

# Abandon de créances et autres debt equity swaps



**Stefan Oesterhelt**

expert fiscal diplômé, avocat, LL. M., Homburger, Zurich



**Susanne Schreiber**

experte fiscale diplômée, avocate, conseillère fiscale,  
Bär & Karrer, Zurich

L'abandon de créance est un instrument particulièrement prisé pour assainir une société, mais une opération délicate du point de vue fiscal. Etant donné que les abandons de créances et autres debt for equity swaps sont ou vont gagner en importance dans la situation économique difficile liée au COVID-19, la pratique actuelle des autorités administratives doit

## INHALT

- 1 Introduction**
- 2 Abandon de créance par l'actionnaire**
  - 2.1 Circonstances de fait
  - 2.2 Impôt sur le bénéfice de la débitrice
  - 2.3 Droit de timbre d'émission
  - 2.4 Constitution de RAC
  - 2.5 Conséquences fiscales pour le créancier
- 3 Abandon de créance par une sœur**
  - 3.1 Impôt sur le bénéfice de la débitrice
  - 3.2 Conséquences fiscales pour la créancière
  - 3.3 Conséquences fiscales pour la mère
  - 3.4 Droit de timbre d'émission et RAC
  - 3.5 Impôt anticipé
- 4 Abandon de créance par une filiale**
  - 4.1 Impôt sur le bénéfice de la débitrice
  - 4.2 Impôt sur le bénéfice de la fille
  - 4.3 Impôt anticipé
- 5 Abandon de créances par des tiers**
- 6 Émission de bons de récupération**
  - 6.1 Champ d'application
  - 6.2 Impôt sur le bénéfice de la débitrice
  - 6.3 Créancier renonçant
  - 6.4 Impôt anticipé
  - 6.5 Droit d'émission et de timbre de négociation
- 7 Émission de bons de jouissance d'assainissement**
- 8 Autres debt equity swaps**
  - 8.1 Subvention en espèces avec remboursement du prêt
  - 8.2 Apport de créance par l'actionnaire
  - 8.3 Subvention suivie d'une compensation
  - 8.4 Libération par compensation
  - 8.5 Reprise de dette par la mère
  - 8.6 Digression: rachat d'une créance sous pari
- 9 Digression: notion d'assainissement**
- 10 Conclusion**

## ABHANDLUNGEN · ARTICLES DE FOND

---

être présentée en détail et évaluée de manière critique. La présente contribution met notamment l'accent sur le traitement parfois contradictoire en matière d'impôt sur le bénéfice, de droit de timbre d'émission et d'impôt anticipé et sur les abandons de créances sans incidence sur le résultat (du point de vue du droit commercial et donc aussi de l'impôt sur le bénéfice). Enfin, il s'agit de présenter des solutions alternatives fiscalement efficaces pour un *debt for equity swap*.

### 1 Introduction

Un abandon de créance par un proche soulève une série de questions fiscales intéressantes.<sup>1</sup> Malheureusement, celles-ci ne sont pas harmonisées dans la pratique et sont désormais régies par plusieurs circulaires de l'AFC<sup>2</sup> ce qui entraîne d'importantes contradictions.<sup>3</sup> En raison de la pratique actuelle de l'AFC et de la jurisprudence du Tribunal fédéral, un abandon de créance de l'actionnaire est souvent peu attrayant, du moins

du point de vue de l'impôt sur le bénéfice. La pratique de l'AFC et la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant le traitement fiscal de l'abandon de créance de l'actionnaire ne nous convaincent pas et ne tient pas compte de la question des abandons de créances comptabilisés sans incidence sur le résultat. Il est généralement difficile d'informer un contribuable qui se trouve dans une situation économique difficile et qui dépend donc d'une remise de dette de son actionnaire que le prétendu bienfait de l'actionnaire doit avoir des conséquences fiscales pour le débiteur, bien que les apports de l'actionnaire ne soient pas soumis à l'impôt sur le bénéfice.

Comme on le verra dans le cadre de cette contribution au ch. 8, un résultat économique comparable à un abandon de créance peut aussi être obtenu par des formules alternatives permettant au moins d'éviter les conséquences négatives de l'impôt sur le bénéfice. Le mécontentement des contribuables exposés à des conséquences fiscales peut ainsi être limité. L'assainissement comptable d'une société par le biais d'un *debt for equity swap* est cependant un domaine dans lequel un guide expérimenté est particulièrement important en raison de la jungle fiscale. Aujourd'hui, de bons conseils sont non seulement chers, mais trop chers pour de nombreuses

---

<sup>1</sup> Les auteurs et Cosmos Verlag remercient Raphaël Fellay, Avocat, Homburger AG pour sa révision de la traduction de cet article.

<sup>2</sup> AFC, circulaire 32 du 23.12.2010, Assainissement de sociétés de capitaux et de sociétés coopératives; AFC, circulaire 29b du 23.12.2019, Principe de l'apport de capital; AFC, circulaire 27 du 17.12.2009, réduction de l'impôt sur les rendements de participations à des sociétés de capitaux et de sociétés coopératives.

<sup>3</sup> L'appréciation divergente, au sein de l'AFC, de l'abandon de créances par d'importants responsables des divisions «Surveillance Cantons» et «Contrôle externe» rappelle la situation narrée par le troubadour bernois Mani Matter: «Itz schtellet nech vor / Jede bhauptet eifach / So win ärs gseht sigs richtig / und scho heisi Krach / Si gäbe enander mit Schirme ufs Dach / Dr Zug fahrt...». Comme vous le savez, le conducteur n'a pas approfondi la question, mais le train est arrivé à Rorschach, le responsable de la division «Contrôle externe» est finalement parti à la retraite et la circulaire 29b a été modifiée.

PME confrontées à des difficultés économiques liées au COVID-19. Il est donc recommandé à ces contribuables et à leurs conseillers de s'abonner à la Revue fiscale et de lire cette contribution.

## 2 Abandon de créance par l'actionnaire

### 2.1 Circonstances de fait

Alors que le traitement fiscal de l'abandon de créance par un tiers indépendant est pour l'essentiel clair (c'est-à-dire avec incidence sur le rendement),<sup>4</sup> l'abandon de créance par une personne proche (mère, sœur, fille)<sup>5</sup> soulève de nombreuses questions. La situation la plus importante et la plus controversée est l'abandon de créance par le détenteur de parts (actionnaire). C'est également le cas qui a mené au conflit au sein de l'AFC décrit ci-dessus.<sup>6</sup>

Il est ici question de manière simplifiée de «renonciation de créance par l'actionnaire». Les explications qui suivent s'appliquent toutefois aussi bien au détenteur direct de parts (société mère) qu'au détenteur indirect de parts (p. ex. société-mère). Des différences apparaissent à cet égard uniquement en ce qui concerne le droit de timbre d'émission et les apports provenant des réserves issues d'apports de capital (RAC). Enfin, les considérations qui précèdent s'appliquent en principe aussi aux actionnaires minoritaires et autres détenteurs de participations (p. ex.

détenteurs de bons de participation ou de bons de jouissance).

Le fait que la créancière renonçante soit une société suisse ou étrangère ne joue pas non plus un rôle dans le traitement fiscal de la société débitrice suisse.

Ci-après, l'accent est mis sur l'abandon de créances par une personne morale. A l'exception des conséquences fiscales pour la créancière, les explications s'appliquent également à l'abandon de créance par une personne physique.

### 2.2 Impôt sur le bénéfice de la débitrice

#### 2.2.1 Application de l'art. 60 let. a LIFD en cas de comptabilisation avec incidence sur le résultat?

Du point de vue de la débitrice (filiale), la qualification fiscale d'un abandon de créance de l'actionnaire (direct ou indirect) n'est pas nécessairement évidente: alors que l'abandon de créance d'un tiers indépendant constitue incontestablement un rendement imposable tant du point de vue du droit commercial que du point de vue de l'impôt sur le bénéfice,<sup>7</sup> la question se pose tout d'abord de savoir si les abandons de créances de l'actionnaire sont comptabilisés dans le compte de résultat ou sans incidence sur le résultat. Comme le montre encore le ch. 2.2.3, il y a là une certaine flexibilité: si l'abandon de créance est comptabilisé dans le compte de résultat du point de vue du droit commercial, il faut en principe en tenir compte pour l'impôt sur

<sup>4</sup> Cf. Ch. 5

<sup>5</sup> Cf. Ch. 2.2 (mère), ch. 3 (sœur) et ch. 4 (fille).

<sup>6</sup> Cf. note de bas de page No. 2

<sup>7</sup> Cf. AFC, circulaire 32 du 23.12.2010, ch. 4.1.1.1.c et ch. 5

## ABHANDLUNGEN · ARTICLES DE FOND

---

le bénéficiaire en raison du principe de déterminance. Il n'en va autrement que si une norme de correction de l'impôt sur le bénéficiaire permet une dérogation au principe de déterminance. L'art. 60, let. a, LIFD entre potentiellement en ligne de compte à cet égard.

En effet, l'art. 60 let. a LIFD doit être interprété comme une norme de correction fiscale au principe de déterminance (en principe applicable).<sup>8</sup>

Il s'ensuit que, sur la base de l'art. 60 let. a LIFD, une correction fiscale (par déduction dans la déclaration d'impôt) peut également être opérée en cas de comptabilisation de l'apport avec incidence sur le compte de résultat au sens du droit commercial. Dans son arrêt du 20 octobre 2014, le Tribunal fédéral a également reconnu que l'art. 60, let. a, LIFD constituait une norme corrective au principe de déterminance.<sup>9</sup>

Comme il sera démontré au ch. 8, le même résultat économique d'un abandon de créance peut être obtenu par une avance de la créance par la créancière.<sup>10</sup> Etant donné qu'un versement supplémentaire entre clairement dans le champ d'application de l'art. 60 let. a LIFD et n'est donc pas soumis à l'impôt sur le bénéficiaire, il devrait en être de même pour l'abandon de créance direct de l'actionnaire. En effet, même en cas de renonciation à une créance, la fortune de la

filie s'accroît grâce à une prestation volontaire (renonciation) de l'actionnaire (suppression du caractère contraignant). De ce point de vue, une correction selon l'art. 60 let. a LIFD devrait en principe être admise en cas d'abandon de créance comptabilisé dans le compte de résultat.

Il peut en être autrement dans le cas où l'actionnaire renonce non pas en raison de sa qualité d'associé, mais comme un tiers, c'est-à-dire que la renonciation est conforme à une comparaison avec un tiers et représente donc une charge justifiée par l'usage commercial pour le créancier. Dans cette situation (plutôt rare), il serait judicieux de qualifier la renonciation de rendement soumis à l'impôt sur le bénéficiaire auprès de la débitrice et de dépense déductible auprès de la créancière, par analogie avec la pratique zurichoise et la pratique actuelle de l'AFC relative à l'abandon de créance par une société sœur, et de rejeter ainsi une correction selon l'art. 60 let. a LIFD.

### 2.2.2 Principe de la pratique administrative: rendement imposable

Malheureusement, ni l'AFC ni le Tribunal fédéral ne partagent (du moins jusqu'à présent) l'avis exprimé ici. Le ch. 4.1.1.1.a de la circulaire 32 précise en effet que les abandons de créances

---

<sup>8</sup> PETER BRÜLISAUER, in: Zweifel/Beusch (éd.), *Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht*, DBG, 3e éd., Bâle 2017, art. 60 No. 2; MADELEINE SIMONEK, *Unternehmenssteuerrecht*, Zurich 2019, § 6 No. 52; d'un avis différé: PETER LOCHER, *Kommentar zum DBG*, 2e partie: art. 49 à 101, Bâle 2004, art. 60 No. 2, selon lequel cette disposition constitue une simple interprétation.

<sup>9</sup> TF, 20.10.2014, 2C\_634/2012, consid. 5.2.3 = arrêt 2015, 247 ss.

<sup>10</sup> Il convient de traiter de la même manière un versement en espèces avec remboursement de la dette par la débitrice (cf. ch. 8.1), une promesse de versement avec compensation ultérieure contre la créance existante (cf. ch. 8.3), une libération par compensation (cf. ch. 8.4) ou une promesse de libération par la mère au sens des art. 175 s. CO (cf. ch. 8.5).

par les associés doivent en principe<sup>11</sup> être traités de la même manière que les abandons de créances de tiers et que la société obtient ainsi un accroissement de son patrimoine, qui influe sur le résultat. Dans la circulaire 32, l'AFC se réfère à l'arrêt du Tribunal fédéral du 28 septembre 1989 (encore rendu à propos de l'AIFD).<sup>12</sup> Comme l'abandon de créance déploie ici des effets sur l'impôt sur le bénéfice, il est également appelé «rendement d'assainissement proprement dit». Ainsi, la circulaire 32 rejette clairement l'opinion défendue au ch. 2.2.1, selon laquelle l'art. 60, let. a, LIFD peut être invoqué comme norme de correction en cas d'abandon de créance comptabilisé dans le compte de résultat selon le droit commercial.

Le Tribunal fédéral a confirmé cette pratique (désormais en relation avec la LIFD) dans son arrêt du 20 octobre 2014.<sup>13</sup> Dans l'arrêt-clé précité du 20 octobre 2014, le Tribunal fédéral a été saisi d'un cas dans lequel l'abandon de créance était comptabilisé en résultat commercial. Dans la *ratio decidendi* du moins, le Tribunal fédéral n'a donc pris position que sur le fait qu'en cas d'abandon de créance comptabilisé dans le compte de résultat, à la différence de ce qui est représenté ici (cf. ch. 2.2.1 ci-dessus), une correction fondée sur l'art. 60 let. a LIFD ne doit

être effectuée que dans deux cas exceptionnels (cf. ch. 2.2.6 et 2.2.7 ci-après).

### 2.2.3 Abandon de créances comptabilisé sans incidence sur le résultat selon le droit commercial

Une autre question est toutefois de savoir comment un abandon de créance comptabilisé sans incidence sur le résultat selon le droit commercial doit être évalué fiscalement. Une telle comptabilisation dans le capital propre est en effet tout à fait admissible en cas de renonciation à une créance au sein du groupe d'actionnaires selon le droit comptable suisse. Le Manuel suisse d'audit (MSA) déclare explicitement admissible la comptabilisation directe (sans incidence sur le résultat) de l'abandon de créance de l'actionnaire dans le capital propre dans le cadre d'un assainissement.<sup>14</sup> La question de savoir si (du point de vue du droit commercial) une comptabilisation sans incidence sur le résultat de l'abandon de créance est autorisée en dehors d'un assainissement n'est pas abordée par le MSA, mais correspond entre-temps à la pratique – dans la plupart des cas, elle est désormais comptabilisée directement dans les fonds propres et non pas dans le compte de résultat. Il n'y a en effet aucune raison pour laquelle une

<sup>11</sup> Les exceptions ne s'appliquent qu'à hauteur des fonds propres dissimulés (cf. ch. 2.2.6) et aux crédits d'assainissement (cf. ch. 2.2.7).

<sup>12</sup> ATF 115 Ib 269 = Archives 59 (1990/1991), 551 ss.

<sup>13</sup> TF, 20.10.2014, 2C\_634/2012, consid. 3.2.3 = Revue fiscale 2015, 247 ss.; y sont également rejetés l'ancienne jurisprudence zurichoise selon laquelle il faut distinguer entre l'actionnaire qui renonce à la vente en sa qualité d'actionnaire ou comme un tiers (cf. à ce sujet DUSS/HELBING, Sanierung der Zürcher Sanierungspraxis bei Forderungsverzicht?, ST 2011, 527 ss.).

<sup>14</sup> CHAMBRE FIDUCIAIRE (éd.), Manuel suisse d'audit (MSA), volume 1 «Buchführung und Rechnungslegung», Zurich 2014, ch. IV.2.28.3. C'est déjà le cas lors de la mise à l'enquête de 2009, ch. 6.26.2.2. Dans le MSA 1998, ch. 2.3833 e), il est déjà dit, à la différence de la postposition, que «en cas d'abandon de créance d'actionnaires, il y a un apport en capital...».

## ABHANDLUNGEN · ARTICLES DE FOND

---

comptabilisation sans incidence sur le résultat d'un abandon de créance du détenteur de parts (direct ou indirect) ne doit pas être autorisée en dehors d'un assainissement. La mention de l'«assainissement» au ch. IV.2.28.3 MSA n'a donc aucune portée restrictive.

