrinal se fondant sur la *causa societatis*. Le texte du message décrit que les abandons de créance des actionnaires ne seront qualifiés d'apport que s'il est démontré que la décision correspondante découle de la qualité d'actionnaire des personnes concernées¹⁰⁷. En revanche, il ajoute un point particulier s'écartant de cette approche doctrinale, en avançant que tous les abandons de créance opérés dans le cadre d'un assainissement ne seront pas considérés comme des apports.

Toutefois ni le cadre légal ni l'AFC ne suivent cette approche¹⁰⁸. Il y a donc lieu de relativiser cette affirmation et d'appliquer un raisonnement identique à celui présenté dans le présent chapitre quant à la détermination d'apport en capital en relation aux abandons de créance.

5.5 Attribution d'avantages entre sociétés-sœurs



Lors de l'attribution d'avantages entre sociétés-sœurs une relation triangulaire se présente. Le cas de figure comportant un intérêt particulier en relation avec le principe de l'apport en capital est celui de deux sociétés-sœurs et d'un actionnaire commun détenant ses titres de participation dans sa fortune privée. C'est uniquement de cette relation qu'il sera question.

Un groupe de sociétés a le droit de conclure des contrats ou transactions entre ces membres. Cependant, d'un point de vue fiscal ces relations d'affaires doivent respecter le principe de pleine concurrence (« *dealing at arm's length* »¹⁰⁹). Le prix des transactions entre sociétés d'un même groupe doit être le même que celui qui serait opéré pour des transactions avec des tiers.

Lorsqu'une opération effectuée entre deux sociétés-sœurs engendre une charge pour la société distributrice et un avantage pour l'autre société et qu'au surplus, cet avantage n'aurait pas été consenti à des tiers indépendants, il s'agit d'une prestation appréciable en

¹⁰⁶ FF 2005 4469.

¹⁰⁷ Message RIE II, FF 2005 4469, p. 4538.

¹⁰⁸ Circulaire AFC n° 32, Assainissements, ch. 3.1.

¹⁰⁹ Arrêt du TF du 16 juin 2000 in : StE 2000 B 24.4 55, consid. 4a ; arrêt du TF du 09 juillet 1999 in : StE 1999 A 24.34, consid. 3.

argent¹¹⁰. Ce type de prestation peut être qualifié de distribution de dividende dissimulée. Une distribution de dividende dissimulée est caractérisée par le fait qu'une société effectue une prestation sans contre-prestation suffisante à une société du groupe et que l'appauvrissement de la société distributrice est reconnaissable et important¹¹¹.

L'intérêt de l'attribution de cet avantage se situe principalement au niveau de la société-sœur bénéficiaire¹¹². Ce transfert peut notamment être avantageux lorsque les sociétés-sœurs se trouvent dans deux Etats distincts et que le taux d'imposition de la société-sœur bénéficiaire est plus avantageux que celui de l'Etat de la société-sœur distributrice. Ainsi, le montant du bénéfice imposable est augmenté du côté de la société-sœur bénéficiaire et diminué dans les comptes de la société-sœur distributrice.

Lorsqu'une distribution de dividende dissimulée est opérée, les règles fiscales de l'art. 58 al. 1 lit. b et c LIFD ont pour but de corriger la situation, soit par la réintégration de charges, soit par l'intégration de produits non comptabilisés au bénéfice, toutefois ces règles ne sont pas étudiées plus en détails dans le présent exposé.

5.5.1 Théorie du triangle

Lorsqu'une distribution dissimulée de dividende est réalisée à l'intérieur d'une relation triangulaire, il est nécessaire de déterminer à quel sujet cet avantage doit fiscalement être attribué. Dans cette optique, deux théories s'opposent, d'une part, la théorie du triangle et d'autre part, la théorie du bénéficiaire direct. Il est utile de préciser que lorsque l'attribution d'avantage dissimulée est faite en faveur d'un actionnaire, seul celui-ci peut être considéré comme en étant le bénéficiaire. Néanmoins, lorsqu'il s'agit d'une distribution en faveur d'un proche de l'actionnaire, en l'espèce la société-sœur, et que cette distribution repose sur le lien entre l'actionnaire et la société distributrice, la question de l'attribution devient plus complexe¹¹³.

Le choix entre les deux méthodes mentionnées varie en fonction de l'impôt concerné. Nous verrons qu'en principe la théorie du triangle a vocation à s'appliquer pour les impôts directs, soit l'impôt sur le revenu et l'impôt sur le bénéfice. En revanche, pour ce qui est de l'impôt anticipé, la théorie du bénéficiaire direct est préférée¹¹⁴.

Selon la théorie du bénéficiaire direct, lors de l'attribution d'un avantage entre sociétés-sœurs, la société disposant de cet avantage est directement considérée comme bénéficiaire. Bien que l'actionnaire commun soit à la base de l'attribution de l'avantage, il n'est pas considéré comme le bénéficiaire¹¹⁵. Cette approche se fonde principalement sur des critères de droit civil.

Quant à la pratique liée aux impôts directs, la théorie du triangle s'est aujourd'hui imposée au niveau de la doctrine majoritaire¹¹⁶ et de la jurisprudence¹¹⁷. Par rapport à la théorie du

¹¹⁰ GLAUSER, Apports, p. 106.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 310.

¹¹² REICH, Vorteilzuwendungen, p. 636.

¹¹³ DANON, Commentaire LIFD, art. 57-58 N 173.

¹¹⁴ GEHRIG, p. 337 ; HOCHREUTENER, p. 87.

¹¹⁵ BAUER-BALMELLI, Kommentar VStG, art. 21 N 23.

¹¹⁶ SCHÄRRER, p. 307 ; YERSIN, p. 250 ; REICH, Vorteilzuwendungen, p. 635 ; GLAUSER, Apports, p. 317.

¹¹⁷ Cependant, par le passé, l'alternative entre théorie du triangle et théorie du bénéficiaire direct fut problématique. C'est surtout au niveau de la jurisprudence du TF que la question s'est vue attribuée des réponses allant parfois dans un sens et parfois dans l'autre. Dans le cadre de prestation effectuée au sein

bénéficiaire direct se fondant sur le droit civil, la théorie du triangle prend en compte une vision économique et détermine ainsi qui dispose effectivement de l'avantage. Cette conception est appliquée dans plusieurs Etats européens¹¹⁸.

Selon ladite théorie, l'attribution d'un avantage entre sociétés-sœurs ne peut être considérée de manière directe mais doit être scindé en deux étapes. Premièrement, une distribution dissimulée à l'actionnaire par la société distributrice suivi d'un apport dissimulé de l'actionnaire à la société réceptrice¹¹⁹. Ce procédé en deux temps trouve son fondement dans l'idée que seul un actionnaire détenant des droits de participation dans les deux sociétés-sœurs peut faire en sorte que l'une des deux sociétés-sœurs perçoive un avantage¹²⁰. YERSIN¹²¹ décrit que la relation entre l'actionnaire et le bénéficiaire de la prestation doit être suffisamment étroite pour que celui-ci accepte que la société à laquelle il est intéressé subisse un préjudice.

5.5.2 Examen des conséquences fiscales au regard des différents sujets impliqués

Dans la situation triangulaire se présentant, les sujets en relation sont la société distributrice, la société bénéficiaire ainsi que l'actionnaire (personne physique détenant ses titres dans la fortune privée). Lors de cette attribution considérée comme une distribution dissimulée de bénéfice, plusieurs impôts entrent en ligne de compte. La situation fiscale de chacun des membres de la relation fait l'objet de ce chapitre.

Il y a lieu de se concentrer initialement sur la société distributrice. Rappelons que selon la théorie du triangle préconisée en matière d'impôts directs, elle est réputée faire une distribution dissimulée à l'actionnaire. Suite à cette distribution dissimulée, la société distributrice se trouve appauvrie. Cet appauvrissement peut notamment découler de la cession d'un actif à une valeur inférieure à sa valeur vénale. Quelle que soit l'origine de l'appauvrissement, celui-ci est corrigé par le biais de l'art. 58 al. 1 lit. b ou lit. c LIFD. Le montant de l'appauvrissement est réintégré dans le bénéfice imposable de la société distributrice.

Le deuxième sujet concerné par l'opération, en application de la théorie du triangle est l'actionnaire commun des deux sociétés-sœurs. Dans son chef, l'imposition a lieu en tant qu'impôt sur le rendement de la fortune, plus particulièrement en tant que rendement de participation imposé partiellement selon l'art. 20 al. 1^{bis} LIFD¹²².

En dernier lieu, la situation fiscale de la société bénéficiaire doit être examinée. Toujours selon la théorie du triangle, l'actionnaire est réputé effectuer une prestation envers la société bénéficiaire se présentant sous la forme d'un apport dissimulé. La qualification de l'avantage attribué se fonde uniquement sur le fait qu'il est opéré en lien avec les droits de

d'un groupe, le TF a aujourd'hui confirmé l'application du principe de la théorie du triangle (ATF 119 Ib 116 ; arrêt du TF 2P.280/2001 ; 2A.475/2001 du 30 avril 2002, in : Revue fiscale 9/2002, p. 558-563).

¹¹⁸ DANON, Commentaire LIFD, art. 57-58 N 175, notamment en Allemagne.

¹¹⁹ GLAUSER, Apports, p. 311.

¹²⁰ SCHÄRRER, p. 307.

¹²¹ YERSIN, p. 250.

¹²² Les conditions à l'imposition partielle seront remplies pratiquement dans tous les cas, puisqu'il est rare en pratique, que des distributions dissimulées de bénéfice soient opérées en faveur d'actionnaires minoritaires (DANON, Commentaire LIFD, art. 57-58 N 132).

participation détenus dans la société bénéficiaire¹²³. La fortune de la société bénéficiaire est augmentée du fait de l'actionnaire, dès lors, l'art. 60 lit. a LIFD traitant des apports a vocation à s'appliquer¹²⁴. Les apports n'entrant pas dans le bénéfice imposable, la société bénéficiaire n'est donc pas imposée sur le montant de l'apport.

En application de l'ancien principe de la valeur nominale, la situation triangulaire dont il est traité en l'espèce a suscité certaines critiques¹²⁵. En effet, l'attribution d'un tel avantage entre sociétés-sœurs déclenche plusieurs impositions. Premièrement, au niveau de la société distributrice qui voit son bénéfice être redressé par le biais de l'art. 58 LIFD. Deuxièmement, auprès de l'actionnaire qui se voit imputer un rendement de participation et qui est imposé selon l'art. 20 al. 1 lit. c LIFD ou plus fréquemment selon l'art. 20 al. 1^{bis} LIFD. Jusque-là, il s'agit d'une simple situation de double imposition économique. Cependant, le problème apparaît lors du remboursement de l'apport effectué à la société bénéficiaire par l'actionnaire. En effet, selon le principe de la valeur nominale, le remboursement de cet apport est imposé du fait qu'il ne constitue pas un remboursement du capital nominal. Par conséquent, une triple imposition est finalement opérée.

5.5.3 Impact du principe de l'apport en capital

L'application du principe de l'apport en capital pour la relation triangulaire composée d'un actionnaire personne physique détenant ses parts dans la fortune privée serait une solution appropriée à l'élimination de la triple imposition exposée. Par ce principe, les remboursements des apports de l'actionnaire se font francs d'impôt¹²⁶. Dans le cas de figure présenté, les apports effectués à la société-sœur en application de la théorie du triangle reviendraient en franchise d'impôt à l'actionnaire qui les a versés.

A première vue, la situation se présente de manière favorable puisque le principe de l'apport en capital est entré en vigueur avec la RIE II. Cependant, selon le message de la loi accompagnant la RIE II, les relations en triangle ne peuvent donner lieu à un apport en capital¹²⁷. En d'autres termes, le remboursement d'apport est imposé en tant que rendement de participation dans le chef de l'actionnaire lors d'une relation en triangle.

5.5.3.1 Position de l'AFC

Du côté de l'AFC¹²⁸, force est de constater qu'un avis identique est émis. Elle indique que les situations en triangle ne donnent pas lieu à des apports en capital. Selon l'AFC qui se réfère au droit commercial, les apports ne sont pas considérés comme versés directement par le détenteur et de ce fait ne peuvent être qualifiés de réserves issues d'apports de capitaux. Par cette opinion, l'AFC semble vouloir écarter l'application de la théorie du triangle. Elle invoque au surplus que les apports ne peuvent pas être comptabilisés ouvertement au bilan dans un cas d'espèce.

