



Chapitre de livre

2000

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Aspects fiscaux de l'assainissement des sociétés de capitaux

Oberson, Xavier

How to cite

OBERSON, Xavier. Aspects fiscaux de l'assainissement des sociétés de capitaux. In: Insolvençe, désendettement et redressement : études réunies en l'honneur de Louis Dallèves. Foëx, Bénédicte, Thévenoz, Luc (Ed.). Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 2000. p. 187–200. (Collection genevoise)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:16573>

Aspects fiscaux de l'assainissement des sociétés de capitaux

Xavier Oberson

Professeur à l'Université de Genève, avocat

I. Introduction

On entend généralement par assainissement, un ensemble de mesures permettant de combattre le surendettement d'une entreprise ou de rétablir un rapport approprié entre fonds propres et actifs. En pratique, le contexte dans lequel de telles procédures doivent être adoptées est souvent tendu: la survie de l'entreprise est en jeu. Il est dès lors fondamental que la complexité de la situation ne soit pas encore aggravée par des conséquences fiscales douloureuses. Les nerfs peuvent toutefois être mis à rude épreuve, car le traitement fiscal des mesures d'assainissement est plutôt complexe et controversé. Il importe donc de bien saisir les enjeux et d'évaluer, au préalable, l'impact fiscal des diverses solutions envisageables afin de maximiser l'amélioration escomptée de la position financière de l'entreprise.

Il nous a paru en conséquence approprié d'approfondir quelque peu le volet fiscal d'un sujet déjà analysé par le professeur Louis Dallèves dans le contexte du droit commercial¹. S'agissant des sociétés de capitaux (y compris les sociétés coopératives), les procédures d'assainissement posent essentiellement des questions en matière d'*impôt sur le bénéfice* (ci-après III.), tant pour la société destinataire de la mesure que pour la personne qui l'effectue. L'application du *droit de timbre* venant frapper les apports des détenteurs de droits de participation mérite également quelques éclaircissements (ci-après IV.). Au préalable, il sied de préciser la notion même d'assainissement dans le contexte du droit fiscal (ci-après II.).

¹ Voir DALLÈVES L., L'assainissement des entreprises insolubles, SJ 1992 p. 345 ss.

II. L'assainissement en droit fiscal

Le terme d'assainissement, parfois mentionné dans la législation fiscale (art. 67 al. 2 LIFD²; 25 al. 3 LHID³; 12 LT⁴), n'est pas défini expressément. On ne sera guère surpris d'apprendre que le droit fiscal tend à en adopter une notion restrictive. Selon la doctrine quasi unanime, ce concept vise les mesures tendant à rétablir l'équilibre financier d'une entreprise en situation de crise ("Not") et à assurer la continuité de l'exploitation⁵. Une entreprise est en crise, lorsqu'elle a réalisé des pertes qui, soit apparaissent au bilan, soit résultent de surévaluation d'actifs, respectivement de sous-évaluation de passifs⁶.

De nombreuses mesures d'assainissement sont concevables. En principe, on range dans cette catégorie: (i) le versement à fonds perdu, (ii) la renonciation à des créances, ou (iii) la réduction de capital (éventuellement combinée avec une augmentation subséquente). Ces procédures provoquent un bénéfice comptable, appelé **bénéfice d'assainissement**, qui doit être utilisé pour éponger des pertes courantes, faire des amortissements, constituer des provisions ou une réserve d'assainissement⁷.

On peut penser à d'autres solutions. On mentionnera dans ce contexte, la *réévaluation* d'immeubles ou de participations (aux conditions de l'art. 670 CO). A proprement parler, cette mesure n'est toutefois pas un assainissement sous l'angle du droit fiscal, car elle ne permet pas d'éliminer des pertes (au bilan commercial) puisqu'elle ne fait, en principe, pas apparaître de gain au compte pertes et profits⁸. Il s'agit donc plutôt d'une réalisation (comptable)

² Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct, RS 642.11.

³ Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes, RS 642.14.

⁴ Loi fédérale du 27 juin 1973 sur les droits de timbre, RS 641.10.

