

Le principe de l'apport en capital (2^{ème} 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*

Table des matières

Dans l'édition précédente :

1	Introduction	6	4.3.2.1	Position de l'AFC	17
2	La notion de rendement de participation avant le 1.1.2011	7	4.3.2.2	Prise de position	18
2.1	Impôt sur le revenu	7	4.3.3	Apport ouvert et compensation de pertes au bilan commercial.	19
2.1.1	Conception objective versus subjective du rendement	7	4.3.3.1	Position de l'AFC	19
2.1.2	Principe de valeur nominale pur ou modifié?	8	4.3.3.2	Prise de position	19
2.2	Impôt anticipé	9	4.4	Apport d'actifs sous-évalués (apport dissimulé)	20
3	Le principe de l'apport en capital de la RIE II	10	4.4.1	En général	20
3.1	Textes adoptés	10	4.4.1.1	Position du problème	20
3.1.1	LIFD	10	4.4.1.2	Position de l'AFC	20
3.1.2	LHID	11	4.4.1.3	Jurisprudence du Tribunal fédéral	21
3.1.3	LIA	11	4.4.1.4	Prise de position	21
3.2	Relation avec la conception objective du rendement	11	4.4.2	Activation au bilan fiscal.	23
3.3	Relation avec le principe de valeur nominale: principe de l'apport en capital ou de valeur nominale modifié?	12	4.4.2.1	Exemple 1: distribution dissimulée de bénéfice entre sociétés sœurs	23
3.4	Relation avec le droit commercial	12	4.4.2.1.1	Etat de fait	23
3.4.1	Droit positif	12	4.4.2.1.2	Position de l'AFC	23
3.4.2	Projet de révision	13	4.4.2.2	Exemple 2: restructuration: violation du délai de blocage	23
4	L'apport en capital	14	4.4.2.2.1	Etat de fait	23
4.1	La notion d'apport	14	4.4.2.2.2	Position de l'AFC	23
4.1.1	Interprétation littérale de l'art. 20 al. 3 LIFD	14	4.4.2.3	Prise de position	23
4.1.2	Interprétation systématique de l'art. 20 al. 3 LIFD	14	<i>Dans cette édition :</i>		
4.1.2.1	Relation avec l'art. 20 al. 1 lit. c LIFD.	14	4.5	Immigration vers la Suisse: apport en capital ?	88
4.1.2.2	Relation avec l'art. 60 lit. a LIFD	15	4.5.1	Transfert de siège	88
4.1.3	Interprétation historique et téléologique de l'art. 20 al. 3 LIFD	15	4.5.1.1	Position de l'AFC	88
4.1.4	Relation avec l'art. 5 al. 1 ^{bis} LIA	15	4.5.1.2	Prise de position	88
4.2	L'exigence de comptabilisation au bilan commercial.	16	4.5.1.2.1	Le transfert de siège en droit international privé suisse	89
4.3	Apport ouvert	17	4.5.1.2.2	Le transfert de siège en matière d'impôt sur le bénéfice	89
4.3.1	Apport sous forme d'agio et versement à fonds perdus	17	4.5.1.2.3	Le transfert de siège sous l'angle du principe de l'apport en capital	92
4.3.2	Apport sous forme d'abandon de créance.	17	4.5.2	Quasi-fusion	94
			5	Apport effectué par un détenteur de droits de participation	94
			5.1	En général	94
			5.2	Apport effectué par un proche du détenteur	95
			5.2.1	Position de l'AFC	95
			5.2.2	Exemple	96
			5.2.3	Prise de position	96
			5.2.3.1	Analyse sous l'angle de l'art. 20 al. 3 LIFD.	96
			5.2.3.2	Relation avec l'art. 5 al. 1 bis LIA	98
			5.2.3.3	Synthèse	98
			6	Le remboursement de l'apport	98
			6.1	En général	98

* Professeur ordinaire de droit fiscal suisse et international à l'Université de Neuchâtel, directeur de l'Executive Master of Advanced Studies in International Taxation (MAS) et co-diteur du centre de droit commercial, fiscal et de l'innovation (CCFI).

6.2	En cas de distribution dite « asymétrique »	99
6.2.1	Position du problème et position de l'AFC.	99
6.2.2	Prise de position	99
7	Principe de l'apport en capital et changement de système	100
7.1	En général	100
7.2	Transposition	101
7.2.1	Avant l'entrée en vigueur de l'art. 20 al. 3 LIFD	101
7.2.2	Après l'entrée en vigueur de l'art. 20 al. 3 LIFD	101
7.2.2.1	Position de l'AFC	101
7.2.2.2	Prise de position	102
7.3	Liquidation partielle indirecte	103
8	Conclusion	103
	Bibliographie.	105
	Normes.	108
	Travaux préparatoires et documents	109
	Bulletin officiel et interventions parlementaires	109
	Circulaires et notices	109
	Manuels	109

4.5 Immigration vers la Suisse: apport en capital ?

Nous examinons maintenant dans quelle mesure l'immigration d'une société étrangère vers la Suisse doit être qualifiée d'apport en capital au sens des art. 20 al. 3 LIFD et 5 al. 1^{bis} LIA. La nouvelle circulaire de l'AFC envisage à cet égard deux hypothèses, celui du transfert de siège en Suisse (sec. 4.5.1) ainsi que la quasi-fusion d'immigration (sec. 4.5.2).

4.5.1 Transfert de siège

4.5.1.1 Position de l'AFC

Selon l'AFC, le transfert du siège (et/ou de l'administration effective) d'une société étrangère en Suisse ne modifie pas la qualification fiscale des réserves de cette société.¹⁸⁶ A l'occasion de cette forme de restructuration, les réserves ouvertes et latentes de la société nouvellement domiciliée en Suisse¹⁸⁷ ne sont donc pas converties en réserves issues d'apport de capital. En matière d'im-

pôt anticipé, il en résulte ainsi, comme par le passé,¹⁸⁸ une nouvelle charge fiscale latente dès lors que ces réserves seront soumises à cet impôt en cas de distribution ultérieure. Sous l'angle de l'impôt sur le revenu, en revanche, le transfert de siège n'affecte pas la position du titulaire de parts domicilié en Suisse. En raison de l'assujettissement mondial à l'impôt,¹⁸⁹ la distribution des réserves de la société immigrante était en effet déjà imposable au titre de rendement de participation avant même son transfert en Suisse.¹⁹⁰

Cela étant, la position de l'AFC concerne uniquement les cas d'immigration ne conduisant à aucune liquidation, respectivement à une nouvelle fondation, de la société transférée en Suisse. Il s'agit en l'occurrence du transfert de siège visé par les art. 161 et ss LDIP, voire du simple transfert de l'administration effective en Suisse avec maintien du siège statutaire à l'étranger.¹⁹¹ La situation se présente bien évidemment différemment lorsque la restructuration conduit à la fondation d'une nouvelle société suisse à laquelle des actifs et passifs sont apportés par le titulaire de parts étranger. Il en va p. ex. ainsi lorsque l'établissement stable suisse d'une société étrangère est transformé en filiale (filialisation) à la suite d'un démembrement transfrontalier.¹⁹² Dans cette dernière hypothèse, l'excédent d'actif transféré peut naturellement être affecté aux réserves issues d'apports de capital et/ou être utilisé pour libérer le capital-actions de la nouvelle société suisse.¹⁹³ De même, comme nous le verrons, la qualification d'apport en capital peut également être retenue lorsque des droits de participation à une société étrangère sont apportés à une société suisse à l'occasion d'une quasi-fusion d'immigration.

4.5.1.2 Prise de position

Avant d'examiner la position de l'AFC sous l'angle du principe de l'apport en capital, il paraît utile de revenir au préalable sur les caractéristiques fondamentales du transfert de siège en droit international privé suisse (sec. 4.5.1.2.1) et d'analyser également cette forme de restructuration du point de vue de l'impôt sur le bénéfice de la société transférée en Suisse (sec. 4.5.1.2.2).

186 Circ. Principe de l'apport de capital ch. 6.

187 Rappelons à cet égard qu'une société est assujettie à l'impôt anticipé dès l'instant où celle-ci dispose de son siège statutaire en Suisse ou que celle-ci est effectivement dirigée et exerce une activité dans ce pays (art. 9 al. 1 LIA; au sujet de cette disposition v. récemment TAF A-2784/2010 [9.9.2010]).

188 HINNY, Internationale Umstrukturierungen von Kapitalgesellschaften im Schweizer Steuerrecht, p. 198; REICH/DUSS, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, p. 632.

189 Art. 6 LIFD.

190 Art. 20 al. 1 lit. c et al. 1^{bis} LIFD.

191 Art. 50 LIFD; Art. 9 al. 1 LIA. Dans ce dernier cas, la Suisse acquiert en principe la qualité d'Etat de la résidence au sens des CDI (cf. art. 4 al. 3 MC OCDE)

192 Art. 61 lit. d LIFD.

193 Circ. Apport en capital ch. 5.5.

4.5.1.2.1 Le transfert de siège en droit international privé suisse

Les art. 161 et 163 LDIP autorisent, à certaines conditions, une société à changer de lex societatis tout en maintenant son identité.¹⁹⁴ S'agissant du transfert d'une société en Suisse, dont il est question ici, l'art. 161 al. 1 LDIP prévoit tout d'abord que :

Art. 161 al. 1 LDIP: Si le droit étranger qui la régit le permet, une société étrangère peut, sans procéder à une liquidation ni à une nouvelle fondation, se soumettre au droit suisse. Elle doit satisfaire aux conditions fixées par le droit étranger et pouvoir s'adapter à l'une des formes d'organisation du droit suisse.

L'art. 162 LDIP, quant à lui, fixe le moment à partir duquel la société transférée est soumise au droit suisse et coordonne en cela l'application dans le temps du droit d'origine étranger et du droit d'accueil suisse. Selon cette dernière disposition, les sociétés de capitaux, dont l'inscription au registre du commerce est obligatoire, doivent ainsi démontrer que leur « centre d'affaires a été transféré en Suisse ». ¹⁹⁵ Par cette exigence, qui constitue une entorse à la théorie de l'incorporation,¹⁹⁶ le législateur a souhaité éviter que la Suisse ne soit choisie en tant seulement qu'Etat de l'incorporation sans pour autant qu'il y ait d'autres liens suffisants avec ce pays.¹⁹⁷ Enfin, la société issue de l'immigration est également tenue de prouver que son capital est couvert conformément au droit suisse, ceci en produisant un rapport émanant d'un réviseur particulièrement qualifié au sens de l'art. 727b CO.¹⁹⁸ Le législateur a ainsi prévu un mécanisme en deux temps. Il s'agit tout d'abord d'examiner si le droit de l'Etat d'émigration autorise un transfert international sans liquidation. Dans l'affirmative, on vérifiera ensuite si la société étrangère peut être adaptée à l'une des formes d'organisation du droit suisse.¹⁹⁹ En cela, le droit international privé suisse s'inspire de la théorie de

l'application cumulative (Vereinigungstheorie) des ordres juridiques concernés par la restructuration. Selon cette théorie, les conditions matérielles fixées par les différents droits régissant les sociétés participant à l'opération de restructuration internationale doivent donc être respectées de façon cumulative.²⁰⁰

Cela étant, les art. 161 - 163 LDIP se caractérisent surtout par le fait qu'ils visent le transfert d'une seule et même société sans qu'intervienne par conséquent une liquidation à l'étranger, respectivement une nouvelle fondation en Suisse (eigentliche Sitzverlegung, Uminkorporation).²⁰¹ Dans la mesure où la société immigrante ne constitue pas un nouveau sujet de droit, celle-ci n'est pas tenue d'établir un bilan d'ouverture à l'occasion de son inscription au registre du commerce suisse, de sorte que son exercice comptable en cours n'est pas interrompu.²⁰² Selon la conception défendue ici, comme nous le verrons, cette continuité sociale joue un rôle important dans le cadre de l'analyse fiscale de cette opération.

Ceci posé, nous abordons maintenant l'analyse de cette opération sous l'angle de l'impôt sur le bénéficiaire.

4.5.1.2.2 Le transfert de siège en matière d'impôt sur le bénéficiaire

A l'instar de la Suisse,²⁰³ la plupart des Etats membres de l'OCDE frappent d'un impôt de départ les réserves latentes qui migrent vers un autre Etat. En l'occurrence, cette créance fiscale prendra la forme d'un impôt de départ (exit tax) fondé sur une fiction de liquidation (liquidation fiction) de la société restructurée ou de vente (deemed sale) de ses actifs. Partant, en cas d'immigration vers la Suisse, une double imposition est susceptible de se produire si ce pays impose également les réserves latentes créées à l'étranger à l'occasion de leur réalisation effective ultérieure.

Comme nous l'avons déjà relevé ailleurs, le droit conventionnel, interprété selon la conception dominante,²⁰⁴

194 GUILLAUME/EBERHARD, Les restructurations internationales de sociétés, p. 280. Depuis l'entrée en vigueur de la LFus, la LDIP règle également la fusion internationale (art. 163a et 163b LDIP), la scission internationale (art. 161 et 163d LDIP) ainsi que le transfert de patrimoine international (art. 163 d LDIP).

195 Art. 162 al. 1 LDIP. Une société qui, en vertu du droit suisse, n'est pas tenue de se faire inscrire au registre du commerce est, quant à elle, régie par le droit suisse dès qu'apparaît clairement sa volonté d'être régie par celui-ci, qu'elle a un lien suffisant avec la Suisse et qu'elle s'est adaptée à l'une des formes d'organisation du droit suisse (art. 162 al. 2 LDIP).

196 GIRSBERGER/RODRIGUEZ, Die Sitzverlegung im europäischen Gesellschaftsrecht – Auswirkungen auf die Schweiz?, p. 580; KAUFMANN-KOHLER/GUILLAUME, N 3 ad Art. 162 LDIP.

197 Message LDIP ch. 296, p. 433 s; GUILLAUME/EBERHARD, Les restructurations internationales de sociétés, p. 281.

198 Art. 162 al. 3 LDIP. Cette obligation est instaurée en vue de protéger les créanciers de la nouvelle société (KAUFMANN-KOHLER/GUILLAUME, N 4 ad art. 162 LDIP; Message LFus, p. 4150).