¹²³ REICH, Vorteilzuwendungen, p. 636.

¹²⁴ Pour plus de détails sur le traitement des apports dissimulés dans le chef de l'art. 60 lit. a LIFD, se référer ci-dessus au chapitre 5.3.

¹²⁵ GEHRIG, p. 305s.

¹²⁶ Art. 20 al. 3 LIFD ; art. 5 al. 1^{bis} LIA.

¹²⁷ Message RIE II, FF 2005 4469, p. 4538.

¹²⁸ Circulaire AFC n° 29, Principe de l'apport en capital, ch. 2.2.1.

5.5.3.2 Impôt sur le revenu

Dès lors, si la théorie du triangle n'a pas vocation à s'appliquer dans le cadre de l'art. 20 al. 3 LIFD, l'actionnaire doit être imposé à titre de rendement de participation lorsque l'apport qu'il a versé à la société distributrice (qui constituait la société bénéficiaire) lui est remboursé. Il faut donc relever que si la théorie du triangle n'a pas vocation à s'appliquer au moment du remboursement à l'actionnaire, il n'y a pas lieu de l'appliquer lors de l'apport à la société bénéficiaire. Par conséquent, l'imposition de l'actionnaire des deux sociétés-sœurs sur la base de l'art. 20 al. 1^{bis} LIFD¹²⁹ à titre de distribution dissimulée de bénéfice n'est pas fondée.

5.5.3.3 Impôt anticipé

Du point de vue de l'impôt anticipé, la théorie du triangle ne trouve en principe pas application, c'est la théorie du bénéficiaire direct qui fait foi¹³⁰. Selon cette théorie, la prestation perçue par la société bénéficiaire est directement effectuée par la société distributrice sans passer par l'actionnaire.

L'interprétation donnée par l'AFC à l'art. 5 al. 1^{bis} LIA exige que l'apport ait été effectué directement par l'actionnaire pour bénéficier d'un remboursement franc d'impôt¹³¹. Dès lors, on pourrait en conclure une impossibilité de l'application du principe de l'apport en capital puisqu'au travers de la théorie du bénéficiaire direct, l'apport ne passe pas par l'actionnaire mais provient directement de la société distributrice.

Toutefois, cette situation de blocage est évitée par un raisonnement basé sur la systématique de la loi. La LIA est structurée en deux parties : la première partie concernant la perception de l'impôt anticipé (art. 4 à 20 LIA) et la deuxième le remboursement de l'impôt anticipé (art. 21 à 33 LIA). Le principe de l'apport en capital figure à l'art. 5 al. 1^{bis} LIA soit dans la première partie concernant la perception alors que la théorie du bénéficiaire direct est applicable dans le cadre du remboursement de l'impôt. Dès lors, ces deux principes n'entrent pas en contradiction puisqu'ils concernent pour l'un la perception de l'impôt et pour l'autre le remboursement. BRÜLSAUER et SUTER soutiennent quant à eux que la théorie du triangle doit être appliquée à l'impôt anticipé dans le cas d'espèces¹³².

5.5.4 Prise de position

A notre sens et comme le soutient la doctrine, la théorie du triangle doit trouver application dans le cadre de l'art. 20 al. 3 LIFD et permettre le remboursement franc d'impôt à l'actionnaire¹³³. En effet, plusieurs arguments penchent en faveur de cette opinion. Premièrement, l'application de cette théorie aux impôts directs, soit impôt sur le revenu et impôt sur le bénéfice n'est aujourd'hui plus contestée¹³⁴. Deuxièmement, comme il a déjà été mentionné dans cet exposé, les art. 60 lit. a LIFD et 20 al. 3 LIFD se recoupent quant à la

¹²⁹ Ou sur l'art. 20 al. 1 LIFD.

¹³⁰ GEHRIG, p. 337; HOCHREUTENER, p. 87.

¹³¹ Circulaire AFC n° 29, Principe de l'apport en capital, ch. 2.1, il en est par ailleurs de même pour ce qui concerne l'impôt sur le revenu.

¹³² Pour un exposé de leur raisonnement, Kapitaleinlageprinzip, p. 123s.

¹³³ DANON, Le principe de l'apport en capital – 2^e partie, p. 97s. ; BRAUCHLI ROHRER / ATHANASSOGLU, Handlungsbedarf - 1.Teil, p. 690; RETO, p. 100 ; BRÜLSAUER / SUTER, Kapitaleinlageprinzip – 1.Teil, p. 121 ; DANON / MARTINEZ, à paraître, p. 29ss. Pour un avis contraire voir ALTORFER /ALTORFER, Kapitaleinlageprinzip – 2. Teil, p. 312.

¹³⁴ Voir ci-dessus chapitre 5.5.1 et plus particulièrement la note de bas de page n° 117.

notion d'apport utilisée. La théorie du triangle est appliquée sans réserve à l'art. 60 lit. a LIFD. Ainsi, une distribution dissimulée de bénéfice effectuée par un proche de l'actionnaire, par exemple une société-sœur est qualifiée d'apport au niveau de la société bénéficiaire¹³⁵. Cette théorie est appliquée alors même qu'aucune notion de proche n'est évoquée à l'art. 60 lit. a LIFD. Troisièmement, la condition selon laquelle l'apport devait être effectué directement par l'actionnaire pour bénéficier d'un remboursement franc d'impôt ne figure plus à l'art. 20 al. 3 LIFD du texte adopté. En effet, cette condition prévue initialement dans le projet de loi du Conseil fédéral a par la suite été supprimée.

L'AFC exprime également une impossibilité de comptabilisation des apports effectués par l'actionnaire lors d'une relation en triangle¹³⁶. La société-sœur bénéficiaire de l'apport comptabilise ce dernier à sa valeur comptable lorsqu'elle le reçoit. La différence entre la valeur comptable et la valeur vénale du bien est considéré comme un apport dissimulé. L'AFC s'oppose à la comptabilisation de cet apport dissimulé. Cependant, selon la jurisprudence¹³⁷, une réévaluation du bien à sa valeur vénale ne transgresse pas le droit commercial. De plus, comme il l'a déjà été souligné, l'art. 125 al. 3 LIFD comporte un caractère avant tout procédural¹³⁸ et ne saurait faire échec à une règle matérielle telle que celle du principe de l'apport en capital découlant de l'art. 20 al. 3 LIFD et de l'art. 5 al. 1^{bis} LIA.

En dernier lieu, il ne saurait être possible pour l'administration de se fonder tantôt sur la réalité économique pour taxer l'actionnaire à titre de distribution de bénéfice dissimulée puis sur une interprétation de droit civil pour éviter le remboursement franc d'impôt sans violer le principe constitutionnel de la bonne foi¹³⁹.

6. Principe de l'apport en capital et transformation d'une société de personnes en société de capitaux

La transformation d'une société de personnes en société de capitaux est l'une des restructurations les plus fréquentes en pratique, notamment la transformation d'une raison individuelle en société anonyme ou en société à responsabilité limitée traitée en l'espèce¹⁴⁰. La circulaire de l'AFC traitant d'une part, de l'excédent d'actif lors de la transformation et d'autre part, de la violation du délai de blocage, ces deux points feront l'objet des chapitres suivants¹⁴¹.

6.1 Neutralité fiscale de la transformation

La neutralité fiscale découlant de l'art. 19 al. 1 LIFD est soumise au respect de certaines conditions¹⁴². Le maintien de l'assujettissement en Suisse ainsi que la reprise des éléments à

¹³⁵ DANON, Commentaire LIFD, art. 60 N 7.

¹³⁶ Circulaire AFC n° 29, Principe de l'apport en capital, ch. 2.2.1.

¹³⁷ Arrêt du TF 2A. 157/2001 du 11.03.2002, in : RDAF 2002 II 131 ; arrêt du TF 2C_392/2009 du 23 août 2010, in : RDAF 2011 II 70, consid. 5.4.

¹³⁸ Voir ci-dessus chapitre 4.

¹³⁹ Art. 9 Cst ; DANON, Le principe de l'apport en capital – 2^e partie, p. 97 ; DANON / MARTINEZ, à paraître, p. 31.

¹⁴⁰ Cette transformation est considérée comme « improprement dite », du fait qu'elle ne soit pas régie par la LFus.

¹⁴¹ Circulaire AFC n° 29, Principe de l'apport en capital, ch. 5.1.

¹⁴² Certains auteurs considèrent qu'il n'y a pas de réalisation fiscale effective des réserves latentes lors de restructuration, ainsi, les dispositions fiscales sur les restructurations n'auraient qu'une portée déclarative. D'autres, sont d'avis qu'il y a effectivement réalisation fiscale des réserves latentes et que les

leur dernière valeur comptable sont les conditions générales d'application de cette disposition. Certaines restructurations sont qualifiées de très privilégiées. C'est notamment le cas de la transformation d'une société de personnes en société de capitaux qui pourrait ressembler à une aliénation à titre onéreux et qui serait en l'espèce imposable¹⁴³. De ce fait, certaines conditions supplémentaires leur sont applicables. L'exigence de présence d'une exploitation ou d'une partie d'exploitation ainsi que le respect du délai de blocage font partie de ces conditions spécifiques permettant une exonération d'impôt sur les réserves latentes.

Dans le cadre du principe de l'apport en capital, la circulaire de l'AFC précise que l'excédent d'actif peut être comptabilisé au bilan commercial de la société sans incidence fiscale¹⁴⁴. Ainsi, le traitement de cet excédent n'est pas problématique puisqu'il s'enregistre dans la société reprenante sous le compte de réserves issues d'apports.

6.1.1 Non-respect du délai de blocage de cinq ans

Une aliénation des droits de participation ou de sociétariat dans les cinq ans suivant la transformation engendre un rappel d'impôt si l'actionnaire obtient un prix supérieur à la valeur fiscale déterminante du capital propre transféré¹⁴⁵. Ce procédé a pour but de taxer les réserves latentes passées en franchise d'impôt lors de la transformation. Par une aliénation intervenant durant le délai de blocage, l'actionnaire réalise les réserves latentes. Seules les réserves latentes transférées au moment de la transformation font l'objet de la taxation¹⁴⁶. Elles sont constituées de la différence entre le prix de vente des actions et la valeur comptable des actifs transférés au moment de la transformation. Le rappel d'impôt a donc un effet rétroactif. Les réserves latentes de la société de capitaux créées après la transformation ne sont pas comprises dans l'assiette de l'impôt et doivent être qualifiées de gain en capital franc d'impôt¹⁴⁷.

Le sujet de cette imposition *ex tunc* des réserves latentes est le sujet transférant, soit l'ancien entrepreneur devenu actionnaire. Les réserves latentes sont donc imposées au titre de revenu de l'activité indépendante selon l'art. 18 LIFD.

Du côté de la société reprenante, la violation du délai de blocage permet une réévaluation des actifs à hauteur du montant des réserves latentes taxées. Cette réévaluation se fait en franchise d'impôt. L'objectif est de ne pas taxer les mêmes réserves latentes par deux fois¹⁴⁸. Si les réserves latentes ne peuvent pas être attribuées à des actifs déterminés, elles constituent alors un *goodwill* qui pourra être amorti sur cinq ans¹⁴⁹. La contrepartie de cette réévaluation d'actifs est traitée au passif comme du bénéfice selon l'art. 19 al. 2 *in fine* LIFD. Il en découle que les réserves latentes sont comptabilisées dans un compte de réserve au

règles de la LIFD introduisent une exception à cette réalisation bien que les conditions de réalisation soient remplies. En définitive, la question n'a que peu d'importance au niveau des restructurations étant donné que les art. 19 et 61 LIFD décrivent expressément que les réserves latentes ne sont pas taxées si la restructuration respecte certaines conditions (pour plus de détails à ce sujet, voir LOCHER, Zur Einführung, p. 678s.)

¹⁴³ MERLINO / MORAND, p. 65.

¹⁴⁴ Circulaire AFC n° 29, Principe de l'apport en capital, ch. 5.1.

¹⁴⁵ Art. 19 al. 2 LIFD.