⁵ MEUTER H. U., Sanierung einer Aktiengesellschaft, Zürcher Steuerpraxis 1998, 86; RIEDWEG P., Steuerrechtliche Aspekte der Sanierung, L'expert comptable suisse 1995, p. 247; KÄNZIG E., Die direkte Bundessteuer II Teil, 2^e éd. Bâle 1992, n. 308 ad art. 49; MASSHARDT H., Kommentar zur direkten Bundessteuer, 2^e éd. Zurich 1985, n. 11 ad art. 49 al. 1 litt. a; EDELMANN M., Steuerliche Aspekte der Unternehmenssanierung, Zurich 1976; SOMMER H., Die steuerliche Behandlung von Sanierungen, Archives 36 (1966/67) p. 449, 450.

⁶ KÄNZIG E., Die Sanierung der Unternehmung und ihre Auswirkungen auf die steuerliche Gewinnermittlung, in: Grundfragen des Unternehmungssteuerrechts, Bâle 1983, p. 285.

⁷ KÄNZIG (note 6) p. 285; MASSHARDT (note 5) n. 11 ad art. 49 al. 1 litt. a BdBS.

⁸ RIEDWEG (note 5) p. 247.

des réserves latentes. De même, la *postposition* de créances, fréquemment utilisée en pratique (art. 725 al. 2 *in fine* CO), n'a pas d'incidence fiscale, faute de constituer une renonciation définitive de la créance qui continue de figurer au bilan⁹.

III. L'impôt sur le bénéfice

A. La société assainie

1. Le problème

Pour la société objet des mesures d'assainissement, fondamentalement, deux questions fiscales se posent. Tout d'abord, il faut savoir si le bénéfice comptable qui en découle fait partie ou non du bénéfice imposable (ci-après 1.). On parle de bénéfice d'assainissement *proprement dit*, dans le premier cas, respectivement *improprement dit* dans le second¹⁰. Une fois cette qualification opérée, il faut ensuite s'attarder sur les conséquences fiscales de l'utilisation des fonds; en d'autres termes, vérifier si les pertes épongées, les amortissements effectués ou les provisions constituées sont considérés comme déjà utilisés, lors d'une détermination ultérieure du bénéfice¹¹ (ci-après 2.).

2. Les conséquences fiscales des mesures d'assainissement

a. Le critère de distinction

A priori, le critère de distinction entre bénéfice d'assainissement proprement dit et improprement désigné comme tel paraît simple. Il repose sur le *lien* qui unit le prestataire de la mesure d'assainissement avec la société bénéficiaire. En conséquence, lorsque l'actionnaire effectue un apport, le bénéfice qui en découle n'est pas imposable (art. 60 lettre a LIFD; 24 al. 2 lettre a LHID). En

⁹ Pour plus de détails, voir ZWAHLEN B., *Der Rangrücktritt aus steuerlicher Sicht*, L'expert comptable suisse 1988, p. 117.

¹⁰ Voir pour cette notion, SOMMER (note 5) p. 455; YERSIN D., *Apports et retraits de capital propre et bénéfice imposable*, Lausanne 1977, p. 152.

¹¹ MASSHARDT (note 5) n. 11 ad art. 49 al. 1 litt. a BdBSt.

revanche, les mesures d'assainissement émanant de tiers font indiscutablement partie du bénéfice imposable (*proprement dit*)¹².

Cela dit, ce critère, purement *objectif*, n'est pas toujours suffisant pour délimiter les mesures en cause, car un actionnaire peut très bien entrer en relation contractuelle avec la société, comme le ferait un tiers indépendant. Dès lors, à notre sens, il convient de compléter l'analyse par un critère *subjectif*, celui de la *cause* de la prestation d'assainissement. Pour être traitée comme un bénéfice improprement dit, celle-ci doit être motivée par le lien de participation. Ainsi, le bénéfice d'assainissement n'est pas imposable, pour autant que la mesure (prestation à fonds perdus, renonciation de créance) émane d'un actionnaire agissant effectivement **en cette qualité**¹³, à savoir qu'un tiers, dans des conditions analogues, ne l'aurait pas effectuée ("arm's length principle"). En d'autres termes, une prestation mérite la qualification d'apport non imposable, dès lors qu'elle provient d'un actionnaire, intervenant de manière semblable aux autres actionnaires, ou d'un actionnaire unique, et que celle-ci trouve son fondement dans le rapport de participation¹⁴.