Du point de vue de l'impôt sur le bénéfice, la question se pose donc de savoir si, en cas de comptabilisation (conforme au droit commercial) sans incidence sur le résultat, le principe de détermination doit être respecté ou si une correction de l'impôt sur le bénéfice peut ou doit être opérée. Dans son arrêt du 1<sup>er</sup> mai 2019, le Tribunal administratif d'Argovie a jugé qu'un abandon de créance pouvait avoir une incidence sur l'impôt sur le bénéfice même s'il avait été comptabilisé sans incidence sur le résultat du point de vue du droit commercial et que le principe de détermination ne s'appliquait pas en l'espèce.<sup>15</sup> Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral n'avait pas à juger de cette affaire. En fin de compte, le Tribunal fédéral n'a pas tranché cette question, y compris *obiter dicta*. Dans son arrêt du 20 octobre 2014, le Tribunal fédéral justifie en effet le traitement fiscal de l'abandon de créance selon l'impôt sur le bénéfice par le fait que celui-ci doit être «pris en compte dans le compte de résultat du point de vue du droit commercial» et y rejette la correction fiscale selon l'art. 60 let. a LIFD.<sup>16</sup> Il n'est donc pas clair en fin de compte comment le Tribunal fédéral

jugerait le cas d'un abandon de créance comptabilisé sans incidence sur le résultat du point de vue du droit commercial.

Dans la circulaire 32, l'AFC ne se prononce pas non plus explicitement sur la question de savoir si un abandon de créance comptabilisé sans incidence sur le compte de résultat au sens du droit commercial a également une incidence sur l'impôt sur le bénéfice. Le ch. 4.1.1.1.a de la circulaire 32 précise simplement de manière générale qu'un abandon de créance d'un associé constitue, du point de vue de l'impôt sur le bénéfice, un accroissement de patrimoine, qui influe sur le résultat. Comme il n'est donc pas fait référence à la comptabilisation au sens du droit commercial, l'AFC accepte ici une violation du principe de détermination et soumet elle-même de manière indifférenciée à l'impôt sur le bénéfice un abandon de créance comptabilisé (selon le droit commercial) sans incidence sur le résultat.<sup>17</sup>

La prise en compte d'un abandon de créance comptabilisé sans incidence sur le résultat du point de vue du droit commercial et, partant, une violation du principe de détermination pré-suppose en principe que l'abandon de créance puisse être compris dans l'art. 58 al. 1 let. b ou c LIFD (cf. ch. 2.2.4 ci-après). La circulaire 32 ne tire certes pas explicitement cette conséquence. Toutefois, si l'AFC veut également assujettir à l'impôt sur le bénéfice l'abandon de créance

---

<sup>15</sup> VGer AG, 1.5.2019, SJZ 2020, 37 ss, 38 s. *In casu*, l'abandon de créance n'a toutefois pas eu d'incidence sur l'impôt sur le bénéfice, car l'exception pour les crédits d'assainissement (ch. 2.2.7) pouvait être appliquée.

<sup>16</sup> TF, 20.10.2014, 2C\_634/2012, consid. 3.1 = Revue fiscale 2015, 247 ss.

<sup>17</sup> En revanche, le ch. 2.1 du Baselpbieter Steuerbuch, volume 2 – Unternehmenssteuerrecht 57 no. 2 précise explicitement que les bénéfices d'assainissement proprement dits comptabilisés sans incidence sur le résultat doivent être compensés aux fins de l'impôt sur le bénéfice.

comptabilisé sans incidence sur le résultat du point de vue du droit commercial, elle n'a en fin de compte aucune alternative que de l'inclure à l'art. 58, al. 1, let. b ou c, LIFD.

Dans son arrêt du 1<sup>er</sup> mai 2019, le Tribunal administratif d'Argovie ne mentionne à aucun moment les art. 58 al. 1 let. b ou c LIFD, respectivement 24 al. 1 let. b LHID et § 68 al. 1 let. b ou c StG AG et ne fait que commenter l'art. 60 let. a LIFD (respectivement l'art. 24 al. 1 let. a LHID et le § 70 let. a StG AG), qui n'est pas applicable en l'espèce.<sup>18</sup> Il précise toutefois ce qui suit: «Toutefois, si, comme dans le cas présent, l'autorité fiscale arrive à la conclusion que, contrairement à la comptabilisation dans les comptes annuels, il existe une opération ayant un effet sur le résultat, elle peut procéder à une correction du bilan à des fins fiscales. Dans ce cas, la recourante n'aide pas non plus l'organe de révision à confirmer que la comptabilisation est conforme au droit commercial».

Ainsi formulée, de manière apodictique, la déclaration du Tribunal administratif d'Argovie est certainement inexacte. En effet, il ne suffit pas que l'autorité fiscale «arrive à la conclusion» qu'il est possible, dans un cas, de déroger au principe de détermination. Cette «conclusion» de

l'administration fiscale doit plutôt reposer sur une base légale suffisante. Cela correspond à l'effet de protection du principe de détermination en faveur du contribuable, c'est-à-dire des comptes annuels conformes au droit commercial.<sup>19</sup> *Tertium non datur?* Il en va autrement si les autorités fiscales parvenaient à la conclusion que la comptabilisation de l'abandon de créance par la société, sans incidence sur le résultat, n'était pas conforme au droit commercial. Etant donné que le Tribunal administratif d'Argovie, d'une part, ne fait pas référence à l'art. 58 al. 1 let. b ou c LIFD respectivement au § 68 al. 1 let. b ou c StG AG et, d'autre part, qu'il n'évoque, pour motiver la déclaration susmentionnée, qu'un seul avis de doctrine - rédigé par le président du tribunal MARKUS BERGER lui-même - dans lequel la «correction du bilan» est préconisée par les autorités fiscales, il faut partir de l'art. 68 al. c.<sup>20</sup> Le Tribunal administratif d'Argovie n'examine toutefois que de manière insuffisante si cette «correction du bilan» était matériellement correcte. Ainsi, il est certes renvoyé à l'arrêt du Tribunal fédéral du 20 octobre 2014<sup>21</sup> (concernant le cas d'un abandon de créance comptabilisé dans le compte de résultat) ainsi qu'à la circulaire 32 et à toute une série de publications

<sup>18</sup> En effet, en tant que norme de correction, l'art. 60 let. a LIFD n'est applicable en cas d'abandon de créance que si celui-ci a été comptabilisé dans le compte de résultat du point de vue du droit commercial (cf. ch. 2.2.1).

<sup>19</sup> Cf. BRÜLISAUER/MÜHLEMANN, in: Zweifel/Beusch (éd.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, LIFD, 3e éd., Bâle 2017, art. 58 No. 16; PIERRE-MARIE GLAUSER, IFRS et droit fiscal: Les normes true and fair et le principe de détermination en droit fiscal suisse actuel, Archives 74 (2005/2006), 529 ss, 534 a déduit quatre règles de base du principe de détermination: 1) une écriture exigée par le droit commercial doit être reconnue fiscalement, 2) une écriture interdite par le droit commercial ne doit pas être acceptée fiscalement, 3) le choix de la comptabilisation effectué par le contribuable doit être respecté par les autorités fiscales, 4) par conséquent, les autorités fiscales ne peuvent en principe pas déroger au bilan commercial (établi selon les règles ou principes applicables), à moins que cela soit prévu explicitement par une réglementation fiscale.

<sup>20</sup> MARKUS BERGER, Probleme der Bilanzberichtigung, Archives 70 (2001/2002), 539 ss, 552 s.

<sup>21</sup> TF, 20.10.2014, 2C\_634/2012 = Revue fiscale 2015, 247 ss.

## ABHANDLUNGEN · ARTICLES DE FOND

---

fiscales pertinentes qui ne se prononcent pas explicitement sur cette question, mais il n'est absolument pas tenu compte du MSA (ou d'autres ouvrages sur le droit comptable). Etant donné que le MSA – la «Bible» du droit comptable suisse – autorise explicitement la comptabilisation sans incidence sur le résultat de l'abandon de créance de l'actionnaire (direct ou indirect), la conclusion du Tribunal administratif d'Argovie semble très absurde – une correction du bilan présuppose sans aucun doute un bilan contraire au droit commercial et ne saurait être laissée à l'appréciation de l'autorité fiscale en tant que simple modification du bilan.

Même si la qualification juridique des autorités fiscales reste en fin de compte anodine, la circulaire 32 de l'AFC et le Tribunal administratif d'Argovie semblent d'accord sur le résultat: même un abandon de créance comptabilisé sans incidence sur le compte de résultat au sens du droit commercial a (en principe) une incidence sur l'impôt sur le bénéfice. Une autre règle ne doit s'appliquer que si l'exception s'applique soit au capital propre dissimulé (ch. 2.2.6), soit aux crédits d'assainissement (ch. 2.2.7).

### **2.2.4 Abandon de créance en tant que cas d'application de l'art. 58 al. 1 let. b ou c LIFD?**

Comme mentionné plus haut, il n'est possible de déroger à un bilan conforme au droit commercial qu'en présence d'une base légale à la charge du contribuable. Cela correspond également au principe de légalité en vigueur en droit fiscal (art. 127, al. 1, Cst.). C'est pourquoi le traitement

avec incidence sur l'impôt sur le bénéfice d'un abandon de créance comptabilisé conformément au droit commercial sans incidence sur le résultat nécessite une base légale. Seul l'art. 58, al. 1, let. b ou c LIFD entre potentiellement en ligne de compte.

Selon l'art. 58, al. 1, let. b, LIFD, le bénéfice net imposable se compose des éléments du résultat commercial qui ont été retirés avant le calcul du solde du compte de résultat et qui ne sont pas utilisés pour couvrir des charges justifiées par l'usage commercial, notamment des apports aux réserves. Les apports aux réserves sont en principe neutres du point de vue du résultat et ne peuvent donc pas conduire à un redressement du bénéfice. La mention expresse des «apports aux réserves» semble certes couvrir précisément notre cas, mais ne justifie pas une revalorisation du bénéfice si les apports ont déjà été comptabilisés sans incidence sur le résultat. Une correction n'est justifiée que si l'apport a été comptabilisé comme charge.<sup>22</sup> C'est toutefois à juste titre qu'il incombe de ne pas corriger l'apport. Les attributions au sein des réserves (p. ex. réserves de réduction du bénéfice pour les dépenses futures) peuvent également justifier une compensation, mais elles ne concernent pas le cas d'un apport sans incidence sur le résultat comptabilisé conformément au droit commercial.

Une correction par l'intermédiaire de l'art. 58, al. 1, let. c, LIFD porte sur les revenus non crédités au compte de résultat, y compris les gains en capital, en réévaluation et en liquidation. Les gains en capital sont régulièrement

---

<sup>22</sup> Voir SIMONEK, (note de bas de page no. 7), § 8, no. 72.

comptabilisés dans le compte de résultat, tandis que les bénéfices de réévaluation selon l'art. 670 CO sont traités de manière neutre au moyen d'une réserve de réévaluation, si bien qu'une correction fiscale est nécessaire. Cette norme permet de corriger fiscalement les opérations comptabilisées sans incidence sur le résultat ou de saisir les bénéfices anticipés (p. ex. les revenus non compensés). Il doit s'agir de «revenus», dont l'apport de capitaux extérieur (par ex. par des apports) ne fait toutefois pas partie, même en accord avec le principe de la capacité contributive et l'imposition de la propre prestation de la société.

L'exception au principe de détermination en cas de renonciation à une créance comptabilisée de manière conforme au droit commercial et sans incidence sur le résultat échoue à notre avis en raison de l'absence de base légale. Il n'est pas étonnant que ni le Tribunal administratif d'Argovie ni l'AFC ne puissent invoquer dans la circulaire 32 une justification légale pour la requalification en bénéfice imposable. En fin de compte, ils ne bénéficient que d'une égalité de traitement indifférenciée et axée sur le résultat («tout abandon de créance de l'actionnaire a en principe des effets sur l'impôt sur le bénéfice»), qui n'est toutefois pas conforme au principe de détermination. À la différence de l'abandon de créance comptabilisé dans le compte de résultat, pour lequel le contribuable doit justifier la correction fiscale selon l'art. 60 let. a LIFD, la justification ou le fardeau de la preuve du traitement augmentant l'impôt incombe à l'autorité fiscale en cas d'abandon de créance comptabilisé sans incidence sur le compte de résultat. Cette motivation n'a jusqu'ici été fournie ni par l'AFC

ni par les tribunaux. Il reste à voir comment le Tribunal fédéral se positionnera sur cette question.

### 2.2.5 Bilan intermédiaire

Malgré toutes les critiques, il semble désormais clair, du moins pour la pratique administrative, que l'abandon de créance du détenteur de parts a une incidence sur l'impôt sur le bénéfice. Il s'ensuit tout d'abord qu'en cas de renonciation à la créance comptabilisée dans le compte de résultat, le recours à l'art. 60 let. a LIFD ne suscite qu'un sourire las de la part des autorités fiscales compétentes. Mais même dans le cas d'un abandon de créance comptabilisé sans incidence sur le résultat selon la Circ. 32, le principe de détermination, qui reste intangible, est écarté: indépendamment de l'existence d'une norme de correction au sens de l'art. 58, al. 1, let. b ou c, LIFD et des conditions manquantes pour une correction du bilan par les autorités fiscales, l'abandon de créance a en principe une incidence sur l'impôt sur le bénéfice: simple et systématique, au sens de l'économie de la taxation.

En ce qui concerne l'abandon de créance comptabilisé dans le compte de résultat, la question a déjà été tranchée par le Tribunal fédéral au sens de l'AFC. Une décision relative à l'abandon de créances comptabilisé sans incidence sur le résultat du point de vue du droit commercial n'a pas encore été prise. La question de savoir si le fait que le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 20 octobre 2014, chante les louanges du principe de détermination est un indice de la nécessité de sa percée non seulement en cas d'abandon de créance comptabilisé dans le

## ABHANDLUNGEN · ARTICLES DE FOND

---

compte de résultat, mais aussi en cas d'abandon de créance comptabilisé correctement dans le droit commercial, doit être attendue et dépend fortement de la composition concrète de la Cour appelée à statuer.

Dans l'arrêt précité, le Tribunal fédéral souligne certes l'importance du principe de déterminance et le fait que le contribuable doit se tenir au «traitement comptable» qu'il a choisi. La même phrase précise toutefois que le contribuable doit se tenir «au statut juridique qu'il a choisi (...) de ses opérations».<sup>23</sup> Par cette affirmation, le Tribunal fédéral est en quelque sorte ouvert à la perspective de traiter l'abandon de créance (de droit civil) comme un abandon de créance avec incidence sur l'impôt sur le bénéfice même si celui-ci est comptabilisé sans incidence sur le résultat, mais il n'y aura pas lieu d'indiquer une base légale à cet effet.

Cette position du Tribunal fédéral offre néanmoins au contribuable la possibilité de se soustraire aux conséquences de l'abandon de créance en matière d'impôt sur le bénéfice par une autre structure de droit civil. Cela semble tout à fait dans l'intérêt du Tribunal fédéral, car le «traitement économique» n'est justement pas déterminant pour l'abandon de créance (ou pour un acte juridique comparable). Ainsi, du point de vue du droit de l'impôt sur le bénéfice, les structures alternatives d'un *debt for equity swap* comparables économiquement à un abandon de

créance doivent être appréciées en fonction de leur structure juridique (et comptable) et non de leur contenu économique.<sup>24</sup>

Une certaine lueur réside toutefois dans le fait que le ch. 2.2.3 de la circulaire 29b (concernant la constitution de réserves issues d'apports de capital [RAC]) se réfère désormais systématiquement à la comptabilisation commerciale.<sup>25</sup> L'opposition existant entre le ch. 2.2.3 de la circulaire 29b et le ch. 4.1.1.1.a de la circulaire 32 est clairement résolue - en ce qui concerne le RAC - en faveur de la circulaire 29b la plus récente. Par conséquent, cela vaut non seulement pour la constitution de réserves de crise, mais aussi pour le traitement fiscal des bénéficiaires. Il serait en effet contradictoire qu'un abandon de créance (comptabilisé sans incidence sur le résultat du point de vue du droit commercial) donne droit, d'une part, à la constitution de RAC et, d'autre part, soit compensé du point de vue de l'impôt sur le bénéfice.

Il s'agira de savoir si les autorités fiscales cantonales compétentes en matière de taxation et la division «Surveillance Cantons» de l'AFC assureront dans la pratique l'harmonisation des décisions souhaitée. À moyen terme, il est clair que le ch. 4.1.1.1.a de la circulaire 32<sup>26</sup> devrait être adapté à la règle énoncée au ch. 2.2.3 de la circulaire 29b, tant pour l'impôt sur le bénéfice que pour les RAC, conformément au principe de déterminance.

---

<sup>23</sup> TF, 20.10.2014, 2C\_634/2012, consid. 5.2.4 = Revue fiscale 2015, 247 ss.

<sup>24</sup> Cf. ch. 8.

<sup>25</sup> Cf. ch. 2.4.

<sup>26</sup> Pour l'impôt sur le bénéfice, bien entendu aussi en ce qui concerne les abandons de créances d'actionnaires indirects.