¹⁴⁶ Précisé par la loi à l'art. 19 al. 2 LIFD ainsi que dans le message de la LFus, FF 2000 3995, p. 4028.

¹⁴⁷ OBERSON / GLAUSER, Commentaire LIFD, art. 19 N 35.

¹⁴⁸ MERLINO / MORAND, p. 71.

¹⁴⁹ Circulaire AFC n° 5, Restructurations, ch. 3.2.3.2.

passif. La situation peut être assimilée à une constitution de société anonyme où les actionnaires constitueraient un apport par le biais d'un agio¹⁵⁰.

Selon SCHÄRRER, la comptabilisation des réserves latentes dans un compte créancier reviendrait à la situation initiale de la transformation, comme si ces réserves latentes avaient directement été intégrées¹⁵¹.

Toutefois, il existe une controverse quant à la contre-écriture de la réévaluation d'actifs opérée suite à la violation du délai de blocage. Selon certains auteurs, celle-ci devrait figurer au débit du compte actionnaires¹⁵². D'après cette optique, les réserves latentes se présenteraient comme des apports non encore libérés des actionnaires. D'autres considèrent, de manière indiscutable que le texte légal de l'art. 19 al. 2 *in fine* LIFD préconise de comptabiliser la contre-écriture au niveau d'un compte de réserve¹⁵³.

A notre avis, la solution de la contre-écriture au niveau du compte de réserve paraît la plus adaptée. En effet, l'existence d'un compte actionnaires n'est pas garantie dans toutes les sociétés, il faut pour cela que les actions soient nominatives. En revanche, un compte de réserve se retrouve dans la plupart des sociétés et sa création ne dépend aucunement d'autres éléments, si ce n'est d'avoir des réserves à comptabiliser.

REICH¹⁵⁴ avance également que la contre-écriture dans un compte actionnaires violerait la compétence du conseil d'administration, amené à décider de l'appel ultérieur des apports¹⁵⁵ ainsi que la protection des créanciers. Ces derniers seraient lésés par une contre-écriture au compte actionnaires alors qu'une contre-écriture dans un compte de réserve, leur procurerait une garantie quant au paiement de leur créance. Il déclare en ce sens que le point de vue défendu par le courant doctrinal opposé viole le droit civil.

Nous verrons par l'examen de la situation de la distribution subséquente de ces réserves latentes en application du principe de la valeur nominale, pourquoi certains auteurs préconisent la contre-écriture dans un compte actionnaires.

6.1.1.1 Situation sous le principe de la valeur nominale

Par une distribution ultérieure des réserves latentes à l'actionnaire qui sont désormais inscrites au passif du bilan, l'impôt sur le revenu à titre de rendement de la fortune mobilière et l'impôt anticipé sont prélevés. En effet, le principe de la valeur nominale soumet à l'impôt tout remboursement du capital ne représentant pas un remboursement du capital nominal¹⁵⁶.

Par conséquent, bien que les réserves latentes ne soient pas taxées au niveau de la société lors de la réévaluation des actifs, elles finissent par l'être au moment de leur distribution à l'actionnaire. L'objectif initial visé, soit le fait d'éviter une imposition multiple des mêmes réserves latentes n'est en définitive pas atteint en application du principe de la valeur nominale.

¹⁵⁰ GURTNER, p. 748.

¹⁵¹ SCHÄRRER, p. 285.

¹⁵² Voir NEUHAUS, p. 28s. et GURTNER, p. 747.

¹⁵³ GLAUSER, Apports, p. 171 voir note de bas de page n° 1293 ; REICH, Kommentar DBG, art. 19 N 79 ; OBERSON / GLAUSER, Commentaire LIFD, art. 19 N 36.

¹⁵⁴ REICH, note de l'arrêt du TF du 05.07.1979, in : StR 1980, p. 26ss.

¹⁵⁵ Art. 634a al. 1 CO.

¹⁵⁶ Art. 20 al. 1 lit. c LIFD ; art. 4 LIA al. 1 lit. b et art. 20 OIA.

C'est pour cette raison que certains auteurs favorisent une contre-écriture dans un compte actionnaires suite à la réévaluation d'actifs découlant de la violation du délai de blocage. Lorsque le compte actionnaires est crédité, comme il le serait en l'espèce, cela a pour signification comptable de diminuer le montant des apports que les actionnaires devaient encore à la société des suites de la libération partielle du capital nominal. Par ce mécanisme, les réserves latentes qui sont à l'origine de cette baisse de montant sont considérées comme des apports au capital nominal ou plus simplement comme du capital nominal. Par conséquent, au moment de leur remboursement subséquent, elles seront exonérées d'impôt. En effet, le principe de la valeur nominale laisse franc d'impôt le remboursement de capital nominal.

6.1.1.2 Situation sous le principe de l'apport en capital

Selon REICH¹⁵⁷, la contre-écriture des réserves latentes due à la violation du délai de blocage doit se faire au niveau du bilan fiscal dans un compte de réserve. Comme la majorité des auteurs¹⁵⁸, il considère que seul le bilan fiscal est modifié. Toujours selon lui, la taxation rétroactive des réserves latentes au niveau de l'ancien entrepreneur n'a pas fait disparaître ces réserves de la nouvelle société. Elles n'ont pas été remboursées. Ainsi, n'apparaissant pas au bilan commercial, elles constituent des apports dissimulés des actionnaires. Il considère de ce fait que le remboursement de ces réserves latentes aux actionnaires constitue un remboursement d'apports qui ne peut être considéré comme un rendement de fortune mais comme un transfert de fortune. Finalement, il opte de manière plus que décisive pour l'application du principe de l'apport en capital. En effet, par l'application de ce principe en relation avec la situation précitée, le remboursement des apports comptabilisés ou dissimulés demeure franc d'impôt.

A l'époque où REICH exprimait son opinion, l'art. 125 al. 3 LIFD n'était pas encore au goût du jour. Cet article relatif à la procédure de taxation exige que les apports des actionnaires figurent dans un compte séparé au bilan commercial. Cette condition est le pendant d'un remboursement franc d'impôt des apports. Or, comme nous l'avons vu, selon l'opinion dominante, la violation du délai de blocage n'entraîne qu'une modification du bilan fiscal mais aucun changement au bilan commercial. Par conséquent, la condition de l'art. 125 al. 3 LIFD n'est pas satisfaite. Au moment de leur remboursement, les réserves latentes rattachées aux apports effectués au moment de la transformation sont donc imposées à titre de rendement de participation.

L'AFC décrit dans sa circulaire que si les réserves latentes transférées font l'objet d'un rappel d'impôt en vertu de l'art. 19 al. 2 LIFD en cas de non-respect des délais de blocage, la société reprenante ne peut pas inscrire ces réserves issues d'apports en capitaux à son bilan commercial¹⁵⁹.

Cette opinion est critiquable pour plusieurs raisons qui ont déjà été mentionnées précédemment dans cet exposé¹⁶⁰. En premier lieu, selon la jurisprudence¹⁶¹, une

¹⁵⁷ REICH, Kommentar DBG, art. 19 N 79.

¹⁵⁸ GLAUSER, Apports, p. 169ss ; REICH, Kommentar DBG, art. 19 N 79 ; OBERSON / GLAUSER, Commentaire LIFD, art. 19 N 36.

¹⁵⁹ Circulaire AFC n° 29, Principe de l'apport en capital, ch. 5.1.

¹⁶⁰ Pour tous les arguments cités ci-dessous, voir : DANON / MARTINEZ, à paraître, p. 23s.

¹⁶¹ Arrêt du TF 2A. 157/2001 du 11.03.2002, in : RDAF 2002 II 131 ; arrêt du TF 2C_392/2009 du 23 août 2010, in : RDAF 2011 II 70, consid. 5.4.

réévaluation d'actif au bilan commercial à concurrence de sa valeur vénale ne porte pas atteinte aux règles du droit comptable. Ainsi, au moment de la violation du délai de blocage, les biens réévalués à hauteur du montant des réserves latentes pourraient figurer tels quels au bilan commercial. Deuxièmement, l'art. 125 al. 3 LIFD comporte un caractère procédural. Par l'imposition qui suit la violation du délai de blocage, le montant des réserves latentes est connu. Dès lors, la fonction de preuve de l'art. 125 al. 3 LIFD est remplie. Troisièmement, il y a lieu de traiter l'actionnaire et la société de manière cohérente dans le cadre de la procédure de rappel d'impôt. En effet, lors du rappel d'impôt, l'actionnaire est réputé avoir apporté les actifs à leur valeur vénale. Si cette situation s'était effectivement présentée, les réserves latentes auraient été portées directement au bilan commercial de la société reprenante au moment de la transformation. Par conséquent, elles auraient pu être restituées en franchise d'impôt. Dès lors, il n'y a pas de raison qu'une fiction soit appliquée à l'actionnaire pour fonder l'imposition mais qu'elle ne le soit pas à la société lorsque celle-ci distribue les réserves latentes.

Finalement, il y a lieu de signaler que les réserves latentes rattachées aux biens transférés lors de la transformation peuvent avoir disparues au moment de la violation du délai de blocage. Les actifs peuvent avoir perdu de la valeur et les réserves latentes en deviennent inexistantes. Dans cette situation, l'actionnaire est taxé sur le montant que représentaient ces réserves latentes au moment de la transformation. Comme décrit, la situation prise en compte est celle qui se présentait antérieurement et la procédure appliquée est celle du rappel d'impôt. Quant à la société reprenante, la violation du délai de blocage par l'actionnaire ne comporte aucune conséquence à son égard. Les biens transférés sont comptabilisés à la valeur comptable qui correspond à ce moment-là à la valeur vénale du bien.

7. Principe de l'apport en capital et transposition

7.1 Notion de transposition

La notion de transposition est apparue au travers de la jurisprudence au cours des années septante. Elle découle d'une extension de la notion de rendement de participation. La liquidation partielle indirecte, très proche de la transposition n'est pas étudiée dans cet exposé, celui-ci se limitant à la problématique de la transposition¹⁶².

La transposition se présente par un certain état de fait. Le contribuable qui détient des droits de participation dans sa fortune privée cède ses droits de participation par un apport ou par une vente à une autre société qu'il domine. En contrepartie, il obtient des actions ou une créance dont la valeur nominale est supérieure à celle des titres apportés. En principe, le sujet opérant la transaction n'est pas taxé car il effectue un gain en capital qui selon le droit fiscal suisse est exonéré d'impôt¹⁶³. Cependant selon le TF, cette opération a été jugée comme un revenu imposable au titre de rendement de participation pour le contribuable apportant les droits de participation¹⁶⁴. La transposition est dès lors un cas de réalisation systématique.

¹⁶² Sur la liquidation partielle indirecte voir notamment : GLAUSER, *Mergers & Acquisitions*, p. 347ss ; DANON, *Transposition et liquidation partielle indirecte*, p. 403ss.

¹⁶³ Art. 16 al. 3 LIFD.

¹⁶⁴ ATF 101 Ib 144, in : ASA 43, p. 588 sous l'empire de l'ancien art. 21 al. 1 lit. c AIFD.

7.2 Conditions de la transposition

Toutes les transactions d'apport en nature ou de vente de droits de participation ne peuvent être qualifiées de transposition. Pour que la transposition soit retenue et qu'il y ait une imposition systématique des réserves latentes, l'état de fait doit présenter certaines particularités. Ces conditions ont été établies par la jurisprudence du TF. Elles ont été développées sous l'empire de l'ancien droit de l'AIFD et ont continué d'être appliquées après l'entrée en vigueur de la LIFD¹⁶⁵. Elles ont finalement fait l'objet de l'introduction d'une base légale dans la LIFD¹⁶⁶.

Premièrement, l'actionnaire qui se présente soit en tant qu'apporteur soit en tant que vendeur, détient des droits de participation dans sa fortune privée. Ses droits de participation lui procurent des rendements soumis à l'impôt sur le revenu par le biais de l'art. 20 al. 1 lit. c LIFD ou par le biais de l'art. 20 al. 1^{bis} LIFD lors de la détention d'une participation qualifiée¹⁶⁷. Avant l'entrée en vigueur du principe de l'apport en capital, l'actionnaire était soumis au principe de la valeur nominale.