La distinction entre ce qui constitue une prestation de l'actionnaire ou d'un tiers est toutefois fort controversée, de telle sorte qu'il se justifie d'illustrer ce qui précède à la lumière de différents types de prestations d'assainissement.

b. Les versements à fonds perdus

Un tel versement, assimilé à un apport, provoque un gain comptable, soit un accroissement de l'actif sans augmentation du passif (dettes ou capital). Selon le texte clair de la loi, l'apport – y compris la prestation à fonds perdu – de l'**actionnaire**, n'est pas imposable (*bénéfice d'assainissement improprement dit*; art. 60 lettre a LIFD; 24 al. 2 lettre a LHID). Pour la définition de l'actionnaire, le seuil de participation est sans importance. Cette notion, con-

¹² HÖHN E./WALDBURGER R., *Steuerrecht II*, 8^e éd., Berne 1999, p. 423; REINARZ P., *Die Unternehmungssanierung im Lichte des Aktien- und Steuerrechts*, PJA 1997, p. 443 ss, 452.

¹³ CAGIANUT F./HÖHN E., *Unternehmenssteuerrecht*, 3^e éd., Berne 1993, § 12 n. 28; OBERSON X., *Droit fiscal suisse*, Bâle 1998, § 10 n. 8.

¹⁴ En ce sens également, KUHN S./BRÜLISAUER P., in: *Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/1*, n. 56 ad art. 24 StHG.

formément à la théorie dite du triangle (“Dreieckstheorie”)¹⁵, inclut cependant également les **proches**¹⁶. Dès lors, les prestations à fonds perdus effectuées dans le cadre d’un groupe, par exemple entre sociétés sœurs, subissent le même traitement.

En revanche, les versements à fonds perdus provenant de **tiers**, qui entraînent un accroissement de patrimoine, constituent indiscutablement des bénéfiques d’assainissement *proprement dits* imposables.

c. La renonciation à une créance

Le traitement fiscal de ces prestations est hautement controversé. Selon la pratique de l’AFC¹⁷, confirmée par le Tribunal fédéral¹⁸, la renonciation à une créance de l’actionnaire constitue en principe un bénéfice imposable de la société. Il n’en va autrement que dans la mesure où, alternativement, (i) le prêt de l’actionnaire a été traité comme du capital propre dissimulé avant l’assainissement; (ii) la renonciation porte sur un prêt accordé en raison de la mauvaise situation financière de la société qu’un tiers, dans les mêmes circonstances, aurait refusé d’octroyer.

Cette solution est critiquée par une partie de la doctrine, selon laquelle la renonciation de créance par un actionnaire – équivalent à un apport – tombe également dans le champ d’application de l’art. 60 lettre a LIFD (respectivement 24 al. 2 lettre a LHID)¹⁹. La prestation, selon cette conception, ne devient imposable que dès l’instant où l’actionnaire renonce à cette créance comme le ferait un tiers, en raison de relations d’affaires avec la société²⁰. On ajoutera que les cantons sont également partagés. Tandis que Zurich applique

¹⁵ Voir à ce propos, REICH M., Verdeckte Vorteilzuwendungen zwischen verbundenen Unternehmen, Archives 54 (1982/83) p. 609 ss, 635.

¹⁶ MEUTER (note 5) p. 89; KUHN S., Sanierung von Aktiengesellschaften, L’expert comptable suisse 1993, p. 879 ss, 881; AGNER P./JUNG B./STEINMANN G., Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, Zurich 1995, n. 1 ad art. 60 LIFD.

¹⁷ Circulaire AFC no 14, du 1er juillet 1981, concernant l’abandon de créances consenti par les actionnaires lors d’assainissement de sociétés anonymes, Archives 50 (1981/82) p. 65.

¹⁸ ATF 115 Ib 269.

¹⁹ MEUTER (note 5) p. 91; DUSS M., Forderungsverzicht durch Aktionäre im Zusammenhang mit Sanierungen von Aktiengesellschaften, Archives 50 (1981/82) p. 273; SCHERRER B., Das Bundesgericht zum Forderungsverzicht durch Aktionäre, StR 1990 p. 181.

²⁰ HÖHN/WALDBURGER (note 12) p. 423.

la pratique préconisée par les auteurs précités²¹, Genève reprend sans autre la position de l'AFC.