### 2.2.6 Exception en cas de capital propre dissimulé

Ce n'est qu'exceptionnellement qu'un abandon de créance de l'actionnaire comptabilisé dans le compte de résultat conformément à la pratique de l'AFC et du Tribunal fédéral selon l'art. 60 let. a LIFD n'a pas d'incidence sur l'impôt sur le bénéficiaire. Ces cas sont appelés «rendement d'assainissement improprement dit». Le premier cas de «rendement inexact de l'assainissement» concerne les prêts des associés qui ont été traités fiscalement comme des fonds propres dissimulés avant l'assainissement.<sup>27</sup> Or, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, cette règle ne s'applique que si la dette a effectivement été traitée (par le contribuable ou l'autorité fiscale) comme un capital propre dissimulé avant l'abandon de créance (dit «capital propre dissimulé») («Exigence de cohérence»). Le fait que le prêt d'associé aurait pu être qualifié de capital propre dissimulé ne suffit pas.<sup>28</sup>

Il se peut que la question de savoir si le passif est traité comme un capital propre dissimulé ne soit pas encore tranchée au moment de la renonciation. En cas de taxation encore ouverte, le contribuable peut déclarer de manière proactive que le passif est un capital propre dissimulé. Une déclaration fiscale rectifiée doit être remise à cet effet. En effet, le traitement comme capital propre dissimulé «avant l'assainissement» se rapporte à la période fiscale

précédant la renonciation, et non au moment du dépôt de la déclaration d'impôt.

Si une société disposant de fonds propres dissimulés a plusieurs dettes envers des personnes proches, la question se pose de savoir dans quelle mesure le capital propre dissimulé doit être attribué à un prêt concret. La circulaire 6<sup>29</sup> de l'AFC sur le capital propre dissimulé ne contient aucune règle à ce sujet. C'est à juste titre que le contribuable a le droit de choisir. En d'autres termes, la créance à laquelle il est renoncé doit toujours être affectée au capital propre dissimulé jusqu'à concurrence du capital propre dissimulé, à moins que le contribuable n'exprime le contraire. Ce point de vue est également corroboré par la teneur du ch. 4.1.1.1 de la circulaire 32, selon lequel il y a neutralité fiscale «lorsque et dans la mesure où» les prêts des associés ont été traités comme des fonds propres dissimulés.

### 2.2.7 Exception pour les crédits d'assainissement

Selon la pratique de l'AFC et du Tribunal fédéral, un autre cas de «rendement improprement dit de l'assainissement» est l'abandon de créances sur des prêts d'actionnaires accordés pour la première fois ou en sus en raison d'une mauvaise marche des affaires et qui, dans les mêmes circonstances, n'auraient pas été accordés par des tiers indépendants (ci-après dénommés «crédits d'assainissement»). À la différence du

<sup>27</sup> AFC, circulaire 32 du 23.12.2010, ch. 4.1.1.1.a; ATF 115 Ib 269; TF, 20.10.2014, 2C\_634/2012, consid. 6.3 = Revue fiscale 2015, 247 ss.

<sup>28</sup> TF, 20.10.2014, 2C\_634/2012, consid. 6.1.1 = Revue fiscale 2015, 247 ss.

<sup>29</sup> AFC, circulaire 6 du 6.6.1997, capital propre dissimulé.

## ABHANDLUNGEN · ARTICLES DE FOND

capital propre dissimulé, la situation au moment de l'octroi du prêt d'actionnaire concerné est déterminante.<sup>30</sup> Etant donné qu'il s'agit là d'une exception à l'imposition, le Tribunal fédéral estime qu'elle doit être interprétée de manière restrictive, tout comme l'exception décrite au ch. 2.2.6 pour les fonds propres dissimulés.<sup>31</sup> L'exception pour les crédits d'assainissement a également pour effet, selon l'art. 60 let. a LIFD, de neutraliser un abandon de créance comptabilisé dans le compte de résultat aux fins de l'impôt sur le bénéfice.

### 2.2.8 Abandons de créances en dehors des assainissements

La pratique de l'AFC en matière de renonciation à créances est intitulée «traitement fiscal des mesures d'assainissement» ou «société nécessitant un assainissement». Selon le ch. 2 de la circulaire 32, une société de capitaux doit être assainie lorsqu'il existe un bilan déficitaire proprement dit (c'est-à-dire lorsqu'il y a des pertes qui ne sont couvertes ni par des réserves arbitraires ouvertes ni tacites [mais sans tenir compte des réserves obligatoires selon l'art. 960a, al. 2, CO et des réserves de réévaluation selon l'art. 670 CO]). La question se pose donc de savoir si les règles décrites ci-dessus (c'est-à-dire en particulier l'exception pour les fonds propres

dissimulés [ch. 2.2.6] et l'exception pour les crédits d'assainissement [ch. 2.2.7]) ne s'appliquent qu'aux sociétés qui ont besoin d'être assainies, ce qui pourrait laisser supposer la distinction entre les «bénéfices d'assainissement» proprement dits et improprement dits.

En fin de compte, il n'y a cependant aucune raison de traiter différemment, du point de vue de l'impôt sur le bénéfice, les abandons de créances portant sur des sociétés qui ne nécessitent pas d'assainissement.<sup>32</sup> Ainsi, selon l'AFC et le Tribunal fédéral, les abandons de créances d'actionnaires pour des sociétés qui ne nécessitent pas d'assainissement sont en principe également soumis à l'impôt sur le bénéfice:<sup>33</sup> ainsi, par exemple, la renonciation à un prêt d'actionnaire accordé en vue d'un préfinancement<sup>34</sup> d'une acquisition et auquel la créancière renonce par la suite («capitalisation du prêt») est soumise à l'impôt sur le bénéfice.

Par conséquent, les exceptions pour les fonds propres dissimulés (ch. 2.2.6) et pour les crédits d'assainissement (ch. 2.2.7) doivent également être accordées, qu'il s'agisse ou non d'une société nécessitant un assainissement. En effet, les critères de «mauvaise marche des affaires» et de «capital propre dissimulé» ne sont pas liés au besoin d'assainissement d'une société.

<sup>30</sup> TF, 20.10.2014, 2C\_634/2012, consid. 6.2.2 = Revue fiscale 2015, 247 ss. Le TF a rejeté l'approche selon laquelle le moment de la décision de ne pas exiger le caractère contraignant est déterminant.

<sup>31</sup> TF, 20.10.2014, 2C\_634/2012, consid. 5.2.4 = Revue fiscale 2015, 247 ss.

<sup>32</sup> Comme indiqué au ch. 2.2.3, il n'y a pas non plus de différences du point de vue du droit commercial. En revanche, le droit de timbre d'émission présente des différences (cf. ch. 2.3).

<sup>33</sup> Dans l'exposé des motifs introductif du TF, 20.10.2014, 2C\_634/2012, consid. 5.2.1 et 5.2.2 = Revue fiscale 2015, 247 ss. Bien entendu aussi LOCHER, (note de bas de page no. 7), Art. 60, no. 22.

<sup>34</sup> Cela est comparable au «prêt initial» auquel il a été renoncé fiscalement dans le cas du Tribunal fédéral du 20.10.2014. L'instance précédente, VGer ZH, S.1.4.2010, 2010.00024, l'a vu différemment.

### 2.2.9 Conclusion concernant l'impôt sur le bénéfice

Comme indiqué plus haut, la pratique actuelle de l'AFC et du Tribunal fédéral en matière de renonciation aux créances ne nous convainc pas.<sup>35</sup> Toutefois, tant que l'AFC et les autorités cantonales de taxation<sup>36</sup> maintiennent cette pratique, le contribuable n'a pas d'autre choix que de s'arranger (ou d'inciter l'autorité fiscale cantonale à confirmer la neutralité fiscale au cas par cas si l'abandon de créance est comptabilisé sans incidence sur le résultat au moyen des arguments susmentionnés). Et comme le même résultat économique peut être obtenu d'une autre manière, le contribuable (qualifié ou du moins bien conseillé) peut même très bien s'arranger, comme le montre encore le ch. 8.

En cas de report de pertes, ce ne sera en pratique qu'un certain nombre d'années plus tard que l'on pourra déterminer si l'abandon de créance est fiscalement neutre ou a une incidence sur l'impôt sur le bénéfice (p. ex. en raison de l'application des exceptions pour le capital propre dissimulé [ch. 2.2.6] ou pour les crédits d'assainissement [ch. 2.2.7]). En effet, la réponse tombe au moment où la société veut compenser ses pertes reportées avec des bénéfices. Etant donné que le montant des reports de pertes (dans la

plupart des cantons) n'est pas déterminé, on ne sait souvent pas, l'année de la renonciation, dans quelle mesure les pertes ont été réduites. C'est pourquoi, en cas de renonciation à une créance, il est en règle générale conseillé de prendre contact au préalable avec l'autorité fiscale.

### 2.2.10 Compensation élargie des pertes (art. 67, al. 2, LIFD)

Les conséquences négatives de l'abandon de créances sur l'impôt sur le bénéfice sont atténuées, voire totalement éliminées, du moins dans les situations d'assainissement, par l'extension<sup>37</sup> de la compensation des pertes. En effet, lors d'assainissements au sens de l'art. 67, al. 2, LIFD, les abandons de créances ayant une incidence sur l'impôt sur le bénéfice peuvent être compensés non seulement avec des pertes des sept exercices précédents, mais aussi avec des pertes des exercices antérieurs.

Cela n'est toutefois possible que dans la mesure où l'abandon de créance entraîne l'élimination d'un bilan déficitaire. Il n'est pas nécessaire que le bilan déficitaire soit entièrement éliminé. De même, il n'est pas nécessaire d'éliminer un surendettement ou un bilan déficitaire qualifié. La compensation doit d'abord être effectuée avec les pertes antérieures (c'est-à-dire les pertes

<sup>35</sup> La distinction opérée par BRÜLISAUER entre prêts monétaires et prêts opérationnels (cf. BRÜLISAUER/MAURON, Sanierungen: Präzisierungen zum Kreisschreiben Nr. 32, séminaire IFF sur la fiscalité des entreprises des 23 et 24 août 2016, diapositives 27 ss) va également dans le sens de l'ancienne pratique zurichoise. Les critiques émises par BRÜLISAUER pourraient être résolues plus facilement et sans divergence de gestion en appliquant les mêmes critères pour les renoncations de sociétés sœurs (comparaison avec des tiers) dans la circulaire 32 que pour les renoncations d'actionnaires. En effet, on ne voit pas pourquoi la débitrice doit faire une différence, en particulier en appliquant la théorie du triangle en matière d'impôt sur le bénéfice, pour savoir si la renonciation émane de la mère ou d'une sœur.

<sup>36</sup> Cf. LINDER/SCHALCHER, Sanierung von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, ST 2014, 123 ss.

<sup>37</sup> Ainsi LOCHER, (note de bas de page no. 7), art. 67 No. 30, contenant des indications en relation avec de nombreuses opinions divergentes de doctrine.

## ABHANDLUNGEN · ARTICLES DE FOND

en dehors du délai de sept ans de l'art. 67, al. 1, LIFD).<sup>38</sup> S'agissant du besoin d'assainissement, il faut saluer le fait que, selon la pratique récente<sup>39</sup> de l'AFC, tant les réserves de contrainte au sens de l'art. 960a, al. 2, CO que les réserves de réévaluation au sens de l'art. 670 CO ne doivent pas être prises en compte. Ainsi, le bilan déficitaire pertinent au regard de l'art. 67, al. 2, LIFD ne se réduit que par des réserves arbitraires ouvertes et latentes qui peuvent également être découvertes au regard du droit commercial.

**Exemple:** une société présente dans son bilan des pertes de CHF 10 mio. (bilan déficitaire), dont seulement CHF 4 mio. sont encore dans le délai de sept ans de l'article 67, alinéa 1 LIFD, et CHF 6 mio. sont plus anciens. Elle dispose toutefois encore de réserves latentes d'un montant de CHF 9 millions: 4 millions de réserves sur participations, 3 millions de réserves obligatoires sur un brevet acquis et 2 millions de francs sur les débiteurs (ajustés de valeur). Ainsi, la société nécessite un assainissement fiscal à hauteur de CHF 8 mio. (CHF 10 mio. bilan déficitaire moins réserves arbitraires latentes de CHF 2 mio.). Si l'actionnaire renonce, avec incidence sur l'impôt sur le bénéfice, à un prêt de CHF 12 mio., il peut compenser CHF 10 mio. avec des reports de pertes (sachant qu'il peut faire valoir des

pertes de plus de sept ans à hauteur de CHF 6 mio.). Jusqu'à concurrence de l'ampleur de l'élimination du bilan déficitaire fiscal (bilan déficitaire moins réserves latentes volontaires et réserves ouvertes), les reports de pertes antérieurs peuvent être compensés (ici jusqu'à CHF 8 mio.). Si l'actionnaire renonce au prêt à hauteur de CHF 7 mio. seulement, il peut compenser intégralement le bénéfice avec des pertes, étant précisé que seul CHF 1 mio. des pertes disparaissent dans le délai de sept ans de l'art. 67 al. 1 LIFD, étant donné qu'il est d'abord compensé avec les pertes antérieures.

### 2.3 Droit de timbre d'émission

#### 2.3.1 Abandon de créance comme subvention imposable

Les abandons de créances du détenteur de parts (direct<sup>40</sup>) constituent – même en cas de comptabilisation avec incidence sur le rendement – un don de l'associé soumis au droit de timbre d'émission de 1% selon l'art. 5 al. 2 lit. a LT.<sup>41</sup> Cela est compréhensible à première vue, car la société reçoit effectivement une prestation (libération de dette) à hauteur de l'abandon de créance et est ainsi «enrichie».

<sup>38</sup> Ainsi FELIX SCHALCHER, Die Sanierung von Kapitalgesellschaften im schweizerischen Steuerrecht, 98; HELBING/FELBER, in: Zweifel/Beusch (éd.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, LIFD, 3e éd., Bâle 2017, art. 79 no. 67.

<sup>39</sup> Celle-ci résulte d'une décision du Tribunal administratif fédéral du 12.6.2018 (A-3735/2017) relative au droit de timbre d'émission (cf. ch. 2.3.3), qui est appliquée par analogie aux fins de l'art. 67, al. 2, LIFD.

<sup>40</sup> Il en va autrement en cas de renonciation d'un détenteur de parts purement indirect (p. ex. une société-mère; cf. ch. 2.3.4).

<sup>41</sup> Cf. AFC, circulaire 32 du 23.12.2010, ch. 4.1.3.a.

Il n'en demeure pas moins que l'assujettissement de l'abandon de créance au droit de timbre d'émission entre en conflit avec le traitement fiscal de l'impôt sur le bénéfice. Si, aux fins de l'impôt sur le bénéfice, l'abandon de créance n'est pas considéré comme un apport au sens de l'art. 60 let. a LIFD, mais comme un rendement, il ne devrait donc pas y avoir non plus de don soumis au droit de timbre.<sup>42</sup>

La circulaire 29/29a de l'AFC, qui semblait limiter au ch. 2.2.3 la constitution de réserves issues d'apports de capital (RAC) à des «produits d'assainissement improprement dits» (c'est-à-dire des produits d'assainissement n'ayant pas d'incidence sur l'impôt sur le bénéfice), allait dans ce sens. Cela ne correspondait toutefois manifestement pas à la pratique administrative<sup>43</sup> et a été corrigé par la nouvelle version de la circulaire 29b.

Le résultat choquant, à savoir qu'un abandon de créance est soumis à la fois à l'impôt sur le bénéfice et au droit de timbre d'émission, ne doit pas non plus être éliminé par une modification de la pratique en matière de droit de timbre d'émission. Comme indiqué au ch. 2.2 ci-dessus, il faudrait plutôt adapter la pratique en matière d'impôt sur le bénéfice et qualifier l'abandon de créance du détenteur de parts d'apport de

capital sans incidence fiscale au sens de l'art. 60 let. a LIFD. Cela correspond également au point de vue commercial, selon lequel l'abandon de créance est considéré comme un apport et peut être comptabilisé sans incidence sur le résultat. Il faut se baser sur le point de vue de la société bénéficiaire, qui est enrichie à hauteur de l'abandon de créance. En ce qui concerne les conséquences fiscales correspondantes pour le créancier, cf. ch. 2.5 ci-dessous.

### 2.3.2 Franchise d'assainissement (art. 6 al. 1 let. k LT)

Aucun droit de timbre d'émission n'est dû si et dans la mesure où la franchise d'assainissement (limitée à CHF 10 mio.) de l'art. 6 al. 1 let. k LT peut être réclamée. Tel est le cas dans la mesure où l'abandon de créance est utilisé pour comptabiliser les pertes (en droit commercial). Le fait que l'abandon de créance ait ou non une incidence sur l'impôt sur le bénéfice ne joue aucun rôle à cet égard. Bien que le libellé de l'art. 6 al. 1 let. k LT semble limiter l'application de l'exception aux «assainissements», le besoin d'assainissement de la société n'est en pratique pas une condition d'application.<sup>44</sup> La franchise ne peut être utilisée qu'une seule fois par société<sup>45</sup>, mais dans plusieurs transactions («si»).

