

Le principe de l'apport en capital (1^{ère} partie)

Analyse critique de la circulaire N° 29 du 9.12.2010 de l'AFC au regard de questions choisies
Prof. Dr. iur. Robert Danon



*Prof. Dr. iur. Robert Danon,
professeur ordinaire de droit
fiscal suisse et international
à l'Université de Neuchâtel,
directeur de l'Executive Mas-
ter of Advanced Studies in
International Taxation (MAS)
et co-directeur du centre de
droit commercial, fiscal et de
l'innovation (CCFI)*

Table des matières

Dans cette édition:

1	Introduction	6	4.2	L'exigence de comptabilisation au bilan commercial.	16
2	La notion de rendement de participation avant le 1.1.2011	7	4.3	Apport ouvert	17
2.1	Impôt sur le revenu	7	4.3.1	Apport sous forme d'agio et versement à fonds perdus	17
2.1.1	Conception objective versus subjective du rendement	7	4.3.2	Apport sous forme d'abandon de créance.	17
2.1.2	Principe de valeur nominale pur ou modifié?	8	4.3.2.1	Position de l'AFC	17
2.2	Impôt anticipé	9	4.3.2.2	Prise de position	18
3	Le principe de l'apport en capital de la RIE II	10	4.3.3	Apport ouvert et compensation de pertes au bilan commercial.	19
3.1	Textes adoptés	10	4.3.3.1	Position de l'AFC	19
3.1.1	LIFD	10	4.3.3.2	Prise de position	19
3.1.2	LHID	11	4.4	Apport d'actifs sous-évalués (apport dissimulé)	20
3.1.3	LIA	11	4.4.1	En général	20
3.2	Relation avec la conception objective du rendement	11	4.4.1.1	Position du problème	20
3.3	Relation avec le principe de valeur nominale: principe de l'apport en capital ou de valeur nominale modifié?	12	4.4.1.2	Position de l'AFC	20
3.4	Relation avec le droit commercial	12	4.4.1.3	Jurisprudence du Tribunal fédéral	21
3.4.1	Droit positif	12	4.4.1.4	Prise de position	21
3.4.2	Projet de révision	13	4.4.2	Activation au bilan fiscal.	23
4	L'apport en capital	14	4.4.2.1	Exemple 1: distribution dissimulée de bénéficiaire entre sociétés sœurs	23
4.1	La notion d'apport	14	4.4.2.1.1	Etat de fait	23
4.1.1	Interprétation littérale de l'art. 20 al. 3 LIFD	14	4.4.2.1.2	Position de l'AFC	23
4.1.2	Interprétation systématique de l'art. 20 al. 3 LIFD	14	4.4.2.2	Exemple 2: restructuration: violation du délai de blocage	23
4.1.2.1	Relation avec l'art. 20 al. 1 lit. c LIFD.	14	4.4.2.2.1	Etat de fait	23
4.1.2.2	Relation avec l'art. 60 lit. a LIFD	15	4.4.2.2.2	Position de l'AFC	23
4.1.3	Interprétation historique et téléologique de l'art. 20 al. 3 LIFD	15	4.4.2.3	Prise de position	23
4.1.4	Relation avec l'art. 5 al. 1 ^{bis} LIA	15	Bibliographie.	24	
			Normes.	27	
			Travaux préparatoires	27	
			Bulletin officiel et interventions parlementaires	27	
			Circulaires	27	
			Manuels	28	

Dans la prochaine édition :

4.5	Immigration vers la Suisse : apport en capital ?
4.5.1	Transfert de siège
4.5.1.1	Position de l'AFC
4.5.1.2	Prise de position
4.5.1.2.1	Analyse au regard de l'impôt sur le bénéfice
4.5.1.2.2	Analyse au regard du principe de l'apport en capital
4.5.2	Quasi-fusion
5	Apport effectué par un détenteur de droits de participation
5.1	En général
5.2	Apport effectué par un proche du détenteur
5.2.1	Position de l'AFC
5.2.2	Prise de position
5.2.2.1	Interprétation littérale de l'art. 20 al. 3 LIFD
5.2.2.2	Interprétation systématique de l'art. 20 al. 3 LIFD
5.2.2.2.1	Relation avec l'art. 60 lit. a LIFD
5.2.2.2.1.2	Relation avec la condition d'attribution personnelle du revenu
6	Le remboursement de l'apport
6.1	En général
6.2	Distribution « asymétrique »
6.2.1	Position du problème
6.2.2	Position de l'AFC
6.2.3	Prise de position
7	Principe de l'apport en capital et changement de système
7.1	En général
7.2	Transposition
7.3	Liquidation partielle indirecte
8	Conclusions

1 Introduction

La seconde réforme de l'imposition des entreprises (RIE II) postule que le principe de valeur nominale, généralement applicable aux rendements provenant de la fortune privée, heurte le droit constitutionnel. En l'occurrence, ce principe, en tant qu'il conduit à l'imposition de la restitution de l'agio et des apports en capitaux ne constituant pas un remboursement du capital nominal, n'est pas conforme à la capacité contributive du titulaire de parts.¹ De plus, le critère de la valeur nominale conduit à une inégalité de traitement dans le cadre du financement de l'entreprise.² Enfin, du point de vue de l'impôt anticipé, le principe de valeur nominale pose problème

dans un contexte international lorsqu'une entreprise étrangère souscrit au capital-actions d'une société suisse sous la forme d'une émission au-dessus du pair.³ Cela d'autant plus que dans la plupart des Etats européens le remboursement de l'agio et des apports consentis par les détenteurs de droits de participation n'est pas soumis à l'impôt.⁴

Le principe de l'apport en capital (Kapitaleinlageprinzip), qui est entré en vigueur le 1.1.2011, vise donc fondamentalement à corriger les conséquences décrites ci-dessus. Au plan de l'impôt fédéral direct, l'art. 20 LIFD est complété par un 3^{ème} alinéa prévoyant l'exonération des apports des détenteurs de droits de participation. Bien plus, la nouvelle exonération est également applicable aux apports effectués après le 31.12.1996. L'harmonisation du droit cantonal, quant à elle, est réalisée par l'introduction dans la LHID d'un art. 7b dont la teneur est identique à celle du nouvel art. 20 al. 3 LIFD. Enfin, une exonération correspondante est également prévue à l'art. 5 al. 1^{bis} LIA.

Relevons enfin que le principe de l'apport en capital (Kapitaleinlageprinzip) fut préféré à celui du remboursement de capital (Kapitalrückzahlungsprinzip), traditionnellement présenté en doctrine, afin de mettre en évidence que cette exonération n'est pas liée à la personne de l'apporteur.⁵ Peu importe par conséquent que l'apport soit remboursé à l'actionnaire originel ou à un acquéreur subséquent. Peu importe également que l'apport remboursé au titulaire de droits de participation privés ait été consenti par un détenteur soumis au principe de la valeur comptable.⁶

Simple en apparence et très attendu, le principe de l'apport en capital est toutefois certainement aujourd'hui le volet le plus discuté de la RIE II, ceci à tout le moins pour 2 raisons essentielles. Tout d'abord, à long terme, la portée du principe de l'apport en capital dépendra également des options retenues dans le cadre de la réforme du droit comptable,⁷ actuellement en gestation devant le Parlement. Cela dit, dans l'immédiat, la controverse porte surtout sur la nouvelle circulaire de l'administration fédérale des contributions (AFC), publiée le 9.12.2010,⁸ qui entend mettre en œuvre le nouveau dis-

1 Message RIE II, p. 4537.

2 Message RIE II, p. 4595.

3 Message RIE II, p. 4537.

4 Message RIE II, p. 4537. Pour une présentation p. ex. du régime applicable en droit fiscal allemand, v. UNTERSANDER, Kapitalrückzahlungsprinzip im schweizerischen Steuerrecht, p. 193.

5 Message RIE II, p. 4537 ; BO CE 2006, p. 439 s ; UNTERSANDER, Kapitaleinlageprinzip und Unternehmenssteuerreform II, p. 35 ; ALTORFER/ALTORFER, Das Kapitaleinlageprinzip (1. Teil), p. 271.

6 ALTORFER/ALTORFER, Das Kapitaleinlageprinzip (1. Teil), p. 309.

7 Message Révision CO, p. 1407 et ss.

8 Circ. Principe de l'apport de capital.

positif adopté par le législateur. Une partie de la doctrine, en particulier, relève déjà que cette mise en œuvre administrative, empreinte de formalisme, est souvent peu cohérente avec l'interprétation donnée à d'autres normes, pourtant en étroite connexité avec le principe de l'apport en capital.

La présente contribution se propose d'analyser la nouvelle circulaire de l'AFC au regard de quelques questions choisies nous paraissant fondamentales. Nous porterons tout d'abord notre attention sur la notion d'apport en capital (sect. 4) et de détenteur de droits de participations (sect. 5). Nous examinerons ensuite la position adoptée par l'administration dans le cadre du remboursement des apports, singulièrement la question controversée des distributions dites asymétriques (sect. 6). Cela fait, la relation existant entre le principe de l'apport en capital et les cas dits de changement de système (transposition et liquidation partielle indirecte) sera examinée (sect. 7). Au préalable, il paraît toutefois utile de revenir sur la notion de rendement de participation telle qu'elle existait avant le 1.1.2011 (sect. 2) et de présenter les modifications induites par l'adoption du principe de l'apport en capital (sect. 3).

2 La notion de rendement de participation avant le 1.1.2011

2.1 Impôt sur le revenu

2.1.1 Conception objective versus subjective du rendement

Selon le Tribunal fédéral⁹ et la doctrine dominante¹⁰, la LIFD consacre une conception objective du rendement (objektbezogene Betrachtungsweise) provenant de la

fortune privée. Selon cette conception formaliste,¹¹ qui se concentre sur le débiteur du revenu (subjektives Herkunftsprinzip),¹² toute prestation effectuée *causa societatis* et entraînant l'appauvrissement (*Entreicherung*)¹³ de l'entité distributrice constitue un rendement de participation. Peu importe que le titulaire de parts ne soit pas économiquement enrichi à cette occasion.¹⁴ Dans ce système, le gain en capital réalisé à l'occasion de l'aliénation des droits de participation ne constitue pas un revenu imposable¹⁵ car il ne s'agit pas d'une prestation versée par la société.¹⁶ Cela dit, en cas de vente à un acquéreur détenant également les titres acquis dans sa fortune privée, l'imposition de cette plus-value est en réalité reportée sur celui-ci puisque, à l'occasion de la liquidation de la société vendue, l'excédent de liquidation imposable est calculé indépendamment du prix d'acquisition des titres.¹⁷ Autrement dit, l'exonération du gain en capital est en quelque sorte « compensée » par une surimposition ultérieure.¹⁸ Une partie de la doctrine considère que cette conception formaliste du rendement de participation heurte le droit constitutionnel, en particulier le principe de l'imposition selon la capacité contributive.¹⁹ D'autres auteurs, auxquels nous nous rallions, estiment au contraire que la conception objective du ren-

9 ATF 11.6.2004, RDAF II 2004, p. 359, 361; ATF 15.8.2000, Archives 70 (2001/02), p. 289 = RDAF 2001 II, p. 240, 242 s. Cette conception a été reprise de l'ancien droit: V. notamment ATF 12.7.1989, Archives 58 (1989/90), p. 695; ATF 19.4.1985, Archives 55 (1986/87), p. 212 = RDAF 1988, p. 193; Archives 26 (1957/58), p. 283.

10 LOCHER, N 10 ad art. 20 DBG; BLUMENSTEIN/LOCHER, *System des schweizerischen Steuerrechts*, p. 219; BUCHSER/JAU, *Methodische Überlegungen zur indirekten Teilliquidation*, p. 128; REICH, N 29 ad art. 20 DBG; REICH, *Vermögensertragsbegriff und Nennwertprinzip*, p. 272; DANON, *Vente et transmission de sociétés de capitaux en droit fiscal suisse – La théorie de la « transposition » et de la « liquidation partielle indirecte »*, p. 394; NOËL, N 46 ad art. 20 LIFD. Contra: BEHNISCH, *Die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften – national und grenzüberschreitend*, p. 153 et ss. A notre sens, la codification par le législateur des états de faits de liquidation partielle indirecte et de transposition (art. 20a LIFD et 7a LHID), dont la justification réside dans le passage du système objectif à subjectif, confirme bien que la conception objective est applicable aux rendements provenant de la fortune privée.

11 NOËL, N 46 ad art. 20 LIFD; REICH, N 30 ad art. 20 DBG; REICH, *Vermögensertragsbegriff und Nennwertprinzip*, p. 271.

12 Selon la terminologie de Locher (LOCHER, N 6 ad art. 20 DBG). V. aussi REICH, N 29 ad art. 20 DBG; REICH, *Vermögensertragsbegriff und Nennwertprinzip*, p. 272.

13 REICH, *Vermögensertragsbegriff und Nennwertprinzip*, p. 273; UNTERSANDER, *Kapitalrückzahlungsprinzip im schweizerischen Steuerrecht*, p. 22; LOCHER, N 76 ad art. 20 DBG.

14 NOËL, N 46 ad art. 20 LIFD.

15 Art. 16 al. 3 LIFD.

16 NOËL, N 46 ad art. 20 LIFD; YERSIN, A propos de la distinction entre le rendement de fortune et les gains en capital, p. 467; DANON, *Vente et transmission de sociétés de capitaux en droit fiscal suisse – La théorie de la « transposition » et de la « liquidation partielle indirecte »*, p. 394.

17 UNTERSANDER, *Kapitalrückzahlungsprinzip im schweizerischen Steuerrecht*, p. 29; BEHNISCH, *Die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften – national und grenzüberschreitend*, p. 153; LOCHER, *Grenzen der Rechtsfindung im Steuerrecht*, p. 217; REICH, *Vermögensertragsbegriff und Nennwertprinzip*, p. 272; GURTNER, *Systemwechselfälle bei Beteiligungsübertragungen*, p. 26.

18 UNTERSANDER, *Kapitalrückzahlungsprinzip im schweizerischen Steuerrecht*, p. 62; YERSIN, A propos de la distinction entre le rendement de fortune et les gains en capital, p. 478. Dans cette hypothèse, cette conception objective a été qualifiée de « Schwarzer-Peter-Prinzip » (LOCHER, *Grenzen der Rechtsfindung im Steuerrecht*, p. 217) ou « Den-Letzen-beissen-die-Hunde-Prinzip » (GURTNER, *Die einkommens- und vermögensgewinnsteuerrechtliche Behandlung der Gratisaktien*, p. 584).