199 MSA III, p. 77; KAUFMANN-KOHLER/GUILLAUME, N 6 ad art. 161 LDIP.

200 KAUFMANN-KOHLER/GUILLAUME, N 10 ad art. 161 et ss LDIP (remarques préliminaires).

201 GIRSBERGER/RODRIGUEZ, Die Sitzverlegung im europäischen Gesellschaftsrecht – Auswirkungen auf die Schweiz?, p. 559 et ss; KAUFMANN-KOHLER/GUILLAUME, N 10 ad art. 161 et ss LDIP; MSA III, p. 77.

202 HELBLING, Internationale Sitzverlegungen und Umstrukturierungen von Kapitalgesellschaften im schweizerischen Gewinnsteuerrecht, p. 206; art. 958 al. 1 CO.

203 Art. 58 al. 1 lit. c LIFD (impôt sur le bénéficiaire); art. 4 al. 2 LIA (impôt anticipé).

204 V. DANON, Fiscalité directe et restructurations internationales de sociétés de capitaux: analyse comparative du droit suisse, européen et conventionnel, p. 261 et ss; BETTEN, Income Tax Aspects of Emigration and Immigration of Individuals, p. 99; WEIDMANN, Immigration von Kapitalgesellschaften in die Schweiz, p. 6. Contra: KNOBBEKEUK, Bilanz- und Unterneh-

n'empêche pas cette forme de double imposition. Suivant l'art. 13(5) MC OCDE, l'Etat d'immigration acquiert en effet, par principe, la compétence exclusive d'imposer l'intégralité des réserves latentes de la société immigrante lors de leur aliénation ultérieure. Peu importe à cet égard que tout ou partie de ces réserves représentent en fait un accroissement de valeur créé durant l'assujettissement des actifs concernés à la souveraineté fiscale de l'Etat d'émigration.²⁰⁵ De plus, le droit de l'Etat de départ d'imposer cette matière est lui aussi bien fondé puisque, au moment de l'émigration, l'entreprise avait la qualité de résident de cet Etat.²⁰⁶ Autrement dit, il en résulte une double imposition consécutive à un conflit résidence-résidence successif que seule une modification des règles de répartition conventionnelles permettrait d'éviter.²⁰⁷ Comme le relève un commentateur : « There is no principle in international tax law whereby the right to tax a certain gain (...) is to be shared by the countries in which the taxpayer was resident during the period the gain was accrued ». ²⁰⁸

Le droit fiscal suisse de l'entreprise, quant à lui, ne contient aucune norme régissant la valeur fiscalement déterminante d'actifs nouvellement assujettis à la souveraineté fiscale suisse à la suite, p. ex., d'un transfert de siège. Contrairement à certaines législations étrangères, la LIFD ne prévoit pas que cette valeur soit répu-

tée correspondre à la valeur vénale des actifs au début de l'assujettissement.²⁰⁹ Selon nous, une telle interprétation ne peut en particulier être déduite de l'art. 54 al. 1 LIFD qui dispose uniquement que :

Art. 54 al. 1 LIFD : L'assujettissement débute le jour de la fondation de la personne morale, de l'installation de son siège ou de son administration effective en Suisse (...).²¹⁰

Le droit comptable, dont ce n'est d'ailleurs pas la mission,²¹¹ n'offre pas nécessairement de solution à cette question. Certes, une réévaluation d'actifs opérée avant le transfert de siège en Suisse ne sera pas imposable dans ce pays.²¹² Cela dit, encore faut-il que le droit comptable étranger autorise cette réévaluation. Or, la réévaluation des actifs au delà de leur coût d'acquisition sera fréquemment proscrite. Il en va de même, bien évidemment, de l'activation d'un goodwill originaire.²¹³

Cela étant, la majorité de la doctrine considère que les réserves latentes créées à l'étranger qui, lors d'une restructuration, migrent en Suisse ne peuvent être imposées par ce pays. Par conséquent, les actifs transférés doivent pouvoir être comptabilisés à leur valeur vénale dans le

menssteuerrecht, p. 925; v. également nos remarques in: DANON/SALOMÉ, De la double imposition internationale, p. 381, concernant la possibilité de qualifier néanmoins un tel état de fait comme un conflit source-résidence entraînant l'application des art. 23 A ou B MC OCDE.

205 DANON, Fiscalité directe et restructurations internationales de sociétés de capitaux: analyse comparative du droit suisse, européen et conventionnel, p. 261 et ss; DANON, N 98 ad art. 57 - 58 LIFD.

206 On peut certes soutenir que la perception d'un impôt de départ ne constitue pas une « aliénation » au sens de l'art. 13(5) MC OCDE. Cela étant, un tel raisonnement ne change rien à l'analyse puisque la compétence exclusive de l'Etat d'émigration pourrait alors être fondée sur l'art. 7(1) MC OCDE qui confère également une compétence exclusive à l'Etat d'émigration.

207 DANON, Fiscalité directe et restructurations internationales de sociétés de capitaux: analyse comparative du droit suisse, européen et conventionnel, p. 257 et 294 ss; DANON, N 98 ad art. 57 - 58 LIFD. Comme nous l'avons suggéré, l'art. 13(5) MC OCDE pourrait ainsi être modifié comme suit: « Les gains provenant de l'aliénation de tous biens autres que ceux visés aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 sont imposables dans l'Etat contractant dont le cédant est résident. Toutefois, la part de ces gains correspondant à l'accroissement de valeur constaté durant l'assujettissement à l'impôt de ces biens dans l'autre Etat contractant, est aussi imposable dans cet Etat. Les autorités compétentes des Etats contractants règlent d'un commun accord les modalités d'application du présent paragraphe » (DANON, Fiscalité directe et restructurations internationales de sociétés de capitaux: analyse comparative du droit suisse, européen et conventionnel, p. 296).

208 BETTEN, Income Tax Aspects of Emigration and Immigration of Individuals, p. 99.

209 DANON, Le décalage temporel de l'imposition dans le cadre des conventions de double imposition, p. 72 et 73; DANON, Fiscalité directe et restructurations internationales de sociétés de capitaux: analyse comparative du droit suisse, européen et conventionnel, p. 277.

210 DANON, Le décalage temporel de l'imposition dans le cadre des conventions de double imposition, p. 72; DANON, Fiscalité directe et restructurations internationales de sociétés de capitaux: analyse comparative du droit suisse, européen et conventionnel, p. 277. Du même avis HELBING, Internationale Sitzverlegungen und Umstrukturierungen von Kapitalgesellschaften im schweizerischen Gewinnsteuerrecht, p. 224. Contra REICH/DUSS, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, p. 631.

211 En ce sens WEIDMANN, Immigration von Kapitalgesellschaften in die Schweiz, p. 13.

212 HELBING, Internationale Sitzverlegungen und Umstrukturierungen von Kapitalgesellschaften im schweizerischen Gewinnsteuerrecht, p. 208.

213 HELBING, Internationale Sitzverlegungen und Umstrukturierungen von Kapitalgesellschaften im schweizerischen Gewinnsteuerrecht, p. 207. Une réévaluation opérée après le transfert de siège doit quant à elle être conforme aux prescriptions du droit comptable suisse (art. 958 et ss et 662 et ss CO). Une réévaluation à concurrence du coût historique sera certes possible. Cela dit, le gain comptable en résultant devra alors impérativement être comptabilisé dans le compte de résultats avec indication dans l'annexe de la dissolution des réserves latentes (DANON, N 76 ad art. 57 - 58 LIFD et les références citées). L'opinion selon laquelle la dissolution des réserves latentes doit dans ce cas pouvoir être directement créditée aux réserves ouvertes (v. REICH/DUSS, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, p. 631) ne peut selon nous être suivie. Cette vision des choses, qui assimile à tort le transfert de siège à un apport du titulaire de parts (en ce sens HELBING, Internationale Sitzverlegungen und Umstrukturierungen von Kapitalgesellschaften im schweizerischen Gewinnsteuerrecht, p. 210), nous paraît contraire au droit commercial. L'art 58 al. 1 lit b LIFD, 3^e tiret le rappelle d'ailleurs expressément (cf. DANON, N 68 ad art. 57 - 58 et les références citées).

bilan fiscal de la société suisse (step-up in basis). Si la doctrine admet que cette solution permet d'éviter une double imposition des réserves latentes, elle estime également que ce principe doit s'appliquer en l'absence d'imposition effective dans l'Etat d'émigration.²¹⁴

Dans une contribution récente, Weidmann justifie cette exonération en assimilant fiscalement le transfert de siège à un apport exonéré au sens de l'art. 60 lit. a LIFD.²¹⁵ A notre sens, cette vision des choses peut toutefois être difficilement suivie.²¹⁶ Tout d'abord, cette interprétation ne trouve aucun appui dans l'état de fait de droit privé dont il est question ici. Comme nous l'avons vu, un transfert de siège au sens de l'art. 161 LDIP ne conduit à aucune liquidation, respectivement à une nouvelle fondation, de la société transférée. En droit privé, cette opération ne peut donc être analysée comme un apport émanant des actionnaires de la société immigrante.²¹⁷ Cela dit, l'analyse de droit privé ne permet pas encore de réfuter la thèse présentée par Weidmann dès lors que l'existence d'un apport au sens de l'art. 60 lit. a LIFD doit être appréciée selon la réalité économique. En l'espèce, il s'agit donc plutôt d'examiner si le transfert de siège peut être économiquement comparé à un apport. Sous cet angle, il faut certes convenir avec Weidmann que la question discutée ici est conceptuellement identique à celle de l'exonération des apports dissimulés dans le chef de la société bénéficiaire.²¹⁸ En effet, dans ces deux hypothèses, il s'agit d'exclure du bénéfice imposable des réserves latentes qui n'ont pas été réalisées durant l'assujettissement de la société contribuable. Cela dit, l'art. 60 lit. a LIFD, même interprété selon la réalité économique, permet uniquement d'exonérer les réserves latentes qui proviennent historiquement du titulaire de parts (rattachement subjectif à un autre sujet fiscal).²¹⁹

Or, la question que nous débattons ici est au contraire celle de savoir si l'exonération des réserves latentes importées peut être fondée sur leur rattachement objectif originel à une autre souveraineté fiscale.²²⁰

A notre avis, l'exonération des réserves latentes importées à l'occasion d'un transfert de siège en Suisse résulte plutôt d'une interprétation systématique et constitutionnelle de l'art. 58 al. 1 lit. a LIFD. Force est en effet de constater que le principe de détermination ancré à cette disposition est défini de manière relativement abstraite²²¹ et doit donc notamment être concrétisé de manière conforme à ces deux méthodes d'interprétation. Selon nous, la relation existant entre le principe de détermination et la règle correctrice de l'art. 58 al. 1 lit. c LIFD in fine permet d'affirmer que l'objet de l'impôt sur le bénéfice n'englobe pas les réserves latentes importées en Suisse. Cette disposition prévoit en effet que :

Art. 58 al. 1 lit. c LIFD (in fine) : Le transfert à l'étranger du siège, de l'administration, d'une entreprise ou d'un établissement stable est assimilé à une liquidation.

Fondamentalement, cette fiction de liquidation, qui constitue un véritable impôt de départ a pour vocation d'assurer l'imposition des réserves latentes en cas de fin ou de modification de l'assujettissement à la souveraineté fiscale suisse.²²² Cette opération entraîne donc l'imposition des réserves latentes (non imposées) avec le bénéfice net du dernier exercice.²²³ Les comptes doivent

suivant les cas, d'aboutir à un résultat économiquement identique à un transfert de siège proprement dit. Cela dit, le contenu économique de l'art. 60 lit. a LIFD ne permet pas de traiter ces deux états de faits de droit civil de manière identique. Ce contenu, centré exclusivement sur la notion d'apport, commande en effet uniquement de traiter de la même manière l'ensemble des versements provenant du titulaire de parts, qu'ils soient ouverts ou dissimulés.

214 DANON, N 99 ad art. 57 - 58 LIFD; SAUPPER/WEIDMANN, N 409 ad art. 3 LFus; RIEDWEG/GRÜNBLATT, N 181 ad art. 29 FusG; HINNY, Internationale Umstrukturierungen von Kapitalgesellschaften im Schweizer Steuerrecht, p. 180 et 186; REICH/DUSS, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, p. 631; BEHNISCH, Die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften – national und grenzüberschreitend, p. 298; OECHSLIN-SAUPPER, Cross border reorganization of corporations, p. 239 et 259; HELBING, Internationale Sitzverlegungen und Umstrukturierungen von Kapitalgesellschaften im schweizerischen Gewinnsteuerrecht, p. 232.

215 WEIDMANN, Immigration von Kapitalgesellschaften in die Schweiz, p. 12 et ss.

216 Du même avis HELBING, Internationale Sitzverlegungen und Umstrukturierungen von Kapitalgesellschaften im schweizerischen Gewinnsteuerrecht, p. 224.

217 HELBING, Internationale Sitzverlegungen und Umstrukturierungen von Kapitalgesellschaften im schweizerischen Gewinnsteuerrecht, p. 215.

218 V. ci-dessus.

219 Certes, comme le relève WEIDMANN, Immigration von Kapitalgesellschaften in die Schweiz, p. 14, la constitution d'une nouvelle société en Suisse par apport en nature permet,

220 DANON, N 40 ad art. 60 LIFD. Du même avis HELBING, Internationale Sitzverlegungen und Umstrukturierungen von Kapitalgesellschaften im schweizerischen Gewinnsteuerrecht, p. 224.

221 En ce sens GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice – Le principe de détermination dans le contexte des apports et autres contributions de tiers, p. 71.

222 DANON, Fiscalité directe et restructurations internationales de sociétés de capitaux: analyse comparative du droit suisse, européen et conventionnel, p. 257, 265; BEHNISCH, Die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften – national und grenzüberschreitend, p. 283; WIDRIG, Doppelt ansässige Kapitalgesellschaften im internationalen Steuerrecht der Schweiz, p. 136; ATHANAS/BRÜLISAUER, Güter- und Dienstleistungsaustausch zwischen Stammhaus und Betriebsstätte nach DBG, p. 96; v. aussi pour les personnes physiques, art. 18. al. 2 LIFD.