<sup>42</sup> Ainsi TADDEI/FELBER, in: Zweifel/Beusch/Bauer-Balmelli (éd.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, LT, 2e éd., Bâle 2019, art. 5, no 66.

<sup>43</sup> AFC, circulaire 32 du 23.12.2010, ch. 4.1.3.a, ne contenait donc aucune distinction entre le rendement réel et le rendement improprement dit de l'assainissement.

<sup>44</sup> Cf. AFC, circulaire 32 du 23.12.2010, ch. 3.3.2; NORDIN/WILD, in: Zweifel/Beusch/Bauer-Balmelli (éd.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, LT, 2e éd., Bâle 2019, art. 6, no. 104f.

<sup>45</sup> En cas de fusion, la franchise doit à notre avis s'appliquer par société et l'utilisation de la franchise par la société transférante ne réduit en principe pas la franchise de la société reprenante, sous réserve de l'évasion fiscale. D'autre part, une franchise non encore utilisée de la société qui disparaît lors de la fusion n'augmente pas la franchise de la société reprenante.

## ABHANDLUNGEN · ARTICLES DE FOND

Etant donné que le recours à l'art. 6 al. 1 let. k LT suppose la décomptabilisation des pertes selon le droit commercial, l'abandon de créance ne peut donc pas être qualifié pour constituer des réserves issues d'apports de capital (RAC) au sens de l'art. 5 al. 1<sup>bis</sup> LIA. La compensation avec l'apport qui constitue en soi une réserve mathématique est définitive, du moins selon l'arrêt entré en force du Tribunal administratif fédéral<sup>46</sup>, et la réserve mathématique ne peut pas être rétablie plus tard. En fin de compte, une société doit donc choisir entre l'économie de la taxe d'émission, d'une part, et la constitution de RAC, d'autre part.

Selon elle, la pratique de l'AFC, selon laquelle l'invocation de l'art. 6 al. 1 let. k LT suppose obligatoirement la décomptabilisation des pertes selon le droit commercial, n'est pas nécessairement évidente. En effet, la «suppression des pertes» prévue par le libellé de l'art. 6 al. 1 let. k LT est également réalisée par une simple compensation avec les pertes existantes (sans décomptabilisation commerciale). En effet, aux fins de l'assainissement d'un bilan déficitaire au sens de l'art. 725 CO, il suffit que le bilan déficitaire soit éliminé et que les pertes soient couvertes par des fonds propres. Tant du point de vue du droit de la société anonyme que du point de vue économique, la question de savoir si les pertes sont décomptabilisées ou «laissées à l'arrêt» est tout à fait sans importance. En fin de compte, la question n'est pertinente que sur la base de la pratique de l'AFC (et désormais du TAF) en matière de constitution de réserves

mathématiques de crise, qui a été manquée à la lumière des travaux préparatoires de l'art. 5 al. 1<sup>bis</sup> LIA<sup>47</sup>.

L'AFC précise au ch. 3.3.2.b) de la circulaire 32 que les pertes «existantes» doivent être éliminées. On peut dès lors se demander si la compensation avec des pertes courantes est également qualifiée pour l'application de l'art. 6 al. 1 let. k LT. Selon lui, ni le texte, ni le sens et le but de l'art. 6 al. 1 let. k LT ne s'opposent à une compensation avec des pertes courantes. Cela correspond à la pratique de l'AFC.

**Exemple:** A. SA présente des pertes de CHF 5 mio. au 31 décembre 2019. Compte tenu de la situation liée au COVID-19, il faut s'attendre à de nouvelles pertes en 2020. L'associé renonce à des créances de CHF 9 mio. en avril 2020 qui sont compensées par les reports de pertes du 31 décembre 2019 et les pertes courantes jusqu'au 31 décembre 2020 de CHF 3 mio. À hauteur de CHF 8 mio. (compensation des pertes 2019/2020) la franchise selon l'art. 6 al. 1 let. k LT peut être utilisée.

Variante: Dans l'exemple ci-dessus, la perte en cours au 30 avril 2020 s'élève à CHF 4 millions. A notre avis, la franchise peut donc être utilisée pour l'abandon total de créance de CHF 9 millions. La société A. SA doit cependant apporter la preuve que la subvention entraîne

<sup>46</sup> TAF, 4.6.2015, A-6072/2013, OPP 2015/25, 357 ss; SO AFC, circulaire 29b, ch. 3.1. Le Tribunal fédéral n'a pas encore dû trancher cette question.

<sup>47</sup> STEFAN OESTERHELT, Emissionsabgabe auf Zuschüsse von Gesellschaften, ST 2010, 881 ss, 884 s.

une décomptabilisation complète des pertes inférieures à une année.

Cela correspond à la pratique de l'AFC, car sinon, l'art. 6 al. 1 let. k LT serait soumis à des conditions plus strictes que lors de la remise du droit de timbre d'émission selon l'art. 12 LT, pour lequel la compensation avec des pertes courantes durant l'année de l'assainissement ne constitue pas une «surassainissement».

Contrairement à ce qui est prévu à l'art. 12 LT, aucune demande n'est nécessaire pour l'application de l'art. 6 al. 1 let. k LT. L'exception peut être invoquée soit au moyen du formulaire 4 (assainissement tacite), soit au moyen du formulaire 3 (assainissement ouvert). Le formulaire 4 mentionne l'art. 6 al. 1 let. k LT. Dans le formulaire 3, la franchise doit être mentionnée à l'art. 6 al. 1 let. h LT et spécifiée comme franchise d'assainissement. Les documents correspondants (convention relative à la subvention ou autre) doivent être joints. L'art. 6 al. 1 let. k LT prime la remise du droit de timbre d'émission selon l'art. 12 LT. Une remise selon l'art. 12 LT n'est donc possible que dans la mesure où la franchise d'assainissement de l'art. 6 al. 1 let. k LT a déjà été épuisée.

### 2.3.3 Remise du droit de timbre d'émission (art. 12 LT)

Si les conditions de l'art. 6 al. 1 let. k LT ne sont pas remplies (ou seulement partiellement),<sup>48</sup> la société peut demander à l'AFC la remise du

droit de timbre d'émission conformément à l'art. 12 LT. Les conditions y relatives sont plus restrictives que celles de l'art. 6 al. 1 let. k LT, car une remise n'est possible que pour une société nécessitant un assainissement. En outre, il doit s'agir d'un assainissement durable de la société. Enfin, une remise selon l'art. 12 LT n'est possible que dans la mesure où des pertes réelles sont éliminées. Les réserves ouvertes et latentes (toutefois, selon le TAF, sans les réserves obligatoires [sur la fortune immobilisée de l'exploitation] et les réserves de réévaluation *obiter dicta*) doivent être compensées à cet égard. Enfin, il doit y avoir une rigueur manifeste, c'est-à-dire que la société ne doit pas avoir été sous-capitalisée.<sup>49</sup> Il est à noter que, selon la pratique constante, une remise au sens de l'art. 12 LT n'est accordée que si des pertes sont décomptabilisées dans la société concernée du point de vue du droit commercial.<sup>50</sup> La critique formulée au sujet de l'art. 6 al. 1 let. k LT (cf. ch. 2.3.2 ci-dessus) est évidemment valable de la même manière. Toutefois, l'exigence d'une décomptabilisation commerciale des pertes paraît encore plus bizarre par rapport à l'art. 12 LT que par rapport à l'art. 6 al. 1 let. k LT. Contrairement à l'art. 6 al. 1 let. k LT, le recours à l'art. 12 LT suppose en effet l'existence d'une société «à assainir» et l'élimination de «pertes réelles». À cet égard, les pertes attestées par le droit commercial doivent être compensées avec des réserves ouvertes (voire certaines réserves latentes). C'est

<sup>48</sup> Une remise selon l'art. 12 LT n'est possible que dans la mesure où la franchise d'assainissement de l'art. 6 al. 1 let. k LT a déjà été utilisée (cf. ch. 2.3.2).

<sup>49</sup> Concernant les conditions de l'art. 12 LT, cf. MAURUS WINZAP, in: Oberson/Hinny (éd.), LT Commentaire droits de timbre/StG Kommentar Stempabgabe, Zurich 2006, no. 19 ss, contenant des indications.

<sup>50</sup> AFC, circulaire 32 du 23.12.2010, ch. 3.3.3; DFF, 3.6.1980, Archives 49 (1980/1981), 342 ss.

## ABHANDLUNGEN · ARTICLES DE FOND

pourquoi, à juste titre, une approche économique est appliquée par la compensation. Il y a donc un dualisme méthodologique inadmissible lorsque, pour l'application de l'art. 12 LT, la décomptabilisation des pertes selon le droit commercial est également exigée. La pratique de l'AFC en la matière a certes été confirmée par le Conseil fédéral,<sup>51</sup> mais elle n'a encore jamais été vérifiée par une autorité judiciaire.

Selon un arrêt récent du TAF, les réserves obligatoires (du moins sur la fortune de placement de l'entreprise) au sens de l'art. 960a, al. 2, CO (alors art. 665 aCO) ne doivent plus être prises en compte pour déterminer le besoin d'assainissement de la société.<sup>52</sup> Le jugement concernait certes l'art. 665 aCO, mais il doit aussi s'appliquer aux réserves de réévaluation au sens de l'art. 670 CO. Cela correspond à la pratique de l'AFC.

**Exemple:** A. SA dispose de 15 millions de pertes et des réserves latentes suivantes: 10 millions de francs de réserves obligatoires sur un brevet acquis pour le développement de divers produits, 2 millions de francs sur des participations et 1 million de francs sur des débiteurs réévalués. Sa société mère procède à un abandon de créance de CHF 13 millions. A. SA demande la remise du droit de timbre d'émission à CHF 13 mio. (la franchise de CHF 10 mio. selon l'art. 6 al. 1 let. k LT était déjà entièrement consommée). Selon la pratique administrative actuelle, la perte déterminante ne serait que de CHF 2

millions après déduction de toutes les réserves latentes. Le TAF a différencié cet avis: les réserves obligatoires découlent du principe du coût d'acquisition, selon lequel les actifs ne seraient en principe pas activés au-delà du coût d'acquisition ou de fabrication. Des exceptions s'appliquent par exemple aux papiers-valeurs cotés ou aux réévaluations de biens immobiliers ou de participations destinées à équilibrer un bilan déficitaire, cf. art. 670, al. 1, 1<sup>re</sup> phrase, CO. En dehors de ces réévaluations autorisées par le droit commercial, des valeurs plus élevées ne peuvent pas non plus être prises en compte aux fins de la remise du droit d'émission, du moins pas de réserves obligatoires pour les actifs immobilisés de l'exploitation; de même, selon le TAF, les réserves de réévaluation au sens de l'art. 670 CO ne peuvent pas non plus être dommageables, car elles ne peuvent pas être compensées avec des pertes.<sup>53</sup> Seules les réserves ouvertes et les réserves latentes qui peuvent être réévaluées librement selon le droit commercial (réserves arbitraires) seraient donc dommageables. La perte déterminante s'élève donc ici à CHF 14 mio. (CHF 15 mio. moins CHF 1 mio. de réserves latentes sur débiteurs ajustés de valeur) et couvre entièrement la subvention.

En ce qui concerne le critère de la sous-capitalisation, ce nouvel arrêt du TAF prévoit que les

<sup>51</sup> CF, 16.4.1980, ATF 44.87, consid. 4.

<sup>52</sup> TAF, 12.6.2018, A-3735/2017, consid. 4.3.2.1 (confirmé par le TF, 10.8.2018, 2C\_621/2018, ce point n'ayant pas pu être examiné par le Tribunal fédéral); ainsi déjà WINZAP, (note de bas de page no. 48), art. 12, no 21.

<sup>53</sup> TAF, 12.6.2018, A-3735/2017, consid. 4.3.2.1.

valeurs vénales, c'est-à-dire aussi les réserves obligatoires, doivent être prises en compte. Si, par exemple, un capital minimum de CHF 5 mio. résulte d'un capital-actions de CHF 4 mio., il n'y a pas de sous-capitalisation en raison des réserves obligatoires de CHF 10 mio. De l'avis du TAF, il n'est donc pas seulement tenu compte du «capital timbré», mais aussi du capital propre, réserves obligatoires comprises, afin de déterminer s'il y avait une sous-capitalisation excluant la remise.

### 2.3.4 Subvention indirecte

Un abandon de créance n'est soumis au droit de timbre d'émission que si le créancier qui renonce est un associé (direct) de la débitrice (c'est-à-dire détenteur d'actions, de bons de participation ou de bons de jouissance).<sup>54</sup> Si le créancier renonçant n'est qu'un actionnaire indirect (par ex. une société-mère), aucun droit de timbre d'émission n'est d'emblée dû. Cela vaut indépendamment du fait qu'il s'agisse d'un créancier étranger - selon la constellation à la base de l'arrêt du TAF du 15 avril 2009 - ou d'un créancier suisse.

Si l'actionnaire direct est créancier de la créance en question, la question se pose de savoir si celui-ci peut éviter le droit de timbre d'émission en transférant préalablement la créance à une autre société du groupe (p. ex. la société-mère). Toutefois, selon toute vraisemblance, une telle

procédure serait considérée par l'AFC comme une évasion fiscale et le droit de timbre d'émission serait donc perçu malgré une subvention prétendument indirecte.<sup>55</sup>

La question de savoir si une subvention indirecte au niveau de la filiale (suisse) directe de la créancière (c'est-à-dire de la société mère directe ou indirecte de la débitrice) déclenche le droit de timbre d'émission est laissée de côté. En effet, la créancière est incontestablement associée (de droit civil) de sa filiale directe, si bien que, selon la logique des explications du TAF dans son arrêt du 15 avril 2009, un droit de timbre d'émission pourrait tout à fait être perçu.<sup>56</sup> Cette filiale directe ne reçoit toutefois qu'une subvention économique. Selon elle, il ne s'agit pas seulement d'interpréter la notion d'«associé», mais aussi celle de «subside» pour le droit de timbre d'émission selon le droit civil. Ainsi, si cette société ne devient jamais créancière de la créance, celle-ci ne recevra aucune subvention d'un point de vue juridique. L'avis exprimé ici correspond également à la pratique actuelle de l'AFC.<sup>57</sup>

### 2.4 Constitution de RAC

Comme un abandon de créance (du moins d'un point de vue économique et du point de vue du droit de timbre d'émission, cf. ch. 2.3.1) est un don, la question se pose de savoir si celui-ci est autorisé à constituer des réserves issues

<sup>54</sup> Cf. TAF, 15.4.2009, ATAF 2009/21, 259 ss.

<sup>55</sup> Voir OESTERHELT, (note de bas de page no. 46), ST 2010, 881 ss, 882 s.

<sup>56</sup> La perception du droit de timbre d'émission au niveau d'une société intermédiaire (suisse) a été explicitement laissée ouverte par le TAF – en se référant à ECKERT/PIGUET, in: Oberson/Hinny (éd.), LT Commentaire droits de timbre/StG Kommentar Stempelabgabe, Zurich 2006, ad art. 5, no 55.

<sup>57</sup> Cf. OESTERHELT/DEISS, Aktuelle Entwicklungen Verrechnungssteuer und Stempelabgaben, séminaire IFF sur la fiscalité des entreprises des 22 et 23 août 2017, diapositive 28.

## ABHANDLUNGEN · ARTICLES DE FOND

d'apports de capital (RAC) au sens de l'art. 5 al. 1<sup>bis</sup> LIA si le créancier est un actionnaire direct. Mais comme un abandon de créance (en règle générale) n'est justement *pas* considéré comme une subvention au sens de l'art. 60 let. a LIFD aux fins de l'impôt sur le bénéfice,<sup>58</sup> cela n'est pas nécessairement évident. En effet, le ch. 2.2.3 de la circulaire 29/29a limitait la possibilité de constituer des RAC (prétendument) au «rendement improprement dit de l'assainissement» (c'est-à-dire aux abandons de créances sans incidence fiscale sur l'impôt sur le bénéfice, par exemple dans les cas de capital propre dissimulé [ch. 2.2.6] ou de crédits d'assainissement [ch. 2.2.7]). Une règle analogue se trouve également au ch. 4.1.1.1 de la circulaire 32.

La distinction entre le rendement réel et le rendement improprement dit de l'assainissement était depuis toujours un peu en marge pour déterminer si un abandon de créance pouvait constituer des RAC. En effet, les réserves de crise se fondent systématiquement sur la comptabilisation commerciale. C'est pourquoi la restriction du ch. 2.2.3 de la circulaire 29/29a et du ch. 4.1.1.1 de la circulaire 32 au rendement inexact de l'assainissement n'a pas non plus été appliquée de manière conséquente dans la pratique administrative.<sup>59</sup>

Le ch. 2.2.3 révisé de la circulaire 29b abandonne la distinction entre le rendement réel et le

rendement improprement dit de l'assainissement (à juste titre) et précise simplement qu'un abandon de créance comptabilisé dans le compte de résultat (au sens du droit commercial) ne peut jamais constituer des RAC. La circulaire est ainsi adaptée à la pratique administrative en partie déjà en vigueur.<sup>60</sup> Ainsi, en cas d'abandon de créance d'un détenteur de parts (direct), il est toujours possible de constituer des RAC lorsque celui-ci n'est pas comptabilisé dans le compte de résultat (du point de vue du droit commercial).<sup>61</sup> La question de savoir s'il y a un rendement d'assainissement improprement dit ou réel ne joue donc aucun rôle. Peu importe non plus si la société a besoin d'être assainie ou non.