Deuxièmement, l'acquéreur qui se présente le plus souvent sous la forme d'une société de capitaux est soumis au principe de la valeur comptable. Les droits de participation obtenus sont détenus dans sa fortune commerciale. Jusqu'à l'entrée en vigueur du principe de l'apport en capital, il y avait donc un passage du principe de la valeur nominale à celui de la valeur comptable¹⁶⁸. Au travers du principe de la valeur comptable, la société acquéreur a la possibilité d'amortir les droits de participation qu'elle possède. Ainsi, une distribution ultérieure à l'actionnaire se fait en franchise d'impôt puisque le remboursement du capital nominal ou alors le remboursement du prêt de l'actionnaire ne sont pas soumis à l'impôt. Au surplus, l'amortissement des titres de participation crée une charge réduisant le bénéfice imposable de la société acquéreur. En définitive, la transposition fait disparaître à la fois un impôt sur le revenu mais diminue également l'assiette de l'impôt sur le bénéfice de la société.

Troisièmement, l'apporteur ou le vendeur¹⁶⁹ domine la société reprenante. Cette domination a aujourd'hui été chiffrée dans la loi à un seuil minimum de 50%¹⁷⁰. Ce seuil doit être pris en compte après le transfert des droits de participation. D'un point de vue économique, il découle de la jurisprudence¹⁷¹, que l'apport (vente) de participation dans une société dominée par l'apporteur ne constitue pas une réalisation. En effet, le pouvoir de disposition économique demeure en main de l'apporteur par le biais de la participation qu'il détient dans la société dominée. Bien que la société reprenante doive être dominée par l'apporteur pour qu'il y ait transposition, il est sans importance que la participation cédée soit majoritaire ou minoritaire¹⁷². Seul est déterminant le contrôle dominant dans la société

¹⁶⁵ Arrêt du TF du 15 août 2000, in : RDAF 2001 II 240.

¹⁶⁶ La réglementation quant à la transposition et la liquidation partielle indirecte a été adoptée par le biais de la « loi fédérale sur les modifications urgentes de l'imposition des entreprises » introduisant l'art. 20a LIFD.

¹⁶⁷ Depuis le 1^{er} janvier 2009.

¹⁶⁸ LOCHER, Kommentar DBG I, art. 20 N 114.

¹⁶⁹ Seul le terme « apporteur » est utilisé dans la suite du texte toutefois les conditions exposées s'appliquent de pareille manière dans le cas d'une vente de droit de participations.

¹⁷⁰ Art. 20a lit. b LIFD.

¹⁷¹ Arrêt du TF du 11 juin 2004, in : RDAF 2004 II 360, p. 364.

¹⁷² Arrêt du TF du 6 juillet 1998, in : RDAF 1999 II 218, p. 220ss petite participation d'actions cotées en bourse cédée en contrepartie d'une créance découlant d'un prêt envers une holding.

acquéreur à la suite de la transaction. Si l'apporteur dispose d'une influence dominante sur la politique de dividende de la société, cela suffit à fonder un cas de transposition¹⁷³.

En dernier lieu, les droits de participation apportés ou cédés le sont pour un montant supérieur à leur valeur nominale¹⁷⁴. En contrepartie du transfert des droits de participation, le contribuable reçoit une part au capital-actions de la société reprenante lorsqu'il a effectué un apport ou l'inscription d'une créance envers celle-ci lorsqu'il y a eu une vente¹⁷⁵.

Lorsque ces conditions sont remplies, le contribuable est réputé réaliser un revenu provenant de la fortune soumis à l'impôt et non un gain en capital exonéré. Il réalise un accroissement de son patrimoine non pas grâce à l'aliénation de la participation mais bien grâce à sa détention¹⁷⁶. Par conséquent, le montant de la différence entre la valeur nominale des titres et leur valeur d'apport est soumis à l'impôt sur le revenu. Le fondement du concept se retrouve dans l'idée que l'actionnaire n'aurait pas vraiment cédé ses titres à un tiers mais plutôt à lui-même au travers de la société qu'il contrôle¹⁷⁷. Autrement dit, il s'agirait d'une opération de restructuration interne et non d'une aliénation pouvant bénéficier de l'exonération du gain en capital¹⁷⁸. Par ce biais, l'actionnaire rend impossible l'imposition ultérieure des réserves ouvertes et/ou latentes qui se trouvaient attachées aux droits de participation transférés du fait que cette substance fiscale se transforme en une prétention en remboursement de capital ou de prêt en franchise d'impôt¹⁷⁹.

Pour éviter une imposition directe de l'actionnaire, la solution dite de l'agio a été consacrée par l'AFC¹⁸⁰. Selon cette solution, la différence entre la valeur nominale des droits de participation transférés et leur valeur d'apport peut être comptabilisée dans un compte de réserve. Ainsi, la matière imposable subsiste dans la société et est imposée lors d'une distribution à l'actionnaire au titre de rendement de participation. En effet, rappelons que sous le principe de la valeur nominale, seul le remboursement du capital nominal revenait franc d'impôt à l'actionnaire. Dès lors, toute distribution provenant d'un compte de réserve représentant un agio était considérée comme un rendement de participation et soumis à l'impôt sur le revenu dans le chef de l'actionnaire.

7.3 Impact du principe de l'apport en capital

Sous le principe de la valeur nominale, la « solution de l'agio » restait applicable¹⁸¹. Après l'entrée en vigueur du principe de l'apport en capital, l'art. 20a al. 1 lit. b LIFD reste inchangé. Cette règle basée principalement sur le principe de la valeur nominale ne peut pourtant plus être appliquée comme par le passé. En effet, comme le souligne le message de la RIE II¹⁸², la « solution de l'agio » devient inadaptée sous le principe de l'apport en capital. Alors que le remboursement de l'agio était taxé sous le principe de la valeur nominale, il devient franc d'impôt par l'introduction du principe de l'apport en capital. De ce fait, la

¹⁷³ Arrêt du TF du 7 juillet 1993, in : StE 1994 B 24.4 N 35 où l'actionnaire détenait une participation de 36,8% après la vente, suffisant à lui procurer une influence déterminante sur la politique de dividende.

¹⁷⁴ Art. 20a lit. b LIFD.

¹⁷⁵ DANON, Transposition et liquidation partielle indirecte, p. 398.

¹⁷⁶ Arrêt du TF du 15 août 2000, in : RDAF 2001 II 240, p. 242.

¹⁷⁷ OBERSON, Droit fiscal suisse, p. 122.

¹⁷⁸ Arrêt du TF du 14 mars 1975, in : RDAF 1976 179, p. 181.

¹⁷⁹ Circulaire AFC n° 6, Apport de participations dans une société dominée par le même actionnaire.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁸¹ DANON, Transposition et liquidation partielle indirecte, p. 402.

¹⁸² Message RIE II, FF 2005 II 4469, p. 4543.

substance sur laquelle existait une charge fiscale latente disparaît par l'application du principe de l'apport en capital. Par conséquent, l'art. 20a al. 1 lit. b et l'art. 20 al. 3 LIFD entrent en concurrence¹⁸³.

Dans sa circulaire sur le principe de l'apport en capital¹⁸⁴, l'AFC propose deux alternatives afin de faire subsister l'impôt lors d'une transposition sur l'excédant résultant de la différence entre la valeur de transfert et la valeur nominale et/ou la part proportionnelle des réserves issues d'apports en capital. La première hypothèse consiste à comptabiliser cet excédent au crédit du capital nominal et/ou au crédit des réserves issues d'apports en capital. Par cette option, l'apporteur des droits de participation est imposé directement au titre de rendement de participation selon les art. 20a al. 1 lit. b et 20 al. 3 LIFD sur la part de l'augmentation du capital nominal ou des réserves issues d'apports en capital. Par le biais de la deuxième alternative, l'excédent est comptabilisé au crédit des « autres réserves » soit celles ne correspondant pas aux réserves issues d'apports en capital. Cette solution se rapprochant de la « solution de l'agio » permet de conserver le substrat fiscal sur lequel il existe ainsi une charge latente puisque seules les distributions provenant des réserves issues d'apports en capital bénéficient d'une exonération d'impôt.

Il convient d'appliquer de préférence cette deuxième possibilité. En effet, l'art. 20a al. 1 lit. b LIFD se fonde essentiellement sur le principe de la valeur nominale. Par le biais de l'introduction du principe de l'apport en capital, le traitement réservé aux réserves issues d'apports change, l'impôt n'a plus lieu d'être. Par conséquent, il ne serait pas conforme à l'interprétation systématique et téléologique de la loi de traiter une partie du montant de ces réserves comme par le passé, en l'imposant au titre de rendement de participation¹⁸⁵. Une troisième alternative permettant d'éviter l'imposition des réserves latentes au moment de la transposition serait d'inscrire les participations apportées à la valeur nominale. Ainsi, les réserves latentes rattachées aux participations seraient imposées uniquement lors de leur réalisation effective.

Si le projet de modification du CO¹⁸⁶ entre en vigueur dans sa forme actuelle, le droit comptable prévoira trois types de réserves légales : la réserve légale issue du capital, la réserve légale issue du bénéfice et les réserves facultatives issues du bénéfice. Ainsi, l'excédent provenant de la transposition ne pourra plus être comptabilisé dans un compte permettant de conserver le substrat fiscal dans le but d'une imposition ultérieure¹⁸⁷. En effet, il serait contraire au principe de sincérité du droit comptable d'inscrire cet excédent dans la réserve issue du bénéfice, dès lors l'imposition sur l'excédent découlant de la transposition aura systématiquement lieu directement.

DANON¹⁸⁸ estime que l'impossibilité de conserver le substrat fiscal découlant de la transposition n'est pas admissible. Pour préserver une imposition ultérieure, il propose une possibilité pour le contribuable d'une renonciation à la qualification d'apport au sens de l'art. 20 al. 3 LIFD afin d'éviter l'application directe de l'art. 20a al. 1 lit. b LIFD. Ainsi

¹⁸³ ALTORFER / ALTORFER, Kapitaleinlageprinzip – 2. Teil, p. 320.

¹⁸⁴ Circulaire AFC n° 29, Principe de l'apport en capital, ch. 4.2.5.

¹⁸⁵ Pour plus de détails, se référer au ch. 1 de l'annexe de la circulaire AFC n° 29, Principe de l'apport en capital.

¹⁸⁶ Message révision CO, FF 2008 1407.

¹⁸⁷ GLAUSER, Mergers & Acquisitions, p. 352.

¹⁸⁸ DANON, Principe de l'apport en capital – 2^e partie, pour plus de détails sur cette argumentation, voir p. 102s.

l'imposition de l'excédant découlant de la transposition aurait lieu au moment de la réalisation effective du rendement.

8. Principe de l'apport en capital sur le plan international

Le principe de l'apport en capital influe également sur le plan international. En effet, principalement pour ce qui est de l'impôt anticipé, il comporte certaines conséquences pour la place économique suisse comme le mentionne le message de la loi¹⁸⁹. Les deux sujets traités dans le contexte international seront l'immigration d'une société étrangère en Suisse et la quasi-fusion d'immigration comme le reprend la circulaire AFC sur le principe de l'apport de capital¹⁹⁰.

8.1 Immigration d'une société étrangère en Suisse

Sur le plan civil, selon l'art. 161 LDIP, le transfert d'une société étrangère en Suisse peut se faire sans liquidation ni nouvelle constitution, pour autant que le droit régissant cette société le permette. Au surplus, la société étrangère doit s'adapter en une forme d'organisation prévue par le droit suisse.

Le transfert de siège d'une société étrangère vers la Suisse implique un examen au regard du droit fiscal suisse (impôt sur le bénéfice, impôt sur le revenu et impôt anticipé) mais également au regard du droit conventionnel, plus particulièrement des conventions de double imposition conclues entre les différents Etats. De nombreuses conventions de double imposition s'inspirant fortement du modèle de convention proposé par l'OCDE, la réflexion sur le droit conventionnel se base uniquement sur celui-ci et ne prendra pas en compte les conventions spécifiques de double imposition conclues par la Suisse.