223 Art. 80 al. 2 LIFD. S'agissant de la détermination de l'assiette de l'impôt, la question se pose de savoir si le législateur consacre ici une fiction de liquidation ou d'aliénation. A raison, la majorité de la doctrine est d'avis que le texte clair de l'art. 58 al. 1 lit. c (« est assimilé à une liquidation ») permet uniquement de retenir une fiction de liquidation. En conséquence, les actifs doivent être estimés à leur valeur de

donc être clos ainsi qu'un bilan et un compte de résultats établis.²²⁴ Conceptuellement, l'art. 58 al. 1 lit. c in fine LIFD vise ainsi à assurer le maintien de la corrélation existant entre la création de réserves latentes et la possibilité d'imposer ces mêmes réserves ultérieurement. En effet, cette corrélation ne peut plus être assurée lorsqu'une opération de restructuration entraîne la rupture du lien unissant ces réserves latentes à la souveraineté fiscale suisse. Ce faisant, le législateur exprime l'idée selon laquelle le droit d'imposer l'accroissement de valeur survenu durant l'assujettissement en Suisse doit, en définitive, revenir à ce pays. A notre avis, par souci de cohérence, il convient donc de réserver un traitement symétrique aux réserves latentes immigrant en Suisse. Autrement dit, leur imposition doit revenir à l'Etat d'émigration indépendamment de toute réalisation effective ultérieure en Suisse.²²⁵

L'interprétation constitutionnelle confirme également cette analyse. En effet, l'impôt sur le bénéfice cherche à appréhender le résultat réellement obtenu par l'entreprise durant son existence. Or, la capacité contributive d'une entreprise ne prend par définition naissance que dès l'instant où celle-ci est assujettie à la souveraineté fiscale suisse. En conséquence, le Totalgewinn²²⁶ ne peut concerner une plus-value afférente à une période antérieure à l'assujettissement en Suisse.²²⁷ Si l'on préfère,

liquidation, de sorte que la prise en compte du goodwill n'est pas possible (BEHNISCH, Die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften – national und grenzüberschreitend, p. 283; REICH/DUSS, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, p. 622; BRÜLISAUER/POLTERA, N 263 ad art. 58 DBG; DANON, N 94 ad art. 58 LIFD; DANON, Fiscalité directe et restructurations internationales de sociétés de capitaux : analyse comparative du droit suisse, européen et conventionnel, p. 257, 265 note 38; GLAUSER, Goodwill et acquisitions d'entreprises : une analyse sous l'angle du droit fiscal et comptable, p. 421, 432. Pratiquement, il est de toute manière très difficile de fixer sur une valeur qui reflète les bénéfices futurs que la société transférée réalisera dans l'Etat d'immigration (en ce sens également GLAUSER, Goodwill et acquisitions d'entreprises : une analyse sous l'angle du droit fiscal et comptable, p. 421, 432).

224 Art. 79 al. 3 LIFD.

225 Du même avis, HELBING, Internationale Sitzverlegungen und Umstrukturierungen von Kapitalgesellschaften im schweizerischen Gewinnsteuerrecht, p. 232.

226 Sur cette notion v. DANON, N 58 ad art. 57 - 58 LIFD et les références citées. V. aussi récemment ATF 2C_33/2009 (27.11.2009).

227 Dans un arrêt récent relatif à une privatisation, le Tribunal fédéral relève également que le «Totalgewinn» ne peut concerner une période antérieure à l'assujettissement ordinaire à l'impôt, ATF 2C_392/2009 consid. 5.5 (23.8.2010) : « (...) setzt die Anwendung des Leistungsfähigkeits- und des Totalgewinnprinzips erst mit dem Eintritt der Beschwerdeführerin in die Steuerpflicht ein. Betriebswirtschaftliche Ereignisse, welche den ehemaligen Regiebetrieb betreffen, müssen ausser Acht gelassen werden. Sie beziehen sich auf die Zeit vor der Steuerpflicht und können hier nicht berücksichtigt werden ». Cela étant, selon notre Haute Cour, il en découle que

l'impôt sur le bénéfice ne frappe que l'accroissement de fortune réalisé durant l'activité en Suisse.

Relevons enfin que cette manière de voir est également en harmonie avec l'évolution récente du droit fiscal communautaire. En effet, selon la doctrine dominante, si un Etat européen adopte un système visant à assurer l'imposition de l'accroissement de valeur (réserve latente) réalisé durant l'assujettissement à sa souveraineté fiscale, le principe fiscal de cohérence dégagé par la CJCE commande alors qu'en situation d'immigration ce même Etat ne soumette pas à l'impôt les réserves latentes accumulées dans un autre Etat, p. ex. en autorisant le nouvel assujetti à comptabiliser ses actifs à la valeur vénale.²²⁸ Comme l'a dit p. ex. l'avocat général Kokott dans le cadre de l'affaire van Dijk concernant l'impôt de départ néerlandais : «La cohérence du système fiscal néerlandais résulte également du fait que, pour les redevables s'établissant sur le territoire national, la plus-value réalisée sur une participation substantielle est imposée sur le fondement de la valeur de la participation à la date d'entrée sur le territoire (step-up). Cette méthode est conforme au principe de territorialité, puisqu'elle ne tient compte que de la plus-value obtenue pendant la durée du séjour sur le territoire national».²²⁹ Certes, la jurisprudence de la CJCE n'est ici pas d'application directe en droit fiscal suisse. Sur ce point, il nous paraît toutefois que le principe de cohérence fiscale offre un éclairage utile venant confirmer la position défendue

En conséquence, l'interprétation systématique (relation avec l'art. 58 al. 1 lit. c in fine LIFD) et constitutionnelle (art. 127 al. 2 Cst.) de l'art. 58 al. 1 lit. a LIFD permet selon nous d'affirmer que l'objet de l'impôt sur le bénéfice n'englobe pas les réserves latentes « importées » en Suisse. Dans la mesure où il conduit à l'imposition de ces réserves latentes le renvoi au droit comptable n'est donc pas déterminant.

4.5.1.2.3 Le transfert de siège sous l'angle du principe de l'apport en capital

Une analyse comparable à celle présentée ci-dessus en matière d'impôt sur le bénéfice est-elle également applicable sous l'angle de l'impôt sur le revenu (respectivement de l'impôt anticipé) et du principe de l'apport en capital ? Critiquant la position défendue par l'AFC, la

la dissolution de provisions constituées alors que la société était exonérée est imposable. A notre avis, l'analyse du Tribunal fédéral est ici contradictoire. En effet, si le « Totalgewinn » ne peut concerner des faits antérieurs à l'assujettissement, il convient alors de considérer que la dissolution de provisions constituées avant celui-ci doit demeurer sans influence sur le bénéfice imposable.

228 V. notamment TERRA/WATTEL, European Tax Law, p. 115.

229 CJCE aff. C-470/04, conclusions, point 107.

majorité des commentateurs soutient cette position et considère que l'immigration d'une société suivant les art. 161 et ss LDIP doit être fiscalement qualifiée d'apport en capital. A l'appui de cette opinion, on fait valoir que l'opération inverse, à savoir le transfert du siège et/ou de l'administration effective à l'étranger, est, du point de vue fiscal, assimilé à une liquidation. En conséquence, la qualification d'apport en capital en situation d'immigration s'impose par souci de cohérence.²³⁰ Selon cette vision des choses, l'ensemble des réserves préexistantes de la société immigrant en Suisse, c'est-à-dire également les réserves issues de bénéfices reportés et les réserves latentes, devrait donc être qualifié d'apport en capital.²³¹ Suivant cette position, la distribution ultérieure de l'ensemble de ces réserves à un résident étranger ne serait donc pas soumise à l'impôt anticipé en vertu de l'art. 5 al. 1^{bis} LIA.

A notre avis, cette position ne peut en tout état de cause être retenue en ce qui concerne l'art. 20 al. 3 LIFD. S'agissant de l'impôt sur le revenu, l'exigence de cohérence entre émigration et immigration commande au contraire de considérer que le transfert de siège en Suisse ne modifie pas la situation du titulaire de parts assujéti dans ce pays de manière illimitée. Rappelons en effet qu'en présence d'une émigration à l'étranger, le droit fiscal suisse ne retient une fiction de liquidation qu'en matière d'impôt sur le bénéfice (art. 58 al. 1 lit. c in fine LIFD) et d'impôt anticipé (art. 4 al. 2 LIA). En revanche, faute de base légale, cette opération ne conduit pas à la réalisation d'un rendement de participation au sens de l'art. 20 al. 1 lit. c LIFD.²³² Partant, sous l'angle de l'impôt sur le revenu, il sied d'admettre, comme le fait à juste titre l'AFC, que l'immigration n'affecte pas la qualifi-

cation des réserves de la société transférée en Suisse.²³³ Toute autre conclusion serait au surplus incompatible avec le principe d'équité horizontale et d'universalité sur lequel repose le principe de l'assujettissement mondial en matière fiscale.²³⁴ En effet, la qualification d'apport en capital, si elle devait être admise en matière d'impôt sur le revenu, conduirait à une imposition différenciée des rendements de participation selon que ceux-ci proviennent de la société avant (source étrangère, imposition) ou après le transfert de siège (source suisse, exonération des bénéfices reportés et réserves latentes existant au moment de l'immigration).

En matière d'impôt anticipé, en revanche, l'analyse est plus délicate. L'art. 4 al. 2 LIA, il est vrai, dispose que :

Art. 4 al. 2 LIA: Le transfert du siège d'une société anonyme (...) est assimilé à une liquidation du point de vue fiscal;²³⁵

Le bénéficiaire à qui l'impôt anticipé doit être transféré²³⁶ est dans ce cas le porteur de parts de la société dont le siège est transféré.²³⁷ Fondamentalement, l'art. 4 al. 2 LIA vise à empêcher que le recours au transfert de siège (en lieu et place d'une liquidation) ne soit utilisé en vue de soustraire à l'impôt anticipé les réserves de la société transférée.²³⁸ En conséquence, si le transfert de siège est neutre au plan de l'impôt sur le revenu, cette même opération constitue un cas de réalisation systématique sous l'angle de l'impôt anticipé. Weidmann en déduit que cette asymétrie doit également être observée en sens inverse, c'est-à-dire à l'occasion d'une immigration. En conséquence, il conviendrait d'interpréter le nouvel art. 5 al. 1^{bis} à la lumière de l'art. 4 al. 2 LIA et d'assimiler fictivement le transfert de siège en Suisse à un apport en capital.²³⁹ Selon cette vision des choses, la distribution des réserves préexistantes de la société transférée en Suisse serait donc exonérée de l'impôt anticipé

230 WEIDMANN, Immigration von Kapitalgesellschaften in die Schweiz, p. 20 (uniquement sous l'angle de l'impôt anticipé, art. 5 al. 1^{bis} LIA); DENNER/PRATTER, Kapitaleinlageprinzip im internationalen Umfeld. Optimierungsmöglichkeiten bei Umstrukturierungen zur Stärkung des Investitionsstandortes Schweiz, p. 790 s; HAUSMANN/BERNEGGER, Konzernsteuerplanung im Lichte des Kapitaleinlageprinzips, p. 372; ; ARNOLD, Unternehmenssteuerreform II – Publikation des Kreisschreibens Nr. 29 zum Kapitaleinlageprinzip, p. 116; BRAUCHLI ROHRER/ATHANASSOGLU, Kapitaleinlageprinzip – Es besteht Handlungsbedarf. Ausgewählte Fragestellungen zum Entwurf des Kreisschreibens, p. 877.

231 DENNER/PRATTER, Kapitaleinlageprinzip im internationalen Umfeld. Optimierungsmöglichkeiten bei Umstrukturierungen zur Stärkung des Investitionsstandortes Schweiz, p. 790 - 791; BRAUCHLI ROHRER/ATHANASSOGLU, Kapitaleinlageprinzip – Es besteht Handlungsbedarf. Ausgewählte Fragestellungen zum Entwurf des Kreisschreibens, p. 875; ARNOLD, Unternehmenssteuerreform II – Publikation des Kreisschreibens Nr. 29 zum Kapitaleinlageprinzip, p. 116.

232 REICH/DUSS, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, p. 623; DANON, Fiscalité directe et restructurations internationales de sociétés de capitaux: analyse comparative du droit suisse, européen et conventionnel, p. 265; Circ. Restructurations ch. 4.1.2.3.9.

233 En ce sens également WEIDMANN, Immigration von Kapitalgesellschaften in die Schweiz, p. 20.

234 LOCHER, N 3 ad art. 6 DBG; RIVIER, Droit fiscal suisse, p. 310.

235 V. aussi art. 22 al. 5 OIA.

236 Art. 14 LIA.

237 A cet égard, la société peut, à certaines conditions, s'acquitter de son obligation fiscale par la simple déclaration de la prestation imposable (art 11 et 20 LIA; art. 24 OIA). Il en va ainsi lorsque le titulaire de parts est domicilié en Suisse (art. 24 al. 2 OIA).