A notre sens, en accord avec la doctrine dominante, le critère déterminant est de savoir *en quelle qualité* l'actionnaire effectue les prestations d'assainissement. La forme (versement ou renonciation de créance) importe peu, dès lors qu'économiquement la mesure aboutit au même résultat pour la société. De ce point de vue, la renonciation à une créance doit être traitée comme un apport non imposable, dès l'instant où elle est motivée par le rapport de participation²². Ce n'est que si l'actionnaire agit, à l'instar des tiers, en tant que cocontractant de la société, que la renonciation sera imposée.

Cette interprétation est de surcroît compatible avec le texte de la loi qui exonère les "apports des membres de sociétés [...] y compris [...] les prestations à fonds perdus" (art. 60 lettre a LIFD; 24 al. 2 lettre a LHID). La notion d'apport, en particulier, non définie dans la loi, est une notion fiscale qui doit être appréhendée selon son contenu économique. Elle englobe, à notre avis, toutes les augmentations de la fortune de la société provenant de détenteurs de droits de participation agissant en cette qualité.

d. La réduction de capital suivie d'une augmentation

Cette opération, appelée aussi assainissement ouvert (ou apparent), provoque comptablement un gain sans incidence fiscale. Elle permet d'aboutir au même résultat qu'un apport ou une contribution à fonds perdu des actionnaires et a ainsi les mêmes conséquences.

Plus lourde et soumise aux contraintes des art. 732 ss CO, cette procédure est plutôt mise en œuvre par les sociétés cotées. Dans la mesure où le cercle d'actionnaires est restreint, les versements à fonds perdus sont plus souples et préférés dans la pratique²³.

²¹ RICHNER F./FREI W./KAUFMANN S., Zürcher Steuergesetz, Zurich 1999, n. 88 ad § 64.

²² Voir KUHN/BRÜLISAUER (note 14) n. 56 ad art. 24 StHG et les nombreuses références citées.

²³ KUHN (note 16) p. 880.

3. Les conséquences fiscales de l'utilisation des bénéfices d'assainissement

a. Les bénéfices d'assainissement improprement dits

L'impact des bénéfices d'assainissement improprement dits sur la compensation des pertes de la société ne pose, en principe, guère de difficulté. Comme ces bénéfices ne sont pas considérés comme réalisés fiscalement parlant, ils ne sauraient avoir pour effet de compenser les pertes. En conséquence, dans la mesure où elle a pour effet d'éliminer la perte figurant au bilan *commercial*, une telle mesure d'assainissement n'empêche pas la société de reporter – durant les délais légaux – la perte qui continue à figurer au bilan *fiscal*²⁴.

La situation est moins claire, s'agissant d'éventuels **amortissements** ou **provisions** effectués. Une première approche, pratiquée sous l'égide de l'Arrêté concernant l'impôt fédéral direct (AIFD)²⁵, et préconisée par de nombreux auteurs, consiste à admettre que les amortissements ou provisions constitués à l'aide de bénéfices d'assainissement improprement dits ne sont pas encore réalisés fiscalement²⁶. Ces dépenses, comptabilisées au compte d'assainissement, peuvent donc être utilisées pour compenser les bénéfices des années ultérieures. En conséquence, les amortissements et les provisions ainsi constitués figurent dans le bilan fiscal – qui déroge ainsi au bilan commercial – et peuvent ainsi être utilisés (“nachgeholt”) ultérieurement²⁷.

L'entrée en vigueur de la LIFD a – semble-t-il – provoqué un changement de pratique²⁸. Selon cette seconde approche, les amortissements et provisions comptabilisés au compte d'assainissement sont considérés comme *réalisés* fiscalement, même s'ils proviennent de bénéfices improprement dits²⁹. Il en découle que, durant l'année d'assainissement, la société fait une perte

²⁴ RIEDWEG (note 5) p. 248.

²⁵ Arrêté du Conseil fédéral du 9 décembre 1940 (remplacé dès le premier janvier 1995 par la LIFD).

²⁶ MASSHARDT (note 5) n. 11 ad art. 49 al. 1 litt. a BdBS; CAGIANUT/HÖHN (note 13) § 12 n. 34.