19 Art. 127 al. 2 Cst. V. GURTNER, *Die einkommens- und vermögensgewinnsteuerrechtliche Behandlung der Gratisaktien*, p. 585; BEHNISCH, *Die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften – national und grenzüberschreitend*, p. 157, et Duss, *Prämisse – Präjudizien – Paradoxa. Vignetten zur Dichotomie Kapitalgewinn – Kapitalertrag*, p. 157.

dement n'est que le corollaire logique de l'exonération du gain en capital.²⁰

Lorsque le système objectif est combiné au principe de valeur nominale, la notion de rendement imposable englobe également la distribution d'actions gratuites de même que la restitution de l'agio et des versements supplémentaires consentis par les détenteurs de parts. Cela étant, la conception objective du rendement ne saurait être confondue avec le principe de valeur nominale. Ce dernier critère ne constitue en effet que l'un des sous-principes permettant de fixer l'assiette de l'impôt dans le cadre d'un système objectif.²¹ En effet, cette conception objective peut également être combinée avec le principe de valeur nominale modifié ou encore celui de l'apport en capital.²²

A cette vision formaliste du revenu, l'on oppose la conception dite subjective (subjektbezogene Betrachtungsweise). Selon cette conception, que le législateur a choisi de retenir en ce qui concerne les droits de participation commerciaux,²³ la notion de rendement s'apprécie au contraire du point de vue du titulaire de parts.²⁴ L'existence d'un revenu est alors fonction du coût d'acquisition des droits de participation.²⁵ Dans le système subjectif, l'imposition est également étendue aux gains en capital,²⁶ de sorte que la substance incorporée dans les

droits de participation, qu'elle soit réalisée à l'occasion d'une distribution ou lors de l'aliénation des titres, est traitée de manière identique. La détermination du rendement de participation suivant le principe du coût d'acquisition a en revanche pour corollaire la non-imposition des actions gratuites et des augmentations de valeur nominale.²⁷ Centrée sur la situation du bénéficiaire du rendement, cette conception s'accorde particulièrement bien avec le principe de l'imposition selon la capacité contributive²⁸ du titulaire de parts.²⁹

La LHID, quant à elle, ne règle en revanche pas cette question. Conceptuellement, le législateur cantonal est donc libre de définir le rendement de participation suivant une conception objective ou subjective.³⁰ Les diverses législations cantonales retiennent toutefois dans la règle la conception objective.³¹

2.1.2 Principe de valeur nominale pur ou modifié ?

La conception objective du rendement de participation permet de poser que l'existence d'un revenu doit être appréciée du point de la société effectuant la prestation. Cela étant, encore faut-il s'entendre sur les contours de l'assiette de l'impôt, singulièrement sur la distinction entre rendement imposable et remboursement de capital exonéré. Or, cette question reçoit une réponse différente, suivant que l'on combine la conception objective avec le principe de valeur nominale pur ou modifié ou encore avec celui de l'apport en capital.

Sous l'égide de l'Arrêté concernant l'impôt fédéral direct (AIFD), la stricte application du principe de valeur nominale (Nennwertprinzip) aux rendements provenant de la fortune privée n'était guère controversée. L'art. 21 al. 1 lit. c AIFD disposait en effet que :

Art. 21 al. 1 lit. c AIFD: (...) par parts aux bénéficiaires provenant de participations, il faut entendre toutes les prestations appréciables en argent faites par la société au porteur de parts de droits de participation (...) qui ne constituent pas un remboursement des parts au capital social existantes.

Selon ce système, la distinction entre rendement imposable et remboursement de capital exonéré s'effectuait

20 LOCHER, Grenzen der Rechtsfindung im Steuerrecht, p. 217; UNTERSANDER, Kapitalrückzahlungsprinzip im schweizerischen Steuerrecht, p. 31; REICH, Vermögensertragsbegriff und Nennwertprinzip, p. 286, qui propose toutefois des correctifs lorsque la conception objective heurte de manière flagrante le principe de l'imposition selon la capacité contributive; YERSIN, A propos de la distinction entre le rendement de fortune et les gains en capital, p. 478.

21 UNTERSANDER, Kapitalrückzahlungsprinzip im schweizerischen Steuerrecht, p. 27.

22 REICH, N 31 ad art. 20 DBG; REICH, Steuerrecht, p. 278; UNTERSANDER, Kapitalrückzahlungsprinzip im schweizerischen Steuerrecht, p. 27.

23 La commission ERU proposait de soumettre les gains en capital privés provenant d'une participation déterminante à une imposition partielle. Ceux-ci auraient donc également été régis par la conception subjective, v. Rapport ERU, p. 68, et à ce sujet OBERSON, Fondements et perspectives d'une imposition des entreprises neutre quant à la forme (« rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung »), p. 271 ss. Cette solution avait également été proposée par le message Harmonisation fiscale, p. 42 ss.

24 REICH, N 29 ad art. 20 DBG; REICH/DUSS, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, p. 76; UNTERSANDER, Kapitalrückzahlungsprinzip im schweizerischen Steuerrecht, p. 30; NOËL, N 45 ad art. 20 LIFD.

25 REICH, N 29 ad art. 20 DBG; NOËL, N 45 ad art. 20 LIFD; HÖHN/WALDBURGER, Steuerrecht II, § 39 N 86 ss; YERSIN, A propos de la distinction entre le rendement de fortune et les gains en capital, p. 467; REICH, Steuerrecht, p. 277; UNTERSANDER, Kapitalrückzahlungsprinzip im schweizerischen Steuerrecht, p. 30; ALTORFER/ALTORFER, Das Kapitaleinlageprinzip (1. Teil), p. 271.

26 Art. 18 al. 2 LIFD.

27 REICH, N 29 ad art. 20 DBG; REICH/DUSS, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, p. 77; NOËL, N 45 ad art. 20 LIFD; YERSIN, A propos de la distinction entre le rendement de fortune et les gains en capital, p. 467.

28 Art. 127 al. 2 Cst; REICH/DUSS, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, p. 77; UNTERSANDER, Kapitalrückzahlungsprinzip im schweizerischen Steuerrecht, p. 30.

29 UNTERSANDER, Kapitalrückzahlungsprinzip im schweizerischen Steuerrecht, p. 30.

30 V. art. 7 al. 1 LHID; REICH, N 54 ad art. 7 StHG.

31 REICH, N 53 ad art. 7 StHG.

suivant le critère formel de la valeur nominale.³² L'assiette de l'impôt englobait ainsi non seulement les bénéfices reportés et les réserves latentes mais également les apports des détenteurs de parts, en particulier l'agio et les versements supplémentaires. Suivant la conception objective du rendement, peu importe que ces apports soient remboursés à l'actionnaire originel ou à un acquéreur subséquent des titres.³³ Enfin, pour des raisons de systématique fiscale,³⁴ la conversion de réserves en capital nominal (actions gratuites) et autres augmentations de valeur nominale étaient également imposables.

Cela étant, à l'occasion de l'entrée en vigueur de la LIFD, une controverse est née concernant la portée de ce principe dans le cadre du nouveau droit. L'art. 20 al. 1 lit. c LIFD ne contient en effet plus de référence expresse au principe de valeur nominale mais réserve uniquement l'imposition des « (...) actions gratuites, les augmentations gratuites de la valeur nominale (...) ». Pour certains, la portée de l'art. 21 al. 1 lit. c LIFD est identique à celle de l'art. 21 al. 1 AIFD de sorte que le principe de valeur nominale demeure applicable sans changement.³⁵ Ceci dit, selon une grande partie de la doctrine il ressort de la formulation de l'art. 20 al. 1 lit. c LIFD que le principe de valeur nominale modifié (modifiziertes Nennwertprinzip) est désormais applicable aux rendements de la fortune privée.³⁶ A juste titre, les partisans de cette seconde thèse font valoir que le principe de valeur nominale, dans sa forme absolue, heurte nettement le droit constitutionnel. Tout d'abord, l'imposition des apports consentis par les détenteurs de parts, à l'occasion de leur remboursement, n'est pas conforme au principe de l'imposition selon la capacité contributive.³⁷ En l'occurrence, le principe de valeur nominale revient ici à imposer une opération qui ne constitue en fait qu'une simple

réorganisation (Vermögensumschichtung)³⁸ de la fortune du contribuable.³⁹ Ensuite, le principe de valeur nominale contrevient également au principe de l'égalité de traitement et de neutralité dès lors qu'une même opération de financement est traitée différemment suivant le mode de comptabilisation choisi (apport avec ou sans augmentation du capital nominal). Or, ces conséquences rigoureuses peuvent être largement atténuées si l'on adopte le principe de valeur nominale dans sa forme modifiée. Certes, le critère de la valeur nominale reste déterminant, de sorte que l'émission d'actions gratuites à charge des bénéfices reportés demeure imposable. Cela dit, l'assiette de l'impôt n'englobe alors plus le remboursement des apports consentis par les détenteurs de parts. Dans cette mesure, le principe de valeur nominale est ainsi modifié.⁴⁰

Cela étant, cette vision des choses ne fut pas suivie par le Tribunal fédéral. Selon notre Haute Cour, le principe de valeur nominale pur demeure applicable sans changement à la LIFD.⁴¹ L'introduction du principe de l'apport en capital par le législateur, lequel comme nous le verrons ne constitue en fait qu'une atténuation du principe de valeur nominale, confirme bien que l'entrée en vigueur de la LIFD n'entraîna sur ce point aucun changement par rapport au droit antérieur.⁴²

La LHID, comme nous l'avons vu, ne définit pas en revanche la notion de rendement de participation.

Dans le cadre de la mise en œuvre de leur conception objective du rendement, les cantons étaient donc jusqu'ici libres d'opter pour le principe de valeur nominale pur, modifié ou encore celui de l'apport en capital.⁴³ La plupart d'entre eux avaient toutefois opté pour le principe de valeur nominale pur.

2.2 Impôt anticipé

La Confédération perçoit un impôt anticipé de 35 % sur les rendements de participation⁴⁴ provenant de sociétés de capitaux suisses.⁴⁵ La qualité de contribuable appar-

32 REICH, *Steuerrecht*, p. 278; REICH, *Vermögensertragsbegriff und Nennwertprinzip*, p. 280.

33 Message RIE II, p. 4536.

34 LOCHER, N 130 ad art. 20 DBG; OBERSON, *droit fiscal suisse*, p. 114.

35 LOCHER, N 13 ad art. 20 DBG; AGNER/JUNG/STEINMANN, N 11 ad art. 20 LIFD; OBERSON, *Droit fiscal suisse*, p. 112.

36 REICH, N 38 ad art. 20 DBG; REICH, *Vermögensertragsbegriff und Nennwertprinzip*, p. 282; NEUHAUS, *Verdeckte Gewinnausschüttungen*, p. 31; HÖHN/WALDBURGER, *Steuerrecht II*, § 14 N 74 et § 30 N 108; UNTERSANDER, *Kapitalrückzahlungsprinzip im schweizerischen Steuerrecht*, p. 79.

37 Art. 127 al. 2 Cst; UNTERSANDER, *Kapitalrückzahlungsprinzip im schweizerischen Steuerrecht*, p. 62; BÖCKLI, *Die Transponierungstheorie*, 40 ss; GURTNER, *Die einkommens- und vermögensgewinnsteuerrechtliche Behandlung der Gratisaktien*, p. 588; HÖHN, *Die Abgrenzung von Vermögensertrag und Kapitalgewinn im Einkommensteuerrecht*, p. 536; REICH, *Die Steuerfolgen der Aktienveräußerung nach Umwandlung eines Personenunternehmens in eine Aktiengesellschaft*, p. 516; ALTORFER/ALTORFER, *Das Kapitaleinlageprinzip (1. Teil)*, p. 272; REICH, *Vermögensertragsbegriff und Nennwertprinzip*, p. 282.

38 UNTERSANDER, *Kapitalrückzahlungsprinzip im schweizerischen Steuerrecht*, p. 63.

39 UNTERSANDER, *Kapitalrückzahlungsprinzip im schweizerischen Steuerrecht*, p. 64; HÖHN/WALDBURGER, *Steuerrecht II*, § 39 N 99.

40 REICH, *Steuerrecht*, p. 279; REICH, N 36 ad art. 20 DBG; REICH, *Vermögensertragsbegriff und Nennwertprinzip*, p. 280; HÖHN/WALDBURGER, *Steuerrecht II*, § 39 N 114; UNTERSANDER, *Kapitalrückzahlungsprinzip im schweizerischen Steuerrecht*, p. 60.

41 ATF 15.8.2000, Archives 70 (2001/02), p. 289 = RDAF 2001 II, p. 240, 242 s.

42 V. Message RIE II, p. 4536.

43 V. art. 7 al. 1 LHID; REICH, N 54 ad art. 7 StHG.

44 Art. 4 al. 1 lit b LIA.

45 Art. 9 LIA.

tient à la société distributrice.⁴⁶ Lorsque l'obligation fiscale est exécutée par le paiement de l'impôt anticipé, la créance fiscale prend naissance au moment où échoit la prestation imposable au sens du droit civil.⁴⁷ La société distributrice transfère alors la charge de l'impôt au bénéficiaire en le déduisant du montant du rendement imposable.⁴⁸ L'impôt anticipé, qui constitue une contribution directe prenant la forme d'un impôt à la source,⁴⁹ poursuit un double but. En premier lieu, la perception de l'impôt anticipé est destinée à inciter les contribuables suisses à déclarer régulièrement leurs revenus et fortune.⁵⁰ L'impôt anticipé a alors une fonction de garantie (Sicherungszweck).⁵¹ Enfin, l'impôt anticipé représente en revanche une charge définitive pour les fraudeurs et pour les étrangers auxquels une convention de double imposition n'accorde pas un droit au remboursement.⁵² Dans cette dernière hypothèse, l'impôt anticipé déploie une réelle fonction fiscale (Fiskalzweck).⁵³

Dans le cadre de la perception de l'impôt anticipé, la notion de rendement de participation est indiscutablement définie de manière objective.⁵⁴ La nature même d'impôt perçu à la source commande de retenir une telle conception.⁵⁵ Il ne fait également aucun doute que la notion de rendement de participation au sens de l'impôt anticipé

est régie par le principe de valeur nominale.⁵⁶ Tout d'abord, même si l'on excepte le texte clair de l'art. 20 al. 1 OIA, l'interprétation téléologique, en l'occurrence la fonction d'impôt de garantie que poursuit l'impôt anticipé par rapport à l'impôt sur le revenu, commande d'interpréter l'art. 4 al. 1 lit. b LIA de manière identique à l'art. 20 al. 1 lit. c LIFD.⁵⁷ Enfin, l'introduction, parallèlement à l'impôt sur le revenu, du principe de l'apport en capital en matière d'impôt anticipé vient définitivement confirmer cette analyse.

3 Le principe de l'apport en capital de la RIE II

Nous présentons maintenant les nouveaux textes adoptés par le législateur (sect. 3.1) ainsi que la relation qu'entretient le principe de l'apport en capital avec la conception objective du rendement (sect. 3.2) et le principe de valeur nominale (sect. 3.3), d'une part ainsi qu'avec le droit commercial (sect. 3.4), d'autre part.

3.1 Textes adoptés

3.1.1 LIFD

Comme on le constate, le projet du Conseil fédéral fut modifié à l'occasion de son passage devant le Parlement.

Projet du Conseil fédéral	Texte adopté
<p>Art. 20 al. 3 LIFD: 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:</p> <p>a. ont été versés après le 31 décembre 1996; et que</p> <p>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.</p>	<p>Art. 20 al. 3 LIFD: Le remboursement d'apports, d'agios et de versements supplémentaires effectués par les détenteurs de droits de participations après le 31 décembre 1996 est traité de la même manière que le remboursement du capital-actions ou du capital social.</p> <p>Art. 125 al. 3 LIFD: (...) Ce capital 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 (...)</p>

46 Art. 10 LIA.

47 Art. 12 al. 1 LIA; v. notamment ATF 2A.310/2002 consid. 3 (du 4.12.2002); ATF 2C.115/2008 consid. 3 (11.2.2008).

48 Art. 14 LIA.

49 BLUMENSTEIN/LOCHER, System des schweizerischen Steuerrechts, p. 197.

50 Archives 50 (1981/82), p. 583 = RDAF 1982, p. 267; Archives 68 (1999/2000), p. 671; TAF A-1521/2006 consid. 4.1 (5.6.2007).

51 BAUER-BALMELLI, Der Sicherungszweck der Verrechnungssteuer, p. 212 ss.

52 Archives 50 (1981/82), p. 583 = RDAF 1982, p. 267; RF 2006 217 = RDAF 2006 II, p. 239; TAF A-1521/2006 consid. 4.1 (5.6.2007).

53 BAUER-BALMELLI, Der Sicherungszweck der Verrechnungssteuer, p. 212 ss; Message Projet IA, p. 938 et 949.

54 DUSS/VON AH, N 7 ad art. 4 VStG; ATF 4.5.2009, Archives 68 (1998/99), p. 739.

55 UNTERSANDER, Kapitalrückzahlungsprinzip im schweizerischen Steuerrecht, p. 37; BAUER-BALMELLI, Der Sicherungszweck der Verrechnungssteuer, p. 71; REICH, Vermögensertragsbegriff und Nennwertprinzip, p. 70.

