Assainissement d'entreprises – Aspects fiscaux

Pierre-Marie GLAUSER

Avocat, Docteur en droit, Expert fiscal diplômé, Professeur à l'Université de Lausanne (HEC)

Marc-Etienne PACHE

Avocat, Docteur en droit, Expert fiscal diplômé, LL.M. in taxation (Denver)

A l'heure où les conséquences de la crise financière se font sentir et où un nombre croissant d'entrepreneurs sont à la recherche de mesures pour assurer la survie de leur société, il semble opportun de rappeler certains principes régissant sous l'angle du droit fiscal suisse les assainissements d'entreprises.

Avant d'entrer dans le vif du sujet et d'examiner le traitement des assainissements en matière d'impôts sur le bénéfice (II), d'impôt anticipé (III), de droit de timbre (IV) et de TVA (V), il paraît utile de s'arrêter préalablement sur la notion même d'assainissement (I).

I. Notion d'assainissement

La notion d'assainissement se retrouve dans plusieurs dispositions du droit civil et fiscal sans toutefois que ce concept y soit défini plus précisément. Suivant le contexte, la signification de cette notion peut ainsi varier sensiblement.

Ainsi, en économie d'entreprise, on admet généralement que l'assainissement regroupe « *l'ensemble des mesures qui permettent d'écarter d'une entreprise en situation de difficulté économique les faiblesses durables qui mettent son existence en danger et de rétablir sa capacité bénéficiaire*. »[1] On vise donc ici à la fois les mesures financières telles une restructuration de capital, un apport de fonds ou un abandon de créance, mais aussi toutes décisions de nature opérationnelle visant une amélioration de la profitabilité de l'entreprise, que celle-ci intervienne à la suite d'une modification de l'organisation de l'entreprise, de sa stratégie commerciale, de ses effectifs, *etc*.

En droit commercial, il est fait référence à la notion d'assainissement essentiellement aux articles 725 et 725*a* CO traitant des situations de perte de capital et de surendettement ainsi qu'à l'article 6 LFus portant sur les fusions

[1] BOEMLE/STOLZ, Unternehmungsfinazierung, p. 622.

d'assainissement. Dans ce contexte, le concept d'assainissement suit une approche essentiellement orientée sur la protection des créanciers et autres destinataires du bilan. Toutes mesures visant ainsi un rétablissement des fonds propres comptables minima requis par le droit de la SA et l'amélioration de la rentabilité de l'entreprise qualifient de ce fait d'assainissement. Dans ce domaine également, les opérations visées sont relativement nombreuses dès lors qu'elles peuvent être d'ordre patrimonial, financier, structurel ou viser plus généralement le rétablissement de la rentabilité de la société[2].

S'agissant de la loi fiscale, elle recourt à la notion d'assainissement à deux occasions : d'une part, dans le cadre de la déductibilité des pertes aux articles 31 alinéa 2 LIFD/10 alinéa 3 LHID et 67 alinéa 2 LIFD/25 alinéa 3 LHID et, d'autre part, dans le contexte des remises d'impôts visées aux articles 18 LIA et 12 LT. En l'absence de définition légale, la jurisprudence, la pratique et la doctrine ont développé une notion d'assainissement propre au droit fiscal qui s'avère plus restrictive que celle retenue dans d'autres domaines du droit, en particulier en droit commercial. Un assainissement en droit fiscal ne peut ainsi intervenir que si la perte au bilan n'est pas couverte par des réserves ouvertes ou latentes[3]. En outre, seules les mesures qui touchent le résultat de la société sont prises en considération, ce qui n'est par exemple pas le cas d'une augmentation de capital[4]. Les mesures doivent ainsi faire disparaître la perte au bilan, le seul fait de sortir de l'article 725 CO n'étant pas suffisant. Une réévaluation d'actifs n'est ainsi pas considérée du point de vue fiscal comme une mesure d'assainissement[5]. Il en va évidemment de même de déclarations de postposition opérées en application de l'article 725 alinéa 2 *in fine* CO.

Du reste, suivant les divers types d'impôts, la notion d'assainissement n'est pas nécessairement la même. Si les impôts directs et le droit de timbre partagent une définition largement identique, le droit de timbre s'avère néanmoins plus restrictif en n'assimilant par exemple pas un abandon de créance conditionnel à une mesure d'assainissement[6]. De même, jusqu'à son abrogation récente, la notice 23 sur les contributions à des fins d'assainissement s'écartait en matière de TVA de la définition prévalant en matière d'impôts directs pour se fonder sur un concept plus proche de celui de l'article 725 alinéa 1 CO, en ne reconnaissant toutefois un assainissement que lorsque la perte entamait, même partiellement, le capital so-

2 CR-PETER/CAVADINI, N 28 *ad* art. 725 CO.

3 *Cf.* GLAUSER, Apports, p. 374 et les réf. citées ; KSS-BRÜLISAUER/HELBING, N 19 *ad* art. 67 DBG.

4 RIEDWEG, Steuerliche Aspekte, p. 247 ; ATHANAS/SUTER, Steuerliche Aspekte, p. 193.

5 RIEDWEG, Steuerliche Aspekte, p. 247 ; ATHANAS/SUTER, Steuerliche Aspekte, p. 171 ; CR-DANON, N 30 *ad* art. 67 LIFD. A relever toutefois que la question est plus débattue s'agissant de la réévaluation d'immeubles et de participations au-delà du coût d'acquisition, *cf.* KSS-BRÜLISAUER/HELBING, N 21 *ad* art 67.

6 RIEDWEG, Steuerliche Aspekte, p. 250 ; ATHANAS/SUTER, Steuerliche Aspekte, p. 205.

cial et pour autant que la société ne dispose pas de réserves déclarées ou latentes qui puissent couvrir les pertes comptabilisées.

En tout état de cause, les notions d'assainissement en économie d'entreprise, en droit civil ou dans les divers domaines du droit fiscal présentent comme caractéristique commune la volonté de permettre à la société de se rétablir financièrement pour pouvoir continuer son exploitation[7].