²⁷ REINARZ (note 12) p. 453; RIEDWEG (note 5) p. 248. La question de la durée pendant laquelle les amortissements et les provisions peuvent être utilisés est controversée en doctrine. Tandis que certains militent pour une durée illimitée, en ce sens SOMMER (note 5) p. 456, d'autres préconisent l'utilisation des règles ordinaires sur le report de pertes, CAGIANUT/HÖHN (note 13) § 12 n. 35.

²⁸ REINARZ (note 12) p. 453; RIEDWEG (note 5) p. 248.

²⁹ REINARZ (note 12) p. 453; RIEDWEG (note 5) p. 248.

plus importante. Celle-ci peut ensuite être compensée au cours des années suivantes, suivant les règles ordinaires de report des pertes. Bien que critiquée par certains auteurs³⁰, cette seconde approche trouve aussi ses partisans qui la jugent plus conforme au principe de l'autorité des comptes ("Massgeblichkeitsprinzip")³¹. Cette opinion mérite d'être suivie, car le droit fiscal ne contient aucune règle expresse correctrice qui permettrait de s'écarter des opérations comptables effectuées par la société. De surcroît, ce régime peut se fonder sur une interprétation analogique de l'art. 62 al. 3 LIFD qui vise justement à lutter contre un élargissement des possibilités de report de pertes³².

b. Les bénéfiques d'assainissement proprement dits

Ces bénéfiques, par définition, sont *réalisés* fiscalement. Ils seront compensés par des pertes, la constitution d'amortissements ou de provisions. Les "charges" représentées par les amortissements et les provisions ne peuvent donc plus être employées pour compenser des bénéfiques ultérieurs.

S'agissant toutefois des **pertes**, le législateur a prévu un régime spécifique. A certaines conditions, la société peut aller jusqu'à déduire les pertes antérieures à celles des sept exercices précédant la période fiscale (art. 67 al. 2 LIFD; 25 al. 3 LHID). Cette déduction n'est possible que pour autant (i) que les pertes n'ont pas encore pu être déduites du bénéfice; (ii) qu'elles servent à compenser des prestations destinées à équilibrer un bilan déficitaire dans le cadre d'un assainissement; et (iii) que ces prestations ne constituent pas des apports, au sens de l'art. 60 lettre a LIFD (respectivement 24 al. 3 LHID).

Le terme "bilan déficitaire" mentionné dans la loi mérite d'être précisé. Pour le Message, on vise la société qui se trouve dans la situation de l'art. 725 al. 1 CO, à savoir que plus de la moitié de son capital-social n'est pas couverte³³. Certains auteurs estiment, à juste titre, que la loi manque de précision et s'applique également lorsque les conditions d'un surendettement, au

³⁰ HÖHN/WALDBURGER (note 12) p. 424.

³¹ REINARZ (note 12) p. 453; RIEDWEG (note 5) p. 248.

³² REINARZ (note 12) p. 453; RIEDWEG (note 5) p. 248.

³³ Message du Conseil fédéral sur l'harmonisation fiscale du 25 mai 1983, FF 1983 III p. 1 ss, 120.

sens de l'art. 725 al. 2 CO sont réalisées³⁴. A notre sens, cette dernière interprétation, conforme au but visé par l'art. 67 al. 2 LIFD (respectivement 25 al. 3 LHID), découle également du principe de la capacité contributive. On doit d'ailleurs l'admettre *a fortiori* car le surendettement n'est rien d'autre qu'une forme aggravée de bilan déficitaire.

Il en résulte qu'en présence d'un bilan déficitaire, les bénéfices d'assainissement proprement dits – qui, par définition, ne constituent pas des “apports” – peuvent servir à compenser des pertes anciennes, sans limite de report dans le passé.

3. Un cas particulier: la réévaluation d'actifs immobilisés

La réévaluation de certains actifs est possible aux conditions strictes de l'art. 670 CO. La contre-valeur de la réévaluation doit être inscrite dans une réserve spéciale de réévaluation. Celle-ci ne pourra être dissoute que par transformation en capital-actions, par amortissement ou aliénation des actifs réévalués (art. 671b CO). Comptablement, en pratique, la réévaluation est en général inscrite directement au bilan (immeuble à réserve de réévaluation) sans passer par le compte pertes et profits³⁵. Un tel procédé, nous l'avons déjà relevé, n'est pas un assainissement au sens fiscal du terme, mais plutôt un remède temporaire pour éviter une situation de surendettement.