56 DUSS/VON AH, N 8 et N 149 ss ad art. 4 VStG. Cela étant, la portée du principe de valeur nominale en matière d'impôt anticipé n'était initialement pas fermement établie. Dans un arrêt très controversé, la Haute Cour, ignorant l'art. 20 al. 1 OIA, avait d'abord jugé que le remboursement de l'agio ne constituait pas un rendement soumis à l'impôt anticipé (ATF 31.5.1968, Archives 37 (1968/69), p. 162 = RDAF 1968, p. 290); v. aussi la critique de PFUND, Archives 37 (1968/69), p. 176 = RDAF 1968, p. 300). Cette jurisprudence ne fut toutefois pas maintenue et l'assujettissement du remboursement de l'agio à l'impôt anticipé par la suite confirmé (ATF 11.6.1971, RDAF 1973, p. 252; ATF 25.2.1972, Archives 43 (1975/76), p. 337 = RDAF 1975, p. 91).

57 ATF 11.12.1981, Archives 51 (1983/84), p. 546. Bien plus, l'art. 4a LIA (acquisition d'actions propres), introduit à l'occasion de la réforme 1997 de l'imposition des entreprises qui prévoit que la société doit l'impôt anticipé sur la différence entre le prix d'acquisition et la valeur nominale libérée de ces droits, atteste de l'ancrage du principe de valeur nominale dans la LIA.

En premier lieu, d'un point de vue systématique, l'exigence de comptabilisation au bilan commercial est érigée au rang d'obligation de procédure (*Verfahrenspflicht*).⁵⁸ En second lieu, le texte adopté par le législateur n'exige plus que les apports soient effectués « directement » (« *unmittelbar* ») par le détenteur des droits de participation. Enfin, il sied également de relever que la notion de rendement de participation figurant à l'art. 20 al. 1 lit. c

LIFD ne fut pas modifiée. Comme nous le verrons, il en découle que le nouveau principe adopté par le législateur est en réalité celui de la valeur nominale modifiée.

3.1.2 LHID

Les modifications apportées à la LHID, quant à elles, sont identiques.

Projet du Conseil fédéral	Texte adopté
<p>Art. 7a al. 1 LHID: 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:</p> <p>a. ont été versés après le 31 décembre 1996; et que</p> <p>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.</p>	<p>Art. 7b LHID: Le remboursement d'apports, d'agios et de versements supplémentaires effectués par les détenteurs de droits de participations après le 31 décembre 1996 est traité de la même manière que le remboursement du capital-actions ou du capital social.</p>

Au plan cantonal, le principe de l'apport en capital constitue ainsi désormais un « standard minimum » s'imposant au législateur cantonal dans le cadre de la définition du rendement de fortune.⁵⁹ Enfin, comme on le constate, le Parlement renonça finalement à introduire une exigence de comptabilisation au bilan commercial comparable à celle figurant à l'art. 125 al. 3 LIFD. Sur ce point, les cantons demeurent donc libres de régler comme ils le souhaitent les obligations de procédure du contribuable.⁶⁰

3.1.3 LIA

S'agissant de l'impôt anticipé, le texte de l'art. 5 al. 1^{bis} LIA adopté par le législateur demeure en revanche inchangé par rapport à celui proposé par le Conseil fédéral :

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

3.2 Relation avec la conception objective du rendement

Le passage du principe de valeur nominale à celui de l'apport en capital ne modifie pas la conception objec-

tive du rendement présentée ci-dessus. Le principe de l'apport en capital introduit par le législateur, ou plus précisément celui de la valeur nominale modifiée comme nous le verrons, se rattache également à cette conception.⁶¹ A notre avis, le point de savoir si une prestation constitue un apport au sens des art. 20 al. 3 LIFD et 7b LHID s'apprécie donc uniquement du point de vue de la société fournissant cette prestation. Le fait que l'application de ces dispositions ne soit pas liée à la personne de l'apporteur (principe de l'apport et non du remboursement de capital) s'accorde d'ailleurs parfaitement avec la conception objective du rendement.⁶² Pour le surplus, l'adoption du principe de l'apport en capital n'entraîne aucun changement en ce qui concerne la relation existant entre le système objectif et l'exonération du gain en capital privé.⁶³ En conséquence, en cas d'aliénation des droits de participation à un acquéreur privé, la part de la plus-value ne correspondant pas aux apports (bénéfices reportés et/ou réserves latentes) demeure toujours imposable dans le chef de l'acquéreur afin de « compenser » l'exonération de celle-ci auprès de l'aliénateur. L'effet de surimposition de l'acquéreur décrit ci-dessus demeure ainsi inchangé. Cette surimposition, certes peu heureuse, est toutefois le corollaire de la conception objective adoptée par le législateur.

58 Intervention Lauri, BO CE 2006, p. 440; v. aussi ALTORFER/ALTORFER, *Das Kapitaleinlageprinzip* (1. Teil), p. 274.

59 UNTERSANDER, *Kapitaleinlageprinzip und Unternehmenssteuerreform II*, p. 11.

60 Intervention Lauri, BO CE 2006, p. 440.

61 REICH, *Steuerrecht*, p. 278.

62 UNTERSANDER, *Kapitaleinlageprinzip und Unternehmenssteuerreform II*, p. 35.

63 Art. 16 al. 3 LIFD.

3.3 Relation avec le principe de valeur nominale : principe de l'apport en capital ou de valeur nominale modifié ?

Dans le cadre d'un véritable principe d'apport en capital, le critère de valeur nominale ne joue ordinairement plus aucun rôle. Le principe de l'apport en capital distingue en effet uniquement entre les réserves issues de bénéfices et celles provenant d'apports. Ainsi, la conversion de réserves en capital nominal est ignorée. En effet, la question de la réalisation d'un rendement imposable sera simplement examinée lors de la distribution effective de ces réserves au titulaire de parts. En l'occurrence, l'imposition dépendra plutôt du point de savoir si les réserves converties proviennent de bénéfices reportés (imposition) ou d'apports (exonération).⁶⁴

Cette conception n'est toutefois pas celle retenue par le législateur. En effet, l'art. 20 al. 1 lit. c LIFD ne fut pas modifié de sorte que l'émission d'actions gratuites et les augmentations de valeur nominale, sauf à provenir de réserves issues d'apports, demeurent imposables.⁶⁵ En conséquence, il sied à notre sens de considérer que l'art. 20 al. 3 ne fait que modifier la portée du principe de valeur nominale ancré à l'art. 20 al. 1 lit. c LIFD.⁶⁶ En conséquence, le critère formel de la valeur nominale reste déterminant mais l'assiette de l'impôt n'englobe simplement plus le remboursement des apports consentis par les détenteurs de parts. Autrement dit, le principe adopté n'est autre que celui que certains avaient déjà déduit d'une interprétation de l'art. 20 al. 1 lit. c LIFD conforme au droit constitutionnel.⁶⁷ A notre sens, l'adoption du principe de l'apport en capital proprement dit eût toutefois été préférable dans la mesure où celui-ci aurait alors permis de renoncer à une imposition systématique lors d'une conversion de bénéfices reportés en valeur nominale.

3.4 Relation avec le droit commercial

Comme nous l'avons vu, l'art. 125 al. 3 LIFD, de même que l'art. 5 al. 1^{bis} LIA, exigent que les apports consentis par les titulaires de parts soient comptabilisés sur un

compte spécial du bilan commercial. Il sied donc bien évidemment de s'interroger sur la relation qu'entretient cette exigence avec le droit commercial actuel, d'une part (sect. 3.4.1) et le projet de révision du code des obligations (sect. 3.4.2), d'autre part.

3.4.1 Droit positif

La notion de réserve issue d'apports en capital est inconnue en droit commercial actuel. Celui-ci distingue en effet uniquement entre (i) les réserves légales,⁶⁸ (ii) la réserve pour actions propres,⁶⁹ (iii) la réserve de réévaluation,⁷⁰ (iv) les réserves statutaires⁷¹ et (v) les réserves libres⁷².

L'art. 671 CO dispose que 5 % du bénéfice de l'exercice doit être affecté à la réserve générale jusqu'à ce que celle-ci atteigne 20 % du capital-actions libéré.⁷³ Doivent en outre être obligatoirement affectés à cette réserve, même lorsqu'elle atteint cette limite, (i) l'agio provenant d'une émission au dessus de la valeur nominale en tant que celui-ci n'est pas affecté à des amortissements ou à des buts de prévoyance,⁷⁴ (ii) le solde des versements opérés sur des actions annulées, diminué de la perte qui aurait été subie sur les actions émises en lieu et place⁷⁵ et (iii) 10 % des montants qui sont répartis comme part de bénéfice après le paiement d'un dividende de 5 %⁷⁶.

Il résulte ainsi du texte clair de l'art. 671 CO que l'apport sous forme d'agio doit être directement comptabilisé à la réserve générale.⁷⁷ Selon une partie de la doctrine, les versements supplémentaires consentis par les titulaires de parts constituent au contraire un produit extraordinaire devant être inscrit au compte de résultats.⁷⁸ Pour d'autres, ces versements doivent être également comptabilisés à la réserve générale.⁷⁹ Selon cette dernière conception, qui doit être approuvée, la comptabilisation au bilan se justifie dans la mesure où le versement supplémentaire ne constitue économiquement pas un produit.⁸⁰

64 UNTERSANDER, Kapitaleinlageprinzip und Unternehmenssteuerreform II, p. 7; UNTERSANDER, Kapitalrückzahlungsprinzip im schweizerischen Steuerrecht, p. 59; REICH, Steuerrecht, p. 279. Autrement dit, le principe de l'apport en capital permet dans ce cas de reporter de l'imposition lors de la réalisation effective du rendement et, de ce point de vue, s'accorde mieux avec le principe de l'imposition selon la capacité contributive que celui de la valeur nominale modifié.

65 Circ. Principe de l'apport de capital ch. 4.2.1.

66 Du même avis, ALTORFER/ALTORFER, Das Kapitaleinlageprinzip (1. Teil), p. 271; REICH, Steuerrecht, p. 279; GLAUSER, L'imposition des actionnaires en cas de « Mergers & Acquisitions », p. 346.

67 V. ci-dessus.

68 Art. 671 CO.

69 Art. 672 CO.

70 Art. 671b CO.

71 Art. 672 CO.

72 Art. 674 al. 2 CO.

73 Art. 671 al. 1 CO.

74 Art. 671 al. 2 ch. 1 CO.

75 Art. 671 al. 2 ch. 2 CO.

76 Art. 671 al. 2 ch. 3 CO. Cette disposition n'est toutefois pas applicable aux sociétés holding (art. 671 al. 4 CO).

77 TORRIONE, N 16 ad art. 671 CO.

78 RIEDWEG, Steuerrechtliche Aspekte der Sanierung – Standortbestimmung und neue DBG-Normen, p. 247; FREI, Der Forderungsverzicht im Steuerrecht, p. 87.

79 SCHALCHER, Die Sanierung von Kapitalgesellschaften im schweizerischen Steuerrecht, p. 243; UNTERSANDER, Kapitalrückzahlungsprinzip im schweizerischen Steuerrecht, p. 120.

80 GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice, p. 191.

Cela étant, le droit comptable actuel n'exige pas que les différentes composantes de la réserve générale soient dissociées et, notamment, qu'une réserve constituée au moyen de l'agio et des versements supplémentaires apparaisse distinctement au bilan. La réserve générale englobe ainsi tant les bénéfices reportés que les apports de capital des détenteurs de parts. La mise en œuvre du principe de l'apport en capital, à tout le moins au plan de l'impôt fédéral direct et de l'impôt anticipé, commande ainsi de dissocier les différentes composantes de la réserve générale afin de faire apparaître distinctement la réserve constituée au moyen de l'agio et des versements supplémentaires.⁸¹ Cette dissociation, certes effectuée uniquement à des fins fiscales, ne heurte toutefois pas le droit commercial. La loi ne prévoit en effet qu'une structure minimale de présentation des comptes de sorte qu'une présentation plus détaillée de certains postes du bilan est naturellement possible.

La comptabilisation séparée des apports au bilan commercial étant admise, il sied encore de s'interroger sur les possibilités de distribution de ces apports en cours de vie sociale, singulièrement de l'agio. En l'occurrence, si l'agio peut être affecté à des amortissements ou à des buts de prévoyance,⁸² la question se pose toutefois pour le solde de celui-ci. Cette question est naturellement d'importance pratique fondamentale compte tenu de l'introduction du principe de l'apport en capital et des objectifs poursuivis par le législateur. La question fait toutefois l'objet d'une importante controverse en droit commercial.

A la suite de Böckli, plusieurs auteurs considèrent que le remboursement des apports en capitaux, sous la forme d'une distribution de dividende, n'est pas possible.⁸³ Selon cette partie de la doctrine, les possibilités d'utilisation de la réserve générale ne sont pas identiques suivant que celle-ci est alimentée par des bénéfices reportés ou des apports en capitaux. Dans ce dernier cas, la relation entre l'art. 671 et 680 al. 2 CO qui prévoit que les actionnaires « n'ont pas le droit de réclamer la restitution de leurs versements », permet de poser que la libre distribution des apports en cours de vie sociale n'est pas possible.⁸⁴ De plus, l'art. 675 al. 2 CO dispose que « des dividendes ne peuvent être prélevés que sur le bénéfice résultant du bilan et sur les réserves constituées à cet effet ». ⁸⁵ Ainsi, lorsque la réserve générale dépasse la moi-

tié du capital-actions, seules les réserves constituées au moyen de bénéfices seraient distribuables.⁸⁶

La seconde conception, à laquelle nous nous rallions, s'appuie au contraire sur une interprétation a contrario de l'art. 671 al. 3 CO qui dispose que :

Art. 671 al. 3 CO : Tant que la réserve générale ne dépasse pas la moitié du capital-actions, elle ne peut être employée qu'à couvrir des pertes ou à prendre des mesures permettant à l'entreprise de se maintenir en temps d'exploitation déficitaire, d'éviter le chômage ou d'en atténuer les conséquences.

Selon cette vision des choses, les apports peuvent être distribués en cours de vie sociale dans la mesure où la réserve générale dépasse la moitié du capital-actions. Ce faisant, les défenseurs de cette seconde thèse préconisent un traitement uniforme de la réserve générale, quelle que soit la source qui l'a alimentée, et donc une utilisation et une dissolution libres de la partie de la réserve générale qui excède la moitié du capital-actions, même lorsqu'elle a été alimentée par des primes d'émission.⁸⁷ A notre sens, en introduisant la comptabilisation séparée des apports en capitaux et en excluant leur remboursement en cours de vie sociale au motif que « la réglementation actuelle (...) est contraire à l'esprit du système », ⁸⁸ le message du Conseil fédéral concernant la révision du droit de la société anonyme et du droit comptable confirme implicitement que l'opinion de Böckli ne peut être directement déduite de l'art. 671 CO.

3.4.2 Projet de révision

Le projet de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable⁸⁹ se rapproche nettement du droit fiscal et distingue ainsi entre (i) la réserve légale issue de capital,⁹⁰ (ii) la réserve légale issue de bénéfice⁹¹ et (iii) les réserves facultatives issues de bénéfice⁹². Comme le précise le message du Conseil fédéral, ce rapprochement avec le droit fiscal est voulu par le projet : « (...) les apports et les versements supplémentaires effectués par les titulaires de titres de participation doivent désormais aussi être affectés à la réserve légale issue du capital. Cette proposition doit être mise en parallèle avec la réforme de l'imposition des entreprises II, notamment avec la modification prévue de l'art. 20, al. 3, LIFD. (...) A cette fin, les primes d'émission, les apports et les versements supplémentaires doivent toutefois apparaître dans

81 Concernant la possibilité d'indiquer uniquement les apports dans l'annexe aux comptes v. ci-dessous.

82 Art. 671 al. 2 ch. 1 CO.

83 V. BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, p. 1516, N 526 ss et les références citées.

84 UNTERSANDER, Kapitalrückzahlungsprinzip im schweizerischen Steuerrecht, p. 69.

85 V. BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, p. 1517.

86 V. BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, p. 1517.

87 MSA I, p. 332 et ss; TORRIONE, N 26 ad art. 671 CO; NEUHAUS/SCHÖNBÄCHLER, N 28 ad art. 671 OR; KURER, N 19 ad art. 675 OR; CHENAUX, N 17 ad art. 675 CO.