II. Impôt sur le bénéfice

A. Principes

La notion d'assainissement n'est évoquée en matière d'impôt sur le bénéfice que dans le seul cadre des articles 31 alinéa 2 et 67 alinéa 2 LIFD (et leur pendant dans la LHID) aux termes duquel les pertes antérieures à sept ans peuvent être déduites du bénéfice lié à des mesures d'assainissement destinées à équilibrer un bilan déficitaire. Si cette disposition permet ainsi d'invoquer des pertes plus anciennes que 7 ans pour compenser un bénéfice d'assainissement, il importe de rappeler d'emblée que la question de la déductibilité des pertes demeure sans influence au stade préalable de la détermination du bénéfice imposable de l'entreprise. Que la société se trouve ou non dans une situation d'assainissement, l'effet d'une mesure financière sur sa base imposable s'examinera en effet exclusivement en fonction du principe de déterminance (*Massgeblichkeitsprinzip*) et d'éventuelles règles correctrices prévues dans la loi fiscale[8].

Pour rappel, le principe de déterminance consacré à l'article 58 alinéa 1 lettre a LIFD postule que le bénéfice d'une société se calcule sur la base du solde du compte de résultat, compte tenu du solde reporté de l'exercice précédent[9]. Sauf disposition fiscale spécifique, l'administration fiscale est ainsi liée par les écritures comptables et le bilan, dans la mesure évidemment où ils respectent le droit comptable. S'agissant des règles correctrices fiscales, il en existe de deux sortes : celles en faveur du contribuable et celles en sa défaveur, suivant qu'elles modifient à la baisse ou à la hausse le résultat comptable de l'entreprise. Observons à cet égard que, dans le respect du principe de l'imposition selon la capacité contributive, les règles correctrices en faveur du contribuable tendent en principe à ce que le bénéfice imposable corresponde au résultat généré par la seule activité de

[7] GLAUSER, Fusion d'assainissement, p. 1000 ss, spéc. 1002.

[8] GLAUSER, Apports, p. 375.

[9] L'objet de l'impôt visant l'accroissement de fortune généré par l'entreprise durant la période considérée, il importe peu à notre sens que ce bénéfice ressorte directement du compte de résultat ou ne soit enregistré qu'au bilan, sous la forme par exemple d'une réévaluation d'actifs. Sur la relation entre le bilan et le compte de résultat, *cf.* GLAUSER, Apports, p. 92 s. et les réf. citées.

l'entreprise durant la période fiscale considérée[10]. L'impôt sur le bénéfice ne vise ainsi pas les augmentations de fortune générées par la société en dehors de son activité commerciale. Pour cette raison, les « apports » des actionnaires ne sont donc pas imposés en application de l'article 60 lettre a LIFD alors même qu'ils seraient comptabilisés au compte de résultat[11]. Il en va de même selon l'article 60 lettre c LIFD des accroissements des actifs nets comptables liés à des successions, des legs ou des donations.

Dans le contexte d'assainissements, on peut ainsi retenir que le principe de déterminance s'applique pleinement et qu'une mesure d'assainissement qui augmente les fonds propres comptables est imposable, à moins que la société ne puisse se prévaloir d'une clause d'exception au nombre desquelles la neutralité fiscale des apports joue un rôle important. En revanche, si la mesure d'assainissement n'augmente pas la fortune de la société (c'est-à-dire qu'elle ne touche ni le compte de résultat, ni les fonds propres), il ne saurait être question d'une imposition au titre de l'impôt sur le bénéfice. C'est ainsi qu'une postposition de créance ou qu'une modification d'échéance de dette (conversion de fonds étrangers court terme en fonds étrangers long terme) reste sans incidence sur le bénéfice imposable de la société.

La doctrine et la pratique ont d'ailleurs développé une terminologie particulière pour distinguer les mesures d'assainissement imposables de celles exonérées : alors qu'elles qualifient de bénéfice « improprement dit » celui résultant de contributions correspondant à des apports d'actionnaire exonérés (qu'il s'agisse d'apports à fond perdu, d'abandons de créance ou d'augmentations de capital), il est question de bénéfice « proprement dit » lorsque celui-ci résulte de mesures soumises à l'impôt sur le bénéfice, telles les abandons de créances de tiers.

En présence d'un bénéfice d'assainissement improprement dit (c'est-à-dire neutre fiscalement), les pertes reportées ne sont pas compensées et apparaissent encore dans le bilan fiscal. D'éventuels amortissements et/ou provisions effectués au moment de l'assainissement sont toutefois pris en compte et augmentent la perte de l'exercice. Si en revanche la mesure d'assainissement, qui accroît les fonds propres comptables, ne peut bénéficier d'une clause d'exception en faveur du contribuable, elle demeure pleinement imposable au titre de bénéfice proprement dit, à moins que la société puisse se prévaloir de pertes reportées qu'elle n'a pu préalablement déduire.

Ce n'est en définitive qu'à ce stade de l'analyse que la reconnaissance fiscale d'un assainissement peut jouer un rôle dès lors qu'elle autorisera la déduction de pertes antérieures à 7 ans. En effet, conformément à l'article 67 alinéa 2 LIFD[12], la société est autorisée à déduire des pertes antérieures à 7 ans, si les trois condi-

[10] GLAUSER, Apports, p. 160.

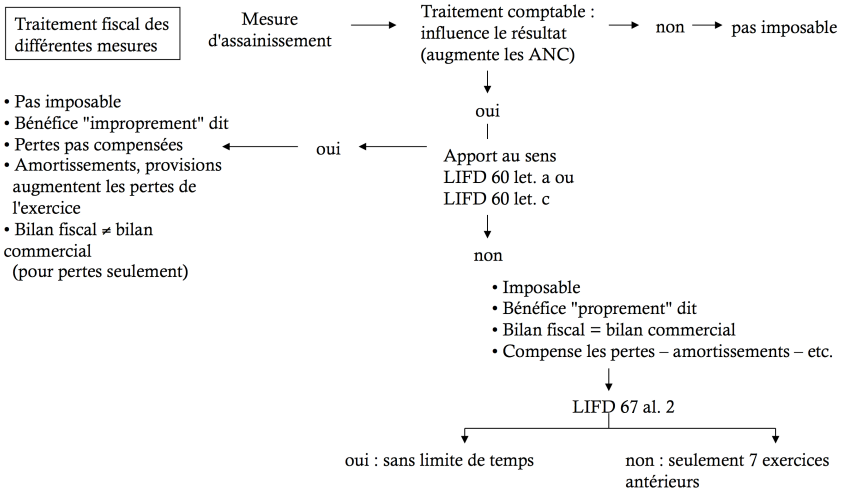
[11] Sur la comptabilisation des apports au compte de résultat, *cf.* GLAUSER, Apports, p. 43 et 161 et les réf. citées.