238 Message projet IA, p. 958.

239 WEIDMANN, Immigration von Kapitalgesellschaften in die Schweiz, p. 20. V. aussi; DENNER/PRATTER, Kapitaleinlageprinzip im internationalen Umfeld. Optimierungsmöglichkeiten bei Umstrukturierungen zur Stärkung des Investitionsstandortes Schweiz, p. 790 s; HAUSMANN/BERNEGGER, Konzernsteuerplanung im Lichte des Kapitaleinlageprinzips, p. 372; BRAUCHLI ROHRER/ATHANASSOGLU, Kapitaleinlageprinzip – Es besteht Handlungsbedarf. Ausgewählte Fragestellungen zum Entwurf des Kreisschreibens, p. 877; ARNOLD, Unternehmenssteuerreform II – Publikation des Kreisschreibens Nr. 29 zum Kapitaleinlageprinzip, p. 116.

mais néanmoins soumise à l'impôt sur le revenu dans le chef du titulaire de parts domicilié en Suisse.²⁴⁰

Pour notre part, nous ne partageons pas ce point de vue, ceci pour plusieurs raisons. Tout d'abord, la notion d'apport, même interprétée selon la réalité économique, permet uniquement d'exonérer les accroissements de valeur qui proviennent du titulaire de parts et qui sont étrangers à l'activité de la société. Or, selon la conception défendue ici, cette interprétation s'impose non seulement dans le cadre de l'art. 20 al. 3 LIFD mais également aux fins de l'application de l'art. 5 al. 1^{bis} LIA. En raison de la fonction de l'impôt anticipé, il sied en effet, comme nous l'avons vu, de considérer que le contenu de l'art. 5 al. 1^{bis} LIA est subordonné à celui de l'art. 20 al. 3 LIFD. Au surplus, une interprétation divergente de l'art. 5 al. 1^{bis} LIA paraît difficilement conciliable avec le fait que le texte de ces deux dispositions est identique. Certes, en matière d'impôt sur le bénéfice les situations d'émigration et d'immigration doivent être traitées de manière cohérente. Cela dit, comme nous l'avons vu, cette exigence de cohérence ne permet pas encore d'assimiler fiscalement le transfert de siège à un apport au sens de l'art. 60 lit. a LIFD. Sous l'angle de l'impôt sur le bénéfice, le principe de cohérence exige plutôt que la question du rattachement objectif des réserves latentes à une souveraineté fiscale soit examinée de manière symétrique. Or, cette analyse, centrée sur la situation de la société transférée en Suisse, ne peut selon nous être transposée en matière d'impôt anticipé. Cet impôt, nous l'avons rappelé, ne constitue en effet qu'un instrument de technique fiscale visant en définitive à assurer l'imposition du titulaire de parts, que celui-ci soit domicilié en Suisse (fonction de garantie) ou à l'étranger (fonction fiscale). A notre sens, c'est donc par rapport à la position de cette personne que la question discutée ici doit être examinée. Or, si l'on considère que l'art. 20 al. 3 LIFD ne permet pas d'exonérer la distribution des réserves immigrantes dans le chef du titulaire de parts assujéti en Suisse, il paraît difficile d'admettre que ces mêmes réserves soient exonérées suivant l'art. 5 al. 1^{bis} LIA. En effet, cette vision des choses conduirait à une imposition différenciée du titulaire de parts suivant que celui-ci est domicilié en Suisse (imposition) ou à l'étranger (exonération). Or, dans la mesure où, dans les relations internationales, l'impôt anticipé (fonction fiscale) a vocation à se substituer à l'impôt ordinaire sur le revenu, aucun motif valable ne permettrait selon nous de justifier cette différence de traitement. Certes, comme le relève le message du Conseil fédéral, l'introduction du principe de l'apport en capital a également pour but de supprimer la

charge fiscale que représentait jusqu'ici l'impôt anticipé pour l'investisseur étranger souscrivant au capital-actions d'une société suisse sous la forme d'une émission au-dessus du pair.²⁴¹ Cela dit, le principe de l'exonération de l'ensemble des réserves préexistantes d'une société immigrant en Suisse ne trouve en revanche aucun appui dans les travaux préparatoires.

Au vu de ce qui précède, il nous paraît par conséquent que la position défendue par l'AFC doit être approuvée.

4.5.2 Quasi-fusion

La situation se présente en revanche différemment en présence d'une quasi-fusion d'immigration. Dans le cadre de cette opération, fréquente en pratique, les droits de participation d'une société étrangère sont apportés à une société suisse. En conséquence, l'AFC est d'avis que la part de l'apport ouvert excédant le capital-actions constitue, pour la société suisse, des réserves issues d'apport en capital.²⁴² Il n'y a rien à redire à cette analyse qui doit naturellement être approuvée.

5 Apport effectué par un détenteur de droits de participation

5.1 En général

L'art. 20 al. 3 LIFD fait référence aux apports effectués par « les détenteurs des droits de participation » (« Inhabern der Beteiligungsrechte »). Cette formulation est légèrement différente mais similaire à celle utilisée par l'art. 60 lit. a LIFD qui vise les membres (« Mitglieder ») de sociétés de capitaux.

A notre avis ces deux notions doivent être interprétées de manière identique. Cette interprétation convergente s'accorde également avec le message du Conseil fédéral qui, comme nous l'avons vu, précise qu'un apport en capital peut être admis dans tous les cas où l'art. 60 lit. a LIFD trouve application.²⁴³

La notion de détenteur de droits de participation, respectivement de membre, vise ainsi en premier lieu les actionnaires de sociétés anonymes,²⁴⁴ les associés de sociétés à responsabilité limitée²⁴⁵ ainsi que les membres de sociétés coopératives.²⁴⁶ Peu importe d'ailleurs l'importance de la participation (majoritaire ou minoritaire) de

241 Message RIE II, p. 4537.

242 Circ. Principe de l'apport de capital ch. 6.

243 Message RIE II, p. 4538.

244 Art. 620 et ss CO

245 Art. 772 et ss CO

246 Art. 830 et ss CO

240 WEIDMANN, *Immigration von Kapitalgesellschaften in die Schweiz*, p. 20.

ces personnes au capital de la société bénéficiaire de l'apport.²⁴⁷ Au surplus, les art. 20 al. 3 et 60 lit. a LIFD englobent également les détenteurs de bons de participation²⁴⁸ et de bons de jouissance sans valeur nominale.²⁴⁹

5.2 Apport effectué par un proche du détenteur

Cela étant, la question la plus débattue, que nous examinons maintenant, est celle de savoir si l'art. 20 al. 3 LIFD englobe également les prestations des proches du détenteur de droits de participation. Au sein d'un groupe de sociétés, cette question se pose p. ex. lorsque le versement est consenti par une société sœur ou encore une société grand-mère de la société bénéficiaire.

Comme nous allons le voir, la position de l'AFC (secs. 5.2.1 et 5.2.2), critiquée majoritairement par la doctrine, est ici également très formaliste. Nous aurons ainsi l'ambition de démontrer que la position de l'administration, en ce qu'elle n'est pas cohérente et revêt même un caractère arbitraire, ne peut être suivie (sec. 5.2.3).

5.2.1 Position de l'AFC

Dans le cadre de sa nouvelle circulaire, l'AFC rappelle que : « En cas d'attribution d'un avantage entre des sociétés sœurs, les personnes qui détiennent des participations reçoivent, d'un point de vue économique, un avantage appréciable en argent de la part de la société qui le fournit, avantage qu'elles apportent à la société bénéficiaire ».²⁵⁰ L'AFC confirme ainsi la pratique selon laquelle la théorie du triangle (Dreieckstheorie) est généralement applicable dans le cadre de l'impôt sur le revenu des personnes physiques.²⁵¹

D'inspiration allemande,²⁵² la théorie du triangle s'affranchit des rapports de droit civil pour se concentrer, sous l'angle de l'analyse économique de l'état de fait exigée par l'art. 20 al. 1 lit. c LIFD, sur la *causa societatis* sur laquelle repose la prestation octroyée. La théorie du triangle postule ainsi que tout versement émanant d'un proche « passe » préalablement par le titulaire de parts dans la mesure où la prestation repose sur les droits de participation unissant cette dernière personne à la société bénéficiaire. Selon cette vision des choses, la prestation consentie est donc tout d'abord fiscalement attribuée au titulaire de parts au titre de rendement de participation. L'enrichissement de la société bénéficiaire s'analyse ensuite comme un apport émanant de cette personne de sorte que l'art. 60 lit. a LIFD trouve application.²⁵³ Comme le dit le Tribunal fédéral : « (...) pour la société sœur finalement gratifiée, la prestation constitue une forme de financement (souvent occulte) ».²⁵⁴ Rappelons toutefois que lorsque les droits de participation font partie de la fortune commerciale, l'AFC,²⁵⁵ suivant la position défendue par la majorité de la doctrine²⁵⁶ à la

247 En ce sens en ce qui concerne l'art. 60 lit. a LIFD : BRÜLISAUER/HELBING, N 16 ad art. 60 DBG ; Locher, N 6 ad art. 60 ; GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice – Le principe de détermination dans le contexte des apports et autres contributions de tiers, p. 244 ss ; Danon, N 6 ad art. 60 LIFD.

248 Art. 656a CO

249 Art. 657 CO. BRÜLISAUER/HELBING, N 73 ad art. 60 DBG ; LOCHER, N 4 ad art. 60 DBG ; DANON, N 5 ad art. 60 LIFD. Du même avis, en ce qui concerne le principe de l'apport de capital : OESTERHELT, Emissionsabgabe auf Zuschüssen von Gesellschaftern, p. 885.

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

251 S'agissant des personnes physiques, il est vrai que la jurisprudence du Tribunal fédéral ne fut sur ce point pas toujours cohérente. Un raisonnement fondé sur la théorie du triangle fut ainsi écarté dans le fameux arrêt « Appenzell » (Archives 63 (1994/95), p. 145 = RDAF 1995, p. 38). C'est aussi la théorie du bénéficiaire direct que retint le Tribunal fédéral dans un arrêt subséquent non publié (arrêt 2A.288/1998 [31.3.1999]). Entre ces deux affaires, le Tribunal fédéral appliqua toutefois la théorie du triangle dans une espèce concernant une prestation de sponsoring sportif qualifiée de distribution dissimulée de bénéfice (Archives 66 (1997/98), p. 458 = RDAF 1997 II, p. 161). Le même raisonnement fut également suivi dans un arrêt non publié rendu le 22.5.2000

(2A.160/1999). Cela dit, bien que le principe de l'attribution directe consacré par l'arrêt Appenzell n'ait à ce jour pas été formellement remis en cause mais simplement jugé « discutable » (« fraglich, ob daran unverändert festzuhalten ist », RF 2005, p. 30, consid. 5.3), les arrêts récents rendus par le Tribunal fédéral permettent toutefois de penser que cette instance entend désormais privilégier systématiquement la théorie du triangle (RF 2002, p. 558 ; RF 2005, p. 24 ; arrêt 2A.583/2004 [21.4.2005] ; arrêt 2A.73/2005 [2.8.2005]). S'agissant de la théorie du triangle dans les relations intercantionales, v. aussi récemment ATF 2C_514/2008 (8.9.2009). La doctrine dominante, tout comme l'AFC, se prononce nettement en faveur de l'application généralisée de la théorie du triangle dans le cadre de l'impôt sur le revenu des personnes physiques ; v. DANON, N 176 et ss ad art. 57 - 58 LIFD et les références citées.

252 V. notamment PRYM, Die verdeckte Gewinnausschüttung nach deutschem und schweizerischem Steuerrecht, p. 188 ss ; SALOM, L'attribution du revenu en droit fiscal suisse et international, p. 81 et ss.

253 DANON, N 175 ad art. 57 - 58 LIFD et N 7 ad art. 60 LIFD ; LOCHER, N 5 ad art. 60 DBG ; AGNER/JUNG/STEINMANN/DIGERONIMO, N 24 ad Art. 70 LIFD ; BRÜLISAUER/POLTERA, N 208 ad art. 58 DBG ; BRÜLISAUER/HELBING, N 50 ad art. 60 ; REICH, Verdeckte Vorteilszuwendungen zwischen verbundenen Unternehmen, p. 136 ; OBERSON, Aspects fiscaux de l'assainissement des sociétés de capitaux, p. 191 ; GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice – Le principe de détermination dans le contexte des apports et autres contributions de tiers, p. 318.

254 ATF 119 Ib 116, 119 consid. 2.

255 V. notamment Circ. Restructurations ch. 4.5.2.16.

256 V. notamment DANON, N 180 ad art. 57 - 58 LIFD ; BRÜLISAUER/POLTERA, N 194 ad art. 58 DBG ; GEHRIG, Der Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung an einen nahestehenden Dritten, p. 314 ; BARTHOLET, Transferpreisberichtigung und ihre Sekundäraspekte im schweizerischen Steuerrecht. Unter besonderer Berücksichtigung deutsch-schweizerischer Konzernbeziehungen, p. 323 ; GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice – Le principe de détermination dans le contexte des apports et autres contributions de tiers, p. 320 ; OBERSON/PETER/KUSTER, Steuerliche Aspekte bei Sanierungsleistungen von Schwes-

suite de Reich,²⁵⁷ applique la théorie du triangle sous une forme modifiée. Comme l'a montré Reich, l'application de la théorie du triangle doit demeurer cohérente avec le principe de déterminance. L'attribution effective d'un rendement de participation à l'actionnaire ne saurait donc être retenue lorsque celui-ci, soumis au principe de la valeur comptable (p. ex. une société de capitaux), n'enregistre aucune écriture à la suite d'une prestation consentie *causa societatis* par un proche. Il n'en va autrement que lorsque la prestation conduit l'actionnaire à amortir sa participation à la société appauvrie. Cet amortissement est alors compensé par une réévaluation correspondante de la participation à la société enrichie.²⁵⁸ Cela dit, cette modification de la théorie du triangle n'affecte en rien la qualification d'apport au niveau de la filiale bénéficiaire. Bien au contraire, la qualification d'apport au sens de l'art. 60 lit. a LIFD est alors la seule raison d'être de l'application de la théorie du triangle.²⁵⁹

Cela étant, l'AFC est d'avis que la théorie du triangle n'est pas applicable dans le cadre du principe de l'apport en capital. L'administration estime en effet que : « L'attribution d'avantages entre sociétés sœurs ne constitue cependant pas des apports aux réserves issues d'apports de capital car les apports ne sont pas fournis directement par le détenteur des droits de participation ». ²⁶⁰ Autrement dit, l'analyse économique fondée sur la théorie du triangle est ici écartée au profit d'une appréciation civile de l'état de fait : dans la mesure où le versement n'émane pas juridiquement du titulaire de parts mais d'un proche, l'art. 20 al. 3 LIFD ne peut, selon l'administration, trouver application. A cela s'ajoute enfin que l'AFC considère que l'exigence de comptabilisation au bilan commercial n'est ici pas satisfaite dès lors que la prestation octroyée est qualifiée d'apport dissimulé au niveau de la société bénéficiaire.²⁶¹

tergesellschaften. Eine systemwidrige Anwendung der Dreieckstheorie, p. 219, 234.

257 REICH, Verdeckte Vorteilszuwendungen zwischen verbundenen Unternehmen, p. 637 s.

258 V. notamment Circ. Restructurations ch. 4.5.2.16. Le Tribunal fédéral, bien que n'ayant pas véritablement tranché cette question, semble au contraire privilégier une stricte application de la théorie du triangle. Les juges de Mon Repos ont effet considéré qu'une prestation entre sociétés apparentées représente pour l'actionnaire commun une « recette imposable, sous réserve de la réduction pour participations » (ATF 119 Ib 116, p. 119 consid. 2).

259 En ce sens GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice – Le principe de déterminance dans le contexte des apports et autres contributions de tiers, p. 317 ; REICH, Verdeckte Vorteilszuwendungen zwischen verbundenen Unternehmen, p. 636.

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

261 V. ci-dessus.

5.2.2 Exemple

L'asymétrie introduite ici par l'administration peut ainsi être illustrée en reprenant l'exemple suivant que nous avons déjà évoqué en relation avec les apports dissimulés.