88 Message Révision CO, FF 2008, p. 1479.

89 Message Révision CO, FF 2008, p. 1571.

90 P-art. 671 CO; P-art. 959a al. 2 ch. 3 lit. b CO.

91 P-art. 672 CO; P-art. 959a al. 2 ch. 3 lit. c CO.

92 P-art. 673 CO; P-art. 959a al. 2 ch. 3 lit. d CO.

le bilan commercial sous un compte séparé (...)».⁹³ Suivant cette nouvelle systématique, l'agio et les versements supplémentaires des actionnaires doivent donc être affectés à la réserve légale issue de capital.

Se ralliant à la thèse défendue par Böckli, le projet du Conseil fédéral écarte toutefois la possibilité de distribuer des apports en cours de vie sociale.⁹⁴ L'art. 671 al. 2 du projet dispose ainsi que :

P-art. 671 al. 2 CO : La réserve légale issue du capital peut être employée uniquement:

1. pour la couverture de pertes;
2. pour des mesures permettant à l'entreprise de poursuivre ses activités malgré la mauvaise marche des affaires;
3. pour la lutte contre le chômage et l'atténuation de ses conséquences.

Le projet du Conseil fédéral conduit ainsi à un durcissement de la pratique actuelle. A notre avis, ce durcissement n'est pas cohérent avec la seconde réforme de l'imposition des entreprises que le projet entend pourtant prendre en compte. En effet, comme le relève le Conseil fédéral, «(p)ar le passage au principe de l'apport de capital, on élargit la possibilité d'une entreprise rentable économiquement de distribuer des bénéfices francs d'impôt».⁹⁵ Or force est de constater que cet élargissement serait réduit à néant si le remboursement des apports en capitaux en cours de vie sociale devait être interdite par le droit commercial.⁹⁶ C'est d'ailleurs pour cette raison que le Conseil des Etats choisit de modifier le texte de l'art. 671 al. 2 CO du projet afin de codifier au contraire la pratique actuelle. La disposition adoptée par le Conseil des Etats fut ainsi complétée par un quatrième alinéa prévoyant que :

Art. 671 al. 4 CO (CE) : La réserve légale issue du capital peut être employée uniquement (...) pour le remboursement des actionnaires, tant que les réserves légales dépassent la moitié du capital-actions.⁹⁷

Il est donc à espérer que cette vision des choses sera finalement suivie par le législateur.⁹⁸

4 L'apport en capital

Ceci posé, nous abordons maintenant l'analyse proprement dite de l'art. 20 al. 3 LIFD. Après une analyse gram-

maticale (sect. 4.1.1), systématique (sect. 4.1.2), historique et téléologique de cette disposition (sect. 4.1.3), nous analyserons la relation que celle-ci entretient avec l'art. 5 al. 1^{bis} LIA (sect. 4.1.4). Nous examinerons ensuite la portée, fort controversée, de l'exigence de comptabilisation des apports au bilan commercial (sect. 4.2).

4.1 La notion d'apport

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

L'art. 20 al. 3 LIFD fait référence au remboursement «d'apports» («Einlagen»), «d'agios» («Aufgeldern») ainsi que de «versements supplémentaires» («Zuschüssen»). Le terme général d'apport comprend déjà l'agio et les versements supplémentaires. De plus, la formulation choisie par le législateur, à savoir une simple énumération successive de ces trois notions, ne permet pas de considérer que la notion d'apport au sens de cette disposition vise uniquement l'agio et les versements supplémentaires.

A notre sens, l'interprétation grammaticale commande de considérer que la référence à l'agio et aux versements supplémentaires n'est que de nature exemplative.⁹⁹ La notion d'apport au sens de l'art. 20 al. 3 LIFD constitue ainsi une Oberbegriff¹⁰⁰ qui englobe également d'autres formes d'apports n'entraînant pas une augmentation de la valeur nominale, notamment l'abandon de créance octroyé *causa societatis* (apport ouvert)¹⁰¹ et l'apport simultané¹⁰².

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

A notre avis, l'interprétation de l'art. 20 al. 3 LIFD en relation avec la notion de rendement de participation (art. 20 al. 1 lit. c LIFD) et d'apport en matière d'impôt sur le bénéfice (art. 60 lit. a LIFD) permet également de préciser la portée du principe de l'apport en capital.

4.1.2.1 Relation avec l'art. 20 al. 1 lit. c LIFD

L'art. 20 al. 3 modifie la portée du principe de valeur nominale ancré à l'art. 20 al. 1 lit. c LIFD. Etroitement liées, ces dispositions concrétisent désormais la conception objective du rendement adoptée par le législateur. Or, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, ferme-

93 Message Révision CO, FF 2008, p. 1478.

94 Message Révision CO, FF 2008, p. 1479.

95 Message RIE II, p. 4595.

96 En ce sens v. intervention Janiak, BO CE 2009, p. 648.

97 BO CE 2009, p. 647.

98 En ce sens RÖTHLISBERGER/PFLÜGER-NIGGLI, *Steueraspekte gemäss Entwurf zum Aktien- und Rechnungslegungsrecht*, p. 478; HAUSMANN/TADDEI, *Das Kapitaleinlageprinzip – Ausweis im Jahresabschluss und Deklaration von Kapitaleinlagen*, p. 91.

99 Dans le même sens v. UNTERSANDER, *Kapitaleinlageprinzip und Unternehmenssteuerreform II*, p. 33, qui avait d'ailleurs proposé de supprimer la référence à ces 2 formes d'apports.

100 UNTERSANDER, *Kapitaleinlageprinzip und Unternehmenssteuerreform II*, p. 33.

101 V. ci-dessous.

102 V. ci-dessous.

ment établie, la notion de rendement de participation au sens de l'art. 20 al. 1 lit. c LIFD a un contenu économique (« wirtschaftliche Anknüpfungspunkte »).¹⁰³ Il paraît donc logique de considérer que l'art. 20 al. 3 LIFD est de même nature.

En conséquence, l'existence d'un apport au sens de l'art. 20 al. 3 LIFD doit être apprécié selon la réalité économique. A notre avis, l'exonération dans le chef du titulaire de parts ne dépend donc pas de la forme juridique de l'apport mais uniquement de la question de savoir si le versement peut être qualifié ainsi d'un point de vue économique.

4.1.2.2 Relation avec l'art. 60 lit. a LIFD

L'art. 60 lit. a LIFD exclut du bénéfice imposable les apports (Kapitaleinlagen) des membres (Mitgliedern) de sociétés de capitaux et de sociétés coopératives, y compris l'agio (Aufgelder) et les prestations à fonds perdu (Leistungen à fonds perdu). Conforme à la théorie du Totalgewinn et au principe de l'imposition selon la capacité contributive, l'art. 60 lit. a LIFD permet d'exclure de l'assiette de l'impôt sur le bénéfice les accroissements de fortune qui ne sont pas liés à l'activité de l'entreprise.¹⁰⁴ Lorsqu'une prestation est qualifiée d'apport au sens de cette disposition, peu importe en particulier que cette prestation soit comptabilisée aux réserves ou encore inscrite comme produit au compte de résultats.¹⁰⁵

A notre avis, l'art. 20 al. 3 doit être interprété à la lumière de l'art. 60 lit. a LIFD, ceci pour plusieurs raisons. Tout d'abord, le texte de ces 2 dispositions est rédigé de manière pratiquement identique. En particulier, tout comme pour l'art. 20 al. 3 LIFD, le législateur définit ici la notion d'apport (Kapitaleinlage) de manière générale en associant celle-ci à la mention de l'agio et des versements supplémentaires de façon exemplative et non exhaustive.¹⁰⁶ De plus, la notion d'apport au sens de l'art. 60 lit. a LIFD est également économique.¹⁰⁷ Certes, la fonc-

tion de ces 2 dispositions n'est pas identique. L'art. 60 lit. a déploie une fonction correctrice par rapport au principe de déterminance (Massgeblichkeitsprinzip) ancré à l'art. 58 al. 1 lit a LIFD.¹⁰⁸ L'art. 20 al. 3 LIFD, quant à lui, modifie le contenu du principe de valeur nominale figurant à l'art. 20 al. 1 lit. c LIFD. Cela dit, la ratio legis de ces 2 dispositions est identique : l'apport reçu par la société, respectivement remboursé au titulaire de parts, est exonéré de l'impôt au motif qu'il s'agit là d'une prestation qui est étrangère à l'activité de la société.

Selon la conception défendue ici, il convient donc, dans le cadre de la mise en œuvre de l'art. 20 al. 3 LIFD, de privilégier une définition de l'apport qui coïncide avec celle retenue par l'art. 60 lit. a LIFD.¹⁰⁹ Sur ce point, le message du Conseil fédéral confirme également le résultat de l'interprétation systématique : « (...) un apport en capital peut être admis dans tous les cas où l'art. 60 lit. a LIFD et l'art. 24 al. 2 let a LHID sont applicables et à condition qu'aucun capital nominal ne soit libéré ».¹¹⁰

4.1.3 Interprétation historique et téléologique de l'art. 20 al. 3 LIFD

L'interprétation historique et téléologique confirme l'analyse présentée ci-dessus. Certes, l'adoption du principe de l'apport en capital ne modifie pas la conception formaliste du rendement de sorte que, en ce domaine, la portée du principe de l'imposition selon la capacité contributive demeure réduite. Cela étant, il résulte clairement des travaux préparatoires¹¹¹ que l'introduction de l'art. 20 al. 3 LIFD est destinée à corriger les effets négatifs du principe de valeur nominale afin de mieux prendre en compte la capacité contributive¹¹² du titulaire de parts. De plus, le législateur souhaite également assurer l'égalité de traitement dans le cadre des diverses mesures de financement de l'entreprise. Or une interprétation de la notion d'apport selon la réalité économique permet de concrétiser au mieux ces objectifs.

4.1.4 Relation avec l'art. 5 al. 1^{bis} LIA

La nouvelle circulaire de l'AFC précise que : « Pour les sociétés de capitaux et les sociétés coopératives soumises à l'impôt anticipé en vertu de l'article 9 al. 1 LIA, la qualification des apports de capital pour l'impôt anticipé est aussi déterminante pour les impôts directs ».¹¹³

103 V. notamment ATF 19.12.1984, RDAF 1986, p. 374, 377 - 388. Développée sous l'empire de l'art. 21 al. 1 lit. c AIFD, l'application de cette jurisprudence à l'art. 20 al. 1 lit. c LIFD fut ensuite confirmée (ATF 15.8.2000, RDAF 2001 II, p. 240, 243) ; à ce sujet v. DANON, Vente et transmission de sociétés de capitaux en droit fiscal suisse - La théorie de la « transposition » et de la « liquidation partielle indirecte », p. 394 ss.

104 ATF 2C_392/2009 (28.8.2010) consid. 5.4. V. aussi DANON, N 2 ad art. 60 LIFD ; BRÜLISAUER/HELBING, N 3 ad art. 60 DBG.

105 GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice, p. 231 ss.

106 LOCHER, N 3 ad art. 60 DBG ; GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice, p. 234 ; BRÜLISAUER/HELBING, N 2 ad art. 60 DBG ; RIEDWEG, Steuerrechtliche Aspekte der Sanierung - Standortbestimmung und neue DBG-Normen, p. 249.

107 OBERSON, Aspects fiscaux de l'assainissement des sociétés de capitaux, p. 192 ; GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice, p. 234 ; DANON, N 30 ad art. 60 LIFD.

108 DANON, N 2 ad art. 60 LIFD ; BRÜLISAUER/HELBING, N 3 ad art. 60 DBG.

109 Dans le même sens, UNTERSANDER, Kapitaleinlageprinzip und Unternehmenssteuerreform II, p. 33, qui a même proposé que l'art. 20 al. 3 LIFD renvoie expressément à l'art. 60 lit. a LIFD.

110 Message RIE II, p. 4538.

111 Message RIE II, p. 4537.

112 Art. 127 al. 2 Cst.

113 Circ. Principe de l'apport de capital ch. 2.1.

Autrement dit, c'est avant tout à la lumière de l'art. 5 al. 1^{bis} LIA qu'il conviendrait de définir la notion d'apport.

Ce point de vue ne peut être suivi. En premier lieu, la solution préconisée par l'AFC n'eût été admissible que si le législateur avait expressément choisi de renvoyer à la LIA aux fins de la qualification d'apport en capital.¹¹⁴ Enfin, dans la mesure où l'impôt anticipé ne sert finalement qu'à garantir la perception de l'impôt sur le revenu, l'interprétation à conférer à l'art. 5 al. 1^{bis} LIA doit au contraire être fonction de celle donnée à l'art. 20 al. 3 LIFD. Comme l'a jugé p. ex. le Tribunal fédéral en relation avec les art. 20 al. 1 OIA et 21 al. 1 lettre c AIFD : « (...) si l'impôt anticipé représente une charge fiscale définitive pour ceux qui se soustraient à l'impôt ordinaire, ou pour les étrangers qui ne peuvent ou ne veulent bénéficier de conventions de double imposition, il reste en principe un simple instrument de technique fiscale, destiné à garantir une déclaration correcte de certaines catégories de revenus ou autres rentrées financières. Il n'y a donc pas de raison d'étendre son assiette, par voie d'interprétation, à des éléments qui ne sont imposables ni selon la législation cantonale, ni selon l'arrêté concernant l'impôt pour la défense nationale. Par corollaire, lorsque l'impôt anticipé et l'impôt de défense nationale frappent les mêmes éléments de revenu, on ne saurait interpréter l'art. 4 LIA de manière plus restrictive que l'art. 21 AIN ». ¹¹⁵ En conséquence, il sied de considérer que le contenu de l'art. 5 al. 1^{bis} LIA est totalement subordonné à celui de l'art. 20 al. 3 LIFD (et non l'inverse). Autrement dit, l'art. 5 al. 1^{bis} LIA ne saurait être interprété de manière plus restrictive ou extensive que l'art. 20 al. 3 LIFD. Pour cette raison, l'exigence de comptabilisation au bilan commercial, qui figure uniquement dans le texte de l'art. 5 al. 1^{bis} LIA, ne saurait être mobilisée afin de restreindre la portée du principe de l'apport en capital en matière d'impôt anticipé et d'impôt sur le revenu.¹¹⁶ Selon nous, la portée de cette exigence, que nous examinons maintenant, est uniquement celle que lui confère l'impôt sur le revenu, singulièrement l'art. 125 al. 3 LIFD.

4.2 L'exigence de comptabilisation au bilan commercial

A la suite de son passage devant le parlement, l'art. 20 al. 3 LIFD n'exige plus que les apports des titulaires de parts soient comptabilisés au bilan commercial. La comptabilisation au bilan commercial, qui est érigée au rang d'obligation de procédure, figure désormais à l'art. 125 al. 3 LIFD. Cela étant, la portée à conférer à cette exigence, et par là même à celle du principe de l'apport en capital, demeure largement controversée.