[12] Art. 31 al. 2 LIFD s'agissant des indépendants.

tions cumulatives suivantes sont remplies : (i) l'opération intervient dans le cadre d'un assainissement, (ii) la mesure vise à équilibrer un bilan déficitaire et (iii) la mesure provient d'un tiers qui injecte des fonds nouveaux dans la société. La condition (i) renvoie à la notion fiscale d'assainissement évoquée ci-dessus ; seules les mesures qui compensent les pertes en vue d'assurer à long terme l'existence de l'entreprise sont donc de nature à permettre l'application de l'article 67 alinéa 2 LIFD. L'exigence de « bilan déficitaire » ressortant de la condition (ii) est discutée en doctrine. S'il est admis qu'il doit s'agir d'un « vrai bilan déficitaire », c'est-à-dire d'une situation où la perte au bilan n'est pas couverte par les réserves ouvertes ou latentes[13], en revanche, l'ampleur de la perte au bilan exigée pour ouvrir l'application de l'article 67 alinéa 2 LIFD est controversée. La seule existence d'une perte est-elle suffisante ? Faut-il se trouver dans une situation visée par l'article 725 alinéa 1 CO ? Ou un surendettement au sens de l'article 725 alinéa 2 CO est-il requis ? La doctrine majoritaire[14] estime que l'existence d'une situation visée par l'article 725 alinéa 1 CO est insuffisante mais nécessaire. Autrement dit, ce n'est que si la moitié du capital-actions et des réserves légales n'est plus couverte que l'article 67 alinéa 2 LIFD peut s'appliquer. D'autres auteurs[15] semblent au contraire considérer que l'existence d'une perte (pour autant qu'elle ne soit pas couverte par des réserves ouvertes ou latentes) suffit à invoquer l'article 67 alinéa 2 LIFD. Enfin, la pratique exige également que la mesure d'assainissement s'accompagne d'un financement externe à l'entreprise. Cette condition est particulièrement importante dans le contexte des réévaluations d'actifs. Dans ce cas en effet, l'opération consiste à faire ressortir comptablement des moyens existants dans la société de sorte que le résultat lié à la plus-value ainsi comptabilisée ne peut pas être compensé par des pertes antérieures à 7 ans.

13 V *supra* n. 3.
14 V. en partic. KSS-BRÜLISAUER/HELBING, N 27 *ad* art. 67 DBG, et les réf. citées.
15 LOCHER, Kommentar, N 30 *ad* art. 67 DBG ; CR-DANON, N 26 *ad* art. 67 LIFD.

Schématiquement, on peut résumer donc la situation comme suit :



B. Le cas particulier de l'abandon de créance de l'actionnaire

Le traitement fiscal des abandons de créances fait l'objet de controverses. Si tout le monde s'accorde à reconnaître la neutralité fiscale de l'abandon d'une créance traitée précédemment comme capital propre dissimulé, les esprits sont en effet partagés sur la question de savoir dans quelle mesure un abandon de créance opéré par l'actionnaire en dehors de toute sous-capitalisation peut bénéficier de l'exonération de l'article 60 lettre a LIFD ou de son pendant en droit cantonal.

Pour l'Administration fédérale des contributions (AFC)[16], le Tribunal fédéral[17] et une partie minoritaire de la doctrine[18], cette qualification n'est envisageable que si l'actionnaire-créancier agit en sa qualité d'actionnaire (*causa societatis*) et non comme n'importe quel tiers. Pour bénéficier de l'exonération il convient ainsi de démontrer que l'actionnaire-créancier était motivé par ses liens d'actionnariat au moment de l'octroi du prêt déjà, ce qui suppose qu'un tiers ne l'aurait pas consenti dans des circonstances identiques. L'AFC reconnaît d'ailleurs dans ce contexte que le choix de la forme de la mesure d'assainissement n'est pas sans importance puisqu'il est possible de s'assurer de la neutralité fiscale de l'assainissement par deux autres procédés aux effets économiques pourtant similaires à un abandon de

16 Circulaire AFC 14/1981 ch. 3 (b).
17 ATF 115 Ib 269, spéc. 274.
18 YERSIN, Apports et retraits, pp. 101 et 147.

créance, à savoir (i) un apport à fonds perdu de l'actionnaire suivi d'un remboursement de la créance avec les liquidités apportées ou (ii) une réduction de capital suivie d'une augmentation de capital souscrite par le détenteur initial de parts et dont le produit est affecté au remboursement de la dette.

C'est précisément l'application d'un traitement fiscal différencié à un résultat économique identique que critique unanimement la doctrine majoritaire. Celle-ci se partage pourtant en deux tendances.

Pour les uns[19], suivis en cela par quelques autorités fiscales cantonales telles Zurich, Argovie et St-Gall, ce n'est que s'il apparaît que l'abandon de créance n'intervient pas *causa societatis* que le fisc est en droit d'imposer l'accroissement correspondant de fortune. Il en ira ainsi notamment si, à l'occasion d'un assainissement, un actionnaire consent un abandon de créance dans la même mesure que des tiers. Contrairement à la pratique de l'AFC, c'est ici la situation non au moment de l'octroi du prêt, mais à la date de son abandon qui est déterminante.

D'autres auteurs[20] auxquels nous nous rallions[21] considèrent enfin que le seul fait d'être consenti par un actionnaire suffit à conférer à l'abandon de créance son caractère d'apport exonéré. A l'instar de l'apport à fond perdu, l'abandon de créance par l'actionnaire apparaît en effet comme une pure opération de financement qui n'implique en principe[22] aucun appauvrissement de l'actionnaire dès lors qu'à l'augmentation des fonds propres consécutive à l'abandon de créance correspond une augmentation de valeur de la participation. On assiste ainsi chez l'actionnaire-créancier à une simple permutation d'actifs, situation en cela très différente de celle d'un véritable tiers qui subit une perte définitive lors de l'abandon de sa créance. Les positions différentes de l'actionnaire et du tiers créancier justifient ainsi qu'un traitement fiscal différencié soit appliqué à leur prestation d'assainissement.