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.

S'agissant tout d'abord de l'impôt sur le bénéfice, la différence entre les valeurs comptable et vénale de l'actif cédé sera rajoutée au bénéfice imposable de A.-SA au titre de distribution dissimulée de bénéfice.²⁶² Suivant la théorie du triangle, cette distribution sera attribuée et imposée auprès de Monsieur X. au titre de rendement de participation, le cas échéant avec octroi de l'imposition partielle.²⁶³ Symétriquement, Monsieur X. sera réputé consentir un apport dissimulé à B.-SA correspondant aux réserves latentes transférées à celle-ci. Selon l'administration, l'art. 60 lit. a LIFD trouve donc 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.

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 dans la mesure où la prestation n'émane en l'espèce pas « directement » du titulaire de parts mais d'un proche de celui-ci (A.-SA). Peu importe à cet égard que la qualification d'apport 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.

5.2.3 Prise de position

5.2.3.1 Analyse sous l'angle de l'art. 20 al. 3 LIFD

La doctrine, dans sa très grande majorité,²⁶⁴ critique le point de vue de l'administration. Elle souligne en parti-

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

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

264 UNTERSANDER, Kapitaleinlageprinzip und Unternehmenssteuerreform II, p. 36 ; UEBELHART/MORF, Unternehmenssteuerreform II – erste kritische Übersicht, p. 711 ; BAUMANN, Unter-

culier que cette vision des choses est incohérente si, comme le considère l'AFC aujourd'hui, l'on retient que la théorie du triangle est généralement applicable en matière d'impôt sur le revenu. Comme le relève Untersander : « Wenn ein Steuersystem einen Vorgang in eine Ausschüttung mit anschliessender Einlage ‚umdeutet‘, hat es dies konsequent zu tun. Die verdeckte Einlage hat auch für Zwecke des Kapitaleinlageprinzips als Einlage zu gelten. Alles anders wäre inkohärent ».²⁶⁵

Force est tout d'abord d'admettre que la position de l'AFC n'est pas compatible avec le texte clair de l'art. 20 al. 3 LIFD. Rien en effet dans le texte de cette disposition ne permet d'inférer que le législateur ait souhaité s'écarter des conséquences résultant de l'application de la théorie du triangle en matière d'impôt sur le revenu. Bien au contraire, comme nous l'avons vu, l'exigence que les apports soient effectués « directement » par les détenteurs de droits de participations, qui aurait pu constituer le fondement d'une telle exception, fut même supprimée lors des débats parlementaires.

A bien y réfléchir, l'interprétation donnée par l'administration à l'art. 20 al. 3 LIFD, exclusivement axée sur les rapports de droit civil, se rapproche de celle suivie en matière de droit de timbre d'émission en relation avec l'interprétation de la notion d'actionnaire figurant à l'art. 5 al. 2 lit. a LT. Dans un arrêt rendu le 14.4.2009,²⁶⁶ qui concernait un versement supplémentaire octroyé par une société grand-mère à sa petite fille, le Tribunal administratif fédéral jugea que seul un versement supplémentaire effectué directement par l'actionnaire pouvait être soumis au droit de timbre d'émission. Selon le Tribunal administratif fédéral, il résulte en effet de la nature formelle du droit de timbre d'émission²⁶⁷ et de l'interprétation historique²⁶⁸ que la notion d'actionnaire (« Gesellschafter ») figurant à l'art. 5 al. 2 lit a LT a un contenu de droit civil. Partant, cette disposition ne saurait être

interprétée selon la réalité économique afin d'appréhender les versements effectués par les proches.²⁶⁹

Cela étant, cette interprétation n'est pas transposable dans le cadre de l'impôt sur le revenu.²⁷⁰ Comme le relève le Tribunal administratif fédéral, l'approche suivie en matière de droit de timbre d'émission repose justement sur une norme ayant un contenu de droit civil. Or, tel n'est pas le cas de l'art. 20 al. 3 LIFD. En effet, en raison de son étroite connexité avec l'art. 20 al. 1 lit. c il sied de considérer que l'art. 20 al. 3 LIFD est une norme à points de rattachements économiques dans le cadre de laquelle la théorie du triangle trouve ordinairement application.

La relation existant entre l'art. 20 al. 3 et 60 lit. a LIFD confirme également cette analyse. Le texte de cette dernière disposition, qui est pratiquement identique à celui de l'art. 20 al. 3 LIFD, vise également uniquement les apports des « membres » (« Mitglieder »). Cela étant, comme nous l'avons vu, la théorie du triangle, même sous sa forme modifiée (fortune commerciale), déploie ses effets dans le cadre de l'art. 60 lit. a LIFD, de sorte que les versements émanant des proches du titulaire de parts sont toujours qualifiés d'apports au sens de cette disposition. Le souci d'interpréter ces deux textes de manière concordante milite donc également en défaveur de la solution préconisée par l'AFC.

Enfin, il nous paraît également que la position de l'AFC heurte nettement le droit constitutionnel en ce qu'elle revêt un caractère arbitraire.²⁷¹ Selon la jurisprudence, fermement établie, une autorité de taxation ne peut en effet, en relation avec l'application d'un même droit, invoquer selon son intérêt tantôt la réalité économique, tantôt l'apparence juridique de l'opération concernée.²⁷² Or, c'est bien le résultat auquel conduit en l'espèce l'interprétation donnée par l'AFC. Si l'administration se fonde sur la réalité économique (théorie du triangle) en vue d'imposer une prestation dans le chef du titulaire de parts, celle-ci invoque en revanche l'état de fait de droit civil afin d'écarter l'application de l'art. 20 al. 3 LIFD à l'occasion du remboursement ultérieur de cette même prestation.²⁷³

nehmenssteuerreform – Zur Vernehmlassungsvorlage, p. 79; OESTERHELT, Emissionsabgabe auf Zuschüssen von Gesellschaftern, p. 884 - 885; UEBELHART/LINDER/SCHALCHER, Sanierung von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, p. 186. Contra: ALTORFER/ALTORFER, Das Kapitaleinlageprinzip. Ein Systemwechsel mit weitreichenden Folgen, p. 312; SALOM, L'attribution du revenu en droit fiscal suisse et international, p. 83.

265 UNTERSANDER, Kapitaleinlageprinzip und Unternehmenssteuerreform II, p. 36.

266 Pour un commentaire de cet arrêt, v. notamment OESTERHELT, Emissionsabgabe auf Zuschüssen von Gesellschaftern, p. 884 - 885.

267 TAF A 1592/2006 consid. 4.2.2 (15.4.2009).

268 Message Droits de timbre, p. 1287: « Les versements de personnes touchant les participants de près ne doivent être imposés que si ces personnes ont été interposées afin d'éviter le droit ».

269 Il convient toutefois de réserver une évasion fiscale lorsqu'un proche de l'actionnaire effectue formellement le versement en vue d'éviter l'impôt (TAF A 1592/2006 consid. 4.4.1 (15.4.2009); Message Droits de timbre, p. 1287).

270 Du même avis OESTERHELT, Emissionsabgabe auf Zuschüssen von Gesellschaftern, p. 884 - 885.

271 Art. 9 Cst.

272 ATF 2C_879/2008 consid. 7 (20.4.2009); ATF du 4.6.1987 consid. 2b, Archives 57 (1988/89), p. 267,; ATF 109 Ib 110 consid. 3, p. 112 s.

273 Dans le même sens et sous l'angle de l'application de l'art. 60 lit. a LIFD au niveau de la société bénéficiaire, GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice – Le principe de détermination

Cela étant, la position défendue aujourd'hui par l'AFC, il est vrai, trouve un certain appui dans le message du Conseil fédéral qui précise que : « en règle générale, les relations en triangle ne peuvent pas non plus donner lieu à un apport de capital, p. ex. lorsque le même actionnaire (société mère ou personne) procède à un transfert de bénéfices entre deux sociétés sœurs, avec redressement dans la société qui accorde l'avantage et adaptation, non imposée, des réserves (le cas échéant dans le bilan fiscal seulement) de la société bénéficiaire. Il est ainsi important que seul les apports, les agios et les suppléments (au sens des art. 60, let. a, LIFD et 24, al. 2, LHID) qui ont été versés directement par les détenteurs des droits de participation soient assimilés au remboursement de capital-actions ou de capital social ». ²⁷⁴

A notre avis, ces travaux ne sont toutefois pas déterminants dans l'interprétation de l'art. 20 al. 3 LIFD, ceci pour deux raisons essentielles. Tout d'abord, conformément à la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, l'interprétation d'une disposition légale est régie par le principe du « pluralisme des méthodes » de sorte que l'interprète ne saurait conférer aux travaux préparatoires une priorité particulière. ²⁷⁵ Or en l'espèce, le résultat de l'interprétation grammaticale (texte clair de l'art. 20 al. 3 LIFD), systématique (relation avec les art. 20 al. 1 lit. c et 60 lit. a LIFD) et constitutionnelle (interdiction de l'arbitraire) est manifestement décisif. Enfin, l'interprétation historique doit ici de toute manière être relativisée dès lors que, comme nous l'avons vu, le texte de l'art. 20 al. 3 LIFD n'exige plus que les apports soient effectués directement (« unmittelbar ») par le titulaire de parts. ²⁷⁶ Certes, cette exigence fut également supprimée afin de mettre en évidence que le principe de l'apport en capital vise également le remboursement d'apports consentis par les titulaires de parts antérieurs. Cela dit, il n'en demeure pas moins que le texte adopté par le législateur diffère au final sur un point essentiel du projet présenté par le Conseil fédéral et commenté par son message.

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

Il va sans dire que l'analyse présentée ci-dessus est également applicable dans le cadre de l'art. 5 al. 1^{bis} LIA. A notre sens, l'on ne saurait en tout état de cause soutenir le contraire en faisant valoir que la théorie du béné-

ficiaire direct (Direktbegünstigtheorie) ²⁷⁷ est au contraire applicable dans le cadre de l'impôt anticipé. Selon cette dernière théorie, il est vrai, une prestation appréciable en argent ne passe pas par le titulaire de parts mais est au contraire directement attribuée à son bénéficiaire. Ainsi, dans l'exemple évoqué ci-dessus, la distribution dissimulée sera, sous l'angle de l'impôt anticipé, attribuée à B.-SA et non à Monsieur X., le titulaire de parts. Cela étant, la théorie du bénéficiaire direct ne concerne ni n'affecte en l'espèce l'application de l'art. 5 al. 1^{bis} LIA à l'occasion du remboursement ultérieur de cet apport à Monsieur X. Il sied en effet de garder à l'esprit que la théorie du bénéficiaire direct concerne uniquement l'identification de l'ayant droit au remboursement de l'impôt anticipé suivant les art. 21 et ss LIA. Or, l'art. 5 al. 1^{bis} LIA est au contraire une disposition ayant trait à la perception de l'impôt.

5.2.3.3 Synthèse

Selon la conception défendue ici, l'art. 20 al. 3 LIFD, respectivement l'art. 5 al. 1^{bis} LIA, englobent également le remboursement de versements consentis *causa societatis* par les proches du titulaire de parts (p. ex. une prestation octroyée par une société sœur ou grand-mère de la société bénéficiaire du versement). Cette vision des choses est la seule qui soit compatible et cohérente avec l'interprétation économique qui s'impose dans le cadre des art. 20 al. 3 et 60 lit. a LIFD. Il en va de même lorsque, au moment où la prestation est consentie par le proche, la société bénéficiaire est détenue par un actionnaire soumis au principe de la valeur comptable. En effet, comme nous l'avons vu, la théorie du triangle modifiée n'affecte pas la qualification d'apport au niveau de la société bénéficiaire. Partant, l'art. 20 al. 3 LIFD doit également trouver application lorsque cette prestation est ultérieurement remboursée à un titulaire de parts détenant les droits de participation dans sa fortune privée.

6 Le remboursement de l'apport

6.1 En général

La nouvelle circulaire de l'AFC dispose que, à l'occasion d'une distribution, la répartition entre le remboursement de réserves issues d'apports de capital (exonérées) et les « autres réserves » (imposables) se fait selon la libre appréciation de la société distributrice. La comptabilisation et la désignation des réserves dans le bilan

dans le contexte des apports et autres contributions de tiers, p. 318

274 Message RIE II, p. 4538.

275 ATF 133 III 257 consid. 2.4, p. 265 ss; ATF 131 III 623 consid. 2.4.4, p. 630 et les arrêts cités.

276 Du même avis OESTERHELT, Emissionsabgabe auf Zuschüssen von Gesellschaftern, p. 884 - 885.

277 V. BAUER-BALMELLI, N 19 ss ad art. 21 VStG; Notice bénéficiaire des prestations; BAUER-BALMELLI, Änderungen in der Anwendung von Dreiecks- und Direktbegünstigtheorie, p. 58.

commercial sont à cet égard décisives. La distribution est donc imposable dans la mesure où elle affecte les autres réserves.²⁷⁸

Cela étant, il va sans dire que le remboursement de l'apport doit être conforme au droit commercial. Rejoignant l'avis exprimé par une partie de la doctrine, qui s'appuie sur une interprétation a contrario de l'art. 671 al. 3 CO, nous estimons pour notre part que les apports peuvent être distribués en cours de vie sociale dans la mesure où la réserve générale dépasse la moitié du capital-actions.²⁷⁹ Autrement dit, un traitement uniforme de la réserve générale s'impose, quelle que soit la source qui l'alimente, 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 ou des versements supplémentaires. Cela dit, en se prononçant contre la possibilité de distribuer des apports en cours de vie sociale, le projet de révision du CO présenté par le Conseil fédéral, comme nous l'avons vu, conduit à un durcissement de cette pratique. Il est donc à espérer que la modification adoptée par le Conseil des Etats, qui prévoit que : « 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 », ²⁸⁰ sera finalement celle suivie par le législateur.

Enfin, selon la conception défendue ici, le remboursement de l'apport dissimulé est également couvert par le principe de l'apport en capital. Tout d'abord, nous l'avons dit, l'exigence de comptabilisation au bilan commercial posée par l'art. 125 al. 3 LIFD, respectivement l'art. 5 al. 1^{bis} LIA, ne revêt qu'un caractère procédural. Ensuite et en tout état de cause, ces dispositions se réfèrent uniquement aux apports portés au bilan commercial sans exiger qu'ils le soient immédiatement. De plus, la réévaluation ultérieure de l'apport dissimulé ne contrevient pas au droit commercial et correspond alors à l'activation d'un agio dissimulé.