Selon la jurisprudence, antérieure à la révision du droit des sociétés anonyme de 1992, la réévaluation déclenche un bénéfice imposable, même si elle n'affecte pas le compte pertes et profits³⁶. Bien que certains auteurs jugent cette jurisprudence dépassée³⁷, elle nous paraît encore valable aujourd'hui. La réévaluation provoque en effet un gain pour la société, réalisé fiscalement³⁸, qui est imposable en raison de la règle correctrice de l'art. 58 al. 1 lettre c LIFD (art. 24 al. 1 lettre b LHID). En conséquence, indépendamment des comptes commerciaux (la perte continue de figurer au bilan), le bénéfice ainsi dégagé peut servir à compenser des pertes. Cela dit, faute de mériter la qualification d'assainissement, l'art. 67 al. 2 LIFD, respectivement 25 al. 3

³⁴ RIEDWEG (note 5) p. 249; REINARZ (note 12) p. 448.

³⁵ COTTIER A., *Traité de comptabilité générale II*, 3^e éd. Genève 1994, p. 162.

³⁶ ATF du 8 juin 1973, Archives 42 (1973/74) p. 601.

³⁷ RIVIER J.-M., *La fiscalité de l'entreprise (société anonyme)*, Lausanne 1994, p. 299.

³⁸ REINARZ (note 12) p. 448.

LHID, n'est pas applicable³⁹. On ne peut donc compenser des pertes antérieures que dans le délai ordinaire du report dans le passé (art. 67 al. 1 LIFD; 25 al. 2 LHID).

B. Le traitement fiscal de la personne qui effectue l'assainissement

1. Les prestations des actionnaires

Les conséquences fiscales d'un assainissement seront fondamentalement différentes suivant que la participation assainie appartienne à la fortune privée ou commerciale de l'actionnaire. Dans le premier cas, les mesures entreprises sont sans incidence fiscale. En effet, tant les pertes que les amortissements effectués sur des *actifs privés* ne sont pas déductibles fiscalement. En revanche, dans la seconde hypothèse, les versements à fonds perdus ou les renonciations à des créances sur des participations *commerciales* sont à activer⁴⁰. En outre, la réduction de capital provoque, dans la règle – dès lors que la société mère renonce à un remboursement futur de capital – un amortissement de la participation⁴¹. L'augmentation subséquente de capital sera ensuite à activer. A la fin de l'exercice, indépendamment de la mesure effectuée, la participation est à amortir si nécessaire⁴². Cet amortissement est en principe déductible fiscalement.

On précisera que si l'actionnaire est une société de capitaux, l'assainissement, dans la mesure où il provoque un bénéfice *improprement dit* (apport au sens de l'article 60 lettre a LIFD)⁴³, a pour conséquence d'accroître le coût d'investissement de la participation, au sens de l'art. 70 al. 4 lettre a LIFD⁴⁴. Partant, en cas de vente, et pour autant que les autres conditions

³⁹ RIEDWEG (note 5) p. 252; cette position est également celle de l'AFC, voir la circulaire n. 25, du 27 juillet 1995, sur les effets de la révision du droit de la société anonyme, ch. 1.6.

⁴⁰ MEUTER (note 5) p. 102; KUHN (note 16) p. 887.

⁴¹ DELL'ANNA F./RIEDER B., Kapitalgewinne auf Beteiligungen nach Sanierungen, L'expert comptable suisse 1998, p. 653; KUHN (note 16) p. 887.

⁴² REINARZ (note 12) p. 458.

⁴³ Pour plus de détails sur ce sujet, voir DELL'ANNA/RIEDER (note 41) p. 649 ss.

⁴⁴ Circulaire AFC no 9, du 9 juillet 1998, 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, Archives 67 (1998/99) p. 145, ch. 2.5.1.

soient réalisées (notamment le pourcentage de 20%), la société mère verra la réduction pour participation réduite à concurrence du montant de l'assainissement.