8.1.1 Impôt sur le bénéfice – réserves latentes

En relation avec l'impôt sur le bénéfice, la question fondamentale se posant au moment d'un transfert de siège de l'étranger vers la Suisse est celle de l'imposition des réserves latentes de la société étrangère. En effet, bien que sur le plan civil il n'y ait pas de liquidation de la société, au plan fiscal, une fiction de liquidation entraînant la réalisation des réserves latentes se présente. Dans ce contexte, il s'agit de déterminer quel Etat, d'émigration ou d'immigration, est fondé à prélever l'impôt sur ces réserves latentes. La souveraineté fiscale d'un Etat constitue un volet de la souveraineté territoriale. Elle représente le pouvoir d'un Etat de taxer l'ensemble des sujets et objets se trouvant sur son territoire, ainsi que les activités économiques s'y déployant¹⁹¹. De ce fait, il est fréquent que l'Etat d'émigration prélève un impôt de départ avant que la substance fiscale soit transférée à l'étranger¹⁹². Afin de déterminer de manière plus précise, la compétence de l'Etat fondé à imposer les réserves lors d'un transfert de siège à l'étranger, il convient en premier lieu d'examiner la question sous l'angle du droit conventionnel puis sous l'angle du droit fiscal suisse.

8.1.1.1 Droit conventionnel

Selon plusieurs auteurs, l'accroissement de fortune provenant de la réalisation des réserves latentes lors du transfert de siège d'une société constitue un gain en capital entrant sous le

¹⁸⁹ Message RIE II, FF 2005 4469, p. 4537.

¹⁹⁰ Circulaire AFC n° 29, Principe de l'apport en capital, ch. 6.

¹⁹¹ OBERSON, Droit fiscal international, p. 1.

¹⁹² DANON, Restructurations internationales, p. 258.

champ d'application de l'art. 13 MC OCDE¹⁹³. La notion de gain en capital n'est pas définie dans la disposition du MC OCDE. Ainsi, elle recouvre une conception très large du gain en capital qui doit notamment être interprétée selon le pays concerné par application de la règle générale de l'art. 3 (2) MC OCDE. Dans cette optique, une plus-value réalisée à la suite d'une réalisation des réserves latentes lors d'un transfert de siège à l'étranger peut être considérée comme un gain en capital au sens de l'art. 13 MC OCDE.

L'art. 13 (5) MC OCDE prévoyant une compétence exclusive de taxation à l'Etat de résidence au moment de l'aliénation de tous biens permet à l'Etat d'émigration d'imposer la totalité des réserves latentes transférées en Suisse. De même, à la suite du transfert de siège, l'Etat d'immigration devient l'Etat de résidence et est ainsi en mesure d'imposer les gains en capital lors d'aliénation ultérieure. Il peut lors de cette taxation prendre en compte les réserves latentes, même si celles-ci ont déjà précédemment été imposées par l'ancien Etat de résidence. Par conséquent, un risque de double imposition se présente. Afin d'éviter cette double imposition, l'Etat d'immigration peut permettre la comptabilisation des actifs à leur valeur vénale. Cette hypothèse sera développée sous l'angle du droit national.

En résumé, il faut relever que selon le droit conventionnel, la compétence pour imposer les réserves latentes au moment du transfert de siège revient exclusivement à l'Etat d'émigration selon l'art. 13 (5) MC OCDE. Par conséquent, l'examen du droit suisse n'a d'influence que pour une imposition subséquente de ces mêmes réserves latentes à l'occasion d'une aliénation ultérieure pour autant qu'elles n'aient pas été réévaluées.

8.1.1.2 Droit suisse

Comme l'art. 13 MC OCDE ne comporte aucune règle quant au calcul du gain en capital et laisse le droit national concerné déterminer son montant, rien n'oblige l'Etat d'immigration à comptabiliser les actifs à leur valeur vénale à la suite du transfert ni à reprendre la dernière valeur fiscale appliquée par l'Etat d'émigration¹⁹⁴.

Le droit suisse ne contient pas de règle particulière visant à exclure l'imposition des réserves latentes immigrantes lors d'une aliénation ultérieure. En effet, seul l'art. 54 al. 1 LIFD décrivant que « l'assujettissement débute le jour de la fondation de la personne morale, de l'installation de son siège ou de son administration effective en Suisse ou encore le jour où elle y acquiert un élément imposable » trouve application dans le cas d'espèce. En définitive, sous l'angle du droit suisse en relation avec le droit conventionnel, rien n'empêche une double imposition des réserves latentes lorsque celles-ci ont précédemment été assujetties à un impôt de départ.

Cependant, la majorité des auteurs s'accorde à autoriser l'inscription des biens transférés à leur valeur vénale dans le bilan fiscal suisse¹⁹⁵. Le droit comptable de l'Etat d'émigration n'est pas violé, pour autant que les obligations comptables aient été respectées à l'étranger et qu'aucun créancier ne soit affecté¹⁹⁶. De plus, la comptabilisation à la valeur vénale ne devrait pas dépendre de la condition d'une imposition antérieure par l'Etat d'émigration¹⁹⁷. Par application d'une inscription des actifs à leur valeur vénale, la souveraineté fiscale,

¹⁹³ DANON, Restructurations internationales, p. 261 voir note de bas de page n° 15 ; WEIDMANN, p. 5.

¹⁹⁴ WEIDMANN, p. 5.

¹⁹⁵ DUSS, Unternehmensumstrukturierungen, p. 631 ; BEHNISCH, p. 288 ; DANON, Restructurations internationales, p. 276 ; DENNER / PRATTER, p. 790 ; WEIDMANN, p. 5.

¹⁹⁶ DUSS, Unternehmensumstrukturierungen, p. 631.

¹⁹⁷ BEHNISCH, p. 288.

permettant d'imposer les activités économiques se déployant sur le territoire, est respectée. En effet, l'accroissement de valeur créé durant la période d'assujettissement sous l'Etat d'émigration n'est pas imposé en Suisse à l'occasion d'une réalisation ultérieure mais uniquement dans l'Etat d'émigration (si celui-ci prélève un impôt de départ)¹⁹⁸. Au travers de cette conception, une recherche de parallélisme à la situation d'émigration est poursuivie. En effet, dans l'hypothèse d'une émigration de société suisse vers l'étranger, l'art. 58 al. 1 lit. c LIFD décrit que le transfert du siège est assimilé à une liquidation. Il s'agit d'une fiction de liquidation entraînant la réalisation comptable des réserves latentes¹⁹⁹. Par ce biais, les réserves latentes créées au travers de l'activité de la société lorsque celle-ci avait son siège en Suisse sont imposées.

WEIDMANN²⁰⁰ renforce cette position en considérant que lorsqu'une société transfère son siège en Suisse, la totalité des réserves constituées à l'étranger serait assimilée à un apport en capital. Il considère que l'art. 162 al. 3 LDIP exigeant la preuve que le capital est couvert permettrait de prendre en compte les apports en capital ouverts et dissimulés au sens des art. 60 lit. a LIFD et 24 al. 2 lit. a LHID. Toutefois, il reconnaît que le droit fiscal est indépendant des notions du droit des sociétés mais répond par là même que selon le droit fiscal, un assujettissement nouveau au droit fiscal suisse a lieu lors d'un transfert de siège. Par conséquent, le transfert de siège vers la Suisse devrait se présenter comme une liquidation de la société étrangère suivi d'une nouvelle constitution en Suisse par un apport en nature. Par ce raisonnement, les réserves latentes, cibles d'une double imposition ne courraient plus le risque d'une imposition ultérieure puisque l'art. 60 lit. a LIFD exclut les apports du bénéfice imposable de la société.

Toutefois, comme le soulève DANON²⁰¹, ce raisonnement ne peut être approuvé. L'art. 58 al. 1 lit. c LIFD vise à garantir à la Suisse l'imposition des réserves latentes créées durant la période d'assujettissement sur le territoire lors d'une émigration. L'art. 60 lit. a LIFD a, quant à lui, pour objectif de faire correspondre le bénéfice imposable au résultat effectivement produit par la société en y excluant les apports des membres. En définitive, si la réévaluation des réserves latentes immigrantes en Suisse est opérée lors du transfert²⁰², la situation est identique à celle prévue par l'art. 58 al. 1 lit. c LIFD dans le cas de l'émigration. L'application de l'art. 60 lit. a LIFD à l'immigration reviendrait à aller au-delà de la situation prévue lors de l'émigration puisqu'aucune réserve provenant de l'étranger ne serait taxée après l'immigration²⁰³. Or autant au niveau de l'art. 58 al. 1 lit. c LIFD qu'au niveau de l'avis de la doctrine majoritaire permettant la réévaluation des actifs lors d'une immigration en Suisse, l'objectif est de permettre à l'Etat d'émigration d'imposer la substance créée par la société sous sa souveraineté fiscale.

8.1.2 Principe de l'apport en capital

Après avoir exposé la situation de l'immigration de société sous l'angle de l'impôt sur le bénéfice, il faut se rappeler que le principe de l'apport en capital comporte une influence principalement quant à l'impôt sur le revenu et à l'impôt anticipé prélevés chez l'actionnaire. La qualification des réserves influence l'imposition de ce dernier lors d'une distribution

¹⁹⁸ DANON, *Restructurations internationales*, p. 277.

¹⁹⁹ OBERSON, *Droit fiscal suisse*, p. 202.

²⁰⁰ WEIDMANN, p. 14.

²⁰¹ DANON, *Principe de l'apport en capital – 2^e partie*, p. 91s.

²⁰² Comme l'accorde la majorité des auteurs, voir note de bas de page n° 195.

²⁰³ Par application des art. 20 al. 3 LIFD et 5 al. 1^{bis} LIA consacrant le principe de l'apport en capital.

ultérieure. En effet, si les réserves constituent un apport en capital, elles reviennent exemptes d'impôt à l'actionnaire par l'application du principe de l'apport en capital²⁰⁴. A *contrario*, si elles sont inscrites au bilan en tant qu'autres réserves ou réserves issues du bénéfice, elles seront soumises tant à l'impôt anticipé qu'à l'impôt sur le revenu lors de leur distribution à l'actionnaire²⁰⁵.

8.1.2.1 Position de l'AFC

Avant de continuer l'analyse du transfert de siège sous l'angle de l'impôt sur le revenu et de l'impôt anticipé, il convient de présenter la position de l'AFC sur le sujet puis d'examiner les différents avis au niveau des deux impôts concernés.

Selon la circulaire de l'AFC, la qualification des « autres réserves » ne change pas lors de l'établissement en Suisse d'une personne morale en provenance de l'étranger²⁰⁶. En d'autres termes, il n'y a pas lieu de modifier les réserves par un transfert de siège vers la Suisse. Les apports initialement effectués par les actionnaires à la société étrangère doivent rester des apports. De même, les bénéfices thésaurisés ne peuvent se transformer en apport par le simple fait de franchir une frontière. Si tel était le cas, les sociétés étrangères immigrant en Suisse seraient favorisées par rapport aux sociétés ayant toujours résidé en Suisse. En effet, les sociétés étrangères profiteraient d'un nouveau départ même après avoir exploité une société durant plusieurs années alors que les sociétés suisses ne pourraient se prévaloir d'une telle « renaissance ».

8.1.2.2 Prise de position

Dans le cadre de l'impôt sur le revenu, certains estiment que le transfert de siège vers la Suisse permettrait de qualifier l'ensemble des réserves de « réserves issues du capital »²⁰⁷. A la base de cette conception, se trouve l'idée qu'un traitement analogue devrait être opéré à la sortie et à l'arrivée du territoire helvétique en se fondant sur la fiction de l'art. 58 al. 1 lit. c LIFD. Selon cette approche allant à l'encontre de celle de l'AFC, la totalité des réserves (réserves issues du bénéfice et réserves latentes comprises) devrait être qualifiée d'apport.

Certes, l'art. 58 al. 1 lit. c LIFD pose la fiction de liquidation lors du transfert de siège vers l'étranger, cependant, cette disposition a trait à l'impôt sur le bénéfice de la société et non pas à l'impôt sur le revenu²⁰⁸. De plus, elle a pour but d'assurer à la Suisse l'imposition des réserves latentes et ne vise en aucun cas la qualification de l'ensemble des réserves après l'émigration. Au surplus, aucune base légale ne prévoit la réalisation d'un rendement de participations par le biais d'une fiction de liquidation lors d'une émigration (ou d'une immigration) dans le chef l'actionnaire²⁰⁹.

Par conséquent, il y a lieu de se rallier à la position de l'AFC quant à son opinion relative à la qualification des réserves en lien avec l'impôt sur le revenu. Il faut en ce sens rappeler que le

²⁰⁴ Art. 5 al. 1^{bis} LIA.