6.2 En cas de distribution dite « asymétrique »

6.2.1 Position du problème et position de l'AFC

Plus controversée, en revanche, est la question du traitement des distributions dites « asymétriques » sous l'angle du principe de l'apport en capital. Il en va ainsi lorsque tout ou partie des réserves issues d'apport en capital sont prioritairement attribuées à un ou plusieurs titulaire de parts. Le droit des sociétés permet notamment de réaliser cet objectif en émettant des actions privilégiées.²⁸¹ Tel est p. ex. le cas dans une joint venture lorsqu'il s'agit de rééquilibrer les investissements lorsque les partenaires à parts égales ont fait des apports en nature de valeur différente,²⁸² ou encore dans le contexte d'un assainissement.²⁸³

Cela étant, le principe d'une attribution prioritaire des réserves issues d'apport en capital à certains titulaires de parts n'est pas admis par l'AFC. La nouvelle circulaire de l'administration prévoit en effet : « Si les libéralités consenties par des sociétés de capitaux et des sociétés coopératives ne sont pas égales pour tous les ayants droit, la part des réserves issues d'apports de capital faisant partie de l'entier de la répartition, ne peut pas, pour chaque détenteur de droits de participation, être supérieure à la part proportionnelle de ces réserves par rapport à l'ensemble des réserves de la société de capitaux ou de la société coopérative ». ²⁸⁴ Autrement dit, l'attribution prioritaire de réserves issues d'apport en capital est ignorée au profit d'une répartition proportionnelle.

6.2.2 Prise de position

A notre avis, le point de vue de l'administration, en tant qu'il revient à ignorer le mode de répartition des réserves découlant du droit civil, ne peut être suivi. Rappelons tout d'abord que l'administration est, au stade de l'analyse de l'état de fait (Steuersachverhalt),²⁸⁵ liée par le

278 Circ. Principe de l'apport de capital ch. 4.1. L'exemple suivant est donné dans la circulaire : bénéfice reporté (100) ; bénéfice de l'exercice courant (1700) ; réserves issues d'apports/réserves légales (300) ; dissolution de réserves libres (100) ; total à la disposition de l'AG (2200) ; dividende (2000) ; report sur l'exercice suivant (200) . Dans cette hypothèse, la distribution totale s'élève donc à 2000 dont il convient de déduire les réserves issues d'apports (300), La distribution imposable s'élève donc à 1700.

279 Le non respect de cette règle conduit à la nullité de la décision de l'assemblée générale (art. 706b ch. 3 CO).

280 Art. 671 ch. 4 CO (CE), Intervention Janiak.

281 Art. 654 et ss CO.

282 TRIGO TRINDADE, N 16 ad art. 654 - 656 CO.

283 V. p. ex. BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, §4 N 156.

284 Circ. Principe de l'apport de capital ch. 4.1.

285 ATF du 4.6.1987, RDAF 1990, p. 37 = Archives 57 (1988/89), p. 267 : « Si, en règle générale, les lois fiscales visent et frappent d'un impôt des situations ou des faits de nature économique, il n'en demeure pas moins que la forme juridique d'où provient la masse imposable lie les autorités fiscales. Il en découle que les critères de droit civil applicables aux actes juridiques donnant lieu à une opération imposable déploient leurs effets également du point de vue de la qualification de ces actes en droit fiscal » ; KÄNZIG, N 31 ad art. 2 WStB ; BLUMENSTEIN/LOCHER, System des schweizerischen Steuerrechts, p. 31 ; RIVIER, Droit fiscal suisse, p. 105. Tel n'est évidemment pas le cas lorsque la forme juridique choisie est nulle ou simulée (v. notamment KÄNZIG, N 31 ad art. 2 WStB ;

contenu et les effets du droit privé. Ceci posé, force est ensuite de constater que l'art. 20 al. 3 LIFD, respectivement l'art. 5 al. 1^{bis} LIA, ne constituent pas une base légale suffisante permettant de s'écarter du mode de répartition convenu entre les parties. Certes, ces dispositions sont des normes à points de rattachements économiques. Cela dit, ce contenu économique concerne uniquement la notion d'apport en capital. Or, la question que nous examinons ici a trait au contraire à la réalisation et à la répartition d'un avantage entre les titulaires de parts. Cette question, l'on ne saurait le contester, s'apprécie en revanche exclusivement selon les rapports de droit privé.²⁸⁶ En conséquence, une appréciation systématique sous l'angle de la réalité économique n'est sur ce point de toute manière pas possible. De plus, la conception objective du rendement adoptée par le législateur, qui demeure applicable dans le cadre du principe de l'apport en capital, est centrée sur la société distributrice et non sur le titulaire de parts. Il sied donc d'admettre que le mode de répartition convenue entre les titulaires de parts doit demeurer en principe sans effet aux fins de l'application de l'art. 20 al. 3 LIFD et 5 al. 1^{bis} LIA.

Selon la conception défendue ici, les effets d'une distribution asymétrique (i. e. attribution prioritaire des réserves issues d'apport en capital et exonération de celles-ci) doivent, d'une manière générale, être reconnus par l'administration. Certes, l'on ne saurait contester que l'attribution prioritaire des réserves issues d'apports en capital à certains titulaires de parts puisse, suivant les cas, s'avérer non seulement fiscalement avantageuse mais également insolite. Cela étant, l'administration serait alors selon nous en droit de requalifier l'état de fait de droit civil suivant la réserve de l'évasion fiscale. Rappelons à cet égard que selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il y a évasion fiscale lorsque (i) la forme juridique choisie par les intéressés apparaît comme insolite, inappropriée ou étrange, en tout cas absolument inadaptée aux données économiques (critère objectif); (ii) il y a lieu d'admettre que le choix a été fait abusivement dans le but d'économiser des impôts qui auraient été dus si les rapports de droit avaient été aménagés de façon appropriée (critère subjectif) et (iii) le procédé choisi conduirait effectivement à une notable économie d'impôt, s'il était admis par l'autorité fiscale (critère objectif). Lorsqu'une évasion fiscale est constatée, « on fondera alors l'imposition sur la situation qui aurait dû être l'expression appropriée du but économique poursuivi par

les intéressées ».²⁸⁷ Autrement dit, l'administration est alors exceptionnellement habilitée à remplacer fictivement (Sachverhaltsfiktion)²⁸⁸ et sous l'angle de l'interprétation économique, l'état de fait choisi par le contribuable par celui qui aurait été économiquement justifié. A notre sens, l'administration serait donc fondée à retenir une répartition proportionnelle des réserves issues d'apport en capital lorsque l'attribution prioritaire de celles-ci à un titulaire de parts est manifestement insolite et n'a été prévue que dans le but de réaliser une économie d'impôt. Il en va p. ex. ainsi lorsque les réserves issues d'apports en capital sont attribuées à un résident étranger sans aucune raison particulière. Dans cette hypothèse, ce mode de répartition, qui n'est manifestement destiné qu'à tirer profit de l'exonération prévue par l'art. 5 al. 1^{bis} LIA, pourrait donc être remis en cause par l'administration. En revanche, la répartition convenue entre les parties ne saurait à notre sens être ignorée lorsque celle-ci repose sur des considérations économiques valables, comme cela peut être le cas dans une joint venture ou encore dans le contexte d'un assainissement.

7 Principe de l'apport en capital et changement de système

7.1 En général

Nous abordons enfin les cas dits de « changement de système », en l'occurrence l'état de fait de la transposition (Transponierung) et de la liquidation partielle indirecte (indirekte Teilliquidation). Rappelons que le Conseil fédéral entendait initialement codifier ces deux états de fait dans le cadre de la RIE II.²⁸⁹ Cela dit, compte tenu de l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral et de l'urgence de rétablir l'équilibre en ce domaine,²⁹⁰ la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats (CER-E) décida finalement d'isoler cette question de façon à ce que celle-ci puisse faire l'objet d'une adoption anticipée.²⁹¹ Cette initiative fut suivie par le Parlement qui adopta la loi fédérale sur des modifications

287 ATF du 28.2.1975, Archives 44 (1975/76), p. 360 = RDAF 1977, p. 29, 31, 33; BLUMENSTEIN/LOCHER, System des schweizerischen Steuerrechts, p. 32.

288 BLUMENSTEIN/LOCHER, System des schweizerischen Steuerrechts, p. 32.

289 Message RIE II, p. 4539 ss.

290 Rappelons que cette évolution connut son apogée à l'occasion de l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 11.6.2004 (RDAF II 2004, p. 359) qui eut pour effet d'étendre l'état de fait de la liquidation partielle indirecte aux bénéficiaires futurs réalisés par la société vendue.

291 Projet de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats du 13.2.2006.

RYSER/ROLLI, Précis de droit fiscal suisse, p. 90; BLUMENSTEIN/LOCHER, System des schweizerischen Steuerrechts, p. 31.

286 RDAF 2001, p. 347.

urgentes de l'imposition des entreprises qui entra en vigueur le 1.1.2007. La règle de principe de l'art. 20 al. 1 lit. c LIFD fut ainsi complétée par une *lex specialis*, l'art. 20a LIFD (cas particuliers), qui règle désormais ces états de fait.²⁹² S'agissant de la transposition, comme nous allons le voir maintenant, l'adoption anticipée de l'art. 20a LIFD soulève aujourd'hui quelques questions d'interprétation et de délimitation par rapport au nouvel art. 20 al. 3 LIFD.

7.2 Transposition

7.2.1 Avant l'entrée en vigueur de l'art. 20 al. 3 LIFD

L'art. 20a al. 1 lit. b LIFD, relatif à l'état de fait de la transposition²⁹³, dispose que :

Art. 20a al. 1 lit. b LIFD : Sont également considérés comme rendement de la fortune mobilière au sens de l'art. 20, al. 1, let. c :

b. Le produit du transfert d'une participation d'au moins 5 % au capital-actions ou au capital social d'une société de capitaux ou d'une société coopérative représentant un transfert de la fortune privée à la fortune commerciale d'une entreprise de personnes ou d'une personne morale dans laquelle le vendeur ou la personne qui effectue l'apport détient une participation d'au moins 50 % au capital après le transfert, dans la mesure où le total de la contrepartie reçue est supérieur à la valeur nominale de la participation transférée; il en va de même lorsque plusieurs participants effectuent le transfert en commun.²⁹⁴

Cette norme reprend largement la jurisprudence du Tribunal fédéral.²⁹⁵ En particulier, le transfert peut porter tant sur une participation majoritaire que minoritaire (avec un seuil fixé à 5 %²⁹⁶). Par ailleurs même si le cri-

tère de domination de l'entité cessionnaire (personne morale ou société de personnes) a été objectivé (50 %),²⁹⁷ la jurisprudence relative au transfert concerté de plusieurs participations en vue de contrôler la société acquérante a été reprise.

Lorsque ces conditions sont réalisées, l'aliénateur est réputé réaliser un revenu imposable et non un gain en capital exonéré.²⁹⁸ En l'occurrence, le substrat fiscal disparaissant à la suite de la restructuration, mais au maximum la différence entre la valeur d'apport des titres aliénés et leur valeur nominale, était imposable au titre de rendement de participation.²⁹⁹ Peu importe à cet égard que la société aliénée ou acquéreuse ne soit pas appauvrie comme l'exige la règle générale de l'art. 20 al. 1 lit. c LIFD. De ce point de vue, l'état de fait de la transposition s'apparente ainsi à une forme de réalisation systématique.³⁰⁰

Cela étant, l'administration admettait que l'imposition au titre d'une transposition pouvait être évitée dans la mesure où le substrat fiscal imposable était préservé au niveau de la société acquéreuse. Il en allait ainsi lorsque la différence entre la valeur nominale des actions apportées et leur valeur d'apport était comptabilisée à la réserve générale au titre d'agio (« solution de l'agio »).³⁰¹

7.2.2 Après l'entrée en vigueur de l'art. 20 al. 3 LIFD

7.2.2.1 Position de l'AFC

Selon l'administration, l'art. 20a al. 1 lit. b LIFD doit désormais être interprété à la lumière du principe de l'apport en capital. Il en découle deux conséquences. En premier lieu, il sied d'admettre que la notion de rendement de participation au sens de cette disposition vise le produit de la vente excédant non seulement la valeur nominale mais également la part proportionnelle des réserves issues d'apports de capital de la société transférée.³⁰² Enfin, la solution dite de l'agio, rappelée ci-dessus, ne

292 RO 2006, p. 4883. Au surplus, l'harmonisation du droit cantonal fut également réalisée par l'introduction dans la LHID d'un nouvel art. 7a LHID.

293 Art. 7a al. 1 lit. b LHID.

294 Cette disposition correspond en substance à celle du projet du Conseil fédéral qui prévoyait que: « (...) produit tiré du transfert de droits de participation à une société de capitaux ou à une société coopérative dont le vendeur ou l'apporteur détient une participation d'au moins 50 % au capital-actions ou au capital social après le transfert, dans la mesure où l'ensemble de la contrepartie reçue excède la valeur nominale des droits de participation transférés (y compris les apports en capital au sens de l'al. 3); cette règle s'applique également par analogie lorsque plusieurs participants effectuent le transfert de manière concertée ou lorsque les droits de participation sont transférés à la fortune commerciale d'une autre manière » (art. 20 al. 1^{bis}, lit. c P-LIFD, Message RIE II, p. 4614; art. 7 al. 1^{bis} lit. b P-LHID, Message RIE II, p. 4616).

295 V. ATF du 11.6.2004, RDAF II 2004, p. 359, 362; DANON, Vente et transmission de sociétés de capitaux en droit fiscal suisse – La théorie de la « transposition » et de la « liquidation partielle indirecte », p. 402.

296 Comme le confirme le texte clair de cette norme, ce pourcentage doit être considéré comme un seuil objectif. Partant, l'apport d'une participation inférieure à 5 % ne peut selon nous conduire à l'application de cette disposition, ceci même sous l'angle de la réserve de l'évasion fiscale. Tout

autre interprétation priverait en effet ce texte de toute portée propre.

297 Message RIE II, p. 4543.

298 Art. 16 al. 3 LIFD.

299 Conformément au principe de détermination, l'on relèvera à cet égard que la comptabilité d'une société à laquelle une participation est transférée ne saurait être modifiée subséquemment dans le seul but de permettre à son actionnaire d'éviter les conséquences fiscales liées à une transposition, v. à ce sujet ATF du 9.12.2004, RF 2005, p. 429, 433.