## 2.5 Conséquences fiscales pour le créancier

### 2.5.1 Principe: abandon de créance ayant une incidence sur l'impôt sur le bénéfice

Il en résulte des conséquences fiscales correspondantes pour l'actionnaire qui renonce (personne morale<sup>62</sup>): en cas de bénéfice d'assainissement proprement dit (c'est-à-dire un rendement soumis à l'impôt sur le bénéfice auprès de la filiale), l'actionnaire peut faire valoir la renonciation avec incidence sur le résultat

<sup>58</sup> Cf. ch. 2.2.2

<sup>59</sup> Cf. STEFAN OESTERHELT, KS 29b der ESTV zum Kapitaleinlageprinzip, *Revue fiscale* 2020, 102 ss, 113.

<sup>60</sup> La version contraire du ch. 4.1.1.1 de la circulaire 32 est abrogée par la circulaire 29b la plus récente.

<sup>61</sup> Une comptabilisation sans incidence sur le résultat d'un abandon de créance est en principe possible du point de vue du droit commercial (cf. note de bas de page no. 13).

<sup>62</sup> En revanche, une personne physique qui détient des actions et des créances dans sa fortune privée réalise en tant qu'actionnaire renonçant une perte en capital négligeable.

et l'impôt.<sup>63</sup> Les coûts de revient de la filiale ne sont pas influencés.

### 2.5.2 Exception: abandon de créances sans incidence fiscale

En cas de bénéfice d'assainissement improprement dit (c'est-à-dire une subvention fiscalement neutre pour l'impôt sur le bénéfice auprès de la filiale<sup>64</sup>), il y a un apport qui augmente la valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice de la participation à la filiale et le coût d'investissement. Un amortissement ou une correction de valeur ayant une incidence fiscale des valeurs déterminantes pour l'impôt sur le bénéfice de la participation à la filiale peut être nécessaire.<sup>65</sup> Les charges invoquées lors de l'amortissement ou de la correction de valeur ne sont toutefois parfois que temporaires. En cas de reprise de la valeur (art. 62, al. 4, LIFD) ou de vente ultérieure de la filiale à une valeur plus élevée, l'imposition est « rattrapée », étant précisé qu'aucune réduction pour participations n'est accordée en vertu de l'art. 70, al. 4, let. a, LIFD.

On peut se demander dans quelle mesure la valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice et le coût d'investissement sont augmentés: selon la circulaire 32, il faut partir du principe que la valeur nominale totale de la créance (y compris les intérêts courus) augmentera la valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice et le coût

d'investissement même en cas de correction de valeur antérieure de la créance. L'argument avancé est qu'un apport ou un renforcement des fonds propres de la filiale est également effectué à hauteur de ce montant (engagement total auprès de la filiale). On pourrait en revanche s'attendre à ce que la valeur vénale de la créance soit plus basse et qu'une augmentation de la valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice et du coût d'investissement ne puisse donc avoir lieu que dans la valeur du point de vue de la mère déposant: si, par exemple, la mère avait auparavant acquis la créance avec décote auprès d'un tiers, l'augmentation de la valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice d'une valeur nominale serait contraire au principe du coût d'acquisition et entraînerait un rendement imposable pour la mère (du moins ultérieurement, lors d'une reprise ou d'une vente). Comme le remboursement intégral d'une créance acquise avec décote entraînerait également un rendement imposable, le résultat de l'évaluation de l'augmentation de la valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice et du coût d'investissement (valeur de l'apport) du point de vue de la filiale bénéficiaire est pertinent en l'espèce. L'idée qu'un abandon de créance par l'actionnaire n'est pas économiquement gratuit, mais qu'il entraîne une plus-value pour la filiale, en témoigne également.<sup>66</sup> L'augmentation

<sup>63</sup> Cf. AFC, circulaire 32 du 23.12.2010, ch. 4.1.1.2.a. Il convient toutefois de noter qu'un véritable rendement d'assainissement peut également avoir des conséquences fiscales pour l'actionnaire si sa correction de valeur antérieure sur la participation à la filiale, art. 62, al. 4, LIFD, ne se justifie plus en raison de l'abandon de créance.

<sup>64</sup> C'est en principe le cas selon la circulaire 32 dans les cas décrits aux ch. 2.2.6 et 2.2.7.

<sup>65</sup> Cf. AFC, circulaire 32 du 23.12.2010, ch. 4.1.1.2.a; AFC, circulaire 27 du 17.12.2009, ch. 2.5.1, exemple 2, où on parle généralement d'aides à l'assainissement, mais où seuls les résultats inexacts de l'assainissement au sens de l'art. 60 let. a LIFD doivent être visés.

<sup>66</sup> Cf. LOCHER, (note de bas de page no. 7), art. 60, no 18, concernant la subvention à *fonds perdu*.

## ABHANDLUNGEN · ARTICLES DE FOND

---

de valeur ou l'enrichissement de la filiale correspond toujours à la valeur nominale de la créance décomptabilisée.

### 2.5.3 Harmonie des décisions entre créancier et débiteur?

Le traitement correspondant de l'abandon de créance pour la société qui renonce à la créance (créancier), d'une part, et pour la débitrice, d'autre part, décrit au ch. 2.5.1, semble être une évidence. Si, d'une part, les autorités fiscales sont différentes pour la société créancière et, d'autre part, pour la société débitrice, il peut y avoir des appréciations très divergentes (et donc des doubles impositions). En effet, chaque autorité fiscale décide de manière autonome s'il y a un bénéfice d'assainissement proprement ou improprement dit au niveau de la société et pour l'associé. Ainsi, on peut par exemple admettre, au niveau de l'associé, une augmentation des coûts, bien que l'autorité de taxation prévoie un rendement imposable auprès de la société. Si le créancier a déjà fait l'objet d'une taxation entrée en force, l'autre qualification ne constitue généralement pas, pour la débitrice, un motif de révision (aucun fait nouveau). Dans la pratique, les conséquences fiscales avec les deux administrations fiscales cantonales compétentes (pour la société et les associés) devraient donc être prises en compte avant toute renonciation, afin d'éviter les doubles impositions.

Même dans les situations transfrontalières, il peut y avoir double imposition, par exemple pour l'actionnaire suisse dont la filiale

allemande dispose de fonds propres dissimulés selon des critères suisses et qui, de ce fait, doit augmenter le coût de revient de l'actionnaire, bien que du point de vue allemand, un rendement imposable soit réalisé auprès de sa filiale faute de maintien de la valeur de la créance. Il n'y a pas lieu de supposer que l'autorité de taxation de l'actionnaire suisse se ralliera à l'évaluation fiscale effectuée à l'étranger auprès de la filiale. Là aussi, il faut chercher régulièrement des formes alternatives.

Dans les cas où l'abandon de créance n'entraîne pas directement une hausse des valeurs déterminantes pour l'impôt sur le bénéfice de la filiale, il est important de savoir à temps si le coût d'investissement correspond ou non à la valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice (faute d'apport ou en raison du rendement réel de la filiale).<sup>67</sup> Etant donné que le tableau des coûts de revient présenté par l'actionnaire en même temps que sa déclaration d'impôt n'est pas compris dans l'entrée en force de la taxation, des surprises coûteuses peuvent survenir encore des années plus tard, par exemple en cas de vente de la filiale.

## 3 Abandon de créance par une sœur

### 3.1 Impôt sur le bénéfice de la débitrice

En cas de renonciation à une créance d'une société sœur (ou d'une autre société du groupe qui n'est ni une mère ni une filiale<sup>68</sup> directe ou

<sup>67</sup> Cf. à ce sujet SCHREIBER/WOLFENBERGER, Aktuelle Fälle des Beteiligungsabzugs, séminaire IFF sur la fiscalité des entreprises des 10 et 11 janvier 2018, diapositives 32 ss.

<sup>68</sup> Sur l'abandon de créance de la filiale (directe ou indirecte) cf. ch. 4.

indirecte<sup>69</sup>), on distingue selon la pratique de l'AFC si et dans quelle mesure la renonciation est conforme à une comparaison avec un tiers et justifiée par l'usage commercial (alors rendement de la débitrice et charges déductibles de la sœur qui renonce à la créance) ou dans quelle mesure elle n'est pas (alors neutre du point de vue fiscal pour la débitrice et non déductible pour la sœur).<sup>70</sup> Cette distinction correspond pour l'essentiel à la pratique zurichoise en matière d'abandon de créances sur les prêts des associés.<sup>71</sup>

Selon elle, la pratique suivie lors de l'abandon de créances par des sociétés sœurs est en principe adéquate. La pratique est manifestement en contradiction avec la pratique administrative en matière d'abandon de créance par l'actionnaire, raison pour laquelle, en cas de renonciation par la sœur, une renonciation fondée dans les rapports de société (en application de la théorie du triangle) est traitée comme un apport de capital sans incidence fiscale de l'actionnaire, alors que la renonciation par l'actionnaire lui-même doit, dans ce cas, avoir une incidence sur l'impôt sur le bénéfice, ne nous est pas compréhensible.

La comptabilisation commerciale de l'abandon de créance n'est pas abordée dans la circulaire 32 de l'AFC. Etant donné que le principe exposé ci-dessus est inscrit dans la circulaire 32 sans aucune restriction et en référence à l'arrêt du Tribunal fédéral de 1989, qui prévoit un abandon de créance avec incidence sur le résultat, il faut partir du principe que, de l'avis de l'AFC, ce

principe s'applique lorsque l'abandon de créance est comptabilisé dans le compte de résultat de la débitrice, ce qui est également approprié. La correction par rapport au principe de détermination se fonde alors sur l'art. 60 let. a LIFD. A l'inverse, la question se pose de savoir si un abandon de créance comptabilisé sans incidence sur le résultat peut être corrigé en défaveur du contribuable si cet abandon de créance est conforme à la comparaison avec des tiers, mais une telle comptabilisation ne devrait pas être conforme au droit commercial. La question n'est donc pas de savoir si l'art. 58 LIFD pourrait être invoqué ici comme norme de correction.

### 3.2 Conséquences fiscales pour la créancière

La sœur renonçante doit d'abord faire face à des frais. Si, en revanche, la renonciation repose sur la relation de droit des sociétés et qu'elle n'est donc pas justifiée par l'usage commercial en application du principe de pleine concurrence, celle-ci doit être ajoutée au bénéfice imposable selon l'art. 58, al. 1, let. b LIFD.<sup>72</sup>

Le montant de l'imputation du bénéfice est douteux lorsque la créance à laquelle on renonce a déjà été corrigée ou amortie avec incidence sur les charges. La réévaluation du bénéfice ou l'appauvrissement de la société-sœur ne peut intervenir qu'à concurrence de la valeur vénale de la créance, par exemple la valeur qu'un tiers aurait payée ou dont on peut supposer qu'elle est recouvrable. Contrairement aux prêts simulés

<sup>69</sup> Sur l'abandon de créance du détenteur de parts (direct ou indirect) cf. ch. 2

<sup>70</sup> AFC, circulaire 32 du 23.12.2010, ch. 4.1.1.1.b.

<sup>71</sup> Cf. à ce sujet DUSS/HELBING, (note de bas de page no. 12), ST 2011, 527 ss.

<sup>72</sup> AFC, circulaire 32 du 23.12.2010, ch. 4.1.1.3.

## ABHANDLUNGEN · ARTICLES DE FOND

pour lesquels il existe dès le départ une distribution dissimulée de bénéfices, ce n'est pas le cas pour les créances usuelles de tiers de valeur initiale. Un redressement du bénéfice à hauteur de la valeur nominale conduirait à l'imposition d'un rendement fictif si la valeur vénale de la créance est inférieure.

**Exemple:** A est la mère de B et C. B a des créances contre C de 100 que B a amorties en raison de la mauvaise situation de C – comme d'autres créanciers – (à 70).<sup>73</sup> Pour des raisons inhérentes à la société, B renonce finalement à la créance. Pour B, les charges sont déduites de l'impôt sur le bénéfice en raison de la renonciation de 70. En droit commercial, il y a certes un rendement de 100 pour C. Selon la circulaire 32, il y a un rendement d'assainissement improprement dit de C qui n'a pas d'incidence sur l'impôt sur le bénéfice. Par conséquent, le rendement total de 100 doit être corrigé auprès de C, car la renonciation (au moment de la renonciation et non de la correction de valeur antérieure) est globalement justifiée dans les rapports de société. En conséquence, la correction des revenus de C et B ne correspond pas. La différence de 30 doit en revanche être prise en compte pour la mère commune (cf. ch. 3.3).

### 3.3 Conséquences fiscales pour la mère

Pour la société mère commune, la théorie du triangle s'applique en principe aux versements entre sociétés-soeurs (du moins aux fins de l'impôt sur le bénéfice). En revanche, la théorie du triangle ne s'applique pas toujours lorsque la renonciation est conforme à la comparaison avec des tiers et est donc qualifiée de charge justifiée par l'usage commercial pour la société-soeur et de rendement réel de l'assainissement pour la débitrice.<sup>74</sup> Dans ce cas, un éventuel besoin d'amortissement sur la participation de la sœur renonçante (rendement réel de l'assainissement auprès de la débitrice) n'entraîne pas, faute d'apport de la part de la mère, une augmentation correspondante de la valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice et du coût d'investissement auprès de la débitrice.

Dans la mesure où la renonciation n'est pas conforme à la comparaison avec des tiers et qu'elle est donc traitée par la débitrice comme un rendement d'assainissement improprement dit, il peut arriver que la mère adapte la valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice et le coût d'investissement du créancier. La somme des valeurs déterminantes pour l'impôt sur le bénéfice et des coûts d'investissement des deux sociétés reste en principe la même. Une adaptation n'est effectuée que si (faute de réserves latentes) il existe un besoin d'amortissement sur la participation de la créancière (théorie du triangle modifiée).

<sup>73</sup> Dans la pratique, la correction de valeur des créances intragroupe conduit déjà souvent (faute de pleine concurrence directe) à des discussions sur le bien-fondé commercial.

<sup>74</sup> Cf. AFC, circulaire 32 du 23.12.2010, ch. 4.1.1.2.b; dans ce cas, la renonciation n'est pas motivée par le droit des sociétés et ne peut donc pas être évaluée fiscalement par l'intermédiaire de la société mère commune.

**Exemple:** même si (dans l'exemple ci-dessus) il n'y a qu'une revalorisation du bénéfice de 70 pour B, la mère A commune est enrichie de 100, car C est libérée d'une obligation de 100. Pour la mère, la somme de la valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice et du coût d'investissement reste la même.

Mère	B	C	Somme
<b>Valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice</b>	Anciennement: <b>200</b> Réduit à 170 (sur la base d'une correction de valeur) Réduit à <b>100</b> (après renonciation)	300, ajusté de valeur à <b>100</b> Augmentation de 100 en raison de l'abandon de <b>200</b> ou encore de <b>100</b> en cas de besoin de corrections de valeur	<b>300</b> (200 plus 100) ou 200 en cas de correction de valeur supplémentaire
<b>Coût de revient</b>	<b>200</b> Réduit de 100 à <b>100</b> (après renonciation)	<b>300</b> Augmentation de 100 à <b>400</b> (en raison de la renonciation)	<b>500</b>

Dans la pratique, il y a notamment des difficultés ou des contradictions lorsque les sociétés

concernées (débitrice, créancière, mère) sont domiciliées dans différents cantons et qu'il n'est pas possible d'harmoniser les décisions quant à l'existence d'une «renonciation justifiée par l'usage commercial». Etant donné que, dans les situations d'assainissement, il n'est pas toujours possible de demander des rulings en raison de l'urgence, cet aspect doit faire l'objet d'une attention particulière dans la procédure de taxation.

### 3.4 Droit de timbre d'émission et RAC

Faute de prestation de l'associé direct, il n'existe pas d'état de fait soumis au droit de timbre d'émission et il n'est pas possible de constituer des RAC.<sup>75</sup>

### 3.5 Impôt anticipé

#### 3.5.1 Prestation appréciable en argent de la sœur renonçante

L'abandon de créance par la société sœur est en principe une prestation appréciable en argent au sens de l'art. 4 al. 1 let. b LIA à concurrence de la valeur nominale de la créance. Une base de calcul plus basse peut se justifier lorsque des créances comparables de tiers ont une valeur vénale plus basse (cf. ch. 3.2 ci-dessus).