Selon le point de vue de l'administration, l'exigence de comptabilisation au bilan commercial demeure une condition matérielle posée par l'art. 20 al. 3 LIFD, ceci malgré la modification apportée à cette disposition par le législateur. Selon la circulaire de l'AFC sont donc uniquement qualifiés d'apports en capital : « les apports, les agios et les versements supplémentaires qui ont été effectués directement par les détenteurs de droits de participation et qui sont comptabilisés ouvertement en tant que tels (apports apparents de capital) dans le bilan commercial de la société de capitaux ou de la société coopérative bénéficiaire ». ¹¹⁷ L'art. 20 al. 3 LIFD, respectivement l'art. 5 al. 1^{bis} LIA, ne vise ainsi que les apports comptabilisés dans un compte spécial figurant dans la réserve générale du bilan.¹¹⁸ Les apports consentis par les titulaires de parts après le 31.12.1996 mais avant l'entrée en vigueur du nouveau dispositif doivent, selon l'administration, être comptabilisés au plus tard au bilan commercial de l'exercice se terminant en 2011.¹¹⁹ Selon cette vision des choses, les apports dissimulés de capital, faute d'être comptabilisés au bilan commercial, ne sont pas couverts par ces dispositions.¹²⁰ Peu importe en particulier que ces apports soient ultérieurement activés au bilan fiscal à la suite, p. ex., d'un redressement opéré par l'administration.¹²¹

La doctrine n'est pas unanime quant à la portée à conférer à cette exigence. Certains auteurs semblent se rallier à la position de l'AFC¹²² alors que d'autres la jugent injustifiée.¹²³

114 Un renvoi à la LIA existe p. ex. à l'art. 20 al. 1 lit. c LIFD qui fait expressément référence à l'art. 4a LIA en ce qui concerne le rachat d'actions propres.

115 ATF 11.12.1981, Archives 51 (1983/84), p. 546; UNTERSANDER, Kapitalrückzahlungsprinzip im schweizerischen Steuerrecht, p. 85.

116 Contra: ALTORFER/ALTORFER, Das Kapitaleinlageprinzip (1. Teil), p. 274.

117 Circ. Principe de l'apport de capital ch. 2.1.

118 Circ. Principe de l'apport de capital ch. 7.1.

119 Circ. Principe de l'apport de capital ch. 7.1. Cette date limite nous paraît toutefois discutable dans la mesure où celle-ci n'est pas mentionnée par le texte légal.

120 Circ. Principe de l'apport de capital ch. 2.1.

121 V. ci-dessous.

122 ALTORFER/ALTORFER, Das Kapitaleinlageprinzip (1. Teil), p. 274. En relation avec la compensation des pertes au bilan commercial, la position de ces commentateurs est en revanche plus nuancée. V. ci-dessous.

123 En ce sens v. UNTERSANDER, Kapitaleinlageprinzip und Unternehmenssteuerreform II, p. 36; RECHSTEINER/SIGRIST, Das Kapitaleinlageprinzip der USTR II, p. 785.

Pour notre part, nous ne partageons pas le point de vue défendu par l'AFC, ceci pour plusieurs raisons. En premier lieu, le texte de l'art. 20 al. 3 LIFD n'englobe plus d'exigence de comptabilisation au bilan commercial. Cette condition ne saurait donc être mobilisée afin de restreindre la portée de ce texte (argument grammatical). Dans le cadre de la définition du rendement de fortune, un renvoi au bilan commercial est certes concevable mais celui-ci doit alors être érigé au rang de condition matérielle, comme le prévoit p. ex. l'art. 20a al. 1 lit. a LIFD¹²⁴ en relation avec l'état de fait de la liquidation partielle indirecte en faisant référence à la substance « susceptible d'être distribuée au sens du droit commercial » (argument systématique). En choisissant d'insérer l'exigence de comptabilisation au bilan commercial à l'art. 125 al. 3 LIFD, le législateur a clairement souhaité ne conférer à celle-ci qu'un rang de nature procédurale (argument systématique).¹²⁵ L'absence de portée matérielle de l'art. 125 al. 3 LIFD est du reste confirmée par son texte qui fait expressément référence aux apports « au sens de l'art. 20 al. 3 ». Enfin, le fait que l'exigence de comptabilisation n'ait pas été reprise dans le cadre de la LHID confirme bien que celle-ci n'est pas de nature matérielle (argument systématique et historique).¹²⁶ Compte tenu de l'harmonisation verticale, on imagine mal en effet que le législateur érige l'exigence de comptabilisation au bilan commercial au rang de condition matérielle uniquement au plan de l'impôt fédéral direct. Enfin, en raison de la fonction de garantie de l'impôt anticipé, il sied d'admettre que le contenu de l'art. 5 al. 1^{bis} LIA est subordonné à celui de l'art. 20 al. 3 LIFD. L'exigence de comptabilisation au bilan commercial figurant à l'art. 5 al. 1^{bis} LIA ne permet donc pas de restreindre la portée de l'art. 20 al. 3 LIFD.

En conséquence, nous pensons que l'exigence de comptabilisation séparée des apports n'est que d'ordre procédural. En l'occurrence, cette exigence permet uniquement à l'administration de déterminer la mesure de l'exonération prévue par les art. 20 al. 3 LIFD et 5 al. 1^{bis} LIA. A notre sens, il en découle 2 conséquences importantes. En premier lieu, la preuve du montant des apports pouvant être restitué en franchise d'impôt doit donc pouvoir également être apportée par d'autres moyens. Compte tenu du droit comptable actuel, qui n'impose pas la comptabilisation séparée des apports au bilan commercial, il devrait p. ex. en aller ainsi si les apports sont men-

tionnés dans l'annexe aux comptes annuels.¹²⁷ Enfin et surtout, cette exigence ne permet de limiter la portée matérielle du principe de l'apport en capital aux seuls apports apparaissant au bilan commercial (apports ouverts). Selon la conception défendue ici, comme nous le verrons, les apports dissimulés sont également susceptibles d'être couverts par la nouvelle exonération introduite par le législateur.

4.3 Apport ouvert

4.3.1 Apport sous forme d'agio et versement à fonds perdus

A priori, l'apport sous forme d'agio, de même que les versements à fonds perdus consentis par les titulaires de parts, ne posent guère de problème particulier. Dans la mesure où ces versements sont comptabilisés au bilan commercial (apports ouverts), l'AFC leur reconnaît la qualité d'apports de capitaux au sens des art. 20 al. 3 LIFD et 5 al. 1^{bis} LIA.¹²⁸ Cela étant, comme nous le verrons, la compensation de ces versements avec des pertes en cours de vie sociale pose problème.

4.3.2 Apport sous forme d'abandon de créance

4.3.2.1 Position de l'AFC

L'abandon de créance en faveur d'une société constitue une remise de dette qui sera notamment octroyée par le titulaire ou un tiers dans le cadre d'un assainissement. L'abandon de créance peut être comptabilisé au compte de résultats ou, à l'instar du versement à fonds perdus et de l'agio,¹²⁹ être enregistré directement à la réserve générale.¹³⁰

Selon l'AFC l'abandon de créance octroyé par le titulaire de parts constitue un apport en capital au sens de l'art. 20 al. 3 dans la mesure où celui-ci est inscrit directement au bilan et peut être qualifié d'apport au sens de l'art. 60 lit. a LIFD.¹³¹ Selon la pratique de cette administration, récemment à nouveau confirmée dans le cadre de sa circulaire relative aux assainissements, il n'en va toutefois ainsi que lorsque la créance abandonnée (i) concerne une dette de la société ayant été fiscalement assimilée à du capital propre dissimulé ou (ii) lorsque celle-ci porte sur un prêt octroyé par le titulaire de parts une première fois ou subséquemment, en raison de la mauvaise marche des affaires, et qu'il apparaît que des

124 Au sujet de cette disposition, v. p. ex. DANON, Vente et transmission de sociétés de capitaux en droit fiscal suisse – La théorie de la « transposition » et de la « liquidation partielle indirecte », p. 394.

125 Intervention Lauri, BO CE 2006, p. 440.

126 Intervention Lauri, BO CE 2006, p. 440.

127 Art. 662 al. 2 CO.

128 Circ. Principe de l'apport de capital ch. 2.1.

129 V. ci-dessus.

130 GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice, p. 228; DANON, N 22 ad art. 60 LIFD.

131 Circ. Assainissement, 3.1.

tiers indépendants ne les auraient pas accordés dans des circonstances identiques.¹³² Selon cette conception, seule est donc déterminante la situation de la société bénéficiaire au moment de l'octroi du prêt. Peu importent les raisons ayant conduit ultérieurement l'actionnaire à abandonner sa créance. Cette pratique a reçu l'aval du Tribunal fédéral.¹³³ Pour la Haute Cour, cette interprétation se justifie car elle permet en particulier de distinguer entre de véritables versements de capital et ceux que l'actionnaire octroie à l'instar de n'importe quel tiers.¹³⁴ Dans toutes les autres hypothèses, le titulaire de parts abandonnant sa créance est traité comme un tiers de sorte que la qualification d'apport au sens des art. 20 al. 3 et 60 lit. a LIFD est écartée.

4.3.2.2 Prise de position

Certains auteurs se sont ralliés à la conception de l'AFC.¹³⁵ Cela étant, la majorité des commentateurs critiquent à juste titre le point de vue de l'administration.

Selon une première conception, toute prestation consentie par l'actionnaire (abandon de créance ou versement à fonds perdu) doit être qualifiée d'apport au sens de l'art. 60 lit a LIFD. En d'autres termes, la forme juridique de l'avantage mais également la cause de cette prestation (existence ou non d'une *causa societatis*) importent peu.¹³⁶ On fait notamment valoir que cette vision des choses s'accorde particulièrement bien avec le principe de l'imposition selon la capacité contributive : le fait que le titulaire de parts ait apporté des fonds sous forme de créance avant d'abandonner celle-ci n'implique en effet pas un accroissement de la capacité contributive plus important que s'il avait d'emblée consenti un apport à fonds perdus.¹³⁷

La seconde approche s'intéresse au contraire à la *causa societatis* entourant le versement. Cette approche se distingue également de celle suivie par l'AFC. Tout d'abord, pour décider si un abandon de créance doit être qualifié d'apport au sens de l'art. 60 lit. a LIFD, il convient d'examiner en quelle qualité l'actionnaire octroie la prestation. Si l'abandon de créance est consenti par l'actionnaire dans le cadre de ses relations d'affaires avec la société (p. ex. conjointement avec un fournisseur) cette prestation fait partie du bénéfice imposable. En revanche, si l'abandon de créance repose sur la qualité d'actionnaire (en d'autres termes si la prestation est effectuée *causa societatis*), l'art. 60 lit. a LIFD s'applique. Selon cette conception, les circonstances dans lesquelles le prêt a été octroyé par l'actionnaire (bonne ou mauvaise marche des affaires) ne sont ainsi pas décisives. C'est au contraire la situation prévalant au moment de l'abandon de la créance qui fonde la qualification de bénéfice ou d'apport. Peu importe à cet égard que celle-ci concerne un prêt consenti à une époque où la société était financièrement solide.¹³⁸

A notre sens, cette seconde conception doit être préférée. Comme nous l'avons vu, la notion d'apport est économique. Cette notion autorise par conséquent une analyse différenciée fondée sur la *causa societatis*. En conséquence, contrairement au point de vue défendu par l'AFC, nous pensons que la qualification d'apport au sens des art. 60 lit. a et 20 al. 3 LIFD doit être toujours retenue lorsqu'il est établi que l'actionnaire a abandonné sa créance *causa societatis* et non comme l'aurait fait n'importe quel tiers indépendant. Curieusement, c'est bien cette dernière conception et non celle préconisée par l'AFC que le Conseil fédéral semble retenir : « (...), les abandons de créances par des actionnaires ne seront qualifiés d'apports de capital que s'il est démontré que la décision correspondante découle de la qualité d'actionnaires des personnes concernées. Si les actionnaires abandonnent leurs créances suite à un assainissement (en règle générale avec les créances de tiers), ces abandons ne peuvent pas être considérés comme apports de capital. »¹³⁹

Enfin, pour les raisons évoquées ci-dessus, la qualification d'apport en capital au sens de l'art. 20 al. 3 LIFD

132 Circ. Assainissement, 4.1.1.1.

133 Archives 59 (1990/91), p. 551 = RDAF 1991, p. 466.

134 Archives 59 (1990/91), p. 551 = RDAF 1991, p. 466, 470.

135 YERSIN, Apports et retraits de capital propre et bénéfice imposable, p. 101 et 137 ss; GIGER, Steuerfolgen bei der Sanierung notleidender Unternehmen, p. 13; LOCHER, N 25 ad art. 60 DBG.

136 SCHALCHER, Die Sanierung von Kapitalgesellschaften im schweizerischen Steuerrecht, p. 67 et ss; BRÜLISAUER/HELBING, N 45 ad art. 60 DBG; GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice, p. 231 ss; GLAUSER/PACHE, Assainissement d'entreprises : aspects fiscaux, p. 198; DUSS, Forderungsverzicht durch Aktionäre im Zusammenhang mit Sanierungen von Aktiengesellschaften, p. 276 et 280 ss; WÜRTH, Kapitaleinlagen, sonstige Kapitalzuführungen und steuerbare Erträge bei Kapitalgesellschaften, p. 242; MASSHARDT, N 11 ss ad art. 49 BdBSt; EDELMANN, Steuerrechtliche Aspekte der Unternehmenssanierung, p. 51; SCHÄRRER, Von Kapitaleinlagen und Gewinnausschüttungen und deren steuerlichen Behandlung bei der Aktiengesellschaft und beim Aktionär, p. 279; KÄNZIG, N 313 ad art. 49 BdBSt; FREI, Der Forderungsverzicht im Steuerrecht, p. 92 ss.

137 GLAUSER/PACHE, Assainissement d'entreprises : aspects fis-

caux, p. 198; SCHALCHER, Die Sanierung von Kapitalgesellschaften im schweizerischen Steuerrecht, p. 68.

138 OBERSON, Aspects fiscaux de l'assainissement des sociétés de capitaux, p. 192; ATHANAS/SUTER, Steuerliche Aspekte von Sanierungen, p. 198; KUHN, Sanierung von Aktiengesellschaften, p. 883; RIEDWEG, Steuerrechtliche Aspekte der Sanierung – Standortbestimmung und neue DBG-Normen, p. 249; LAMPERT, Die Verlustrechnung von juristischen Personen im Schweizer Steuerrecht, p. 128 ss; HÖHN/WALDBURGER, Steuerrecht I, § 18 N 69 ss; DANON, N 29 ad art. 60 LIFD.

139 Message RIE II, p. 4538.

ne saurait dépendre d'une inscription au bilan. Cette qualification devrait à notre sens également être reconnue lorsque la créance est abandonnée *causa societatis* mais que la société bénéficiaire comptabilise directement cette prestation au compte de résultats. Seule devrait alors être litigieuse la preuve du montant de l'apport. Cela étant, indépendamment du mode de comptabilisation choisi, l'AFC, nous allons le voir maintenant, estime de toute manière que les apports des titulaires de parts ne peuvent plus être remboursés en franchise d'impôt lorsque ceux-ci sont compensés avec des pertes figurant au bilan commercial.

4.3.3 Apport ouvert et compensation de pertes au bilan commercial

4.3.3.1 Position de l'AFC

Il n'est pas rare que les apports ouverts des titulaires de parts soient, en particulier à l'occasion d'un assainissement, compensés avec les pertes figurant au bilan commercial. Il en va ainsi dans la mesure où une compensation avec des réserves libres ou statutaires n'est pas possible et que la réserve générale doit donc être mobilisée.¹⁴⁰ Cela étant, l'AFC considère que les réserves issues d'apport de capitaux sont alors définitivement réduites à hauteur du montant compensé.¹⁴¹ L'administration fait valoir que l'exigence de comptabilisation au bilan commercial n'est plus satisfaite dès lors la compensation conduit à la disparition des apports.