300 En ce sens LOCHER, N 117 ad art. 20 DBG; REICH/ DUSS, Unternehmensstrukturierungen im Steuerrecht, p. 87.

301 Circ. Dividendes à des sociétés étrangères détenant des participations importantes.

302 Circ. Principe de l'apport de capital ch. 4.5.

permet plus d'éviter l'application de l'art. 20a al. 1 lit. b LIFD. Dans la mesure où le remboursement d'agio est désormais exonéré, il sied d'admettre que cette disposition trouve application lorsque cette différence est comptabilisée non seulement au crédit du capital nominal mais également aux réserves issues d'apports de capital. En revanche, l'imposition au titre d'une transposition peut être évitée dans la mesure où cette différence est comptabilisée au crédit d'un autre compte de réserve.³⁰³ Cette solution, qui résulte du fait que le droit commercial actuel n'impose pas la comptabilisation séparée de l'agio et une dissociation de la réserve générale, permet donc comme par le passé d'éviter la réalisation de l'état de fait de la transposition.

La position de l'AFC peut être illustrée par l'exemple suivant tiré de sa nouvelle circulaire. A. détient la totalité de la société A.-SA. ainsi qu'une majoritaire participation dans H.-SA. Le passif du bilan de A.-SA se compose du capital nominal (100), de réserves issues d'apports en capital (200) et d'autres réserves (500). La valeur vénale de A.-SA est de 1000. Le passif du bilan de H.-SA se compose du capital nominal (100), de réserves issues d'apports en capital (50) et d'autres réserves (150). A. apporte sa participation à H.-SA et celle-ci porte l'agio de 1000 au crédit de ses réserves issues d'apports en capital. Dans cette hypothèse, la différence entre la valeur vénale de A.-SA (1000) et le capital nominal (100) augmenté des réserves issues d'apports en capital (200) de cette société (700) est imposé au titre de rendement de participation provenant d'une transposition. Cette imposition peut en revanche être évitée si cette différence est comptabilisée au crédit des « autres réserves ». Il en va bien évidemment de même lorsque les droits de participation sont comptabilisés pour un montant (300) n'excédant pas la valeur nominale (100) et la part proportionnelle des réserves issues d'apports en capital (200) de la société transférée. Dans la mesure où il y a alors apport dissimulé (700) et que, suivant le point de vue de l'administration, le remboursement de celui-ci ne peut être qualifié d'apport en capital au sens de l'art. 20 al. 3 LIFD, l'imposition ultérieure est également préservée.

7.2.2.2 Prise de position

A notre avis, la position défendue ici par l'AFC doit être approuvée : l'application de l'art. 20 al. 3 doit être coor-

donnée avec celle de l'art. 20a al. 1 lit. b LIFD. Certes, le texte de l'art. 20a al. 1 lit. b LIFD ne fut pas modifié à la suite de l'adoption de l'art. 20 al. 3 LIFD. Cela étant, l'interprétation littérale de l'art. 20a al. 1 lit. b LIFD, centrée sur le principe de valeur nominale, n'est à notre sens plus déterminante. En effet, la relation entre les deux dispositions (interprétation systématique) et le but visé par le législateur (interprétation téléologique) commande de considérer que la transposition de réserves imposables en réserves issues d'apports en capital au sens de l'art. 20 al. 3 LIFD entraîne également l'application de l'art. 20a al. 1 lit. b LIFD. En conséquence, suivant l'entrée en vigueur du principe d'apport en capital, la comptabilisation aux réserves d'apports de capital de la différence entre la valeur vénale des titres apportés et le capital nominal augmenté des réserves issues d'apports en capital de la société transférée doit être imposée au titre de rendement de participation provenant d'une transposition. Comme nous venons de le voir, un report de l'imposition est toutefois possible en cas d'apport n'excédant pas la valeur nominale et les réserves de capital de la société transférée ou encore lorsque la différence entre la valeur vénale de la société apportée et la valeur nominale/réserves issues d'apport en capital de cette société est comptabilisée en tant qu'autre réserve.³⁰⁴

Cela étant, la question se pose de savoir si cette dernière solution pourra être maintenue sous l'empire du nouveau droit comptable. Selon celui-ci, comme nous l'avons vu, la comptabilisation de l'agio à la réserve légale issue de capital est impérative. Doit-on par conséquent en conclure que le nouveau droit comptable rendra inévitable l'imposition au titre d'une transposition en présence d'un apport supérieur à la valeur nominale du capital et des réserves issues d'apports en capital de la société transférée ?³⁰⁵ Cette question devra assurément être tranchée par la pratique. A notre sens, plusieurs raisons militent toutefois en faveur de la recherche d'une solution permettant néanmoins de différer l'imposition au moment de la réalisation effective du rendement. Tout d'abord, il résulte clairement des travaux préparatoires de la RIE II et de la genèse de l'art. 20a al. 1 lit. b LIFD qu'il n'était pas question d'étendre la portée de l'état de fait de la transposition en supprimant toute possibilité de

303 Ces principes sont également applicables s'agissant des transferts effectués entre le 31.12.1996 et le 31.12.2010. En revanche, pour tous les transferts de participation antérieurs au 1.1.1997, effectués en dehors du délai rétroactif de l'art. 20 al. 3 LIFD, la totalité de l'excédent supérieur à la valeur nominale est considérée comme faisant partie des « autres réserves », Circ. Principe de l'apport de capital ch. 4.5.

304 Selon la conception défendue ici, qui repose sur une vision économique de l'apport indépendante de son mode de comptabilisation, le substrat imposable est alors préservé non pas en raison du mode de comptabilisation choisi (création de réserves latentes par le biais de l'apport dissimulé, respectivement d'autres réserves par le biais de l'apport ouvert), mais en raison de la nécessité de coordonner l'application de l'art. 20 al. 3 avec celle de l'art. 20a al. 1 lit. b LIFD.

305 GLAUSER, *Steuerrechtliche Aspekte der Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts Insbesondere in Bezug auf die Revision des Rechnungslegungsrechts*, p. 173.

différer l'imposition.³⁰⁶ De plus, l'imposition au titre d'une transposition s'apparente à une forme de réalisation systématique. En l'occurrence, l'imposition intervient en raison de la seule « transposition » dans un domaine exonéré (valeur nominale et/ou réserves issues d'apports en capital), et ceci, indépendamment du prélèvement effectif des moyens de la société transférée ou acquéreuse. En cela, comme nous l'avons vu, le législateur déroge à la condition générale d'appauvrissement posée par l'art. 20 al. 1 lit. c LIFD. L'application de l'art. 20a al. 1 lit. b LIFD ne devrait donc intervenir qu'au titre d'ultima ratio lorsque l'imposition du substrat visé par le législateur ne peut être garantie par aucun autre moyen.

Il nous paraît par conséquent que le contribuable devrait toujours pouvoir renoncer à la qualification d'apport en capital au sens de l'art. 20 al. 3 LIFD afin d'éviter l'application immédiate de l'art. 20a al. 1 lit. b LIFD. Cette solution, en tant qu'elle heurte moins le principe de l'imposition selon la capacité contributive tout en préservant le substrat imposable, devrait selon nous être préférée. Cette vision des choses s'appuie sur une interprétation téléologique et conforme au droit constitutionnel de l'art. 20a al. 1 lit. b LIFD. Selon nous, le respect du principe de l'imposition selon la capacité contributive l'emporte en l'espèce sur le mode de comptabilisation exigé par le droit commercial. Cela d'autant plus que la référence au bilan commercial ne figure ni à l'art. 20a al. 1 lit. b LIFD pas plus qu'à l'art. 20 al. 3 LIFD. Comme nous l'avons vu, il ne s'agit là au contraire que d'une exigence de nature procédurale destinée à permettre à l'administration d'identifier l'étendue de l'exonération revendiquée par le contribuable suivant l'art. 20 al. 3 LIFD.

7.3 Liquidation partielle indirecte

L'état de fait de la liquidation partielle indirecte, quant à lui, est réglé par l'art. 20a al. 1 lit. a LIFD. Selon cette disposition, qui codifie la jurisprudence du Tribunal fédéral dans sa forme primitive:

Art. 20a al. 1 lit. a LIFD: Sont également considérés comme rendement de la fortune mobilière au sens de l'art. 20, al. 1, let. c:

- a. Le produit de la vente d'une participation d'au moins 20 % au capital-actions ou au capital social d'une société de capitaux ou d'une société coopérative représentant un transfert de la fortune privée à la fortune commerciale d'une autre personne physique ou d'une personne morale, pour autant que de la substance non nécessaire à l'exploitation, existante et susceptible d'être distribuée au sens du droit commercial au moment de la

vente, soit distribuée dans les cinq ans avec la participation du vendeur (...).

Lorsque ces conditions sont réalisées, le cédant est réputé réaliser un rendement de participation au titre d'une liquidation partielle indirecte de la société cédée. L'imposition intervient alors suivant la procédure de rappel d'impôt prévue par les art. 151 et ss LIFD. L'état fait de la liquidation partielle indirecte se distingue ainsi de celui de la transposition en tant qu'il suppose un prélèvement effectif des moyens de la société cédée.

Lorsque l'imposition au titre d'une liquidation partielle indirecte intervient, la question se pose désormais de savoir dans quelle mesure tout ou partie de la substance distribuée par la société vendue doit être exonéré suivant l'art. 20 al. 3 LIFD. L'AFC précise à cet égard que cette question est fonction de la comptabilisation de la distribution auprès de la société vendue.³⁰⁷ En tant qu'elle n'opère aucune distinction entre une distribution ordinaire et celle entraînant l'application de l'art. 20a al. 1 lit. a LIFD, cette position doit être approuvée.

8 Conclusion

L'introduction du principe de l'apport en capital représente un changement bienvenu et très important en droit fiscal suisse. En exonérant expressément le remboursement des apports, le législateur concrétise le principe de l'imposition selon la capacité contributive au niveau du titulaire de parts et de neutralité de financement.³⁰⁸ Cela étant, l'on ne saurait à notre sens parler de changement fondamental. Le principe de l'apport en capital ne constitue en effet qu'une autre manière de mettre en œuvre la conception objective du rendement dans le cadre de la fortune privée. La délimitation entre rendement de fortune/remboursement d'apport et gain en capital demeure donc en particulier inchangée. Bien plus, comme nous l'avons vu, le nouveau principe introduit par le législateur est en réalité celui de la valeur nominale modifié qu'une partie de la doctrine avait déjà déduit d'une interprétation de l'art. 20 al. 1 lit. c LIFD conforme au droit constitutionnel. En effet, l'art. 20 al. 1 lit. c LIFD ne fut pas modifié par le législateur de sorte que l'émission d'actions gratuites et les augmentations de valeur nominale, sauf à provenir de réserves issues d'apports, demeurent imposables.³⁰⁹ Autrement dit, 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.

306 Message RIE II, p. 4544. La jurisprudence du Tribunal fédéral, que l'art. 20a al. 1 lit. b LIFD codifie, a du reste toujours réservé la possibilité d'un report d'imposition suivant la solution de l'agio (v. ATF du 17.1.2005, RDAF 2007 II, p. 120, 124; ATF du 6.7.1998, RDAF 1999 II, p. 218, 223).

307 Circ. Principe de l'apport de capital ch 2.4.

308 Message RIE II, p. 4595.

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

Cela étant, force est de constater que la mise en œuvre administrative du principe de l'apport en capital est à plusieurs égards discutable. Fondamentalement, on peut formuler les deux critiques suivantes à l'égard de la nouvelle circulaire de l'AFC.

- En premier lieu, les solutions données par cette circulaire, souvent empreintes de formalisme, ne prennent pas suffisamment en compte le principe de l'imposition de la capacité contributive. Il en va notamment ainsi de la portée conférée à l'exigence de comptabilisation des apports au bilan commercial laquelle, selon la conception défendue ici, n'est que d'ordre procédural. La position adoptée par l'administration dans le cadre des apports dissimulés ou encore en relation avec la compensation des pertes au bilan commercial illustre notamment ce formalisme. Bien plus, ce formalisme nous paraît même parfois heurter le droit constitutionnel, singulièrement le principe de la bonne foi et de l'interdiction de l'arbitraire. Il en va p. ex. ainsi du refus de l'administration d'appliquer la théorie du triangle en présence du remboursement de prestations consenties par des proches. Cette vision des choses qui privilégie tantôt la réalité économique tantôt l'apparence juridique ne peut raisonnablement être défendue.
- En second lieu, on peut regretter que l'interprétation donnée par l'administration à l'art. 20 al. 3 n'ait pas été coordonnée avec celle suivie dans le cadre de l'art. 60 lit. a LIFD. Selon nous, cette coordination est indispensable. D'une part, le texte de ces deux dispositions est largement similaire. D'autre part, leur ratio legis est identique : l'apport reçu par la société, respectivement remboursé au titulaire de parts, doit être exonéré au motif qu'il s'agit là d'une prestation qui est étrangère à l'activité de la société.

Last but not least, nous l'avons dit, à long terme la portée du principe de l'apport en capital dépendra des options retenues par le législateur dans le cadre de la réforme du droit comptable. Cette dernière question est d'ailleurs plus que jamais à l'ordre du jour. En effet, le principe de l'apport en capital est aujourd'hui politiquement remis en cause. On fait notamment valoir que la clause de rétroactivité introduite par le législateur est en définitive inopportune et que les pertes de recettes fiscales liées à l'introduction de cette nouvelle exonération furent largement sous-estimées.³¹⁰ Il est même question

d'un recours au Tribunal fédéral demandant l'annulation du scrutin du 24.2.2008 concernant la RIE II au motif que les indications figurant dans le matériel de vote remis aux citoyens étaient inexactes. Le Conseil national aborda ces questions le 12.4.2011 à l'occasion d'une séance extraordinaire concernant la RIE II³¹¹ et rejeta les différentes motions portant sur cet objet.³¹² Dans sa réponse du 6.4.2011, le Conseil fédéral a également conclu au rejet de ces motions mais évoque l'idée de limiter la portée du principe de l'apport en capital en assortissant de conditions encore plus restrictives le remboursement des apports en droit commercial. Outre la solution proposée par le projet d'art. 671 CO, qui constitue déjà un durcissement par rapport à la pratique actuelle, on pourrait ainsi prévoir, nous dit le Conseil fédéral, que le remboursement des apports par le biais d'une réduction de capital n'est possible qu'en l'absence de bénéfice reporté et de réserves librement disponibles. Si le Conseil fédéral justifie cette solution par un souci de protection des créanciers et du capital, ce sont toutefois surtout des considérations d'ordre fiscal qui sont avancées. D'une part, ces restrictions permettraient de réduire l'effet de différé d'imposition induit par le principe de l'apport en capital (distribution des réserves issues d'apports en capital avant les autres réserves imposables). D'autre part, selon le Conseil fédéral, la portée du principe de l'apport en capital serait globalement réduite dès que lors que cette solution « augmenterait la probabilité que les réserves issues d'apports de capital soient compensées avec de futures pertes et les réduisent ».³¹³

L'examen du bien fondé des arguments présentés par le Conseil fédéral sous l'angle du droit commercial dépasserait assurément largement le champ de la présente étude. On peut toutefois observer que les restrictions proposées par le Conseil fédéral, si elles devaient être sui-

Oberholzer, CN 11.3199: « Modifier le principe de l'apport de capital. Respecter le principe de la bonne foi à l'égard du citoyen » (www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20113199).