[19] *Cf.* not. CAGIANUT/HÖHN, Untersnehmenssteuerrecht, p. 445 s. ; LAMPERT, Verlustverrechnung, p. 128 ss ; GLAUSER, Apports, p. 229 et les réf. citées.

[20] WÜRTH, Kapitaleinlagen, p. 242 ; MASSHARDT, Kommentar zur direkten Bundessteuer, p. 281 ss et 286 ; EDELMANN, Steuerrechtliche Aspekte der Unternehmungssanierung, p. 51 ; SCHÄRRER, Von Kapitaleinlagen und Gewinnausschüttungen, p. 279 ; KAUFMANN, Die Steuerliche Behandlung des Schulderlasses, p. 91 ; DUSS, Forderungsverzicht durch Aktionäre im Zusammenhang mit Sanierungen von Aktiengesellschaften, p. 280 ss ; KÄNZIG, Kommentar, N 313 *ad* art. 67 BdBSt ; KSS-KÜHN/BRÜLISAUER, N 47 *ad* art. 60 DBG ; RICHNER/FREI/ KAUFMANN, *in* Handkommentar zum DBG, N 5 *ad* art. 60 ; SCHÄRER, Verlustverrechnung von Kapitalgesellschaften im interkantonalen Doppelbesteuerungsrecht, p. 44 s. ; FREI, Der Forderungsverzicht im Steuerrecht insbesondere gegenüber natürlichen Personen, p. 92 ss.

[21] GLAUSER, Apports, p. 231 s.

[22] Un appauvrissement de l'apporteur peut toutefois résulter du fait qu'il ne détient pas 100% de la société. Cela étant, cela implique toutefois une relation particulière entre les coactionnaires qui justifie un éventuel transfert de valeur entre eux qui entraînera un traitement fiscal correspondant (v. à ce sujet GLAUSER, Apports, p. 235 ss).

Qualifier de manière générale les abandons de créances d'actionnaires d'apports exonérés permet du reste d'appliquer un traitement fiscal cohérent chez l'actionnaire et sa filiale en matière de coûts d'investissements. Certes, l'abandon de créance de l'actionnaire augmentera en principe le coût d'investissement de sa participation[23], réduisant ce faisant d'autant la part d'une plus-value de vente future qui bénéficiera de la réduction pour participation. L'exonération généralisée des abandons de créance d'actionnaires au niveau de la filiale bénéficiaire permet toutefois d'éviter l'introduction d'un niveau supplémentaire d'imposition du même substrat fiscal. C'est du reste devant ce constat insatisfaisant que l'AFC semble admettre de n'augmenter le coût d'investissement de participations qu'en cas d'exonération de l'abandon de créance au niveau de la filiale bénéficiaire[24].

Enfin, observons que le principe de l'imposition selon la capacité contributive milite en faveur de la qualification d'apport de toutes les remises de dettes consenties par l'actionnaire. Le fait que celui-ci ait apporté des fonds sous forme de créance avant d'abandonner celle-ci n'implique en effet pas un accroissement de la capacité contributive plus important que s'il avait d'emblée consenti un apport à fonds perdu. Au surplus, le souci du respect du principe de l'égalité horizontale[25] comme celui de la neutralité[26], doit conduire à adopter un traitement fiscal identique aux mesures conduisant au même résultat.

III. Impôt anticipé

L'impôt anticipé est dû en cas de distribution de bénéfice à un actionnaire ou à un proche. L'assainissement d'une entreprise par son actionnaire n'emporte ainsi en principe pas de conséquence dans ce domaine dès lors que c'est la société elle-même qui bénéficie d'une prestation appréciable en argent de la part du porteur de parts.

Cela dit, la question du prélèvement de l'impôt anticipé se pose toutefois notamment dans les cas suivants :

[23] DELL'ANNA/RIEDER, Kapitalgewinne auf Beteiligung nach Sanierungen, p. 650 ; GRETER, Der Beteiligungsabzug im harmonisierten Gewinnsteuerrecht, p. 200 ; ALTORFER, Die Ausdehnung des Beteiligungsabzuges auf Kapitalgewinne aus wesentlichen Beteiligungen, p. 173 ; CONSTANTIN, La réforme de l'imposition des entreprises. Deux circulaires de l'Administration fédérale des contributions, p. 203 ; DELL'ANNA/STAUB, Particularités fiscales en cas d'assainissement, p. 549.

[24] DIGERONIMO, Participation, p. 709 ; la circulaire AFC 9/1998 ne se prononce pas explicitement sur la question.

[25] En application de ce principe, des mesures effectuées sur deux entreprises dans la même situation financière et conduisant à un résultat identique ne doivent en principe pas conduire à une imposition plus lourde dans un cas que dans l'autre ; *cf.* GLAUSER, Apports, p. 19 n. 128 et réf. citées.

[26] *Cf.* GLAUSER, Apports, p. 24 s.

(i) Abandon de créance avec remise de bons de jouissance (Genussscheine) - Souvent octroyé en compensation d'abandons de créance, les bons de jouissance constituent selon l'article 657 CO des titres de participation sans valeur nominale ni droits sociaux, qui ne confèrent à leur titulaire qu'un droit à une part du bénéfice résultant du bilan ou du produit de liquidation (voire dans certains cas un droit préférentiel à la souscription d'actions nouvelles). L'ensemble des prestations versées par la société assainie aux titulaires de tels bons de jouissance constituent un revenu de capitaux mobiliers soumis à l'impôt anticipé (article 4 alinéa 1 lettre b LIA et 20 alinéa 1 OIA); la société n'est évidemment pas autorisée à déduire cette prestation de son bénéfice imposable[27].

(ii) Abandon conditionnel de créance avec remise de certificat de retour à meilleure fortune (Besserungsschein) ? - Jusqu'à peu, l'AFC a toujours partagé avec le Tribunal fédéral[28] l'idée que la renaissance d'une créance abandonnée constituait un rendement soumis à l'impôt anticipé. Il semble toutefois que la pratique administrative pourrait changer à cet égard dès lors que le projet de circulaire AFC « Assainissement de sociétés de capitaux et de sociétés coopératives » du 20 juin 2008 retient que « *les prestations de la société fournies aux détenteurs de bons de récupération ne constituent pas un rendement imposable dans la mesure où ces prestations constituent un remboursement de la créance qui renaît* ». L'imposition de tout montant excédentaire demeure évidemment réservée.