À l'inverse, les réserves issues d'apports de capitaux sont intégralement préservées si, comme le permet d'ailleurs le droit commercial,¹⁴² la perte est reportée à compte nouveau. Du point de vue du titulaire de parts, le mode de comptabilisation à privilégier semble donc évident. Cela étant, en matière de droit de timbre d'émission, la société bénéficiaire de l'apport ne pourra alors se prévaloir de la franchise d'assainissement de l'art. 6 al. 1 lit. k LT¹⁴³ et/ou d'une remise de cet impôt au sens de l'art. 12 LT¹⁴⁴ dès lors que l'application de ces 2 dispositions sup-

pose impérativement que les pertes figurant au bilan commercial soient éliminées. Autrement dit, la position de l'AFC conduit ici à une sorte d'« arbitrage » entre actionnaire et société.¹⁴⁵

4.3.3.2 Prise de position

À notre avis, la position défendue par l'AFC ne peut être suivie. En premier lieu, l'exigence de comptabilisation au bilan commercial n'est que de nature procédurale. Partant, la portée matérielle du principe de l'apport en capital, qui doit être appréciée selon la réalité économique, ne saurait varier suivant le mode de comptabilisation choisi par la société (compensation ou report de la perte à compte nouveau) sur lequel le titulaire de parts n'a d'ailleurs pas nécessairement prise.¹⁴⁶ En second lieu, la solution préconisée par l'administration ne nous paraît pas compatible avec le principe de l'imposition selon la capacité contributive. Comme nous l'avons vu, le système adopté par le législateur concrétise ce principe en posant que l'imposition du titulaire de parts ne peut porter que sur le montant excédant celui des apports consentis à la société. Or, cet objectif n'est pas réalisé si l'on admet que les pertes compensées au bilan commercial réduisent définitivement les réserves issues d'apports en capital. En effet, lorsque, à la suite de la compensation, le montant de l'apport est reconstitué par des bénéfices reportés, celui-ci devient alors imposable au titre de rendement de participation. En troisième lieu, la position défendue par l'AFC n'est pas cohérente avec l'approche suivie en relation avec l'art. 60 lit. a LIFD. En effet, en matière d'impôt sur le bénéfice, la compensation entre les pertes commerciales et les apports au sens de cette disposition (bénéfices d'assainissement improprement dits) est en revanche ignorée. En conséquence, bien que disparaissant au bilan commercial, les pertes continuent de figurer au bilan fiscal et peuvent être déduites de bénéfices ultérieurs dans les limites de l'art. 67 al. 1 LIFD.¹⁴⁷ Autrement dit, l'apport du titulaire de parts demeure sans effet sur le résultat global de l'en-

140 NEUHAUS/SCHÖNBÄCHLER, N 7 ad art. 672 OR; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, p. 949; MSA I, p. 427. Selon l'art. 674 P-CO les pertes doivent également être compensées avec, dans l'ordre suivant, le bénéfice reporté (ch. 1), les réserves facultatives issues du bénéfice (ch. 2), la réserve légale issue du bénéfice (ch. 3) et la réserve légale issue du capital (ch. 4); v. Message Révision CO, FF 2008, p. 1481.

141 Circ. Principe de l'apport de capital ch. 3.1.

142 MSA I, p. 225; NEUHAUS/SCHÖNBÄCHLER, N 7 ad art. 672 OR; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, p. 949. L'art. 674 al. 2 P-CO dispose également que les pertes résiduelles peuvent être reportées partiellement ou intégralement à compte nouveau au lieu d'être compensées avec la réserve légale issue du bénéfice ou avec la réserve légale issue du capital.

143 Circ. Assainissement, 3.3.2.

144 Circ. Assainissement, 3.3.3. V. aussi récemment TAF A-5872/2008 consid. 3.1 (16.7.2010).

145 En ce sens HAUSMANN/BERNEGGER, Konzernsteuerplanung im Lichte des Kapitaleinlageprinzips, p. 369; BRAUCHLI ROHRER/ATHANASSOGLU, Kapitaleinlageprinzip – Es besteht Handlungsbedarf (2. Teil), p. 876.

146 Dans le même sens ALTORFER/ALTORFER, Das Kapitaleinlageprinzip (2. Teil), p. 322; BRAUCHLI ROHRER/ATHANASSOGLU, Kapitaleinlageprinzip – Es besteht Handlungsbedarf (1. Teil), p. 692; RECHSTEINER/SIGRIST, Das Kapitaleinlageprinzip der USTR II, p. 786, semblent au contraire se rallier à la position de l'AFC.

147 DANON, N 38 ad art. 67 LIFD; BRÜLSAUER/HELBING, N 33 ad art. 67 DBG; LOCHER, N 21 ad art. 67 DBG. Ainsi s'agissant de l'impôt sur le bénéfice, la Circ. Assainissement ch. 3.1 précise : « Les pertes au sens du droit commercial épongées à la charge du bénéfice d'assainissement improprement dit (...) sont considérées comme ne l'ayant pas été fiscalement parlant » et, sous l'angle du principe de l'apport en capital, le même paragraphe dispose : « Ces réserves sont qualifiées fiscalement

treprise. Ainsi, à suivre l'AFC, la mesure de l'exonération dans le chef du détenteur de droits de participation au sens de l'art. 20 al. 3 LIFD n'est pas identique à celle dont bénéficie la société en vertu de l'art. 60 lit. a LIFD. Cette asymétrie n'est guère souhaitable compte tenu du fait que le but poursuivi par ces 2 dispositions est identique.

Nous sommes donc d'avis que la compensation entre les pertes figurant au bilan commercial et les apports des détenteurs de droits de participation, lorsqu'elle intervient, devrait demeurer sans effet aux fins de l'application du principe de l'apport en capital. Selon cette vision des choses, qui assure à notre sens l'application symétrique des art. 60 lit. a et 20 al. 3 LIFD, le montant de l'apport reconstitué ultérieurement au moyen de bénéfices reportés doit demeurer exonéré. De plus, cette solution permet également d'éviter la tension existant avec le droit de timbre d'émission que nous avons évoquée ci-dessus.

4.4 Apport d'actifs sous-évalués (apport dissimulé)

4.4.1 En général

4.4.1.1 Position du problème

L'un des points les plus controversés de la circulaire de l'AFC concerne le traitement réservé aux apports dissimulés (verdeckte Kapitaleinlagen). A l'occasion de l'apport d'un actif sous-évalué, qui constitue la forme la plus fréquente d'apport dissimulé, les réserves latentes rattachées à cet actif passent en effet à la société bénéficiaire.¹⁴⁸ Ces réserves n'apparaissent pas immédiatement dans la comptabilité de cette société puisque l'actif transféré est précisément comptabilisé à son coût d'acquisition.¹⁴⁹ Cela dit, l'aliénation ou la réévaluation ultérieure de ce bien fera tôt ou tard apparaître cette plus-value.

Pour la société bénéficiaire de l'apport dissimulé et sous l'angle de l'impôt sur le bénéfice, la question se pose de savoir si, en raison de son rattachement à l'actif apporté, cette plus-value doit également être qualifiée d'apport au sens de l'art. 60 lit. a LIFD.¹⁵⁰ Avec l'entrée en vigueur du principe de l'apport en capital, une question analogue se pose désormais en matière d'impôt sur le revenu et d'impôt anticipé. En l'occurrence, il sied de déterminer si ces réserves latentes sont susceptibles d'être restituées

au titulaire de parts en franchise d'impôt suivant les art. 20 al. 3 LIFD et 5 al. 1^{bis} LIA.

Aux fins de l'analyse de la position de l'AFC (sect. 4.4.1.2), qui comme nous le verrons est très restrictive, il nous paraît opportun de présenter également ici la jurisprudence du Tribunal fédéral (sect. 4.4.1.3). Cette jurisprudence, qui ne concerne certes que la société bénéficiaire de l'apport, offre toutefois un éclairage très utile sur la question discutée ici. Cela fait, nous aurons l'ambition de démontrer que ces dispositions ne permettent pas de distinguer entre apport ouvert et dissimulé de capital, comme le fait aujourd'hui l'AFC (sect. 4.4.1.4). Nous verrons enfin, à la lumière de quelques exemples pratiques, que cette position est d'autant plus discutable lorsque l'apport dissimulé est activé au bilan fiscal à la suite d'un redressement opéré par l'administration et que le montant de cet apport est pleinement connu (sect. 4.4.3).

4.4.1.2 Position de l'AFC

En matière d'impôt sur le bénéfice, l'AFC admet qu'un actif sous-évalué puisse être porté au bilan à sa valeur vénale sans incidence fiscale. Il faut toutefois pour cela que la réévaluation intervienne durant l'exercice au cours duquel cet actif est apporté par le titulaire de parts. Les réserves latentes réévaluées sont alors qualifiées d'apport au sens de l'art. 60 lit. a LIFD. Selon l'administration, la contre-écriture constitue dans ce cas un agio comptabilisé à la réserve générale.¹⁵¹ Cette pratique est expressément codifiée en ce qui concerne la réévaluation d'actifs intervenant à la suite de la transformation d'un sujet de droit public en société privée (« privatisation »¹⁵²). Dans cette dernière hypothèse, la réévaluation permet ainsi d'éviter l'imposition ultérieure des réserves latentes constituées alors que l'entité jouissait d'une exonération fiscale.¹⁵³

Cette pratique est désormais également applicable dans le cadre du principe de l'apport en capital. Ainsi, selon l'AFC, l'activation d'un apport dissimulé ne peut être créditée aux réserves de capital que lorsque les réserves latentes sont réévaluées durant le même exercice.¹⁵⁴

d'apports pour autant qu'elles n'aient pas été utilisées pour éponger les pertes commerciales reportées».

148 DANON, N 35 ad art. 60 LIFD; GEIGER, Die prinzipielle Massgeblichkeit, p. 326.

149 Art. 665 CO.

150 DANON, N 35 ad art. 60 LIFD.

151 AGNER/JUNG/STEINMANN, N 1 ad art. 60 LIFD.

152 V. à ce sujet SIMONEK, Massgeblichkeitsprinzip und Privatisierung, p. 3 ss; ATF 2C_392/2009 (28.8.2010).

153 Suivant la position prise par le Conseil fédéral dans le cadre du message relatif à la LFus (FF 2000, p. 4135), l'AFC exige en outre que la réévaluation ne soit juridiquement pas possible et que les réserves latentes soient mentionnées dans un inventaire audité (Circ. Restructurations ch. 4.2.5.1).

154 BRAUCHLI ROHRER/ATHANASSOGLU, Kapitaleinlageprinzip – Es besteht Handlungsbedarf (2. Teil), p. 875; v. aussi Circ. Principe de l'apport de capital ch. 5.3.4.

De ce point de vue, l'interprétation donnée par l'administration à l'art. 60 lit. a LIFD coïncide avec celle retenue pour l'art. 20 al. 3 LIFD. Cela dit, dans le cadre de l'impôt sur le bénéfice, la qualification d'apport au sens de l'art. 60 lit. a LIFD est également reconnue lorsque, à la suite d'un redressement opéré par l'administration, les réserves latentes ne sont ultérieurement activées qu'au bilan fiscal.¹⁵⁵ Il en va ainsi, comme nous le verrons, en présence d'une distribution dissimulée de bénéfice entre sociétés sœurs. Sous l'angle du principe de l'apport en capital, en revanche, l'exigence de comptabilisation au bilan commercial est appliquée strictement. Partant, la qualification d'apport en capital au sens des art. 20 al. 3 LIFD et 5 al. 1^{bis} LIA est écartée même lorsque les réserves latentes sont portées au bilan fiscal et que leur montant est pleinement connu.¹⁵⁶

4.4.1.3 Jurisprudence du Tribunal fédéral

La question de la réévaluation d'apports dissimulés fut soumise à plusieurs reprises au Tribunal fédéral. A la suite de 3 décisions rendues par la Haute Cour,¹⁵⁷ qui concernaient l'impôt sur le bénéfice, il était permis de penser que les réserves latentes afférentes à un apport dissimulé n'étaient pas imposables dans le chef de la société bénéficiaire. Ces réserves latentes, historiquement créées auprès du titulaire de parts, pouvaient donc être activées en neutralité fiscale.

Cela dit, cette vision des choses ne fut pas suivie dans l'arrêt R. Investment Group, rendu par le Tribunal fédéral en 2002.¹⁵⁸ Dans cette affaire, une participation avait été transférée à une société holding pour un prix inférieur à sa valeur vénale. Cette différence ayant été soumise au droit de timbre d'émission, la société réévalua la participation à hauteur de sa valeur vénale initiale et contrebalança cette écriture par une « réserve de réévaluation ». En matière d'impôt sur le bénéfice, le sort à réserver à cet accroissement de valeur devenait ainsi litigieux. Contrairement à l'instance inférieure, le Tribunal fédéral estima en premier lieu que cette réévaluation, bien qu'effectuée en dehors du cadre visé par l'art. 670 CO, n'était pas contraire au droit commercial. Selon la Haute Cour, le principe du coût d'acquisition posé par l'art. 665 CO s'applique uniquement aux transactions conclues au prix

du marché. En revanche, une réévaluation à concurrence de ce prix ne contrevient pas au droit commercial.¹⁵⁹ S'appuyant sur l'art. 58 al. 1 lit. a et sans aucunement faire mention de l'art. 60 lit. a LIFD, le Tribunal fédéral confirma que la réévaluation était imposable.¹⁶⁰ Ainsi, à suivre cette jurisprudence, la société bénéficiaire doit être traitée différemment suivant qu'elle comptabilise (apport ouvert) ou non (apport dissimulé) le bien reçu à sa valeur vénale : dans le premier cas, l'opération est exonérée d'impôt. Dans la seconde hypothèse, en revanche, la société bénéficiaire peut être ultérieurement contrainte d'acquitter l'impôt sur la plus-value correspondant aux réserves latentes existant au moment du transfert.

Très récemment, toutefois, la question discutée ici revint devant les juges de Mon-Repos dans le cadre d'une privatisation. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral, faisant expressément référence à l'art. 60 lit. a LIFD, considéra qu'un actif sous-évalué pouvait certes être porté au bilan à sa valeur vénale sans incidence fiscale. Cela dit, se ralliant à la pratique de l'AFC, la Haute Cour confirma que la réévaluation devait intervenir durant l'exercice au cours duquel l'actif est apporté.¹⁶¹

4.4.1.4 Prise de position

A notre avis, il ne fait absolument aucun doute que l'exonération prévue par les art. 20 al. 3 et 60 lit. a LIFD englobe également les apports dissimulés.¹⁶² En premier lieu, comme cela a été relevé en relation avec cette dernière disposition, les réserves latentes transférées à l'occasion d'un apport dissimulé proviennent du titulaire de parts.¹⁶³ La condition subjective posée par ces 2 textes est donc bien satisfaite.¹⁶⁴ En second lieu, la notion générale d'apport (Oberbegriff) qui a un contenu économique ne permet pas de distinguer entre apport ouvert

155 V. ci-dessous.

156 V. ci-dessous.

157 ATF 29.11.1957, Archives 27 (1958/59), p. 37 ss; ATF 19.5.1972, Archives 42 (1973/74), p. 265; ATF 5.7.1979, RF 1980, p. 26. V. aussi dans le même sens CCR FR (30.10.1987), RF 1990, p. 560. Pour une présentation de ces décisions v. notamment GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice, p. 275 ss, ainsi qu'HELBING, Internationale Sitzverlegungen und Umstrukturierungen von Kapitalgesellschaften im schweizerischen Gewinnsteuerrecht, p. 234 ss.

158 RDAF 2002 II, p. 131.

159 RDAF 2002 II, p. 135.

160 RDAF 2002 II, p. 136.

161 ATF 2C_392/2009 consid. 5.4 (28.8.2010) : « Grundsätzlich kann ein den liberierten Nennwert übersteigender Anteil einer Sacheinlage steuerneutral als Agio bilanziert werden (...). Das hat jedoch unmittelbar, nach der Praxis der Steuerbehörden in der Regel im gleichen Jahr, in dem die Sacheinlage erfolgte, zu geschehen (...) ». Pour un commentaire de cet arrêt, v. DANON/OBRIST (éd.), RJN 2011.