En raison de la «théorie du bénéficiaire direct» pratiquée par l'AFC, le bénéficiaire des prestations (et donc la personne potentiellement habilitée à rembourser l'impôt anticipé) est le bénéficiaire des prestations. Toutefois, si la prestation appréciable en argent est fournie dans le cadre d'un assainissement, la théorie du

<sup>75</sup> Cf. ch. 2.3 et 2.4.

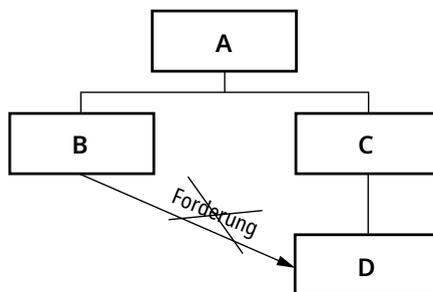
## ABHANDLUNGEN · ARTICLES DE FOND

triangle doit être appliquée conformément à la notice de l'AFC de février 2001.<sup>76</sup> L'application de la théorie du triangle a pour conséquence que la société mère de la société-soeur renonçante est le bénéficiaire des prestations (et a donc le droit de rembourser l'impôt anticipé).

### 3.5.2 Bénéficiaire de la prestation: application du triangle cassé en cas d'assainissement

Dans la pratique récente, l'AFC estime qu'en cas d'assainissement, la société mère directe du débiteur est toujours le bénéficiaire de la prestation.<sup>77</sup> Cela a une conséquence pratique lorsque la société mère de la créancière renonçante n'est pas la société mère (directe) de la société débitrice. Dans ces cas, il y a le «triangle cassé». En fin de compte, cela n'a plus rien à voir avec l'application de la théorie du triangle, mais est une sorte de théorie du favoritisme direct modifiée. (modifié dans la mesure où, conformément à la théorie du bénéficiaire direct, les bénéficiaires de prestations sont toujours, lors d'assainissements, la mère [directe] de la société soumise à assainissement. L'AFC justifie sa pratique par le fait que la mère [directe], en tant que détenteur des droits de participation, est responsable de la dotation nécessaire de ses filiales en fonds propres et donc aussi des assainissements.<sup>78</sup>

**Exemple:** A a renoncé à deux filiales B et C. B à une créance sur D (qui est une filiale de C).



Selon l'AFC, la société bénéficiaire des prestations n'est pas A, mais C. la conséquence pratique en est notamment lorsque C n'est pas une société résidente de Suisse. Même si C est domicilié dans un Etat signataire de la CDI, le remboursement (selon la pratique de l'AFC après le décompte complet de l'impôt anticipé, cf. ch. 3.5.4 concernant les critiques) n'est accordé qu'au taux du portefeuille (qui conduit en règle générale à une charge résiduelle de 15% de l'impôt anticipé). En revanche, selon le point de vue défendu ici, la théorie du triangle devrait être appliquée de manière conséquente et A devrait donc être considérée comme une société bénéficiaire des prestations (et potentiellement autorisée au remboursement de l'impôt anticipé).

<sup>76</sup> AFC, notice de février 2001 relative à la détermination du bénéficiaire des prestations en matière d'impôt anticipé.

<sup>77</sup> Cf. OESTERHELT/TSCHAN, Aktuelle Entwicklungen Verrechnungssteuer und Stempelabgaben, séminaire IFF sur la fiscalité des entreprises des 21 et 22 août 2018, diapositive 18.

<sup>78</sup> Voir implicitement la circulaire 32, ch. 4.1.2.

### 3.5.3 Théorie du bénéficiaire direct en dehors des assainissements

La pratique du *triangle cassé* n'est toutefois appliquée par l'AFC que si la débitrice doit être assainie. Tel est le cas lorsque celle-ci dispose d'un bilan déficitaire. L'évaluation de la nécessité ou non d'assainir une société doit être purement comptable (c'est-à-dire sur la base du dernier bouclage comptable avant l'abandon de créance). Contrairement à la pratique relative à l'art. 12 LT, d'éventuelles réserves latentes ne doivent<sup>79</sup> pas être prises en compte à cet égard. Si la débitrice n'a pas besoin d'être assainie, elle bénéficie de prestations préférentielles en application de la théorie du bénéficiaire direct (non modifiée) et peut donc être remboursée. Si l'abandon de créance dépasse le besoin d'assainissement de la débitrice, la prestation appréciable en argent doit être partagée: dans la mesure où le besoin d'assainissement de la débitrice l'exige, la mère de la débitrice bénéficie de prestations (et peut être autorisée à rembourser l'impôt anticipé), tandis que la débitrice elle-même est autorisée à le faire dans la partie supérieure.

**Exemple:** B a une créance de 100 contre D. D a un bilan déficitaire de 60 (qui est entièrement couvert par des réserves latentes). Si B renonce à sa créance envers D, il en résulte une prestation appréciable en argent à C à hauteur de 60 et une prestation appréciable en argent à D à hauteur de 40.

Dans un souci de clarté et de praticabilité, l'évaluation au bilan sans tenir compte des réserves latentes doit être saluée afin de préserver la sécurité juridique concernant le bénéficiaire des prestations (et les conséquences de l'impôt anticipé). En principe, la preuve devrait pouvoir être apportée par le dernier bilan commercial ou, dans les cas d'assainissement, par des bilans intermédiaires plus récents. En cas de doute, la prise de contact préalable avec l'AFC est recommandée, vu les conséquences substantielles possibles de l'impôt anticipé. Cela vaut également dans les situations purement suisses, étant donné que, malgré la nouvelle réglementation de l'art. 20, al. 2, 1<sup>re</sup> phrase LIA, l'AFC n'autorise en principe pas de procédure de déclaration entre les sociétés sœurs suisses et qu'une sortie de trésorerie temporaire pour le paiement de l'impôt anticipé peut également être mortelle en cas de pénurie de liquidités.

### 3.5.4 Application de la procédure de déclaration selon l'art. 20 LIA?

Le versement et le remboursement de l'impôt anticipé représentent – non seulement mais surtout dans les situations d'assainissement – une charge inutile pour la liquidité du groupe d'entreprises concerné. L'application de la procédure de déclaration est donc indiquée. Si tant la créancière que le débiteur ont la même société mère directe, l'AFC accepte la procédure de déclaration selon l'art. 26a OIA sur la base des règles exposées au ch. 3.5.2. Comme indiqué au ch. 3.5.3, cela ne vaut toutefois que pour le

<sup>79</sup> Cf. ch.2.3.3

## ABHANDLUNGEN · ARTICLES DE FOND

besoin d'assainissement (c'est-à-dire: bilan déficitaire commercial) de la débitrice.

Si le bénéficiaire de la prestation appréciable en argent n'est pas la société mère directe de la créancière qui renonce à la prestation, les règles des art. 24 ss OIA ne prévoient en principe pas l'application de la procédure de déclaration. Il s'agit, d'une part, d'un abandon de créance qui n'est pas couvert par un bilan déficitaire de la débitrice; d'autre part, d'un abandon de créance en cas de situation d'assainissement lorsque le créancier et le débiteur n'ont pas la même société mère directe, comme le montre par exemple l'exemple présenté au ch. 3.5.2. Pour les raisons décrites ci-dessus (manque de liquidités et charge administrative), cette pratique de l'AFC n'est pas appropriée aux yeux de l'AFC.

De l'avis de l'AFC, le refus de la procédure de déclaration par l'AFC est en outre contraire à la teneur de l'art. 20, al. 2 LIA dans sa version en vigueur depuis le 15 février 2017.<sup>80</sup> Contrairement à l'art. 20 aLIA, la réglementation en vigueur depuis le 15 février 2017 n'est plus une norme de délégation pure, mais une disposition à deux niveaux: premièrement, la compétence de définir les cas dans lesquels la procédure de déclaration est applicable est toujours attribuée au Conseil fédéral par l'art. 20, al. 2, 1<sup>re</sup> phrase, LIA. Cette norme de délégation est toutefois complétée par l'art. 20, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase LIA, qui définit les cas dans lesquels la procédure de déclaration doit impérativement être admise par la loi. L'art. 20, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase LIA précise en effet que la procédure de déclaration «doit

être admise en particulier pour les distributions de dividendes et les prestations appréciables en argent dans les relations de groupe en Suisse et à l'étranger».

Un abandon de créance en faveur d'une société du groupe est une «prestation appréciable en argent» dans les rapports du groupe, sauf dans les cas où la comparaison avec des tiers est réalisée et où il existe des charges justifiées par l'usage commercial (cf. chiffre 3.2). L'AFC doit donc obligatoirement accepter ici la procédure de déclaration, même si cela n'est pas prévu aux art. 24 ss OIA. L'art. 20, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase LIA est donc une disposition à caractère «self executing» et prime, en tant que loi, l'ordonnance de droit. Si le bénéficiaire de la prestation est une société domiciliée en Suisse, l'assujettissement à l'impôt anticipé doit donc pouvoir être entièrement réglé dans le cadre de la procédure de déclaration. Si le bénéficiaire de la prestation est une société résidente d'un Etat<sup>81</sup> qui n'est pas une société mère (directe) de la créancière qui renonce à la prestation, la procédure de déclaration doit être accordée jusqu'au taux résiduel applicable (de 15% en règle générale) au vu du libellé clair («transfrontalier»). Cela correspond à ce que l'on appelle la pratique antérieure «procédure de court-circuit».

A ce qu'on dit, l'AFC ne partage pas (encore?) l'opinion exprimée ici et refuse l'application de la procédure de déclaration prévue à l'art. 20, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase LIA dans ces circonstances. Le créancier renonçant est ainsi moins bien placé que dans le cas d'une prestation appréciable

<sup>80</sup> Voir déjà OESTERHELT/DEISS, (note de bas de page no. 56), séminaire IFF 2017, diapositives 19 ss.

<sup>81</sup> C'est-à-dire un Etat qui a conclu avec la Suisse une convention de double imposition qui permet, par analogie avec la règle de l'art. 10 al. 2 let. b CM-OCDE, le remboursement partiel de l'impôt anticipé.

en argent, dans laquelle il bénéficie, lors de la révision de l'AFC, de la procédure de déclaration selon l'art. 24 al. 1 let. a OIA et peut éviter la sortie de liquidités qui serait si importante dans des situations d'assainissement (ou dans des situations proches de l'assainissement). Il est évident que ce résultat est peu satisfaisant.

## 4 Abandon de créance par une filiale

### 4.1 Impôt sur le bénéfice de la débitrice

#### 4.1.1 Pratique AFC: traitement analogue à celui appliqué aux sœurs

Dans la circulaire 32, l'abandon de créance par une filiale est assimilé à un abandon de créance par la société-soeur.<sup>82</sup> Les règles correspondantes s'appliquent aussi bien aux filiales directes qu'aux filiales indirectes, même si elles ne le font pas explicitement. Dans le cas de la débitrice, la dette est ainsi entièrement décomptabilisée dans le compte de résultat. Dans la mesure où la renonciation est usuelle dans un Etat tiers, la débitrice dispose d'un rendement imposable. Dans le cas contraire (c'est-à-dire en cas de prescription découlant des rapports de société), il y aurait, selon la pratique de l'AFC, un rendement d'assainissement improprement dit.<sup>83</sup>

#### 4.1.2 Traitement comme rendement de participation?

Selon le point de vue défendu ici, il s'agirait en revanche – en tant que cas inverse de l'apport sans incidence fiscale – d'un rendement de participation qui est certes imposable, mais qui peut (potentiellement) bénéficier de la réduction pour participations selon l'art. 69 LIFD.<sup>84</sup> En effet, les versements faits par une filiale à sa mère en vertu du droit des sociétés ne peuvent constituer que des distributions (dissimulées) de bénéfices – la catégorie du «rapatriement» sans incidence fiscale est étrangère au droit fiscal suisse (en dehors des dividendes de substance et des désinvestissements)<sup>85</sup>. Cela vaut aussi bien pour les filiales directes que pour les filiales indirectes.

#### 4.1.3 Montant du produit

Le montant du rendement correspond à la valeur nominale du passif décomptabilisé. Dans cette mesure, la débitrice est en effet libérée de son obligation. Cette règle s'applique même si la créance a déjà fait l'objet d'une correction de valeur auprès de la filiale. La question se pose toutefois de savoir dans quelle mesure le rendement est soumis à la réduction pour participations. La renonciation à une créance rectifiée de valeur ne constitue une distribution de bénéfice que dans la mesure de la valeur vénale de la créance (cf. ch. 3.2 sur la question

<sup>82</sup> AFC, circulaire 32 du 23.12.2010, ch. 4.1.1.1.b.

<sup>83</sup> Cf. ch. 3.1

<sup>84</sup> En revanche, il n'y a pas de différence en cas de perte, car tant le rendement des participations que celui des assainissements réduisent le report de pertes.

<sup>85</sup> Cf. AFC, circulaire 27 du 17.12.2009, ch. 2.5.1.; voir aussi les critiques de DUSS/HELBING, (note de bas de page no. 12), ST 2011, 527 ss, 528.

## ABHANDLUNGEN · ARTICLES DE FOND

---

comparable en cas de renonciation de la société-soeur). Dans la mesure où la renonciation correspond à une comparaison avec des tiers, il y a rendement imposable qui n'est pas soumis à la réduction pour participations. La distribution d'une créance d'une valeur vénale de 70 (selon l'exemple au ch. 3.2, uniquement en renonçant à une filiale) d'une valeur nominale de 100 serait donc soumise à la réduction pour participations à raison de 70 comme dividende (valeur vénale de la distribution en nature) et soumise à l'impôt ordinaire à hauteur de 30 comme «bénéfice de confusion» en raison de la coïncidence entre débiteur et créancier.

### 4.2 Impôt sur le bénéfice de la fille

En ce qui concerne le traitement fiscal de la filiale qui renonce à l'impôt sur le bénéfice, il convient également de distinguer si la renonciation est conforme à une comparaison avec des tiers et si elle est justifiée par l'usage commercial ou non. S'il ne respecte pas la comparaison avec des tiers, il s'agit d'une affectation du bénéfice. Les charges doivent donc être ajoutées conformément à l'art. 58, al. 1, let. b LIFD.

On peut se demander si le montant de la distribution (et redressement du bénéfice) correspond à la valeur nominale de la créance ou à la valeur comptable (en tenant compte d'une correction de valeur préalable). La compensation intégrale à hauteur de la valeur nominale de la créance entraînerait une imposition excessive en cas de recouvrement incertain (imposition du rendement fictif). C'est pourquoi, à notre avis, comme pour les sociétés-soeurs, seule la valeur vénale actuelle de la créance peut être prise en compte. Dans la mesure où une correction de

valeur a été effectuée auparavant et reconnue fiscalement, elle n'est pas prise en compte au moment de l'abandon de créance.

Le montant du rendement imposable peut donc différer entre le débiteur (rendement correspondant à la dette supprimée) et la créancière (distribution de la créance ou abandon de créance correspondant à la valeur vénale). Le montant qui, pour la débitrice, est en principe soumis à la réduction pour participations correspond toutefois au montant de la prestation appréciable en argent de la fille.

### 4.3 Impôt anticipé

La renonciation à la créance par la filiale constitue une prestation appréciable en argent soumise à l'impôt anticipé au sens de l'art. 4 al. 1 lit. b LIA. Si la mère (débitrice) est domiciliée en Suisse ou dans un Etat signataire de la CDI, la procédure d'annonce s'applique au moins en cas de renonciation par une filiale directe au sens de l'art. 26a OIA ou de l'art. 2 de l'ordonnance d'allègement de la CDI.

Comme pour l'impôt sur le bénéfice et la renonciation par la société-soeur, une prestation appréciable en argent correspond en principe à la valeur nominale de la créance. Une base de calcul plus basse peut se justifier lorsque des créances comparables de tiers ont une valeur vénale plus basse.

## 5 Abandon de créances par des tiers

Par comparaison, l'abandon définitif de créances par des tiers indépendants ne pose pas

de problème. Pour la débitrice, il s'agit d'une opération qui a un effet sur l'impôt sur le bénéfice (rendement réel de l'assainissement). Dans certains cas, il est possible de recourir à la compensation élargie des pertes selon l'art. 67, al. 2, LIFD<sup>86</sup> (cf. ch. 2.2.10). Pour la créancière renonçante, la renonciation est une charge justifiée par l'usage commercial. L'impôt anticipé et le droit de timbre d'émission ne sont pas dus. Des RAC ne peuvent pas être constituées. Il en va autrement lorsque le tiers utilise sa créance pour obtenir des actions (libération par compensation). Même si le tiers renonce dans le train à une partie de sa créance, cela se fera régulièrement dans la perspective du futur statut d'associé, ce qui plaiderait en faveur de la qualification d'apport sans incidence fiscale sur l'impôt sur le bénéfice.