²⁰⁵ Art. 4 al. 1 LIA ; art. 20 al. 1 lit. c LIFD.

²⁰⁶ Circulaire AFC n° 29, Principe de l'apport en capital, ch. 6.

²⁰⁷ RETO, p. 116 ; proposition de la Chambre de commerce dans la mise en examen de la circulaire AFC n° 29, Principe de l'apport en capital, relative au ch. 6. Nous verrons également que la majorité des auteurs expriment cette conclusion en relation à l'impôt anticipé.

²⁰⁸ De plus, comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, cette règle a un but de respect de la souveraineté territoriale d'un Etat en matière fiscale.

²⁰⁹ DANON, Principe de l'apport en capital – 2^e partie, p. 93. Se référer de plus à l'art. 20 LIFD ne contenant aucune précision sur le transfert de siège à l'étranger.

principe de l'apport en capital a comme but premier d'exclure de l'impôt les apports effectués par les actionnaires permettant ainsi de taxer uniquement la distribution de bénéfice effectivement produit par l'activité de la société, en accord avec le principe de la capacité contributive. Une imposition différenciée du même actionnaire avant ou après le transfert de siège conduirait également à une contradiction au principe de l'assujettissement mondial en matière d'imposition, puisque dans un premier temps, soit avant le transfert de siège, l'actionnaire résidant en Suisse serait soumis à l'impôt sur le revenu puis, à la suite du transfert de siège deviendrait exonéré sur la perception de ces mêmes bénéfices²¹⁰.

Avant de se pencher sur les différentes opinions exprimées en relation à l'impôt anticipé, il convient d'en rappeler brièvement la fonction générale. L'impôt anticipé est un impôt prélevé à la source sur certains revenus de capitaux mobiliers, sur les gains de loterie ainsi que les prestations d'assurance²¹¹. D'un point de vue territorial et conformément à la souveraineté fiscale, il est prélevé sur des revenus provenant de source suisse²¹². Pour une personne physique résidant en Suisse, il comporte une fonction de garantie, en effet, il vise à assurer la déclaration des revenus. Ainsi, si ceux-ci sont dûment déclarés, l'impôt anticipé peut être imputé des impôts personnels si le contribuable en fait la demande. Pour une personne morale domiciliée en Suisse, l'impôt anticipé est également remboursable²¹³. Pour les non-résidents, l'impôt anticipé est prélevé lorsque l'objet de l'impôt provient d'une source suisse. Cependant, il constitue dans ce cas de figure un véritable impôt non remboursable. Il peut toutefois être imputable à l'impôt dû dans le pays de résidence lorsqu'une convention de double imposition conclue entre l'Etat de résidence et la Suisse le permet²¹⁴.

Comme nous l'avons vu, l'analogie entre situation d'émigration et d'immigration ne trouve pas appui dans le cadre de l'impôt sur le revenu²¹⁵. Toutefois, la situation se présentant au niveau de l'impôt anticipé est plus ambiguë puisque l'art. 4 al. 2 LIA introduit une fiction de liquidation au moment de l'émigration d'une société suisse vers l'étranger. Les arguments de la doctrine majoritaire²¹⁶ en faveur d'une analogie entre situation d'émigration et d'immigration sont les suivants : tout d'abord, il n'y aurait pas lieu de retenir un parallélisme entre l'impôt anticipé et l'impôt sur le revenu. Aussi longtemps que l'actionnaire résiderait en Suisse et qu'il recevrait des rendements de participation de la société ayant son siège à l'étranger, l'impôt sur le revenu auquel il serait soumis ne serait pas garanti par le prélèvement de l'impôt anticipé. Celui-ci étant retenu uniquement sur des revenus provenant de sources suisses. Par conséquent, ces deux impôts ne seraient pas toujours appliqués de manière conjointe. Au surplus, lors de l'immigration de la société en Suisse, celle-ci devient nouvellement assujettie à l'impôt anticipé. Cependant, l'assujettissement pour l'actionnaire à l'impôt sur le revenu ne change pas. Il continue de s'appliquer comme par le passé, lorsque la société avait son siège à l'étranger. Par conséquent, il conviendrait de soulever une disparité entre ces deux catégories de taxes. Selon WEIDMANN²¹⁷, la limite de

²¹⁰ DANON, Principe de l'apport en capital – 2^e partie, p. 93.

²¹¹ Art. 4ss LIA.

²¹² Art. 4ss LIA en relation avec l'art. 9 LIA.

²¹³ RYSER / ROLLI, p. 290s.

²¹⁴ OBERSON, Droit fiscal suisse, p. 259.

²¹⁵ Se référer à l'argumentation exposée dans le chapitre précédent.

²¹⁶ DENNER / PRATTER p. 790s. ; HAUSMANN / BERNEGGER, p. 372 ; WEIDMANN, p. 20 ; RETO, p. 116 ; BRAUCHLI ROHRER / ATHANASSOGLU, Handlungsbedarf - 2.Teil p. 877 ; RETO, p. 116, tout l'exposé de l'opinion de la doctrine se base sur une synthèse de l'avis de ces auteurs.

²¹⁷ WEIDMANN, p. 20.

la souveraineté fiscale suisse prend le pas sur la fonction de garantie de l'impôt anticipé. Il est d'avis que les réserves constituées sous une autre souveraineté fiscale ne peuvent pas être imposées par le biais de l'impôt anticipé découlant du droit fiscal suisse. Il ajoute que dans le cas d'un transfert de siège vers la Suisse, les actionnaires de la société immigrante se trouveront le plus souvent à l'étranger. L'impôt anticipé ayant une fonction fiscale à leur égard, le prélèvement de l'impôt anticipé sur la distribution de réserves provenant de l'étranger constituerait un réel désavantage pour la place économique suisse.

En définitive, l'opinion de la doctrine précitée permettrait l'inscription de la totalité des réserves ouvertes et latentes de la société étrangère en tant que réserves issues d'apports en capital dans le bilan commercial suisse. Par le commencement d'un assujettissement à l'impôt anticipé, une distinction serait faite par rapport à l'impôt sur le revenu. En définitive, par le biais d'une immigration toutes les réserves constituées à l'étranger pourraient être distribuées en franchise d'impôt anticipé selon l'art. 5 al. 1^{bis} LIA introduisant le principe de l'apport en capital.

A notre avis, tant au niveau de l'impôt sur le revenu qu'au niveau de l'impôt anticipé, la position de l'AFC doit être préférée : la qualification des réserves ne change pas par le biais du transfert.

Tout d'abord, il faut encore une fois relever que l'introduction du principe de l'apport en capital a pour but premier d'exclure de l'imposition de l'actionnaire, les ressources apportées par les actionnaires, soit tout ce qui n'est pas effectivement produit par la société. Dès lors, l'intégration des réserves issues de bénéficiaires constituées à l'étranger aux réserves issues d'apport fausserait cet objectif et le fondement du principe. Au contraire de l'avis de WEIDMANN²¹⁸, la souveraineté fiscale de l'Etat d'émigration est respectée si comme l'admet la doctrine²¹⁹ les biens sont activés à leur valeur vénale lors de l'immigration en Suisse. En effet, les réserves latentes constituées à l'étranger ne sont pas taxées par la Suisse par le biais de l'impôt sur le bénéfice. Certes, les réserves issues de bénéficiaires (constituées à l'étranger) sont imposées lors de leur distribution à l'actionnaire, cependant, cette conséquence découle du principe de double imposition économique.

De plus, si comme il l'a été démontré, la situation se présentant sous l'angle de l'impôt sur le revenu ne peut permettre l'exonération de la totalité des réserves²²⁰, il serait contradictoire d'admettre cette franchise du point de vue de l'impôt anticipé²²¹. Certes, l'impôt sur le revenu et l'impôt anticipé sont des impôts distincts, cependant, il convient de se rappeler que l'impôt anticipé comporte une fonction fiscale envers l'actionnaire résidant à l'étranger. Dès lors, si l'opinion de la doctrine précitée permettant l'inscription de la totalité des réserves en tant qu'apport en capital était suivie, cela aurait pour conséquence de placer l'actionnaire étranger dans une situation plus favorable que l'actionnaire suisse qui lui resterait soumis à l'impôt sur le revenu²²². En effet, si cette solution était appliquée, le compte de réserves issues d'apports en capital devrait distinguer les apports revenant franc d'impôt sous l'angle de l'impôt sur le revenu et de l'impôt anticipé (soit ceux obtenus après le transfert de siège) et ceux devenus apports à la suite du transfert de siège et pouvant être

²¹⁸ WEIDMANN, p. 20.

²¹⁹ Voir note de bas de page n° 195.

²²⁰ Se référer au chapitre précédent.

²²¹ DANON, Principe de l'apport en capital – 2^e partie, p. 94, qui souligne de plus, que les textes de l'art. 20 al. 3 LIFD et 5 al. 1^{bis} LIA sont identiques et ne permettraient pas cette distinction.

²²² DANON, Principe de l'apport en capital – 2^e partie, p. 94.

distribués francs d'impôt uniquement pour ce qui à trait à l'impôt anticipé. Dans une idée basée sur la praticité du principe de l'apport en capital ainsi que sur une prise en considération principalement basée sur la société et son activité, il paraît plus opportun de suivre l'opinion de l'AFC.

8.2 Quasi-fusion d'immigration

Selon la circulaire AFC sur le principe de l'apport de capital²²³, dans le cadre de la quasi-fusion d'immigration, la totalité de l'apport est considérée comme un apport de capital ouvert. Dès lors, ce remboursement ultérieur d'apport revient franc d'impôt à l'actionnaire²²⁴. Par conséquent, en comparaison avec le transfert de siège vers la Suisse, la quasi-fusion est plus avantageuse pour l'actionnaire car elle lui permet de bénéficier du principe de l'apport en capital.

9. Remboursement du capital

Le remboursement de capital peut se présenter sous différentes formes. Ce chapitre n'exposera pas toutes les éventualités de remboursement du capital mais se bornera à étudier la distribution de dividende ainsi que la distribution asymétrique de dividende.

9.1 Distribution de dividende

Selon l'art. 660 al. 1 CO, tout actionnaire a droit à un dividende provenant de la société, pour autant que la loi ou les statuts prévoient une répartition entre les actionnaires. Ces dividendes peuvent provenir selon l'art. 675 al. 2 CO du bénéfice résultant du bilan ou des réserves constituées à cet effet.

Sous l'application du principe de l'apport en capital, se pose alors la question de savoir si un ordre doit être respecté quant à la distribution du bénéfice ou des réserves ou si le choix entre ces deux types de distributions reste à la libre disposition de la société. En effet, une distribution de dividende puisée dans les réserves issues d'apports en capital devient des plus favorables puisque l'art. 20 al. 3 LIFD et l'art. 5 al. 1^{bis} LIFD permettent un remboursement de ces réserves en franchise d'impôt.

Selon UNTERSANDER²²⁵, la société n'a pas le choix entre la distribution de bénéfices ou le remboursement d'apport lorsqu'elle distribue un dividende à l'actionnaire. Il estime que la distribution des bénéfices doit se faire en premier lieu. Le remboursement d'apport en tant que dividende constitue une exception et ne peut être effectué qu'à certaines conditions.

Sous le droit comptable actuel, il est admis que les réserves statutaires prévues à ce titre ainsi que la quote-part de la réserve générale librement disponible peuvent servir à une distribution de dividendes²²⁶. Cependant, cette conception est basée sur l'idée d'éviter des variations de dividendes à l'égard des actionnaires²²⁷, ce qui ne correspond pas fondamentalement au but poursuivi par le biais de la distribution de réserves issues d'apports en capital.

²²³ Circulaire AFC n° 29, Principe de l'apport en capital, ch. 6.

²²⁴ Art. 20 al. 3 LIFD ; art. 5 al. 1^{bis} LIFD.

²²⁵ UNTERSANDER, Kapitalrückzalungsprinzip, p. 126s ; UNTERSANDER, Kapitaleinlageprinzip, p. 57s.

²²⁶ FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, p. 490ss.

²²⁷ CHENAUX, Commentaire CO II, art. 675 N 10.