162 Du même avis ad art. 20 al. 3 LIFD: UNTERSANDER, Kapitalrückzahlungsprinzip im schweizerischen Steuerrecht, p. 36; WEIDMANN, Immigration von Kapitalgesellschaften in die Schweiz, p. 19; RECHSTEINER/SIGRIST, Das Kapitaleinlageprinzip der USTR II, p. 785; contra: ALTORFER/ALTORFER, Das Kapitaleinlageprinzip (1. Teil), p. 274, et ad art. 60 lit. a LIFD: GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice, p. 284; GEIGER, Die prinzipielle Massgeblichkeit, p. 326; SIMONEK, Massgeblichkeitsprinzip und Privatisierung, p. 11 ss.

163 GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice, p. 284.

164 Lorsque l'apport est effectué par un proche du titulaire de parts, v. ci-dessous.

ou dissimulé. En troisième lieu, le but de ces dispositions, qui est de garantir que seul le bénéficiaire lié à l'activité générée par l'entreprise soit soumis à l'impôt sur le revenu, respectivement à l'impôt sur le bénéfice, confirme cette analyse. Enfin, une interprétation conforme au droit constitutionnel mène au même résultat. Critiquant le raisonnement suivi par le Tribunal fédéral dans l'arrêt R. Investment Group, plusieurs auteurs relèvent à juste titre que l'imposition des apports dissimulés n'est pas compatible avec le principe de l'imposition selon la capacité contributive. Ces commentateurs font notamment valoir que le bénéficiaire de l'apport est en effet augmenté d'une plus-value qui n'est pas liée à son activité mais qui correspond au contraire à un accroissement de valeur généré par son actionnaire.¹⁶⁵ Le résultat produit par la stricte application du principe de déterminance doit par conséquent être écarté au profit du respect de ce principe constitutionnel.¹⁶⁶

A notre avis, les mêmes considérations sont également valables sous l'angle du principe de l'apport en capital et de la situation du titulaire de parts. Compte tenu des objectifs poursuivis par le législateur, il sied en effet de retenir l'interprétation qui soit la plus conforme au principe de l'imposition selon la capacité contributive. Or, l'exonération dans le chef du titulaire de parts des réserves latentes ayant fait l'objet d'un apport dissimulé permet de réaliser cet objectif.

L'exonération des apports dissimulés étant admise, encore faut-il s'entendre sur ses modalités d'application. Selon la conception de l'AFC, désormais confirmée par le Tribunal fédéral, cette exonération ne peut être mise en œuvre qu'à la condition que l'actif apporté soit immédiatement réévalué. D'autres commentateurs, en revanche, sont d'avis que l'exonération prévue par l'art. 60 lit. a LIFD est également applicable aux réserves latentes réévaluées ultérieurement.¹⁶⁷ Seule est alors litigieuse la question de savoir si la société est en mesure d'identifier la part des réserves latentes ayant fait l'objet de l'apport dissimulé.¹⁶⁸ A notre avis, cette conception

mérite d'être suivie pour plusieurs raisons. Tout d'abord, il résulte de l'arrêt R. Investment Group que la réévaluation d'un actif à concurrence de sa valeur vénale au moment de l'apport ne contrevient pas au droit commercial. Ce faisant, la Haute Cour confirme non seulement la compatibilité des apports dissimulés au droit commercial¹⁶⁹ mais également que leur réévaluation est possible en tout temps. Cela étant, encore faut-il s'entendre sur la qualification de la contre-écriture de cette réévaluation. La comptabilisation au crédit d'une réserve de réévaluation, retenue dans l'arrêt R. Investment Group, n'est à cet égard pas exacte. Comme le relève la majorité de la doctrine, la dissolution des réserves latentes afférentes à un apport dissimulé correspond au contraire à l'activation d'un agio dissimulé,¹⁷⁰ qui à l'instar d'une prime d'émission, doit être comptabilisé à la réserve générale.¹⁷¹ Peu importe à cet égard que les réserves latentes apportées soient activées immédiatement ou ultérieurement.¹⁷² De ce point de vue, il ne se justifie pas, comme le fait l'AFC, de distinguer suivant que l'apport dissimulé est ou non réévalué durant le même exercice.

Selon la conception défendue ici, l'activation des réserves latentes afférentes à un apport dissimulé, que celle-ci ait ou non lieu durant le même exercice, doit donc être qualifiée d'apport au sens des art. 60 lit. a et 20 al. 3 LIFD. Lorsque la réévaluation intervient ultérieurement, il appartient alors à la société d'apporter la preuve du montant des réserves latentes rattachées à l'apport dissimulé. D'un point de vue procédural, une réévaluation ultérieure demeure compatible avec le texte de l'art. 125 al. 3 LIFD. Cette disposition fait en effet uniquement référence aux « apports (...) portés au bilan commercial » sans toutefois exiger qu'ils le soient immédiatement.¹⁷³

Prinzipielle Massgeblichkeit, p. 326.

169 GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice, p. 286; DANON, N 26 ad art. 57 s LIFD.

170 REICH/WALDBURGER, Rechtsprechung im Jahr 2002 (1. Teil), p. 232; GURTNER, Verdeckte Kapitaleinlage als Objekt der Gewinnsteuer, p. 557; GURTNER, Steuerrechtliche Behandlung verdeckter Kapitaleinlagen aus dem Privatvermögen in eine Aktiengesellschaft, p. 497; REICH, Die Steuerfolgen der Aktienveräußerung nach Umwandlung eines Personenunternehmens in eine Aktiengesellschaft, p. 509; GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice, p. 202.

171 REICH/WALDBURGER, Rechtsprechung im Jahr 2002 (1. Teil), p. 232; GURTNER, Verdeckte Kapitaleinlage als Objekt der Gewinnsteuer, p. 557; GURTNER, Steuerrechtliche Behandlung verdeckter Kapitaleinlagen aus dem Privatvermögen in eine Aktiengesellschaft, p. 497; REICH, Die Steuerfolgen der Aktienveräußerung nach Umwandlung eines Personenunternehmens in eine Aktiengesellschaft, p. 509; GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice, p. 202.

172 GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice, p. 202.

173 En ce sens également WEIDMANN, Immigration von Kapitalgesellschaften in die Schweiz, p. 19.

165 GURTNER, Verdeckte Kapitaleinlage als Objekt der Gewinnsteuer, p. 552; SIMONEK, Massgeblichkeitsprinzip und Privatisierung, p. 11 ss; GEIGER, Die prinzipielle Massgeblichkeit, p. 326; RECHSTEINER/SIGRIST, Das Kapitaleinlageprinzip der USTR II, p. 785.

166 GURTNER, Verdeckte Kapitaleinlage als Objekt der Gewinnsteuer, p. 552; SIMONEK, Massgeblichkeitsprinzip und Privatisierung, p. 11 ss.

167 HEUBERGER, Die verdeckte Gewinnausschüttung aus Sicht des Aktienrechts und des Gewinnsteuerrechts, p. 305; SIMONEK, Massgeblichkeitsprinzip und Privatisierung, p. 11 ss; GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice, p. 286; GEIGER, Prinzipielle Massgeblichkeit, p. 326.

168 SIMONEK, Massgeblichkeitsprinzip und Privatisierung, p. 13; GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice, p. 286; GEIGER, Die

4.4.2 Activation au bilan fiscal

Selon la conception de l'AFC, nous l'avons vu, l'exigence de comptabilisation au bilan commercial est interprétée strictement. Or, cette position s'avère d'autant plus controversée lorsque, à la suite d'un redressement opéré par l'administration elle-même, l'apport dissimulé est réévalué au bilan fiscal. La position de l'AFC peut être illustrée par les 2 exemples suivants.

4.4.2.1 Exemple 1: distribution dissimulée de bénéfice entre sociétés sœurs

4.4.2.1.1 Etat de fait

Monsieur X., résident suisse assujéti à l'impôt de manière illimitée, est l'actionnaire unique des sociétés A.-SA et B.-SA, toutes deux également sises en Suisse. A.-SA cède à B.-SA un actif à un prix inférieur à sa valeur vénale.

4.4.2.1.2 Position de l'AFC

S'agissant tout d'abord de l'impôt sur le bénéfice, la différence entre la valeur comptable et vénale de l'actif cédé sera rajoutée au bénéfice imposable de A.-SA au titre de distribution dissimulée de bénéfice.¹⁷⁴ Symétriquement et suivant la théorie du triangle,¹⁷⁵ le montant de la distribution sera qualifiée d'apport dissimulé au niveau de B.-SA. Selon l'administration, l'art. 60 lit. a LIFD trouve ici application de sorte que les réserves latentes transférées seront exclues du bénéfice imposable de B.-SA. Dans le bilan fiscal de B.-SA, l'actif transféré sera par conséquent réévalué à sa valeur vénale, la réévaluation étant contrebalancée par une réserve latente imposée.

Enfin, toujours selon la théorie du triangle, les réserves latentes transférées seront imposées auprès de Monsieur X. au titre de rendement de participation, le cas échéant avec octroi de l'imposition partielle.¹⁷⁶

Cela étant, selon la conception de l'AFC, les réserves latentes transférées à B.-SA ne constituent pas un apport en capital au sens de l'art. 20 al. 3 LIFD. Peu importe à cet égard que cette qualification soit retenue en matière d'impôt sur le bénéfice et sous l'angle de l'art. 60 lit. a LIFD. En conséquence, lors de la liquidation de B.-SA, p. ex., ces réserves latentes seront à nouveau susceptibles d'être imposées dans le chef de Monsieur X. au titre de rendement de participation. A l'appui de cette position, l'AFC fait valoir 2 arguments. Tout d'abord, l'apport n'est ici pas « fourni directement par le détenteur des

droits de participation » mais par le biais d'une société sœur. Nous revenons sur cette question ci-dessous. Enfin, l'AFC estime que l'application de l'art. 20 al. 3 LIFD ne peut être retenue dans la mesure « où les plus-values transférées à la société de capitaux (...) peuvent uniquement être comptabilisées de manière ouverte qu'au moyen d'une réévaluation ».¹⁷⁷

4.4.2.2 Exemple 2: restructuration: violation du délai de blocage

4.4.2.2.1 Etat de fait

Monsieur X., résident suisse assujéti à l'impôt de manière illimitée, est le titulaire de la raison individuelle RI A. RI A. est transformée en A.-SA à la suite d'une restructuration suivant les conditions posées par l'art. 19 al. 1 lit. b LIFD. Trois ans après la restructuration, Monsieur X., mal conseillé, cède ses actions à un tiers. Les réserves latentes transférées sont imposées auprès de Monsieur X. au titre de rappel d'impôt (art. 151 et ss LIFD).¹⁷⁸ Symétriquement, comme le prévoit expressément l'art. 19 al. 2 LIFD, les réserves latentes imposées sont activées au bilan fiscal de A.-SA.

4.4.2.2.2 Position de l'AFC

Selon la conception de l'AFC, l'excédent d'actif transféré à A.-SA, dans la mesure où il excède son capital-actions, pourra être comptabilisé dans les réserves issues d'apport de capital de A.-SA.¹⁷⁹

En revanche, les réserves latentes imposées auprès de Monsieur X. à l'occasion du rappel d'impôt ne pourront, au niveau de A.-SA, être qualifiées d'apport en capital. L'administration fait en effet valoir que la violation du délai de blocage n'entraîne en l'espèce qu'une modification du bilan fiscal et aucune écriture au bilan commercial.¹⁸⁰ Précisons d'ailleurs que l'approche suivie par l'administration est identique lorsque la violation du délai de blocage concerne un démembrement (scission horizontale) au sens de l'art. 61 al.1 lit. d LIFD.¹⁸¹

4.4.2.3 Prise de position

La position de l'AFC dans ces hypothèses ne peut assurément être suivie. Tout d'abord, selon la conception défendue ici, l'art. 20 al. 3 LIFD englobe également les apports dissimulés. En second lieu, comme nous l'avons vu, l'exigence de comptabilisation au bilan commercial

174 Art. 58 al. 1 lit. c LIFD.

175 V. ci-dessous.

176 Art. 20 al. 1^{bis} LIFD.

177 Circ. Principe de l'apport de capital ch. 2.2.1.

178 Art. 19 al. 2 LIFD.

179 Circ. Principe de l'apport de capital ch. 5.1.

180 Circ. Principe de l'apport de capital ch. 5.1; v. aussi ALTORFER/ALTORFER, Das Kapitaleinlageprinzip (2. Teil), p. 313.

181 Art. 61 al. 2 LIFD; Circ. Principe de l'apport de capital ch. 5.5.

posée par l'art 125 al. 3 LIFD est destinée à permettre à l'administration d'identifier le montant de l'apport susceptible d'être restitué en franchise d'impôt au titulaire de parts. Or, force est de constater que cette condition est satisfaite lorsque l'administration pratique elle-même le redressement et que le montant des réserves latentes ayant fait l'objet de l'apport dissimulé est connu. De plus, dans le cas présent, le droit comptable ne s'oppose pas à ce que la société bénéficiaire de l'apport porte le montant de l'apport à son bilan commercial. La contre-écriture correspond alors à l'activation d'un agio dissimulé directement inscrit à la réserve générale. Enfin et surtout, la position de l'administration nous paraît discutable au regard du principe constitutionnel de la bonne foi.¹⁸² Comme l'a jugé le Tribunal fédéral, ce principe commande à l'administration « d'adopter un comportement cohérent et dépourvu de contradictions ».¹⁸³ En conséquence, une même autorité de taxation ne peut adopter un comportement contradictoire en ce qui concerne le prélèvement d'un même impôt.¹⁸⁴ Ainsi, lorsque, à la suite d'une distribution dissimulée de bénéfice entre sociétés sœurs (exemple 1), l'administration retient un apport dissimulé en faveur de la filiale bénéficiaire, le principe de la bonne foi commande de traiter le remboursement ultérieur de cet apport de manière cohérente. Cela d'autant plus que le texte de l'art. 20 al. 3 est pratiquement identique à celui de l'art. 60 lit. a LIFD. De même, en présence de la violation du délai de blocage (exemple 2), le traitement retenu en procédure de taxation ordinaire doit demeurer cohérent avec celui appliqué en procédure de rappel d'impôt. Or, suivant ce rappel, le titulaire de la raison individuelle est replacé dans la situation qui aurait été la sienne s'il avait fait apport des actifs à la valeur vénale (apport ouvert). En conséquence, la restitution ultérieure de cet apport doit être traitée telle aux fins de l'application de l'art. 20 al. 3 LIFD.¹⁸⁵ En

raison de la stricte application du principe de valeur nominale, cette exigence de cohérence n'avait jusqu'ici aucune portée pratique. En effet, même activées au bilan fiscal, la distribution ultérieure de ces réserves latentes demeurait de toute manière imposable, faute de constituer un remboursement du capital nominal. La nécessité pour l'administration d'adopter ici un comportement cohérent est ainsi directement liée à l'introduction du principe de l'apport en capital.