Le problème est beaucoup plus délicat – et controversé – en cas de prestations d'assainissement entre sociétés **sœurs**. Tout le monde semble admettre que les mesures d'assainissement qui sont effectuées par la société sœur agissant comme un tiers indépendant (*bénéfice proprement dit*) sont à traiter comme des charges extraordinaires déductibles⁴⁵. En revanche, si la sœur entreprend l'assainissement en sa qualité de proche de l'actionnaire (*bénéfice improprement dit*), on pourrait faire valoir, en application de la théorie du triangle⁴⁶, que l'apport est effectué indirectement en faveur de la société bénéficiaire de la mesure, par le truchement de la société mère⁴⁷. Selon cette conception, la société sœur qui procède à l'assainissement effectuerait une prestation appréciable en argent à sa mère qui, ensuite, fournirait l'apport (dissimulé) à la société destinataire de la mesure. Cette vision des choses – très rigide, comme l'a montré REICH⁴⁸ – est peu conciliable avec le principe de l'opposabilité des comptes: en l'absence de base légale expresse, la société mère ne réalise pas encore un bénéfice effectif.

2. Les prestations de tiers

Toutes les mesures d'assainissement effectuées par les tiers sont déductibles fiscalement⁴⁹.

IV. Le droit de timbre

En général, les diverses mesures d'assainissement effectuées par les actionnaires sont soumises au droit de timbre d'émission de 1% (art. 5 LT). On

⁴⁵ MEUTER (note 5) p. 104, DELL'ANNA/RIEDER (note 41) p. 651, KUHN (note 16) p. 888.

⁴⁶ Voir à ce propos, REICH (note 15) p. 635 ss, ATF 119 Ib 119.

⁴⁷ MEUTER (note 5) p. 104, DELL'ANNA/RIEDER (note 41) p. 651.

⁴⁸ REICH (note 15) p. 635. On précisera, à toutes fins utiles, que l'impôt anticipé n'applique pas la théorie du triangle et considère que la prestation de la sœur est fournie directement à l'autre société bénéficiaire.

⁴⁹ KUHN (note 16) p. 888.

notera en particulier que les *versements supplémentaires* que les actionnaires ou associés font à la société sans contre-prestation correspondante et sans que soit augmenté le capital social sont assimilés à la création de droits de participation (art. 5 al. 2 lettre a LT). Il en va ainsi, typiquement, des prestations à fonds perdus ou des renoncements de créances des actionnaires. Conformément au formalisme du droit de timbre, la notion d'*actionnaire* n'englobe pas les proches. Il en résulte que, contrairement à l'impôt fédéral direct, les prestations d'assainissement effectuées par des sociétés sœurs sont assimilées à des prestations de tiers non frappées du droit de timbre.

La rigueur purement formelle du droit de timbre peut toutefois s'avérer trop pénalisante dans le contexte d'un assainissement. A cet effet, la loi prévoit qu'en cas d'assainissement ouvert ou tacite d'une société de capitaux ou d'une société coopérative, le sursis à la perception ou la remise du droit doivent être accordés, dans la mesure où la perception du droit d'émission devait avoir des conséquences manifestement rigoureuses (art. 12 LT). On se gardera de tout enthousiasme démesuré car la pratique est fort restrictive et cela, sous deux angles⁵⁰.

En premier lieu, la notion d'assainissement, dans le cadre de cette disposition, ne vise que les mesures spécifiques qui permettent l'*élimination des pertes* accumulées et le rétablissement de la rentabilité de l'entreprise en difficulté⁵¹. Cette pratique est d'ailleurs corroborée par l'art. 17 OT, selon lequel la demande de remise doit effectivement indiquer les causes des pertes et les mesures permettant d'y remédier.

Cette condition est réalisée en cas de réduction de capital destinée à éliminer des pertes, suivie d'une augmentation (assainissement *ouvert*), ou lorsque les actionnaires effectuent des prestations à fonds perdus ou renoncent à des créances (assainissement *tacite*). La remise est en revanche exclue dans le cadre d'une seule augmentation de capital qui, en soi, n'élimine aucune perte⁵². De même, il n'y a pas d'assainissement si, par exemple, des réserves latentes (notamment sur des immobilisations) auraient pu être utilisées pour couvrir les pertes. Dans une décision de principe, le Conseil fédéral a ainsi refusé une remise d'impôt à une banque qui avait effectué des prestations à

⁵⁰ Voir à ce propos, notamment, STOCKAR C., Der Erlass der eidgenössischen Emissionsabgabe, L'expert comptable suisse 1982 p. 2 ss.