(iii) Prestations d'assainissement au sein d'un groupe - Les abandons de créances ou autres prestations d'assainissement des titulaires de parts opérées sans contreprestation de la société, celles de tiers indépendants de même que les prestations d'assainissement entre sociétés sœurs qui résistent à la comparaison avec des tiers (*arm's length principle*) ne sont pas soumises à l'impôt anticipé.

Il en va différemment des prestations d'assainissement d'une filiale en faveur de sa mère ou d'une société sœur dans la mesure où ces prestations ne sont pas consenties aux conditions qu'un tiers indépendant aurait acceptées. Dans ce cas, l'impôt anticipé frappant l'avantage consenti doit être transféré aux porteurs de parts de la société assainie (théorie du triangle) dès lors que l'assainissement d'une société en difficulté est, selon le point de vue du fisc, de leur ressort exclusivement ; le bénéficiaire de la prestation n'est ainsi pas la société assainie, mais bien l'actionnaire commun[29]. La fusion d'assainissement visée à l'article 6 LFus constitue un exemple d'assainissement au sein d'un groupe ; elle emporte ainsi le prélèvement de l'impôt anticipé sur toute réserve de la société saine servant à combler par fusion les pertes de la société participant à la restructuration[30].

27 RIEDWEG, Steuerliche Aspekte, p. 247 ss, spéc. 252.
28 Archives 20, 397 ; RIEDWEG, Steuerliche Aspekte, p. 250.
29 *Cf.* Notice AFC pour la désignation du bénéficiaire des prestations en matière d'impôt anticipé (février 2001).
30 *Cf.* GLAUSER, Fusion d'assainissement, p. 1000 ss, spéc. 1005, et réf. citées.

IV. Droit de timbre d'émission

Sur le principe, les diverses mesures d'assainissement effectuées par les actionnaires sont soumises au droit de timbre d'émission. En dehors des apports en capital, le droit de timbre d'émission vise également tous les versements supplémentaires que les actionnaires font à la société sans contre-prestation correspondante. Il en va ainsi typiquement des apports à fonds perdu et des abandons de créances d'actionnaires. Précisons à cet égard qu'à raison du formalisme de la loi sur le droit de timbre, la notion d'actionnaire s'interprète restrictivement et n'englobe en principe pas les proches de ce dernier. Cela dit, en application de la théorie du triangle, certaines prestations d'assainissement de proches peuvent néanmoins être réputées transiter par l'actionnaire de la société à assainir et dès lors soumises au droit de timbre d'émission au titre de versements supplémentaire de l'actionnaire[31].

Cela dit, le prélèvement du droit de timbre auprès d'entreprises en situation d'assainissement peut toutefois s'avérer une mesure renchérissant de manière trop pénalisante leur financement par fonds propres. La loi apporte ainsi dans ce contexte certains allègements sous la forme d'exonérations et de remise du droit.

A. La franchise exonérée (article 6 alinéa 1 lettre k LT)

Conformément à l'article 6 alinéa 1 lettre k LT en vigueur depuis le 1er janvier 2009, les sociétés assainies sont désormais exonérées du droit de timbre d'émission en cas de (i) création de droits de participation ou d'augmentation de leur valeur nominale jusqu'à concurrence de leur montant avant l'assainissement (on vise donc ici les assainissements ouverts effectués sous la forme d'une réduction de capital nominal suivie de sa reconstitution au maximum au même niveau) et de (ii) prestations d'assainissement consenties par les actionnaires sous la forme d'apports à fonds perdu ou d'abandon de créances (assainissements tacites), pour autant que, cumulativement,

(i) les pertes existantes soient éliminées (à tout le moins celles générant le surendettement), et que

(ii) les prestations des actionnaires ne dépassent pas CHF 10'000'000.- au total.

[31] Il en va ainsi en cas d'assainissement entre sociétés dominées par le même groupe d'actionnaires ; de même, le droit de timbre sera dû en cas de prestations d'assainissement opérées en faveur d'une personne morale proche qui n'est pas dominée par le même groupe d'actionnaires, lorsque la prestation repose exclusivement sur des rapports familiaux ou amicaux entre les détenteurs des droits de participation des deux sociétés. *Cf.* Notice AFC pour la désignation du bénéficiaire des prestations en matière d'impôt anticipé (février 2001). Demeurent réservés bien entendu les cas de remise au sens de l'art. 12 LT et/ou d'exonération au sens de l'art. 6 LT.

Il s'agit là d'une franchise générale de même nature que celle de l'article 6 alinéa 1 lettre h LT et dont toute société a droit depuis le 1er janvier 2009, indépendamment de tout assainissement antérieur. La franchise de CHF 10 millions demeure toutefois unique, mais peut être répartie sur plusieurs assainissements[32]. L'exonération ne vise bien entendu pas la levée de fonds propres supplémentaires comme les augmentations de capital sans diminution préalable du capital ou les augmentations de capital excédant le capital avant sa diminution. Elle ne s'applique pas non plus aux contributions des associés, dans la mesure où elles ne servent pas à couvrir des pertes.

Si les prestations d'assainissement excèdent la franchise de CHF 10 millions, il est possible de déposer une demande de remise pour l'excédent sur la base de l'article 12 LT[33].

B. L'exonération des sociétés de sauvegarde (article 6 alinéa 1 lettre j LT)

Alors que l'assainissement et la remise du droit de timbre n'entraient jusqu'à présent en considération que pour une société qui avait besoin d'être assainie, le nouvel article 6 alinéa 1 lettre j LT, en vigueur depuis le 1er janvier 2009, facilite désormais la reprise d'une exploitation ou d'une partie de l'exploitation d'une société surendettée en offrant à la société reprenante (société dite « de sauvegarde ») de profiter de l'exonération du droit de timbre. Cette disposition exonère en effet l'émission de nouveaux droits de participation du droit de timbre d'émission en cas de reprise d'une exploitation ou d'une partie d'exploitation d'une société anonyme, d'une société en commandite par actions, d'une société à responsabilité limitée ou d'une société coopérative pour autant que, selon le bilan du dernier exercice annuel, la moitié du capital et des réserves légales de cette société ou de cette coopérative ne soit plus couverte. Il s'agit ainsi d'exonérer les sociétés qui ont racheté des entreprises en situation de bilan déficitaire au sens de l'article 725 alinéa 1 CO.