## 6 Émission de bons de récupération

### 6.1 Champ d'application

La situation est plus intéressante lorsque la débitrice délivre au tiers qui renonce un «bon de récupération». Un bon de récupération est une reconnaissance conditionnelle de dette liée à l'abandon de créance, selon laquelle la créance abandonnée renaît en tout ou partie en cas d'amélioration de la situation patrimoniale de

la débitrice.<sup>87</sup> Dans la pratique, les bons de récupération sont peu répandus à ce jour. Selon le ch. 4.2.1.1 de la circulaire 32, les règles fiscales applicables au bon de récupération ne s'appliquent que si le créancier ne détient pas de participation dans la débitrice (la notion de personne proche ou de société liée n'est pas utilisée, de sorte que la restriction ne s'applique qu'à l'égard de l'associé (directement ou indirectement) qui détient une participation dans la débitrice). Si tel devait être le cas, les explications relatives au droit de timbre d'émission au ch. 4.2.4 de la circulaire 32 n'auraient guère de sens. En effet, la perception du droit de timbre d'émission en cas d'abandon de créance présumé suppose un rapport de participation (direct). Ainsi, l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 16 juillet 2010 se fondait<sup>88</sup> également sur un abandon de créance accompagné d'un bon de récupération des détenteurs de parts (participants). Dans son arrêt relatif au droit de timbre d'émission, le Tribunal administratif fédéral précise qu'il n'y a donc pas de raison valable<sup>89</sup> - malgré les doutes du droit des sociétés quant à la remise de bons de récupération aux actionnaires - de traiter différemment du point de vue de l'impôt sur le timbre l'abandon de créance lié à un accord de récupération que l'abandon de créance sans cet accord. Le Tribunal administratif fédéral ne s'est donc pas heurté au fait que le bon de récupération a été délivré à un détenteur de parts. Comme

<sup>86</sup> Voir aussi AFC, circulaire 32 du 23.12.2010, ch. 3.1.b.

<sup>87</sup> Voir, ex multis, BAHAR/PEYER, in: Handschin (éd.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, art. 620 à 659b CO, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, 2e éd., Zurich 2019, no. 34 ad art. 657.

<sup>88</sup> TAF, 16.7.2010, A-5872/2008, avec discussion de la recevabilité juridique in consid. 4.5.

<sup>89</sup> TAF, 16.7.2010, A-5672/2008, consid. 4.6.2.

## ABHANDLUNGEN · ARTICLES DE FOND

on peut encore le constater, les «réserves en matière de droit des sociétés» évoquées par le Tribunal administratif fédéral sont désormais largement devenues obsolètes. Dans la pratique, le bon de récupération est délivré principalement aux détenteurs de parts et non à des tiers. Une égalité de traitement entre le bon de récupération délivré à l'associé se justifie également par le fait que, selon la pratique de l'AFC, les conséquences pour l'impôt sur le bénéfice de l'abandon de créance sont évaluées par analogie auprès de la débitrice. Lorsque des différences apparaissent à cet égard et que l'abandon de créance de la débitrice n'a exceptionnellement pas d'incidence sur l'impôt sur le bénéfice, il est naturellement possible de traiter différemment la reprise de la dette sous le titre de récupération (cf. ch. 6.2). Il n'y a donc, selon elle, guère de raison de limiter le traitement privilégié du bon de récupération à l'abandon de créance de tiers ou de sociétés liées (sans l'actionnaire lui-même). L'argument avancé à cet égard par l'AFC selon lequel l'établissement d'un bon de récupération à l'encontre d'un détenteur de parts contrevient à l'interdiction de remboursement du capital n'est pas pertinent. L'avis de l'AFC repose peut-être sur une interprétation erronée d'une opinion minoritaire plus ancienne, qui considère le bon de récupération comme problématique du point de vue du droit des sociétés, car le conseil d'administration accorde ainsi quasiment dans

le dos des actionnaires des droits à une part du bénéfice.<sup>90</sup>

Si l'on suit ce point de vue, les bons de récupération seraient généralement illicites, quel que soit le destinataire de ces bons. Le fait que les sociétés de capitaux puissent, sans autre formalité, verser des rémunérations dépendant du résultat de l'exploitation ou accorder des prêts partiels qui dépendent également de l'évolution financière future de l'entreprise montre que la doctrine susmentionnée ne peut pas non plus s'appliquer sur le fond.<sup>91</sup> Enfin, le droit de la société anonyme ne repose pas sur l'argument selon lequel un bon de récupération octroyé à un détenteur de parts serait contraire à l'interdiction de remboursement du capital (art. 680, al. 2, CO), car celui-ci ne porte que sur les apports effectués lors de l'émission de certificats de parts.

Lorsqu'un bon de récupération est émis à l'encontre d'un actionnaire (direct ou indirect) qui a renoncé à une créance (de droit de la dette) à l'encontre de la société – ce qui est juridiquement admissible, comme indiqué ci-dessus – l'AFC traite actuellement cette question de la même manière que l'émission d'un bon de jouissance d'assainissement aux fins de l'impôt sur le bénéfice et de l'impôt anticipé. Selon la pratique de l'AFC, le recouvrement de la créance auprès de la société n'est donc pas une charge justifiée par l'usage commercial et les

<sup>90</sup> Cf. PETER BÖCKLI, *Schweizerisches Aktienrecht*, 4e éd., Zurich 2009, § 5 N 85; autres preuves auprès de BAHAR/PEYER, (note de bas de page no. 86), art. 657 no. 34. Nombre de ces opinions - à l'exception de BÖCKLI - ne distinguent pas clairement entre le bon de récupération purement fautif et le bon de jouissance d'assainissement au sens du droit de la société anonyme, qui peut transmettre une part de bénéfice ou de liquidation ou un droit de souscription d'actions (art. 657 CO) (cf. ch. 7). JUNG, in: Handschin (éd.), *Zürcher Kommentar, Obligationenrecht*, art. 620 à 659b CO, *Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen*, 2e éd., Zurich 2019, art. 625 No.112.

<sup>91</sup> Pour de plus amples arguments, voir BAHAR/PEYER, (note de bas de page no. 86), art. 657, no 35.

paiements effectués sous le titre de récupération ne constituent pas des prestations appréciables en argent soumises à l'impôt anticipé, que la renonciation ait déjà été comptabilisée comme rendement imposable auprès du débiteur.<sup>92</sup> Il en va autrement – du moins en ce qui concerne l'impôt anticipé – lorsque le bon de récupération délivré au détenteur de parts est vendu à un tiers. Dans ce cas, les paiements effectués au tiers sous le titre de récupération ne sont pas soumis à l'impôt anticipé faute de base légale.<sup>93</sup>

### 6.2 Impôt sur le bénéfice de la débitrice

Etant donné que la renonciation à la créance entraîne un rendement imposable pour la débitrice, la reprise de la créance ou la rémunération (conforme au marché) de celle-ci entraîne en contrepartie des charges justifiées par l'usage commercial. Selon le point de vue défendu ici, cela vaut en principe indépendamment du fait que le détenteur du bon de récupération soit un tiers indépendant, une personne liée ou l'associé, pour autant que l'abandon de créance ait eu des effets sur l'impôt sur le bénéfice de la débitrice. Il en va autrement lorsque l'abandon de créance ne devrait exceptionnellement pas avoir d'incidence sur l'impôt sur le bénéfice. Dans un tel cas, le recouvrement de la créance ne saurait, par nature, constituer une charge justifiée par l'usage commercial. Le traitement correspondant à la renonciation précédente (rendement imposable – charge fiscale en cas de reprise en vie; dépôt sans incidence fiscale – pas de charge justifiée par l'usage commercial) est

judicieux et peut être compris indépendamment de la personne de l'auteur de la renonciation et du détenteur du bon de récupération (donc aussi auprès de l'actionnaire). Il va de soi qu'il peut y avoir là aussi des divergences d'appréciation entre les différentes autorités fiscales lors de la taxation de la débitrice et de la créancière, cf. ch. 2.5.3.

### 6.3 Créancier renonçant

Les prestations sous le bon de récupération sont en principe imposables pour le détenteur du bon de récupération (personne morale ou personne physique). Cela est logique, car l'abandon de créance a également eu une incidence sur l'impôt sur le bénéfice. Dans la mesure où l'abandon de créance était neutre du point de vue de l'impôt sur le bénéfice et ne justifiait pas une correction de valeur de la créance pour les détenteurs de parts, la reprise de la vie est également fiscalement neutre. Cela peut se faire indépendamment de la personne du créancier, c'est-à-dire également à l'égard du détenteur de parts.

Les personnes physiques qui reçoivent des prestations d'un bon de récupération peuvent les encaisser en franchise jusqu'à concurrence de la valeur nominale de la créance initiale. Les paiements dépassant ce montant constituent un rendement imposable de la fortune. Cela est logique dans la mesure où le remboursement de la valeur nominale d'une créance auprès du bénéficiaire n'est pas une prestation imposable. La différence de traitement à l'égard du

<sup>92</sup> Concernant la critique du traitement fiscal du bon de jouissance d'assainissement, voir BRÜLISAUER, (note de bas de page no. 7), ad art. 60, no 64.

<sup>93</sup> Cf. ch. 6.4

## ABHANDLUNGEN · ARTICLES DE FOND

créancier qui détient le bon de récupération se justifie dans la mesure où l'abandon de créance dans la fortune privée constituait également une perte en capital non négligeable. La reprise de la créance constitue donc un gain en capital non négligeable.

Cette règle doit toutefois encore être insérée dans le contexte du principe de l'apport de capital. En effet, la perception en franchise de l'impôt de prestations provenant d'un bon de récupération par une personne physique n'est justifiée que si l'abandon de créance n'a pas donné droit à la constitution de réserves issues d'apports de capital (RAC). Tel est toujours le cas lorsque le créancier (et donc le bénéficiaire du bon de récupération) n'était pas un détenteur de parts. Selon certains participants, il devrait en aller de même lorsque l'abandon de créance d'un détenteur de participations (contre remise d'un bon de récupération) a été comptabilisé dans le compte de résultat du point de vue du droit commercial et qu'il n'a donc pas été constitué de RAC.

### 6.4 Impôt anticipé

Les paiements effectués sous un bon de récupération (en cas de renonciation avec incidence sur l'impôt sur le bénéfice) ne sont pas soumis à l'impôt anticipé jusqu'à concurrence de la valeur nominale de la créance initiale. Les paiements d'intérêts ne sont pas soumis à l'impôt anticipé tant qu'il n'existe ni obligation de caisse ni obligation d'emprunt au sens de l'art. 4 al. 1 lit. a LIA. Selon le ch. 4.2.3.a de la circulaire 32, les paiements excédant la valeur

nominale et portant intérêt de la dette initiale doivent être soumis à l'impôt anticipé en tant que prestations appréciables en argent au sens de l'art. 4, al. 1, let. b LIA.

Si le détenteur du bon de récupération n'est pas impliqué dans la débitrice (et qu'il n'y a pas de personne proche), il est douteux qu'il existe une base légale pour la perception de l'impôt anticipé: en ce qui concerne le remboursement de la valeur nominale et la rémunération de la dette initiale au tiers, ce n'est pas le cas à notre avis, indépendamment du traitement fiscal de la renonciation auprès de la débitrice.

Il en va de même lorsque le bon de récupération est initialement délivré au détenteur de parts et que celui-ci le vend à un tiers. À notre avis, il n'existe pas de base légale pour le prélèvement de l'impôt anticipé sur le remboursement (intérêts compris) au tiers.

### 6.5 Droit d'émission et de timbre de négociation

Un bon de récupération n'est ni un droit de participation au sens de l'art. 5 al. 1 let. a LT, ni un titre imposable au sens de l'art. 13 al. 2 LT. L'émission du bon de récupération n'est donc soumise ni au droit de timbre d'émission ni au droit de timbre de négociation. En revanche, l'abandon de créance préalable lié à l'émission du bon de récupération est en principe soumis au droit de timbre d'émission lorsque le créancier qui renonce à la créance est un détenteur direct de parts.<sup>94</sup> Ici aussi, l'exception de l'art. 6 al. 1 let. k LT est applicable. De plus, l'émission d'un bon de récupération n'exclut pas l'existence d'une

<sup>94</sup> Cf. ch. 2.3

«rigueur manifeste», de sorte qu'une remise au sens de l'art. 12 LT est également possible.<sup>95</sup> Les transactions sur le marché secondaire ne sont pas non plus soumises au droit de timbre de négociation, faute de qualification de titre imposable au sens de l'art. 13 al. 2 LT.

### 7 Émission de bons de jouissance d'assainissement

Le bon de jouissance d'assainissement doit être distingué du bon de récupération. Celui-ci constitue un droit de participation proprement dit. Ainsi, les paiements effectués sous le couvert d'un bon de jouissance d'assainissement (sans effet sur l'impôt sur le bénéfice) sont soumis à l'impôt anticipé selon l'art. 4 al. 1 lit. b LIA. Ce résultat n'est pas optimal du point de vue fiscal par rapport au bon de récupération lorsque la renonciation préalable a entraîné un rendement imposable.

L'émission d'un bon de jouissance d'assainissement en relation avec un abandon de créance est soumise au droit de timbre d'émission en tant qu'émission dite «à titre onéreux» d'un bon de jouissance d'assainissement.<sup>96</sup> Dans ce cas, le droit de timbre d'émission est dû à hauteur de l'abandon de créance, l'exception de l'art. 6 al. 1 let. k LT ainsi que la remise selon l'art. 12 LT étant applicables.

Les bons de jouissance d'assainissement sont des documents imposables au sens de l'art. 13

al. 2 LT, raison pour laquelle les transactions sur le marché secondaire sont soumises au droit de timbre de négociation de 0,15% lorsqu'un négociant en valeurs mobilières participe à la transaction en tant que partie ou intermédiaire. En revanche, l'émission du bon de jouissance d'assainissement n'est pas soumise au droit de timbre de négociation selon l'art. 14 al. 1 lit. a LT.

### 8 Autres debt equity swaps

Le Tribunal fédéral refuse l'application de l'art. 60 let. a LIFD en cas d'abandon de créance comptabilisé en résultat commercial par l'actionnaire, au motif que le contribuable doit se laisser guider par la forme juridique (civile) choisie ainsi que par le traitement comptable.<sup>97</sup> Jusqu'à nouvel ordre, les contribuables devront s'en occuper malgré toutes les craintes quant à l'exactitude de cette pratique.

Etant donné que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la conception du droit civil est au premier plan, il ne devrait pas être trop difficile pour les contribuables de s'adapter à la pratique de l'AFC. Comme le résultat obtenu – le traitement de l'abandon de créance en tant qu'apport de capital sans incidence fiscale – constitue le résultat économiquement approprié, ces formules ne peuvent pas non plus être remises en question sous le titre d' «évasion fiscale». Etant donné que les formes alternatives de *debt equity swaps* présentées ci-dessous – à l'exception,

<sup>95</sup> TAF, 16.7.2010, A-5872/2008, consid. 4.

<sup>96</sup> En revanche, en cas d'émission d'un bon de jouissance d'assainissement qui ne repose pas sur un abandon de créance (dite «gratuite»), le droit d'émission ne s'élève, selon l'art. 9 al. 1 let. d LT, qu'à CHF 3 par titre.

<sup>97</sup> TF, 20.10.2014, 2C\_634/2012, consid. 5.2.2 et 5.2.4 = Revue fiscale 2015, 247 ss.

## ABHANDLUNGEN · ARTICLES DE FOND

---

le cas échéant, de la subvention en espèces au sens du ch. 8.1 – ne constituent pas non plus, du point de vue du droit civil, des structures particulièrement artificielles, il n’y a pas non plus d’«aménagement isolé» au sens d’une évasion fiscale. Cela ne vaut que si les formes alternatives de *debt equity swaps* décrites ci-dessous sont comptabilisées sans incidence sur le compte de résultat du point de vue du droit commercial, ce qui est en principe possible et admissible.

### 8.1 Subvention en espèces avec remboursement du prêt

La manière la plus simple d’obtenir un traitement sans incidence sur l’impôt sur le bénéfice est le «Cash Roundtrip»: le créancier de la créance verse une contribution en espèces à la débitrice à hauteur de la valeur nominale de la créance. Celle-ci rembourse la créance au moyen des fonds reçus. Selon l’art. 60 let. a LIFD, une telle subvention est clairement possible sans incidence sur l’impôt sur le bénéfice. Les allègements et les réductions à court terme sont examinés par certaines administrations fiscales sous réserve d’évasion fiscale. Celui-ci n’est peut-être pas pertinent si les sociétés transfèrent effectivement l’argent et s’exposent ainsi à des risques juridiques: en effet, au moins pour les sociétés qui ont besoin d’être assainies, cette voie n’est guère empruntée, car le remboursement du prêt est potentiellement sujet à des contestations pauliennes.<sup>98</sup> Si les sociétés ne s’exposent à aucun risque juridique (p. ex. en dehors de

situations d’assainissement), le paiement n’est certainement pas uniquement motivé par des considérations fiscales.