⁵¹ Archives 65 (1996/97) p. 492; JAAC 59 n. 60 p. 500; RDAF 1981, 184.

⁵² Décision du Conseil fédéral du 19 août 1992, Archives 61 (1992/93) p. 671 = RDAF 1993, 329.

fonds perdus pour éliminer des pertes, afin de satisfaire aux ratios de la législation bancaire, alors que des réserves de la banque lui permettaient d'absorber ces pertes⁵³.

En second lieu, encore faut-il que la perception du droit ait des conséquences manifestement rigoureuses. La pratique répond par la négative si le besoin d'assainir a pour origine une insuffisance de fonds propres de la société⁵⁴. Cette position, qui vise à garantir le principe d'égalité de traitement des contribuables, n'entend ainsi pas encourager la constitution de sociétés sous-capitalisées⁵⁵. Le remise du droit de timbre, selon cette conception, ne doit pas permettre à une société sous-capitalisée de se procurer du capital en éludant les droits de timbre⁵⁶.

V. Conclusions

Sous l'angle de l'imposition du **bénéfice**, fondamentalement, l'élément déterminant est la qualification fiscale de la mesure d'assainissement. Cela dit, on peut se demander si l'entrée en vigueur de la LIFD et de la LHID n'ont pas rendu obsolète la distinction entre bénéfices d'assainissement proprement dits et ceux improprement désignés comme tels.

En effet, le problème aujourd'hui consiste, dans un premier temps, à déterminer si la prestation d'assainissement, bien qu'elle entraîne, comptablement, un bénéfice d'assainissement, constitue ou non un *apport* (au sens de l'art. 60 lettre a LIFD). Dans la négative, la prestation d'assainissement, indépendamment de sa forme, et conformément au principe de l'opposabilité des comptes, est un bénéfice imposable (art. 58 LIFD; 24 al. 1 LHID).

Dans un second temps, il convient d'analyser l'impact de l'utilisation des bénéfices générés par les mesures d'assainissement. Celles qui consti-

⁵³ Archives 65 (1996/97) p. 489.

⁵⁴ STOCKAR C., *Aperçu des droits de timbre et de l'impôt anticipé*, 3^e éd., Lausanne 1994, p. 114 (cas 27).

⁵⁵ STOCKAR C./HOCHREUTENER H.P., *Die Praxis der Bundessteuern, II Teil, Stempelabgaben und Verrechnungssteuer Bâle* (feuillet mobiles), art. 12 ch. 2 n. 18 et art. 12 ch. 3 n. 9.

⁵⁶ Archives 55 (1986/87), p. 151 = RDAF 1987, 260.

tuent des apports (bénéfices improprement dits selon la terminologie "classique"), ne sauraient avoir pour effet de compenser, fiscalement, les pertes. La solution est plus délicate pour les apports qui servent à effectuer des amortissements ou des provisions. La thèse qui considère ces charges comme réalisées fiscalement (la perte plus importante réalisée pouvant être compensée suivant les règles ordinaires les années suivantes) a toutefois le mérite de respecter le principe de l'opposabilité des comptes.

Enfin, toutes les mesures d'assainissement qui ne peuvent être qualifiées d'apports sont considérées comme *réalisées* fiscalement. Elles seront compensées par des pertes, la constitution d'amortissements ou de provisions. Ces bénéfices d'assainissement pourront de surcroît être utilisés pour éponger d'anciennes pertes, sans limite de report dans le passé (art. 67 al. 2 LIFD, 25 al. 3 LHID).

Le **droit de timbre**, idéalement, devrait suivre la même logique en ne frappant que les apports des actionnaires (et les prestations assimilées). La rigueur formelle, typique d'un impôt sur les transactions, ne s'accommode pas forcément de l'approche plus économique suivie par les impôts directs. Cette situation présente des avantages comme des inconvénients pour les contribuables. Elle est favorable dans le cas des transactions entre sociétés soeurs, traitées indistinctement comme des prestations émanant de tiers (donc non imposables). Elle provoque par contre une interprétation très sévère de l'art. 12 LT (remise d'impôt) dont le terme "doit" est devenu, au fil des ans, "peut exceptionnellement".