Pour ce qui est de l'interprétation de la notion « d'exploitation », le Message du Conseil fédéral[34] précise qu'elle recouvre un complexe technico-organisationnel de biens qui constituent une unité organique relativement indépendante pour la fourniture des prestations de l'entreprise, la notion de « partie d'exploitation » désignant pour sa part le plus petit organisme viable à lui seul au sein d'une entreprise. La notion d'exploitation correspond ainsi à celle connue en matière de restructurations[35].

32 *Cf.* Message 22 juin 2005, p. 4469 ss, spéc. 4574 s.
33 Message 22 juin 2005, p. 4577.
34 Message 22 juin 2005, p. 4577.
35 *Cf.* Circulaire AFC 5/2004, ch. 4.3.2.5.

A noter que l'AFC semblerait vouloir poser des limites quant au montant de capital nominal créé[36]. Selon cette approche, les montants apportés dans la société de sauvegarde ne pourraient pas servir à créer plus de capital nominal que ce qui est requis selon la circulaire sur la sous-capitalisation[37]. Cette exigence ne serait à notre sens pas couverte par le texte légal ; elle ne serait par ailleurs pas justifiée depuis l'introduction du principe du remboursement des apports (capital social et agio) en neutralité fiscale, puisque la différence entre le montant investi dans la société de sauvegarde et le capital nominal serait nécessairement comptabilisée sous forme d'agio et donc traitée fiscalement comme du capital-actions. Une limitation du capital nominal créé n'aurait donc plus aucun sens sous l'angle fiscal.

C. La remise du droit (article 12 LT)

Conformément à l'article 12 LT, la remise du droit de timbre d'émission (respectivement le sursis à sa perception) doit être accordé si, lors d'un assainissement ouvert ou tacite d'une société anonyme, d'une société en commandite par actions, d'une société à responsabilité limitée ou d'une société coopérative, la perception du droit d'émission devait avoir des conséquences manifestement rigoureuses.

Selon la pratique administrative, la remise est subordonnée aux conditions cumulatives suivantes :

(i) L'assainissement est réel et résulte d'opérations ayant pour but de rétablir l'équilibre financier d'une entreprise en difficulté de manière à recréer les conditions indispensables à la poursuite de ses activités. L'assainissement doit ainsi tendre essentiellement à faire *disparaître les pertes* accumulées. Une augmentation ordinaire de capital – même opérée par conversion de créance – qui n'est pas précédée ou suivie[38] d'une réduction de capital de même montant ne qualifie donc pas de mesure d'assainissement ouvrant le droit à la remise ; il en va de même d'une réévaluation d'actifs au sens de l'article 670 CO[39].

(ii) L'assainissement doit être *suffisant*. Une élimination complète des pertes n'est à cet égard pas exigée. Cela étant, l'assainissement doit réduire les pertes au moins au montant du capital nominal ; le surendettement au sens de l'article 725 alinéa 2 CO doit ainsi disparaître[40].

(iii) La société assainie doit *poursuivre ses activités*. En particulier, elle ne doit pas être liquidée, rendue liquide, dissoute, en voie de dissolution ou inactive.

[36] V. à ce sujet le projet de circulaire sur l'assainissement 2008 précisant que le projet qui avait été mis en circulation n'a pas encore été finalisé.

[37] Circulaire AFC 6/1997.

[38] *Cf.* Praxis *ad* art. 12 LT, 2. Sanierung, N. 36. Il importe évidemment que l'augmentation de capital et sa réduction procèdent du même processus d'assainissement.

[39] *Cf.* Praxis *ad* art. 12 LT, 2. Sanierung, N. 43.

[40] KSS-BAUMGARTNER, N 36 *ad* art. 12 StG.

(iv) La société ne dispose *plus de réserves* ouvertes ou latentes qui pourraient être dissoutes pour couvrir les pertes accumulées. La présence d'un *goodwill* ne devrait toutefois pas empêcher une remise du droit, à tout le moins s'agissant d'un *goodwill* développé par l'entreprise elle-même.

(v) La société n'est *pas sous-capitalisée*[41].

(vi) Les pertes subies par la société doivent être *réelles* et *économiquement justifiées*. En particulier, elles ne doivent pas résulter de prestations appréciables en argent à l'actionnaire ou ses proches.

(vii) Enfin, le paiement du droit de timbre par la société présenterait pour cette dernière des *conséquences manifestement rigoureuses*. En cas d'assainissement, cette condition est en principe considérée comme remplie lorsque les conditions visées sous (i) à (vi) ci-dessus sont réunies.

V. Taxe sur la valeur ajoutée

Sous l'empire des règles TVA en vigueur jusqu'au 31 décembre 2009, le traitement TVA des assainissements était essentiellement marqué par la problématique de la réduction du droit à la récupération de l'impôt préalable lié à une assimilation des mesures d'assainissement à des dons ou des subventions. En effet, conformément à la réglementation alors en vigueur[42], le contribuable TVA perdait son droit à la récupération de la TVA facturée par ses fournisseurs (impôt préalable) en proportion des subventions, dons ou autres montants similaires non soumis à la TVA. La question se posait donc de savoir si les montants versés à la société par des tiers (qu'il s'agisse d'actionnaires ou de personnes indépendantes de celle-ci) pouvaient être assimilés à des subventions ou des dons. A cet égard, l'AFC avait développé une pratique particulièrement complexe[43] qui visait essentiellement à déterminer si les montants investis dans la société servaient à couvrir une activité non rentable ou au contraire devaient permettre de générer des produits de manière à assurer un retour de l'entreprise dans la zone bénéficiaire. Dans le premier cas, si l'AFC arrivait à la conclusion que les montants investis dans l'entreprise étaient condamnés à être entamés par des pertes futures en raison du manque de rentabilité de la société, ils étaient réputés correspondre à une subvention (ou à un don) et réduisaient en conséquence le droit à la récupération de l'impôt préalable. Cette approche, critiquée par la jurisprudence du Tribunal

41 Le calcul de sous-capitalisation se fait sur la base de la circulaire AFC 6/1997, en retenant la moyenne des trois derniers exercices. En cas de sous-capitalisation avérée, la remise ne sera refusée en pratique que dans la mesure où la société fait état de fonds propres dissimulés ; une remise partielle demeure donc possible.