### 8.2 Apport de créance par l’actionnaire

En raison des inconvénients (de droit civil) du *cash Roundtrip* et des éventuelles réserves d’évasion fiscale, le dépôt de créances par le créancier constitue la voie la plus simple et la plus directe. Si l’actionnaire (direct ou indirect) investit la créance contre la filiale (directe ou indirecte) dans celle-ci à titre d’apport en nature (au sens d’un versement supplémentaire dans les réserves), il s’agit d’un versement «à fonds perdu» au sens de l’art. 60 let. a LIFD. La cause juridique de l’extinction de la créance n’est donc pas la renonciation (avec incidence sur l’impôt sur le bénéfice) à la créance, mais la fusion (sans incidence sur l’impôt sur le bénéfice) du débiteur et du créancier qui suit l’apport. Le dépôt de la créance n’est certainement pas une opération isolée, mais conduit directement au renforcement des fonds propres de la filiale. Un apport constitue une opération de financement typique par l’associé (direct ou indirect). Par conséquent, l’apport de la créance aux réserves n’a pas d’incidence sur l’impôt sur le bénéfice. Si celle-ci est effectuée par l’actionnaire direct, l’opération est en principe soumise au droit de timbre d’émission, l’exception de l’art. 6 al. 1 let. k LT (et éventuellement de l’art. 12 LT) étant applicable.

---

<sup>98</sup> Le fait que le remboursement du prêt n’ait été possible que par le biais de la subvention préalable qui y est liée et que la position des créanciers tiers s’est ainsi améliorée et ne s’est pas détériorée pourrait encore faire l’objet d’une contestation paulienne. Il existe toutefois un certain risque résiduel que les deux opérations (dons et remboursement) ne soient pas considérées comme holistiques aux fins de la LP.

### 8.3 Subvention suivie d'une compensation

En lieu et place de l'apport de la créance existante contre la fille, l'actionnaire (direct ou indirect) peut, en tant que créancier de la créance existante, décider un versement supplémentaire à la fille (directe ou indirecte) pour un montant équivalent, créant ainsi une nouvelle créance de la fille contre le créancier.

Typiquement, un contrat de subvention («contribution Agreement») est conclu entre créancier et filiale, ce qui crée une promesse de subvention. Dans un deuxième temps, la fille déclare compenser sa dette avec sa créance résultant de la promesse de subvention. La mère pourrait également expliquer la compensation de son engagement résultant de la promesse de subvention avec la créance envers la fille. Les réserves émises pour le *Cash Roundtrip* (ch. 8.1) quant à une éventuelle contestation paulienne s'appliquent également ici. Selon l'art. 214 LP, il importe peu que la filiale ou la mère déclare la compensation. Là encore, on peut objecter à une contestation paulienne que la compensation n'a été rendue possible que par la promesse de subvention (qui est en fin de compte liée économiquement à celle-ci).

Les deux procédures doivent être comptabilisées sans incidence fiscale du point de vue du droit commercial et donc sans incidence sur l'impôt sur le bénéfice. Si le créancier est l'actionnaire direct, le versement supplémentaire est soumis au droit de timbre d'émission, auquel

cas l'exception de l'art. 6 al. 1 let. k LT (et éventuellement de l'art. 12 LT) peut être invoquée.

### 8.4 Libération par compensation

En lieu et place de l'apport sans augmentation de capital, la créance peut également être utilisée pour la libération par compensation dans le cadre d'une augmentation de capital auprès de la filiale. Alors qu'une opinion minoritaire exige le maintien de la valeur de la créance, selon la pratique courante, le maintien de la valeur n'est pas considéré à juste titre comme une condition de la libération par compensation. A l'avenir, ce principe sera également inscrit dans la loi.<sup>99</sup> L'obligation de dépôt est remplie par compensation avec la créance, c'est-à-dire qu'elle est utilisée pour libérer le capital-actions et, par ailleurs, pour agio ou RAC. (En cas de situation d'assainissement, une augmentation de capital d'un montant minimum de CHF 1.– par exemple s'offre, de sorte que le solde de la créance peut être comptabilisé dans l'agio). La libération par compensation est un apport de capital ouvert de l'actionnaire avec comptabilisation neutre auprès de la société et de l'actionnaire, pas une renonciation, car la créance de l'actionnaire est utilisée pour acquérir des droits de participation. Pour la filiale, la créance est entièrement enregistrée comme fonds propres (capital-actions, réserves légales), indépendamment d'une correction de valeur antérieure; pour la mère, la valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice et le coût d'investissement sont augmentés dans la même mesure (le cas échéant

<sup>99</sup> Cf. art. 634a, al. 2, P-CO, selon lequel la compensation avec une créance vaut également comme couverture lorsque la créance n'est plus couverte par des actifs.

## ABHANDLUNGEN · ARTICLES DE FOND

---

suivi d'une correction de valeur de la valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice). Cette appréciation correspond également à l'appréciation fiscale d'un prêt convertible. Là aussi, la conversion du prêt en droits de participation entraîne une libération par compensation. Cette opération est également une subvention sans incidence sur l'impôt sur le bénéfice au sens de l'art. 60 let. a LIFD.

### 8.5 Reprise de dette par la mère

En lieu et place d'un abandon de créance par une sœur (ou une société-fille), la société mère peut obtenir un apport – sans incidence fiscale sur le bénéfice – à la filiale par reprise de dette (privative) au sens de l'art. 176 CO. La mère s'engage vis-à-vis de la fille – en tant que subside aux réserves ou RAC – à assumer son obligation, par exemple à l'égard de la sœur, c'est-à-dire à libérer la fille de sa dette. Avec le consentement de la créancière, la filiale est ainsi libérée de sa dette. La débitrice initiale peut ainsi être assainie. Désormais, la mère est débitrice vis-à-vis d'une autre société du groupe (la créancière initiale). Une reprise privative de dette est également possible pour les dettes envers des tiers. La question de savoir si une reprise de dette est également un acte juridique valable pour une créance propre est en revanche douteuse. Comme l'art. 176 CO repose en principe sur la «théorie du contrat»,<sup>100</sup> cela n'est pas admissible, car un contrat entre créancier et repreneur n'est pas possible en tant qu'opération intrinsèque.

En revanche, une promesse de libération de la mère selon l'art. 175 CO devrait être admissible. Une telle promesse de libération, qui entraîne l'extinction de la créance de la mère à l'égard de la fille, doit également être qualifiée, du point de vue du droit commercial et fiscal, de don à la fille, sans incidence sur l'impôt sur le bénéfice.

### 8.6 Digression: rachat d'une créance sous pari

Pour la société qui s'est financée auprès d'un tiers à un coût élevé (c'est-à-dire à un taux d'intérêt élevé), un rachat de créances (ou d'emprunts) en cours peut s'avérer envisageable pour se refinancer plus avantageusement. Les conditions de rachat sont régulièrement déjà réglées dans les conditions de l'emprunt. Afin de ne pas s'exposer à des contestations pauliennes, le prix de rachat ne doit toutefois pas dépasser un dividende de faillite potentiel.

Le rachat de la créance entraîne l'extinction de la créance en cas de confusion entre créancier et débiteur. Si le rachat est inférieur à la valeur nominale, la débitrice réalise un rendement imposable en rachetant la créance. Si le débiteur rachète une créance de l'actionnaire (direct ou indirect) à un montant inférieur à la valeur nominale, la question peut se poser de savoir si la différence entre la valeur nominale et le montant du rachat ne doit pas être traitée fiscalement comme un abandon partiel de créance. Pour les emprunts négociés, la comparaison avec des tiers permet de conclure que la créance

---

<sup>100</sup> Alors que c'est ce que l'on appelle «La théorie du contrat», c'est-à-dire un contrat entre créancier et repreneur, doit être conforme à la théorie dite du contrat. «Théorie de l'approbation»: il s'agit d'un contrat entre le débiteur et le repreneur avec l'approbation du créancier qui perd son droit contre le débiteur (cf. à ce sujet VON THUN/ESCHER, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, volume 2, Zurich 1974, 383).

n'aurait pas pu être réalisée à une valeur plus élevée, si bien que la charge (perte) résultant de la vente est justifiée par l'usage commercial. Comme dans le cas d'une prestation fournie par un tiers, la débitrice devrait avoir la possibilité de compenser le produit imposable du rachat de créance selon la compensation élargie des pertes selon l'art. 67, al. 2, LIFD (en cas de bilan déficitaire) avec des pertes en dehors de la période de pertes de sept ans.

Lors du rachat, il convient de distinguer les conséquences de l'impôt anticipé pour les intérêts courus et les intérêts courus: les intérêts échus soumis à l'impôt anticipé (p. ex. pour les emprunts) sont soumis à l'impôt anticipé lors du rachat en vue de leur destruction; cette règle ne s'applique pas lors du rachat en vue de leur revente.

### 9 Digression: notion d'assainissement

Les explications relatives à l'abandon de créances ont montré qu'il s'agit d'une matière complexe et que l'approche varie considérablement d'un type fiscal à l'autre. Des règles spéciales s'appliquent à tous les types d'impôts pour les assainissements. À cet égard, il convient de noter que la notion est interprétée de manière très différente selon le type d'impôt concerné:

- en ce qui concerne l'impôt sur le bénéficiaire, une société est «soumise à assainissement» dans la mesure où elle présente un bilan déficitaire réel (les réserves ouvertes et latentes [toutefois, selon la pratique récente, seules les réserves

arbitraires] doivent être prises en compte).

- aux fins de l'impôt anticipé, on se fonde uniquement sur le point de vue du droit commercial, en tenant compte des réserves ouvertes, mais pas latentes.
- la situation est particulièrement compliquée en matière de droit de timbre d'émission: pour l'application de l'art. 6 al. 1 let. k LT, seule la décomptabilisation des pertes est pertinente – la nécessité d'assainir la société ne joue en revanche aucun rôle. Une remise au sens de l'art. 12 LT n'est accordée que dans la mesure du bilan déficitaire (proprement dit), les réserves tacites d'arbitraire (mais non les réserves obligatoires [sur les biens immobilisés de l'exploitation] au sens de l'art. 960a, al. 2, CO et non les réserves de réévaluation au sens de l'art. 670 CO) devant également être prises en compte.

### 10 Conclusion

Dans la vie économique, l'abandon de créances par des sociétés liées revêt une importance capitale dans les situations d'assainissement. En raison de la situation financière difficile liée au COVID-19, de nombreuses entreprises font actuellement l'objet d'un nombre particulièrement important d'assainissements. En raison de la pratique actuelle de l'AFC et du Tribunal fédéral, le traitement fiscal de la renonciation de l'actionnaire à sa créance est malheureusement souvent peu attrayant et repose, selon les estimations, sur une base dogmatique. Cela vaut

## ABHANDLUNGEN · ARTICLES DE FOND

---

en particulier lorsque l'abandon de créance est comptabilisé sans incidence sur le résultat du point de vue du droit commercial, car il n'existe pas de norme de correction correspondante à l'art. 58 LIFD. En outre, nous ne trouvons pas la raison de traiter différemment l'abandon de créance du détenteur de parts par rapport à celui de la société-soeur en matière d'impôt sur le bénéfice.

Dans les situations d'assainissement, l'inégalité de traitement en matière d'impôt sur le bénéfice de l'abandon de créance est souvent atténuée par le fait que la société dispose de pertes ou de reports de pertes correspondants pour neutraliser le rendement fiscal. Le traitement fiscal de l'impôt sur le bénéfice, souvent surprenant pour le contribuable, n'apparaît que beaucoup plus tard, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de compenser les pertes reportées présumées avec les bénéfices réalisés après la reprise économique de la société.<sup>101</sup> Même si la satisfaction quant à cette surprise tardive devrait rester limitée, la charge de l'impôt sur le bénéfice pèse sur une entreprise fondamentalement rentable.

La situation est différente en ce qui concerne le droit de timbre d'émission. Elle est relativement faible avec 1% de la valeur nominale de la créance émise par le détenteur de parts, mais elle devient immédiatement exigible (c'est-à-dire

30 jours après la remise de la créance) et prend ainsi la société à un moment extrêmement défavorable du point de vue de l'économie d'entreprise.<sup>102</sup> Il est donc compréhensible que des appels à la suppression totale du droit de timbre d'émission soient régulièrement lancés. Or, l'aide de l'Etat pour faire face à la crise du COVID-19 doit être financée d'une manière ou d'une autre, de sorte qu'une suppression totale du droit de timbre d'émission entraînerait automatiquement des hausses d'impôts dans d'autres domaines. Pour décharger les entreprises qui ont besoin d'être assainies de cette charge fiscale, il n'est toutefois pas nécessaire de procéder à une suppression complète ni à une modification de la loi. Au contraire, avec les art. 6 al. 1 let. k LT et 12 LT, l'AFC dispose déjà d'un arsenal d'instruments lui permettant d'éliminer précisément ces conséquences fiscales indésirables du point de vue fiscal. Nous ne comprenons pas pourquoi l'AFC interprète les normes d'allègement de manière aussi restrictive et apporte ainsi de l'eau aux moulins de ceux qui demandent la suppression totale du droit de timbre d'émission. Le Tribunal administratif fédéral, qui n'est pas nécessairement soupçonné d'émettre un jugement particulièrement critique à l'égard de l'AFC, a néanmoins un droit de regard avec les contribuables et a rétréci à plusieurs reprises de

---

<sup>101</sup> La situation de départ de l'arrêt principal du Tribunal fédéral du 20.10.2014 concernant le traitement fiscal de l'abandon de créance en matière d'impôt sur le bénéfice (TF, 20.10.2014, 2C\_634/2012 = Revue fiscale 2015, 247 ss).

<sup>102</sup> Les impôts doivent être pris en compte par les «riches» et les «gagnants en crise», et non par les entrepreneurs qui ont besoin d'être assainis, car la devise est à nouveau liée au financement des dépenses publiques conditionnelles du COVID-19, ce que ANDREA OPEL envisage encore plus en détail sur le plan constitutionnel dans le cadre de ce numéro spécial (ANDREA OPEL, Corona-Sondersteuer für Profiteure?, Revue fiscale 2020, 497 ss).

manière sensible la pratique (trop) restrictive de l'AFC en la matière.<sup>103</sup>

On peut encore moins comprendre la pratique de l'AFC en matière d'impôt anticipé: si une société suisse renonce à une créance en faveur d'une autre société du groupe, on ne voit pas pourquoi la procédure de déclaration ne peut pas être appliquée de manière conséquente (en ce qui concerne le droit au remboursement du bénéficiaire de la prestation), d'autant plus qu'il existe une base légale explicite à l'art. 20, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase LIA. Dans le cadre d'une situation d'assainissement, il n'existe en général tout simplement pas les moyens de verser 35% de l'impôt anticipé à l'AFC. Il s'agirait à présent de «*low hanging fruits*» pour l'AFC.<sup>104</sup> Le fait que la pratique du *triangle cassé* ou la théorie du favoritisme direct, en général, ne soient pas sans équivoque est évidemment un sujet tout à fait différent.<sup>105</sup> Mais, comme le disait l'ancien Brieste, c'est vraiment un «vaste champ».

Alors que, du point de vue du droit civil, l'abandon de créance de l'actionnaire semble être un moyen particulièrement simple à mettre en œuvre (et donc apprécié) pour assainir le bilan d'une société, il n'est généralement pas attrayant du point de vue de l'impôt sur le bénéfice en raison de la pratique rigide actuelle de l'AFC et de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Heureusement, le contribuable expérimenté (ou du moins conseillé par un expert) peut éviter les conséquences en matière d'impôt sur le bénéfice de l'abandon de créance de l'actionnaire par une modification relativement simple (non absurde) de la structure juridique.

En raison de la complexité de l'abandon de créances en cas de situation d'assainissement, une société est bien servie si elle se fait conseiller fiscalement à cet égard (malgré des restrictions financières économiquement justifiées).

<sup>103</sup> Tel est le cas, par exemple, de l'arrêt du 15.4.2009 selon lequel la subvention indirecte n'est pas soumise au droit de timbre d'émission (TAF, 15.4.2009, BVGE 2009/21, 259 ss; cf. ch. 2.3.4) et, plus récemment, de l'arrêt du 12.6.2018 concernant les réserves obligatoires au sens de l'art. 960a, al. 2, CO et *obiter dicta* également en ce qui concerne les réserves de réévaluation au sens de l'art. 670 CO (TAF, 12.6.2018, A-3735/2017, consid. 4.3.2.1, cf. ch. 2.3.3).

<sup>104</sup> C'est évidemment particulièrement choquant dans la situation d'assainissement. En fin de compte, la procédure de déclaration devrait toutefois être acceptée de manière générale.

<sup>105</sup> Cf. à ce sujet la motion Ettlín 19.4635 du 20.12.2019 concernant la suppression de la théorie du bénéficiaire direct et le passage à la théorie du triangle systématique pour l'impôt anticipé en accord avec l'impôt sur le bénéfice et le revenu.