311 BO CN 2011 - 12.4.2011 - 11.9006, Session extraordinaire concernant la réforme de l'imposition des entreprises II.

312 Rejet des motions: Grüne Fraktion (« Neuer politischer Entscheid zur Unternehmenssteuerreform II »): BO CN 2011 - 12.4.2011 - 11.3075; Christian Levrat (« Principe de l'apport en capital. Abroger la rétroactivité »): BO CN 2011 - 12.4.2011 - 11.3189; Susanne Leutenegger Oberholzer (« Modifier le principe de l'apport de capital. Respecter le principe de la bonne foi à l'égard du citoyen »): BO CN 2011 - 12.4.2011 - 11.3199.

313 Conseil fédéral, réponse du 6.4.2011 (www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20113189). L'idée que la compensation au bilan commercial réduit définitivement les pertes au bilan commercial correspond à la conception défendue par l'AFC laquelle, selon la conception défendue ici, n'est notamment pas conforme au principe de l'imposition selon la capacité contributive, voir la 1^{ère} partie de la présente contribution, FStR 2011, p. 19 et ss.

310 Voir motions: Grüne Fraktion, CN 11.3075: « Neuer politischer Entscheid zur Unternehmenssteuerreform II » (www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20113075); Christian Levrat, CN 11.3189: « Principe de l'apport en capital. Abroger la rétroactivité » (www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20113189); Susanne Leutenegger

vies, pourraient constituer une nouvelle entrave au financement par fonds propres et entraîner ainsi un recours plus important au financement par fonds étrangers. Or, on peut douter qu'une telle évolution soit vraiment dans l'intérêt des créanciers.³¹⁴ De plus, cette conséquence ne serait pas en harmonie avec le principe de la neutralité de financement de l'entreprise mis en avant dans le cadre de la RIE II.³¹⁵ Enfin, l'idée de « torpiller » a posteriori une réforme fiscale acceptée par le peuple par le biais d'une autre réforme en gestation au Parlement n'est assurément pas satisfaisante.³¹⁶

Bibliographie

- AGNER PETER/JUNG BEAT/STEINMANN GOTTHARD/
DIGERONIMO ANGELO, Commentaire de la loi sur
l'impôt fédéral direct – Complément, Zurich 2001
- ALTORFER JÜRIG/ALTORFER JÜRIG B., Das Kapitaleinlageprinzip. Ein Systemwechsel mit weitreichenden Folgen, l'EC 2009, (1. Teil) p. 270, (2. Teil) p. 309
- ARNOLD RETO, Unternehmenssteuerreform II – Publikation des Kreisschreibens Nr. 29 zum Kapitaleinlageprinzip, RF 2011, p. 98
- ATHANAS PETER/BRÜLISAUER PETER, Güter- und Dienstleistungsaustausch zwischen Stammhaus und Betriebsstätte nach DBG, in: Internationales Steuerrecht in der Schweiz: aktuelle Situation und Perspektiven. FS Walter Ryser, Berne 2005, p. 93
- ATHANAS PETER/SUTER CHRISTOPH, Steuerliche Aspekte von Sanierungen, in: Roberto Vito (éd.), Sanierung der AG, Zurich 2003, p. 163
- BARTHOLET OLIVIER, Transferpreisberichtigung und ihre Sekundäraspekte im schweizerischen Steuerrecht. Unter besonderer Berücksichtigung deutsch-schweizerischer Konzernbeziehungen, Bâle 1995
- BAUER-BALMELLI MAJA, Änderungen in der Anwendung von Dreiecks- und Direktbegünstigtentheorie, FStR 2001, p. 58
- Der Sicherungszweck der Verrechnungssteuer. Unter besonderer Berücksichtigung der Erträge aus Beteiligungsrechten, thèse, Zurich 2000
- BAUMANN RUEDI, Unternehmenssteuerreform – Zur Vernehmlassungsvorlage, FStR 2004, p. 60
- BEHNISCH URS R., Die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften – national und grenzüberschreitend. Eine rechtsvergleichende Studie, Bâle 1996
- BETTEN RIJKELE, Income Tax Aspects of Emigration and Immigration of Individuals, thèse, Amsterdam 1998
- 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 (1978/79), 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, l'EC 2010, (1. Teil) p. 688, (2. Teil) p. 875
- BRÜLISAUER PETER/HELBING ANDREAS, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), 2^e éd., Bâle etc. 2008
- BRÜLISAUER PETER/POLTERA FLURIN, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), 2^e éd., Bâle etc. 2008
- 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: Commentaire romand – Code des obligations II, Bâle 2008
- DANON ROBERT, Fiscalité directe et restructurations internationales de sociétés de capitaux: analyse comparative du droit suisse, européen et conventionnel, Archives 74 (2005/06), p. 257
- in: Impôt fédéral direct. Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct, Bâle 2008
- Le décalage temporel de l'imposition dans le cadre des conventions de double imposition, in: Le temps et le droit, Mélanges offerts à la Journée de la Société suisse des juristes, Neuchâtel 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

314 En ce sens déjà par rapport à l'art. 671 P-CO présenté par le Conseil fédéral: MEYER, Kapitalschutz als Selbstzweck? Die Kapitalverfassung gemäss dem Gesetzesentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Kontext internationaler Entwicklungen, p. 231.

315 Message RIE II, FF 2005, p. 4595.

316 SCHÜLE, Das vom Volk beschlossene Kapitaleinlageprinzip ist auch im Gesellschaftsrecht zu respektieren, p. 686.

- 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)
- DANON ROBERT/SALOMÉ HUGUES, *De la double imposition internationale*, *Archives* 73 (2004/2005), p. 337
- DENNER REINER/PRATTER KIRSTEN, *Kapitaleinlageprinzip im internationalen Umfeld. Optimierungsmöglichkeiten bei Umstrukturierungen zur Stärkung des Investitionsstandortes Schweiz*, *l'EC* 2008, p. 789
- DUSS MARCO, *Forderungsverzicht durch Aktionäre im Zusammenhang mit Sanierungen von Aktiengesellschaften*, *Archives* 50 (1981/82), p. 273
- DUSS MARCO/VON AH JULIA, in: *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
- GEHRIG THOMAS, *Der Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung an einen nahestehenden Dritten*, thèse, St-Gall 1998
- 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
- GIRSBERGER DANIEL/RODRIGUEZ RODRIGO, *Die Sitzverlegung im europäischen Gesellschaftsrecht – Auswirkungen auf die Schweiz?*, *Revue suisse de droit international et de droit européen* 2004, p. 559
- GLAUSER PIERRE-MARIE, *Apports et impôt sur le bénéficiaire – Le principe de détermination dans le contexte des apports et autres contributions de tiers*, Genève etc. 2005
- *Goodwill et acquisitions d'entreprises : une analyse sous l'angle du droit fiscal et comptable*, in: *Droit des sociétés – Mélanges Roland Ruedin*, Bâle 2006, p. 421
 - *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
- GUILLAUME FLORENCE/EBERHARD STEFAN, *Les restructurations internationales de sociétés*, in: *Henry Peter/Bernard Nicolas (éd.), Les restructurations en droit des sociétés, du travail et international privé*, Zurich 2010, p. 271
- 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
- HINNY PASCAL, *Internationale Umstrukturierungen von Kapitalgesellschaften im Schweizer Steuerrecht (I. Teil)*, *FStR* 2001, p. 180
- 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, Art. 48 - 64 *BdSt*, 2^e éd., Bâle 1992
- *Die eidgenössische Wehrsteuer (Direkte Bundessteuer)*, I. Teil, Art. 1 - 44 *WStB*, Bâle 1982

- KAUFMANN REMIGIUS, Die Steuerliche Behandlung des Schuldnerlasses, Berne 1986
- KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/GUILLAUME FLORENCE, in: Commentaire LFus, Zurich 2005
- KNOBBEKEUK BRIGITTE, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, Bonn 1993
- KUHN STEFAN, Sanierung von Aktiengesellschaften. Rechtzeitige Steuerplanung unumgänglich, l'EC 1993, p. 879
- KURER PETER, in: 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
- MEYER TOBIAS, Kapitalschutz als Selbstzweck? Die Kapitalverfassung gemäss dem Gesetzesentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Kontext internationaler Entwicklung, GesKR 2008, p. 220
- NEUHAUS MARKUS R., Fusionsgesetz – Steuerfolgen bei Verletzung von Sperrfristen, FStR 2001, p. 24
- Verdeckte Gewinnausschüttungen, l'EC 1997, p. 97
- NEUHAUS MARKUS R./SCHÖNBÄCHLER BRUNO, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht, Bd. II, Art. 530 - 1186 OR, 3^e éd., Bâle 2008
- NOËL YVES, in: 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 Bockli, Zurich etc. 2006, p. 219
- OECHSLIN-SAUPPER EVELINE, Cross border reorganization of corporations, Archives 66 (1996/97), p. 265
- OESTERHELT STEFAN, Emissionsabgabe auf Zuschüssen von Gesellschaftern, l'EC 2010, p. 881
- PRYM ROLF-JÜRGEN, Die verdeckte Gewinnausschüttung nach deutschem und schweizerischem Steuerrecht, Berne 1976
- 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: Basler Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), 2^e éd., Bâle etc. 2008
 - in: 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
 - Steuerrecht, Zurich 2009
 - Steuerrechtliche Aspekte des Fusionsgesetzes, FStR 2001, p. 4
 - Verdeckte Vorteilszuwendungen zwischen verbundenen Unternehmen, Archives 54 (1985/86), p. 607
 - Vermögensertragsbegriff und Nennwertprinzip, in: Francis Cagianut/Klaus A. Vallender (Hrsg.), 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
- RIEDWEG PETER/GRÜNBLATT DIETER, in : Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Bâle 2005
- RIVIER JEAN-MARC, Droit fiscal suisse : l'imposition du revenu et de la fortune, Lausanne 1998
- RÖTHLISBERGER RENÉ/PFLÜGER-NIGGLI SARAH, Steueraspekte gemäss Entwurf zum Aktien- und Rechnungslegungsrecht, l'EC 2008, p. 475
- RYSER WALTER/ROLLI BERNARD, Précis de droit fiscal suisse (impôts directs), Berne 2002
- SALOM JESSICA, L'attribution du revenu en droit fiscal suisse et international, thèse, Zurich 2010
- SAUPPER EVELINE/WEIDMANN MARKUS, in : Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Bâle 2005
- 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, thèse, Zurich 1997
- SCHÄRRER ERWIN, Von Kapitaleinlagen und Gewinnausschüttungen und deren steuerlichen Behandlung bei der Aktiengesellschaft und beim Aktionär, Archives 43 (1974/75), p. 273
- SCHÜLE KURT, Das vom Volk beschlossene Kapitaleinlageprinzip ist auch im Gesellschaftsrecht zu respektieren, l'EC 2010, p. 686
- SIMONEK MADELEINE, Massgeblichkeitsprinzip und Privatisierung, FStR 2002, p. 3
- TERRA BEN J. M./WATTEL PETER J., European Tax Law, 4^e éd., Alphen aan den Rijn 2005
- TORRIONE HENRI, in : Commentaire romand – Code des obligations II, Bâle 2008
- TRIGO TRINDADE RITA, in : Commentaire romand – Code des obligations II, Bâle 2008
- UEBELHART PETER/LINDER THOMAS/SCHALCHER FELIX, Sanierung von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, l'EC 2011, p. 182
- 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
- WIDRIG MARCEL, Doppelt ansässige Kapitalgesellschaften im internationalen Steuerrecht der Schweiz, thèse, Zurich 2001
- WÜRTH WENDOLIN K., Kapitaleinlagen, sonstige Kapitalzuführungen und steuerbare Erträge bei Kapitalgesellschaften. Eine Abgrenzung nach schweizerischem Steuerrecht unter Berücksichtigung der Kapitalrückerstattung, thèse, 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 bénéficiaire 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 18.4.1999), RS 101
- LDIP, LF sur le droit international privé (du 18.12.1987), RS 291
- LF sur des modifications urgentes de l'imposition des entreprises (du 23.6.2006), RO 2006, p. 4883
- LFus, LF sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (du 3.10.2003), RS 221.301
- 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 27.6.1973), RS 641.10

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

Travaux préparatoires et documents

MC OCDE, Modèle de convention OCDE, Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune (tel qu'il se lisait le 17.7.2008), OCDE, Paris 2008, www.oecd.org/dataoecd/43/56/42219427.pdf

Message Droits de timbre, Message concernant une nouvelle LF sur les droits de timbre (du 25.10.1972), FF 1972 II, p. 1275

Message Harmonisation fiscale, Message concernant les LF 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 LDIP, Message concernant une LF sur le droit international privé (du 10.11.1982), FF 1983 I, p. 255

Message LFus, Message concernant la LF sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (loi sur la fusion) (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 CO (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 LF 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 CO (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 et notices

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

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)

Circ. Restructurations, Circ. AFC n° 5 (1-005-DVS-2004-f) – Restructurations (du 1.6.2004)

Notice Bénéficiaire des prestations, Notice AFC S-02.141 – Désignation du bénéficiaire des prestations en matière d'impôt anticipé (février 2001)

Manuels

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