42 Art. 38 al. 8 aLTVA.

43 V. Notice AFC 23/2003.

fédéral[44] et par la doctrine[45], est fondamentalement remise en question par l'entrée en vigueur au 1er janvier 2010 de la nouvelle loi sur la TVA (LTVA)[46].

En effet, l'article 33 alinéa 1 LTVA précise désormais que les montants qui ne sont pas imposables à la TVA en raison du fait qu'ils ne s'inscrivent pas dans un rapport d'échange de prestations restent en principe sans incidence sur le droit à la récupération de l'impôt préalable. Parmi ces « non-chiffres d'affaires » dont l'article 18 alinéa 2 LTVA donne une liste exemplative, on trouve en particulier les apports consentis à une entreprise, les prêts sans intérêts, les contributions d'assainissement et les abandons de créances[47]. Malheureusement, pour des raisons de politique financière, un traitement similaire cohérent n'a pas pu être retenu pour les subventions[48]. L'article 33 alinéa 2 LTVA prévoit en effet que les subventions et autres contributions des pouvoirs publics continuent à réduire le droit à la récupération de l'impôt préalable. L'article 29 OTVA[49] définit d'ailleurs la notion de subvention comme tout versement de fonds effectué par une collectivité publique.

Bien que la pratique administrative applicable à partir du 1er janvier 2010 ne soit pas encore complètement définie au moment de la rédaction de ces lignes, il semble d'ores et déjà clair que la problématique liée à la réduction de l'impôt préalable en cas d'assainissement ne devrait plus se poser lorsque les différentes mesures sont opérées par des entités privées, qu'il s'agisse des actionnaires ou de tiers indépendants comme des banques. Ainsi, que l'assainissement fasse intervenir des apports à fonds perdus, des prêts sans intérêts, des abandons de créances ou des augmentations de capital, nous serons en présence de non-chiffres d'affaires qui non seulement ne seront pas soumis à la TVA (article 18 alinéa 2 LTVA) mais ne réduiront pas non plus le droit à la récupération de l'impôt préalable (article 33 alinéa 1 LTVA).

En revanche, il en ira différemment lorsqu'une collectivité publique interviendra dans le cadre de l'assainissement. Dans ce cas en effet, il conviendra de déterminer si le versement opéré par la collectivité publique doit être assimilé à une subvention qui réduit proportionnellement le droit à la récupération de l'impôt préalable de l'entité bénéficiaire.

44 ATF 132 II 353 ss.
45 V. en partic. GLAUSER, Subventions et TVA, p. 95 ss.
46 Loi fédérale du 12 juin 2009 régissant la taxe sur la valeur ajoutée, RS 641.20.
47 V. en partic. art. 18 al. 2 let. e LTVA.
48 V. le message sur la simplification de la TVA, p. 6368.
49 Ordonnance du 27 novembre 2009 régissant la taxe sur la valeur ajoutée, RS 641.201.

Bibliographie

Jürg ALTORFER, Die Ausdehnung des Beteiligungsabzuges auf Kapitalgewinne aus wesentlichen Beteiligungen, *in* ECS/STR, 3/1998, p. 165 ss. ; **Peter ATHANAS/Christoph SUTER**, Steuerliche Aspekte von Sanierungen, *in* Sanierung der AG [édit. par V. ROBERTO], 2e éd., Zurich 2003, p. 193 (cité : ATHANAS/SUTER, Steuerliche Aspekte) ; **Ivo P. BAUMGARTNER**, *in* Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht II/3, Bundesgesetz über die Stempelabgaben (StG), [édit. par M. ZWEIFEL, P. ATHANAS et M. BAUER-BALMELLI], Bâle 2006, *ad* art. 12 (cité : KSS-BAUMGARTNER, *ad* art. 12 StG) ; **Max BOEMLE/Cartsen STOLZ**, Unternehmungsfinanzierung : Instrumente - Märkte - Formen - Anlässe, 13e éd., Zurich 2002 (cité : BOEMLE/STOLZ, Unternehmungsfinazierung) ; **Peter BRÜLISAUER/Andreas HELBING**, *in* Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Art. 1-82, [édit. par M. ZWEIFEL et P. ATHANAS], 2e éd., Bâle 2008, *ad* art. 67 (cité : KSS-BRÜLISAUER/HELBING, *ad* art. 67 DBG) ; **Francis CAGIANUT/Ernst HÖHN**, Unternehmenssteuerrecht, 3e éd., Berne 1993 ; **Charles F. CONSTANTIN**, La réforme de l'imposition des entreprises. Deux circulaires de l'Administration Fédérale des contributions, *in* RDAF 1999 II p. 193 ss. ; **Robert DANON**, *in* Commentaire romand de l'impôt fédéral direct, [édit. par D. YERSIN et Y. NOËL], Bâle 2008, *ad* art. 67 (cité : CR-DANON, *ad* art. 67 LIFD) ; **Fabio DELL'ANNA/Bruno RIEDER**, Kapitalgewinne auf Beteiligung nach Sanierungen, *in* ECS/STR 6-7/1998, p. 649 ss. ; **Fabio DELL'ANNA/Andri Th. STAUB**, Particularités fiscales en cas d'assainissement : compte tenu de la pratique actuelle en matière d'impôts directs, d'impôt anticipé et de droit de timbre d'émission, *in* ECS/STR 6-7/2004, p. 548 ss (cité : DELL'ANNA/STAUB, Particularités fiscales en cas d'assainissement) ; **Angelo DIGERONIMO**, Le traitement fiscal des participations selon la réforme 1997 de l'imposition des sociétés (modification législative du 10 octobre 1997), *in* Archives 66, 1987/98, p. 693 ss (cité : DIGERONIMO, Participation) ; **Marco DUSS**, Forderungsverzicht durch Aktionäre im Zusammenhang mit Sanierungen von Aktiengesellschaften. Fragezeichen zu einem Kreisschreiben, *in* Archives 50, 1981/82, p. 273 ss (cité : DUSS, Forderungsverzicht durch Aktionäre im Zusammenhang mit Sanierungen von Aktiengesellschaften) ; **Markus EDELMANN**, Steuerrechtliche Aspekte der Unternehmenssanierung, thèse St-Gall 1976 ; **Walter FREI**, Der Forderungsverzicht im Steuerrecht insbesondere gegenüber natürlichen Personen, *in* ZStP 2004, p. 87 ss. ; **Pierre-Marie GLAUSER**, Apports et impôt sur le bénéfice, Le principe de déterminance dans le contexte des apports et autres contributions de tiers, thèse Genève, Genève/Zurich/Bâle/Bruxelles 2005 (cité : GLAUSER, Apports) ; **Pierre-Marie GLAUSER**, La fusion d'assainissement, *in* ECS/STR 11/2004, p. 1000 ss (cité : GLAUSER, Fusion d'assainissement) ; **Pierre-Marie GLAUSER**, Subventions et TVA, *in* Revue Economique et Sociale, Vol. 65, septembre 2007, p. 95 ss. ; **Marco GRETER**, Der Beteiligungsabzug im harmonisierten Gewinnsteuerrecht, thèse Zurich 2000 ; **Remigius KAUFMANN**, Die Steuerliche Behandlung des Schulderlasses, thèse Fribourg, Ber-