Bibliographie

- AGNER PETER/JUNG BEAT/STEINMANN GOTTHARD, Commentaire sur de la loi sur l'impôt fédéral direct – Complément, Zurich 2001
- ALTORFER JÜRIG/ALTORFER JÜRIG B., Das Kapitaleinlageprinzip. Ein Systemwechsel mit weitreichenden Folgen (1. Teil), l'EC 2009, p. 270, (2. Teil) p. 309
- ATHANAS PETER/SUTER CHRISTOPH, Steuerliche Aspekte von Sanierungen, in: Roberto Vito (éd.), Sanierung der AG, Zurich 2003, p. 163
- BAUER-BALMELLI MAJA, Der Sicherungszweck der Verrechnungssteuer. Unter besonderer Berücksichtigung der Erträge aus Beteiligungsrechten, thèse, Zurich 2000
- BEHNISCH URS R., Die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften – national und grenzüberschreitend. Eine rechtsvergleichende Studie, Bâle 1996
- BLUMENSTEIN ERNST/LOCHER PETER, System des schweizerischen Steuerrechts, 6^e éd., Zurich 2002
- BÖCKLI PETER, Die Transponierungstheorie. Überlegungen zur neueren Bundesgerichtspraxis bei Sachwerteinbringungen und zur « wirtschaftlichen; Betrachtungsweise, Archives 47 (1978), p. 31
– Schweizer Aktienrecht, 4^e éd., Zurich etc. 2009
- BRAUCHLI ROHRER BARBARA/ATHANASSOGLU XENIA, Kapitaleinlageprinzip – Es besteht Handlungsbedarf. Ausgewählte Fragestellungen zum Entwurf des Kreisschreibens (1. Teil), l'EC 2010, p. 688, (2. Teil) p. 875
- BRÜLISAUER PETER/HELBING ANDREAS, in: Martin Zweifel/Peter Athanas, Basler Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), 2^e éd., Bâle etc. 2008

182 Art. 9 Cst.

183 ATF P.15/2004 consid. 3 (22.12.2004). V. aussi ATF 2C_879/2008 consid. 7 (20.4.2009); ATF 111 V 81 consid. 6; ATF 108 V 84 consid. 3a. En ce qui concerne l'impact du principe de la bonne foi dans le cadre d'un redressement opéré par l'administration, v. aussi GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice, p. 91.

184 V. aussi ATF 2C_879/2008 consid. 7 (20.4.2009).

185 Du même avis MERLINO/MORAND, Fusions, acquisitions et restructurations d'entreprises, p. 78. Sous l'égide du principe de valeur nominale, cette solution ne pouvait en revanche être suivie en raison du texte clair de l'art. 20 al. 1 lit. c LIFD, v. REICH, Steuerrechtliche Aspekte des Fusionsgesetzes, p. 15; GLAUSER/OBERSON, N 36 ad art. 19 LIFD. Ne trouvait à notre sens en particulier aucun appui dans le texte légal, la solution de la comptabilisation dans un compte créancier-actionnaire (en faveur d'une telle solution: NEUHAUS, Fusionsgesetz – Steuerfolgen bei Verletzung von Sperrfristen, p. 29; GURTNER, Umwandlungen im Recht der direkten Steuern, p. 749, au titre d'une « Behelfslösung »; HASLER, Die Umwandlung von Personengesellschaften in Kapitalgesellschaften nach dem Fusions-

gesetz, p. 274, en se fondant sur une interprétation téléologique de l'art. 19 LIFD).

- BUCHSER MICHAEL/JAU MARTIN, Methodische Überlegungen zur indirekten Teilliquidation, *Archives* 74 (2006/06), p. 125
- CAGIANUT FRANCIS/HÖHN ERNST, Unternehmenssteuerrecht, 3^e éd., Berne etc. 1993
- CHENAUX JEAN-LUC, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz (éd.), *Commentaire romand – Code des obligations II*, Bâle 2008
- DANON ROBERT, in: Danielle Yersin/Yves Noël (éd.), *Impôt fédéral direct. Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct*, Bâle 2008
- 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, Hommage à Roland Ruedin*, Bâle etc. 2006
- DANON ROBERT/OBRIST THIERRY (éd.), *La jurisprudence fiscale du Tribunal fédéral en 2010*, RJN 2011 (à paraître en 2011)
- DUSS MARCO, Forderungsverzicht durch Aktionäre im Zusammenhang mit Sanierungen von Aktiengesellschaften, *Archives* 50 (1981/82), p. 273
- DUSS MARCO/VON AH JULIA, in: Martin Zweifel/Peter Athanas/Maja Bauer-Balmelli, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht*, Bd. I/2a, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (VStG), Bâle etc. 2005
- EDELMANN MARKUS, *Steuerrechtliche Aspekte der Unternehmungssanierung*, Zurich 1976
- FREI WALTER, *Der Forderungsverzicht im Steuerrecht. Insbesondere gegenüber natürlichen Personen*, ZStP 2004, p. 87
- GIGER ERNST, Die prinzipielle Massgeblichkeit. Steuerliche Gewinnermittlung im Spannungsverhältnis von Handelsrecht und Steuerrecht am Beispiel verdeckter Kapitaleinlagen, l'EC 2009, p. 324
- Steuerfolgen bei der Sanierung notleidender Unternehmen. Unterscheidung zwischen echten und unechten Sanierungsgewinnen, *Insolvenz- und Wirtschaftsrecht* 1998, p. 11
- GLAUSER PIERRE-MARIE, Apports et impôt sur le bénéfice – Le principe de détermination dans le contexte des apports et autres contributions de tiers, Genève etc. 2005
- L'imposition des actionnaires en cas de « Mergers & Acquisitions », l'EC 2009, p. 345
- GLAUSER PIERRE-MARIE/PACHE MARC-ETIENNE, Assainissement d'entreprises : aspects fiscaux, in: *Aspects pratiques du droit de l'entreprise*, Lausanne 2010, p. 191
- GURTNER PETER, Systemwechselfälle bei Beteiligungsübertragungen (Überlegungen zur Transponierungs- und Teilliquidationstheorie), *Archives* 57 (1988/89), p. 23
- Umwandlungen im Recht der direkten Steuern, *Archives* 71 (2002/03), p. 735
- Verdeckte Kapitaleinlage als Objekt der Gewinnsteuer, RF 2002, p. 547
- HASLER DANIEL, *Die Umwandlung von Personengesellschaften in Kapitalgesellschaften nach dem Fusionsgesetz*, Berne 2007
- HAUSMANN RAINER/BERNEGGER CORINNE, Konzernsteuerplanung im Lichte des Kapitaleinlageprinzips, RF 2010, p. 366
- HAUSMANN RAINER/TADDEI PASCAL, *Das Kapitaleinlageprinzip – Ausweis im Jahresabschluss und Deklaration von Kapitaleinlagen*, RF 2011, p. 86
- HELBING ANDREAS, *Internationale Sitzverlegungen und Umstrukturierungen von Kapitalgesellschaften im schweizerischen Gewinnsteuerrecht*, thèse, Zurich 2010
- HEUBERGER RETO, *Die verdeckte Gewinnausschüttung aus Sicht des Aktienrechts und des Gewinnsteuerrechts*, thèse, Berne 2001
- HÖHN ERNST, Die Abgrenzung von Vermögensertrag und Kapitalgewinn im Einkommensteuerrecht, *Archives* 50 (1981/82), p. 529
- HÖHN ERNST/WALDBURGER ROBERT, *Steuerrecht*, Bd. I und II, 9^e éd., Berne etc. 2001 et 2002
- KÄNZIG ERNST, *Die direkte Bundessteuer (Wehrsteuer)*, II. Teil, *Die Eidgenössischen Steuern, Zölle und Abgaben*, Bd. 4a, 2^e éd., Bâle 1992
- KAUFMANN REMIGIUS, *Die Steuerliche Behandlung des Schulderrlasses*, Berne 1986
- KUHN STEFAN, *Sanierung von Aktiengesellschaften. Rechtzeitige Steuerplanung unumgänglich*, l'EC 1993, p. 879
- KURER PETER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (éd.), *Basler Kommentar zum Obligationenrecht*, Bd. II, Art. 530 - 1186 OR, 3^e éd., Bâle 2008
- LAMPERT FRANZ, *Die Verlustrechnung von juristischen Personen im Schweizer Steuerrecht. Unter besonderer Berücksichtigung des DBG und StHG*, Bâle 2000

- LOCHER PETER, Grenzen der Rechtsfindung im Steuerrecht, Berne 1983
- Kommentar zum DBG, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (I. Teil, Art. 1 - 48 DBG, Therwil-Bâle 2001; II. Teil, Art. 49 - 101 DBG, Therwil-Bâle 2004)
- MASSHARDT HEINZ, Kommentar zur direkten Bundessteuer, 2^e éd., Zurich 1985
- 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, FStR 2001, 24
- Verdeckte Gewinnausschüttungen, l'EC 1997, p. 97
- NEUHAUS MARKUS R./SCHÖNBÄCHLER BRUNO, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (éd.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht, Bd. II, Art. 530 - 1186 OR, 3^e éd., Bâle 2008
- NOËL YVES, in: Danielle Yersin/Yves Noël (éd.), Impôt fédéral direct. Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct, Bâle 2008
- OBERSON XAVIER, Aspects fiscaux de l'assainissement des sociétés de capitaux, in: Bénédict Foëx/Luc Thévenoz (éd.), Insolvence, désendettement et redressement, Hommage à Louis Dallèves, Bâle 2000, p. 187
- Droit fiscal suisse, 3^e éd., Genève 2007
 - Fondements et perspectives d'une imposition des entreprises neutre quant à la forme («rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung»), Archives 69 (2000/01), p. 257
- OBERSON XAVIER/PETER HENRY/KUSTER MATHIAS, Steuerliche Aspekte bei Sanierungsleistungen von Schwestergesellschaften. Eine systemwidrige Anwendung der Dreieckstheorie, in: Ernst A. Kramer/Peter Nobel/Robert Waldburger (éd.), FS Peter Böckli, Zurich etc. 2006, p. 219
- Rechsteiner Christoph/Sigrist Jonas, Das Kapitaleinlageprinzip der USTR II. Unklarheiten in der Praxis klären und vorbeugend handeln, l'EC 2008, p. 783
- REICH MARKUS, Die Steuerfolgen der Aktienveräusserung nach Umwandlung eines Personenunternehmens in eine Aktiengesellschaft, RF 1978, p. 496
- Grundriss der Steuerfolgen von Unternehmensumstrukturierungen, Bâle 2000
 - in: Martin Zweifel/Peter Athanas, Basler Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG), 2^e éd., Bâle etc. 2002
 - in: Martin Zweifel/Peter Athanas, Basler Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), 2^e éd., Bâle etc. 2008
 - Steuerrechtliche Aspekte des Fusionsgesetzes, FStR 2001, p. 4
 - Steuerrecht, Zurich 2009
 - Verdeckte Vorteilszuwendungen zwischen verbundenen Unternehmen, Archives 54 (1985/86), p. 607
 - Vermögensertragsbegriff und Nennwertprinzip, in: Steuerrecht. Ausgewählte Probleme am Ende des 20. Jahrhunderts, FS Ernst Höhn, Berne etc. 1995, p. 255
- REICH MARKUS/DUSS MARCO, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, Bâle 1996
- REICH MARKUS/WALDBURGER ROBERT, Rechtsprechung im Jahr 2002 (1. Teil), FStR 2003, p. 221
- Richner Felix/Frei Walter/Kaufmann Stefan/Meuter Hans Ulrich, Handkommentar zum DBG, 2^e éd., Zurich 2009
- RIEDWEG PETER, Steuerrechtliche Aspekte der Sanierung – Standortbestimmung und neue DBG-Normen, l'EC 1995, p. 247
- RÖTHLISBERGER RENÉ/PFLÜGER-NIGGLI, Steueraspekte gemäss Entwurf zum Aktien- und Rechnungslegungsrecht, l'EC 2008, p. 475
- SCHALCHER FELIX, Die Sanierung von Kapitalgesellschaften im schweizerischen Steuerrecht, thèse, St-Gall 2008
- SCHÄRER BERNHARD, Verlustverrechnung von Kapitalgesellschaften im interkantonalen Doppelbesteuerungsrecht. Leistungsfähigkeitsprinzip und Schlechterstellungsverbot bei Aufwertungen und Sanierungen, Zurich 1997
- SCHÄRER ERWIN, Von Kapitaleinlagen und Gewinnausschüttung und deren steuerlichen Behandlung bei der Aktiengesellschaft und beim Aktionär, Archives 43 (1974/75), p. 273
- SIMONEK MADELEINE, Massgeblichkeitsprinzip und Privatisierung, FStR 2002, p. 3
- TORRIONE HENRI, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz (éd.), Commentaire romand – Code des obligations II, Bâle 2008
- UEBELHART PETER/MORF CATHERINE, Unternehmenssteuerreform II – erste kritische Übersicht, l'EC 2005, p. 702

UNTERSANDER OLIVER, Kapitaleinlageprinzip und Unternehmenssteuerreform II, Zurich 2005
 – Kapitalrückzahlungsprinzip im schweizerischen Steuerrecht, thèse, Zurich etc. 2003

WEIDMANN MARKUS, Immigration von Kapitalgesellschaften in die Schweiz, FStR 2010, p. 3

WÜRTH WENDOLIN K., Kapitaleinlagen, sonstige Kapitalzuführungen und steuerbare Erträge bei Kapitalgesellschaften. Eine Abgrenzung nach schweizerischem Steuerrecht unter Berücksichtigung der Kapitalrückerstattung, thèse St-Gall, Schaffhouse 1973

YERSIN DANIELLE, A propos de la distinction entre le rendement de fortune et les gains en capital; questions choisies, Archives 50 (1981/82), p. 465

– Apports et retraits de capital propre et bénéfice imposable, thèse, Lausanne 1977

Normes

AIFD, (ancien) Arrêté du Conseil fédéral sur la perception d'un impôt direct (du 9.12.1940), RS 6 p. 352

CO, LF complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) (du 30.3.1911), RS 220

Cst, Constitution fédérale de la Confédération suisse (du 18.04.1999), RS 101

LHID, LF sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (du 14.12.1990), RS 642.12

LIA, LF sur l'impôt anticipé (du 13.10.1965), RS 642.21

LIFD, LF sur l'impôt fédéral direct (du 14.12.1990), RS 642.11

LT, LF sur les droits de timbre (du 4.10.1917), RS 641.10

OIA, Ord. d'exécution de la LF sur l'impôt anticipé (du 19.12.1966), RS 642.211

Travaux préparatoires

Message Harmonisation fiscale, Message concernant les lois fédérales sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes ainsi que sur l'impôt fédéral (du 25.5.1983), FF 1983 III, p. 1

Message LFus, Message concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (loi sur la fusion, LFus) (du 13.7.2000), FF 2000, p. 3995

Message Projet IA, Message à l'appui d'un projet de loi sur l'impôt anticipé (du 18.10.1963), FF 1963 II, p. 937

Message Révision CO, Message 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) (du 21.12.2007), FF 2008, p. 1407

Message RIE II, 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) (du 22.6.2005), FF 2005, p. 4469

P-CO, in: Message 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) (du 21.12.2007), FF 2008, p. 1407, 1571

Bulletin officiel et interventions parlementaires

BO CE 2006, Bulletin officiel du conseil des Etats, session d'été 2006, sixième séance, 13.6.06 - 8 h 00, Loi sur la réforme de l'imposition des entreprises II

BO CE 2009, Bulletin officiel du conseil des Etats, session d'été 2009, quatorzième séance, 10.6.09 - 15 h 00, Loi Droit de la société anonyme et droit comptable

Intervention Janiak, Bulletin officiel du conseil des Etats, session d'été 2009, quatorzième séance, 10.6.09 - 15 h 00, Loi Droit de la société anonyme et droit comptable

Intervention Lauri, Bulletin officiel du conseil des Etats, session d'été 2006, sixième séance, 13.6.06 - 8 h 00, Loi sur la réforme de l'imposition des entreprises II

Circulaires

Circ. Assainissement, Circ. AFC n° 32 (1-032-DVS-2010-f) – Assainissement de sociétés de capitaux et de sociétés coopérative (du 23.12.2010)

Circ. Restructurations, Circ. AFC n° 5 (1-005-DVS-2004-f) – Restructurations (du 1.06.2004)

Circ. Principe de l'apport de capital, Circ. AFC n° 29 (1-029-DV-2010-f) – Principe de l'apport de capital (du 9.12.2010)

Manuels

MSA, Chambre fiduciaire (éd.), Manuel suisse d'audit 2009, vol. I - IV, Zurich 2009

© 2011 IFF-FHSG