Dans sa dernière circulaire, l'AFC règle la répartition entre les distributions aux actionnaires issues des bénéfices et celles issues des réserves issues d'apports²²⁸. Toutefois, elle ne mentionne pas un ordre de priorité entre distribution de bénéfice et remboursement d'apport. Elle décrit que les distributions de la société aux actionnaires se fait en fonction de la comptabilisation et de la désignation des réserves dans le bilan commercial de la société qui distribue les bénéfices. Afin de déterminer quelle part de la distribution est imposable, la part issue des réserves en capital est soustraite de la distribution totale. Il convient de donner un exemple chiffré de cette application. Si la distribution est composée du bénéfice annuel de la société se montant à une valeur de 70, des réserves issues d'apports s'élevant à 20 et des « autres réserves » pour un montant de 10, la part de la distribution revenant franc d'impôt sera de 20%. La part imposable représentant le pourcentage additionné du bénéfice et des autres réserves, sera de 80%. Cette part imposable vaut pour tous les droits de participation octroyant un droit à une part de bénéfice. L'AFC rappelle également dans sa circulaire que pour bénéficier d'une part de la distribution en franchise d'impôt, les réserves issues d'apports doivent figurer dans un compte séparé au bilan. A défaut, elles seront considérées comme des « autres réserves » et seront soumises à l'impôt anticipé et à l'impôt sur le revenu²²⁹. De plus, leur distribution ne peut se faire que par l'intermédiaire d'un coupon distinct. Elle ajoute que si les distributions ne sont pas égales pour tous les actionnaires, la part des réserves issues d'apports de capitaux à la totalité de la distribution pour chaque actionnaire ne peut être supérieure à la part proportionnelle de ces réserves par rapport à l'ensemble des réserves de la société.

A notre sens, si la condition du dépassement des 50% du capital-actions est atteinte, le choix de la provenance du dividende devrait rester à la libre disposition de la société. En effet, cette alternative ne crée pas de changement particulier si l'on se réfère au point de fin de la société. A la liquidation de la société, les apports reviennent francs d'impôt. Cependant, s'il ne reste que des bénéfices thésaurisés, leur remboursement sera imposé en tant que rendement de participation. Dès lors, la seule distinction pouvant survenir par le biais d'une distribution d'apports plutôt que de bénéfices est la favorisation de certains actionnaires liés temporairement à la société par rapport aux actionnaires présents dans la société au moment de sa liquidation.

En définitive, l'ordre de distribution sera principalement déterminé par l'utilisation prévue pour la réserve issue d'apports par le droit comptable. Sous le droit comptable actuel, il faudra attendre que la réserve générale dépasse 50% du capital-actions pour opérer une distribution²³⁰.

9.2 Distribution de dividende asymétrique

Dans un contexte où les actionnaires d'une société résident pour une partie en Suisse et pour l'autre à l'étranger, une distribution asymétrique comporte certains avantages pour les détenteurs de droits de participation. La situation se présentant peut être résumée ainsi : d'une part, les réserves issues d'apports sont distribuées aux actionnaires domiciliés à l'étranger sans prélèvement d'impôt anticipé conformément à l'art. 5 al. 1^{bis} LIA et d'autre part, les « autres réserves » sont attribuées aux actionnaires en Suisse. Pour ces derniers,

²²⁸ Circulaire AFC n° 29, Principe de l'apport en capital, ch. 4.1.

²²⁹ Art. 4 al. 1 lit. b LIA ; 20 al. 1 lit. c ou art. 20 al. 1^{bis} LIFD.

²³⁰ Art. 671 al. 3 CO.

l'impôt anticipé de 35%²³¹ qui leur est prélevé peut être récupéré en déclarant dûment leur rendement de participation²³².

Selon le droit comptable, une distribution asymétrique peut être admise, les statuts de la société permettant de déroger au calcul des parts de bénéfice découlant de l'art. 661 CO. En effet, les art. 654 et 656 CO permettent de créer des actions privilégiées relatives notamment à la distribution des dividendes. Il est par conséquent admissible de prévoir une clé de répartition des dividendes attribuant les distributions de réserves issues d'apports en capital en premier rang aux actionnaires résidents à l'étranger.

Toutefois, l'AFC n'admet pas les distributions asymétriques de dividendes en prévoyant par le biais de sa circulaire une distribution proportionnelle : « Si les libéralités consenties par des sociétés de capitaux et des sociétés coopératives ne sont pas égales pour tous les ayants droit, la part des réserves issues d'apports de capital faisant partie de l'entier de la répartition, ne peut pas, pour chaque détenteur de droits de participation, être supérieure à la part proportionnelle de ces réserves par rapport à l'ensemble des réserves de la société de capitaux ou de la société coopérative »²³³.

A notre avis, la position de l'AFC ne prenant pas en compte la volonté des actionnaires émises par les statuts ne peut être approuvée. Bien que le caractère des statuts se situe entre une nature institutionnelle et contractuelle, rappelons qu'ils visent à exprimer la volonté des fondateurs et que tous les actionnaires postérieurs y consentent en entrant dans la société²³⁴. L'AFC étant liée par l'état de fait et plus particulièrement par les actes juridiques établis au niveau du droit civil²³⁵, il n'est pas possible pour elle de se baser sur les art. 20 al. 3 LIFD et 5 al. 1^{bis} LIA pour contourner le mode de répartition convenu entre les actionnaires. Bien que ces règles comportent un contenu économique, ce volet ne concerne que la notion d'apport en capital et ne permet pas la modification d'une répartition préétablie des réserves²³⁶.

En définitive, selon notre conception ici exposée, les distributions asymétriques et leurs effets doivent être autorisés par l'AFC en admettant toutefois une réserve lorsqu'il s'agirait d'un cas d'évasion fiscale²³⁷. En effet, dans cette hypothèse, l'administration serait fondée à retenir une répartition proportionnelle des réserves issues d'apport en capital, puisque l'attribution privilégiée de celles-ci à un titulaire de parts serait manifestement insolite et aurait été convenue uniquement dans le but de réaliser une économie d'impôt. Cependant,

²³¹ Art. 13 al. 1 lit. a LIA.

²³² Art. 21ss LIA.

²³³ Circulaire AFC n° 29, Principe de l'apport en capital, ch. 4.1.

²³⁴ LOMBARDINI, Commentaire CO II, art. 626 N 2-3.

²³⁵ ATF du 4 juin 1987, in : RDAF 1990 37 = ASA 57 267 « Si, en règle générale, les lois fiscales visent et frappent d'un impôt des situations ou des faits de nature économique, il n'en demeure pas moins que la forme juridique d'où provient la masse imposable lie les autorités fiscales. Il en découle que les critères de droit civil applicables aux actes juridiques donnant lieu à une opération imposable déploient leurs effets également du point de vue de la qualification de ces actes en droit fiscal »; KÄNZIG, p. 37 ; BLUMENSTEIN / LOCHER, p. 31; RIVIER, Droit fiscal suisse, p. 105. Tel n'est évidemment pas le cas lorsque la forme juridique choisie est nulle ou simulée (voir notamment KÄNZIG, p. 37 ; RYSER / ROLLI, p. 90; BLUMENSTEIN / LOCHER, p. 31).

²³⁶ DANON, Le principe de l'apport en capital – 2^e partie, p. 100 ; DANON / MARTINEZ, à paraître, p. 35.

²³⁷ ALTORFER / ALTORFER, Kapitaleinlageprinzip – 2. Teil, p. 318 ; DANON, Le principe de l'apport en capital – 2^e partie, p. 100 ; DANON / MARTINEZ, à paraître, p. 35s.

le mode de distribution réglé entre les parties ne saurait être écarté lorsqu'il repose sur des considérations économiques valables²³⁸.

Toutefois, il faut relever que si un correctif du principe de l'apport en capital venait à être introduit par le législateur au niveau de la législation fiscale instaurant un ordre de distribution strict entre réserve issues du bénéficiaire et réserve issue du capital, une distribution asymétrique ne serait plus défendable. Plus simplement, une distribution d'apport alors que les bénéfices ne seraient pas épuisés ne pourrait pas être opérée. Par conséquent, cette critique s'applique également à une distribution ordinaire²³⁹.

10. Principe de l'apport en capital en droit allemand

L'un des motifs ayant conduit à l'adoption du principe de l'apport en capital en Suisse est la pratique suivie par les pays européens dans ce domaine²⁴⁰. L'influence de l'Allemagne sur le droit helvétique n'étant plus à démontrer, il sied de s'attarder sur la systématique fiscale choisie par l'Allemagne afin de présenter une brève étude comparée.

Le fondement légal du principe de l'apport en capital en droit fiscal allemand est à rattacher à deux dispositions. La première découle de la loi de l'impôt sur le revenu (§ 20 Abs. 1 Ziff. 1 Satz 3 EStG²⁴¹) qui renvoie expressément à la deuxième au niveau de l'impôt sur le bénéfice des sociétés de capitaux (§27 Abs. 1 Satz 3 KStG²⁴²)²⁴³.

En substance, le §20 EStG déterminant l'assiette de l'impôt sur le revenu décrit à son al. 1 ch. 1 phrase 3 que les prestations de la société au sens du §27 KStG n'entrent pas dans les revenus imposables. Pour définir s'il s'agit d'une prestation appréciable en argent ou d'un remboursement du capital au sens du §27 KStG, il faut examiner si la différence entre le capital de la société (*Eigenkapital*) et le capital nominal souscrit (*gezeichnetes Nennkapital*) diminué du montant des apports en capital (*steuerliches Eigenkapital*) suffit à couvrir le montant de la prestation octroyée :

$$\begin{array}{r} \text{Capital propre (Eigenkapital)} \\ - \text{Capital nominal (gezeichnetes Nennkapital)} \\ - \text{Apports en capital (steuerliches Eigenkapital)} \\ \hline = \text{(détermination du) rendement de participation} \end{array}$$

Si le solde de la soustraction est positif, il s'agit d'une prestation appréciable en argent imposable. *A contrario* si le montant de la prestation en argent dépasse cette différence (solde négatif), il s'agira d'un remboursement du capital franc d'impôt²⁴⁴. En d'autres

²³⁸ Pour l'ensemble de la prise de position: DANON / MARTINEZ, à paraître, p. 35s.

²³⁹ Se référer au chapitre précédent.

²⁴⁰ Message RIE II, FF 2005 II 4469, p. 4537.

²⁴¹ §20 Abs. 1 Ziff. 1 Satz 3 EStG: „Die Bezüge gehören nicht zu den Einnahmen, soweit sie aus einer unbeschränkt steuerpflichtigen Körperschaft stammen, für die Eigenkapital im Sinne des §27 des KStG als verwendet gilt“.

²⁴² §27 Abs. 1 Satz 3 KStG : „Leistungen der Kapitalgesellschaft mit Ausnahme der Rückzahlung von Nennkapital im Sinne des §28 Abs. 2 Satz 2 und 3 mindern das steuerliche Einlagekonto unabhängig von ihrer handelsrechtlichen Einordnung nur, soweit sie den auf den Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahrs ermittelten ausschüttbaren Gewinn übersteigen (Einlagenrückgewähr)“.

²⁴³ L'Allemagne a supprimé l'impôt sur le capital au niveau des personnes morales et physiques depuis 1996 à la suite d'une décision de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne du 22 juin 1995 l'ayant jugé inconstitutionnel.

²⁴⁴ STUHRMANN, ad §20 EStG N 6 ; UNTERSANDER, Kapitalrückzahlungsprinzip, p. 196.

termes, la question de savoir si la prestation octroyée à l'actionnaire par la société est assujettie à l'impôt ou non se détermine en fonction du montant disponible des réserves issues du bénéfice, il s'agit du principe de la « *Differenzrechnung* »²⁴⁵.

De par cette conception, un ordre de distribution est établi entre réserves issues du bénéfice et réserves issues d'apport. En effet, c'est uniquement lorsque les réserves issues du bénéfice sont épuisées que les apports sont remboursés²⁴⁶, indépendamment de la qualification donnée à la distribution sur le plan comptable²⁴⁷.

La méthode ici décrite peut être illustrée sous un autre angle par l'exemple suivant : si le capital nominal se monte à 1500, les apports en capital à 200, les bénéfices distribuables à 150 et que la prestation octroyée par la société au détenteur de part s'élève à 180, seul un montant de 30 ne sera pas imposable en conformité au §20 EStG. Il est entendu que le remboursement de capital nominal s'il devait à son tour être touché n'est pas imposable²⁴⁸.