ne/Stuttgart 1986 ; **Ernst KÄNZIG**, Die direkte Bundessteuer, II. Teil, 2e éd., Bâle 1992, *ad* art. 49 (cité : KÄNZIG, Kommentar, *ad* art. 67 BdBSt) ; **Stephan KÜHN/Peter BRÜLISAUER**, *in* Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Art. 1-82, [édit. par M. ZWEIFEL et P. ATHANAS], Bâle 2000, *ad* art. 60 (cité : KSS-KÜHN/BRÜLISAUER, *ad* art. 60 DBG) ; **Frank LAMPERT**, Die Verlustverrechnung von juristischen Personen im Schweizer Steuerrecht : unter besonderer Berücksichtigung des DBG und StHG, thèse Genève, Bâle 2000 (cité : LAMPERT, Verlustverrechnung) ; **Peter LOCHER**, Kommentar zum DBG : Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, II. Teil, Bâle 2004, *ad* art. 67 (cité : LOCHER, Kommentar, *ad* art. 67 DBG) ; **Heinz MASSHARDT**, Kommentar zur direkten Bundessteuer, 2e éd., Zurich 1985 ; **Henry PETER/Francesca CAVADINI**, *in* Commentaire romand, Code des obligations II, Code des oblitations art. 530-1186 [édit. par P. TERCIER et M. AMSTUTZ], *ad* art. 725 (cité : CR-PETER/CAVADINI, *ad* art. 725 CO) ; **Felix RICHNER/Walter FREI/Stefan KAUFMANN**, *in* Handkommentar zum DBG, Zurich 2003, *ad* art. 60 ; **Peter RIEDWEG**, Steuerliche Aspekte der Sanierung, *in* ECS/STR 4/1995, p. 247 ss (cité : RIEDWEG, Steuerliche Aspekte) ; **Bernhard Felix SCHÄRER**, Verlustverrechnung von Kapitalgesellschaften im interkantonalen Doppelbesteuerungsrecht, thèse Zurich 1997 ; **Erwin SCHÄRRER**, Von Kapitaleinlagen und Gewinnausschüttungen und deren Steuerlichen Behandlung bei der Aktiengesellschaft und beim Aktionär, *in* Archives 43, 1974/75, p. 273 ss ; **Wendolin K. WÜRTH**, Kapitaleinlagen, sonstige Kapitalzuführungen und steuerbare Erträge bei Kapitalgesellschaften : eine Abgrenzung nach schweizerischem Steuerrecht unter Berücksichtigung der Kapitalrückerstattung, thèse St-Gall 1973 (cité : WÜRTH, Kaitaleinlagen) ; **Danielle YERSIN**, Apports et retraits de capital propre et bénéfice imposable, thèse Lausanne 1977 (cité : YERSIN, Apports et retraits).

Travaux préparatoires et documents administratifs

Circulaire de l'Administration fédérale des contributions n° 14 du 1er juillet 1981, Abandons de créances consentis par les actionnaires lors d'assainissements de sociétés anonymes (citée : Circulaire AFC 14/1981) ; **Circulaire** de l'Administration fédérale des contributions n° 6 du 6 juin 1997, Capital propre dissimulé de sociétés de capitaux et de sociétés coopératives (art. 65 et 75 LIFD) (citée : Circulaire AFC 6/1997) ; **Circulaire** de l'Administration fédérale des contributions n° 9 du 9 juillet 1998, Conséquences de la loi fédérale sur la réforme 1997 de l'imposition des sociétés relative à la réduction d'impôt sur les rendements des participations des sociétés de capitaux et des coopératives (citée : Circulaire AFC 9/1998) ; **Circulaire** de l'Administration fédérale des contributions n° 5 du 1er juin 2004, Restructurations, (citée : Circulaire AFC 5/2004) ; **Notice** de l'Administration fédérale des contributions pour la désignation du bénéficiaire des prestations en matière d'impôt anticipé, février 2001 ; **Notice** de

l'Administration fédérale des contributions n° 23 du 1er juillet 2003, Contributions des actionnaires et des associés, contributions des tiers et contributions à des fins d'assainissement (citée : Notice AFC 23/2003) ; **Message** du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur l'amélioration des conditions fiscales applicables aux activités entrepreneuriales et aux investissements (loi sur la réforme de l'imposition des entreprises II) du 22 juin 2005, *in* FF 2005, p. 4469 ss (cité : Message 22 juin 2005) ; **Projet** de Circulaire de l'Administration fédérale des contributions du 20 juin 2008, Assainissement de sociétés de capitaux et de sociétés coopératives (cité : Projet de circulaire sur l'assainissement 2008) ; **Message** du Conseil Fédéral du 25 juin 2008 sur la simplification de la TVA, *in* FF 2008, p. 6277 ss (cité : Message sur la simplification de la TVA).