Au niveau procédural, la société doit lors de chaque distribution diminuant ces apports fournir au détenteur de parts une attestation comprenant le nom et l'adresse de celui-ci, le montant de la prestation grevant les apports en capital et la date du remboursement²⁴⁹.

10.1 « *Steuerliches Einlagekonto* »²⁵⁰

Alors que le droit comptable prévoit déjà un compte de réserves issues d'apports en capital, le droit fiscal comporte une réglementation particulière du compte « *steuerliches Einlagekonto* », soit le compte du bilan fiscal des réserves issues d'apports. Les sociétés de capitaux ont l'obligation de tenir ce compte. Cette « double » réglementation a pour but de rendre le « *steuerliches Einlagekonto* » indépendant du compte correspondant au bilan commercial. Ainsi, son montant peut s'écarter de celui du bilan commercial, en d'autres termes, il ne dépend que de principes résultant du droit fiscal²⁵¹. Sa somme est déterminée à la fin de l'exercice comptable en prenant en considération toutes les augmentations et/ou diminutions ayant été comptabilisées durant l'exercice²⁵².

Le « *steuerliches Einlagekonto* » peut notamment être crédité des apports des actionnaires qui doivent figurer au bilan selon le §272 Abs. 2 HGB²⁵³, des apports dissimulés, des bénéfices de fusion ou encore des augmentations de capital nominal sans contreprestation aux actionnaires²⁵⁴. *A contrario*, il est débité notamment lors de distributions des apports ouverts mais également lorsque les apports dissimulés sont remboursés²⁵⁵.

Le « *steuerliches Einlagekonto* » est le seul compte permettant de déterminer si la distribution effectuée à l'actionnaire constitue un rendement de participation imposable ou un remboursement d'apport. C'est dans cette optique que sa tenue est obligatoire, la société doit pouvoir prouver le montant de ses apports en capital. Ainsi une distribution

²⁴⁵ DÖTSCH / PUNG, p. 1348.

²⁴⁶ §27 Abs. 1 Satz 3 KStG ; TIPKE / LANG, p. 444.

²⁴⁷ UNTERSANDER, Kapitalrückzahlungsprinzip, p. 196.

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ §27 Abs. 3 Satz 1 KStG.

²⁵⁰ §27 KStG.

²⁵¹ UNTERSANDER, Kapitalrückzahlungsprinzip, p. 196.

²⁵² §27 Abs. 1 Satz 2 KStG.

²⁵³ Soit notamment, les agios et les versements supplémentaires.

²⁵⁴ DÖTSCH / PUNG, p. 1348 ; TIPKE / LANG, p. 444.

²⁵⁵ DÖTSCH / PUNG, p. 1348.

qualifiée de remboursement d'apport sur le plan comptable doit être requalifiée de rendement de participation si son montant peut être entièrement couvert par les réserves issues du bénéfice. La loi fiscale précise que la systématique du principe de l'apport en capital ne dépend en rien de la qualification commerciale donnée mais se fonde uniquement sur la conception fiscale de la « *Differenzrechnung* »²⁵⁶.

10.2 Traitement des apports dissimulés

Comme énoncé ci-dessus le droit fiscal allemand permet la comptabilisation des apports dissimulés (« *verdeckte Einlage* ») dans le compte du bilan fiscal de réserves issues du capital (« *steuerliches Einlagekonto* »)²⁵⁷. Selon le droit allemand, les apports dissimulés sont les apports octroyés par les actionnaires ou par leurs proches à la société sans contreprestation et qui sont opérés en raison de leur lien particulier avec la société²⁵⁸. Tout apport dissimulé s'accompagne automatiquement d'une distribution subséquente de cet apport²⁵⁹. Ainsi, il existe une correspondance entre l'actionnaire et la société quant aux apports dissimulés et aux distributions dissimulées (« *Korrespondenzprinzip* »). Du point de vue de la société, les apports dissimulés n'augmentent pas son revenu mais doivent être comptabilisés au compte d'apports en capital²⁶⁰. Parallèlement, l'actionnaire ne peut pas faire valoir sa diminution de fortune (découlant de l'apport) afin de diminuer son revenu imposable²⁶¹. Il reste donc imposable de la même manière que s'il n'avait pas effectué l'apport.

Quant au principe de l'apport en capital allemand, l'approche est identique qu'il s'agisse d'apports ouverts ou d'apports dissimulés, tous deux sont comptabilisés dans le « *steuerliches Einlagekonto* » qui applique le principe de « *Differenzrechnung* » pour déterminer si la distribution en faveur de l'actionnaire constitue un rendement de participation imposable ou un remboursement d'apport franc d'impôt.

10.3 Exception au principe de « *Differenzrechnung* »

Bien qu'en principe, l'ordre des distributions établi par la loi entre réserves issues du bénéfice et réserves issues du capital ne peut être modifié, le principe de « *Differenzrechnung* » connaît quelques exceptions. Dans l'hypothèse de ces exceptions, il est possible de puiser directement dans le compte de réserves issues du capital alors même que le compte de réserves issues du bénéfice ne serait pas épuisé.

La première de ces exceptions se présente lorsqu'un actionnaire a consenti un abandon de créance conditionnel envers la société et que celle-ci revient à meilleure fortune. Pour rembourser l'abandon de créance effectué, elle est autorisée à prélever le montant nécessaire dans les réserves issues du capital. La deuxième exception concerne uniquement les sociétés à responsabilité limitée. Elle permet aux actionnaires ayant opérés des versements supplémentaires de les récupérer dans le cas où ceux-ci ne seraient pas nécessaires à la couverture des pertes du capital social²⁶².

²⁵⁶ §27 Abs. 1 Satz 3 KStG.

²⁵⁷ Voir chapitre précédent.

²⁵⁸ §8 Abs. 3 Sätze 3-6 KStG ; TIPKE / LANG, p. 463.

²⁵⁹ TIPKE / LANG, p. 463

²⁶⁰ §8 Abs. 3 Satz 3 KStG.

²⁶¹ Pour plus de détails sur cette neutralisation de l'impôt, voir TIPKE / LANG, p. 463.

²⁶² Pour les deux exceptions : BMF du 4 juin 2003, ch. 29 ; DÖTSCH / PUNG, p. 1349.

A la suite de l'application de ces exceptions, un solde négatif du compte de réserves issues du capital pourrait se présenter.

10.4 Principe de l'apport en capital : comparaison du système allemand et du système suisse

Bien que sur le fondement le principe de l'apport en capital suisse et le principe de l'apport en capital allemand se rejoignent, leurs mises en application diffèrent sur un certain nombre de points. Premièrement, alors que le droit suisse tend à limiter excessivement par le biais du (projet de) droit comptable le remboursement d'apport, le droit allemand opte lui pour une vision axée sur le droit fiscal permettant le remboursement d'apports lorsque tous les bénéficiaires ont déjà été distribués. Il en résulte un ordre de distribution très strict, soit en premier lieu, les bénéficiaires thésaurisés puis ensuite uniquement en cas d'insuffisance les réserves issues d'apports. Il faut toutefois réserver les règles comptables allemandes relatives à la réduction du capital²⁶³. Dans le système suisse, les apports peuvent être remboursés en proportion contrôlée selon l'AFC alors même qu'il existerait toujours des réserves issues du bénéfice²⁶⁴. Cette seconde divergence conduit notamment à une approche très différente du droit suisse, puisque le droit allemand permet de considérer un remboursement d'agio en tant que prestation imposable si la réserve issue du bénéfice suffit à couvrir son montant²⁶⁵. Ainsi, on relève une troisième distinction puisque le droit allemand ne définit pas quels types d'apports sont exonérés mais fonctionne uniquement sur une idée de « couverture » contrairement au droit suisse qui précise clairement quelles catégories d'apports peuvent revenir à l'actionnaire sans prélèvement d'impôt.

En dernier lieu, la question très controversée du traitement des apports dissimulés est réglée en droit allemand de manière appréciable puisque les apports dissimulés peuvent bénéficier de l'application du principe de l'apport en capital conformément à son fondement.

Conclusion

L'introduction du principe de l'apport en capital dans le système fiscal suisse constitue un avantage considérable tant au niveau suisse que sur le plan international. En comparaison au principe de la valeur nominale, le principe de l'apport en capital a pour qualité de respecter les principes fiscaux fondamentaux, tel que le principe de la capacité contributive. Il permet une imposition plus équitable prenant en compte réellement l'activité de la société, en distinguant la substance produite par elle-même et les financements provenant des actionnaires se représentant sous la forme d'apports. Dans ce sens, il favorise l'intérêt des actionnaires à se lier à une société et à la faire fructifier.

Toutefois ce principe comporte une certaine complexité et sa mise en œuvre doit être faite de manière détaillée et conforme à son fondement. Malheureusement, il semble aujourd'hui que la circulaire de l'AFC tende à restreindre les bienfaits du principe de l'apport en capital par des règles trop restrictives le vidant ainsi de sa substance.

Salué par les fiscalistes et critiqué par les politiciens, le principe de l'apport en capital a suscité de vives réactions. Il a été la cible de plusieurs motions parlementaires et a

²⁶³ §222ss AktG.

²⁶⁴ Circulaire AFC n° 29, Principe de l'apport en capital, ch. 4.1.

²⁶⁵ UNTERSANDER, Kapitalrückzahlungsprinzip, p. 197.

également conduit au dépôt d'un recours devant le Tribunal fédéral visant à annuler le scrutin du 24 février 2008 concernant la RIE II. Le Conseil fédéral s'est penché sur ce principe à plusieurs reprises. D'abord dans le cadre de réponses données aux différentes motions, il a émis le souhait de limiter les effets du principe par une réglementation restrictive basée sur la révision du droit comptable en cours²⁶⁶. Puis dernièrement, l'idée d'un correctif du principe a été annoncée. En effet, lors de la séance extraordinaire du Conseil des Etats du 9 juin 2011 relative à la RIE II, la conseillère fédérale Eveline WIDMER-SCHLUMPF²⁶⁷ a invoqué la mise en place d'un correctif de l'application du principe de l'apport en capital se rapprochant des méthodes suivies par plusieurs Etats européens soit l'Allemagne, la France, l'Italie et les Pays-Bas.

Cette solution actuellement à l'étude et correspondant notamment à la méthode allemande décrite dans cet exposé permettrait assurément une application conforme du principe de l'apport en capital puisqu'elle prévoit une distribution des apports uniquement après que les bénéficiaires aient été totalement répartis. Toutefois, le choix d'une base légale corrective sur le plan fiscal est impératif. En effet, un ordre de distribution entre bénéficiaires et apports introduit par une base légale du droit comptable contreviendrait à l'égalité de traitement entre actionnaires en Suisse. Il faut rappeler à ce propos, qu'une société en Suisse peut être régie par un droit comptable étranger puisque selon le droit international privé suisse, la reconnaissance des sociétés se fait selon la théorie de l'incorporation²⁶⁸. Ainsi une base légale prévue sur le plan du droit privé pourrait conduire à une inégalité de traitement entre des actionnaires en Suisse détenant des droits de participation dans une société en Suisse régie par le droit suisse et ceux rattachés à une société étrangère en Suisse régie par un droit étranger et par conséquent n'étant pas soumise aux règles suisses du droit comptable. L'introduction d'une disposition fiscale du type de celle adoptée dans les Etats précités aurait pour résultat de freiner la distribution des apports et par conséquent d'étendre temporellement la diminution des pertes de recettes fiscales. Il ne peut être que souhaité, que ce correctif en accord avec le fondement même du principe de l'apport en capital soit adopté ceci en réconciliant la pratique du principe et son essence-même.

²⁶⁶ Réponse du 06.04.2011 aux motions 11.3199 « Modifier le principe de l'apport de capital. Respecter le principe de la bonne foi à l'égard du citoyen », LEUTENEGGER OBERHOLZER et 11.3189 « Principe de l'apport de capital. Abroger la rétroactivité », LEVRAT.

²⁶⁷ Séance extraordinaire du Conseil des Etats du 9 juin 2011 concernant la RIE II.

²⁶⁸ Art. 154 al. 1 LDIP.